

DIREITO ROMANO E CULTURA EUROPEIA

Roman law and european culture

Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 7/2016 | p. 243 - 278 | Abr - Jun / 2016
DTR\2016\20330

Reinhard Zimmermann

Professor Catedrático para o Direito Civil, o Direito Romano e História do Direito da Universidade de Ratisbona (Baviera, Alemanha). Presidente da Associação Alemã de Professores de Direito Civil. Membro da Academia Bávara de Artes e Ciências. Diretor do Instituto Max-Planck para o Direito Estrangeiro e Privado Internacional, Hamburgo, Alemanha. Membro do Conselho da Sociedade Max-Planck. Membro da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. r.zimmermann@mpipriv.de

Traduzido por Otavio Luiz Rodrigues Junior

Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da Universidade de São Paulo. Membro da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. otavioluiz.sp@gmail.com

Traduzido por Marcela Paes de Andrade Lopes de Oliveira

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Área do Direito: Civil

Resumo: As características da tradição jurídica europeia foram moldadas pelo *ius commune*, o qual, por sua vez, se fundamentou amplamente no direito romano. Este artigo, adaptado de uma palestra, tem por objeto especificar essas conexões intelectuais. Examinam-se, ademais, as características mais relevantes do direito romano na antiguidade clássica; ao tempo em que se analisam as mudanças na percepção do direito romano e investigam as seguintes questões: Quão romano é o direito romano “contemporâneo”? e quão europeia é a tradição jurídica “europeia”?

Palavras-chave: Direito romano - *Ius commune* - Tradição jurídica europeia - Fundamentos do direito civil

Abstract: The European legal tradition was characteristically shaped by the *ius commune* which in turn was largely based on Roman law. The present paper attempts to specify these intellectual connections. In addition, it examines the essential features of Roman law in classical antiquity; it analyzes changes in the perception of Roman law; and it explores the questions: How Roman is “contemporary” Roman law? and: How European is the “European” legal tradition?

Keywords: Roman law - *Ius commune* - European legal tradition - Fundamentals of private law

Sumário:

1Cultura europeia - 2Direito e cultura - 3Direito romano nas codificações modernas - 4Quão romano é o direito romano contemporâneo? - 5Características essenciais do direito romano na antiguidade - 6A jurisprudência romana e sua transmissão - 7Mudanças na percepção do direito romano - 8O direito romano e o *ius commune* - 9O direito romano e a tradição jurídica europeia - 10Quão europeia é a tradição jurídica europeia?

1 Cultura europeia

Este^{NA-NT} artigo aborda o tema do direito romano e cultura europeia. Todos os termos empregados e as relações levadas a efeito a partir do título são discutíveis ou problemáticas. "Cultura" é um conceito notoriamente multifacetado e mutável, recorrente, sobretudo em textos sociológicos e antropológicos, que deve capturar as particularidades de uma sociedade específica. Serve para definir aquela sociedade, descrever sua identidade e distingui-la das demais. "Cultura", por conseguinte, têm frequentemente uma leve conotação de confronto. É o que restou óbvio, por exemplo, no fim dos séculos XVIII e XIX com o chamado para preservar a cultura alemã diante das ideias universalistas que emanavam da outra margem do rio Reno.¹ Qualquer tentativa de especificar o conceito de "cultura" parece estar fadada ao fracasso. Não menos de 150 diferentes definições foram propostas em um período de 30 anos, entre 1920 e 1950.² Nenhuma delas obteve aceitação.

O termo "Europa" também não pode ser definido com precisão, particularmente se o termo for empregado na tradição do historiador grego Heródoto,³ em um sentido político ou cultural e não geográfico. A fronteira ao Leste, em particular, sempre foi incerta e foi objeto de tantas transformações, que foi comparada a um litoral constantemente afetado pelas marés ("*tidal Europe*").⁴ Hoje, o termo costuma ser associado à União Europeia e aos Estados que pertencem àquela União. No entanto, a Suíça e a Noruega, indubitavelmente, também pertencem à Europa, apesar de não fazerem parte da União Europeia. Muitos ingleses ainda definem a Europa como a Europa Continental. O Reino Unido, no entanto, integra a União Europeia (apesar de não fazer parte da união monetária). Por mais de 500 anos, debateu-se sobre a posição da Rússia como estado europeu, ou não. Ademais, atualmente existe uma acalorada disputa envolvendo a questão de a Turquia pertencer à Europa. Tanto a Federação Russa, quanto a Turquia, são membros do Conselho da Europa, a Turquia desde 1949. Outros Estados pertencentes ao Conselho incluem a Geórgia e o Azerbaijão.

Obviamente que o termo composto "cultura europeia" dificilmente poderia ser mais simples de definir do que seus componentes singulares. De modo amplo, a influência cristã é tida como uma característica específica da cultura⁵ europeia. Por essa razão é que, por um longo período, se referiu ao Ocidente Cristão (*Abendland*), ou à *res publica Christiana*, ao invés de Europa. Os cristãos europeus, contudo, viviam a permanente tensão entre o ideal de união e a realidade de conflitos e separação. Eles confrontavam-se com judeus e com muçulmanos, e, portanto, desenvolveram um senso de diferença e de diversidade.⁶ Dentre os próprios cristãos haviam, quase sempre, discordâncias e disputas: as controvérsias que cercavam o arianismo, pelagianismo e monofisismo, a separação das

Igrejas Latino-Romanas e Grega Ortodoxa, o Grande Cisma de 1054 e outras dissensões resultantes da reforma Luterana, para se mencionarem apenas alguns dos mais preeminentes exemplos. Outra característica frequentemente apontada da cultura europeia é a racionalidade.⁷ Essa racionalidade é um legado da antiguidade⁸ clássica grega e romana. Há também, por conseguinte, uma constante tensão entre *ratio* e *fides*. Estas não eram consideradas, pelo menos não na Idade Média, como opostas.⁹ A própria Bíblia, em sua distinção entre o Velho e o Novo Testamento, e por meio da justaposição dos Quatro Evangelhos, fornece um amplo espectro para a crítica histórica e para o estabelecimento de uma teologia acadêmica. Ademais, dissociada de sua dimensão escatológica, a fé cristã implica uma preocupação com o mundo existente. A pretensão do reconhecimento do direito do papa como governante universal (o que, por sua vez, se chocava com a pretensão igualmente universal do imperador) era baseada nisso, assim também a constante tentativa de compreender e intelectualmente permeiar o mundo. O *leitmotiv* da filosofia europeia medieval era "*intellege ut credas, crede ut intellegas*" (entender para crer, crer para entender). Tal circunstância criava oportunidades para se reconhecer e assimilar produtivamente as elaborações intelectuais e culturais da antiguidade clássica: um primeiro e essencial processo de recepção, o qual seria seguido por muitos mais.¹⁰ Em sua busca pela verdade e pela bondade, os filósofos gregos e romanos podem ter sido inspirados pelo *logos* divino; eles eram, por assim dizer, cristãos *avant la lettre*. Em Cristo, Deus havia revelado conclusivamente aquilo que os filósofos pagãos haviam inconscientemente buscado; a história havia, de certa forma, atingido seu destino.¹¹ Na raiz da cultura europeia, deste modo, estavam os frutíferos coexistência, confronto e reconciliação de percepções, poderes e perspectivas divergentes:¹² *fides* e *ratio*, papa e imperador, Império e territórios singulares que constituíam o Império, Roma e Bizâncio, antiguidade clássica nas variantes grega e romana, tradição judaico-cristã e os sucessivos ataques dos exércitos muçulmanos facilitaram o surgimento do senso de identidade europeu,¹³ o papel das revoluções na reforma, mas também preservação da identidade,¹⁴ o sentido de ser livre ainda que limitado, os ideais de *vita activa* e *vita contemplativa*,¹⁵ o Deus único como a trindade divina, Cristo como um homem e Deus verdadeiro, o cristão que renúncia ao mundo e, no entanto, que simultaneamente o aceita: que, por reconhecer algo que é mais importante do que este mundo, ama mais este mundo do que aqueles que nada conhecem além deste. Historicamente, a Europa e a cultura europeia são constructos intelectuais, estabelecidos por uma fértil tensão entre elementos distintos.¹⁶ A oposição entre a unidade e a diversidade elucida a característica dinâmica e a habilidade de crescimento e de desenvolvimento da cultura europeia.¹⁷

2 Direito e cultura

Retornando ao título do presente artigo: direito romano e cultura europeia. Logo ficará aparente que o termo "direito romano" também requer esclarecimentos e interpretação, ainda que apenas devido ao fato de que não havia "o" direito romano. E, por fim, até a conjunção "e" suscita dúvidas e questionamentos. A provável intenção seria transmitir uma ideia de contribuição entre o direito romano e a cultura europeia. No entanto, isso pressupõe que o direito possa ser visto como um fenômeno cultural, no sentido de ser um elemento constitutivo ou uma manifestação de uma cultura específica.¹⁸ Tal pode ser

questionado por alguém que, como jurista do direito comparado, sustente uma abordagem extremamente funcionalista. Para aquele aceitar a presunção de que o sistema jurídico de qualquer sociedade se depara com os mesmos problemas e, que, os juristas, portanto, devem meramente descobrir qual é a melhor solução funcional para tais problemas,¹⁹ irá - como por vezes é afirmado - deixar de notar a alteridade culturalmente condicionada do direito; de toda sorte, terá de marginalizá-lo.²⁰ Mas, também para aqueles que vislumbram o desenvolvimento do direito mais amplamente, como uma sequência de recepções, e que arguem que tal desenvolvimento segue uma dinâmica intelectual autônoma,²¹ podem vir a questionar, além de seu alicerce econômico, o enraizamento do direito na cultura. Quase nenhum proponente dessas duas ideias, contudo, engajar-se-ia em tão implausível radicalismo. Até aqueles que aderem a uma abordagem estritamente funcional reconhecem, de modo habitual, que apesar dos resultados serem similares, ou até idênticos, o caminho para alcançá-los frequentemente será diferente; e reconhecem que essas diferenças podem ser produto das diferenças entre as culturas jurídicas.²² A observação do processo de transferência intercultural jurídica (tais como a recepção do direito alemão no Japão, ou do direito suíço na Turquia) também não leva a um resultado diferente, dado que a cultura jurídica do país que recebe, é, até certo ponto, alterada como consequência da recepção. E o direito recepcionado, por sua vez, também não permanecerá inalterado.²³ Desta forma, é, no mínimo plausível, que o direito e a cultura afetem e influenciem-se reciprocamente. Tal influência, porém, nem sempre é estabelecida de modo fácil. O passo que o direito dá em direção à cultura, em geral, parece ser relativamente grande. Ao mesmo tempo, o ponto de referência para uma posição culturalista é incerto: está na cultura europeia, ou em muitas culturas nacionais da Europa? Inexplicavelmente, defensores de uma abordagem decididamente culturalista diante do direito comparado, por vezes, ressaltam exclusivamente o Estado-nação moderno e sua cultura específica, a qual deve ser preservada em face da suposta ameaça da europeização.²⁴

O meu próprio ponto de referência, por outro lado, é europeu. No entanto, gostaria de variar levemente a perspectiva, focando na impregnação de uma *tradição* romana, cujas características são especificamente europeias e que pode, de tal modo, ser tomada tanto como uma expressão, quanto como um componente da cultura europeia. Eu proponho, assim, o uso do conceito de "tradição jurídica" como uma ponte entre o direito e a cultura. Outros provavelmente ter-se-iam utilizado do conceito de "cultura jurídica", o qual têm ganhado força nos discursos comparatísticos, buscando ressaltar que o estudo do direito comparado não consiste meramente na comparação de regras jurídicas.²⁵ Além disso, no entanto, aponta-se o caráter do direito e da cultura jurídica de possuírem uma história e de serem inevitavelmente moldados por essa história.²⁶ Ademais, isso evita a conotação de confronto do conceito de cultura.²⁷

3 Direito romano nas codificações modernas

Quando hoje nos referimos a pretensões de recuperação de propriedade na moderna lei alemã, distinguimos entre uma pretensão fundada na propriedade (*rei vindicatio*, *Vindikation*) e outra fundada no enriquecimento sem causa (*condictio*, *Kondiktion*).²⁸ O possuidor que realizar benfeitorias em uma coisa que não lhe pertença e sobre a qual não



tenha o direito de posse (por exemplo, terá de devolver a coisa por efeito da *rei vindicatio*), poderá pretender uma indenização em face do proprietário da coisa. Essas regras encontram-se previstas no §§ 994 e ss. do BGB. Elas se inspiram em regras romanas sobre a restituição do *impensae*.²⁹ A pretensão de enriquecimento sem causa mais relevante, prevista no § 812, I 1, 1.º apartado, do BGB, é frequentemente tratada como a *condictio indebiti* (de *indebitum solutum*, isto é, o pagamento de algo que não é devido). O § 812, I 2, do BGB contém as *condictiones ob causam finitam* (a pretensão de enriquecimento decorrente do fato de que a condição jurídica para a tradição foi afastada em um momento posterior), e *causa data causa non secuta* (a pretensão de enriquecimento por uma causa que não foi aperfeiçoada).³⁰ No § 817, I, do BGB, deparamo-nos com a *condictio ob turpem vel iniustam causam* (a pretensão de enriquecimento decorrente de ato ilícito ou imoral do beneficiário, ao receber a transmissão), a qual, no entanto, pode ser excluída conforme a máxima "*in pari turpitudine melior est causa possidentis*" (onde ambas as partes tiverem agido de forma ilícita ou imoral, o possuidor está, comparativamente, em uma melhor posição e, portanto, não deverá ser obrigado à restituição): § 817, 2, do BGB.³¹ Aqui, até a terminologia ainda hoje utilizada aponta para as origens romanas do direito privado moderno. Nem sempre o vínculo é tão óbvio quanto este. O termo "delito" (= *Delikt*) é derivado do *delictum* romano; mas também o termo alemão para contrato (*Vertrag*, baseado em *sich vertragen* = de se reconciliar um com o outro) formou-se conforme o modelo do termo em latim *pactum* (baseado em *pasisci* = fazer as pazes),³² como achado no decreto do *praetor* romano ("*pacta conventa (...) servabo*").³³ A famosa previsão da boa-fé no direito dos contratos (§ 242 do BGB), como interpretada pelos tribunais alemães logo após a entrada em vigor do BGB, tem origem na *exceptio doli*, bem como na *bona fides*, as quais regem os contratos romanos consensuais.³⁴ Uma pessoa é impedida de exercer um direito contratual se, nesse exercício, contradisser seus próprios comportamentos anteriores (*venire contra factum proprium*); se ela própria não tiver agido de acordo com o contrato (*tu quoque*), ou se ela reclamar algo que teria, subsequentemente, de devolver a outra parte (*dolo agit, qui petit, quoad statim redditurus est*). Essas máximas jurídicas romanas podem ser encontradas no § 242 do BGB.³⁵ Por vezes, o legislador do BGB inclusive adotou as máximas no texto do BGB. Não em latim, é claro. O § 117 do BGB, relativo à simulação (*plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*) e § 305, c, II, do BGB (*interpretatio contra eum qui clarius loqui debuisset*, ou a regra *contra proferentem*)³⁶ disso são exemplos. As distinções sistemáticas, tais com aquela entre contrato e delito, ou entre direitos absolutos e direitos relativos, e, coadunando-se com isso, entre direitos obrigacionais e direitos de propriedade, são inspiradas no direito romano. Identicamente são os contratos *standard*, tais como os de venda, troca e doação, mandato, depósito e *cautio*, bem como a distinção entre empréstimos de uso (*Leihe*) e empréstimos de consumo (*Darlehen*). São ainda inspirados no direito romano os critérios gerais de responsabilidade, tais como as várias formas de culpa (*culpa, dolus, diligentia quam in suis*),³⁷ bem como as ocorrências específicas de responsabilidade sem culpa, tais como se encontram no § 536, A, do BGB (responsabilidade do locador por defeitos no objeto dado em locação)³⁸ e nos §§ 701 e ss. do BGB (responsabilidade dos hospedeiros).³⁹ Sem falar nos incontáveis conceitos, institutos jurídicos e normas individuais como: a nulidade dos contratos imorais (*contra bonos mores*),⁴⁰ a regra especial sobre a mora do devedor (*mora debitoris*) e do credor (*mora creditoris*),⁴¹ os direitos de redibição e de estimativa do preço por dano de objeto com vícios ocultos (*actiones redhibitoria* e *quanti minoris*),⁴² a gestão de negócios de

terceiros sem autorização (*negotiorum gestio*),⁴³ e a responsabilidade por fato de animais.⁴⁴ Esses são apenas alguns exemplos aleatórios que fornecem tão somente uma impressão superficial da impregnação romana no BGB e que, além disso, foram retirados de um campo específico do direito privado, qual seja, o direito das obrigações. Listas similares podem ser compiladas em outras áreas, particularmente no direito das coisas e no direito das sucessões.⁴⁵ Pode-se dizer o mesmo sobre outras codificações da Europa continental.⁴⁶ O Código Civil francês, em diversos aspectos, é ainda mais romano do que o BGB:⁴⁷ em sua rejeição da eficácia contratual em relação a terceiros (art. 1.121 *Code Civil*, perpetuando a regra de *alteri stipulari Nemo potest*);⁴⁸ em sua insistência quanto à certeza do preço como um requisito para a validade dos contratos de venda (art. 1.591 *Code Civil*, isto é, a moderna versão francesa do requisito do *pretium certum*);⁴⁹ na regra de que a compensação se opera "*de plein droit par la seule force de la loi, meme à l'insu des débiteurs*" (art. 1290 *Code Civil*, que seria baseado na compensação *ipso iure* do direito romano);⁵⁰ e na perpetuação das categorias sistemáticas de contrato, quase contrato, delito e quase delito.⁵¹

4 Quão romano é o direito romano contemporâneo?

4.1 Equívocos, diferentes camadas de tradição, ambiguidades

Em todos esses e em muitos outros casos, nosso direito e pensamento jurídico modernos moldaram-se pelo direito romano. Raramente, no entanto, as regras modernas são idênticas àquelas do direito romano (ou até mesmo umas com as outras!)⁵². Em algumas ocasiões, o modelo romano foi virado do avesso. Hoje, vemos o quase delito como um nicho sistemático para uma série de instâncias extracontratuais de responsabilidade sem culpa; esses eram, portanto, mantidos separados da responsabilidade delitual, que dependia de culpa.⁵³ Por muito tempo, porém, os juristas partiram da presunção de que a responsabilidade delitual era equivalente ao dano decorrente de conduta dolosa, ao passo que a responsabilidade fundada em quase delitos englobava os casos de culpa.⁵⁴ Essa concepção equivocada, que foi determinada pela tentativa de Justiniano de reconceituar as fontes clássicas do direito sob a óptica de um pressuposto geral de culpa, foi compartilhada pelos legisladores do *Code civil*. Tendo em vista, porém, o fato de que a responsabilidade por danos causados a terceiros por culpa ou dolo é posta em situação de paridade, a distinção entre a responsabilidade delitual e quase-delitual perdeu sua relevância. Ademais, faltava um local apropriado para acomodar o fenômeno da responsabilidade sem culpa no sistema de direito privado.⁵⁵ A interpretação da frase "*ipso iure*" no sentido de "*sine facto hominis*" (isto é, ocorrendo automaticamente) também é baseada em uma interpretação errônea das fontes romanas. Originalmente, pretendia-se que o juiz não determinasse uma indenização, mas que o autor fosse forçado "pela própria lei" a subtrair a quantia da contestação da sua própria pretensão.⁵⁶ Ademais, as fontes relevantes preocupavam-se apenas com um tipo específico de compensação: o *agere cum compensatione* do banqueiro. Pois, ao contrário do direito moderno, o direito romano não reconhecia um instrumento jurídico uniforme, com requisitos *standard*; refletindo o caráter de "ação" do direito romano, os quatro diferentes tipos de reparação deveriam ser distinguidos.⁵⁷ Em se tratando do *bonae fidei iudicia*, por exemplo, a reparação deveria ser

objeto de pretensão. Justiniano também afirmou, em uma de suas contribuições, que a reparação deveria ser declarada;⁵⁸ e essa declaração estava destinada a moldar a formação do modelo de indenização atualmente encontrado no direito alemão.⁵⁹

Dessa forma, deparamo-nos com uma situação com duas soluções completamente diferentes para um mesmo problema, ambas com origem no direito romano. Esta não é a única situação desse tipo. A *mora creditoris* (mora de receber uma prestação) fornece outro exemplo para ambos os conceitos encontrados no BGB (o credor não infringe o dever *vis-a-vis* para com seu devedor e não é responsável pelos danos, mas meramente põe em risco sua posição jurídica em inúmeros aspectos) e a ideia de *mora creditoris* constituindo um reflexo da *mora debitoris* (e, portanto, focada em dever, culpa e danos) derivam do direito romano.⁶⁰ A tradição do domínio como um fato jurídico "abstrato" ou baseado na *iusta causa traditionis* também pode ser mencionada nesse contexto.⁶¹ Já ocorreu de duas diferentes soluções serem fundadas em um único fragmento do Digesto. Gaius D 19, 2, 25, 7 é um desses casos. Aqui, aquele que havia contratado o transporte de colunas era responsável pelo dano causado às colunas "*si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit*" (se foram danificadas por sua própria culpa e/ou culpa daqueles que usou para o transporte). Se "*que*" em "*eorumque*" for interpretado separadamente,⁶² o texto fornece a base para um tipo estrito de responsabilidade a ser imposta ao comerciante por danos de natureza culposa, a que deram causa seus empregados. Achamos essa solução, quanto à responsabilidade delitual, modernamente no art. 1384 do *Code Civil*.⁶³ Os pandectistas alemães do século XIX, por sua vez, entenderam que o texto imputava a responsabilidade ao próprio comerciante, caso ele próprio e aqueles que empregasse fossem culpados.⁶⁴ Por essa interpretação, o texto encaixava-se perfeitamente em um dos preceitos, muito amplamente tido como axiomático na academia contemporânea, de que a responsabilidade extracontratual deve ser fundada na culpa;⁶⁵ e que deve ser subsumida em favor da responsabilidade fundada na culpa por fato de terceiro, que ainda é encontrada no § 831 do BGB.⁶⁶

4.2 "...magis differat, quam avis a quadrupede"

Contratos podem ser formados "*nudo consensu*" por mero pacto nú. Esse princípio básico remonta ao direito romano. No entanto, no direito romano, isso era válido apenas em determinadas situações. A regra geral era de que "*nuda pactio obligationem non parit*" (um pacto nu não dá origem a uma obrigação).⁶⁷ *Pacta sunt servanda* (ou, mais precisamente, *pacta quantumcunque nuda servanda sunt*) foi uma frase formulada pela primeira vez no *Corpus Iuris Canonici*, o repositório medieval de direito canônico.⁶⁸ A eficácia contratual em relação a terceiros, o direito de agência e a atribuição das pretensões foram impedidos, por um longo período, pelo ideal romano de uma obrigação como um vínculo jurídico estritamente pessoal entre aqueles que celebraram o contrato.⁶⁹ Ao mesmo tempo, no entanto, o *Corpus Iuris Civilis* continha diversos pontos de partida cruciais para o eventual abandono dessa visão restritiva.⁷⁰ Um único texto, de aparência inócua, contido no *Codex Iustiniani*⁷¹ tornar-se-ia o catalisador para a *actio de in rem verso* geral (ação por qualquer causa que tenha servido para o enriquecimento patrimonial de terceiro) do direito francês,⁷² o que, como tal, indubitavelmente, não é um conceito romano. A *condictio indebiti* do moderno direito alemão, por outro lado, encontra um modelo no direito romano,

porém difere consideravelmente deste último. A *condictio indebiti* romana era para o enriquecimento com lucro e não por enriquecimento para subsistência;⁷³ ademais, isso requeria um pagamento indevido de algo que não era devido. Duas fontes conflitantes contidas no *Corpus Iuris*, uma atribuída ao Papiniano,⁷⁴ e, outra, atribuída aos Imperadores Diocleciano e Maximiniano,⁷⁵ fornecem os principais argumentos em um debate centenário sobre a relevância, neste contexto, de um erro de direito.⁷⁶ Tendo em vista o reconhecimento do *pacta sunt servanda*, a *condictio causa data causa non secuta* perdeu largamente sua função. A *condictio ob turpem vel iniustam causam* perdeu também suas funções por complo.⁷⁷ Consequentemente, a aplicação da regra "*in pari turpitudine*" tornou-se problemática.⁷⁸ Uma vez que as *condictiones* romanas, de certa forma, suplementavam o fragmentado direito contratual romano,⁷⁹ o reconhecimento de um conceito geral de contrato no início do período moderno também pavimentou o caminho para uma ação geral de enriquecimento, a qual foi buscada, acima de tudo, por Hugo Grotius,⁸⁰ pela *Cour de Cassation* francesa⁸¹ e por Friedrich Carl von Savigny.⁸² Cada um desses partia de um ponto diferente. A generalização da responsabilidade por enriquecimento sem causa, a seu turno, estava fadada a afetar a significância das regras romanas sobre a compensação por *impensae*: pois se alguém que realizou benfeitorias em uma coisa pertencente a outro poder-se-ia aproveitar da alegação de enriquecimento, não mais precisaria da proteção de um conjunto especial de regras. O legislador do BGB, não obstante, decidiu manter essas regras específicas (§§ 994 e ss. do BGB); mas, para tanto, teve de virar a *ratio* de ponta-cabeça.⁸³ Aquela decisão, de preservar o direito romano, em um ambiente doutrinário transformado e sob diferentes auspícios, acabou sendo distintamente desafortunada.⁸⁴ A responsabilidade delitual foi também modernizada e generalizada na jurisprudência medieval e no início da jurisprudência moderna.⁸⁵ Foi possível, uma vez mais, prender-se às tentativas bem-sucedidas da jurisprudência romana para converter um decreto estritamente confinado e estranhamente formulado do III século a.C., a *Lex Aquilia*, em um pilar central do direito delitual romano.⁸⁶ Juristas medievais e do início da era moderna continuaram a se referir à responsabilidade "aquiliana", apesar desta ter-se convertido em algo bem diferente de suas origens romanas. "Mais do que um pássaro em um quadrúpede".⁸⁷ Tal circunstância levou Christian Thomasius, no início do século XVIII, a "retirar a máscara aquiliana" da ação de reparação de danos.⁸⁸ E, no entanto, a moderna doutrina do delito ainda é baseada em conceitos (particularmente ilicitude e culpa) que se originam no direito romano, mas que causam dificuldades consideráveis em razão do fato de que a função do moderno direito delitual difere daquela de seu antepassado romano.⁸⁹ O direito romano de compra e venda foi feito sob medida para objetos específicos. A extensão de suas regras à compra e venda de objetos descritos como sendo de um certo tipo, ou pertencendo a uma certa classe (bens indetermináveis), deve-se a um de muitos "equivocos produtivos"⁹⁰ da interpretação das fontes romanas pela jurisprudência medieval.⁹¹ Essa extensão foi um passo muito progressivo, pois a venda de bens indetermináveis tornar-se-ia praticamente muito mais significativa do que a venda de objetos individuais. No entanto, ao mesmo tempo, uma série de regras da compra e venda romana não eram adequadas para esse tipo de transação, principalmente as regras de risco da *emptio perfecta periculum est emptoris* (com a conclusão do contrato de venda, o risco é transmitido ao comprador)⁹² e o regime da responsabilidade *aeditiliana* para vícios ocultos.⁹³ O primeiro desses problemas foi posteriormente resolvido pelo legislador do BGB, ao estabelecer uma regra de risco diferente daquela do direito romano (§ 446 BGB),⁹⁴ enquanto o outro, a despeito do

compromisso previsto no § 480 BGB (versão antiga), permaneceu essencialmente sem resolução.⁹⁵

5 Características essenciais do direito romano na antiguidade

Mesmo esses poucos exemplos, penso eu, ilustram diversas características do direito romano que podem ter sido essenciais ao desenvolvimento do direito na Europa:

(i) Estamos lidando aqui com uma jurisprudência altamente desenvolvida, isto é, um ramo específico de conhecimento elaborado e sustentado por juristas. Na antiguidade clássica, isso era algo único.

(ii) Há uma relação de aproximação com o que Fritz Schulz referia-se como isolamento⁹⁶ do direito *vis-a-vis* da religião, da moral, da política e da economia: a separação do jurídico e do não jurídico.

(iii) Ao seu turno, isso significava uma forte ênfase no direito privado (e no processo civil). O direito penal e a Administração do Estado, por outro lado, parecem ter sido vistos pelos juristas romanos como algo que não estava especificamente subordinado a uma categoria jurídica.

(iv) O direito privado romano era amplamente um "*Juristenrecht*": não se encontrava positivado em uma legislação sistemática e compreensiva. Ele era aplicado e desenvolvido por juristas com ampla experiência prática.⁹⁷

(v) Isso explica, por um lado, o grande realismo do direito romano e seu foco nos problemas práticos e não na teoria abstrata. De outro modo, isso também explica as muitas controvérsias que tendem a envolver a resolução de problemas jurídicos.

(vi) Essas controvérsias eram uma expressão e um sinal da dinâmica própria ao direito romano, que estava em constante desenvolvimento. Entre Publius Mucius Scaevola, que foi descrito como um dos "*fundaverunt ius civile*" (aqueles que fundaram o *ius civile*;⁹⁸ e foi cônsul em 133 a.C) e Aemilius Papinianus⁹⁹ (prefeito da guarda Pretoriana de 205-212 d.C, e o mais eminente jurista do fim da era clássica), houve um período de mais de 300 anos durante o qual o Estado e a sociedade, a cultura jurídica romana e o direito romano sujeitaram-se a mudanças fundamentais.

(vii) Fazer referência apenas ao "direito romano", portanto, é algo impreciso. Até o direito romano da antiguidade clássica constituiu uma tradição e era baseado no debate dos problemas jurídicos por gerações de juristas. Aqui está um exemplo típico.¹⁰⁰ Em D 24, 3, 66 pr, Justiniano preservou um texto escrito por Iavolenus,¹⁰¹⁻¹⁰² na passagem do começo para o alto período clássico. Ele foi retirado da obra que constitui uma revisão das obras póstumas de Marcus Antistius Labeo¹⁰³ (um contemporâneo do imperador Augusto)¹⁰⁴ e contém a regra, que determina a responsabilidade do marido por vícios (*dolus* e *culpa*) recantes sobre a propriedade recebida como dote. Refere-se ao jurista de maior destaque do período pré-clássico, Servius Sulpicius Rufus, em apoio a esta regra.¹⁰⁵ Servius, por sua vez, havia tomado a decisão em uma disputa judicial específica de Publius Mucius Scaevola.¹⁰⁶ Essa disputa cuidava do dote de Licinnia, esposa de Gaius Sempronius

Gracchus, que havia falecido durante os tumultos gerados pela reforma agrária liderada por Gracchus.

(viii) O direito romano, portanto, é extraordinariamente complexo. Sua natureza é amplamente casuística. Ele foi desenvolvido durante muitos séculos e, portanto, constituiu uma tradição. Ele foi registrado em abundante literatura.¹⁰⁷ E, baseia-se em dois pilares conceitual e historicamente diversos: o *ius civile*, isto é, o tradicional cerne das regras jurídicas aplicáveis aos cidadãos romanos; e o *ius honorarium* - para alguns, a equidade - que foi introduzido pelos pretores no interesse público "*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*" (para ajudar, suplementar e corrigir o *ius civile* tradicional).¹⁰⁸

(ix) Não obstante, o direito romano não era uma impenetrável floresta de detalhes. Os juristas romanos desenvolveram um grande número de conceitos, regras e instituições jurídicas, que buscavam constantemente coordenar e relacionar intelectualmente uns aos outros. Dessa forma, acabaram por criar uma espécie de sistema "aberto", que combinava coerência com certa flexibilidade.¹⁰⁹ No processo, os juristas romanos eram guiados por uma série de valores, ou princípios, fundamentais, tais como a liberdade, os *bona fides*, *humanitas* e a proteção dos direitos adquiridos, principalmente ao direito de propriedade.¹¹⁰

(x) Outra característica da jurisprudência romana que contribuiu para fazer dela um objeto de análise jurídica fértil foi o fato de que os fundamentos para as decisões não eram fornecidos ou eram apenas insinuados.¹¹¹ A casuística romana, portanto, é particularmente rica em presunções tácitas e em pressuposições que podem ser, e devem ser, desenroladas por meio de um processo interpretativo. Novamente, um exemplo pode ilustrar a ideia. Em Marcianus D 18, 1, 44 achamos o seguinte breve texto: "Si duos quis servos emerit pariter uno pretio quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat emptio". Dois escravos foram vendidos por um preço. Ocorre, no entanto, que no momento da celebração do contrato, um dos escravos já havia falecido. Desse modo, não mais se poderia demandar a entrega dos escravos e o contrato resultaria nulo. Tal conclusão fundava-se, para autores do *ius commune*, na regra "*impossibilium nulla obligatio*" (nula é a obrigação impossível).¹¹² Mas pode o comprador requerer a entrega de um segundo escravo? Deparamo-nos aqui com o problema da nulidade parcial das transações jurídicas. No tempo dos glosadores, a regra geral era "*utile per inutile non vitiatur*":¹¹³ a parte "útil" da transação não é afetada pela nulidade de outra parte, ou seja, permanece válida. A regra foi retirada de um fragmento de Ulpiano,¹¹⁴ o qual, no entanto, não havia pretendido fornecer uma regra geral. Ele apenas tinha resolvido um caso individual. A decisão de Marciano em D 18, 1, 44, demonstra que *utile per inutile non vitiatur* não pode ter sido reconhecida no direito romano como uma regra geral, pois o contrato era tido como nulo também com relação ao segundo escravo. Tal pode ser devido ao fato de que o preço para um único dos escravos não era determinado ou determinável por qualquer grau de certeza. Faltava, por assim dizer, um dos requisitos para a validade de um contrato romano de compra e venda (*pretium certum*).¹¹⁵

6 A jurisprudência romana e sua transmissão

A emergência de uma jurisprudência com essas características dificilmente seria possível sem a recepção da filosofia grega e uma busca pela verdade na Roma Republicana.¹¹⁶ De importância decisiva, no entanto, foi o papel do experto jurídico na aplicação e no desenvolvimento da lei. Na própria Grécia, por exemplo, tal papel não existia. O direito na antiga Grécia havia sido, de forma evidente, um direito sem juristas; pois disputas jurídicas eram decididas por uma série de leigos, apontados por sorteio, os quais deveriam tomar suas decisões com base em procedimentos realizados oralmente, durante os quais era atribuído a ambas as partes um período específico de tempo para arguirm o caso, o que deveria ser feito sem qualquer discussão ou possibilidade se de realizar perguntas. As decisões eram tomadas por voto secreto e por maioria simples.¹¹⁷ Não é difícil ver que essas não eram condições férteis para o estabelecimento de uma ciência jurídica e para o florescimento dos expertos jurídicos.

Decisivo para a significância europeia do direito romano, ademais, foi algo completamente estranho ao direito romano clássico: o abrangente processo de legisferação realizado pelo imperador Justiniano. Ele ordenou a elaboração de uma enorme compilação de trechos de obras do período clássico (o Digesto), a qual então promulgou como lei, em conjunto com uma coletânea de legislação imperial e com um livro introdutório. Como resta aparente de seu nome grego (*pandectae*; conseqüentemente, a ciência jurídica pandectística), o Digesto deveria ser omnicompreensivo, o que era uma ideia um tanto quanto anti-romana. "Que nenhum jurista ouse adicionar comentários ao nosso trabalho e estragar sua brevidade por meio da prolixidade", decretou Justiniano.¹¹⁸ Mas esta era uma ingênua esperança. Justiniano não pôde prevenir os acadêmicos de fazer uma obra de estudo do próprio objeto de estudo. Isso era necessário, *inter alia*, pois ele havia introduzido um nível de complexidade no corpo das fontes jurídicas: os textos a serem compilados no Digesto tinham mais de 300 anos e Justiniano havia, portanto, ordenado a revisão e adaptação às condições contemporâneas (esta foi a origem das chamadas interpolações). Ele havia colocado lado a lado e investido de igual validade textos de períodos completamente diferentes do desenvolvimento do direito romano; e, havia adotado em sua compilação uma variedade de textos que refletiam controvérsias entre os juristas romanos e, que, portanto, dificilmente constituíram material ideal para um ato legislativo.

7 Mudanças na percepção do direito romano

A universidade é vista como "uma instituição europeia por excelência".¹¹⁹ Isso não data da antiguidade clássica, mas originou-se como uma manifestação da grande revolução educacional ocidental, no fim do século XII, inicialmente em Bolonha e, em seguida, em Paris, Oxford e em um crescente número de lugares na Europa Ocidental, Central e Sul.¹²⁰ O direito romano pode ser descrito como jurisprudência sem, no entanto, ter sido uma disciplina acadêmica ensinada na universidade. Mas, quando, na alta idade média, o direito fez parte da revolução educacional já mencionada, foi do direito romano, mais do que qualquer direito contemporâneo, que se fez uso (com uma exceção, intimamente ligada ao direito romano, qual seja, o direito canônico) para a análise acadêmica e, portanto, o tipo de academia apropriado a uma universidade.¹²¹ Os textos jurídicos romanos, assim, imediatamente ocuparam uma posição central no estudo do direito secular. Isso se aplicava a todas as universidades fundadas no modelo de Bolonha, através da Europa, e

assim permaneceu até a era da codificação. Na Alemanha, portanto, até o fim do século XIX. A abordagem dos textos romanos, todavia, estava sujeita a consideráveis mudanças.¹²² A jurisprudência medieval vislumbrava, predominantemente, os textos como um todo logicamente coerente e tentava demonstrar como se poderiam superar aparentes divergências. Essa conduta provocou uma reação na forma do humanismo jurídico no período renascentista. Os juristas humanistas preocupavam-se, em primeiro lugar, em estabelecer os significados atribuídos originalmente pelos antigos autores. Isso, essencialmente, marcou o início da história do direito. Desde que os juristas humanistas consideraram os textos romanos como não somente um modelo de justiça e de equidade para a antiguidade clássica, mas também para a sociedade contemporânea, foram confrontados, novamente, com o problema de algumas fontes contradizerem outras, de que havia questões para as quais elas claramente não forneciam uma resposta e que algumas das respostas fornecidas obviamente baseavam-se em ideias obsoletas. Esses problemas foram enfrentados por representantes de uma escola conhecida programaticamente como *usus modernus pandectarum* (uso moderno do Digesto). Por haverem passado pelo iluminismo humanista, diferentemente dos juristas medievais, não mais consideravam a autoridade dos textos do *Corpus Iuris* como absoluta: era possível generalizar e desenvolver as ideias nele contidas, examiná-las criticamente, ou até declarar sua ab-rogação por desuso.¹²³ Durante o mesmo período, outra escola ganhou influência: esta também reconhecia que o direito romano possuía diversas deficiências e, que, muitas vezes apenas insinuava a direção do que era justo e equânime, e que, portanto, buscava ressaltar as verdades fundamentais escondidas nos textos romanos, por intermédio da análise filosófica. Tratava-se da escola do direito natural secular. No século XIX, o estudo do direito na Alemanha era dominado pela escola histórica de savigny, que, no entanto, também possuía apelo e influência em outros países europeus.¹²⁴ Com a escola histórica, ganhou ascendência uma abordagem que tendia a ver o direito romano do ponto de vista do direito contemporâneo, e que, portanto, fazia com que a análise de textos históricos servisse às necessidades do presente. A interpretação dos textos foi amplamente inspirada pela consideração de como ele poderia ser aplicado a *práxis* moderna. Foi apenas o BGB que finalmente livrou os "romanistas" (isto é, os acadêmicos que lidavam com as fontes do direito romano) do peso esmagador dessa preocupação e, nesse processo, converteu-os de doutrinadores jurídicos para historiadores jurídicos puros. Essa mudança de interesse dos acadêmicos levou a um tremendo aumento de nosso conhecimento do direito romano no contexto de outros sistemas jurídicos antigos. Mas isso também implicou que a academia jurídica não só deixava de ser uma academia histórica, mas também se tornaria uma empreitada intelectual amplamente anti-histórica.¹²⁵

8 O direito romano e o *ius commune*

Essa, no mais amplo dos contornos, é a história da que é frequentemente denominada segunda vida do direito romano: os efeitos no conhecimento jurídico europeu a partir da "recepção". O direito romano tornou-se o fundamento do *ius commune*. Esse *ius commune* era um direito aprendido, sustentado pelo estudo e pela erudição acadêmica; manifestado em uma literatura ampla e essencialmente uniforme através da Europa; e baseado em uma formação universitária em direito.¹²⁶ Nunca, porém, ele esteve sozinho. O dualismo entre

império e igreja, e entre Imperador e Papa, refletiu-se no dualismo entre o direito romano (isto é, direito civil) e o direito canônico, dos tribunais seculares e eclesiásticos e entre os acadêmicos que estudavam o direito romano (os legistas) e aqueles dedicados ao direito canônico (os canonistas). Por vezes, a jurisdição dos tribunais eclesiásticos estendia-se às áreas nucleares do direito privado.¹²⁷ Havia conflitos de jurisdição e prorrogações de competência que refletiam a política de poder entre os governantes espirituais e seculares. Mas, havia também vínculos intelectuais de longo alcance. O direito canônico era o direito da igreja romana e baseava-se amplamente no direito romano; a seu turno, ele exercia uma considerável influência no direito secular.¹²⁸ O princípio *pacta sunt servanda* deriva do Direito canônico,¹²⁹ bem como o princípio da *restitutio in kind*.¹³⁰ Além do direito romano e do direito canônico, havia o direito feudal, que havia, no entanto, sido incorporado por meio do *libri feudorum* ao corpo do direito romano.¹³¹ Havia projetos de sistematização e a doutrina dos escolásticos tardios da Espanha¹³² e, posteriormente, dos adeptos do direito natural racionalista, que eram moldados pelo direito romano e, a seu turno, influenciados pelo *ius commune*. Havia os costumes, confinados em sua aplicação a lugares e territórios específicos, que eram reconhecidos dentro da moldura do *ius commune* e sujeitos ao estudo acadêmico. Havia as regras e normas costumeiras - predominantemente não escritas, mas por vezes colocadas em escrito - que emergiram, a partir do século XII, em feiras e centros comerciais através da Europa, bem como nas cidades portuárias às margens do mediterrâneo, do oceano atlântico e do mar báltico.¹³³ Aqui, também, havia a mútua influência entre o direito romano e o *ius commune* romano-canônico.

Acima de tudo, porém, havia uma enorme variedade de fontes do direito territoriais e locais, as quais, em teoria, sempre tiveram precedência diante dos tribunais, pois o *ius commune* aplicava-se tão somente *in subsidio*, ou seja, como fonte subsidiária de lei. Na prática, todavia, era frequente que tivesse a vantagem em relação a esta. De acordo com a primeira literatura jurídica moderna, existia inclusive uma presunção fundada (*fundata intentio*)¹³⁴ em favor da aplicação do *ius commune*. Mas, isso presume algo que não engloba toda a verdade; pois o que realmente acontecia nos tribunais através da Europa estava sujeito à consideráveis mudanças e poderia variar de lugar para lugar e de matéria para matéria. Até a prática jurídica no sacro império romano-germânico, o coração da recepção, só se pode dizer, de forma resumida, que era caracterizada por um "pluralismo jurídico dificilmente imaginável" hoje.¹³⁵ Foi, contudo, a diversidade entre uma abrangente unidade intelectual e essa unidade intelectual foi estabelecida por uma prática jurídica, focando, em toda a Europa, no corpo das fontes jurídicas romanas. O efeito unificador da formação jurídica ficou especialmente evidente, uma vez mais, na Alemanha do século XIX. Tal se deve ao fato de que, apenas em alguns lugares, o *ius commune* foi diretamente aplicável. O restante estava sujeito ao espectro de regimes jurídicos especiais, dentre eles o Código prussiano de 1804, o Código Civil da Áustria, o *Code Civil*, o *Landrecht* de Baden (que, essencialmente, constituía uma tradução do *Code Civil*), e posteriormente, também o Código Civil (LGL\2002\400) saxônico.¹³⁶ Não obstante, foi o *ius commune* que forneceu a base para a interpretação e para o verdadeiro entendimento desses regimes jurídicos.¹³⁷ Ele, portanto, reclamava ser e efetivamente se tornava o centro das atenções nos currículos de todas as faculdades de direito alemãs.¹³⁸ O ramo pandectista da escola histórica, conseqüentemente, conseguiu criar (ou melhor, preservar) uma unidade cultural distinta no nível da academia jurídica, permitindo que professores e alunos movessem-se livremente de Königsberg¹³⁹ para Estrasburgo, de Giessen para Viena ou de Heidelberg para

Leipzig.¹⁴⁰

9 O direito romano e a tradição jurídica europeia

A tensão entre a unidade e a diversidade é, como nós já vimos,¹⁴¹ característica da cultura europeia. Assim, como deve restar aparente agora, é de significado central também para a tradição jurídica europeia.¹⁴² Essa tradição foi moldada pelo *ius commune*, que, a seu turno, era amplamente baseado no direito romano. Se tentarmos especificar mais características da tradição jurídica europeia em comparação a outras tradições no mundo (tais como, a ctônica, a talmúdica, a islâmica, a hindu e a da Ásia Oriental),¹⁴³ a influência do direito romano pode ser vista em todas as instâncias. Ademais, existe o elemento da escrita.¹⁴⁴ Uma das razões pelas quais o direito romano foi tão influente na Europa medieval deve-se ao fato de ser um direito escrito. Era a "*ratio scripta*". Isso não é apenas demonstrado pelo próprio processo de recepção, como também pelas muitas tentativas de fornecer uma documentação escrita às leis costumeiras prevalentes na Europa a partir do século XII (*Glanvill*¹⁴⁵ e *Bracton*¹⁴⁶ na Inglaterra, *coutumes* na França, *fueros* em Espanha e *Sachsenspiegel*¹⁴⁷ e *Schwabenspiegel*¹⁴⁸ na Alemanha). Esse foi um notável desenvolvimento inspirado nos "direitos eruditos".¹⁴⁹

Além disso, é claro, o direito romano foi considerado, por séculos, a "*ratio scripta*": era o modelo de direito racional, isto é, em conformidade com a razão humana. O direito romano, destarte, era uma expressão de coerência intelectual e um direito sistemático, estimulado pela busca por um direito que fosse racional e acadêmico.¹⁵⁰ Ao mesmo tempo, a natureza específica das fontes romanas serviu de prevenção para que o sistema não se tornasse inflexível e estático, pois o direito europeu sempre foi caracterizado por uma habilidade inerente de desenvolvimento. Ou, nas palavras de Harold J. Berman:¹⁵¹

"O conceito de (...) um sistema jurídico dependia, para sua vitalidade na crença do caráter contínuo do direito, da capacidade para o crescimento através das gerações e dos séculos - uma crença que é unicamente ocidental. O corpo de direito sobrevive, pois ele contém um mecanismo embutido de transformação orgânica".

O direito europeu está sujeito a constante adaptação. Ele é capaz de reagir a mudança de circunstâncias e às novas situações e demonstrou extraordinária capacidade de integração. O direito romano medieval não mais era o direito romano da antiguidade clássica, o *usus modernus pandectarum* não mais correspondia ao *usus medii aevi*, e a doutrina jurídica pandectística diferia do *usus modernus*. A evolução moveu-se, para usar da famosa frase cunhada por Rudolf von Jhering,¹⁵² para além do direito romano, por meio do direito romano. Nos dias da república romana e da roma imperial, os juristas haviam criado uma "ciência do direito".¹⁵³ Os juristas medievais fizeram disso uma disciplina acadêmica, um direito erudito, que deveria ser estudado na universidade.

Esta é mais uma característica do direito europeu e que também se originou do direito romano. O direito é uma profissão erudita e a aplicação e o desenvolvimento do direito são tarefas de juristas bem formados.¹⁵⁴ Intimamente relacionado a isso é o fato de que o direito é uma disciplina autônoma e que, conseqüentemente, é concebido como um sistema de regras que é separado, em princípio, de outros sistemas normativos, buscando

guiar a conduta humana e regular a sociedade, como a religião.¹⁵⁵ Tal corresponde à separação romano entre direito e não direito.¹⁵⁶ A predominância do direito privado na tradição do *ius commune*, com ênfase em um direito dos constados finamente diferenciado,¹⁵⁷ é também um legado romano. Ademais, o direito na europa baseia-se em certos valores que refletem a centralidade da pessoa como o sujeito e ponto de referencia intelectual do direito.¹⁵⁸ Isto seria expressado, de forma especialmente clara, na ideia de uma dignidade específica atribuída ao homem por ter sido criado à imagem de Deus, mas já era inerente ao princípio de liberdade do direito romano. A esse respeito também, a revelação cristã, destarte, levou as realizações intelectuais da antiguidade a seu verdadeiro destino.¹⁵⁹ De forma muito similar, a *aequitas canonica* e o *fides* romano correspondem um ao outro.¹⁶⁰

10 Quão europeia é a tradição jurídica europeia?

O moderno direito europeu ainda apresenta a imagem de uma intrigante mistura de diversidade e unidade. De tal forma, os sistemas jurídicos continentais costumam ser subdivididos entre as famílias jurídicas germânica e romana.¹⁶¹ Ademais, há um número de sistemas que são um misto entre essas duas famílias jurídicas, particularmente o holandês e o italiano. Todavia, até os sistemas pertencentes à família jurídica germânica possuem importantes diferenças em estilo e substância. Os Códigos Civis austríaco e alemão datam de diferentes períodos do desenvolvimento do direito europeu e são marcados por diferentes correntes de pensamento. Diz-se que o Código Civil suíço recebeu sua marca característica "amplamente das condições especiais da Suíça e das tradições da vida jurídica daquele país".¹⁶² Não obstante, dificilmente pode-se dissentir que todos os sistemas jurídicos pertencentes aos ramos romano e alemão são suficientemente similares para serem descritos como diferentes manifestações de uma tradição jurídica.¹⁶³ O termo em inglês escolhido para essa tradição é "*civil law*" (ou "*civilian tradition*"), que se refere, historicamente ao direito romano.¹⁶⁴ Mas, nós estamos realmente autorizados a falar de uma tradição europeia? No que diz respeito aos Estados da Europa Central e Oriental, a resposta é afirmativa.¹⁶⁵ Até o período das guerras mundiais no século XX, eles pertenciam à esfera cultural do *ius commune*. Em alguns de entre esses países (mais notadamente na Hungria e na Polônia), a continuidade do ensino de direito romano, durante os dias do regime socialista, manteve a conexão com o Ocidente.¹⁶⁶ E, desde o fim desse regime, vemos um processo de reintegração "por meio de uma renovação do direito privado guiado por estudos comparatísticos".¹⁶⁷ Juristas na Rússia Czarista do século XIX também recorreram às doutrinas e métodos do direito romano para lidar com os desafios sociais e jurídicos com os quais o tradicional direito russo era incapaz de com eles lidar adequadamente. Assim como os juristas de muitos outros países, eles eram particularmente inspirados pelo desenvolvimento jurídico da Alemanha, que havia sido moldado por savigny e pela escola histórica.¹⁶⁸ Em 1926, a Turquia adotou o direito privado suíço e, portanto, "deixou conclusivamente a família jurídica islâmica".¹⁶⁹ Identicamente, os sistemas jurídicos nórdicos são predominantemente considerados como parte de uma tradição civilística,¹⁷⁰ a despeito de ter desenvolvido estilo próprio em uma série de aspectos.¹⁷¹

O argumento central frequentemente apresentado contra o reconhecimento de uma

tradição jurídica genuinamente europeia é a existência do *common law* inglês que, como se diz, desenvolveu um nobre isolamento da Europa¹⁷² e é fundamentalmente diferente.¹⁷³ A ideia de *common law* como uma realização autóctone da genialidade inglesa é, no entanto, um mito. Na realidade, a Inglaterra nunca esteve completamente isolada da cultura jurídica continental. Havia um constante contato intelectual que deixou sua marca no direito inglês.¹⁷⁴ Até em sua origem, esse era um direito anglo-normando feudal no típico padrão da Europa medieval.¹⁷⁵ Por muitos séculos, as línguas do direito inglês foram o latim e o francês. A igreja católica trouxe seu direito canônico¹⁷⁶ e o comércio internacional, a *lex mercatoria*. Em Oxford e Cambridge, duas das mais antigas universidades europeias, o direito romano era lecionado e estudado com base no modelo estabelecido em Bolonha. Por intermédio da Escócia, as ideias jurídicas romanas também foram filtradas para o direito inglês. A Escócia, afinal, no início do período moderno, havia-se tornado uma longínqua província do *ius commune*, com relações particularmente próximas com as universidades francesas e holandesas.¹⁷⁷ O *common law* inglês era suplementado por outra camada de direito, a qual se referem como equidade: o *ius honorarium* inspirado em considerações de igualdade e de justiça (*aequitas*), as quais eram compartilhadas por toda a Europa. O direito consuetudinário inglês medieval foi registrado por escrito na Inglaterra, tanto quanto na Escócia ou no continente europeu. Outro tipo de literatura jurídica encontrada na Inglaterra, da mesma forma como em outros lugares e na mesma época, eram as Institutas de direito nacional. Figuras-chave nesse processo de recepção e de adaptação foram autores como Bracton¹⁷⁸ via Blackstone,¹⁷⁹ por Birks¹⁸⁰ e eminentes juízes, tais como, Sir Matthew Hale, Sir John Holt, Lord Mansfield e o Juiz Blackburn. O moderno direito contratual inglês foi decisivamente moldado por meio de empréstimos massivos de autores como Pothier, Domat, Grotius, Pufendorf, Burlamaqui e Thibaut.¹⁸¹ É claro que, em muitos casos, a inspiração fornecida pelo direito romano levou a resultados inteiramente não romanos. Isso também foi, contudo, uma verdade nos sistemas jurídicos continentais. Desse modo, no mais conhecido dos casos, concernente à procissão de coroação do rei Eduardo VII - que havia sido adiada, uma vez que o rei contraiu peritonite - nós lemos: "A verdadeira questão neste caso é a extensão da aplicação, no direito inglês, do princípio do direito romano que foi adotado e a partir do qual foram tomadas muitas decisões inglesas".¹⁸² O princípio referido é o do "debitor speciei liberatur casuali interitu rei": o devedor é liberado da obrigação de fazer, quando sua realização se torna impossível e a impossibilidade não é imputável a sua culpa.¹⁸³ Por volta da metade do século XIX, os tribunais ingleses passaram a incorporar essa regra aos contratos.¹⁸⁴ No processo, utilizava-se de um instrumento, também oriundo do direito romano: a incidência de uma condição (resolutiva) tácita.¹⁸⁵ Foram, então, lançadas as bases para a doutrina da frustração do contrato. Funcionalmente, ela corresponde à doutrina continental da *clausula rebus sic stantibus*, que também foi criada a partir de uma miscelânea de elementos do direito romano, apesar de ser por este desconhecida.¹⁸⁶ Mas, isso foi meramente um exemplo. Para onde quer que alguém olhe, acharemos "instituições, procedimentos, valores, conceitos e regras jurídicas que o direito inglês divide com outros sistemas jurídicos do Ocidente".¹⁸⁷ Quase nada é sagrado. Até a *Magna Carta*, "a mais fundamental afirmação do direito consuetudinário e princípio constitucional inglês", foi, na melhor das hipóteses, parcialmente moldada pelas influências provindas do *ius commune*.¹⁸⁸

Aquele que não confinar sua atenção simplesmente às soluções específicas encontradas nas fontes do direito romano, mas também levar em consideração a flexibilidade da

tradição baseada no direito romano e sua capacidade de crescimento e assimilação produtiva, será capaz de reconhecer que o *common law* inglês também pode ser visto como uma manifestação da tradição jurídica europeia.¹⁸⁹ É claro que, através dos séculos, desenvolveu-se um considerável número de peculiaridades e idiossincrasias. Hoje resta óbvio, todavia, que essas idiossincrasias se têm desgastado em ambos os lados do Canal. Basil Markesinis refere-se à convergência gradual,¹⁹⁰ James Gordley a uma distinção datada (entre *civil law* e *common law*).¹⁹¹ Isso aplica-se no tanto no âmbito do direito substantivo, quanto em relação às questões fundamentais, tais como a metodologia jurídica.¹⁹² Se também for levada em consideração a influência que o direito romano exerce mundialmente,¹⁹³ podemos hoje afirmar o mesmo que disse Rudolf von Jhering há 150 anos:¹⁹⁴

"O significado histórico e missão de Roma, resumidamente, é a de superar limitações do princípio da nacionalidade por intermédio da ideia de universalidade (...). O significado especial do direito romano para o mundo moderno não consiste do fato de que, por algum tempo, foi aplicado na prática como uma fonte de direito (...) mas foi trazido por uma revolução intelectual que decisivamente moldou nosso inteiro raciocínio jurídico. O direito romano, conseqüentemente tornou-se, tal como o Cristianismo, uma característica cultural constituinte do mundo moderno".

NA Esta é uma versão ligeiramente ampliada de minha conferência proferida na condição de *New Zealand Legal Research Foundation Distinguished Fellow*, da Universidade de Auckland, para o ano de 2007. Estou muito grato à *Legal Research Foundation* pelo convite para ir à Nova Zelândia, ao deão e aos membros da Faculdade de Direito de Auckland por sua hospitalidade. A versão desta palestra em alemão foi publicada na *Juristenzeitung* 1, 2007.

NT A tradução manteve as referências bibliográficas em sua versão original. Gentílicos, topônimos, nomes de personagens históricas, cargos públicos e títulos nobiliárquicos foram traduzidos conforme os padrões de uso na língua portuguesa falada no Brasil. As citações de textos estrangeiros nas notas de rodapé, quando necessário, foram traduzidas e colocadas entre colchetes com a notação [NT] [nota dos tradutores], seguida do respectivo número. Quando se julgou necessário, adicionaram-se Notas Explicativas, identificadas deste modo: [NE], seguidas de números. As [NT] e [NE] são de autoria do tradutor (...).

1 Glenn, "Legal Cultures and Legal Traditions", in *Van Hoeke* (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. 2004. p. 7 e ss.

2 Ver Kuper, *Culture: The Anthropologists' Account*. 1995. p. 56 e ss. (referindo-se a Kroeber & Kluckhohn, *Culture: A Critical Review of Concepts and Definitions*. 1952). Recentemente, por exemplo, ver di Fabio, *Die Kultur der Freiheit*. 2005. p. 1 e ss. e p.18 e ss.

3 "The Persians claim Asia for their own, and the foreign nations that dwell in it; Europe and the Greek race they hold to be separate from them": Herodotus, *History* (Godley transl., 1966), Livro 1, fragmento 4, parte final [NT-1. O trecho original na íntegra é o seguinte:

"Desde essa época, os persas passaram a encarar os gregos como inimigos, pois julgam que a Ásia lhes pertence tanto quanto as nações bárbaras que ocupam, enquanto consideram a Europa e a Grécia como formando um continente a parte", tradução de J. Brito Broca, na edição publicada em 1950, no Rio de Janeiro, por W.M. Jackson, da *História*, de Heródoto].

4 Ver Davies, *Europe: A History*. 1996. p. 7 e ss. Häberle ("*Europäische Rechtskultur*", in Häberle, *Europäische Rechtskultur*. 1997. p. 13 e ss.), também entende a Europa como um "conceito aberto". Semelhantemente, ver Beck & Grande, *Das kosmopolitische Europa*. 2004. p. 19. Sobre a pergunta "Onde estão as fronteiras da Europa?", ver também Muschg, *Was ist europäisch? Reden für einen gastlichen Erdteil*. 2005. p. 67 e ss.

5 Sobre o que isso pode significar atualmente, ver Weiler, *Ein christliches Europa: Erkundungsgänge*. 2004.

6 Ver Borgolte, *Europa entdeckt seine Vielfalt 1050-1250*. 2002. p. 242 e ss.; idem, "Wie Europa seine Vielfalt fand", in Joas & Wiegandt (eds.), *Die kulturellen Werte Europas*. 2005. p. 144 e ss. Este é também, em essência, o tema de: Muschg. p. 37 e ss., citado na nota 4 *supra*.

7 Ver Schluchter, "Rationalität - das Spezifikum Europas?", in Joas & Wiegandt. p. 237 e ss., citado na nota 6 *supra*.

8 Ver Meier, "Die griechisch-römische Tradition", in Joas & Wiegandt. p. 93 e ss., citado na nota 6 *supra*.

9 Do ponto de vista atual, ver a carta encíclica *Fides et Ratio*, do papa João Paulo II, de 14.09.1998, que se inicia com as palavras: "Fé e razão (...) são como duas asas, nas quais o espírito humano se eleva para a contemplação da verdade"; ver também de Josef, Cardeal Ratzinger, "Der angezweifelte Wahrheitsanspruch - Die Krise des Christentums am Beginn des dritten Jahrtausends", in Ratzinger & d'Arcais, *Gibt es Gott?*. 2006. p. 7 e ss. (originalmente publicado no *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 08.01.2000). [NE-1. A versão em português do livro *Gibt es Gott?* foi publicada em segunda edição, no Rio de Janeiro, em 2009, pela editora Planeta, trad. Sandra Martha Dolinsky, com o título "Deus existe?". Josef, Cardeal Ratzinger tornou-se posteriormente o papa Bento XVI, hoje pontífice emérito. A carta encíclica *Fides et Ratio* está disponível em português no site da Santa Sé.]

10 Sobre o tema Antiguidade e Cristianismo, a respeito do qual há uma enorme quantidade de obras publicadas desde que Franz Josef Dölger (1879-1940) cunhou essa expressão, ver, de modo sumário, Betz, "Antiquity and Christianity", *Journal of Biblical Literature*. vol. 117. p. 3 e ss. 1998. De modo geral, para a recepção da Antiguidade Clássica na Europa, ver, *exempli gratia*, Ludwig (ed.), *Die Antike in der europäischen Gegenwart*. 1993, e, de forma mais abrangente, Landfester, Cancik & Schneider (eds.), *Der Neue Pauly, Enzyklopädie der Antike*. v. 13-15. 1999-2003.

11 Tal se torna particularmente claro no programa iconográfico da *Stanza della Segnatura*,

a biblioteca particular do papa Júlio II no Vaticano, pintada por Rafael; a respeito, Hall (ed.), *Raphael's School of Athens*. 1997.

12 Borgolte, citado na nota 6 *supra*, p. 129, referindo-se à Morin, *Europa denken*. 1991. [NE-2. Em português, *Pensar a Europa*, editado em 1988, pela Publicações Europa América, de Lisboa].

13 Cardini, *Europa und der Islam: Geschichte eines Mißverständnisses*. 2000. p. 13.

14 Este é o grande tema de Eugen Rosenstock-Huessy (*Die eur opäischen Revolutionen*. 1931; idem, *Out of Revolution: The Autobiography of Western Man*. 1938), e, ainda, nesse tema, Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. 1983; idem, *Law and Revolution II*. 2003. Ver também Moore, *The First European Revolution*, c. 970-1215. 2000.

15 A respeito, Lucas 10:38-42 (a história das irmãs Marta e Maria), Flasch, "*Wert der Innerlichkeit*", em Joas & Wiegandt, p. 219 e ss., citado na nota 6, *supra*. [NE-3. Os versículos do capítulo 10 do Evangelho de S. Lucas são os seguintes: "38. Estando Jesus em viagem, entrou numa aldeia, onde uma mulher, chamada Marta, o recebeu em sua casa. 39. Tinha ela uma irmã por nome Maria, que se assentou aos pés do Senhor para ouvi-lo falar. 40. Marta, toda preocupada na lida da casa, veio a Jesus e disse: Senhor, não te importas que minha irmã me deixe só a servir? Dize-lhe que me ajude. 41. Respondeu-lhe o Senhor: Marta, Marta, andas muito inquieta e te preocupas com muitas coisas; 42. no entanto, uma só coisa é necessária; Maria escolheu a boa parte, que lhe não será tirada"].

16 Isto é uma espécie de *cantus firmus* da literatura moderna na Europa; ver, *exempli gratia*, Davies, p. 16, citado na nota 4, *supra*; Borgolte, p. 356 e ss., citado na nota 6, *supra*; Joas, "*Die kulturellen Werte Europas: Eine Einleitung*", em Joas & Wiegandt (eds.), *Die kulturellen Werte Europas*. 2005. p.11 e ss.; Le Goff, *Das alte Europa und die Welt der Moderne*. 1996, p. 53; Häberle, p. 26 e ss., citado na nota 4, *supra*; Beck & Grande, p. 29, citado na nota 4, *supra*; e ainda, muito sutilmente, Schieffer, *Einheit in Vielfalt*, Frankfurter Allgemeine Zeitung, de 06.12.2005, p. 7.

17 Em sentido similar, Muschg, p. 56 e ss., citado na nota 4, *supra*: a História europeia foi "uma história de separações críticas em cada uma das quais intervinha um momento integrativo que lhe conduzia a um nível superior".

18 Ver Kohler, *Das Recht als Kulturerscheinung: Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft*. 1885. Sobre ser o direito moldado pela cultura, ver Grossfeld, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*. 1984. p. 80 e ss. Sobre a cultura ser moldada pelo direito, ver Coing, "*Das Recht als Element der europäischen Kultur*". 1984. p. 238. *Historische Zeitschrift*, p. 1 e ss. É uma ideia chave do grande trabalho passional de Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht*. 4. ed. 1966, no sentido de que o direito romano é um expoente da cultura europeia. A análise de até que ponto o direito romano é refletido na cultura europeia também é levada a efeito por Blaho, "*Europa und das römische Recht nebst dessen Reflexion in der Literatur, Kunst und Wissenschaft*", em Ernst

& Jakab (eds.), *Usus Antiquus Jûris Romani*. 2005. p. 13 e ss.

19 Ver, por exemplo, Zweigert & Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3. ed. 1996. p. 33.

20 Legrand, "Paradoxically Derrida: For a Comparative Legal Studies". 2005. p. 27. *Cardozo L Rev*, p. 631-639 e ss.

21 Watson, *Roman Law and Comparative Law*. 1991. p. 97 e ss.; idem, "Aspects of Reception of Law". 1996. p. 44 *Am J Comp L* 335 e ss.

22 Ver, mais recentemente, Michaels, "The Functional Method of Comparative Law", em Reimann & Zimmermann (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*. 2006. p. 339 e ss.

23 Para o Japão, ver Kitagawa, *Die Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan*. 1970; Coing (ed.), *Die Japanisierung des westlichen Rechts*. 1990. Para a Turquia, ver Hirsch, "Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei" [1954] *Schweizerische Juristenzeitung*, p. 337 e ss.; idem, "Vom schweizerischen Gesetz zum türkischen Recht". 1976. p. 95. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, p. 223 e ss.; Pritsch, "Das Schweizerische Zivilgesetzbuch der Türkei: Seine Rezeption und die Frage seiner Bewährung". 1957. p. 59. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, p. 123 e ss. Sobre o fenômeno da recepção do direito em geral, ver Graziadei "Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions", em Reimann & Zimmermann, nota 22, acima, p. 441 e ss.

24 Ver Basedow, "Rechtskultur - zwischen nationalem Mythos und europäischen Ideal". 1996. p. 4. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 379 e ss.; Roos, "Nice dreams and Realities of European Private Law", em van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. 2004. p. 210 e ss.

25 Ver, por exemplo, as contribuições de Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*. 1997; Mohnhaupt, "Europäische Rechechtsgeschichte und europäische Einingung: Historische Beobachtungen zu Einheitlichkeit und Vielfalt des Rechts und der Rechtsentwicklungen in Europa", em *Recht - Idee - Geschichte, Festschrift für Rolf Lieberwirth*. 2000. p. 657 e ss., e, mais recentemente, Cotterell "Comparative Law and Legal Culture", em Reimann & Zimmermann, nota 22 acima, p. 709 e ss.

26 Ver também Koschaker, nota 18, acima, p. 4; Häberle, nota 4, acima, p. 21 e ss.; Mohnhaupt, nota 25, acima, p. 657 e ss.; Alföldy, *Das Imperium Romanum - ein Vorbild Für das vereinte Europa?* 1999. p. 7; Wagner, "Hat Europa eine kulturelle Identität?", em Joas & Wiegandt, nota 6, acima, p. 498 e ss.

27 Glenn, "Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions", em Reimann & Zimmermann, nota 22, acima, p. 421 e ss.; idem, nota 1, acima, p. 7 e ss.; idem, *Legal Traditions of the World*. 2. ed. 2004. p. 1 e ss. O título da famosa obra de Samuel P Huntington, *Clash of Civilizations*. 1996, tornou-se uma frase cunhada [NE-4. Em versão para o português: HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de civilizações e a recomposição da*

ordem mundial. Trad. M.H.C. Cortes. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998]. Ver também, por exemplo, Hondrich, "Kampf der Kulturen", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 13.04.2006, p. 6; Karl Cardeal Lehmann, "Kampf de Kulturen?", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 20.09.2006, p. 8.

28 Esses termos podem ser encontrados em comentários ao BGB, tais como Jauernig (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*. 11. ed. 2004 (ver § 985, n. 1, no qual o termo em latim "*rei vindicatio*" é usado; Vor §§ 987-993, n 3: "*Vindikationslage*"; § 812, I, "*Voraussetzungen der Leistungskondiktion*", II "*Kondiktion wgen Bereicherung in songstiger Weise*").

29 Dessa forma, seguindo-se o modelo do direito romano, a distinção é hoje feita entre benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias (*impensae necessariae, utiles e voluptuariae*); ver, por exemplo, Jauernig, em Jauernig, *ibid* em Vor §§ 994-1003, n. 8 (apesar de o Código Civil alemão conter apenas previsões para os dois primeiros tipos de benfeitorias).

30 Aqui, também, os termos em latim são encontrados até em breves comentários tais como os de Stadler, em Jauernig, nota 28, acima, em §812, n. 13 e 14.

31 Stadler, *ibid* em § 817, n. 1, cuida apenas da primeira frase, não da máxima. Para uma breve discussão, em inglês, das pretensões de enriquecimento sem causa mencionadas, ver Zimmermann, "*Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach*". 1995. p. 15 OJLS 403 e ss. Para um contexto histórico, ver Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. paperback ed. 1996. p. 857 e ss.

32 Wolff, *Grundsätze des Natur-und Völckerrechts* (Halle, 1754) § 438. Para comentários, ver Nanz, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffe sequintess im 16. Bis 18. Jahrhundert*. 1983. p. 164 e ss.

33 Ulp D 2, 14, 7, 7; ver *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 508 e ss.

34 A *bona fides* foi uma das forças motrizes do desenvolvimento do direito contratual romano, ver Whittaker & Zimmermann, "*Good faith in European contract Law: surveying the legal landscape*", em Zimmermann & Whittaker (eds.), *Good Faith in European Contract Law*. 2000. p. 16 e ss.; Schermaier, "*Bona fides in Roman contract Law*", em Zimmermann & Whittaker, *ibid*, p. 63 e ss.; Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*. 2001. p. 83 e ss. Desse modo, a mais influente tentativa de sistematizar a jurisprudência sobre o § 242 - Wieacker, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*. 1956 -, foi claramente inspirada no direito romano.

35 São mencionadas por Mansel, em Jauernig, nota 28, acima, em § 242, n. 39, p. 47-48; ver também *ibid* em n. 37 e 44, distinguindo entre *exceptio doli praesentis* e *exceptio doli praeteriti*. Para uma breve discussão em inglês, ver Zimmermann & Whittaker, *ibid* em p. 22 e ss.

36 Ver *Law of Obligations*, nota 31, acima, em p. 639 e ss.; Vogenauer, "§§ 305-310. *Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine*

Geschäftsbedingungen III", em Zimmermann, Rückert & Schmoeckel (eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. 2007. vol. 2, n. 13 e ss.

37 Ver §§ 276 f BGB; e ver Schermaier, em Zimmermann, Rückert & Schmoeckel, *ibid* no vol. 2, §§ 276-278 BGB (*Verantwortlichkeit des Schuldners, passim*).

38 Ver Luig, "Zur Vorgeschichte der verschuldensunabhängigen Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel nach § 538 BGB", em *Festschrift für Heinz Hübner*. 1984. p. 121 e ss.; Zimmermann, *Law of Obligations*, nota 31, *acima*, p. 367 e ss.

39 Ver Zimmermann, "Die Geschichte der Gastwirthschaftung in Deutschland", Haferkamp & Repgen (ed.), *Usus modernus: Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der frühen Neuzeit - Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von Klaus Lütjens*. 2007. p. 271 e ss.

40 §138, I, do BGB; ver *Law of Obligations*, nota 31, *acima*, em p. 713 e ss.

41 §§ 286 e ss. e 293 e ss. do BGB; ver *Law of Obligations*, nota 31, *acima*, em p. 790 e ss. e p. 817 e ss.

42 §§ 459 e ss. do BGB de 1900; ver *Law of Obligations*, nota 31, *acima*, em p. 305 e ss. As normas foram reformadas em 2002; ver Zimmermann, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*. 2005. p. 79 e ss.

43 §§ 677 e ss. do BGB; ver *Law of Obligations*, nota 31, *acima*, em p. 433 e ss.

44 § 533 do BGB; ver *Law of Obligations*, nota 31, *acima*, em p. 1.116 e ss.

45 Sobre o direito romano e o BGB, ver Kaser, "Der römische Anteil AM deutschen bürgerlichen Recht" [1976] *Juristische Schulung*, p. 337; Knütel, "Römisches Recht und deutsches Bürgerliches Recht", em Ludwig (ed.), *Die Antike in der europäischen Gegenwart*. 1993. p. 43 e ss; Picker, "Zum Gegenwartswert des Römischen Rechts", em Bungert (ed.), *Das antike ROM in Europa*. 1985. p. 289 e ss. Ver também tabela de fontes romanas citada nos *travaux préparatoires* do BGB, compilados por Knütel & Goetzmann, em Zimmermann, Knütel & Meincke (eds.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*. 2000. p. 679 e ss.

46 Até, e incluindo, o novo Código Civil Alemão; ver Ankum, "Römisches Recht im neuen niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch", em Zimmermann, Knütel & Meincke, *ibid* em p. 101 e ss. Geralmente, ver Beck, "Römisches Recht in unserer Rechtsordnung", em *Horizonte der Humanitas: Freundesgabe Walter Wili*. 1960. p. 120 e ss.; Zimmermann, "The Civil Law in European Codes", em Carey Miller & Zimmermann (eds.), *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays*. 1997. p. 259 e ss.; Bürge, "Das römische Recht als Grundlage für das Zivilrecht im künftigen Europa", em Ranieri (ed.), *Die Europäisierung der Rechtswissenschaft*. 2002. p. 19 e ss.

47 Ver também Gordley, "Myths of the French Civil Code". 1992. p. 42 *Am J Comp L* p. 459

e ss.

48 *Law of Obligations*, nota 31, acima, em p. 45 e ss.

49 *Law of Obligations*, nota 31, acima, em p. 253 e ss.

50 Ver texto abaixo na p. 351.

51 Ver livro III, título IV, capítulos I e II do *Code Civil*. Sobre a correspondente divisão quadripartida do direito das obrigações por Justiniano (Inst III, 13, 2), ver Zimmermann, *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 14 e ss.

52 Sobre o exemplo da ilegalidade e da *unconscionability*, ver Zimmermann, "*The Civil Law in European Codes*", nota 46, acima, em 267 f.

53 Ver *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 16 e ss.

54 Ver, por exemplo, Pothier, "*Traité des obligations*", em Pothier, *Traité de droit civil*. 1781. vol. 1, n. 116.

55 Ver *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 1.126 e ss.

56 Pichonnaz, *La compensation: Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*. 2001. p. 127 e ss.; Zimmermann, em Zimmermann, Ruckert & Schmoeckel, nota 36, acima, vol. 2, §§ 387-396, m6.

57 Para detalhes, ver Pichonnaz, nota 56, acima, p. 9 e ss. Para uma visão geral ver Kaser, *Das römische Privatrecht*. 2. ed. 1971. vol. 1. p. 644 e ss.; Zimmermann, em Zimmermann, Ruckert & Schmoeckel, *ibid* vol. 2, §§ 387-396, n. 5 e ss.

58 C 4, 31, 14.

59 Para detalhes, ver Zimmermann, em Zimmermann, Ruckert & Schmoeckel, nota 36, acima, vol. 2, §§ 387-396, n. 11 e ss.

60 Ver *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 817 e ss.

61 Ver Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*. 2. ed. 2003. p. 383 e ss.

62 Isso representa a corrente dominante entre os romanistas; ver Knütel, "*Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*". 1983. p. 100. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, p. 340-419 e ss.; *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 397 e ss.; Wicke, *Respondeat Superior*. 2000. p. 69 e ss.

63 Ver Watson, *Failures of the Legal Imagination*. 1988. p. 6 e ss e p. 15 e ss.; Zweigert & Kötz, nota 19, acima, em p. 639 e ss.

64 Ver, por exemplo, Windscheid & Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 9. ed. 1906. § 401, p. 5.

65 Ver, por exemplo, Benöhr, "Die Entscheidung des BGB für das Verschuldensprinzip". 1978. p. 46. *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*. p. 1 e ss.

66 Para o desenvolvimento histórico, ver Seiler, "Die deliktische Gehilfenhaftung in historischer Sicht" [1967] *Juristenzeitung*. p. 525 e ss.; *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 1.124 e ss.

67 Ulp D 2, 14, 7, 4, *Law of Obligations*, nota 31, acima, em p. 508 e ss.

68 Para detalhes, ver, *Law of Obligations*, nota 31, acima, em p. 542 e ss.; Landau, "Pacta sunt servanda: Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie", em "Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert": *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*. 2003. p. 457 e ss.

69 Inst III, 13 pr: "[O]bligatio es iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvenae rei secundum nostrae civitatis iura".

70 Para o desenvolvimento histórico, ver *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 34 e ss., p. 45 e ss. e p. 58 e ss.

71 C 4, 26, 7, 3: "Alioquin si cum libero REM agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in REM eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit".

72 Kupisch, *Die Versionsklage*. 1965; *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 878 e ss.

73 Contrário ao §§ 812 e ss. do BGB, a *condictio* romana não focava no inteiro patrimônio do devedor enriquecido. Pois o recebedor era obrigado a devolver o objeto recebido e o conteúdo e destino daquela obrigação eram regidos por regras gerais. Sobre isto e para maiores desenvolvimentos, ver Ernst "Werner Flumes Lehre Von der ungerechtfertigten Bereicherung", em *Werner Flume, Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*. 2003. p. 2 e ss.

74 Pap D 22, 6, 7: "Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet".

75 C1, 18, 10: "Cum quis ius ignorans indebitam pecuniam persolverit, cessat repetitio".

76 Visser, *Die rol van dwaling by die condictio indebiti*. Leiden. 1985. p. 66 e ss.; *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 868 e ss.

77 Para detalhes, ver *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 857 e ss.

78 *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 863 e ss.

79 Kupisch *Ungerechtfertigte Bereicherung: geschichtliche Entwicklungen*. 1987. p. 4 e ss.; ver *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 841 e ss.

80 Ver Feenstra, "Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: Its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law", em Schrage (ed.), *Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution*. 2. ed. 1999. p. 197 e ss.; Visser, "Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung", em Feenstra & Zimmermann (eds.), *Das römisch-holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17, und . Jahrhundert*. 1992. p. 369 e ss.

81 Ver, mais recentemente, Bürge, "Der Arrêt Boudier Von 1892 vor dem Hintergrund der Entwicklung des französischen Bereicherungsrechts im 19, Jahrhundert", in *Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger*. 2004. p. 3 e ss.

82 Ver, mais recentemente, Jansen, "Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution? Zur Lehre Von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Savigny". 2003. p. 120. *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, p. 106 e ss.

83 Para detalhes, ver Verse, *Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: Eine kritische Betrachtung aus historisch-vergleichender Sicht*. 1999. Para uma breve narrativa, ver Zimmermann, *Roman Law*, nota 34, acima, p. 45 e ss.

84 Os problemas são analisados por Verse, nota 83, acima, p. 1 e ss.

85 Kaufmann, *Rezeption und usus modernus der actio legis Aquiliae* (1958); Coing, *Europäisches Privatrecht*. 1985. vol. 1, p. 509 e ss.; *Law of Obligations*, nota 31, acima, em p. 1.017 e ss.; Schröder, "Die zivilrechtliche Haftung für schulhafte Schadenszufügungen im deutschen usus modernus", em *La responsabilità civile da atto illectio nella prospettiva storico-comparatistica*. 1995. p. 142 e ss.

86 Para detalhes, ver *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 953 e ss.

87 "[A] ctio nostra, qua utimur, ab actione legis Aquiliae magis die sequenteserat, quam avis a qudrupede": Thomasius, *Larva Legis Aquiliae*. Hewett ed e trad. 2000, § 1.

88 Thomasius, *Larva Legis Aquiliae*. Hewett ed e trad. 2000.

89 Isso é demonstrado por Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*. 2003.

90 Esse termo foi criado, ao menos na história do Direito, por H. R. Hoetink (que, por sua vez, tomou-o da literatura teológica); ver Hoetink, "Over het verstaan van vreemd recht", em Hoetink, *Rechtsgeleerde opstellen*. 1982. p. 34 e ss.; idem, "Historische rechtsbeschouwing", em Hoetink, *Rechtsgeleerde opstellen*. 1982. p. 266 e ss.

- 91 Bauer, *Periculum Emptoris: Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*. 1998. p. 98 e ss.; Ernst, "Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskaufs". 1999. p. 7. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 612 e ss.; Zimmermann, *New German Law of Obligations*, nota 42, acima, p. 84 e ss.
- 92 *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 281 e ss.
- 93 *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 305 e ss.
- 94 *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 291 e ss.
- 95 Zimmermann, *New German Law of Obligations*, nota 42, acima, p. 87 e ss.
- 96 Schulz, *Prinzipien des Römischen Rechts*. 1934. p. 13 e ss.
- 97 Ver, por exemplo, a discussão por Bürge, nota 46, acima, p. 21 e ss.; idem, *Römisches Privatrecht*. 1999. p. 17 e ss.
- 98 Pomp D 1, 2, 2, 39.
- 99 Já referido pelo autor neste texto como Papiniano, em sua forma moderna e que corresponde ao uso vulgar na língua portuguesa. Trata-se efetivamente do jurista Papiniano, que seria posteriormente incluído no famoso rol de juristas cuja citação era autorizada pelo imperador, o dito "Tribunal dos Mortos".
- 100 Foi inspirado por Meincke [2006] *Juristenzeitung*, p. 299.
- 101 Lúcio Javoleno Prisco, na forma mais comumente encontrada nos livros brasileiros.
- 102 Sobre quem, ver Kunkel, *Die römischen Juristen: Herkunft und soziale Stellung*. 2. ed. 1967. p. 138 e ss.
- 103 Labeão.
- 104 Waldstein & Rainer, *Römische Rechtsgeschichte*. 10. ed. 2005. p. 201; Kunkel, *ibid* em p. 32 e ss.
- 105 Sobre quem, ver Waldstein & Rainer, *ibid* p. 135; Kunkel, *ibid* p. 25.
- 106 Sobre Publius Mucius Scaevola, ver Waldstein & Rainer, *ibid* p. 133; Kunkel, *ibid* p. 12.
- 107 Os compiladores de Justiniano, no século VI, ainda se podiam basear em 2.000 livros (C 1, 17, 2, I); a literatura clássica deve ter-se constituído desse número multiplicado diversas vezes; ver Waldstein & Rainer, *ibid* p. 199.
- 108 Pap D 1, 1, 7, 1. Ver, para uma visão geral, Kaser & Knütel, *Römisches Privatrecht*. 18. ed. 2005. p. 22 e ss. Kaser e Knütel enfatizam o fato de que o direito romano consistia de

diferentes camadas jurídicas (ibid em p. 19).

109 Compare-se também Waldstein & Rainer, nota 101, acima, em 196 f, e Kaser & Knütel, ibid em p. 27, brevemente resumindo a visão prevalente atualmente.

110 Ver, em especial, Schulz, *Prinzipien*, nota 96, acima, p. 95 e ss. (liberdade), p. 128 e ss. (humanidade), p. 151 e ss. (lealdade) e p. 162 e ss. (segurança no sentido de estabilidade dos direitos adquiridos). Sobre a equidade no direito romano, ver Stein, *"Equitable Principles in Roman Law"*, em Stein, *The Character and Influence of the Roman Civil Law: Historical Essays*. 1998. p. 19 e ss.

111 Essencial para a legitimidade dos juristas era sua *auctoritas*, baseada no conhecimento adquirido por meio de sua experiência prática. Quanto à autoridade como um fator formativo do direito romano, ver Schulz, *Prinzipien*, nota 96, acima, p. 112 e ss. (sobre os juristas, ver ibid p. 125 e ss).

112 Isso é baseado no D 50, 17, 185 (Celsus), mas tendia a ser mal-interpretado também pelos legisladores do BGB; ver § 306 do BGB (versão antiga). Para detalhes, ver *Law of Obligations*, nota 31, acima, p. 686 e ss.

113 Ver *Law of Obligations*, nota 31, acima, 75 e ss.

114 Ulp D 45, 1, 1, 5, *in fine*: "(...) neque vitatur utilis per hanc inutilem".

115 Seiler, *"Utile per inutile non vitatur: Zur Teilunwirksamkeit Von Rechtsgeschäften im römischen Recht"*, em *Festschrift für Max Kaser*. 1976. 130 f. Sobre o requisito de *pretium certum*, ver *Law of Obligations*, nota 31, acima, p 253 e ss.

116 Para uma visão geral, ver Waldstein & Rainer, nota 101, acima, em 134 f. Para um relato mais detalhado, ver Schulz, *History of Roman Legal Science*. 1946. p. 38 e ss.; Wieacker, *Römisch-Rechtsgeschichte*. 1988. Vol. 1, *passim*, por exemplo p. 351 e ss. (para maiores contra-referências) e p. 618 e ss.; Schermaier, *Materia*. 1992. p. 35 e ss.

117 Ver, por exemplo, Heitsch, *"Beweishäufung in Platons Phaidon"* [2000] *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-historische Klasse n. 9*, 492, 493 e seguintes; Thür, *"Recht im antiken Griechenland"*, em Manthe (ed.), *Die Rechtskulturen der Antike*. 2003. p. 211 e ss.

118 C I, 17, 1, 12; cf também C1, 17, 2, 21. Isso era comumente entendido com uma proibição geral aos comentários; ver Becker, *"Kommentier - und Auslegungsverbot"*, em *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. 1978. vol. 2. col p. 963 e ss. Mas, isto foi recentemente contestado: a proibição poder-se-ia referir apenas aos comentários escritos nos próprios livros jurídicos justinianêos; ver Waldstein & Reiner, nota 101, acima, p. 252.

119 Rüegg, "Vorwort", em Rüegg (ed.), *Geschichte der Universität in Europa*. 1993. vol. 1, p. 13.

120 Ver, por exemplo, Borgolte, nota 6, acima, em p. 296 e ss. (com o capítulo intitulado "*The Occidental Educational Revolution*"); e ver o índice e mapas instrutivos em Verger "*Grundlagen*", em Rüegg, *ibid* em vol. 1, p. 70 e ss.

121 Semelhantemente isso já era verdade nos cursos jurídicos de direito privado na Universidade de Bolonha, na segunda metade do século XI e, em seguida, no século XII, particularmente para a escola "do primeiro luminar da ciência", Irnerius. Sobre a relevância de Irnerius, ver Dorn, em Kleinheyer & Schröder (eds.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*. 4. ed. 1996. p. 211 e ss.

122 Para uma discussão detalhada, ver Wieacker, *A History of Private Law in Europe* (Weir, trad. 1995); Koschaker, nota 18 acima, em p. 55 e ss.; Stein, *Roman Law in European History*. 1999. Para um resumo recente e conciso, ver Gordley, "*Comparative Law and Legal History*", em Reimann & Zimmermann, nota 22, acima, em p. 753 e ss.

123 Portanto, livros como os de Bugnyon, intitulado *Tractatus legum abrogatarum et inusitatarum in omnibus curiis, terris, jurisdictionibus, et dominiis regnie Franciae*. 1563, e de van Groenewegen van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*. 1649, foram escritas.

124 Sobre a influência da escola histórica, ver, por exemplo, Sundell, "*German Influence on Swedish Private Law Doctrine 1870-1914*" [1991] *Scandinavian Studies in Law*, p. 237 e ss.; Lokin, "*Het NBW en de pandektistiek*", em *Histrisch vooruitzicht, Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht, BW-krant jaarboek*. 1994. p. 125 e ss.; Schulze (ed.), *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*. 1990; Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert: Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*. 1990; *idem*, "*Ausstrahlungen der historischen Rechtsschule in Frankreich*". 1997. p. 5. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 643 e ss.; Ogris, *Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert*. 1968; Caroni, "*Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert*". (1994. p. 16. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, p. 243 e ss.; Stein, "*Legal Theory and the Reform of Legal Education in mid-Nineteenth Century England*", em Stein, *The Character and Influence of Roman Civil Law*. 1998. p. 238 e ss.; Rodger "*Scottish Advocates in the Nineteenth Century: The German Connection*". 1994. p. 110 *LQR* p. 563 e ss.; Cairns "*The Influence of the German Historical School in the Early Nineteenth Century Edinburgh*". 1994. p. 20. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, p. 191 e ss.

125 Para um relato detalhado, ver Zimmermann, "*Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht: Die Geschichte einer Emanzipation durch 'Auseinanderdenken'*", em Zimmermann, Knütel & Meincke, nota 45, acima, p. 1 e ss.; cf também Zimmermann, *Roman Law*, nota 34, acima, p. 6 e ss. e p. 40 e ss.

126 Ver Coing, nota 85, p. 7 e ss.; van Caenegem, *European Law in the Past and the Future*. 2002. p. 22 e ss. e p. 73 e ss.

127 Em particular, nas causas matrimoniais, testamentos e promessas fundadas em juramento. Para uma visão geral, ver Trusen, "*Die Gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche*", em Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. 1973. vol. 1, p. 483 e ss. Para a Inglaterra, ver resumo em 1993. p. 1. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 21 e ss.

128 Em geral, sobre a influência do direito canônico, ver Landau, "*Der Einfluss des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur*", em Schulze (ed.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte: Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*. 1991. p. 39 e ss.; Scholler (ed.), *Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien*. 1996); Becker, "*Spuren des kanonischen Rechts im Bürgerlichen Gesetzbuch*", em Zimmermann, Knütel & Meincke, nota 45, acima, p. 159 e ss.

129 Ver texto que acompanha a nota 68, acima.

130 Ver Wolter, *Das Prinzip der Naturalrestitution nach § 249 BGB*. 1985; Jansen, em Zimmermann, Rückert & Schmoeckel, nota 36, acima, vol. 2, §§ 249-253, 255, n. 17 e ss.

131 Ver Coing, nota 85 acima, p. 27 e ss. e p. 352 e ss.

132 Ver, em particular, Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. 1991; idem, *Foundations of Private Law*. 2006.

133 Sobre a chamada *Lex mercatoria*, ver Coing, nota 85, acima, p. 519 e ss.; Berman, nota 14, acima, p. 348 e ss.; Cordes, "*Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit mittelalterlichen der Lex mercatoria*". 2001. p. 118. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, p. 168 e ss.; Scherner, "*Lex mercatoria - Realität, Geschichtsbild oder Vision?*". 2001. p. 118 e ss. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, p. 148 e ss; idem, "*Goldschmidts Universum*", em "*Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert*", *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*. 2003. p. 859 e ss.; e também os artigos de Piergiovanni (ed.), *From Lex Mercatoria to Commercial Law*. 2005. Ver também, para a Inglaterra. 1993. p. 1 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. p. 29 e ss.

134 Wiegand, "*Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel 'habere fundatam intentionem'*", em *Festschrift für Hermann Krause*. 1975. p. 126 e ss. Coing, nota 85, acima, p. 132 e ss.; Luig "*Usus modernus*", em *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. 1998. vol. 5, col p. 628 e ss. Além disso, fontes de direito que se desviavam do *ius commune* deveriam ser interpretadas estritamente: "*statuta sunt stricte interpretanda, ut quam minus laedent ius commune*". Ver Trusen, "*Römisches und partikuläres Recht in der Rezeptionszeit*", em *Festschrift für Heinrich Lange*. 1970. p. 108 e ss.; Lange "*Ius Commune und Statutarrecht in Christoph Besolds Consilia Tubingensia*", em *Festschrift für Max Kaser*. 1976. p. 646 e ss.; Zimmermann, "*Statuta sunt stricte interpretanda, Statutes and the Common Law: A Continental Perspective*". 1997. p. 56 CLJ p. 315 e ss.

135 É essa a conclusão de Oestman, *Rechtsvielfalt vor Gericht: Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich*. 2002. p. 681.

136 Ver, por exemplo, "*Anlage zur Denkschrift zum BGB*", em Mugdan (ed.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*. 1899. vol. 1, p. 844 e também *Allgemeine Deutsche Rechts - und Gerichtskarte* (1896, nova edição 1996 por Klippel).

137 Por conseguinte, além de ainda ser diretamente aplicável em partes da Alemanha, também forneceu a teoria subjacente do direito privado onde quer que a codificação fosse promulgada; ver Koschaker, nota 18, acima, p. 292.

138 Para maiores referências, ver Zimmermann, *Roman Law*, nota 24, acima, p. 34 e ss.

139 Atualmente, denomina-se Kaliningrado e pertence à Federação Russa. Kaliningrado é uma homenagem a Mikhail Kalinin, revolucionário bolchevique russo e um dos quatro fundadores da União Soviética. O topônimo Königsberg manteve-se até 1945, quando a cidade ainda fazia parte da Alemanha. Seu mais famoso habitante foi Immanuel Kant, conhecido também como o "filósofo de Königsberg".

140 Friedberg, *Die künftige Gestaltung des deutschen Rechtsstudiums nach den Beschlüssen der Eisenacher Konferenz*. 1896. p. 7.

141 Ver texto acima p. 341-344.

142 Ver também, por exemplo, Berman, *Law and Revolution I*, nota 14, acima, p. 10; Monhaupt, nota 25, acima, p. 657 e ss.

143 Ver a divisão de Glenn, *Legal Traditions of the World*. 2. ed. 2004. Nenhuma das seguintes características são encontradas somente na tradição jurídica europeia; mas apenas nessa tradição é que todas estão presentes.

144 Em contraste, a tradição ctônica é marcada pela oralidade; ver Glenn, nota 1, acima, p. 61 e ss.

145 Ranulfo de Glanvill (c.1.112-1.190 A.D.), autor do *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae* (Tratado sobre a leis e costumes do Reino da Inglaterra), equivalente a ministro da Justiça do rei Henrique II. Morreu como cruzado no cerco a Acre, na Terra Santa.

146 Henrique de Bracton (c.1.210-c.1.268 A.D.), clérigo e jurista na Corte do Rei, autor de *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (Das leis e dos costumes da Inglaterra).

147 Literalmente, Espelho saxônico ou, literariamente, uma consolidação das leis da Saxônia, cuja autoria é atribuída a Eike von Repgow, que o teria elaborado por determinação de seu senhor, Hoyer, Graf [conde] von Falkenstein. O *Sachsenspiegel* foi utilizado nos territórios alemães até o século XIX, quando se iniciou o movimento de codificação em diversos estados. Na Turíngia e em Anhalt, sua aplicação como direito positivo só se extinguiu com a vigência do Código Civil alemão em 1900.

148 Literalmente, espelho suábio ou espelho dos suábios, é uma consolidação de normas sobre direitos reais e direitos feudais, direito de família e relações com os judeus, supostamente elaborada por frades franciscanos em Augsburg, no ano de 1275.

149 Gangnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*. 1960. p. 288 e ss.

150 Glenn, nota 1, acima, p. 143 e ss.; Coing, nota 18, acima, p. 7; Wieacker, "*Foundations of European Legal Culture*". 1990. p. 38 Am J Como L 1 p. 25 e ss.; Häberle, nota 4, acima, p. 22 e ss. O direito ctônico, em contraste, não é estruturado; ver Glenn, *ibid* p. 78 e ss. A racionalidade da tradição talmúdica não tem uma natureza sistemática; ver Glenn, *ibid* p. 106 e ss. Similarmente no direito islâmico; ver Glenn, *ibid* p. 190 e ss.

151 Berman, *Law and Revolution I*, nota 14, acima, 9; Glenn, *ibid*, p. 146 e ss.; Muschg, nota 4, acima, p. 37 ("*time arrow*"). Isto é diferente, particularmente nas tradições ctônica e da Ásia (Leste), que não possuem um conceito linear de história e, portanto, não compartilham as ideias europeias de progresso e desenvolvimento; ver Glenn, *ibid*, p. 74 e ss. e p. 322 e ss. Para as tradições talmúdicas, islâmicas e hindu (também diferem da Europa neste respeito), ver Glenn, *ibid*, p. 110 e ss., p. 193 e ss. e p. 289 e ss.

152 Von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. 6. ed. 1907. p. 14. Ver Schulz, *History of Roman Legal Science*. 2. ed. 1954.

153 Ver Schulz, *History of Roman Legal Science*. 2. ed. 1954.

154 Ver Koschaker, nota 18, acima, p. 164 e ss. Para a tradição islâmica, ver, a esse respeito, Glenn, nota 1, acima, p. 176 e ss.

155 Coing, nota 18, acima, p. 6 e ss.; Wieacker, nota 142, acima, p. 23 e ss. Isto é diferente nas tradições ctônica ("o direito ctônico é inexplicavelmente entrelaçado com todas as crenças do povo ctônico e é, inevitavelmente, e profundamente infundido com todas outras crenças"), talmúdica ("A tradição judia é uma tradição normativa ou jurídica quase tanto quanto religiosa. Ambas foram fundidas na de que o divino será melhor expresso nas normas jurídicas, as quais têm sanções, deixando relativamente muito pouco fora do alcance do direito, ou halakhah"), islâmica ("[O direito islâmico] foi descrito como uma 'ciência composta de direito e moralidade', e isso deve ser entendido não como uma administração conjunta de dois conceitos diferentes, mas sim como a fusão, ou composição, de (quase todos) ambos"), e hindu ("Você pode querer falar sobre direito e moral, mas a razão pela qual é direito deve-se à moral (religiosa), que infunde todos os tipos de obrigação"). Ver Glenn, nota 1, acima, p. 69, 102 e ss. e p. 186 e 282. Geralmente, sobre o direito (comparado) e a religião, ver, mais recentemente, Berman, "*Comparative Law and Religion*", em Reimann & Zimmermann, nota 22, acima, p. 739 e ss.

156 Ver texto acima, na nota 96.

157 Coing, nota 18, acima, p. 8 e ss.; Mohnhaupt, nota 25, acima, p. 662. O próprio Coing, nesse contexto, enfatiza a diferença entre outras culturas jurídicas.

158 Wieacker, nota 142, acima, p. 20 e ss.; ver também Borgolte, nota 6, acima e p. 346 e ss. Para Gleen, isso parece ser uma característica central da tradição jurídica do Europa continental. O título do respectivo capítulo é, portanto, "*A Civil Law Tradition: The Centrality of the Person*". Para as tradições ctônica, islâmica e asiáticas (do leste), onde isso é diferente, ver Glenn, nota 1, acima, p. 70 e ss., p. 192 e ss. e p. 319 e ss. Relacionada à centralidade da pessoa está a ideia dos direitos subjetivos, que não é de todo evidente; ver Coing, "*Zur Geschichte des Begriffs 'subjektives Recht'*", em Coing, *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*. 1982. vol. 1, p. 241 e ss.; idem. 1984. p. 238 *Historische Zeitschrift*, p. 8 e ss.; idem, nota 85, acima, em p. 172 e ss. Ver também, Glenn, *ibid* em p. 140 e ss., em contraste à p. 86 e ss. (tradições ctônicas), p. 108 e ss., p. 119 e ss. (tradição talmúdica), p. 192 e ss., p. 209 e ss. (tradição islâmica), p. 286 e ss. (tradição hindu), e p. 320 e ss., p. 336 e ss. (tradição asiática).

159 Ver, em geral, Atos 17:23 e Romanos 1:19; também o texto que acompanha a nota 11, acima [NT-2. Os versículos são estes: a) Atos dos Apóstolos - "Percorrendo a cidade e considerando os monumentos do vosso culto, encontrei também um altar com esta inscrição: A um Deus desconhecido. O que adorais sem O conhecer, eu Vo-lo anuncio!"; b) Epístola de S. Paulo aos Romanos: "19. Porquanto o que se pode conhecer de Deus eles o leem em si mesmos, pois Deus lho revelou com evidência"].

160 Gordley, "*Good faith in contract Law in the medieval ius commune*", em Zimmermann & Whittaker, nota 34, acima, p. 93 e ss.

161 Zweigert & Kötz, nota 19, acima, p. 62 e ss.

162 *Ibid* p. 174. Sobre o fenômeno da recepção jurídica na Suíça, ver, mais recentemente, Immenhauser, "*Zur Rezeption der deutschen Schuldrechtsreform in der Schweiz*" [2006] *Recht* p. 1 e ss.

163 Glenn, nota 1, acima, p. 125 e ss.

164 Para as diferentes definições do termo "*civil law*", ver Zimmermann, em Carey Miller & Zimmermann, nota 46, acima, p. 262 e ss. A conexão entre o *civil law* e o direito romano resta aparente nos nomes das cadeiras de direito romano em Oxford e Cambridge, *Regius Chairs in Civil Law*.

165 Para um resumo, ver Zweigert & Kötz, nota 19, acima, p. 154; Kuhn, "*Comparative Law in Central and Eastern Europe*", em Reimann & Zimmermann, nota 22, acima, p. 215 e ss.

166 Ver, por exemplo, as palavras muito pessoais de Mádl (então Presidente da República da Hungria) em Basedow & Drobnig et al (eds.), *Aufbruch nach Europa*. 2001, vii.

167 Vékas, "*Integration des östlichen Mitteleuropa im Wege rechtsvergleichender Zivilrechtserneuerung*". 2004. p. 12. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 454 e ss.

168 Ver, em particular, as obras de Avenarius, *Rezeption des römischen Rechts in Rußland - Dmitri Mejer, Nikolaj Djuvernua und Iosif Pokrovskij*. 2004; idem, "Das rössische Seminar für römisches Recht in Berlin (1887 e 1896)". 1998. p. 6. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. p. 893 e ss.; idem, "Savigny und seine russischen Schüler: Juristischer Wissenschaftstransfer in der ersten Hälfte des 19 Jahrhunderts", palestra sobre a ocasião do evento *Dies Academicus* da Universidade de Colônia, maio de 2004, versão russa em 2005. p. 15. *Ius Antiquum - Drevnee Pravo*; idem, "Das pandektistische Rechtsstudium in St Petersburg in den letzten Jahrzehnten der Zarenherrschaft", em Dajczak & Knothe, *Deutsches Sachenrecht in polnischer Gerichtspraxis*. 2005. p. 51 e ss.

169 Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*. 10. ed. 2005. p. 214, que aponta que a recepção não foi nem mesmo extraordinária, muito menos completamente surpreendente. Ver também, Zweigert & Kötz, nota 19, acima, p. 175 e ss.

170 No original, "civilian tradition". A expressão não deve ser compreendida como uma "tradição do direito civil".

171 Zweigert & Kötz, *ibid* p. 271.

172 Baker, *An Introduction to English Legal History*. 3. ed. 1990. p. 35; na quarta edição (2002), a palavra "nobre" foi excluída.

173 Ver, por exemplo, Schurig, "Europäisches Zivilrecht: Vielfalt oder Einerlei?", em *Festschrift für Bernhard Großfeld*. 1999. p. 1.102 e ss.; Bucher, "Rechtsüberlieferung und heutiges Recht". 2000. p. 8. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 409 e ss. Particularmente mordaz, ver Legrand, "Legal Traditions in Western Europe: The Limits of Commonality", em Jagtenber, Örücu & de Rôo (eds.), *Transfrontier Mobility of Law*. 1995. p. 63 e ss.; idem, "European Legal Systems are Not Converging". 1996. p. 45 ICLQ p. 52 e ss. Legrand refere-se a um abismo epistemológico intransponível. Para uma versão grotescamente personalizada da mesma visão, ver Legrand, "Antibonbar". 2006. p. 1. *Journal of Comparative Law*, p.13 e ss.

174 Para o que segue, ver as contribuições de Peter Stein, nota 121, acima, p. 151 e ss.; Zimmermann, "Der europäische Charakter des englischen Rechts: Historische Verbindungen zwischen civil law und common law". 1993. p. 1. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 4 e ss. Nesse contexto, é também de interesse a questão do "relacionamento interno" do direito romano (clássico) e inglês; ver Pringsheim, "The Inner Relationship between English and Roman Law". 1935. p. 5 CLJ p. 347 e ss.; Stein, "Roman Law, Common Law and Civil Law". 1992. p. 66. *Tulane L Rev*, p. 1.591 e ss.; idem, "Logic and Experience in Roman and Common Law", em Stein, nota 121, acima, p. 37 e ss.

175 Van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*. 2. ed. 1988.

176 Helmholz, *Canon Law and the Law of England*. 1987; idem, *Roman Canon Law in Reformation England*. 1990; Martinez-Torrón, *Anglo-American Law and Canon Law: Canonical Roots of the Common Law Tradition*. 1988.

177 Sobre a tradição civilística na Escócia, ver as contribuições de Evans-Jones (ed.), *The Civil Law Tradition in Scotland*. 1995; Carey Miller & Zimmermann (eds.), *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays*. 1997; e Reid & Zimmermann (eds.), *A History of Private Law in Scotland*. 2000. vols. 1 e 2.

178 Vide NE-10.

179 Sir William Blackstone (1723-1780), membro do Conselho do Rei, jurista, professor catedrático de Direito inglês da Universidade de Oxford e magistrado inglês, autor do célebre tratado *Commentaries on the Laws of England*. É considerado um dos maiores juristas de língua inglesa de todos os tempos.

180 Peter Brian Herrenden Birks (1941-2004), Regius Professor de direito privado da Universidade de Oxford, com enorme atuação nos países integrantes da Comunidade britânica de Nações e na Europa Continental.

181 Ver, em particular, Simpson, "*Innovation in Nineteenth Century Contract Law*". 1975. p. 91 LQR p. 247 e ss.; Gordley, *Philosophical Origins*, nota 129, acima, p. 134 e ss.; ver, em geral, também Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*. 1999, o qual começa a obra com a frase: "*The common law of obligations grew out of the intermingling of native ideas and sophisticated Roman learning*".

182 *Krell v Henry* [1903] 2 KB 740 (CA), p. 747 e ss.

183 Ver Dilcher, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*. 1960. p. 185 e ss.

184 *Taylor v Caldwell*. 1863. p. 3 B & S p. 826; ver, por exemplo, Rheinstein, *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht*. 1932. p. 173 e ss.; Treitel, *Unmöglichkeit, "Impracticability" and "Frustration" im anglo-amerikanischen Recht*. 1991; Schmidt-Kessel, *Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht: Limits of Frustration*. 2003. p. 45 e ss.

185 Para uma narrativa detalhada, ver Zimmermann, "*Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter (...): Conditio tácita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts*". 1993. p. 193. *Archiv für civilistische Praxis*, p. 121 e ss. Sobre *implied terms* no moderno direito dos contratos inglês, ver Schmidt-Kessel, "*Implied term - auf der Suche nach dem Funktionsäquivalent*". 1997. p. 96. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, p. 101 e ss.; Grobecker, *Implied Terms und Treu und Glauben: Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive*. 1999.

186 Ver Zimmermann, *ibid*, p. 134 e ss.

187 Berman, nota 14, acima, 18. Para uma avaliação da visão de Berman sobre a tradição jurídica ocidental, ver Helmholz, "*Harold Berman's Accomplishment as a Legal Historian*".

1993. p. 42. Emory LJ, p. 475 e ss.

188 Helmholz, "*Magna Carta and the ius commune*". 1999. p. 66 U Chi L Rev p. 297 e ss. (citação da p. 371).

189 Ver, particularmente, Berman, nota 14, acima, a qual se refere à "tradição jurídica ocidental", Glenn, nota 1, acima, p. 166, também sugere que nós "começamos a pensar no *common law* e no *civil law* como representantes das mesmas ideias, quando comparados com outras tradições. Podemos falar sobre um direito ocidental universalizante". Ver também os estudos por Helmholz, *The ius commune in England: Four Studies*. 2001.

190 *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*. 1994. Ver também, mais recentemente, van Caenegem, "*The Unification of European Law: a pipedream?*". 2006. p. 14 *European Review*, p. 33 e ss.

191 Gordley, "*Common law und civil law: eine überholte Unterscheidung*". 1993. I *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 498 e ss.

192 Com relação à interpretação estatutária, Stefan Vogenauer, em seu estudo compreensivo *Die Auslegung Von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*. 2001. vols. 1 e 2, conclui que, historicamente, o direito inglês pode ser descrito como uma província do *ius commune*. Hoje, também, a uniformidade fundamental da abordagem perante a interpretação estatutária pode ser observada. Sobre a questão do *stare decisis*, ver também, Vogenauer, *ibid* p. 1293 e ss., e *idem*, "*Zur Geschichte des Präjudizienrechts in England*". 2006. p. 28. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, p. 48. Sobre o papel da doutrina jurídica, ver Goff, "*The Search for Principle*", republicado em Swadling & Jones (eds.), *The Search for Principle: Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley*. 1999. p. 313 e ss. Sobre a questão do "estilo jurídico" ver as decisões do tribunal inglês, ver Levitsky, "*The Europeanization of the British Legal Style*". 1994. p. 42 *Am J Comp L* p. 347 e ss.

193 Para os Estados Unidos, ver, por exemplo, Reimann, *Historische Schule und Common Law*. 1993; Hoeflich, *Roman and Civil Law and the Development of Anglo-American Jurisprudence in the Nineteenth Century*. 1997. Para a América Latina, ver Bucher, "*Zu Europa gehört auch Lateinamerika!*". 2004. p. 12. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 515 e ss. Para a África do Sul, ver Zimmermann & Visser (eds.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*. 1996. Para o leste da Ásia, ver Kitagawa, "*The Development of Comparative Law in East Asia*", em Reimann & Zimmermann, nota 22, acima, p. 237 e ss.

194 Von Jhering, nota 144, acima, em p. 1, 2 e ss.