
Direito comum¹

Paolo Cappellini*

A expressão direito comum é corrente mesmo no direito moderno quando se fala de direito comum em oposição a um direito singular, ou seja, quando há uma soma de normas jurídicas que têm aplicabilidade para todos os sujeitos do ordenamento jurídico de um Estado (ou mesmo vigentes, no que se refere a uma ou mais matérias, sobre o território do Estado considerado como um todo, em contraposição a um direito local ou particular), em que o outro, ao contrário, vale somente para certas pessoas, ou para casos *particulares*, ou referindo-se, ainda, a matérias determinadas.

Mas uma determinação desse tipo (entre outras coisas, não-unívocas, já que ganha precisão somente mediante seu contraposto) do conceito de direito comum no direito moderno assim como outras conceitualizações modernas (sistema legislativo ou hierarquia das fontes, por exemplo) não são adequadas para a compreensão do conceito de direito comum no direito intermédio, isto é, na experiência jurídica medieval. Mais do que isso, revelam-se deformadoras porque fazem com que se desconheça um dos seus elementos fundamentais, isto é, o pluralismo jurídico. A premissa necessária para a sua compreensão é

liberar-se de “todo estatalismo latente”, depurar-se de qualquer traço dos resíduos dogmáticos positivistas, reconhecer que se trata fundamentalmente de um “direito sem Estado”, “um direito que vive e opera (ou melhor, que pode viver e operar) para além dos poderes políticos e das suas coações” (GROSSI).

Assim, é preciso, certamente, excluir qualquer concepção, ainda corrente em parte da doutrina romanista, que pretenda identificar as bases do direito comum em uma espécie de desenvolvimento espontâneo que deriva continuamente do direito romano justinianeu. Excluir, portanto, a equação direito romano = direito comum. Não será considerada convincente nem mesmo a tese que vê no direito comum uma espécie de fusão de toda uma série de “elementos constitutivos”, ora de caráter normativo, ora de caráter científico (direito romano, direito longobardo-franco, direito feudal, costumes, direito canônico, elaboração doutrinal).

Então, será necessário partir, talvez, ainda que, para depois chegar a resultados parcialmente diferentes, de uma feliz formulação de Francesco Calasso que falava do “direito comum como fato espiritual”, ou seja, um direito

¹ *Diritto comune* (ius commune), traduzido da língua italiana por Ricardo Sontag. Revisão: Arno Dal Ri Jr.

* Professor catedrático de História do Direito Medieval e Moderno na *Università degli studi di Firenze*, Itália; Piazza Indipendenza, n. 9, 50129, Firenze, Itália, (3955) 499084; www.centropgm.unifi.it

[...] como sistema vivo de vida própria, animado por um espírito próprio, rico de originalidade tal qual a época da qual foi uma das maiores expressões, e não um vago e desfiado apêndice da história do direito romano, mas mediação histórica (o que é algo muito diferente) entre o antigo mundo do direito e o nosso.

Esse fato espiritual – como assinalam duas expressões que o exprimem fazendo emergir a sua complexidade, *utrumque ius* e *unum ius* – constituiu-se sobre o pano de fundo da experiência religiosa e político-jurídica medieval que aponta, necessária e indissolúvelmente, a uma aspiração universalista, que se concretiza, todavia, no insuprimível pluralismo que caracteriza a *respublica christiana*. Império (o *Sacrum Imperium* para cuja renovação contribuem, a partir dos séculos IX e X, os Carolíngios, primeiro, e depois os Otônios e os Suevos) e Papado são as instituições políticas e religiosas de referência. E, já se observou oportunamente como:

[...] a lenda irneriana que atribuía a Lotário II a ordem dada à Irnério e à escola de estudar o direito a partir dos livros justinianeus e aos juizes Imperiais de seguir essas normas nos seus julgamentos, e ainda a notícia referida por Burcardo de Ursperga segundo a qual Irnério teria renovado, em Bolonha, o estudo dos livros legais ‘*ad petitionem Mathildae comitissae*’, exprimem bem, de verdadeiro, tanto uma como a outra, o grande interesse que império e papado deviam sentir por uma vigorosa retomada dos estudos romanistas, a ponto de tomar dos textos da compilação de Justiniano o direito universal das suas monarquias. A elegante suposição de Fournier segundo a qual a exumação da “*litera Pisana*” das Pandectas teria sido obra de clérigos e monges encarregados, ou pelo menos encorajados, por Gregório VII de procurar nas bibliotecas os autênticos textos das leis a fim de renovar o direito, e também as memórias do precioso manuscrito que Zdekauer acreditou ter sido encontrado nos mosteiros dos territórios da Emilia-toscana no século XI, chamam

bastante a atenção para o mérito de que aquele reflorir do direito romano deve ser atribuído à fiel depositária da cultura jurídica de Roma que foi, por séculos, a Igreja (ERMINI).

Assim, invocando um anônimo poeta do século XI, pode-se sintetizar a aspiração daquela época em realizar “um mundo equânime pelas chaves de Pedro, honesto pelas virtudes da fé e disciplinado totalmente pelas antigas leis de Roma” (“*Sic fiet mundus sub Petri clavibus aequus/ et virus fidei suppresset arma doli/ Legibus antiquis totus reparatur orbis*”). Então, será não somente simbólico, mas testemunho real de uma interpenetração, exemplificada pela relação humana e teológica entre corpo e alma e, agostinicamente, entre cidades de Deus e *civitas* terrena, expressa no sintagma do “direito comum” como direito romano-canônico (*utrumque ius*, justamente), o paralelismo igualmente temporal, no século XII e sempre em Bolonha, entre a obra decisiva do monge camaldolense Graciano e a de Irnério, “fundador” da escola dos Glosadores.

O estudo bolonhês do direito, por um lado, com o *magister* das artes liberais Irnério (falecido, talvez depois de 1125) e os “Quatro Doutores” (Martino, Bulgaro, Jacopo e Ugo), e depois a maturidade da chamada escola dos glosadores até a Glosa Magna de Accursio (1182-1259), consegue, então, sancionar a autonomia da ciência jurídica naquela transferência que deveria representar um momento essencial da história do direito europeu, oferecendo, igualmente, forte autonomia à casta dos juristas que dará novo perfil às instituições políticas e à sociedade. Um “milagre”, segundo Savigny, da transferência completa da crítica metódica e das técnicas de “leitura” interpretativa (a *interpretatio*) ao Digesto, entendido, porém, não modernamente como um complexo de normas fechadas em um código, como um complexo de problemas quase inexauríveis, como oportunidade para o exercício da força criativa da nova casta.

Obra de modernização e repensamento completamente dentro da sua época, como se testemunha também por intermédio das ressistemizações

medievais de edições glosadas que será, depois, conhecida como *Corpus iuris civilis* (1. *Digestum vetus* = livro 1-24, tit. 2 dos *Digesta* [ou *Pandectas*]; 2. *Infortiatum* = livro 24, tit. 3 – livro 38 [a parte final que inicia na metade em D.35.2.82 e se chama *Três Partes*]; 3. *Digestum novum* = livros 39-50; 4. o *Codex* [que no uso lingüístico medieval indica os primeiros nove livros do código]; 5. o *Volumen [parvum]* = os últimos três livros do código [*três livros*], as *Novelas glosadas* e as *Instituições*), que estará, sucessivamente, também, na base do trabalho da escola dos Comentadores, de Cino de Pistóia (1270-1336) a Bártolo de Saxoferrato (1314-1357) e Baldo de Ubaldo (1327-1400) e, ainda, o epílogo com Paulo de Castro (morto em 1441), ressystematização produzida com o tempo e que, por força das suas exigências específicas, chega ao ponto de inserir o “tesouro” do direito consuetudinário feudal (o chamado *Libri feudorum*) em apêndice ao próprio *Corpus iuris civilis* como matéria digna do estudo científico.

Por outro lado, quase contemporaneamente, como mencionado, começaram a ser dadas as lições de direito canônico, fundando-se praticamente na mesma estrutura organizacional. Toma-se, inicialmente, como fonte, a coletânea privada organizada pelo monge Graciano em Bolonha, em torno de 1140 que, metodicamente, procedia por “princípios, fatispécies e pontos de vista problemáticos” (“*distinctiones, causae, quaestiones*”), no passo dos Pais da igreja e coletâneas precedentes de atos normativos da Igreja (cânones) e que levava o título icástico de *Concordantia discordantium canonum* (praticamente assinalando a necessidade, para além da aparente contradição entre os textos, da intervenção dos juristas, dominando-os, coordenando-os e resolvendo-os com o uso do método escolástico). Essa obra, que se tornou célebre como *Decretum Gratiani*, torna-se a base da ciência canonística, paralela a do *ius civile* dos glosadores e comentadores, e ainda constitui aquilo que, junto com três outras coletâneas de decretos papais que lhe sucederam (o *Liber extra* de 1234, o *Liber sextus* de 1298 e as *Clementinae de 1314 à 1317*), dessa vez oficiais, será chamado oficialmente de *Corpus iuris canonici*.

Contudo, chegando nesse ponto, seria errôneo supor que o direito comum constitui no seu momento de validade formal (as *leges* romanas revitalizadas e restituídas a uma nova “validade” em função do seu vínculo com o Império e com a vontade do Imperador ou com os atos normativos papais), e que a obra dos juristas se reduz a uma espécie de mera exegese dessas normas. A insistência calassiana em considerar o direito comum como um “sistema legislativo”, falar do seu caráter essencialmente “legislativo”, podendo ser compreendido quase como um complexo de “leis”, corre o risco de ser deformadora (GROSSI) porque, baseado em teorias jurídicas modernas, estranhas à civilização medieval da qual ele é, talvez, o maior fenômeno, absolutizando o momento normativo da validade, perde de vista o momento essencial que o tipifica: o papel e a atividade incessante da ciência jurídica, a centralidade da *communis opinio doctorum*. Papel dinâmico e central, exatamente. Em uma distante polêmica, esse fato já fora auroralmente evidenciado, em que se sustentava que “[...] se nós indagamos o que haveria, verdadeiramente, de comum na vida do direito no trabalho e fatigante curso dos séculos durante a Idade Média, nós veremos imediatamente que foi a unidade do *pensamento científico* [...]”, e chegava-se a arriscar até mesmo a seguinte consideração: “Nós, por isso, que julgamos um fenômeno quando ele terminou completamente de manifestar-se, podemos definir como *ius commune* ‘o conjunto dos princípios, construções jurídicas e resoluções práticas, respectivamente formuladas, criadas ou cogitadas pela doutrina’.” (BUSSI). Mais recentemente, aprofundando sobre bases mais sólidas o papel fundamental que assume para o pensamento jurídico medieval a idéia de ordem (*ordo*), essa intuição resulta corroborada e é possível argumentá-la, desenvolvendo-a em toda a amplitude do seu significado.

O direito comum se encarna e se identifica na *interpretatio*. O que quer dizer duas coisas: que tem uma dimensão essencialmente científica, é produto da ciência; que a ciência, enquanto *interpretatio*, não o produz sozinha,

fantasiando, mas elabora a partir dos fundamentos e presa a um texto de autoridade. O direito comum se escande e combina-se sempre em dois momentos incindíveis, o momento de validade representado pelo *Corpus iuris civilis* e pelo *Corpus iuris canonici*, e o momento de efetividade, representado pela construção doutrinal (e somente secundariamente judicial e notarial). A ciência jurídica em questão não é pensável sem o texto a interpretar, mas o texto não pode ser considerado senão como uma insubstituível referência formal. Não esqueçamos que a *interpretatio* é declaração, mas também integração, correção, modificação do texto, e que ela tem dois objetos diante de si: formalmente o texto, substancialmente os fatos. Ela é, portanto, mediadora entre os dois. Nestas vestes, é criativa e construtora de direito (GROSSI).

Uma criatividade que, alguns glosadores do século XII galgam mais de um lampejo da concepção (“*communitas et unum quase corpus humanitatis*”), que representa “[...] um dos maiores e mais originais traços do medievo, a unidade espiritual do gênero humano [...]”, especialmente nas reflexões sobre a *Ecclesia* e o *Imperium* como duas qualificações, dois perfis de uma mesma idéia. Concepção de uma *universitas* do *humanum genus* que encontrará, depois, em Bártolo a sua formulação madura: o próprio mundo como “*universitas*” (*quia mundus est universitas quaedam*) (CALASSO). Criatividade permeada de repensamentos originais e desenvolvimentos paulinos

e cristãos das teses corporativas romanas que contribuíram, provavelmente, para transmitir ao mundo moderno, mediante a alegoria do corpo e da alma,

[...] um princípio que ainda hoje em muitas sociedades não se concretizou plenamente, o da normatividade do direito. O direito era a alma, porque era a *norma recte vivendi*, a norma da vida justa. O direito, como alma, governava a instância corporativa, governava o corpo, fosse ele a Igreja ou um reino, um império e, de fato, esta concepção medieval demonstraria que na alma, entendida nesse sentido alegórico, poder-se-ia ver o precedente medieval da idéia de *Rechtsstaat*, da supremacia do direito, da normatividade do direito. (ULLMANN).

Isso também graças a uma interpretação *iuris-consulti autoritate*.

Em uma época, na qual o direito comum já se encontrava na direção da aparentemente definitiva ruína a qual o destinava a ascensão dos Estados soberanos modernos e da codificação, depois que a antiga visão de uma relação entre direito comum e direitos particulares, vinculada àquela idéia de unidade já em vias de dissolução, era substituída por aquela entre direito natural e vários direitos civis, podendo o primeiro ser aplicado somente como *ratio scripta*, R. J. Pothier se referia, talvez àquele legado espiritual quando, todavia, avistava uma “*communis gentium omnium in Romanorum iura conspirato*.”