

Primeira parte

Da era antiga tardia à Alta Idade Média
(séculos V-XI)

A transição do mundo antigo para a Idade Média, do século IV ao século VI, introduziu na Europa, juntamente com a irrupção das populações germânicas, que anteriormente tinham vivido durante séculos nas fronteiras do Império, o enxerto de um complexo de instituições e de costumes novos, distanciados tanto do direito romano quanto dos costumes tradicionais dos povos germânicos. Todavia, o direito do Império romano tardio antigo teve influência, e não pouca, sobre os ordenamentos públicos e sobre o próprio direito privado dos germanos, a partir de então saídos do nomadismo originário e estavelmente implantados em um território.

Assim tem início um período que se estende por quase seis séculos, até o fim do século XI, durante o qual o direito romano remanescente coexiste e se entrelaça de modo variado, no interior dos reinos germânicos da Europa ocidental, com os costumes germânicos, onde quer que eles sejam registrados por escrito a partir do século VI, na maior parte das vezes, em latim. A Igreja exerce seu magistério e, por meio dele, um papel fundamental de civilização, papel religioso e pastoral, mas também civil e político. E contribui para transmitir à sociedade civil muitas regras jurídicas de derivação romanística que ela adotara, bem como, e sobretudo, o inestimável patrimônio da cultura antiga grega e romana que chegou até nós e do qual só possuímos aquilo que foi transcrito nos códices de pergaminho por clérigos e monges da Idade Média.

Mesmo que as leis escritas pelos francos, pelos lombardos, pelos visigodos, pelos anglo-saxões e pelos outros povos germânicos incluam numerosas normas instituídas pelos reis que as promulgaram, sua raiz primeira é indubitavelmente consuetudinária. A partir do século IX, o ressurgido Império do Ocidente, impulsionado por um grande soberano franco, Carlos Magno, cria, pela primeira vez na história, as premissas de uma união política e jurídica da Europa ocidental.

Esses são os séculos nos quais o costume domina o campo entre as fontes do direito, até dar vida a novas e complexas instituições, que não podem ser classificadas nem como romanas nem como germânicas. Exemplo disso são as relações feudais, que se enraizaram no continente por via consuetudinária e por essa mesma via se desenvolveram: por sua natureza, o costume não é estático, antes se transforma no tempo e no espaço, mesmo com ritmos diferentes nas diversas áreas. E certamente nem é sempre, nem exclusivamente espontâneo: o direito feudal e a condição servil são a resultante, ao mesmo tempo flexível e estável, das forças em atuação no decorrer de séculos nos quais os poderes públicos atravessaram crises profundas, com reflexos pontuais no direito do tempo. A condição das pessoas, a estrutura da família, os contratos, o sistema penal, os processos são modelados a partir de uma realidade dura e violenta, na qual a exaltação e o exercício da força coexistem com os muito distintos valores da mensagem cristã.

Mesmo em meio à extraordinária variedade dos costumes locais, muitos elementos fundamentais comuns subsistem nos direitos da Alta Idade Média europeia, decorrentes tanto da fé religiosa comum quanto das condições análogas de vida de povos e de sociedades predominantemente rurais e militares.

Essa é uma condição histórica que só será profundamente alterada na Europa com o grande “renascimento” dos séculos XI e XII.

1. O direito antigo tardio

1. *As estruturas públicas*

Nos últimos séculos do mundo antigo – os séculos que decorrem entre a era de Constantino (313-344 d.C.) e a era de Justiniano (527-565 d.C.) –, o direito romano conheceu uma série de profundas transformações, que exerceram influência sobre todo o ciclo subsequente da história jurídica europeia. O vastíssimo território do Império antigo tardio incluía toda a área mediterrânea e se estendia até o Reno, o Danúbio e a Inglaterra meridional. Ele estava administrativamente dividido em 114 províncias, subdivididas paritariamente entre as duas partes do Ocidente e do Oriente, a primeira com capital em Roma e, mais tarde, em Milão e em Treviri; a segunda com capital em Constantinopla. A bipartição política, jurídica e administrativa entre oriente e ocidente se acentuou no fim do século IV [Demougeot, 1951], até se tornar irreversível com a queda do Império do Ocidente no ano 476, mas isso não impediu que em algumas fases da era antiga tardia, sob o governo de alguns grandes imperadores – entre os quais Constantino, Teodósio I e Justiniano –, o comando ainda estivesse centrado em um único homem. O vértice do poder era, ao mesmo tempo, poderoso e frágil. A sucessão ao trono previa dois imperadores (os Augustos) e dois sucessores designados (os Césares), em uma relação que foi, de fato, frequentemente descumprida e, portanto, marcada por desconfiança recíproca, muito bem expressa pela escultura do século IV conservada em Veneza e que representa quatro personagens formando um único grupo: uma mão repousa no ombro do companheiro, mas a outra segura firme o cabo da espada¹.

A administração civil fora separada da administração militar desde a era de Constantino [E. Stein, 1968], com uma escolha radical que se contrapunha ao princípio clássico romano da indivisibilidade do *imperium*. Três hierarquias distintas conviviam no mesmo território, em um ordenamento tão articulado e complexo que induziu um grande historiador a afirmar que, a respeito delas, “todos os ordenamentos análogos das épocas subsequentes parecem medíocres trabalhos de principiantes” [Mommsen, 1893]. A hierarquia militar apoiava-se sobre os *duces* e os *magistri militum* dispersos pelas diversas partes do Império, além de basear-se nas milícias móveis, que se deslocavam com o imperador segundo as necessidades bélicas. A hierarquia civil – que desempenhava tanto as funções administrativas e de ordem pública como as funções judiciárias civis e penais, depois do declínio do processo formular clássico e do advento da *cognitio extra ordinem* – estava dividida em cerca de cinco níveis, que compreendiam em escala ascensional os *defensores* da cidade, os governadores das províncias, os vigários incumbidos das dióceses (havia seis delas no Ocidente e seis no Oriente), os quatro prefeitos pretorianos, a saber, da Itália, da Gália, de Constantinopla e da Ilíria. Uma terceira hierarquia de funcionários exercia as vastas competências tributárias e financeiras do Império. Acima das três hierarquias, operava a corte imperial.

A partir de então, o imperador se tornara o legítimo titular de todos os poderes. A ele competiam as nomeações dos governadores provinciais, assim como as nomeações para qualquer outro cargo da administração civil e judiciária, militar e fiscal. A ele chegavam, de todas

¹ Grupo em pórfiro, chamado os Tetrarcas (Veneza, igreja de São Marcos).

as partes do Império, as controvérsias que deviam ser decididas em última instância. A ele, enfim, estava reservado, de modo exclusivo, o exercício do poder legislativo.

A burocracia imperial, recrutada pelo centro nos vastíssimos territórios a Oriente e a Ocidente, seguramente não era imune a vícios e abusos, entre os quais corrupção, cobiça e prepotência [Jones, 1973]. Todavia, não se pode negar o alto nível profissional dos ofícios, particularmente dos ofícios centrais, aos quais, desde então, incumbia o dever de orientar a evolução legislativa e jurisprudencial do direito. Os éditos e os rescritos que chegaram até nós dão claro testemunho disso. Foi dito que, com a era pós-clássica, “o espírito da jurisprudência romana não morreu, mas migrou para outro corpo” [Schulz, 1946].

2. Legislação pós-clássica

No que diz respeito às fontes do direito, a distância relativa à era anterior não poderia ser maior. Tendo-se encerrado a era na qual alguns grandes juristas haviam elaborado o admirável complexo de princípios, categorias, regras e métodos que constitui o arcabouço do direito clássico de Roma, o Império tardio concentrou qualquer tarefa de produção normativa exclusivamente nas mãos do imperador. Ele agia mediante a atuação de seus ofícios centrais, guiados por um reduzido grupo de altos funcionários por ele escolhidos e, também por ele, exoneráveis a qualquer momento. O Questor do sacro palácio (responsável pelas questões legais) e o Mestre dos ofícios (chefe da Chancelaria do Império) elaboravam – com o auxílio de ofícios apropriados e dotados de um preparo técnico impecável – as constituições (*edicta*)², que depois, com a aprovação do imperador, tornavam-se, para todos os efeitos, leis vinculantes na parte do Oriente ou na do Ocidente, quando não em todo o território do Império.

A isso se acrescentava a função judiciária, também exercida no mais alto nível pelo Imperador por intermédio de seus juízes centrais. Havia os casos submetidos a ele em última instância em fase de apelo, depois de terem passado por, pelo menos, duas instâncias de jurisdição inferior. Havia os recursos dirigidos pelos súditos à justiça imperial. E havia, com muita frequência, as petições de funcionários-juízes locais, especialmente dos governadores das províncias, para esclarecimento do mérito de questões que não podiam ser resolvidas com base no direito preexistente. A corte imperial, por meio de um de seus ofícios centrais (o *scrinium a libellis*), resolvia tais casos emitindo, em nome do imperador, um rescrito ou uma consulta, ou seja, um breve texto no qual a questão controversa era definida em seus aspectos legais com base nos dados fornecidos por aquele que a submetera ao juízo superior³. Visto que as partes não estavam presentes, o rescrito continha quase sempre uma cláusula que condicionava a resolução do caso ao pressuposto de que os fatos alegados, a serem devidamente verificados *in loco*, correspondessem à verdade⁴.

O *rescriptum* era, portanto, utilizado não só no caso específico que lhe dera origem, mas também nos casos semelhantes que emergissem em outras regiões do Império, por parte de outros juízes que tivessem tomado conhecimento do pronunciamento imperial. Os imperadores intervieram para proibir que os rescritos predispostos pelo ofício central fossem contrários às normas gerais (“*contra ius elicit*”)⁵ e para impedir que sua aplicação fosse sub-reptícia-

² Todas as constituições do Código Teodosiano, como diremos, pertencem a essa categoria. Um exemplo: Cod. Theod. 11. 30. 17, acolhido com modificações em Cod. Iust. 1. 21. 3: os compiladores justinianos substituíram a pena constantiniana da deportação infligida a quem dirigisse uma súplica ao imperador em vez de interpor apelo pela pena menos grave da infâmia.

³ Um único exemplo, entre as centenas de rescritos compilados no Código de Justiniano: Cod. 1. 18. 2 do 221-217 nega a uma pessoa maior de idade que recorrera ao imperador em uma causa de herança a possibilidade de alegar desconhecimento do direito.

⁴ “*Si preces veritate nitantur*”, Cod. 1. 22. 5.

⁵ Cod. 1. 19. 7.

mente ampliada⁶. Mas, de fato, os rescritos foram adquirindo um papel de natureza normativa, um papel que se torna oficial e formal no momento em que uma seleção deles entrou na compilação justiniana.

O sistema clássico das fontes foi, desse modo, profundamente transformado. Os costumes e os usos (*mores*), os pareceres (*responsa*) dos juristas designados para elaborá-los, os pareceres exarados pelo senado e as outras fontes já mencionadas por Gaio no século III ficaram a partir dali relegados ao contexto, ao passo que a única fonte que se tornara central na evolução do direito era constituída pelas decisões imperiais na dupla forma dos rescritos e dos éditos de alcance geral. Por isso, a teorização pós-clássica reduziu a duas as categorias de fontes do direito: de um lado, os *iura*, que incluíam as fontes tradicionais do direito civil e do direito honorário, ainda hoje válidas, enquanto não tivessem sido expressa ou tacitamente ab-rogadas; de outro, as *leges*, isto é, as constituições imperiais.

A legislação pós-clássica e justiniana intervém em quase todos os campos do direito, introduzindo profundas mudanças em comparação com a era clássica. Em não poucas disposições relativas ao direito das pessoas e da família, detecta-se, a partir de Constantino, a influência do cristianismo: por exemplo, com as sanções introduzidas contra os abusos do pai em relação aos filhos e na atenuação dos rigores característicos da *patria potestas* romana⁷ (que algumas fontes agora qualificam com a expressão muito diferente de “piedade paterna”), com a facilitação do resgate por parte dos genitores induzidos pela fome à prática não rara de venda dos filhos⁸, com a equiparação entre filhos homens e filhas mulheres na sucessão legítima⁹ e também com os impedimentos interpostos ao divórcio¹⁰. Mesmo a proibição de desmembrar as famílias dos servos em caso de divisão da herança¹¹, a facilitação das manumissões¹² e a possibilidade de conquistar a liberdade por prescrição¹³ podem ser atribuídas à influência cristã. O direito grego, por sua vez, influenciou a legislação imperial em vários sentidos, impondo, por exemplo, a restituição do dote à mulher no caso de dissolução do matrimônio¹⁴, instituindo a prática de inscrição das hipotecas em registros públicos (“*apud acta*”) e permitindo a rescisão do pacto de compra e venda com a perda da caução¹⁵, diferentemente da disciplina romana clássica. Em alguns casos, até mesmo a tradição do Antigo Testamento agiu sobre o direito por meio da religião cristã, por exemplo, quando se impõe a regra que exigia para a prova a declaração de, pelo menos, duas testemunhas¹⁶.

3. De Teodósio II a Justiniano

As intervenções legislativas do século IV ao século VI foram inúmeras. Compreende-se, então, como é que surgiu a exigência de reunir em textos organicamente concebidos o *corpus*

⁶ Cod. 1. 14. 2.

⁷ Cod. 9. 15. 1 do ano 365; Cod. 8. 51 (52) do ano 374; sanções pelo assassinato do filho e pela exposição dos infantes.

⁸ Cod. Theod. 5. 10. 1 do ano 329; Justiniano acolheu a disposição, mas interpolou o texto, limitando a liceidade da venda aos casos de pobreza extrema (Cod. 4. 43. 2). Uma Novela de Valentiniano, de 451, traz o testemunho da praxe da venda dos filhos por causa da terrível fome (“*ob obscaenissimam famem*”) provocada pela carestia (Nov. Valentiniani 33, in Nov. Post-Theodosianae).

⁹ Nov. 118.

¹⁰ Nov. 22 do ano 536; Nov. 117 do ano 542.

¹¹ Cod. Theod. 2. 25. 1 de Constantino = Cod. 3. 38. 11.

¹² Cod. Theod. 4. 7. 1 do ano 321 = Cod. 1. 13. 2.

¹³ Constantino requereu um período de 16 anos e a boa-fé (Cod. Theod. 4. 8. 7 do ano 331), mas, em seguida, Anastásio ampliou para 40 anos o período necessário para a prescrição (Cod. 7. 39. 4 do ano 491).

¹⁴ Cod. 5. 13. 1 do ano 530: *actio de dote*, concedida até mesmo aos herdeiros.

¹⁵ Cod. 4. 21. 17 do ano 528.

¹⁶ Cod. 4. 20. 1 do ano 334. Cf. Deuteronomio 19,15 e Daniel 13.

das constituições dos imperadores. Já com os Códigos Gregoriano e Hermogeniano¹⁷, foram recolhidos os rescritos até a era de Diocleciano. Alcance bem mais relevante teve o Código Teodosiano, promulgado por Teodósio II no ano 438 e que reuniu em 16 livros todas as constituições gerais, desde a era de Constantino até aquele ano. Cada livro é dividido em títulos, no interior dos quais as constituições se sucedem em ordem cronológica. O Código, que incluía tanto as constituições surgidas em Constantinopla quanto as constituições escritas no Ocidente, foi estendido às duas partes do Império [Archi, 1976]. No Ocidente, ele exerceu uma influência profunda e duradoura no decorrer da Alta Idade Média, até depois do ano 1000.

Um século mais tarde, veio à luz em Constantinopla a grande compilação de Justiniano (527-565 d.C.). Esse imperador, com o qual se encerra a parábola mais que milenar do direito romano antigo, desempenhou um papel de extraordinário relevo, sem igual na série dos grandes legisladores da história. Centenas de constituições por ele sancionadas, predispostas por um pequeno núcleo de juristas e de altos funcionários de nível superior, introduziram regras novas – em acréscimo ou em derrogação de regras referentes ao direito pós-clássico – em todos os campos do direito, do direito privado ao direito penal, do direito processual ao direito público. Mas Justiniano foi, sobretudo, o promotor da grande compilação de textos à qual sua fama está vinculada: uma empresa que estranhamente (mas isso ocorreu muitas vezes na história com acontecimentos de alcance significativo) passou totalmente despercebida aos olhos de seus contemporâneos.

No período de cinco anos, de 529 a 534, vieram à luz as quatro obras que, em seu conjunto, formam aquele que será mais tarde denominado o *Corpus iuris civilis*. O Código (na segunda redação do ano 534, chegada até nós) reuniu sistematicamente em 12 livros, cada um dos quais subdividido em títulos por matéria, milhares de rescritos e de constituições imperiais do século I até o próprio Justiniano¹⁸.

O Digesto, que remonta ao ano 533, é formado por uma seleção muito ampla, em 50 livros, também ela ordenada em títulos, de textos da jurisprudência clássica: fruto do trabalho de uma comissão coordenada pelo jurista Triboniano, *magister officiorum*, que também lançou mão de numerosas obras de sua vastíssima biblioteca pessoal, o Digesto salvou para a posteridade, mesmo que de forma muito fragmentária, os escritos dos maiores juristas da Roma antiga, de Sálvio Juliano a Labeão, de Paulo a Ulpiano, de Pompônio a Calístrato, de Modestino a Papiniano e vários outros. Aquilo que conhecemos do direito clássico e da forma de raciocínio e de argumentação dos juristas romanos deve-se essencialmente a essa obra, cuja importância para a história do direito é incomensurável. Sem ela, teria se perdido para sempre o mais maduro fruto da civilização romana. E é verdadeiramente singular que o Digesto, o monumento da sabedoria jurídica romana, tenha sido concebido e realizado longe de Roma, e que a obra só tenha começado a causar seus efeitos no Ocidente cerca de seis séculos mais tarde, quase como se tivesse sido concebida para uma Europa que ainda não existia.

A compilação de Justiniano inclui, enfim, um breve texto de síntese, as Instituições, inspiradas nas Instituições de Gaio, e uma coletânea de 168 constituições emanadas do próprio imperador nos trinta anos de reinado posteriores à promulgação do Código, as Novelas.

Justiniano pretendia criar uma obra que substituísse toda outra fonte do direito¹⁹ e que devia ser aplicada na sua integralidade por parte dos juízes do Império, destituídos da faculdade de, no futuro, haurir de outras fontes; até mesmo comentá-la era severamente proibido²⁰

¹⁷ As duas coletâneas não foram conservadas, mas merecem ser mencionadas, até mesmo porque foi nelas que, pela primeira vez, foi empregado o termo “Código”, que se tornará corrente – mesmo com significados muito diferentes no tempo – no direito das eras posteriores.

¹⁸ Confirmando a separação, já em ato, entre as duas partes do Império, é significativo que nenhuma constituição do Império da *pars occidentis* posterior ao ano 432 tenha sido aqui acolhida, não obstante a rica produção legislativa de origem itálica do século V.

¹⁹ *Digesta*, de confirmatione Digestorum, const. *Tanta*, § 19: “Omne quod hic positum est hoc unicum et solum observari censemus.”

²⁰ “Nemo [...] audeat commentarios isdem legibus adnectere” (const. *Tanta*, § 21).

(uma ordem que se situa entre as menos observadas da história). A iniciativa de Justiniano era tão mais ambiciosa se considerarmos que a compilação compreendia textos surgidos em épocas remotíssimas entre si, no tempo e na disciplina dos institutos jurídicos.

No Oriente, a compilação, integrada às constituições dos imperadores e traduzida para o grego, manteve-se como a base do direito bizantino durante quase 1.000 anos, até a queda de Constantinopla sob o assédio dos turcos em 1453. No Ocidente, Justiniano pretendeu introduzir a compilação em seu projeto de reconquista da Itália²¹, mas a tentativa teve êxito precário, porque a Gália e a Espanha já haviam se tornado sedes de reinos germânicos, ao passo que a Itália setentrional e central foi, depois de sua morte, quase instantaneamente ocupada pelos lombardos instalados na Península no ano 568. Apenas com o renascimento do século XII a obra de Justiniano iniciará seu ciclo vital na Itália e na Europa, como fonte capital do novo direito comum que dominará a cena do direito do continente até o fim do século XVIII.

Por conseguinte, a crise do Império não significou também a crise de seu direito. E não impediu sua sobrevivência. Ao contrário, o direito antigo tardio, inclusive os elementos não anulados da tradição anterior, constituiu o fundamento de instituições, procedimentos, normas e costumes contratuais que, em forma e medida variadas, depois do fim do domínio de Roma no Ocidente, foram transmitidos às eras posteriores.

²¹ *Pragmatica sanctio*, § 11 (do ano 554), in *Novellae*, Schoell-Kroll (org.), p. 800.