

# INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO

*Prefácio de*

J. Gilissen

*Tradução de*

A. M. Hespanha

e

L. M. Macaísta Malheiros

*7.ª edição*

FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN

**Tradução**

do original francês intitulado:

«**INTRODUCTION HISTORIQUE AU DROIT**»

(Esquisse d'une histoire universelle du droit.

Les sources du droit.

Les sources du droit depuis le XIII.<sup>e</sup> siècle.

Éléments d'histoire du droit privé)

**JOHN GILISSEN**

© 1979 Établissements Émile Bruyant, S. A. Bruxelles

Reservados todos os direitos de acordo com a lei

Edição da

**FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN**

Avenida de Berna | Lisboa

2013

## ÍNDICE SISTEMÁTICO

---

PREFÁCIO À EDIÇÃO PORTUGUESA.....	7
PREFÁCIO .....	9
INTRODUÇÃO .....	13
1. Componentes históricos dos direitos romanistas .....	14
A. <i>Depois de 1789</i> .....	15
B. <i>Antes de 1789</i> .....	15
2. Os grandes sistemas jurídicos.....	19
3. As fontes de direito .....	25
<b>PRIMEIRA PARTE — Esboço de uma história universal do direito .....</b>	<b>29</b>
<b>CAPÍTULO I — Os direitos dos povos sem escrita.....</b>	<b>32</b>
1. O problema das origens do direito .....	32
2. Actualidade do estudo dos direitos dos povos sem escrita. Colonizações e descolonizações .....	33
3. Caracteres gerais dos direitos dos povos sem escrita.....	35
4. Fontes de direito .....	37
5. Crítica da concepção evolucionista e progressiva .....	38
6. Sociedades matrilineares e sociedades matrilineares.....	39
7. O clã .....	42
8. A etnia.....	42
9. Modos de detenção dos bens .....	43
10. Classes sociais .....	46
11. Aparecimento de cidades e de direitos urbanos.....	46
<i>Documentos</i> .....	47
<b>CAPÍTULO 2 — Direitos da antiguidade.....</b>	<b>51</b>
A. <i>O Egipto</i> .....	52

1.	Evolução geral .....	52
2.	Direito do Antigo Império .....	54
3.	Evolução para o regime senhorial .....	55
4.	Segundo e terceiro período de evolução do direito egípcio.....	55
	<i>Documentos</i> .....	56
B.	<i>Os direitos cuneiformes</i> .....	58
1.	Evolução geral .....	58
2.	Os grandes «códigos» dos direitos cuneiformes .....	60
3.	O direito da época de Hammurabi .....	63
	<i>Documentos</i> .....	64
C.	<i>O direito hebraico</i> .....	66
1.	Introdução histórica.....	66
2.	Caracteres .....	66
3.	Fontes de direito .....	67
	Quadro comparativo das fontes .....	70
	<i>Documentos</i> .....	71
D.	<i>O direito grego</i> .....	73
1.	Evolução dos sistemas políticos gregos .....	73
2.	Fontes históricas dos direitos gregos.....	75
3.	Contributo da Grécia para a ciência política .....	75
4.	O direito privado .....	77
	<i>Documentos</i> .....	78
E.	<i>O direito romano</i> .....	80
1.	Introdução histórica.....	80
2.	O antigo direito romano .....	84
3.	O direito clássico .....	87
4.	O direito do Baixo Império.....	91
5.	O direito bizantino.....	92
	<i>Nota do tradutor</i> — O direito romano na Península.....	93
	<i>Documentos</i> .....	93
<b>CAPÍTULO 3 — Os grandes sistemas jurídicos tradicionais não europeus .....</b>		<b>101</b>
A.	<i>O direito hindu</i> .....	101
1.	Originalidade do direito hindu .....	102
2.	A religião dos hindus .....	102

3.	As fontes do dharma .....	103
4.	As castas e a justiça .....	104
5.	Organização política da Índia: os rajá .....	105
6.	Direito tradicional hindu, direito muçulmano, direito europeu .....	106
	<i>Documentos</i> .....	107
B.	<i>O direito chinês</i> .....	108
1.	Esboço histórico .....	109
2.	Religiões e filosofia .....	110
3.	O «li» do confucionismo .....	110
4.	O «fa» dos juristas .....	111
5.	Os códigos chineses .....	112
6.	A China e os direitos ocidentais dos sécs XIX e XX .....	113
	<i>Documentos</i> .....	115
C.	<i>O direito japonês</i> .....	116
D.	<i>O direito muçulmano</i> .....	117
1.	Religião e história .....	118
2.	Char'ia e Figh .....	119
3.	As quatro fontes da Char'ia .....	119
4.	As outras fontes do direito .....	121
5.	Os quatro ritos ortodoxos .....	121
6.	Evolução contemporânea do direito muçulmano .....	122
	<i>Documentos</i> .....	124
<b>CAPÍTULO 4 — Direitos europeus medievais e modernos</b> .....		127
A.	<i>Quadro histórico e geográfico</i> .....	127
1.	Situação no fim da Antiguidade .....	127
2.	Alta idade média (séculos VI a XII) .....	128
3.	A baixa idade média e os tempos modernos (sécs. XII a XVIII) .....	130
4.	A época contemporânea (de 1786 aos nossos dias) .....	131
	<i>Nota do tradutor</i> — Sistematização e formas de citação das fontes de direito comum .....	132
B.	<i>O direito canónico</i> .....	133
1.	Generalidades .....	133
2.	Relações entre a Igreja e o Estado .....	136
3.	A jurisdição eclesiástica .....	138
4.	Fontes de direito .....	142
5.	Colecções canónicas anteriores ao século XII .....	145

6.	Codificações de direito canónico .....	146
7.	Ensino e doutrina .....	149
	<i>Nota do tradutor</i> — A evolução do direito canónico em Portugal .....	150
	<i>Documentos</i> .....	151
C.	<i>O direito celta</i> .....	160
D.	<i>Os direitos germânicos</i> .....	162
	1. Organização sócio-política .....	162
	2. Direito consuetudinário .....	162
	<i>Documentos</i> .....	165
E.	<i>O direito durante a alta idade média</i> .....	165
	1. Quadro geográfico e histórico .....	165
	2. Sobrevivências do direito romano — a personalidade do direito .....	167
	3. As fontes do direito nas monarquias germânicas .....	171
	4. As <i>leges barbarorum</i> .....	172
	5. A legislação na monarquia franca .....	179
	<i>Nota do tradutor</i> — O direito visigótico na península .....	181
	<i>Documentos</i> .....	182
F.	<i>O direito feudal</i> .....	188
	<i>Nota do tradutor</i> — O feudalismo em Portugal .....	191
	<i>Documentos</i> .....	193
G.	<i>Os direitos romanistas</i> .....	202
	1. O Renascimento do direito romano .....	203
	2. As transformações dos sistemas jurídicos nos séculos XII e XIII: do «irracional» ao «racional» .....	205
	3. Tendências para a preponderância da lei .....	206
	4. Difusão dos direitos romanistas fora da Europa .....	206
H.	<i>O Common law</i> .....	207
	1. Generalidades .....	207
	2. A formação do «common law» (séculos XII-XV) .....	209
	3. A «equity» face ao «common law» (séculos XV-XVIII) .....	213
	4. «Trial by jury» .....	214
	5. Desenvolvimento do «statute law» .....	215
	6. Constituição e codificação .....	216
	7. Difusão do «common law» no mundo .....	216

	807
<i>Documentos e leituras</i> .....	218
I. <i>Os sistemas jurídicos de tendência comunista</i> .....	221
1. Generalidades .....	221
2. O direito na doutrina marxista-leninista .....	222
3. Evolução do direito na U. R. S. S. ....	224
4. O direito socialista .....	227
<i>Documentos</i> .....	230
<b>SEGUNDA PARTE — As fontes de direito na Europa ocidental, em especial na Bélgica e em França (séculos XIII-XX)</b> .....	235
INTRODUÇÃO .....	237
<b>CAPÍTULO 1 — Baixa idade média e época moderna (séculos XIII a XVIII)</b> .....	239
A. <i>Visão geral</i> .....	239
1. A baixa idade média (sécs. XIII a XV) .....	239
2. Época moderna (séculos XVI-XVIII) .....	244
B. <i>O costume</i> .....	250
1. Definição e características .....	250
2. Geografia dos costumes .....	254
3. A prova do costume .....	259
4. A redução a escrito dos costumes na baixa idade média .....	264
5. A redacção oficial dos costumes .....	274
6. Consequências da redacção oficial dos costumes .....	280
<i>Nota do tradutor</i> — o direito consuetudinário em Portugal .....	282
<i>Documentos</i> .....	282
C. <i>A legislação</i> .....	291
1. Evolução geral .....	291
2. As primeiras manifestações de actividade legislativa .....	292
3. O renascimento da legislação na baixa idade média .....	296
4. Desenvolvimento da legislação a partir do séc. XV .....	302
5. As grandes «ordonnances» da época moderna .....	310
<i>Nota do tradutor</i> — a lei em Portugal .....	318
<i>Documentos</i> .....	324
D. <i>Doutrina e ensino do direito</i> .....	337

1.	Visão geral .....	337
2.	Renascimento do direito romano na Itália no século XII.....	341
3.	Métodos de estudo e de ensino do direito romano .....	342
4.	Romanização dos direitos europeus .....	350
5.	Doutrina não romanista .....	355
6.	O século das luzes .....	366
	<i>Nota do tradutor</i> — a doutrina jurídica em Portugal.....	369
	<i>Documentos</i> .....	371
E.	<i>A jurisprudência e a organização judiciária</i> .....	382
1.	Organização judiciária .....	382
2.	Jurisprudência .....	393
	<i>Nota do tradutor</i> — a jurisprudência em Portugal .....	396
	<i>Documentos</i> .....	400
<b>CAPÍTULO 2 — As fontes de direito na época contemporânea (de 1789 aos nossos dias)</b> .....		413
A.	<i>Panorama geral</i> .....	413
B.	<i>Legislação</i> .....	417
1.	A lei, principal fonte de direito da época contemporânea .....	417
2.	As constituições — o poder legislativo .....	418
3.	Os códigos .....	448
	<i>Nota do tradutor</i> — a codificação em Portugal .....	461
4.	Estatísticas legislativas .....	462
5.	Tendências da actividade legislativa .....	465
6.	Direito comunitário europeu .....	470
	<i>Documentos</i> .....	471
C.	<i>O costume</i> .....	485
1.	Papel do costume nos séculos XIX e XX.....	485
2.	Direito escrito não aplicado: costume <i>contra legem</i> .....	487
3.	Costumes <i>secundum legem</i> .....	488
4.	Costumes <i>praeter legem</i> .....	489
	<i>Documentos</i> .....	492
D.	<i>A organização judiciária e a jurisprudência</i> .....	493
1.	A organização judiciária .....	493



	809
<i>Nota do tradutor</i> — a organização judiciária em Portugal no séc. XIX .....	504
2. A jurisprudência .....	505
<i>Nota do tradutor</i> a jurisprudência em Portugal no séc. XIX .....	508
<i>Documentos</i> .....	508
<b>E. Doutrina e ciência do direito</b> .....	513
1. A Escola histórica .....	514
2. A Escola da exegese; o positivismo legalista .....	515
3. A Escola científica.....	518
<i>Nota do tradutor</i> a doutrina em Portugal na época contemporânea.....	520
<i>Documentos</i> .....	522
<b>TERCEIRA PARTE — Elementos de história do direito privado</b> .....	533
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	535
1. Plano .....	535
2. A evolução desde o Code Napoléon .....	536
3. Título preliminar do Code civil: teoria geral das leis.....	538
<i>Nota do tradutor</i> evolução mais recente do direito privado .....	540
<i>Documentos</i> .....	542
<b>CAPÍTULO 1 — As pessoas</b> .....	547
<b>A. Estatuto dos estrangeiros</b> .....	547
1. Pluralidade de estatutos de estrangeiros .....	548
2. Determinação da qualidade de indígena ou de estrangeiro.....	549
3. Naturalização.....	550
4. Direito de albinágio e direito de herança .....	551
5. Direito de prisão cautelar por dívidas.....	552
6. Interdição de exercício de funções públicas.....	553
7. Extradição e expulsão de estrangeiros.....	554
<i>Nota do tradutor</i> — os estrangeiros no direito português histórico .....	555
<i>Documentos</i> .....	556
<b>B. Os actos relativos ao estado civil</b> .....	561
<b>C. Solidariedade familiar</b> .....	563
<b>D. Casamento e divórcio</b> .....	564

1.	Concepção romana .....	565
2.	Concepção germânica .....	566
3.	Concepção cristã.....	567
4.	Casamento e divórcio na idade média desde o séc. X .....	569
5.	Casamento e divórcio desde o séc. XVI. ....	573
	<i>Nota do tradutor</i> — casamento e divórcio no direito português histórico .....	577
	<i>Documentos</i> .....	578
E.	<i>Regimes matrimoniais</i> .....	584
1.	Direito romano .....	585
2.	Direito germânico e franco .....	585
3.	Baixa idade média e época moderna .....	586
4.	<i>Code civil</i> francês de 1804 .....	590
5.	Reformas do séc. XX .....	590
	<i>Nota do tradutor</i> — regimes matrimoniais na história do direito português .....	592
	<i>Documentos</i> .....	594
F.	<i>Estatuto jurídico da mulher</i> .....	600
1.	Direito romano .....	600
2.	Direito germânico e franco .....	601
3.	Baixa idade média e época moderna .....	602
4.	A partir dos finais do séc. XVIII.....	605
	<i>Nota do tradutor</i> — a mulher no direito histórico português .....	605
	<i>Documentos</i> .....	607
G.	<i>Estatuto jurídico dos filhos e menores</i> .....	610
1.	A « <i>patria potestas</i> » romana .....	611
2.	O « <i>mundium</i> » germânico.....	611
3.	A influência das ideias cristãs .....	612
4.	Baixa idade média e época moderna .....	612
5.	Desde a Revolução francesa.....	619
	<i>Nota do tradutor</i> — filhos e menores no direito histórico português.....	623
	<i>Documentos</i> .....	625
CAPÍTULO 2 — As coisas.....		633
A.	<i>As divisões das coisas</i> .....	633
B.	<i>A propriedade</i> .....	635

	811
1. Tipologia .....	635
2. Direitos germânicos.....	637
3. Direitos romano.....	638
4. Direito da monarquia franca.....	640
5. Da época feudal ao fim do Antigo Regime .....	641
6. Revolução francesa e <i>Code civil</i> .....	645
7. A propriedade nos direitos socialistas de tendência comunista .....	647
<i>Nota do tradutor</i> — as situações reais na história do direito português .....	648
<i>Documentos</i> .....	652
<b>CAPÍTULO 3 — As sucessões</b> .....	<b>673</b>
<b>A. A sucessão «ab intestato»</b> .....	<b>674</b>
1. Direito romano .....	674
2. Direitos germânicos.....	677
3. Direitos da monarquia franca.....	678
4. Baixa idade média e época moderna .....	680
6. Revolução francesa e <i>Code civil</i> .....	688
<b>B. O testamento</b> .....	<b>689</b>
1. Direito romano .....	689
2. Direitos germânicos e direitos da alta idade média .....	690
3. Baixa idade média e época moderna .....	691
4. Os séculos XIX e XX .....	693
<i>Nota do tradutor</i> — O direito sucessório em Portugal .....	694
<i>Documentos</i> .....	697
<b>CAPÍTULO 4 — A prova</b> .....	<b>711</b>
1. Prova das normas de direito e prova dos factos.....	712
2. Onus da prova .....	713
3. Evolução geral .....	714
4. Direito romano .....	714
5. Sistema das provas «irracionais» .....	715
6. Sistema romano-canónico (sécs. XII-XVIII).....	716
7. Evolução da relação entre o testemunho e a prova escrita .....	719
8. Evolução da prova nos sécs. XIX e XX.....	719
<i>Nota do tradutor</i> — a prova no direito português .....	720
<i>Documentos</i> .....	721

<b>CAPÍTULO 5 — As obrigações</b> .....	729
<b>A. A formação dos contratos</b> .....	731
1. Direito romano.....	731
2. Direitos germânicos.....	732
3. Direito franco.....	733
4. Época feudal.....	734
5. Origem e desenvolvimento do consensualismo.....	735
6. A partir do séc. XVI: consensualismo, individualismo e autonomia da vontade.....	736
7. Reacções contra o consensualismo e a autonomia da vontade.....	739
<i>Nota do tradutor</i> — alguns aspectos da história do direito português das obrigações	740
<i>Documentos</i> .....	742
<b>B. A responsabilidade civil</b> .....	750
1. Direito romano.....	751
2. Direitos germânicos.....	751
3. Idade média.....	752
4. Código civil francês de 1804.....	753
<b>C. As garantias</b> .....	753
1. Garantias pessoais.....	754
2. Garantias reais.....	756
<i>Nota do tradutor</i> — as garantias na história do direito português.....	760
<i>Documentos</i> .....	761
<b>D. O empréstimo</b> .....	765
1. Definições e distinções.....	765
2. O empréstimo a juros na Antiguidade.....	766
3. A proibição do juro no direito canónico.....	766
4. Meios utilizados para contornar a proibição.....	767
5. Desaparecimento da proibição do juro.....	769
<i>Documentos</i> .....	770
<b>E. A sociedade</b> .....	771
1. Definição e tipos.....	771
2. História.....	772
3. Sociedades em comandita.....	773
4. Sociedades anónima.....	774
5. Sociedades de pessoas de responsabilidade limitada (sociedades por quotas)	775

	813
<i>Nota do tradutor — as sociedades no direito português</i> .....	776
<i>Documentos</i> .....	777
<i>Bibliografia geral</i> .....	781
<i>Índice temático</i> .....	787
<i>Índice dos gráficos e mapas</i> .....	801
<i>Índice sistemático</i> .....	803