

O DIREITO TARDO MEDIEVAL: ENTRE O IUS COMMUNE E O IUS PROPRIUM

*Karine SALGADO**

RESUMO

A Idade Média é conhecida por ser um período muito rico no qual uma pluralidade de estruturas coexiste. Isto teve um importante efeito na construção do direito medieval. As relações de poder são muito peculiares e dão origem a uma série de sistemas jurídicos distintos. Todavia, eles estão conectados, o que explica a influência à qual se submetem e os conflitos nos quais se envolvem. Neste contexto, um direito comum foi construído com o auxílio do trabalho das Universidades que estudaram o Direito Romano e o habilitaram a uma realidade distinta. Este trabalho acabou por criar um “novo direito” gradualmente assumido na Europa, resultando no chamado *ius commune*. O presente texto tem como objetivo analisar a relação entre o *ius commune* e o *ius proprium*, no que tange à hierarquia entre eles enquanto importantes fontes do direito medieval.

PALAVRAS-CHAVE: Idade Média. *Ius Commune*. *Ius proprium*.

Introdução

A formação do direito medieval toma em consideração inúmeros ingredientes que se projetam em uma estrutura absolutamente peculiar, cujos reflexos incidirão de modo direto na história do direito moderno. O período medieval é conhecido, em virtude de toda a sua riqueza e pluralidade, por uma atipicidade política que impacta

* Professora da Faculdade de Direito da UFMG.
E-mail: karinesalgado@ig.com.br

imediatamente no direito então construído. Se por um lado a ausência de delimitações claras e padronizadas para o exercício dos inúmeros poderes que se impõem favorece a construção de um sistema de pretensão universal, por outro, esta mesma organização do poder, tão plural e sensível a detalhes particulares, faz o direito se debulhar em inúmeras e absolutamente peculiares estruturas normativas. Aliás, os próprios medievais sentiram o antagonismo para o qual se encaminhavam, o que os levou não só a uma consciência da distinção entre os conjuntos normativos – Bártolo, por exemplo, distingue duas espécies de direito, o próprio, pertinente a cada povo, e um direito comum a todos – mas também ao enfrentamento, cada vez mais relevante, da questão da diversidade das fontes do direito. O problema da pluralidade jurídica mostra-se evidente.¹ A obra *Questiones de iuris subtilitatibus*, atribuída a um glosador, salienta o dilema ao qual o mundo medieval é conduzido: ou se toma a unidade do Império e conseqüentemente do direito, ou se aceita a multiplicidade de direitos, negando-se reconhecimento ao Império.² Como resolver o inevitável contraste entre o direito uno e a multiplicidade de sistemas jurídicos que se erguem? Este é o desafio que os últimos séculos da Idade Média colocaram.

O presente texto pretende analisar a tensão que se estabelece entre o direito particular, *ius proprium*, e o *ius commune*, no momento em que a história conduz a um fortalecimento dos poderes políticos laicos que culminarão na afirmação dos Estados nacionais.

¹ Paolo Grossi, ao tratar dessa pluralidade, observa que “o direito medieval expressa a globalidade, mas também a complexidade da sociedade, e a expressa – através dos usos – na imensidão dos seus particularismos, em um pluralismo que tende a valorizar as microentidades, do momento em que as germinações consuetudinárias, impregnadas de factualidade, nascem no particular, o afirmam e o garantem.” GROSSI, Paolo. *O direito entre o poder e o ordenamento*. Trad. Arno Dal Ri Jr. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 29

² CAVANNA, Adriano. *Storia Del diritto moderno in Europa*. Vol.1. Milano: Giuffrè, 1982. p. 40

O estudo do direito e a afirmação do *ius commune*

A definição do direito comum medieval é complexa.³ As fontes romanas não apresentam uma delimitação definitiva. Na compreensão medieval, ele pode surgir identificado como *ius gentium* ou como correspondente ao direito romano enquanto direito do Império.⁴ Hespanha ressalta a adequação da expressão por designar a unidade do direito que se constrói, quer seja entendida como unidade entre os direitos existentes no período, a saber, romano, canônico e local, quer para designar a unidade da forma de construção do conhecimento jurídico.⁵ A definição toma mais sentido à medida que a contraposição ao direito próprio, a princípio descuidado, se torna inevitável.⁶ Os direitos particulares, costumes, estatutos, leis ganham progressivamente o reconhecimento de direito próprio, sobretudo nos séculos XIV e XV, e a definição do direito comum se faz, então, perante e com referência ao *ius proprium*.

O resgate do direito romano⁷, através da reconstituição de seus fragmentos, e a dedicação ao seu estudo tiveram um papel fundamental

³ O presente texto, por seu próprio dimensionamento, não abordará diretamente a questão do direito canônico e o papel da Igreja na formação do *ius commune* e na articulação das inúmeras fontes que o direito medieval ostenta.

⁴ Calasso assevera que “a noção de direito comum então não é absoluta, não constitui, a saber, uma posição lógica que encontra em si mesma a própria determinação: mas é, ao contrário, noção correlativa, ligada a outros conceitos, sem os quais ela, como categoria em si não teria razão de existir.” (*la nozione di diritto comune, dunque, non è assoluta e per se stante, non costituisce, cioè, una posizione logica che trovi in se stessa la propria determinazione: ma è invece nozione correlativa, legata cioè ad altri concetti, senza dei quali essa, come categoria a se, non avrebbe ragione di esistere.*) CALASSO, Francesco. *Medio evo del diritto*. Le fonti. Milano: A. Giuffrè, 1954. p. 376

⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. Síntese de um Milênio. Florianópolis: Boiteux, 2005. p. 121

⁶ MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. 2ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 15

⁷ É interessante notar que o *Corpus Iuris* tinha uma autoridade que, por fundamentos diversos, se fazia presente tanto no início da Idade Média quanto no final. A princípio, sua autoridade vinha da imagem espiritual de Roma como o *corpus christianus*. Depois, no humanismo medieval, se justifica na idéia de modelo ideal expresso na Antiguidade.

na afirmação desse direito comum europeu⁸ e fazem de Bologna um centro de referência no estudo do direito.⁹ Os reflexos do estudo desse direito se disseminaram pela Europa. Para melhor explicitá-los, faz-se necessário antes compreender a grande transformação que o ensino sofreu.

O período carolíngio é marcado por uma valorização de manifestações culturais que leva alguns estudiosos a chamarem o período de primeiro renascimento, muito embora este se restrinja a um pequeno grupo, vale dizer, não transforma efetivamente a realidade cultural como um todo. A reforma da ordem beneditina de 817 aprimorou a idéia do ensimesmar-se que já conduzia o comportamento de seus integrantes e colaborou para a reclusão também do conhecimento. “A ciência para esses cristãos, em cujo seio adormece o bárbaro, é um tesouro. É preciso guardá-lo cuidadosamente. Cultura fechada, ao lado da economia fechada. O renascimento carolíngio, em vez de semear, entesoura.”¹⁰

O século XII transforma a realidade cultural européia. O interesse pelos clássicos, cujas obras são tomadas como científicas, leva os intelectuais ao caminho da imitação. O novo movimento das cidades alimentado pelos contatos com o mundo árabe oferece bem

⁸ É importante destacar que não só os juristas medievais têm grande mérito nesta questão, mas também, como lembra Villey, Santo Tomás de Aquino, cuja atuação permitiu a habilitação do direito romano, laico e pagão, num contexto cristão de reserva e, em alguns casos, repulsa à cultura clássica. Santo Tomás não se exime das inúmeras referências aos juristas romanos trazidas em sua *Suma Teológica*, resgatando a tradição anterior à conversão romana ao Cristianismo sem prejuízo às convicções cristãs. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 188.

⁹ O estudo do direito é favorecido pela redescoberta de obras do período clássico e pelas disputas por poder e jurisdição entre Igreja e poder laico. A tomada de Toledo (em 1086 por Afonso VI) foi fundamental para o restabelecimento do intercâmbio cultural. Ali se formou a escola dos tradutores. No século XII, Bolonha começa a se destacar no estudo do direito. O período é marcado pela descoberta de importantes obras clássicas, como as de Aristóteles. A retomada do Código de Justiniano é motivo de polêmica. Não se podem precisar as fontes, mas Pisa e Florença mantiveram manuscritos do séc. VI.

¹⁰ LE GOFF, Jacques. *Os intelectuais na Idade Média*. Trad. Marcos de Castro. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006. p. 33

mais do que simples mercadorias. Assim o conhecimento ganha novo impulso, reconhece a sua tradição clássica e ainda se beneficia da produção árabe. Os centros de estudo crescem, se fortalecem, mas o ensino continua vinculado à Igreja. Ensinar é função eclesiástica que requer submissão ao bispo. Ao lado do ensino primário e secundário, se estabelecem as escolas superiores, cuja pretensão era um ensino enciclopédico. Elas se constituíram como corporações “e tomaram o termo universidade, que significava corporação, e que apareceu pela primeira vez em 1221 em Paris, para designar a comunidade de mestres e de estudantes parisienses (*universitas magistrorum et scholarium*)”.¹¹

O fortalecimento das Universidades, entretanto, mudará a relação entre elas e a Igreja. Durante o período de 1213 a 1231, inúmeros atritos levaram à independência a Universidade de Paris. Em Oxford, o chanceler deixará de ser nomeado pelo bispo e será escolhido por eleição. Bologna enfrentou problemas maiores com a Comuna do que com a Igreja, cuja ingerência não a atingia diretamente.¹² Torna-se autônoma perante a Comuna com a intervenção direta do papa Honório III e, em seguida, independente da Igreja.¹³

O estudo do direito em Bologna se divide entre o direito canônico e o direito civil. Lá são objetos de análise o Decreto de Graciano, as Decretais de Gregório IX, as Clementinas e as Extravagantes. No

¹¹ LE GOFF, Jacques. *As raízes medievais da Europa*. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 173

¹² Southern recorda o grande contraste estabelecido entre a Universidade de Bologna e as demais. Os mestres eram contratados pela própria Comuna e não o bispo. Havia, por um lado, pouco interesse de princípio por parte da Igreja diante da proeminência do estudo do direito, considerado uma questão de ordem mundana. Por outro, havia um interesse direto da Comuna, importante centro comercial que tinha muito a ganhar com a Universidade, o que é igualmente percebido pelo autor: “The municipality cherished the schools, for they brought money and reputation to the city and were an important element in its growth and prosperity. In all this the Bishop was of no importance.” SOUTHERN, Richard W. *Western society and the church in the Middle Ages*. London: Penguin, 1990. p. 202

¹³ Sobre a relação entre Igreja e universidades, Cf. LE GOFF, Jacques. *Os intelectuais na Idade Média*. Trad. Marcos de Castro. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

direito civil, os documentos fundamentais são o *Digesto*, as *Institutas* e as *Novelas*, além de uma compilação lombarda conhecida como *Liber feudorum*.¹⁴

Também o estudo do direito romano se estenderá a outras Universidades, evidenciando as diversas fases e as diferenças substanciais que entre elas se impuseram a partir da metodologia adotada: “Os métodos de estudo e de ensino do direito romano variam durante esses seis séculos: método dos glosadores nos séculos XII e XIII, escola de Orleães no século XIII, escola dos pós-glosadores ou comentadores nos séculos XIV e XV, escola humanista nos séculos XVI e XVII.”¹⁵ Vale dizer que nas Universidades, o direito canônico era estudado ao lado do direito romano, concedendo-se o título de Doctor Utriusque Iuris. Entretanto, na França¹⁶, só se estudava direito canônico. Os reis da França temiam que o estudo do direito romano significasse subordinação deles ao Sacro Império.

Os glosadores formam a primeira grande escola do período que se inicia com Irnério no século XII em Bologna. Dedicaram-se ao estudo do direito romano por uma metodologia que tinha como principal objetivo preservar o texto ao explicitar o seu sentido. A glosa (do grego palavra, voz) é uma observação sobre o texto que não se desprende dele. O objetivo é comprová-lo como instrumento de razão e autoridade, não se voltava diretamente para a vida prática do direito. O elemento literal é não só o ponto de partida, mas também o ponto central do trabalho dos glosadores. Originariamente, as glosas eram utilizadas para explicar uma palavra do texto. Os glosadores estenderam sua função para explicar toda a frase. O trabalho, de toda forma, é de natureza analítica. As glosas menores ficavam nas entrelinhas e as maiores eram marginais. O que se pretendia realmente era evidenciar a verdade irrefutável da autoridade do texto através

¹⁴ LE GOFF, Jacques. *Os intelectuais na Idade Média*. p. 106

¹⁵ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.p. 340.

¹⁶ A Universidade de Paris, um dos maiores centros de estudos da Europa medieval contava com quatro faculdades, Artes, Decreto (ou Direito Canônico), Medicina e Teologia.

da razão, como esclarece Wieacker.¹⁷ Uma profusão de glosas, nem sempre coerentes, invadiu os textos romanos. Acúrsio é o responsável pela compilação de mais de 96.000 glosas de modo a harmonizá-las, acompanhando e iluminando o texto o que atribuiu à *Magna Glosa* uma autoridade semelhante à do texto citado.

A metodologia dos glosadores simboliza um marco no estudo do direito como ciência, ao definir categorias, institutos, enfim, elevar o estudo do direito de simples repetição ao status de ciência. A Escola dos glosadores cumpre seu papel, mas se exaure diante dos propósitos que tinha. A crise será superada por uma renovação que sobreleva os rígidos pressupostos dos glosadores: “a exegese assim cederá lugar à construção dogmática e às exigências do sistema.”¹⁸ Os comentadores se destacaram a partir do séc. XIV. Eles aplicam a dialética escolástica¹⁹, não se limitando a um estudo analítico do

¹⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª. Ed. Trad: A. M. Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 48. O autor explica ainda que “esta relação entre autoridade e razão com que os intelectuais medievais se ocuparam tão incansavelmente remonta, em última análise, ao idealismo grego, nomeadamente ao platônico; e, originariamente, à esperança, provinda da filosofia eleática, de que a todo o objecto pensado deveria corresponder um ente metafísico.” No caso específico do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, a autoridade e a expressão de perfeição era inquestionável. O texto tinha uma origem quase sagrada, como registra Hespanha: “os glosadores pensavam que Justiniano (século VI d.C.) fora contemporâneo de Cristo” como registrado em Glosa de Acúrsio. HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. p. 198. A necessidade de ordenar a própria vida e cultura segundo o padrão clássico permitiu que toda a herança da Antiguidade fosse absorvida como modelo de perfeição, intocável, mas, ao mesmo tempo, era legado que exigia releitura e adaptação a uma realidade inteiramente diversa.

¹⁸ CALASSO, Francesco. *Medio evo del diritto*. Le fonti. p. 369 (*l'exegese cioè cederà il posto alla costruzione dogmatica e alle esigenze del sistema.*)

¹⁹ Adamson explica que a dialética é o método que conduz o trabalho das universidades também em teologia e filosofia. A *disputatio* tinha um papel relevante e era não só exercitada, mas também utilizada como critério de avaliação. ADAMSON, J. W. Education. In: HEARNSHAW, F. J. C. BARKER, Ernest. *Medieval contributions to modern civilisation*. New York: Henry Holt, 1922. p. 105 e segs. Wieacker observa que os principais instrumentos de interpretação dos glosadores eram os conceitos gramaticais e as figuras dialéticas do *trivium*. “Tudo ponderado, permanece como certo que os glosadores utilizaram correntemente as figuras realmente conhecidas da dedução lógica e as categorias aristotélicas: assim, os quatro *causae materialis, finalis, efficiens*

texto. A metodologia levada aos textos de direito romano tinha como pressuposto a crença na racionalidade do texto. A “descoberta” de Aristóteles e a sua aceitação obtiveram um resultado revolucionário na mente medieval, agora renovada pela crença na razão, até então suplantada pela autoridade do texto sagrado que, sozinha, respondia e fundamentava todas as questões e fazia da razão um instrumento secundário, a ela subordinado.²⁰

Assim, os textos de direito romano deveriam ser analisados em conjunto para que deles fossem extraídos princípios gerais a serem aplicados em casos concretos. A matéria é dividida e subdividida, estabelecem-se premissas e são feitas inferências. As conclusões são submetidas a críticas, são levantadas objeções. O que se pretende é a construção de regras de direito consideradas indiscutíveis. A postura contrasta, portanto, com aquela definidora da função dos glosadores. O texto é colocado como instrumento. A letra não é o sentido, objeto de todo o trabalho. Este precisa superar a plumagem das palavras para desvelar aquilo que uma leitura superficial não pode mostrar.

O estudo analítico será suplantado por uma leitura sistemática que permitirá a integração, embora isso não signifique necessariamente conciliação, das partes estudadas, do direito romano clássico, do direito romano vulgar, do direito canônico. A Escola dos Comentadores abre possibilidades para um direito com apego à vida mundana, que busca resposta às questões colocadas pela sociedade. O direito romano não foi estudado apenas como direito erudito, mas efetivamente muda a realidade do direito medieval. Os legistas, juristas formados nas Universidades, estudam direito romano e passam a ocupar cargos importantes junto à estrutura política. Os comentadores se transformaram nos conselheiros reais. Dão pareceres e contribuem

e *formalis*, bem como as especificamente escolásticas *causa proxima* e *remota*, *propria* e *impropria*; além disso, a determinação dos gêneros (*genera*) e das espécies (*species*, *specialiter*), e os processos da *distinctio*, *divisio* e *subdivisio*.” O acesso aos árabes permitirá que os comentadores tornem estas operações mais ricas e complexas. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 52

²⁰ Dante é exemplo da inspiração que motiva o período. Acredita que o intelecto, e não a fé, é capaz de sozinho levar o homem à felicidade na Terra.

para a superação dos problemas decorrentes da pluralidade normativa. Conciliam os direitos locais com o *ius commune*. O trabalho dos comentadores sobrepuja o próprio âmbito do direito romano. “Os seus princípios, conceitos, figuras e institutos impõem-se simultaneamente ao *ius proprium* como instância de validade e princípio vivificador.”²¹ Isso alargou o objeto de estudo dos comentadores para além do direito romano, isto é, os direitos locais foram submetidos à mesma metodologia como forma de se conciliá-los com o direito romano. Esta expansão teve como impacto a possibilidade de se ventilar questões não tratadas pelo direito romano ou ambíguas neste sistema.

Cabe ressaltar que o trabalho dos glosadores, frequentemente contrastado com aquele desenvolvido pelos comentadores, não pode ser tomado exclusivamente como fruto de uma erudição ensimesmada. Há funções práticas reservadas a esses juristas, muito embora mais tímida e contida, voltada quase que exclusivamente para a vida pública, se comparada com a atividade dos doutores dos séculos seguintes. Além do ensino, os glosadores se dedicavam também à função de conselheiros e redatores de leis. Há explicações para uma postura pragmática mais retraída. Os glosadores lidavam com textos que diziam respeito a uma realidade inteiramente diversa e distante daquela na qual estavam inseridos. Ademais,

“mesmo onde a sua autoridade [do *Corpus Iuris*] geral era indiscutida, como no Império e – em virtude de uma célebre ficção dos juristas franceses – também no ocidente europeu, as concepções jurídicas medievais deixavam um campo muito vasto aos direitos pessoais e locais e, com isto, passavam por cima do direito romano universal.”²²

De fato, a função dos comentadores ultrapassa em muito aquela dos seus precursores. É uma atividade mais livre, mais afinada com a realidade deles que permite a compreensão e conciliação entre as demandas e questões atinentes à práxis e a construção do conhecimento jurídico a partir dos textos romanos. Os comentadores

²¹ MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. p. 44

²² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. p.78.

são pareceristas e têm nesta, dentre inúmeras outras funções que exercem, a possibilidade de lidar não só com a atuação do direito de modo conjunto com seu conhecimento teórico, mas de expor suas próprias opiniões, alcançando, através desta atividade, força, vida e autoridade próprias.

O *ius proprium*

Paralelamente às transformações as quais o estudo do direito romano é submetido e perante toda produção jurídica que este último propiciou, ganha destaque o direito local, construído diante das necessidades particulares. Inúmeros fatores contribuíram para o destaque de um direito a princípio alheio ao trabalho das Universidades. O crescimento urbano tem importante papel neste processo.²³ Em oposição à economia rural, coloca-se a economia monetária, pautada no comércio, que revigora a vida urbana. “Nasce a comuna: e nasce genuinamente como organização político-jurídica dessas grandes forças econômicas.”²⁴ O entrave a que é levada a relação entre a Igreja e o poder político da mesma forma se reflete no direito, inevitavelmente abordado senão como tema, também como instrumento das inúmeras teorizações às quais o contexto conduz.

Cumprе ressaltar que, paradoxalmente, a economia mercantil favorece também a recepção do direito romano. Para Weber, a

²³ Sobre o florescimento intelectual, o fortalecimento do comércio e o fortalecimento das comunas, Cf. BOMBASSARO, Luiz Carlos. DAL RÍ JR, Arno. PAVIANI, Jayme. (Orgs.) As interfaces do humanismo latino. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

²⁴ CALASSO, Francesco. *Medio evo del diritto*. Le fonti. p. 352 (“*Nasce il comune: e nasce genuinamente come organizzazione politico-giuridica di queste grandi forze economiche.*”) O autor resalta a cautela necessária diante das transformações econômicas do período e seus reflexos na vida moral. Embora os fatores econômicos estejam em direta conexão com a vida moral, o determinismo material deve ser evitado, pois “protagonista de todo este processo, como processo da vida moral, permanecerá sempre o espírito humano, e se imaginar um determinismo das circunstâncias materiais levaria inconscientemente a inverter a relação: significaria não se pensar mais uma história da vida moral.” (*protagonista di tutto questo processo, appunto come processo della vita morale, resterà sempre lo spirito umano, e immaginarsi un determinismo delle circostanze materiali porterebbe inconsapevolmente a invertire il rapporto: significherebbe non pensare più una storia della vita morale.*) p. 354

retomada do direito romano se deve a uma necessidade histórica. A reativação do comércio demonstra a impropriedade do direito então vigente. Entretanto, o direito romano também não era capaz de suprir as necessidades comerciais, o que exigia a criação de novas normas. Por outro lado, a racionalidade formal do processo cognitivo romano era útil à época. Weber recorda os pressupostos da dominação burocrática presentes na realidade romana que serviam aos interesses do Estado ainda nascente. A superioridade técnica do aparelho administrativo (precisão, rapidez, impessoalidade, ordinariedade, uniformidade, hierarquização e especialização) gera uma segurança e uma previsibilidade da ação burocrática pela garantia de seu atrelamento a normas.²⁵ Segundo Hespanha, as novas relações econômicas exigiam um direito estável, único, isto é, uniforme de modo a facilitar as transações comerciais, e individualista. Diante desta demanda, a recepção do direito romano é favorecida:

(...) “os grandes princípios do sistema jusromanista coincidiriam, no fundamental, com a visão capitalista das relações mercantis – liberdade de acção negocial, garantida pelo princípio da autonomia da vontade; possibilidade de associações maleáveis e funcionais, facultada pelas figuras romanísticas da personalidade jurídica ou colectiva (*universitas, corpora, ect.*); extensão ilimitada do poder de lançar os bens e capitais no giro mercantil, facultada por um direito de propriedade que desconhecia quaisquer limitações sociais ou morais ao uso das coisas.”²⁶

Por detrás do pluralismo jurídico medieval está a diversidade de fontes que lhe dá suporte. Além e anteriormente à recepção do direito romano, têm-se os costumes locais, construídos diante da necessidade particular e através da consciência popular, tão importante sustentáculo dessa individualização dos sistemas medievais. Não faltam exemplos, em um contexto de delimitações políticas vulneráveis, de esforços para a conservação do direito consuetudinário local mesmo quando a condição política não é favorável à sua livre afirmação. Os estatutos das comunas também desempenham um

²⁵ CF. WEBER, Max. *Sociologie Du Droit*. Trad. Jacques Grosclaude. Paris: PUF, 1986.

²⁶ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. p. 144 e seg.

papel crucial. Estes se diferenciam da *lex* cujo conceito se liga à idéia de uma autoridade superior e universal. Aos estatutos é dado um caráter particular, subordinado à *lex*.²⁷ Eles são expressão da força nova que se constitui neste período, são afirmação da liberdade que os centros urbanos constroem. Na esteira dos estatutos das comunas, igualmente inspirados na idéia da autonomia das associações surgem também os estatutos corporativos. Não se pode desconsiderar ainda os ordenamentos monárquicos que, embora muitas vezes se esfarelassem em múltiplos ordenamentos menores, estavam acolhidos em uma unidade pressuposta diante do poder do rei.²⁸

A princípio, os direitos particulares eram desconsiderados, não tomados como objeto de estudo posto que estava ainda muito viva no espírito dos glosadores a idéia da *Lex de imperio*²⁹. Assim, a espontaneidade do costume, por exemplo, não poderia lhe dar o status de direito. Por ele não se criaria direito. Entretanto, este posicionamento precisa ser superado diante da realidade posta. Deste modo se tem a noção de *permissio* que dá reconhecimento ao direito particular. Tratava-se de um reconhecimento tácito por parte do Imperador recolhido em um dos capítulos da paz de Constância “Nós, Frederico, Imperador, e o nosso filho Henrique, Rei dos Romanos, concedemos, a vós cidades, lugares e comunidades, os nossos direitos reais e costumes (...) de modo que nessa cidade tendes tudo como até agora tendes ou tendes tidos (...)”³⁰ Favorável, igualmente, a tese segundo a qual aqueles que têm capacidade de autogoverno, *iurisdictio*, tem *potestas statuendi*. O *ius proprium* encontra embasamento ainda no Digesto que assim tratava da matéria:

“Todos os povos que são regidos por leis ou por costumes se utilizam em parte do seu próprio direito, em parte do direito comum a todos os

²⁷ Cavanna ressalta que os reinos e comunas se afirmam a despeito da abstrata idéia de universalidade do Império que prevalecia até então, embora formalmente ainda se encontrem, muitas vezes na estrutura hierárquica que a idéia de Império invocava. CAVANNA, Adriano. *Storia Del diritto moderno in Europa*. p. 46

²⁸ CALASSO, Francesco. *Medio evo del diritto*. Le fonti. p. 409 e segs.

²⁹ Por ela foram concedidos poderes legislativos e judiciários ao Imperador.

³⁰ *Liber de pace Constantiae*, 2. *Apud*. HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. p. 142.

homens. Pois o direito que cada povo por si mesmo a si constituiu este é próprio desta mesma *civitas* e se chama *ius civile*, como que um direito próprio desta mesma *civitas*. (...)”³¹

Assim se constrói a legitimação dos *iura propria*, consolidada pela contribuição de Baldo, discípulo de Bártolo, que buscará no direito natural o fundamento da autonomia da comunidade política. A simples existência já lhe confere o direito natural de autoconservação e autodeterminação. O direito da comunidade, portanto, não precisa buscar fundamento em nenhuma autoridade superior e exterior, mas o encontra em si mesma.

A relação entre o *ius commune* e o *ius proprium*

A recepção do direito romano se deu em alguns casos pelo reconhecimento e subordinação à autoridade do Império, mas ocorreu, ainda, por assunção espontânea, como forma de dar suporte e suprir o direito local, neste caso favorecido pela fragilidade deste último e pela autoridade própria decorrente das idéias de racionalidade e perfeição que exprimia. Algumas regiões da França, Itália e Espanha ofereceram menos resistência à recepção do direito romano que não se distanciava do direito costumeiro, ao contrário do que ocorreu no norte.

O *ius commune* se assenta sobre a idéia de universalidade, diretamente ligada à idéia de Império universal alimentada pelos próprios medievais, como bem ilustra Dante Alighieri, em sua *Monarquia*, ao preconizar uma monarquia universal cuja correspondência histórica está no Sacro Império Romano Germânico.³² O direito comum traz, então, na sua essência uma autoridade que lhe permite encabeçar a estrutura hierárquica que irá sistematizar toda a pluralidade do direito medieval:

“Esta [Idade Média] postula um sistema de fontes normativas apoiado em uma única *ratio* (*ratio iuris communis*), no qual o direito comum

³¹ Digesto, 1.1.9

³² Cf. BOMBASSARO, Luiz Carlos. DAL RÍ JR, Arno. PAVIANI, Jayme. (Orgs.) *As interfaces do humanismo latino*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

é um *prius* lógico, única fonte da qual os direitos particulares, como muitos rios, derivam.”³³

Os comentadores constroem a estrutura que servirá de suporte para a articulação dos diversos conjuntos normativos coexistentes. Com eles se dá o enfrentamento da realidade e dos problemas pertinentes a um contexto de pluralismo jurídico.³⁴ Assim, se ergue um sistema que, pelo trabalho dos juristas das Universidades, é capaz de articular o direito comum e os direitos particulares de modo a mantê-los sob relativa harmonia. Trata-se de um sistema de regra e exceção que impõe ao direito particular o seu encaixe na estrutura maior à qual se conecta. Por definição do próprio direito romano, o direito comum é constituído por um conjunto de regras decorrentes da razão, isto é, que expressam racionalidade, motivo pelo qual é compartilhado pelos povos. Isso o colocava em uma posição de superioridade que precisa, entretanto, ser vista com cautela. Esta sobreposição não significa suplantação dos direitos locais. Na realidade, estes eram aplicados e o *ius commune* era recurso ao qual se lançava mão em caso de lacunas. A aplicação como direito subsidiário, por sua vez, não fazia do *ius commune* um simples direito secundário. Sua autoridade invocava uma “vigência potencialmente geral”, no dizer de Hespanha, o que lhe permitia uma artificiosa infiltração em questões que a princípio deveriam ser solucionadas pelo direito local e lhe concedia ainda força suficiente para impor restrições a este direito:

“Mesmo estes [direitos locais], não deixavam de sofrer as conseqüências da sua contradição com o direito comum. Não deviam ser aplicados a casos neles não previstos (por analogia); não podiam constituir fundamento para regras jurídicas gerais (...); deviam ser interpretados de forma estrita.”³⁵

³³ CAVANNA, Adriano. *Storia Del diritto moderno in Europa*. p. 51 (*Esso postula un sistema di fonti normative sorretto da un'unica ratio (ratio iuris communis), nel quale il diritto comune è un prius logico, l'unica sorgente da cui, come tanti fiumi, tutti i diritti particolari derivano.*)

³⁴ Devido ao trabalho dos comentadores, poderes locais se legitimam em sua capacidade de criação do direito. Também os critérios de aplicação do direito são alterados, priorizando-se o elemento territorial em detrimento do pessoal, vigente na primeira parte da Idade Média.

³⁵ HESPANHA, Ant3nio Manuel. *Cultura Jur3dica Europ3ia*. p. 167

O *ius commune* se beneficiou, igualmente, da preferência dos juristas que se inclinavam à sua aplicação, o que era absolutamente natural diante da formação que recebiam nas universidades, impondo ao direito local noções e métodos próprios do direito comum.³⁶

O *ius commune* transcende os muros das Universidades e ganha a vida prática através do trabalho dos doutores que transformam a letra do texto em realidade viva da experiência jurídica medieval. O trabalho jurisprudencial o leva para além da teoria, para o confronto dos casos concretos e para a articulação com o direito local que receberá seu suporte. Este trabalho é desempenhado pelos doutores em torno dos quais a transformação dos textos em direito vivo se dá. Não só embasamento e orientação ao direito local o trabalho dos doutores pode oferecer, mas aqui se encontra também a criatividade medieval que supera a simples interpretação atrelada à literalidade do texto, como ocorrera num primeiro momento, para encontrar solução orientada para a racionalidade preconizada para o direito.³⁷ O contexto exigiu dos doutores um passo à frente para o enfrentamento de questões para as quais não havia solução imediata, demandou-lhes uma reflexão maior que a simples interpretação, que o mero esclarecimento de sentido ou explicitação da racionalidade, embora lhes colocasse como imperativo esta mesma linha de razão de onde emanava toda a autoridade do texto e de seus trabalhos. Grossi nota que o particularismo da situação medieval não permitiria a revelação de um direito uno originado de um poder político. Somente o jurista seria capaz de captar toda esta riqueza e diversidade oferecida pela sociedade.³⁸

A relação entre os *iura propria* e o *ius commune* é absolutamente maleável, o que viabilizou a coexistência deles. A aplicação ao caso concreto muitas vezes se definia pela simples adequação de determinada norma a ele, independentemente da sua hierarquia³⁹ e

³⁶ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. p. 167

³⁷ CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. p. 102

³⁸ GROSSI, Paolo. *O direito entre o poder e o ordenamento*. p. 29

³⁹ Não se pode considerar a presença de um quadro hierárquico das variegadas

conseqüente preferência ou subordinação em relação à outra. É de se considerar a incompletude dos sistemas, o que conduziu a uma engenhosa harmonização entre eles diante da crescente demanda social por regulamentação e solução de conflitos. O princípio da especialidade, segundo o qual a regra geral é preterida por outra especial, definiu as relações e prioridades de aplicação dos direitos e excluiu as contradições que pudessem ser estabelecidas por regras de diferentes ordens normativas. A mesma situação se colocou no convívio entre os direitos dos reinos e sistemas menores, locais, que deles se distinguiam. Neste caso, o direito do reino assumia um papel de direito comum frente à diversidade do regionalismo.

Esta primeira sistematização não prevalecerá contudo. O crescente enrijecimento da economia e do poderes políticos mitiga a idéia de universalidade política e jurídica e, com ela, o pressuposto de autoridade do *ius commune* que lhe conferia o mais alto posto. Assim, a idéia de unidade se pulveriza diante da realidade já fragmentada, proporcionando uma inversão pela subordinação do *ius commune* aos *iura propria*.

As unidades políticas caminham para a superação do manto do *ius commune*, a contragosto dos juristas, muito embora isso não signifique uma ruptura com este último que, aliás, conservará sua presença nos ordenamentos jurídicos dos séculos seguintes. O direito comum se torna, então, fonte subsidiária, complementar, em que pese seu papel fundamental de sistema elementar diante de situações em que o direito local ainda não é capaz de assumir a função principal. A sua capacidade de contribuição não havia se exaurido:

“a partir do século XII o direito das fontes justinianéias se tornou direito comum da sociedade medieval e moderna desenvolvendo – nas Universidades, nos tribunais, nas inúmeras articulações da vida cotidiana sócio-política – a parte ainda latente do seu imenso potencial de sabedoria

fontes que o direito medieval pressupõe. Isso exigiria uma organização e delimitação política absolutamente ausente no contexto, de modo que não cabe falar propriamente em hierarquia entre elas. Sobre a crítica ao uso da expressão no contexto medieval, Cf. GROSSI, Paolo. *O direito entre o poder e o ordenamento*. p. 35

jurídica e tornando disponível o seu aparato técnico-conceitual para a definição de formas sempre novas de experiência.”⁴⁰

É interessante observar que o direito dos Estados em formação assume uma posição semelhante àquela do *ius commune* no momento anterior; é um direito geral e superior que tolera outros subsistemas inferiores, particulares e regionais e que, devido ainda ao seu casuísmo e precariedade, continua a se articular com o direito comum.

Considerações finais

A partir de sua função complementar diante dos direitos próprios, o direito comum encontra as múltiplas realidades sócio-políticas medievais, encarnando seu papel de suporte e orientação dos *iura propria* ainda em processo de construção. Os juristas, por sua vez, a princípio resistentes ao *ius proprium*, não só serão responsáveis por sua integração como também pela sua elevação frente ao direito comum e encontrarão, junto àquele, o caminho para a vida prática do direito que produziam.

Também o fundamento do *ius commune* se alterará diante das transformações políticas perpetradas. Inicialmente tomado como um direito cuja autoridade e universalidade encontravam respaldo na própria idéia de Império, o direito comum ainda continuará sua saga a despeito do esfacelamento da imagem de um Império unificador de toda a cristandade. O fortalecimento dos principados dissolve a pretensa unidade do poder político e do direito. Sem a supremacia que a noção de Império invocava, abre-se espaço para a afirmação do direito dos Estados cujo processo de consolidação exigia uma gradual concentração das funções administrativa, legislativa e judiciária. O direito do Estado se colocará como soberano, mas tomará o direito

⁴⁰ CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. p. 99 (a partire dal XII secolo il diritto delle fonti giustiniane diventò il diritto comune della società medievale e moderna sviluppando – nelle Università, nei tribunali, nelle mille articolazioni della vita quotidiana socio-politica – la parte ancora latente del suo immenso potenziale di sapienza giuridica e rendendo praticamente disponibile il suo apparato tecnico-concettuale per la definizione di forme sempre nuove di esperienza.)

comum como parte integrante do seu sistema de fontes, pois este ainda estava longe de esgotar a sua capacidade de contribuição para a formação do direito nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIGHIERI, Dante. *Monarquía*. Trad. Laureano Robles Carcedo *et al.* Madrid: Tecnos, 2004.

BOMBASSARO, Luiz Carlos. DAL RÍ JR, Arno. PAVIANI, Jayme. (Orgs.) *As interfaces do humanismo latino*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

CALASSO, Francesco. *Medio evo del diritto*. Le fonti. Milano: A. Giuffrè, 1954.

CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. vol.1. Milano: Giuffrè, 1982.

CHENU, Marie-Dominique. *Nature, man, and society in the twelfth century*. Trad. Jerome Taylor. Toronto: University of Toronto Press, 1997.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

GILSON, Étienne. *Las metamorfosis de la ciudad de Dios*. Trad. Antonia García Sánchez. Madrid: Rialp, 1965.

GROSSI, Paolo. *L'Ordine giuridico medievale*. Milano: Laterza, 2006.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Jr. 2 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. *O direito entre o poder e o ordenamento*. Trad. Arno Dal Ri Jr. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HEARNSHAW, F. J. C. BARKER, Ernest. *Medieval contributions to modern civilisation*. New York: Henry Holt, 1922.

HESAPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. Síntese de um Milênio. Florianópolis: Boiteux, 2005.

LE GOFF, Jacques. *As raízes medievais da Europa*. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007.

MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. 2ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

QUIDORT, João. *Sobre o poder régio e papal*. Trad. Luís Alberto De Boni. Petrópolis: Vozes, 1989.

SALGADO, Karine. *A filosofia da dignidade humana*. A contribuição do Alto Medievo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

SALGADO, Karine. *A filosofia da dignidade humana*. Por que a essência não chegou ao conceito? Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

SOUTHERN, Richard W. *Scholastic humanism and the unification of Europe*. The heroic age. s.l: Blackwell, 2001. v. 2.

SOUTHERN, Richard W. *Western society and the church in the Middle Ages*. London: Penguin, 1990.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEBER, Max. *Sociologie Du Droit*. Trad. Jacques Grosclaude. Paris: PUF, 1986.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª. Ed. Trad: A. M. Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

Recebido em 30/11/2010 – Aprovado em 03/03/2011