

---

A. M. HESPANHA

Faculdade de Ciências Sociais e Humanas  
da Universidade Nova de Lisboa

## SÁBIOS E RÚSTICOS: A VIOLÊNCIA DOCE DA RAZÃO JURÍDICA

31

*A mais corrente história do direito e das instituições sempre tem considerado a evolução do direito europeu como um progresso linear e não conflitual da ciência jurídica letrada. Deste artigo resulta uma imagem bem diferente. Até aos finais do Antigo Regime, o direito letrado coexistiu — numa coexistência conflitual — com tradições jurídicas populares, que a doutrina*

*erudita descreveu como «o direito dos rústicos». Nas suas categorias e classificações, nos seus formalismos e liturgias, nas suas estratégias de resolução de conflitos, o direito dos rústicos apresenta extraordinárias semelhanças com os direitos revelados pela actual antropologia nas margens das actuais sociedades desenvolvidas.*

**N**

1.

O domínio da história da organização da justiça no Antigo Regime em Portugal é preciso ultrapassar o discurso explícito das fontes quando se torna patente o seu carácter fantasmagórico, ou seja, uma nítida incompatibilidade entre, por um lado, as exigências institucionais dos modelos de organização jurídica e judicial contidas nas fontes do direito e, sobretudo, doutrinárias e, por outro lado, a generalidade das situações vividas. Com efeito, perante os dados estatísticos relativos ao peso das magistraturas eruditas no século XVII (poderia mesmo dizer-se, até às grandes reformas judiciais do século XIX), segundo os quais o número de juizes de fora não ia além de um décimo do total dos juizes, rapidamente se compreende que todo o discurso dos juristas eruditos sobre a organização judicial assentava numa ficção ou até numa deliberada recusa da realidade. A ele vem juntar-se o discurso dos historiadores que, desde o século XIX, nele piamente acreditam e o parafraseiam.

A ideia vulgarmente dada pela historiografia das fontes — totalmente voltada para a descrição das fontes de direito dos tribunais centrais e para os problemas doutrinários levantados a este propósito pelos juristas eruditos — é a de que, a partir do século XV, os costumes, gerais e locais, tinham passado à

categoria de fontes de direito francamente secundárias. Não só a legislação real e o direito comum regularizam zonas cada vez mais extensas da vida social, como a doutrina teria subordinado definitivamente o costume à lei, substituindo à sua antiga definição como «*tacitus consensus populi*» uma outra que o fazia depender da «*conscientia et patientia regis*». Os séculos XVI a XVIII teriam sido, assim, uma época de franco predomínio do direito régio e do direito comum, este último contido na Glosa de Acúrsio, nos comentários de Bártolo e, mais recentemente, na *communis opinio* dos «modernos».

No plano da administração da justiça, a visão é correspondente. A partir do século XV a progressiva intervenção da justiça real — através dos juizes de fora e dos corregedores — teria gradualmente substituído as justiças autónomas dos concelhos e dos senhorios. A expansão deste aparelho de justiça real teria alargado o âmbito de aplicação do direito régio (*ius proprium*) e do direito erudito (*ius commune*), este sobretudo a partir de 1539 quando se exige a corregedores e a juizes de fora uma formação universitária em direito.

E, na verdade, muitos factores se combinam para tornar esta imagem verosímil.

No plano político-ideológico, afirma-se, na historiografia portuguesa, a persistência do mito da «centralização do poder real» que no século passado serviu quer para enaltecer a acção da coroa na correcção dos abusos feudais e na protecção do terceiro estado (que, no contexto político do século XIX, revelava os esforços de legitimação histórica do poder «moderador» do rei previsto na Carta Constitucional de 1826), quer para explicar a decadência dum país esvaziado da sua dinâmica local e de cidadania pelos desígnios políticos duma corte monopolizadora, distante e imobilista.

Por outro lado, e agora no campo mais preciso da ideologia e da dogmática dos juristas, essa ideia de expropriação dos poderes locais pelo centro parecia um processo natural àqueles espíritos para quem a separação entre o Estado e a sociedade civil, o monopólio das competências deliberativas do poder central e, portanto, a atribuição à periferia de competências meramente executivas, constituíam inelutáveis factores de um processo histórico necessário (e desejável) de desenvolvimento duma razão natural no domínio da organização político-administrativa. Se, em Portugal, tal processo ocorreu precocemente, tanto maior o motivo de regozijo.

A par destes ingredientes ideológicos, o estado das fontes contribuiu também para essa orientação.

Por um lado, a organização da vida jurídica local — baseada na oralidade — defendia-a mal do esquecimento da história. Os costumes raro foram, que se saiba, reduzidos a

escrito: dos finais do séc. XIV conhece-se cerca de uma dezena de redacções de costumes, mas é evidente que isto corresponde apenas a uma pequena parte do direito consuetudinário. O resto, apesar da expressa cominação das Ordenações de que os costumes fossem reduzidos a escrito (Ord. AF., 1, 27, 8; Ord. Man., 1, 46, 8; Ord. Fil., 1, 66, 28), perdeu-se ou está ainda inédito nos livros de vereações das câmaras. Quanto às sentenças dos juizes locais, parte delas não terá sequer sido reduzida a escrito, dado que as *Ordenações* promoviam a simplicidade e a oralidade do processo nos tribunais locais, satisfazendo-se frequentemente com a mera redacção do assento final («protocolo») pelo escrivão, o que impede, nomeadamente, o conhecimento da *ratio decidendi* e da argumentação do juiz. Mesmo em relação a sentenças escritas — que, contra a regra comum do direito português, poderão não apresentar a motivação, muito poucas são as que estão disponíveis para estudo. De facto, a generalidade das colecções de sentenças apenas recolhe sentenças dos tribunais superiores, que raramente dão uma descrição capaz da decisão recorrida. As inéditas jazem nos caóticos arquivos judiciais ou municipais.

33

Se, no plano das fontes de investigação, a historiografia tradicional teve razões para ignorar o direito local e o labor das magistraturas populares, a estas razões somou-se a imagem que a literatura da época deu deste mundo jurídico marginalizado.

A doutrina seiscentista e setecentista não é, desde logo, muito prolixa a respeito destas questões. Os principais juristas portugueses da época são, na verdade, pessoas ligadas diversamente aos meios do direito régio ou erudito — professores da universidade, desembargadores ou advogados dos tribunais superiores; de qualquer modo, letrados e oficiais do rei. Muitos deles tinham, é certo, feito a sua carreira pela província, e alguns recordam questões então surgidas. Mas a sua visão do foro local é decisivamente influenciada pela formação universitária prévia ou pela situação profissional e política em que se encontravam, como funcionários do rei. Desde logo, a sua atenção não é atraída pelas magistraturas locais, salvo quando, comentando as Ordenações, encontravam os títulos a elas dedicados. Mas quando o é, utilizam-se fontes doutrinárias do direito comum, alheias à realidade portuguesa, e reproduzem-se fórmulas doutrinárias estereotipadas por detrás das quais não se consegue entrever a natureza e a dinâmica da vida jurídica local. Os concelhos portugueses, o seu direito e os seus magistrados, aparecem aí nas vestes dos municípios romanos ou das cidades italianas contemporâneas dos grandes juristas de trezentos. E se acaso a realidade local portu-

guesa é tão gritantemente diferente que suscita uma observação particular, essa observação é normalmente dirigida pela óptica do jurista erudito, que tende a desvalorizar a realidade jurídica autónoma dos concelhos, caracterizando-a apenas, do ponto de vista negativo, como uma situação de *ausência* ou de desconhecimento do direito (entenda-se, do direito erudito) e não como uma situação de *presença* de um outro ordenamento jurídico diferente e alternativo. Nesta perspectiva, por exemplo, a característica dominante dos juizes locais não pode deixar de ser a *ignorantia, rusticitas, ou imperitia*, já que o padrão de cultura jurídica é, não o direito local, mas o direito régio ou erudito.

2.

A recusa das propostas desta historiografia — atitude correcta se se pretende obter, neste domínio, uma visão do passado válida para outras áreas além da corte e de umas quantas cidades onde existia justiça erudita — implica, porém, a árdua tarefa de substituir o discurso fantasmagórico das fontes sobre a onnipresença e a normalidade (em sentido estatístico e axiológico) duma justiça letrada e dum direito erudito, por uma descrição histórica da vida jurídica real fora dos grandes centros.

Baseada na oralidade, desprezada pelas fontes escritas, a justiça periférica partilha, de facto, o destino de todos os fenómenos sociais minoritários e reprimidos que para serem recuperados sociológica e historicamente levantam sérios problemas metodológicos.

Qualquer avanço do conhecimento nesses domínios exige meios epistemológicos alternativos para suprir as lacunas criadas pelos métodos tradicionais. Como hipótese de trabalho, tentei uma leitura sintomal das fontes, guiada por uma referência a modelos típicos de organização da prática jurídica desenvolvidos pela antropologia e sociologia jurídicas, leitura essa que permite descobrir, por trás do discurso jurídico erudito, as realidades práticas apenas afloradas.

Para tanto, utilizei uma tipologia, bastante difundida a partir de Max Weber, mas que estudos recentes de antropologia e de sociologia do direito vieram não só confirmar nas suas linhas fundamentais como libertar de todo o normativismo até hoje usual na tradição Weberiana.

Estou a referir-me à distinção entre sociedades dominadas por uma matriz tradicional de distribuição do poder (*traditionale Herrschaft*) e sociedades dominadas por um sistema político de natureza legal-racional (*rationale Herrschaft*). Na

literatura mais recente esta distinção é expressa sob a forma de oposição entre sociedades «pré-rationais» e «rationais», «tradicionais» e «modernas», «camponesas» e «capitalistas».

## 3.

No domínio do direito, o contraste entre estes dois tipos de organização social (a que se liga uma dualidade de organização simbólica) foi descrito numa já longa série de trabalhos, principalmente de antropólogos (1). Segundo Boaventura de Sousa Santos — que utilizou os instrumentos teóricos dessas correntes na sua investigação sobre o direito «não oficial» das favelas do Rio de Janeiro (2) — os traços distintivos da prática jurídica dessas sociedades marginalizadas dos nossos dias (cujas estruturas e práticas culturais e simbólicas estão intimamente relacionadas com as das sociedades tradicionais) podem descrever-se da forma que passamos a referir.

a) Os conflitos têm, geralmente, um carácter trans-individual, não se reduzem a uma questão puramente privada e a comunidade mostra-se, de certo modo, empenhada nos diferendos entre seus membros. Isto explica-se devido às fortes solidariedades decorrentes do teor marcadamente colectivista da vida social. Além disso, a natureza tradicional e imanente (isto é, não voluntarista e arbitraria) da ordem jurídica transforma qualquer conflito sobre o direito numa questão que ultrapassa o nível meramente técnico e que põe em causa os fundamentos (considerados indisponíveis) da vida social. Por outras palavras, não sendo a ordem jurídica o produto arbitrário duma vontade (individual ou colectiva), mas antes o produto duma tradição social quase sagrada, o acto anti-jurídico é tido não como uma mera «transgressão», mas como desafio às regras fundamentais da vida em comum. É este carácter trans-individual dos conflitos que explica, por um lado, a fluidez das fronteiras entre o direito (*ius*), a moral (*fas*) e o costume (*mos*), e ainda a referência, permanente no discurso jurídico tradicional, a padrões éticos de conduta (*praecepta iuris sunt hæc: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere*); por outro lado, explica ainda a indistinção entre as sanções «penais» e as sanções «civis» da qual resultam quer a «penalização» de questões, hoje em dia, nitidamente civis (por exemplo, a prisão por dívidas), quer a «civilização» de questões, actualmente, de natureza penal (por exemplo, a aceitação de penas puramente privadas de repa-

(1) Cf. Fallers (1969), Gluckmann (1965 a e b), Nader (1969), Hocker (1975), bem como a vasta bibliografia citada em Santos (1980) e Spittler (1980).

(2) Santos (1974).

ração penal). Este carácter fundamental dos conflitos explica ainda a intervenção activa do tribunal e da própria sociedade (através dos seus elementos mais respeitados, os *honoratior*es, anciãos) na procura dum equilíbrio entre os interesses conflitantes que permita resolver o litígio de forma durável (Santos, 1980: 17).

b) Uma segunda característica consiste na precaridade dos meios coercivos institucionalizados e explica que a resolução dos conflitos assente numa «violência doce» do discurso orientada para a obtenção dum consenso que possibilite não só satisfazer momentaneamente os interesses, mas também encontrar um equilíbrio estável. Este objectivo atinge-se por diversos meios. Por um lado, através de um grande investimento retórico-argumentativo e até emocional tendente à criação das bases do consenso. O discurso jurídico socorre-se de todos os lugares retóricos aceites, mobiliza toda uma riqueza emocional e tópica e, longe de isolar a questão numa moldura técnica e abstracta (neutra, do ponto de vista das convenções colectivas), favorece constantemente a sua ligação com outros registos axiológicos da vida social, procurando salientar o carácter socialmente indispensável da obtenção dum acordo (e, por consequência, os deveres das partes nesse sentido). Por outro lado, a própria estratégia da decisão deve facilitar a conciliação das partes e, assim, a decisão tende a ser, não uma forma de adjudicação, mas uma forma de mediação assente na reciprocidade de cedências e ganhos (Santos, 1980: 21).

c) A terceira característica é o fraco grau de institucionalização das instâncias decisórias das questões jurídicas que se concretiza, em primeiro lugar, no carácter «não autónomo» das instituições jurisdicionais, que são integradas ou presididas não por profissionais de carreira, especializados e escolhidos em função das suas qualificações técnicas, mas por indivíduos investidos dum prestígio social anterior à sua designação para juízes (*honoratior*es, notáveis) que exercem essa função a par de outras funções sociais e que não possuem qualquer formação técnica. Em segundo lugar, o carácter não técnico da linguagem jurídica ou, pelo menos, o facto de o seu baixo grau de especialização não provocar a distância entre o tribunal e o auditório (Santos, 1980: 34), permite um controlo e uma participação pública no desenrolar do processo e, finalmente, na decisão. Em terceiro lugar, a «simplificação» dos processos, mais do que uma verdadeira «simplificação» traduz uma tentativa de aproximar as práticas judiciais dos rituais e formalidades comuns a outros domínios da vida social, eliminando todos os protocolos em que a função é sacrificada à forma ou, melhor dizendo, em que a solu-

ção socialmente evidente e justa é abandonada por razões «formais» (por exemplo, a fixação definitiva do objecto do processo de acordo com a *litis contestatio*, critérios pré-estabelecidos de apreciação da prova, perda de direitos materiais por prescrição de prazos ou por violação de certas formalidades processuais). Finalmente, o carácter omni-inclusivo do discurso jurídico onde a questão jurídica se não distingue da questão vivida, ou seja, onde nunca se atinge a determinação dum objecto específico do processo. Isto explica, nomeadamente, essa incapacidade, tantas vezes patente, de contenção dos membros das comunidades tradicionais perante as limitações rigorosas do objecto do processo impostas pela prática judicial contemporânea (Santos, 1980: 26).

37

## 4.

O antagonismo entre as práticas jurídicas tradicionais e as que se desenvolveram com o Estado contemporâneo não deve fazer perder de vista, pelo menos nas sociedades onde coexistem práticas jurídicas dos dois tipos, que entre ambas se geram relações que não são de oposição total. Com efeito, quer a lei quer as formalidades do processo erudito podem ser apropriadas pelo direito tradicional; no entanto, essa apropriação modifica desde logo as regras da sua utilização no discurso jurídico. A lei ou a fórmula doutrinal perde a sua qualidade de critério decisivo e imperativo na «invenção» da solução jurídica e passa a ser apenas um tópico entre tantos outros, num sistema argumentativo cuja estratégia é agora dominada pela preocupação de alcançar um acordo. O que acontece com a lei acontece igualmente com as fórmulas e os actos do processo erudito quando aplicados no contexto do processo tradicional (Spittler, 1980: 6). Qualquer dos factos se explica pela preponderância, nessas sociedades dualistas (neste aspecto), dum modelo legal-racional de legitimação do poder, do qual faz parte a crença no carácter decisivo da forma jurídica escrita, tanto no plano das normas como do processo<sup>(3)</sup>. A referência ao direito escrito prende-se, assim, com a necessidade de «criar uma atmosfera de oficialidade e de normatividade» que facilite a aceitação da solução (Santos, 1980: 19). Além disso, a forma escrita favorece a ideia de distância entre o tribunal e as partes e, deste modo, reforça essa ideia moderna segundo a qual a realização da justiça exige a heteronomia do órgão decisório.

Estas relações entre os dois tipos de práticas jurídicas levaram a que se defendesse a tese segundo a qual o desen-

<sup>(3)</sup> Weber (1956).

volvimento da justiça tradicional (*dispute institutions*) pres-supõe a coexistência duma justiça institucionalizada na forma estadual (*courts*) sob cuja ameaça (juntamente com os seus tecnicismos processuais) se actuaria nos tribunais tradicionais (4).

Seria, contudo, errado partir destas considerações para uma concepção segundo a qual a justiça tradicional e a justiça estadual se integrariam harmoniosa e complementarmente dentro dum sistema global de resolução de conflitos, ou ainda, como as fontes históricas eruditas muitas vezes deixam supor, que a «divisão do trabalho» entre ambas resultaria duma *decisão* do legislador que, sensatamente, deixaria aos povos o julgamento das questões menores a fim de, simultaneamente, preparar as decisões dos tribunais superiores (organizadas de acordo com as regras processuais eruditas) e os libertar, em parte, da sua carga. Pelo contrário, embora esses dois mundos não sejam estanques, as relações entre eles são sempre conflituais, e as trocas só se fazem à custa de conversões funcionais dos elementos apropriados. Assim, não deve falar-se de continuidade entre ambos, mas antes de ruptura e de conflito, ainda que encobertos (5). Mas, fundamentalmente, a justiça tradicional não se conforma nunca com o estatuto de «primeira instância» da justiça estadual, pois não aceita de bom grado o modelo duma estrutura judicial e processual muitas vezes antitética.

Com efeito, os tribunais tradicionais diferem dos estaduais quer no plano do direito processual quer no plano do direito material. Relativamente a este último, pelo facto de se submeterem a normas jurídicas tradicionais diferentes das normas do direito oficial e erudito. No direito processual erudito, há regras que estão nos antípodas da organização do processo tradicional: primeiro, a utilização da linguagem técnica, *maxime*, do latim; em segundo lugar, as regras sobre a intervenção das partes no processo (necessidade de representação por um advogado ou um procurador, limitação do direito de uso da palavra); em terceiro lugar, a estrutura dos meios de prova (predomínio da forma escrita) e o sistema de sanções (preponderância das sanções de tipo penal — *v.g.*,

(4) Tal é a tese de Spittler (1980: 4-32) que explica a difusão, em certas sociedades, de instituições não-judiciais (*nichtgerichtliche Institutionen, dispute institutions*) com base, não no seu carácter universal (tese universalista) ou na sua ligação a um determinado estilo cultural (tese culturalista), mas na sua dependência das instituições judiciais. A tese central deste artigo é de que a grande expansão e êxito das instituições judiciais não-oficiais, ultimamente estudadas pelos etnólogos, tem a ver com a existência dos tribunais estaduais, no sentido em que as comunidades tradicionais teriam necessidade de evitar a auto-defesa sem caírem no campo de acção dos tribunais oficiais, em relação aos quais haveria uma profunda antipatia.

(5) Para uma análise semelhante das relações entre a cultura oral e a cultura escrita, cf. Bäuml (1980).

prisão — em substituição das de natureza «privatista» que apenas visam a reparação do ofendido). Tudo isto transformava o processo escrito em algo de estranho a que as partes não aderiam e a que tentavam escapar.

## 5.

Os estudos sobre a litigiosidade no Antigo Regime<sup>(6)</sup>, embora frequentemente voltados para a litigiosidade dos tribunais superiores (ou seja, o mundo erudito), não cessam de confirmar estas perspectivas sobre a irredutibilidade e a especificidade do direito popular tradicional.

Nos trabalhos de N. Castan — em especial, *Justice et répression en Languedoc* (1980 b) — grande parte da atenção do autor volta-se para as formas de resolução dos conflitos que se situam fora do mundo dos tribunais da coroa. De facto, em muitos casos, estes não eram mais do que um último recurso, necessário apenas quando tinham fracassado os meios tradicionais e não institucionalizados de conciliação das partes. Tal como as exações fiscais, também as intromissões da justiça real na resolução de conflitos seriam olhadas com antipatia. O receio do recurso à justiça oficial seria compartilhado pelos pobres, sem meios económicos para se permitirem o luxo duma causa em tribunal, e pelos ricos que, por seu turno, temiam que a sua riqueza despertasse a cupidez do aparelho judicial. Daqui, provém a generalização da ideia de que «mais vale um mau acordo do que uma boa demanda», ideia essa que seria ainda promovida pelos tópicos cristãos sobre a solidariedade, principalmente depois do concílio de Trento.

Perante esta recusa de utilização da justiça do Estado, surgia uma panóplia de meios para a resolução de conflitos, desde a arbitragem — quer dos pares das partes (arbitragem horizontal), quer dos notáveis (arbitragem vertical, organizada nomeadamente pelos senhores ou pelos clérigos) (Castan, 1980 b: 15) — até aos resíduos da justiça privada, sobretudo em áreas como as questões de honra e de propriedade.

<sup>(6)</sup> Os estudos sobre a litigiosidade no Antigo Regime são hoje abundantes. Em França, os estudos pioneiros de Castan (1980 a e b), e ainda Dautricourt (1912), Abbiaticie; Billacois (1971), Martin (1976), Lecuir (1974), Schnapper (1979). Foi, no entanto, a literatura anglo-saxónica que produziu a principal obra neste domínio; alguns desses trabalhos são referentes à Península Ibérica. Em primeiro lugar o belo livro de Kagan (1981); há depois Cockburn (1972), e ainda Dickinson (1976), Pernot (1979), Kagan (1978), Haskell (1978), Kagan, Cartwright, Friedmann, Wheeler (1977), Hastings (1947), Ives (1968), Helmholtz (1974), Jones (1967). Sobre a interpretação sociológica da evolução da litigiosidade, para além das páginas que Kagan consagra ao tema, Abel (1973), Felstiner (1974), Shapiro (1975), Fallers (1969), Pospisil (1971), Toharia (1974).

Cabia à própria justiça oficial a responsabilidade da sobrevivência desta justiça tradicional, devido à sua incapacidade para satisfazer rápida e eficazmente a composição social de interesses.

Em resumo, pode dizer-se — como N. Castan — que ainda nos finais do Antigo Regime, o sistema legalista do direito e o correspondente sistema estadual de justiça não dominavam de forma alguma toda a prática jurídica e que as relações dos indivíduos — nomeadamente na província — com o Estado são, em questões de justiça, ainda muito frustes. O reforço do poder do Estado neste domínio — mais do que o aumento de factos criminais — poderá estar na origem do agravamento da criminalidade nos fins do século XVIII.

A obra de R. H. Kagan (1981) — embora incida principalmente na prática judicial dum tribunal superior (a *Chancilleria de Valladolid*) — testemunha também uma oposição, ainda no século XVIII espanhol, entre formas tradicionais e modernas de resolução de conflitos: entre o «pleyto» que corria num tribunal oficial e erudito, submetido às regras do direito escrito, e os antigos juízos *ex æquo et bono* (*juicios de alvedrio*) proferidos pelos juizes tradicionais e honorários dos municípios e aldeias, submetidos ao direito tradicional parcialmente contido nos antigos «fueros».

6.

O fio condutor das próximas páginas será a procura de marcos que permitam uma reconstituição do mundo do direito tradicional. Este objectivo enfrenta, logo à partida, dificuldades que decorrem do facto de, em geral, não dispormos hoje em dia de fontes escritas que permitam documentar directamente a prática jurídica tradicional por ela se não basear no emprego da forma escrita, embora, como já o dissemos, isso não exclua a sua utilização esporádica. Por outro lado, o pouco que se reduziu a escrito e se conservou nos arquivos judiciais foi vítima da usura do tempo e da mediação da cultura para-erudita dos escrivães.

Isto forçou-nos a adoptar neste trabalho uma estratégia de investigação diferente, baseada na procura de vestígios desse direito tradicional precisamente nas obras de direito erudito.

Com efeito, apesar do tom irreal e fictício tantas vezes adoptado pelo discurso jurídico erudito<sup>(7)</sup>, a realidade desse mundo jurídico não assimilado era de tal modo gritante que,

(7) Sobre a função ideológica e política desse «irrealismo» ou carácter fantasmagórico do discurso jurídico e erudito, P. Costa (1969: 202s).

forçosamente, tinha de estar presente no horizonte do jurista erudito. Presente, quer como alternativa cultural e jurídica que se tentava combater e depreciar, quer como realidade não assimilada que exigia um enquadramento dogmático e institucional.

## 7.

Começaremos esta exposição sobre o lugar atribuído à prática jurídica tradicional nas obras de direito erudito pela descrição dos quadros dogmáticos e institucionais em que se tentou inseri-la.

41

Na literatura erudita, este mundo do direito tradicional, não erudito e não escrito, era designado por mundo dos «rústicos»<sup>(8)</sup>. A definição deste universo surge já na literatura clássica do direito comum. Segundo Bártolo, os rústicos são os que vivem fora das cidades ou das terras importantes (*«omnes qui habitant extra muros civitatis vel castris, tamen idem intellegeremus de castris et commitatuis ubi non esse copia hominum et sic non sunt castra insignia»*)<sup>(9)</sup>. Ainda mais expressiva é, contudo, a definição de Alexandre de Ímola que se refere claramente ao que, em sua opinião, justificava o estatuto especial dos rústicos: a ignorância e a rudeza (*«rusticus proprie est, qui opere, & conversatione est rusticus»*)<sup>(10)</sup>.

«Rústicos» não era, de facto, uma expressão neutra no discurso da Baixa Idade Média, como mais adiante veremos em pormenor. Longe de constituir uma simples referência ao mundo rural, ela continha uma conotação nitidamente pejorativa equivalente a «grosseiro», «rude» e «ignorante», por oposição a um ideal de cultura literária que, cada vez mais, se vinha impondo.

Na literatura jurídica, o mundo dos rústicos surgia, portanto, como um universo dotado de uma especificidade tal que tornava impossível a aplicação estrita do direito comum. A atitude do jurista erudito para com esse mundo é um misto

<sup>(8)</sup> Literatura sobre os «rústicos» (privilégios, *iudicia*): Andreas Tiracuellus, *Tractatus de privilegiis rusticorum*, Coloniae Agrippinae 1582; Renatus Chopinus, *De privilegiis rusticorum*, Parisiis 1575; *Des privilèges des personnes vivant aux champs*, Paris 1634 (trad. franç.); Io Albinus, *Opusculum de regimini rusticorum*, Moguntiae 1601; Iustus Henning Boehmer, *De libertate imperfecta rusticorum in Germania*, Halliae 1733; Siculus Flaccus, *De rusticorum regimen*, Moguntiae 1601; Joh. Wilh. Goebel, *De iure & iudicio rusticorum fori Germaniae*, Helmstadt 1723; Benedictus Carpzovius, *Disputatio de praecipuis rusticorum privilegia*, Lipsiae 1678; Io. Saevi, *Tractatus de privilegiis rusticorum*, Coloniae 1582; e outras obras que focam, sobretudo, as obrigações feudais dos rústicos e dos camponeses.

<sup>(9)</sup> Bartolus, *Comm. ad Dig. infort.* [D. 2, 29, 7, 8, 2]; idêntica definição é dada por Baldo: «rusticus dicitur quolibet habitans extra muros civitatis, vel habitans in castro, in quo est hominum penuria» (*Comm. D. de iure codic.*, 1. conficiantur, § codicilli, cit., t. III, p. 170).

<sup>(10)</sup> Alexander de Imola, *Consilia*, Lugduni 1563, vol. 6 con.1. n.3.

de simpatia, mais retórica do que genuína, suscitada pelo estado epigonal da inocência primitiva, de condescendência arrogante relativamente à sua ignorância e estupidez e, finalmente, de desprezo mal disfarçado pela insignificância das questões que aí eram julgadas. O rústico era, por um lado, a criatura franca, ingénuo, incapaz de malícia, desprovida de capacidade de avaliação exacta das coisas em termos económicos e, por isso, susceptível de ser enganada. Por outro lado, porém, era o ignorante e o grosseiro, o ser incapaz de se exprimir correctamente e de compreender as subtilidades da vida, nomeadamente da vida jurídica. Por fim, ele era o pobre cujas causas nunca atingiam uma importância que justificasse as formalidades solenes dum julgamento.

O que nunca transparece neste discurso erudito sobre o mundo dos rústicos é uma abertura para o reconhecimento do carácter alternativo e diferente do direito tradicional, ou até da existência dum *direito* rústico, isto é, de uma ordem jurídica com características próprias, orgânica, equivalente, no fundo, à ordem jurídica erudita. Quando referem a especificidade do estatuto jurídico dos rústicos, os juristas não a fundamentam no princípio de pluralidade que dominava a teoria medieval do direito — isto é, no princípio da autonomia dos corpos sociais e do reconhecimento das respectivas atribuições estatutárias ou jurisdicionais — mas antes numa atitude paternalista e condescendente, própria de quem está perante uma realidade jurídica inferior, precária, que apenas prevalece graças à paciência do direito oficial. A realidade jurídica do mundo rústico é, assim, deste modo, banalizada e expropriada da sua dignidade de prática jurídica autónoma.

Por este facto, o discurso erudito raramente assume um tom violento ou polémico em relação ao mundo do direito tradicional. Expressões que encontramos nas fontes a propósito dos contactos entre as magistraturas eruditas e o mundo dos iletrados, não parecem, no contexto do estilo enfático e um tanto exagerado da época, suficientes para que possa falar-se duma polémica declarada e encarniçada entre os dois mundos jurídicos. Pelo contrário, se violência havia, ela manifestava-se mais sob a forma clemente de paternalismo, de condescendência e de compaixão, ou até em banalidades apologéticas sobre a simplicidade e a pureza da vida dos campos. Paternalismo, condescendência e banalidades que, no entanto, eram inexoravelmente eficazes como meios de depreciação da prática jurídica dos rústicos.

O próprio estatuto dos rústicos, com tudo o que de discriminatório contém, é, aparentemente, um estatuto protector cuja nota saliente é o reconhecimento do carácter justificativo da ignorância e da rusticidade. Isto traduzia-se num regime

mais favorável para os rústicos, validando actos que de outro modo seriam nulos, admitindo a restituição em casos onde geralmente não seria admitida, despenalizando factos puníveis noutras circunstâncias. Qual o tipo de violência contida neste estatuto protector — violência a que se contrapunha por parte dos rústicos, como veremos, uma resistência mais ou menos passiva — será um tema a tratar num dos parágrafos seguintes.

## 8.

43

No caso concreto de Portugal, encontram-se sintomas da alteração do direito das comunidades tradicionais mesmo na época moderna, se bem que o estado actual da investigação não permita ainda traçar um quadro exacto dos padrões de julgamento então vigentes.

O sistema das fontes do direito, a partir do século XV, estava fixado imperativamente por lei (*Ord. Af.*, II, 9; *Ord. Man.*, II, 5; *Ord. Fil.*, III, 64). A primazia cabia ao direito nacional, quer legislativo quer consuetudinário, e na falta dele devia recorrer-se ao direito comum, primeiro aos textos dos direitos romano e canónico, e depois às opiniões de Acúrsio e de Bártolo ou à *opinio communis doctorum* <sup>(11)</sup>. Esta hierarquização das fontes estava, na prática, evidentemente sujeita a distorções. A mais conhecida é a tendência dos juristas eruditos para aplicar o direito comum como direito principal (isto é, mesmo quando havia normas aplicáveis do direito nacional). A esta inclinação dos juristas eruditos dos tribunais centrais pelo direito comum, correspondia uma preferência dos juizes dos tribunais locais pela aplicação mais intensa do direito local.

É preciso, no entanto, esclarecer que essa preferência pelo direito local tinha uma aceitável base doutrinal e legal.

No plano doutrinal, apoiava-se no «particularismo» da teoria medieval das fontes do direito, segundo a qual o direito particular (*ius proprium*) se impunha ao direito comum (*ius commune*) <sup>(12)</sup>.

No plano legal, o texto das Ordenações atribuía uma nítida supremacia ao direito local sobre o direito comum. Com efeito, o direito local — escrito ou costumeiro — prevalecia, enquanto direito nacional, sobre o direito comum.

Menos claras eram as relações entre o direito local e o direito da coroa. Observemos, primeiro, o direito local escrito

<sup>(11)</sup> Sobre o sistema das fontes de direito em Portugal nesta época, cf. Gomes da Silva (1981: 337s) e Braga da Cruz (1975).

<sup>(12)</sup> Sobre o «particularismo» da teoria das fontes de direito, nomeadamente, em Portugal, cf. Hespanha (1982).

(estatutos, posturas). De acordo com as Ordenações, o único sinal de supremacia do direito régio sobre o direito local era a disposição segundo a qual a elaboração das *posturas* devia respeitar a *forma* da lei. No entanto, relativamente ao conteúdo, apenas se exigia que elas fossem compatíveis com o interesse dos povos e o bem comum, condições essas que eram verificadas no momento da confirmação régia dos estatutos, obrigatória (pelo menos tacitamente) por lei (*Ord. Fil.*, I, 66, 28). Por outro lado, os povos tinham obtido, ainda nas cortes do século XV, a garantia de que as posturas seriam respeitadas pelos corregedores e por outros poderosos.

Maiores discrepâncias surgiam, porém, quanto à posição da doutrina sobre as relações e a hierarquia entre o costume (nomeadamente o costume local) e a lei. Se por um lado era aceite que o costume local se impunha ao direito comum, em contrapartida, a opinião dominante considerava que o costume não podia prevalecer contra a lei nacional («*consuetudo habet vim legis, ubi lex non disponat.*»). No entanto, ao percorrer a literatura da época, é possível encontrar frequentes referências a disposições legais que se consideram derogadas pelo costume. Isto explica-se tanto pela força das próprias situações sociológicas estabelecidas (conquanto ilegais), como pela presença no *corpus* doutrinal do direito comum (sobretudo no direito canónico) de opiniões favoráveis à supremacia do costume sobre o direito escrito, opiniões essas utilizadas como tópicos para justificar soluções em que a força dos factos impunha a derrogação da lei pelo costume.

Em resumo, o balanço era favorável ao costume. De facto, nos domínios do direito privado e processual, a maior parte das normas do direito erudito eram normas do *ius commune*, portanto, revogáveis pelos costumes nacionais (e até locais). Relativamente às normas do direito nacional escrito, não é raro ver a doutrina (e, evidentemente, também os tribunais) recusá-las por as considerar obsoletas. No entanto, não pode afirmar-se que a doutrina privilegia a força do costume, pelo menos quanto aos requisitos para a sua validade. Na verdade, ela é muito exigente quer em relação a questões de fundo (duração do costume, *opinio iuris, scientia et patientia regis*, conformidade com o bem comum), quer em relação à prova (testemunho *de visu*, duas testemunhas para cada acto, testemunho de um certo número de actos). É, contudo, provável que, nos tribunais locais, a maior parte desses requisitos fosse dispensada perante um conhecimento de ofício do costume local pelo tribunal (*ius novit curia*)<sup>(13)</sup>.

Por outro lado, embora a função dos corregedores como inspectores das justiças locais — actividade que incluía o

<sup>(13)</sup> Sobre todo este ponto, cf. Hespanha (1986), I, 481s.

dever de instruir os juizes na arte de julgar — possa ter contribuído para a aplicação do direito erudito e da coroa nos tribunais locais, essa lenta progressão do direito dos letrados enfrentava um obstáculo difícil de ultrapassar: a insuficiente cultura jurídica ou literária (por vezes, o analfabetismo) dos juizes.

Com efeito, nem a doutrina, nem as Ordenações exigiam dos magistrados locais o conhecimento do direito escrito, nem mesmo o saber ler e escrever. Desde o século XV que o problema do analfabetismo dos juizes era levantado nas Cortes, e que os «povos» defendiam a nomeação dos juizes com uma certa cultura literária. No entanto, nos séculos XVI e XVII a regra deve ter sido a contrária. Comentando as Ordenações, um jurista da época fala da *rusticitas* e da *ignorantia* dos juizes ordinários e do seu analfabetismo<sup>(14)</sup>. Em 13 de Dezembro de 1642, uma lei proíbe o acesso de analfabetos às magistraturas ordinárias, mas ulteriores testemunhos levam-nos a duvidar da eficácia de tal medida que, aliás, continuava a não exigir conhecimentos de direito (Hespanha, 1986, I: 632s).

Pode concluir-se que, quer devido à incapacidade dos juizes para compreender e aplicar o direito erudito, quer devido à teoria dominante das fontes do direito, os padrões de julgamento dos tribunais locais diferiam muito dos que vigoravam nos tribunais da corte ou das grandes cidades, onde tinham assento os juizes letrados e onde o direito comum e o direito da coroa tinham, desde o século XIV, uma acentuada supremacia. No plano local, pelo contrário, o direito local tradicional era decisivo. De facto, embora as Ordenações obrigassem todos os juizes (incluindo os juizes ordinários, eleitos e não letrados) a observar as «ordenações e leis do reino e as posturas e ordenações do concelho» (*Ord. Af.*, I, 26, 20; *Ord. Fil.*, I, 5, 6), deve ter sido mais corrente o recurso ao direito local ou ao sentido inato de justiça (isto é, o apelo directo aos sentimentos sociais de equidade)<sup>(15)</sup>. Isto resulta num quadro bastante específico de fontes do direito:

a) costumes locais, reduzidos ou não a escrito, cuja existência e eficácia é atestada, ainda no século XVII, pelas próprias Ordenações — que encarregam os vereadores da sua publicação, correcção e redução a escrito (*Ord. Af.*, I, 27, 7/8; *Ord. Man.*, I, 46, 7/8; *Ord. Fil.*, I, 66, 28);

b) «posturas», tomadas em resultado de deliberação do concelho, normalmente sobre matérias de polícia; o sentido da palavra é, no entanto, mais geral e, quer a lei, quer a dou-

<sup>(14)</sup> M. A. Pegas, *Commentaria ad Ordinationes*, Ulyssipone, 1670-1729, 5 [ad I, 65] gl.1, n.28; gl.4 n.5; gl.5, n.4.

<sup>(15)</sup> «Hos alcaides iugen o que iaz na carta e aquello que non iaz na carta iugen deryto a seu saber» (Port. Mon. Hist. Leges et consuetudines, II, 10).

trina, apenas põem uma restrição ao objecto das posturas — é o de que elas não podem ser «gerais», ou seja, que têm de dizer respeito «ao prol e bom regimento da terra» (*Ord. Fil.*, I, 66, 28);

c) privilégios locais, concedidos pelo rei ou pelos senhores; direitos adquiridos pelo uso; praxes dos tribunais locais<sup>(16)</sup>;

d) costumes locais e normas casuísticas ditadas pelo sentido comunitário de justiça.

Este direito aplicado pelos juizes populares era, decerto, um direito conservador ou mesmo arcaizante. Os séculos XIV e XV tinham trazido grandes transformações à vida local; nas zonas mais abertas ao exterior, era a influência do surto mercantil e colonialista; nas zonas agrárias, a recomposição das matrizes sociais provocadas pela introdução de novas formas de detenção e cedência da terra, como a enfiteuse perpetuamente renovável e os morgadios. Muitos costumes e posturas deviam aparecer, nos séculos XVI e XVII, como desadaptados; em muitos casos, terão sido corrigidos, nos termos das Ordenações; noutros casos, ter-se-ão encontrado formas espontâneas de os reinterpretar.

## 9.

O mundo das justiças tradicionais, reflectido, no plano do direito erudito, por esse reconhecimento do estatuto especial dos rústicos, não era uma realidade totalmente desprovida de tradução institucional. Tinha, ainda na época moderna, uma dimensão organizativa e administrativa própria, embora cada vez menos autónoma e cada vez mais limitada pelas instituições da justiça oficial.

Essa realidade institucional é constituída por aquilo que poderia denominar-se magistraturas populares e decorre duma ideia fortemente enraizada na tradição política medieval — a autonomia jurisdicional dos corpos sociais «primários».

A ideia segundo a qual o juiz é forçosamente um delegado do poder político central não tem mais de dois séculos e constitui um reflexo do pensamento político, que pela primeira vez, separa radicalmente a sociedade civil do Estado, reservando a este o monopólio do poder político, nomeadamente o poder de criar o direito (por via legislativa ou judicial).

Em contrapartida, o pensamento jurídico que domina o longo período que a historiografia actual designa por «Estado

<sup>(16)</sup> A doutrina tentava contrariar a influência desse direito local. Meios dogmáticos utilizados: a) a decisão dum juiz inferior não podia constituir ou fundar um *stylus*; b) certos títulos e direitos não podem ser adquiridos pelo costume; c) as posturas locais só têm validade depois da confirmação régia (expressa ou tácita) e podem ser revogadas pelo rei.

de ordens» concebia o poder político e o direito como algo que decorria directamente dum poder auto-organizador dos corpos sociais espontâneos — a família, as corporações e as cidades. Baldo de Ubaldis exprimiu esta ideia na célebre fórmula em que afirma que o poder dos corpos para se organizarem e se governarem é tão natural quanto a capacidade do espírito e da alma para governar os corpos dos animais.

A este poder de auto-regulamentação e de auto-governo dos corpos corresponde o conceito teórico de *jurisdictio*, que a Glosa definiu como o poder, de natureza pública, para ditar o direito ou estabelecer soluções de equidade, poder esse que, nos termos da referida fórmula de Baldo, era natural em todos os corpos sociais.

Neste contexto, o juiz surge como encarregado de realizar na prática esse poder de auto-governo. O juiz é, por essência, um oficial da comunidade com a função (*officium*) de resolver os conflitos, de acordo com as normas que ela própria para si estabeleceu, e não o delegado dum poder heterónimo e superior como o rei.

A doutrina do direito comum sobre estas questões não era, evidentemente, nem homogénea nem estática. Progressivamente, uma ideia contrária sobre a origem do poder de julgar veio insinuar-se neste contexto — a ideia segundo a qual o poder de julgar era um atributo essencial do soberano (*regalia majora*), e a jurisdição do juiz (e dos restantes oficiais) era apenas uma jurisdição delegada. De qualquer modo, este reconhecimento da autonomia jurisdicional dos corpos inferiores não irá desaparecer antes do fim do Antigo Regime e vai explicar, em grande parte, o sistema das antigas instituições judiciais (Hespanha, 1982).

A situação que acabámos de descrever não era um devaneio intelectual dos juristas académicos, ela correspondia antes a uma autonomia realmente vivida pelos corpos inferiores, nomeadamente pelas cidades. Esta concepção do direito e do ofício dos juizes pôde, assim, desenvolver-se numa completa teoria sobre as qualidades e funções do juiz.

O direito local ou particular — ou, na linguagem da doutrina erudita, os costumes dos rústicos — era, como já vimos, o direito tradicional dessas comunidades estabelecido nas suas assembleias (*concilia, junctæ, capitula*) ou, mais provavelmente, imposto pelas autoridades tradicionais (*domini terræ, Landesherren, patresfamilias*). Difundido, como tradição, na comunidade local, publicado por bando ou pregão, ele materializava a tradição comunitária acerca do justo e do injusto, sendo, em princípio, um direito intensamente vivido e conhecido por todos. Daí que a sua aplicação não exigisse estudos académicos, mas antes bom senso e um certo

conhecimento do direito praticado. Entre as principais qualidades exigidas ao juiz, contavam-se, então, a bondade, a justa consciência, a prudência e a diligência, ao passo que a eloquência e a perícia surgiam apenas como qualidades secundárias e moderadamente requeridas (*scientia conveniens et non eminens*).

Indispensável ao juiz, era a capacidade para encontrar a solução adequada na falta de norma expressa, bem como um conhecimento, normal para os habitantes, do costume local. Quanto aos direitos comum e régio, o seu conhecimento não seria fundamental de acordo com o que já se conhece, no plano da teoria dominante das fontes, sobre as relações entre o direito erudito ou régio e os direitos locais.

Em Portugal, as magistraturas populares são muito antigas, constituindo um dos privilégios mais cobiçados pelas comunidades locais. Na verdade, ter o seu próprio magistrado não era apenas uma comodidade (ter a justiça em casa), mas também uma garantia (ter a justiça da casa). Eleitos pelos principais vizinhos do lugar (*miliores terræ*), os juizes deviam ser as pessoas mais sensatas e mais respeitadas da região. Com a progressiva concessão de cartas comunais (forais) a todo o território, a administração da justiça ficou sendo um monopólio das magistraturas populares, descontando as poucas terras em que os juizes eram designados pelos senhores<sup>(17)</sup>. Esta situação manteve-se até finais do século XVIII, apesar da criação, na última metade do século XIV, de magistrados da coroa de primeira instância (juizes de fora) e de oficiais encarregados da inspecção das justiças locais (corregedores)<sup>(18)</sup>. Os juizes de fora, fortemente contestados, pelas populações locais, dificilmente progrediram em número até ao século XVII. Até meados do século anterior não havia mais de que umas quatro dúzias para um total de cerca de oitocentos concelhos<sup>(19)</sup>. Nos meados do século XVII a situação não se alterara muito — apenas 10% do total de juizes locais eram juizes de fora<sup>(20)</sup>. Foi só com o esforço de racionalização da vida administrativa e judicial do Estado absolutista que se produziu uma modificação neste estado de coisas. No fim do Antigo Regime 35% dos juizes eram já letrados<sup>(21)</sup>.

<sup>(17)</sup> Sobre os juizes e o processo em Portugal na Idade Média, cf. Hespanha (1982); para a Europa central, cf. Wieacker (1967: 103).

<sup>(18)</sup> Sobre os corregedores, cf. Hespanha (1982).

<sup>(19)</sup> Sobre o número dos juizes de fora, cf. José Anastácio de Figueiredo, sobre a origem dos nossos juizes de fora, I (1792) 31s; sobre o número de concelhos na mesma época, ver os dados do cadastro de 1527, publicado no «Arquivo Historico portuguez», vols. III, 241s; VI, 241s; VII, 241s; VIII, 241s. Para os séculos XVII e XVIII, cf. António Carvalho da Costa, Corographia portugueza, Lisboa 1706-1712.

<sup>(20)</sup> Fonte: «Livro das avalliações de todos os officios do reino. 1640» (Bibl. Ajuda, 49-12-11/12).

<sup>(21)</sup> Cf. Almanach para o anno de M.DCC.XCIII, Lisboa, p. 330s.

Deste mundo da justiça tradicional fazem ainda parte os advogados ou procuradores não letrados, pessoas especializadas nas formalidades do direito e do processo tradicionais que, nessa qualidade, assistiam as partes em tribunal. O seu papel não era, em todo o caso, idêntico ao dos advogados letrados nos processos de direito erudito. A própria designação que lhes era dada («vozeiros», «râbulas») permite-nos ainda hoje imaginar o estilo das suas intervenções em tribunal, mais dirigidas para captar a simpatia dos juízes por meios retóricos e oratórios do que para esclarecer, distanciada e analiticamente, as questões técnicas de direito. Por outro lado, a sua presença em tribunal não impedia a participação pessoal do interessado. Mais do que uma mediação entre as partes, estes procuradores garantiam antes uma cooperação que não expropriava as partes da sua qualidade de elementos activos no litígio processual.

Contra estes procuradores, que se arrogavam funções de orientação técnica e processual, insurgia-se a doutrina erudita. Se o juiz iletrado era tratado com benevolência (embora altiva e condescendente), a presunção desses «técnicos populares» que se davam ares de entendidos em direito e se mediam com os advogados letrados era, pelo contrário, duramente atacada. Na doutrina portuguesa há quem proponha evitar esses «advogados trapaceiros geralmente chamados 'procuradores do número' e eliminá-los da república como parte extremamente nociva»<sup>(22)</sup>. Um outro autor observa que esses procuradores exercem o seu ofício sem qualquer diploma ou até mesmo sem um exame dum colégio profissional, como em Espanha<sup>(23)</sup>.

O romantismo da historiografia do século XIX, juntamente com as preocupações actualistas de justificação histórica da política descentralizadora, considerou estas magistraturas populares como um testemunho do carácter democrático e igualitário das comunidades locais medievais. No entanto, uma descrição histórica sem mitos não pode confirmar esta visão. Na verdade, os magistrados populares eram recrutados apenas entre os estratos superiores da sociedade local. Não contando já com as inabilitações eleitorais que atingiam os judeus, mouros ou cristãos-novos e as classes trabalhadoras (*mechanici, mercenarii*), o modo de ser do sistema eleitoral garantia aos *meliores terræ* o monopólio dos cargos judiciais e administrativos electivos. Esta prática era legitimada, do ponto de vista ideológico, pelo princípio «*meliores et nobiliores sunt eligendi ad officia publica*» entendido pela doutrina

<sup>(22)</sup> Joh. Carvalho, De una et de altera quarta Falcidia deducenda, vel non, p. 292.

<sup>(23)</sup> F. Caldas Pereira, Comm. ad legem si curatorem, v. *læsis*, n. 100 (in Opera, IV, Coloniae Allobrogorum 1745, p. 335).

num sentido «social» e não «profissional». Através destas magistraturas, canalizava-se, afinal, o poder político e social da estreita camada dos potentados locais, nobres ou não nobres, a que na história peninsular do século XIX se chama caciques e que dominavam — então como mais tarde — os vários registos da vida local: a economia, através da sua situação de maiores proprietários, muitas vezes conseguida através da apropriação dos bens comunais; a política, através do monopólio dos cargos concelhios e da protecção longínqua, mas eficaz, dum nobre na corte; a vida cultural e espiritual, pela sua estreita ligação com o clero local, que muitas vezes representava, nos termos do direito de padroado.

Embora não haja investigação que permita traçar um quadro geral a este respeito, não é excessivamente ousado afirmar que as magistraturas populares davam voz sobretudo aos interesses da nobreza rural (ou aos vilãos possidentes a caminho da nobilitação) que as utilizava para manter o domínio sobre a vida local. É a partir daqui que pode entender-se melhor a polémica em torno da criação e extensão dos juízes de fora, contra os quais reclamavam as elites locais representadas em cortes, mas a favor dos quais se pronunciava, provavelmente, o povo miúdo (Hespanha, 1982; 1986).

Uma outra perspectiva completa ainda este quadro esquemático, a da situação dos juízes ordinários nas hierarquias sociais locais.

A literatura quinhentista e seiscentista não nos dá dos juízes ordinários uma imagem muito favorável. Pode, é certo, dizer-se que, dum modo geral, ela não nos dá uma visão muito favorável de qualquer das profissões jurídicas: aos letrados, censura-lhes o pedantismo e o sacrifício da justiça material à observância de praxes e fórmulas, aos escrivães censura-lhes o desrespeito pela vontade das partes (o «ouvir uma coisa e escrever outra») e a corrupção, aos juízes censura-lhes a ignorância e a corrupção<sup>(24)</sup>. A mais célebre figuração literária de um juiz ordinário é a do «Juiz da Beira» de Gil Vicente (1465-1537): lavrador iletrado e algo bronco, mas abastado, eleito juiz pela influência da mulher, Pero Marques julga segundo uma justiça de «cadi», fazendo pouco caso das Ordenações.

Uma imagem semelhante nos é dada pelas referências feitas aos juízes na legislação do século XVII que cria os lugares de juizes de fora: dominados pelos poderosos locais e protegendo sistematicamente os seus interesses, julgando segundo a paixão e o ódio, preterindo a justiça (entenda-se o

<sup>(24)</sup> Fontes literárias: Garcia de Resende, Cancioneiro Geral (ed. cit. Lisboa 1973), I, 215/216, 220, 230; Gil Vicente, Auto da Feira, Fragoa de Amores, Juiz da Beira e Auto da Barca do Inferno; Jorge Ferreira de Vasconcelos, Comédia eufrosina (1561).

direito régio), analfabetos e iletrados, totalmente dominados pelos escrivães e advogados.

Esta última referência introduz-nos num tema derradeiro: o das relações dos juízes com as outras profissões jurídicas, nomeadamente escrivães e advogados<sup>(25)</sup>.

Os escrivães e os tabeliães deviam desempenhar, na vida jurídica local, um papel mais importante do que o dos juízes. Sabendo ler e escrever e dominando a praxe judicial e a arte notarial, eles foram durante vários séculos os únicos técnicos do direito escrito a nível local. Com a expansão do processo de autos, o seu domínio dos juízes e da vida jurídica local deve ter-se intensificado. A imagem que deles nos dá a literatura da época é provavelmente correcta: controlando totalmente os juízes (analfabetos e incapazes de compreender as peças forenses escritas), venais e arrecadando grossos proventos com os subornos das partes, os seus rendimentos eram superiores aos dos juízes.

Ao lado dos escrivães e dos tabeliães foram aparecendo os advogados. Instituição muito antiga no direito português, só no século XVII o advogado passa a ser um técnico de direito com formação universitária. Nesta qualidade, é natural que o seu ascendente sobre os juízes fosse grande; alguns autores filiam mesmo a dignidade do seu cargo no facto de o seu ofício ser o de corrigir a ineptidão dos juízes ignorantes.

É certo que os juízes não estavam totalmente dependentes dos escrivães, dos tabeliães e dos advogados quer para ler os autos, quer para se informarem do direito escrito e erudito aplicável. Eles podiam, na verdade, recorrer a assessores, ou seja, a técnicos de direito que escolhiam livremente e que eles próprios pagavam. Embora a deontologia moral os obrigasse a recorrer a um assessor sempre que se sentissem incapazes de resolver as questões levantadas, a nomeação de assessores não devia ser muito corrente dada a dificuldade de os encontrar localmente e a impossibilidade de cobrir os encargos com os magros proventos de juiz.

Nesta situação, o prestígio social dos juízes populares não poderia ser muito grande, sobretudo quando a presença do direito escrito e erudito se tornou notória. Temos provas indirectas desse facto: por um lado, a fuga aos cargos judiciais (e concelhios em geral) invocando privilégios; por outro lado, o baixo valor em que era estimado o cargo de juiz (a honra de juiz) para efeitos fiscais. Os únicos atractivos do cargo — para além do poder político que ele atribuiria a nível local — seriam as benesses ilegais que ele poderia proporcionar numa administração judiciária que as fontes nos descrevem como

<sup>(25)</sup> Cf. Alvs. 19.11.1631; 13.12.1643; 1.2.1655; 22.11.1775; 23.5.1776; 26.8.1776; 7.2.1782; 21.4.1795; 7.5.1801.

dominada pela corrupção. A isto vem juntar-se ainda a ideia, corrente na doutrina jurídica, de que os ofícios concelhios, e sobretudo os ofícios de juiz, nobilitavam.

Interessante é também a questão das relações dos juizes ordinários com o mundo dos juristas cultos, formados na tradição escolar do direito comum, julgando pelos padrões do direito legal ou doutrinal, utilizando como ponto de referência a problemática e as soluções de uma literatura técnica internacional.

Não podemos hoje saber muito da atitude dos juizes ordinários perante os juizes de carreira. Como adiante se afirmará, é de supor que a atitude de aberta resistência da primeira fase da recepção do direito comum se tenha transformado numa atitude de animosidade latente e dissimulada, combinada com uma impotente admiração por um saber jurídico que dominava a corte e os tribunais superiores.

10.

Como se viu, o estatuto dos rústicos dificilmente pode ser considerado — pelo menos, se nele apenas se ler aquilo que é expressamente dito — como uma forma de repressão dum mundo jurídico alternativo. Bem pelo contrário. Aparentemente, todo o discurso erudito sobre ele está dominado pela ideia de condescendência — mais do que de respeito — para com o mundo do direito tradicional.

Em todo o caso, se a análise for levada um pouco mais longe, poder-se-á verificar como esse discurso se integra numa estratégia doce, mas inexorável, de assimilação e repressão. Uma estratégia que recupera no plano simbólico e ideológico o que abandonara no plano jurídico-institucional.

Com efeito, o discurso sobre o direito dos rústicos — e a própria expressão «rústico» — é dominado por uma oposição fundamental: a oposição entre *saber* e *ignorância*. Os dois termos desta oposição não estão, porém, em equilíbrio porque o saber representa já o ideal cultural duma época, e a ignorância já não é a inocência original, mas, pelo contrário, a atitude anti-natural daquele que recusa a sua realização humana. Toda a violência do discurso erudito reside neste facto. Classifica-se a si mesmo como o discurso da verdade, produto da tendência natural do homem para o saber. Ao mesmo tempo, os discursos alternativos são remetidos para uma zona de não saber que os priva de qualquer legitimidade. Por outras palavras, o jurista erudito nunca considera a prática jurídica dos rústicos como presença de *outro direito* enraizado numa outra ordem axiológica e social, mas sempre como resultado duma

ignorância malsã, do arbitrário, do erro, enfim, da «rusticidade». E se transige com essas práticas é sempre por razões de ordem táctica, semelhantes às que levaram Castillo de Bobadilla a aconselhar aos corregedores uma atitude de contemporização provisória sempre que não pudessem vencer pela força a resistência dos seus súbditos.

A estratégia da condescendência (no plano institucional) conjugava-se, assim, com uma estratégia de rejeição (no plano ideológico e simbólico). Mas, tendo em conta a força expansiva desse capital simbólico extremamente reprodutivo que é o discurso jurídico erudito — porque vai actuar na formação de todos os quadros políticos e administrativos, quer da administração central, quer, pouco a pouco, da administração local — o resultado não podia ser senão a gradual negação do direito à existência dessa prática jurídica tradicional, em nome do progresso da razão, dum processo civilizador, duma teleologia da história que, ainda hoje, expropriam a legitimidade de muitos outros factos culturais minoritários. Neste sentido, o investimento na ideia de que o saber jurídico (tal como é entendido nos meios eruditos da época medieval e moderna) é a única base legítima da *Rechtsfindung* funciona como meio de expropriação dos poderes periféricos e é comparável a outras formas contemporâneas de centralização do poder.

Esta estratégia de desvalorização cultural do mundo tradicional começa logo pela designação de «rústico» que lhe é aplicada. O carácter depreciativo do termo foi expressivamente documentado por A. Murray. Segundo ele «nos textos em que as classes sociais eram postas em oposição, «rústico» era utilizado como sinónimo de pessoa de «estratos inferiores» de tal modo que se contrapunham os rústicos aos nobres. Paralelamente, a palavra passou a ter uma utilização que a associava a «estúpido», «rude» ou «mal educado». Na época de Dante e de Petrarca, tanto em vernáculo como em latim, «rústico» equivalia a «burro» ou a «besta» e a expressão «homens rústicos e bestiais» era uma corrente figura de estilo. Simultaneamente, a palavra remetia também para a ideia de simplicidade de espírito, mas uma simplicidade que expunha ao desfrute e à exploração. «Oh! Deus — pode ler-se num texto satírico do século XII —, tu que semeaste a discórdia entre o letrado e o rústico, concede-nos a graça de vivermos do seu trabalho, de possuir as suas mulheres, de coabitar com as suas filhas e de festejar o dia da sua morte» (1978: 239).

Os juristas recolhem todo este potencial negativo da palavra e, nos seus textos, a equivalência entre rústico e ignorante é corrente, fornecendo até, como vimos, a justificação para a especificidade do estatuto dos rústicos. Daí que

todos os autores sejam unânimes quanto à ideia de que os *privilegia rusticorum* só se aplicam aos «rudes e grosseiros» excluindo, pelo contrário, os manhosos ou os que utilizam a rusticidade como capa para encobrir as suas fraudes.

11.

54

Como contraponto da ignorância e da rudeza dos rústicos, surgem o carácter exemplar da ciência jurídica erudita e a excelência da forma escrita.

Dado que o primeiro tema é mais conhecido, ocupar-nos-emos aqui apenas do segundo.

O crescente prestígio da forma escrita na cultura medieval teve imediata influência no mundo do direito, onde, aliás, já na antiguidade, a redução a escrito de leis, contratos e outros actos jurídicos tinha carácter decisivo.

Os juristas do direito comum falam muitas vezes da natureza e das virtudes do texto escrito, nomeadamente do ponto de vista do direito. Nesse plano, o texto escrito possui características quase mágicas. Por exemplo, tem a capacidade de resistir ao tempo e de vencer as barreiras do espaço, de perpetuar a voz dos mortos, de fazer falar os ausentes. A escrita, diz M. A. Pegas — de acordo com tópicos comuns — «tem um poder tão grande que, por seu intermédio, aquilo que dizemos fala sem necessidade da nossa voz e transforma-se numa via para chegar ao leitor»<sup>(26)</sup>. Ao mesmo tempo, um outro jurista afirma que «a escrita nunca se cala, continua a clamar mesmo depois da morte»<sup>(27)</sup>. A importância destas potencialidades do domínio do direito é evidente. Com a forma escrita, a verdade torna-se mais firme. Daí que nas questões mais importantes essa seja a forma a utilizar. Meio privilegiado de prova, a escrita torna-se, assim, um factor de verdade e, portanto, de justiça — «para que a mentira não prejudique a verdade e para que a iniquidade não prevaleça sobre a justiça»<sup>(28)</sup>.

Este elogio da escrita desacredita simultaneamente a oralidade. É um descrédito não só no plano cultural e ideológico, mas também na prática, porque, de acordo com um princípio já sabido, a escrita passa a ser o meio de expressão das questões mais importantes. Daí que a forma escrita se torne obrigatória para um número cada vez maior de actos jurídicos.

Quando o direito erudito e escrito se instituiu como modelo, o mundo do direito tradicional, que não dominava nem a técnica da escrita nem a arte legal, viu-se privado dos

<sup>(26)</sup> *Commentaria ad Ordinationes...*, t.I, (ad I, § gl.139, n.5), p. 317.

<sup>(27)</sup> *Dominicus Tuscus, Practicarum conclusionum...* Cit, v. «scriptura», concl. 80.

<sup>(28)</sup> M. A. Pegas, *Commentaria...*, t.III (ad I, 24) gl.2, n.3/4.

meios de produção simbólica inculcados como legítimos pela ideologia dominante. Neste sentido, o elogio da ciência e da forma escrita não é politicamente inocente, mas, pelo contrário, representa uma forma de obter e de acentuar a expropriação do capital simbólico do adversário. Tão-pouco é inocente o empenhamento posto no emprego duma língua técnica (o latim), estranha à maioria das pessoas. Dos numerosos testemunhos neste sentido, escolhemos o da polémica gerada à volta da publicação em castelhano da *Política para corregidores y señores de vasallos*, de Castillo de Bobadilla. Apesar da edição em língua vernácula se integrar, segundo Bobadilla, numa estratégia de vulgarização do direito escrito e erudito, o autor não deixa de sublinhar as vantagens duma publicação em latim: por um lado, o maior prestígio da língua latina — isto é, um maior poder de reprodução enquanto capital simbólico; por outro lado, e sobretudo, o carácter hermético do latim evitava o perigo das matérias de governo e de justiça «serem do conhecimento geral, o que comporta o risco do abuso». Por outras palavras, uma opção aparentemente tão inócua, como a adopção duma linguagem científica diferente da natural, manifesta-se em todo o seu significado político. Mais do que aproveitar a maior adequação e expressividade dum instrumento linguístico, o que se pretendia era, no fundo, defender o monopólio do saber e, simultaneamente, remeter o discurso alternativo para o domínio da rusticidade e da ignorância.

## 12.

A eficácia deste modelo ideológico em que o direito erudito gozava dum estatuto de padrão para todo o direito, de apogeu da razão jurídica, não se esgotava neste plano mais ou menos difuso (mas a prazo não menos eficaz) da ideologia implícita dos juristas. Ela atingia também o plano prático-institucional e começava, por esse lado, a abalar a vasta protecção aparentemente concedida, neste nível, ao mundo jurídico tradicional.

De facto, embora a especificidade do estatuto dos rústicos se baseasse na sua ignorância, o carácter exemplar e natural das soluções do direito erudito obrigou à introdução da distinção entre a ignorância desculpável e aquela que o não era. Com base nesta distinção a desculpa de ignorância vê-se confrontada com inúmeras limitações. Primeiro, a ignorância do direito natural, do direito das gentes e do direito «notório» ou evidente passa a ser indesculpável. Esta restrição salvaguardava, assim, os fundamentos axiológicos e normati-

vos do direito oficial e erudito. Vemos depois desenvolver-se a ideia segundo a qual, mesmo relativamente ao restante direito escrito, o rústico tinha obrigação de se informar junto dos peritos, acrescentando-se que esta obrigação radicava em factores naturais e antropológicos, nomeadamente na tendência espontânea do homem para o aperfeiçoamento e o saber. Finalmente, a ignorância dos rústicos não eximia perante normas de direito imperativo ou, segundo uma formulação ainda mais restritiva, só eximia em casos onde o direito oficial o declarasse expressamente.

É precisamente esta ideia de inescusabilidade da ignorância que explica o peso negativo que gradualmente o discurso sobre os rústicos adquiriu. Com efeito, à medida que a consciência jurídica europeia se deixa dominar pela tradição do direito erudito, a situação da rusticidade torna-se cada vez mais escandalosa. Por trás de cada rústico há um astuto: «raros são os que não são manhosos», diz Bobadilla, enquanto outros os acusam de usar a sua aparente simplicidade de espírito para escaparem às obrigações para com os senhores. Aí radica a animosidade contra os advogados populares e o desprezo com que eram tratados os juizes populares.

A violência doce da racionalização e da ordem agiam, no entanto, noutros planos. Por exemplo, na imposição de uma ordem judicial que expropriava as partes da intervenção pessoal e as obrigava a fazerem passar as suas pretensões pelo crivo dum advogado erudito. Para justificar estas medidas, os juristas invocavam a necessidade de instaurar ordem nas audiências, e a ideia de que a serenidade e a imparcialidade do julgamento eram incompatíveis com o burburinho, a indisciplina, a incontinência e o empenhamento emocional das partes quando eram autorizadas a intervir directamente no processo («*index debet procuratorum, advocatorum, vel partium clamorosam garrulitatem reprimere*», escreve Florentino). Pelo contrário, a mediação do advogado erudito garantia não só um tratamento selectivo das «alcovitices» das partes — ou seja, a construção dum objecto processual diferente do objecto real do litígio —, como também garantia uma intervenção neutra, metódica e distanciada, segundo as regras do processo erudito. No fundo, tratava-se de acentuar as características do processo escrito mais antinómicas relativamente à estrutura do processo tradicional, e de reduzir ao silêncio a dinâmica e o discurso alternativos.

Também sobre este ponto, o exemplo das regras políticas formuladas por esse autor paradigmático, que foi Castillo Bobadilla, continua a ser extremamente elucidativo. Tudo o que significasse espontaneidade, imediatismo, vivacidade ou rusticidade da audiência devia ser banido. Desde a imposição

dum rígido formalismo no modo de convocar a audiência até à observância duma estrita regra de silêncio que impede a intervenção pessoal e emotiva, a negociação directa («chicana»), e a interpelação retórica do processo tradicional, tudo deve convergir para uma dramatização formalista e distanciadora do litígio.

Perante esta violência doce do mundo do direito oficial, a estratégia dos rústicos parece coincidir — tanto quanto é possível interpretá-la através das indicações fornecidas pelas fontes eruditas — com o que foi descrito pelos etnólogos como uma estratégia de fuga e dissimulação. Só em momentos de profundo desespero — como os das guerras dos camponeses na Alemanha, da Fronda em França, dos «communeiros» em Castela ou, em Portugal, das revoltas populares que povoaram a primeira metade do século XVII — é que o mundo tradicional se insurgiu abertamente contra a progressiva intromissão do poder político central nos assuntos locais, quer no domínio da fiscalidade quer no domínio da justiça.

Em geral, no entanto, o rústico utilizava a fuga, a dissimulação, a reserva mental, a mentira como meios para escapar aos mecanismos da justiça oficial. As fontes eruditas atestam a resistência dos rústicos para recorrerem ao tribunal, a tal ponto que a doutrina erudita considera esse medo da justiça do Estado uma causa justificativa da contumácia. A mentira, pelo contrário, é considerada uma característica das populações rústicas, tal como o perjúrio. As Ordenações consideraram a mentira um hábito tradicional das populações do norte do país (precisamente a zona em que as tradições jurídicas e culturais estariam mais enraizadas), o que levou à criação dum regime especial de juramento. Quanto à dissimulação e à reserva mental, ambas constituem um ponto obrigatório de todas as descrições das «faltas» dos rústicos.

Violência doce da «razão jurídica», resistência passiva da «rusticidade». É este carácter velado e «não violento» do conflito que pode ocultá-lo aos olhos da historiografia. Principalmente quando esta, já iludida pelas múltiplas formas contemporâneas de violência «doce» e muitas vezes dominada por uma visão teleológica da história (ou seja, uma visão segundo a qual o presente é a concretização do progresso da razão), ao aperceber-se de conflitos deste tipo, os banaliza como «preço do progresso» e os inclui, sem reservas, na categoria de sacrifícios inerentes ao processo de «modernização». ■

(tradução de Teresa Lello)

A. M. Hespanha

### Referências Bibliográficas

58

- Abbateci, A.; Billacois, F. et al. 1971 *Crimes et criminalité en France, XVIIe, XVIIIe*, Paris.
- Abel, Richard J. 1973 «A comparative theory of dispute institutions in society», *Law and society review*, 8.
- Bäumli, H. 1980 «Varieties and consequences of medieval literacy and illiteracy», *Speculum. A journal of medieval studies*, 35.
- Castan, Nicole 1980a *Les criminels de Languedoc. Les exigences d'ordre et les voies du ressentiment dans une société pré-révolutionnaire (1750-1790)*, Toulouse.
- Castan, Nicole 1980b *Justice et répression en Languedoc à l'époque des lumières*, Paris.
- Cockburn, J. S. 1972 *A history of english assizes, 1558-1714*, Cambridge.
- Costa, P. 1969 *Iurisdicção. Semântica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano.
- Cruz, G. Braga da 1975 «O direito subsidiário na história do direito português», separata da *Revista Portuguesa de História*, tomo XIV, Coimbra.
- Dautricourt, P. 1912 *La criminalité et la répression au Parlement de Flandres au XVIIIe siècle (1721-1790)*, Lille.
- Dickinson, John 1976 «L'activité judiciaire d'après la procédure civile. Le Bailliage de Falaise, 1669-1790», *Revue d'histoire économique et sociale*, 84.
- Fallers, L. 1969 *Law without precedent: legal ideas in action in the courts of colonial Busoga*, Chicago.
- Felstiner, William 1974 «Influence of social organization on dispute processing», *Law and society review*, 9.
- Gluckmann, M. 1965a *Politics, law and ritual in tribal society*, Oxford.
- Gluckmann, M. 1965b *The ideas in Barotse jurisprudence*, New Haven.
- Haskell, Thomas L. 1978 «Litigation and social status in seventeenth New Haven», *Journal of legal studies*, 7.
- Hastings, M. 1947 *The Court of Commons pleas in fifteenth-century England*, Ithaca.
- Helmholz, 1974 *Marriage litigation in fifteenth century England*, Cambridge.
- Hespanha, A. M. 1982 *História das instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra, Almedina.

- Hespanha, A. M. 1986 *As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político — Portugal sec. XVII*, Lisboa, ed. autor.
- Hocker, M. B. 1975 *Legal pluralism. An introduction to colonial and neo-colonial law*, Oxford.
- Ives, Charles W. 1968 «The common lawyers in pre-reformation England», *Transactions of the Royal Historical Society*, 18.
- Jones, W. J. 1967 *The Elisabethan Court of Chancery*, Oxford.
- Kagan, Robert A.; Cartwright, Bliss; Friedmann, L. M.; Wheeler, Stanton 1977 «The business of State Supreme Courts, 1870-1970», *Stanford Law Review*, 30. 59
- Kagan, R. L. 1978 «Pleytos y poder real: la chancilleria de Valladolid. 1500-1700», *Cuadernos de Investigación Histórica*, 2.
- Kagan, R. L. 1981 *Lawsuits and litigants in Castille, 1500-1700*, Chapel Hill.
- Lecuir 1974 «'Criminalité' et 'moralité': Montyon, statisticien du Parlement de Paris», *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 25.
- Martin, D. 1976 «Justice parisienne et justice provinciale au XVIIIe. siècle: l'exemple de l'Auvergne», *Bull. Soc. Hist. Moderne*, 2.
- Murray, A. 1978 *Reason and Society in the middle ages*, Oxford.
- Nader, I. (ed.) 1969 *Law in culture and society*, Chicago, Aldine.
- Pernot, J. F. 1979 «L'activité de la chambre de comptes à Paris à l'époque moderne», *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 26.
- Pospisil, Leopold 1971 *The anthropology of law. A comparative theory*, New York, Harper and Row.
- Santos, Boaventura de S. 1974 *Law against law: legal reasoning in Pasargada law*, Cuernavaca, Cidoc.
- Santos, Boaventura de S. 1980 *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Coimbra, «Boletim da Faculdade de Direito».
- Schnapper, B. 1979 «La litigiosité en France au XIXe. siècle», *Annales. E.S.C.*, 34.
- Shapiro, Martin 1975 «Courts» in Greenstein, Fred I. e Polsby, Nelson W. (eds.), *Handbook for political science*, Reading, Mass., Addison-Wesley.
- Silva, N. E. Gomes da 1981 *História do direito português*, Lisboa, Gulbenkian.

A. M. Hespanha

- Spittler, G. 1980 «Streitregelung im Schatten des Leviathans. Eine Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchung», *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1.
- Toharia, Juan Jose 1974 *Cambio social y vida judicial en España*, Madrid, Edicusa.
- Weber, M. 1956 *Wirtschaft und Gesellschaft*, Köln-Berlin.
- Wieacker, F. 1967 *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen.