

***Ius Commune* (DIREITO COMUM)**

GUILHERME CAMARGO MASSAÚ*

RESUMO

O texto busca delimitar historicamente a manifestação de uma época fundamental na formação do Direito moderno, não pelos seus esquemas mentais propriamente ditos, mas pelo início do estudo específico do Direito em universidades. Além do mais, é nesse grande arco histórico que se manifestam as escolas e os juristas de fundamental importância para a esfera jurídica. O *Ius Commune* consegue “mundializar” o Direito, sem desconsiderar as realidades com suas manifestações jurídicas próprias de cada região. A formação do *Ius Commune* possibilitou a recepção do Direito Romano por meio do estudo do *Corpus Iuris Civilis*.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comum; *Ius Commune*; Direito Medieval; recepção do Direito Romano; História do Direito.

ABSTRACT

The text intends to delimit historically the expression of an important time in the formation of modern law, not by its mentality itself, but by the beginning of the specific study of Law at the universities. Moreover, it is in this a great historical cycle that arise the schools and the jurists of fundamental importance to the legal ambit. The *Ius Commune* does not ignore the realities with their legal manifestations of each region. The formation of the *Ius Commune* has the reception of Roman law through the study of the *Corpus Iuris Civilis*.

KEY WORDS: Common Law; *Ius Commune*; Medieval Law; receipt of the Roman law; History of the law.

1 O *Ius commune* consiste num fenômeno de proporções globalizadas que abrange o continente europeu, constantemente interagindo com as ordens jurídicas locais e instalando um ambiente de unidade e uniformidade (universalidade) entre elas¹, ou seja, ele

* Professor universitário; Doutorando em Direito na Unisinos e Universidade de Coimbra.

¹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993. p. 8. Também pode-se destacar o seguinte: “Mais, avant de s’éteindre, le droit romain moderne a légué aux législations élevées à son école, aux législations germaniques en même temps qu’aux législations latines – quoique un peu moins largement aux premières qu’aux secondes – un énorme héritage de

ultrapassa fronteiras físicas e étnicas e se instala na mundividência medieval, com a instituição do *feudo*², quando terá seu período de ascensão e de decadência. Torna-se predominante como Direito a ser implementado, na tentativa de legitimar o *Império Cristão*, que mantinha na estaticidade do mundo e do *ser humano* uma ordem regida por uma teologia-política³. Após um longo período, assume a postura de subsidiariedade frente ao *ius proprium* e chega a desaparecer com o advento dos quadros mentais ainda hoje encontrados em vigor, pelo menos parcialmente. Isso não implica que seus preceitos tenham sido desprezados, pelo contrário, muito da experiência medieval serviu para fundamentar o Direito contemporâneo. Além do mais, sua introdução na vida social dar-se-á de maneira acolhedora, receptiva; ele não será imposto por nenhum poder político além do reconhecimento de pleno Direito pela esfera social, devido ao trabalho de criação e ensino dos

préceptes et de traditions qui constitue leur patrimoine indivis. Et surtout le vaste corps de doctrines scientifiques dégagé du droit romain par le travail séculaire des glossateurs, postglossateurs, humanistes et pandectistes, a fourni aux juristes des pays latins et germaniques le même vocabulaire technique général, les mêmes classifications légales des méthodes de travail et des tendances d'esprit similaires. Il les a uni, dès lors, par un fonds indestructible de culture juridique commune". LAMBERT, Edouard. Le Droit Romain et la Jurisprudence Comparative. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, ano 11, p. 410-411, 1929. Sobre o direito comum, ver, de forma resumida: CAETANO, Marcello. *História do Direito Português*. Lisboa: Verbo, 1981. v 1: 1140-1495. p. 337-339.

² "La formazione storica di questa istituzione è sorprendente: si assiste a una compenetrazione, che, senza retorica, può dirsi fatale, di elementi di mondi diversi – ciascuno dei quali ha già subito a sua volta una evoluzione così intensa, da oscurarne le origini – e alla nascita di qualcosa di nuovissimo che, pur subendo trasformazioni profonde nel corso dei secoli, ha prolungato la sua vita fino alle soglie dei tempi nostri: nè si può dire che sia stato proprio totalmente travolto dall'assetto sociale e politico del mondo moderno." CALASSO, Francesco. *Storia e Sistema Delle Fonti del Diritto Comune. I. Le Origini*. Milano: Giuffrè, 1938. p. 252; WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 27-29.

³ "2. La imagen del mundo y del hombre en la Edad Media era predominantemente estática, objetivista, ontológico-substancial. En Augustín (trescientos cincuenta y cuatro a cuatrocientos treinta) tenemos ya el orden jerárquico característico del derecho natural medieval: en el lugar más alto se encuentra la *lex aeterna*, respecto de la cual la *lex naturalis* aparece como una reproducción en la conciencia humana. El escalón inferior es la *lex temporalis*, mediante la cual el legislador humano decreta lo que, durante un determinado período de tiempo es lícito u ilícito. Esta ley positiva sólo es válida si puede basarse en la *lex aeterna*. Las leyes injustas en realidad no son tales, de la misma forma que los Estados sin justicia no son sino bandas de ladrones" KAUFMANN, Arthur. *Qué es y cómo "Hacer Justicia"*: un ensayo histórico-problemático. *Persona y Derecho*: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. Madrid: Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), n. 15, p. 17, 1986. (grifo do autor); NEVES, António Castanheira. *Método jurídico. Digesta*: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Coimbra Editora, v. 2, p. 295, 1995.

juristas, que compõem um Direito *iurisprudential*; com as peculiaridades de adaptação da lei ao caso concreto, numa procura de sentido nos princípios orientadores que forneciam a base para a interpretação e/ou argumentação através do reconhecimento social da *auctoritas iurisprudential*⁴, o inverso ocorre após o *jusnaturalismo-racionalista*, em que a lei era preestabelecida e o caso devia subsumir-se a ela, sem nenhuma ou com mínima intervenção do jurista (sem a noção de *iurisprudencia*). Serão os argumentos das escolas e as estruturas jurídicas (imperial-religiosa e a confluência entre a *Fé*, a *Ética* e o *Direito*) do período romano que terão suficiente influência e autoridade para se imiscuirem e se expandirem legitimamente sem imposições verticalizadas de poder, a não ser pela idéia de *lei divina*. O percurso do *ius commune* revelará o embate de concepções jurídicas entre escolas e se extinguirá na preponderância da soberania estatal e absoluta com a lógica do *jusnaturalismo-racionalista*, que será preparado pela concepção *humanista*, marcada definitivamente pelo movimento da *secularização* e com o advento da codificação.

Outro aspecto de relevância encontra-se no seu desenvolvimento pelas universidades: elas começaram a surgir com o estudo do *Corpus Iuris Civilis* e, também, com a agregação do *Corpus Iuris Canonici*, constituindo-se nos cursos de *leges* e *canones*⁵ (*Utrumque Ius*), respectivamente. Com esse fato, impõe-se a demarcação de um início

⁴ ALBUQUERQUE, Ruy de; ALBUQUERQUE, Martim de. *História do Direito Português*. 10. ed. Lisboa: Paulo Ferreira, 1999. v. 1: 1140-1415. p. 239-241; no mesmo sentido, mas voltado ao sistema em prática: “Conforme já atrás foi referido, o sistema do direito comum, composto por grupos normativos diversos, constitui uma específica síntese entre a ciência e a prática forjada na experiência concreta e nos quadros conceituais do ensino jurídico universitário. Este sistema, ao partir da recolha do direito romano-jurisprudencial efectuada pelo *Corpus Iuris*, implica a incorporação de técnicas próprias de raciocínio jurídico e de um característico método argumentativo que tornam indispensável a função mediadora do jurista técnico”. MARQUES, *Codificação e paradigmas da Modernidade*. p. 142; com isso a realidade medieval recolhe “a verdade” dos textos escritos, ou seja, a tarefa do jurista não está na pesquisa, mas na compreensão da palavra divina contida nos *Corpus civilis* e *canonici*; assim, a interpretação dos textos acaba por ser determinante nessa realidade. Ver: NEVES, *Método jurídico*, p. 293-295.

⁵ Ver o texto, mesmo depois da Reforma Pombalina – 1772 – (na Universidade de Coimbra), a conformação das faculdades de Leis e Cânones: MÊREA, Paulo. Lance de olhos sobre o ensino do Direito (cânones e leis) desde 1772 até 1804. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, v. 33, p. 187-214, 1957. Também: nos Estatutos da Universidade de Coimbra de 1591, 1653 e 1772; COSTA, Mário Julio de Almeida. *História do Direito Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 338-341 e 372-377; ALBUQUERQUE e ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*. v. 1: 1140-1415, p. 256-260; também, em relação ao ensino da Filosofia do Direito na Universidade de Coimbra com a reforma pombalina e os novos Estatutos: MONCADA, Luís Cabral de. *Subsídios para a História da Filosofia do Direito em Portugal*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003. p. 27-57.

da tecnociência jurídica que dominará o mundo ocidental com seus conceitos e elaborações ainda reluzentes nos tempos atuais. A contemporaneidade do estudo do *ius commune* torna-se veemente quando se está a pensar numa união entre os países europeus, uma união que abrange, também, a esfera jurídica⁶, sendo constituído um sistema para toda a comunidade dos países inclusos⁷. Muito embora o tempo, o costume, a economia, a política, o interesse e todas as outras circunstâncias sejam distintas, não as mesmas da época medieval, encontra-se nesse sistema, pelo menos, historicamente, considerando um modelo base para a construção de um pensamento reflexivo. Mesmo pela razão de haver, com o *ius commune*, a preservação das identidades *culturais* locais em seus costumes, estatutos e leis (*ius proprium*), o que constituía um ambiente de pluralidade, viabilizando uma união sem dissipar ou deteriorar as *culturas* regionais. Além disso,

⁶ “El contenido de *ius commune* que lleva implícito el proceso político de construcción europea tiende a operar una profunda transformación en los derechos internos y una aproximación entre los mismos, así como la construcción de un lenguaje jurídico renovado y de ámbito común y una estructuración abierta de las fuentes del Derecho”. FERNANDEZ BARREIRO, Alejandrino. *El Derecho Común como componente de la cultura jurídica europea. Seminarios Complutenses de Derecho Romano*. Madrid, v. 3, p. 103, 1991; as localidades que foram influenciadas pelo *ius commune*: “Das auf diesen beiden Kodifikationen beruhende *ius commune* galt im heutigen Italien, Spanien, Portugal, Frankreich, Belgien, den Niederlanden, Deutschland, Polen, Ungarn, Schottland und – in geringerem Umfang – in Skandinavien. In Rußland und England fand das *ius commune* kaum Anwendung. Rußland war nicht von der *Renaissance des 12. Jahrhunderts*, dem Wiederaufleben der antiken römischen Kultur, erfaßt, und England hatte schon sein eigenes System des *common law*, des gemeinen Rechts, entwickelt, als das römische Recht seinen Siegeszug über den Kontinent antrat. Daher hatte das römische Recht geringere Bedeutung, wurde aber dennoch an den Universitäten von Oxford und Cambridge gelehrt”. SCHRAGE, E. J. H. *Utrumque Ius*. Über das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit in Vergangenheit und Zukunft. *Revue Internationale des Droits de L’Antiquité*. Bruxelles, 3. série, t. 39, p. 387, 1992 (grifo do autor); MARQUES, Mário Reis. *Codificação e paradigmas da Modernidade*. Coimbra, 2003, p. 31.

⁷ “La adhesión a unos elementos de identidad de naturaleza político-cultural constituye la condición previa para el desarrollo del fenómeno del derecho común; a partir, precisamente, de la conciencia de esa identidad se está produciendo actualmente la formación de un nuevo derecho común europeo, que hoy, y por primera vez, puede presentar-se referido al Derecho en su conjunto y en sus diversas manifestaciones, pero también afecta al modo de entender la posición que el Derecho y los juristas y, en concreto, los jueces ocupan en el orden político-constitucional. Tal como hoy se presenta, se trata de un fenómeno jurídico-cultural nuevo en el plano del presente histórico, con sus propias características, pero no en el de la historia global de la cultura jurídica occidental, que parece tener una cierta propensión genética hacia la formación de ese fenómeno, en la medida en que concurren circunstancias que lo propicien”. FERNANDEZ BARREIRO, El Derecho Común como componente de la Cultura Jurídica Europea. *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, p. 88; também: SCHRAGE, *Utrumque Ius*, p. 407-412.

havia, também, a mesma linguagem (qual seja: o latim) e entendimento entre os vários juristas das diversas localidades⁸.

2 A possibilidade de reportar-se à idéia de *ius commune* advém da época romana e seu Império, eis que foi, justamente com o Direito Romano, que se utilizou a expressão *ius commune* em seu *latu sensu*, em contraposição a um direito próprio. No entanto, não foi demarcado suficientemente o significado técnico dessa expressão. Na época medieval, será elaborado outro significado – ou, pelo menos, não teve o mesmo entendimento. Nota-se, entre os principais juristas, divergências, por vezes pequenas, de um uso disforme dessa expressão⁹ em contraposição ao *ius proprium*¹⁰ (notoriamente essa questão surge em face do testamento ordinário que estava em dissonância com o militar [*ius militare*])¹¹. A problemática se concentra, preponderantemente, na segmentação existente no direito romano, ou seja, o *ius gentium* era aplicado entre os estrangeiros e, também, entre os estrangeiros e os romanos, os quais, de forma isolada, tinham como direito o *ius civile*. A distinção torna o *ius gentium* direito comum a todos

⁸ Para uma breve visão sobre o *jurista medieval*, ver: NEVES, António Castanheira. O papel do jurista no nosso tempo. *Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra Editora, v. 1, p. 12-13, 1995.

⁹ “El adjetivo *communis*-e se refiere a algo que es compartido por la totalidad de un cierto conjunto, y su antónimo es *proprius-a-um*, que significa aquello perteneciente a algo o a alguien de un modo singular y privativo. Si ambos calificativos se ponen en contacto, lo común es siempre más extenso que lo propio y por eso común también significa lo ordinario, lo normal, lo corriente, lo usual y hasta lo vulgar, frente a lo peculiar o singular. Si la cualidad que se predica como común o propia es considerada desde el punto de vista de su pertenencia, entonces resulta natural que común signifique la pertenencia simultánea por parte de varios, frente a la pertenencia singular por menos; de ahí *communio* para indicar el dominio de varios sobre una misma cosa, la cual es precisamente común; y *proprietas*, para designar el dominio exclusivo de una cosa, aun cuando este término en el época clásica se aplicara no a cualquier dominio singular, sino al resultante de la imposición de un usufructo sobre la cosa”. GUZMÁN BRITO, Alejandro. El concepto de *Ius Commune* en el lenguaje de los juristas romanos. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, v. 13, p. 39-40, 1990 (grifo do autor); CALASSO, *Storia e Sistema Delle Fonti del Diritto Comune*, p. 70-72; MORTARI, Vincenzo Piano. Glossatori. In: *Enciclopedia del Diritto*. (Giunta-Igi). Varese: Giuffrè, 1970. v. 19. p. 626; LOMBARDI, Luigi. *Saggio Sul Diritto Giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1967. p. 81-82.

¹⁰ Fontes do *ius proprium*, ver: CALASSO, Francesco. *Medio Evo del Diritto. I – Le Fonti*. p. 409-452; BELLOMO, Manlio. *Ius Commune. Rivista Internazionale di Diritto Comune*. Roma: Il Cigno Galileo Galilei, v. 7, p. 201-215, 1996.

¹¹ Ver: GUZMÁN BRITO, El concepto de *Ius Commune*... p. 42-63. Também: CALASSO, Francesco. Il Concetto di Diritto Comune. *Archivio Giuridico Filippo Serafini*. Modena: Società Tipografica Modenese, Quarta Serie, v. 27, p. 71-72, 1934; CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, p. 384.

os povos, o que causa uma confusão com o *ius naturale*, mas isso pode ser, de forma pelo menos parcial, resolvido com a diferença entre a teoria e a prática, ou melhor, os romanos tiveram uma característica jurídica fundamentada numa prática, ao passo que o *ius gentium*, criação romana, se diferencia da atuação teórica grega, que se aproxima da idéia de *ius naturale*, fato responsável por causar uma cisão entre esses conceitos.

No entanto, o *ius commune* absorve essas duas peculiaridades e as agrega ao seu patrimônio¹². Portanto, há dificuldade em delimitar essa polêmica, mas pode-se distinguir, segundo uma das teorias, o *ius commune* com Gayo (*ratio naturalis-ius gentium* contrapunha o *ius civile*)¹³ e Ulpiano (*natura*) no sentido de existir certo Direito independente de criação-instituição humana e, por isso, abrangendo todos os homens e os animais (em gênero) com sua base na natureza das coisas. Em contraposição a isso, há os Direitos elaborados pelos povos em suas localidades e com suas peculiaridades¹⁴. Nessa concepção romana não há vestígios do Direito Canônico (de sustentação medieval), mas ela proporciona a base, em face da idéia de *direito natural*, para o acolhimento do *ius* canônico. Outro viés gizável se localiza na questão de estender o *ius commune* a todos os homens, através da concepção de equidade cristã – numa semelhança entre os

¹² DEL VECCHIO, Giorgio. *Lezioni di Filosofia del Diritto*. Città di Castello: Società Anonima Tipografica “Leonardo da Vinci”, 1930. p. 45-46.

¹³ “Li interpretazione no offre difficoltà: tutti i popoli civili hanno insieme, nel loro ordinamento giuridico, taluni istituti che sono peculiari di quel singolo popolo, altri istituti che sono comuni a tutti gli uomini. Quella parte dell’ordinamento giuridico in cui si specifica la particolare fisionomia di ciascun popolo viene detta *ius civile*; quella parte invece che è stata determinata tra tutti gli uomini dalla *naturalis ratio*, si riscontra presso tutti i popoli e viene detta *ius gentium*, «*quasi quo iure omnes gentes utuntur*». LOMBARDI, Gabrio. *Ius Gentium*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Editrice Torinese, 1963. v. 9, p. 381.

¹⁴ GUZMÁN BRITO, El concepto de *Ius Commune*..., p. 75. Ver, também, sobre o Direito Comum e o Direito Próprio em: MERÊA, Paulo. Direito Romano, Direito Comum e boa razão. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra Editora, v. 16, p. 539-540, 1940; CALASSO, *Medio Evo del Diritto. I – Le Fonti*, p. 378-386 e 606-628; DEL VECCHIO, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, p. 45; ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 71-74. Assim em relação ao direito natural: D. I. I. 3. “§ 3.- Derecho natural es aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es peculiar del género humano, sino común a todos los animales, que nacen en la tierra o en el mar, y también a las aves. De aquí procede la conjunción del macho y de la hembra, que llamamos matrimonio, de aquí la procreación de los hijos, de aquí la educación; pues vemos que también dos demás animales, hasta las fieras, se gobiernan por el conocimiento de este derecho”. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Trad. D. Ildefonso L. García Del Corral. Primeira Parte. Instituta-Digesto. Valladolid: Editorial Lex Nova, s.d. p. 197-198.

homens – ao contrário do *proprium*, que abrangia tão só aqueles homens que, por sua condição perante a sociedade romana, detinham prerrogativas especiais – havia, portanto, a divisão jurídico-social por estatutos.

3 O conceito de *ius commune* não permanece só na seara do Direito Romano e na simples abrangência do território europeu. Seu significado abarca circunstâncias a serem ressaltadas, principalmente de ordem política e jurídico-metodológica. É observável que a incorporação entre essas duas esferas culturais não ocorre nesse momento, há uma visível distinção e independência entre a política e o Direito. Pode-se dizer que a política se utilizou do Direito para estruturar sua concepção de *Sacrum Imperium* e difundir a unidade, pelo menos jurídica, pelo território europeu. Deve-se ter em conta a íntima relação entre a esfera política do poder temporal-secular e do poder espiritual-sacro, devido, em seu tempo, à legitimação e validação do temporal pelo espiritual e do espiritual pelo temporal, num sentido de fé-ética religiosa. O Direito Romano propiciava a representação da figura do Império, com seu Direito maleável às circunstâncias territoriais de que a Igreja Católica se apossou para difundir o seu reino espiritual, pois essa concepção de Império e Direito Comum, extensivo a todos os homens, coadunava-se com sua autoridade espiritual. A unidade e a universalidade¹⁵ encontraram legitimidade e validade devido à autoridade, juntamente com a atuação do *ius naturale* e a imediata *confirmação* da *aequitas* cristã da Igreja – como um ideal superior de justiça (*aequitas naturalis*) – a *ius aequitatis* escandia a invocação da *aequitatis censura*, da *lex romana* e a *lex ecclesiastica*¹⁶. As duas leis

¹⁵ “Questo universalismo si riflette nettamente nella cultura dell'Europa romano-cristiana, allo stesso modo in cui l'unità spirituale di questa è ben significata nel nome *Romania* che bastò a designarla, contrapponendola come un blocco massiccio a tutto ciò che non fosse *romanicus*, sprezzantemente confuso nel nome di *barbaries*”. CALASSO, *Storia e Sistema Delle Fonti del Diritto Comune*, p. 357; CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, p. 366-408.

¹⁶ “Ma ancora un'altra idea, fondamentale e centrale, che avrà nell'età seguente i suoi svolgimento più appariscenti e completi, si ritrova in germe maturo pur nell'alto Medioevo: ed è il connubio tra *lex romana* e *lex ecclesiastica*. Anche questa concezione era chiaramente alimentata dall'ideale dell'Impero, il quale si diceva romano e cristiano, ed estendeva la sua giurisdizione per tutte le terre che osservavano la fede cristiana, sicchè cittadino romano e fedele de Cristo eran sinonimi. La Chiesa era vissuta all'ombra del diritto romano, dal quale era stata largamente privilegiata, e ne aveva costantemente inculcata l'osservanza anche nei secoli oscuri d'involuzione della coscienza giuridica: il dissidio politico con l'Impero, accentuatosi nella lotta per le investiture, poté appena turbare questo atteggiamento nei vivaci dibattiti della ricca letteratura polemica che ne fu suscitata: ma dopo la vittoria del papato, con la quale la formidabile lotta si concluse, si rafforzò nelle coscienze l'idea della supremazia del sacerdozio, e quindi il principio della validità

eram consideradas provenientes da divindade, de Deus, a *lex romana* manifestada através do poder secular do Rei e a *lex ecclesiastica* pelo viés espiritual do pontífice. Forma-se, portanto, o *utrumque ius*¹⁷ (direito romano-direito canônico).

O ensino dessa introdução do cristianismo causou toda uma reforma que, na sua origem, não significava uma extensão ao político e ao jurídico, pois abarca somente a moral. Os princípios cristãos assumiam a igualdade e a liberdade de todos os homens e acabaram por se expandir a outras esferas, como a jurídica e a política, com a idéia do governo de Deus, com o Estado divinizado e o Direito sendo um comando emanado através de sua própria “pessoa”. O conhecimento desses comandos (ou Direito) dava-se por meio da revelação, válida e aceita pela crença, pela fé. Somente na Renascença esse quadro se alterou, justamente com o resgate da cultura clássica, em geral, da filosofia grega e dos juristas romanos¹⁸.

Dessa forma, o *ius commune* pode ser interpretado de duas maneiras, conforme a *Glosa Magna* de Acúrsio: com uma interpretação de sentido amplo e outra com sentido restrito. A primeira refere-se ao direito natural, já a segunda abrange o aspecto político do significado de Império; isso se coaduna com a visão representativa do universo imperial romano¹⁹. Logo, podem-se ter algumas classificações do que seja o *ius commune*, em vários sentidos. É curial destacar que esse

universale della *lex ecclesiastica*. La quale, dunque, si poneva accanto alla *lex Romana*, universale anch'essa: sicchè nelle carte private, a partire soprattutto dal sec. XI, le due leggi si trovano invocate insieme, e sopra entrambe si vuol fondare la *firmitas* del negozio, con le note espressioni, che si ritrovano in documenti italiani e stranieri e risalgono sicuramente a formulari comuni, *auctoritas iubet ecclesiastica et lex precipit Romana...*, ovvero *divini et humani iuris auctoritas ammonet...*, e simili. L'unità della fede aveva alimentato l'idea dell'unità del diritto. È il germe dell'*utrumque ius*". CALASSO, Francesco. Diritto Romano Comune. In: *Annali di Storia del Diritto*: rassegna internazionale. Milano: Giuffrè, 1965. v. 9, p. 37 (grifo do autor), e também, principalmente: CALASSO, *Storia e Sistema Delle Fonti del Diritto Comune*, p. 236-240 e 163. Em relação a *aequitas*, dessa época, ver: p. 364-369 e CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, p. 476-479. O *Corpus Iuris Canonici* tem as seguintes partes: o *Decretum*, as *Decretais*, o *Sexto*, as *Clementinas* e as *Extravagantes*. ALBUQUERQUE e ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, v. 1: 1140-1415, p. 142; MARQUES, *Codificação e paradigmas da Modernidade*, p. 55-57.

¹⁷ “Esso rappresenterà l'equilibrio delle due grandi forze storiche che nell'altro Médio Evo avevano giocato come protagonisti nella evoluzione della nostra civiltà giuridica: il diritto romano, con le sua qualità incoercibili di umanità e di universalità, e la Chiesa, con la sua concezione etica totalitaria”. CALASSO, *Storia e Sistema Delle Fonti del Diritto Comune. I. Le Origini*, p. 240; SCHRAGE, *Utrumque ius*, p. 386-387; MARQUES, *Codificação e paradigmas da Modernidade*, p. 55 e 62-63.

¹⁸ DEL VECCHIO, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, p. 47-49; “Se o direito romano fornece ao direito canônico um modelo de unidade, o direito canônico concede ao direito de Roma um suplemento de prestígio, um lugar no plano divino”. MARQUES, *Codificação e paradigmas da Modernidade*, p. 57.

conceito é multifacetado, possibilitando diversos entendimentos. Não se tem o objetivo de exaurir as concepções de *ius commune*, mas tão-somente apresentar uma breve visão dessa fase e, também, delimitar um conceito, com a intenção de servir ao entendimento e à exposição do contexto histórico. Então, o direito comum pode referir-se, apenas, ao Direito Romano, no seu sentido estrito. Em outra interpretação, em sentido lato, ter-se-á o Direito Comum como conjugação do Direito Romano e do Direito Canônico constituindo uma universalidade de normas; e há a possibilidade (numa latíssima interpretação), ainda, de entender-se, além dos direitos, a literatura jurídica e a jurisprudência incluírem-se nesse conceito²⁰. Procurar-se-á utilizar o sentido latíssimo do Direito Comum devido à grande influência, muito embora construída sobre o Direito Romano e Canônico, dos juristas e sua literatura (opinião).

4 O Direito Romano e o Canônico assumiram uma posição de equivalência em suas áreas; cada qual dominava sua esfera sem a interferência do outro. No entanto, quando o problema em causa ultrapassava as exigências fronteiriças, logo passava para a outra esfera (ou canônica ou a romana). Essa fronteira com o desenvolvimento civilizacional pendeu para o lado do direito romano, em direção à laicidade do mundo jurídico. A presença espiritual começou a perder espaço para a concepção secular; o plano *mundano* foi destacado (gradualmente) do vínculo divino. Começa esse movimento de mudança com a Escola dos Glosadores, logo em seguida a Escola dos Comentadores; em contraposição ao *mos italicus*, surge a Escola Humanista com seu *mos gallicus*. Em decorrência dessas transformações e contraposições, o Direito sofreu, significativamente, uma radical mutação com o movimento *jusnaturalismo-racionalista*. Nisso o *ius commune* passou a ser história e a influenciar, com seus desenvolvimentos, alguns aspectos do Direito²¹.

Inserido nessa mesma trajetória²² está o reconhecimento, por

¹⁹ MARQUES, Mário Reis. *História do Direito Português Medieval e Moderno*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 14. Ver: CALASSO, Il Concetto di "Diritto Comune". *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, Quarta Serie, v. 27, p. 74.

²⁰ Classificação baseada de MARQUES, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, p. 16. Ver também: CALASSO, *Storia e Sistema Delle Fonti del Diritto Comune*, p. 55-56.

²¹ Del Vecchio ressalta a importância do ensino do trajeto do Direito Comum: DEL VECCHIO, Giorgio. L'Insegnamento Del Diritto Comune. In: *Annali di Storia del Diritto: rassegna internazionale*. Milano: Giuffrè, 1965. v. 9, p. 5-13. No mesmo sentido, voltado ao direito Italiano, ver: CALASSO, *Storia e Sistema Delle Fonti del Diritto Comune*, p. 43-55.

²² "Se os primeiros glosadores ignoraram os *iura propria*, os civilistas posteriores tiveram que enfrentar a realidade, reconhecendo progressivamente o costume, depois os estatutos

parte do *ius commune*, do *ius proprium* (consistia na realidade de cada região, ou seja, basicamente, costumes, estatutos e leis locais); em outras palavras, de uma total dominação do *ius commune* – pois foi reconhecido como o “verdadeiro” direito – impondo sua prevalência frente ao *ius proprium*, transpassando ao reconhecimento do *ius proprium* (com a pluralidade da idade medieval e com os distintos costumes de cada região) como Direito equivalente até chegar à subsidiariedade do *ius commune* em detrimento do *ius proprium*²³. Por fim, a realidade impõe-se com a total prevalência do direito próprio de cada Estado. Foram as conseqüências de transformações societárias que levaram ao enfrentamento dos juristas com a realidade e com a adaptação do sistema do *ius commune* às novas exigências que pululavam em suas faces. O trabalho dos juristas ocasionou o surgimento de diversas questões emolduradoras de aspectos antes inexistentes e imprevisíveis. Nesse sentido, as Escolas dos Glosadores, como a dos Comentadores, ofereceram, de determinada forma, mecanismos jurídicos harmonizadores entre a realidade imposta e a teoria (do *ius commune*) existente. O Direito Comum concebia, devido aos seus preceitos, uma forma dialética com outras realidades ordenativo-normativas, o que facilitou sua imposição e sobrevivência durante séculos.

5 Foi através do ensino que se viabilizou a introdução e difusão do Direito Comum no mundo europeu²⁴. A Escola dos Glosadores foi a

e, finalmente, as leis. É nesta fase, quando os direitos particulares são reconhecidos como verdadeiros direitos (*iura propria*), que a identificação do direito romano com o *ius commune* ganha todo o sentido. De facto, a ideia de um direito comum reclama uma complexa tensão entre uma unidade superior e a multiplicidade das partes constituintes do sistema jurídico. Daí a debatida questão da validade do *ius proprium* perante o direito comum. Essa unidade superior é o direito romano, o direito secular da *Respublica Christiana*. Os *iura propria* representam normativamente as partes em que se decompõe a unidade”. MARQUES, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, p. 15 (grifo do autor). Ver sobre as escolas dos Glosadores e dos Comentadores, de forma sintética em: CAETANO, *História do Direito Português [1140-1495]*. v. 1, p. 336-337; BELLOMO, Manlio. *Parlando di Ius Commune. Rivista Internazionale di Diritto Comune*. Roma: Il Cigno Galileo Galilei – Edizioni di Arte e Scienza, v. 5, p. 192-193, 1994.

²³ Sobre a interpretação da lei e o direito comum: HOMEM, António Barbas. *Introdução à Teoria da Lei – Época Medieval. Legislação: Cadernos de Ciência e Legislação*. Oeiras: INA, v. 25, p. 105-106, abr.-jun. 1999.

²⁴ “Storia di popoli, dunque, non storia del diritto romano: come la vita mia è storia mia, e non storia di mio padre, anche se a mio padre io devo la vita. La storia del diritto comune in Italia o in Francia, in Spagna o in Germania, in Belgio o in Olanda, e per tutti gli altri paesi d'Europa e del mondo civile che hanno conosciuto il fenomeno del diritto comune o come fatto originale e creativo, o come fenomeno d'impostazione e d'imitazione, o per recezione ufficiale, si risolve dunque nella storia giuridica di questi popoli. Ciascun popolo ha vissuto

precursora com estudo do *Corpus Iuris Civilis*. Diversos estudantes de variadas localidades europeias se dirigiam à escola de Bolonha²⁵ para estudar essa compilação. Isso possibilitou o alastramento dessa novidade em termos somente jurídicos, já que o Direito se restringia simplesmente ao sistema do *Trivium* e *Quadrivium* de maneira subsidiária. Nessas condições, o Direito passa ser objeto centralizado do ensino. Também houve, dessa maneira, o acolhimento do *ius commune* sem a imposição verticalizada do poder, mas, pelo contrário, a sua recepção deveu-se à espontaneidade acolhedora de uma dinâmica medieval sacralizada pela idéia da legislação de Deus. No primeiro momento, o *Corpus Iuris Civilis*, com os Glosadores, recebeu um sentido religioso com o matiz de texto sagrado. Com o transcorrer do tempo, esse sentido perdeu-se e com os Comentadores teve, destarte, o início da dessacralização. Logo, o poder político não interveio diretamente na imposição de um ordenamento, pelo contrário, essa nova concepção se introduziu de forma horizontal, de maneira acolhedora, pelo respeito à autoridade e misticismo da compilação, por vezes influenciando determinadamente a esfera política.

O *ius commune*²⁶, portanto, permanecerá vigente durante séculos

questa storia a suo modo: la quale ha variamente caratterizzato la storia giuridica dei vari ordinamenti, ma ne ha pur rivelato, coi suoi motivi comuni, quella unità spirituale che fu la prima realizzazione storica dell'unità europea, della quale andiamo affannosamente in cerca". CALASSO, Francesco. Il Problema Storico del Diritto Comune e i Suoi Riflessi Metodologici Nella Storiografia Giuridica Europea. *Archives d'Histoire du Droit Oriental: Revue Internationale des Droits de L'Antiquité*. Bruxelles, t. 2, p. 462, 1953; num viés social: ORTEGA Y GASSET, Jose. *La rebelion de las masas*. 11. ed. Madrid: Revista del Occidente, 1948. p. 6-8.

²⁵ "Surge agora a questão: como é que tudo isto se prende com o ensino do direito na Universidade? O espaço universitário, como lugar de conservação, de transformação e de divulgação do saberes oficialmente reconhecidos, como campo em que uma específica comunidade produz a crença no valor científico dos seus produtos, é um ponto privilegiado para a produção do efeito de tornar aceitável a distância entre os princípios e os conceitos jurídicos e a verdade vivida. Na Faculdade de Leis e na Faculdade de Cânones, os alunos são instruídos nos métodos e nas teorias que as profissões jurídicas utilizam para pensarem e para falarem do mundo, estabelecendo contacto com um discurso que os investe num específico poder de acção sobre as acções juridicamente relevantes". MARQUES, Mário Reis. Ciência e acção: o poder simbólico do discurso jurídico universitário no período do *Ius Commune*. In: *Separata do v. 5º das Actas do Congresso "História da Universidade"* (no 7º Centenário da Sua Fundação), 5-9 mar. 1990. Coimbra, 1991. p. 29.

²⁶ Referente à legislação: "Ma la legislazione che qui preme è anzitutto quella di diritto comune; ora, essa è in campo civile scarissima. Poco o nulla hanno aggiunto gli imperatori medievali alla legge romana; il diritto feudale, se pur si vuole considerarlo comune, non è propriamente legislativo; sulla sua formulazione i giuristi hanno certo influito. La vera e propria legislazione comune del periodo è la canonica; con la riforma gregoriana la Chiesa

devido ao trabalho realizado pelos juristas das Escolas: a dos Glosadores e dos Comentadores. Destarte, a breve incursão nesse movimento jurídico tem o escopo de destacar sua metodologia expressiva do/no Direito, que atualmente busca modelos que sejam aplicados nos diversos Estados, constituindo um Direito Internacional unitário.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Ruy de; ALBUQUERQUE, Martim de. *História do Direito Português*. 10. ed. Lisboa: Paulo Ferreira, 1999. v. 1: 1140-1415.

BELLOMO, Manlio. *Ius Commune. Rivista Internazionale di Diritto Comune*. 7. Roma: Il Cigno Galileo Galilei, 1996. p. 201-215.

_____. *Parlando di Ius Commune. Rivista Internazionale di Diritto Comune*. 5. Roma: Il Cigno Galileo Galilei – Edizioni di Arte e Scienza, 1994. p. 187-195.

CAETANO, Marcello. *História do Direito Português*. Lisboa: Verbo, 1981. v. 1: 1140-1495.

CALASSO, Francesco. *Diritto Romano Comune*. In: *Annali di Storia del Diritto: rassegna internazionale*. IX. Milano: Giuffrè, 1965. p. 33-56.

_____. *Il Problema Storico del Diritto Comune e i Suoi Riflessi Metodologici Nella Storiografia Giuridica Europea. Archives d'Histoire du Droit Oriental: revue internationale des droits de l'Antiquité*. Bruxelles, t. 2, p. 441-463, 1953.

_____. *Medio Evo del Diritto. I – Le Fonti*. Milano: Giuffrè, 1954.

_____. *Storia e Sistema Delle Fonti del Diritto Comune. I. Le Origini*. Milano: Giuffrè, 1938.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO. Trad. D. Ildelfonso L. Garcia Del Corral. Primeira Parte. Instituta-Digesto. Valladolid: Editorial Lex Nova, [s.d.]. p. 197-198.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DEL VECCHIO, Giogio. *Lezioni di Filosofia del Diritto*. Città di Castello: Società Anonima Tipografica «Leonardo da Vinci», 1930.

_____. *L'Insegnamento del Diritto Comune. Annali di Storia del Diritto: rassegna internazionale*. Milano: Giuffrè, v. 9, p. 5-13, 1965.

adquire uma autoridade central que consentirá à ideia mesma de legislação eclesíastica de farsi strada, e in grande stile, se non addirittura nella forma di un codice esclusivo e logicamente redatto; al punto che si può affermare, sulla solida base delle ricerche di S. Gagner (20a), essere la moderna idea della legislazione come fatto tecnico, principalmente di origine eclesíastica e non statale: ora questa legislazione reca in effetti chiara impronta giurisprudenziale. Giuristi furono spesso gli papi e sempre vi furono giuristi tra i loro consiglieri e collaboratori". LOMBARDI, *Saggio Sul Diritto Giurisprudenziale*, p. 89-90; HOMEM, *Introdução à Teoria da Lei*, p. 47-50.

FALCÓN Y TELLA, Maria José. *The validity of law: concept and foundation*. Trans. Peter A. Muckley. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2000.

FERNANDEZ BARREIRO, Alejandro. El Derecho Común como componente de la Cultura Jurídica Europea. In: *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*. Madrid, 1991. v. 3. p. 87-103.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. El concepto de *Ius Commune* en el lenguaje de los juristas romanos. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, n. 13, p. 39-78, 1990.

HOMEM, António Pedro Barbas. Introdução à Teoria da Lei – Época Medieval. *Legislação: Cadernos de Ciência e Legislação*. Oeiras: INA, v. 25, p. 7-123, abr.-jun. 1999.

KAUFMANN, Arthur. Qué es y cómo «hacer justicia»: un ensayo histórico-problemático. *Persona y Derecho*: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. Madrid: Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), n. 15, p. 13-30, 1986.

LAMBERT, Edouard. Le Droit Romain et la Jurisprudence Comparative. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra Editora, ano 11, p. 403-421, 1929.

LOMBARDI, Gabrio. *Ius Gentium. Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Editrice Torinese, n. 9, p. 381-382, 1963.

LOMBARDI, Luigi. *Saggio Sul Diritto Giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1967.

MARQUES, Mário Reis. Ciência e acção: o poder simbólico do discurso jurídico universitário no período do *Ius Commune*. In: *Separata do v. 5º das Actas do Congresso "História da Universidade"* (no 7º centenário da sua fundação), 5-9 mar. 1990. Coimbra, 1991. p. 25-37.

_____. *Codificação e paradigmas da Modernidade*. Coimbra, 2003.

_____. *História do Direito Português Medieval e Moderno*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MERÊA, Paulo. Direito Romano, Direito Comum e boa razão. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra Editora, v. 16, p. 539-543, 1940.

MONCADA, Luís Cabral de. *Subsídios para a história da Filosofia do Direito em Portugal*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003.

MORTARI, Vincenzo Piano. Glossatori. In: *Enciclopedia del Diritto*. Varese: Giuffrè, 1970. v. 19 (Giunta-Igi). p. 625-634.

NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra Editora, 1995. v. 1-2.

ORTEGA Y GASSET, Jose. *La rebelion de las masas*. 11 ed. Madrid: Revista del Occidente, 1948.

SCHRAGE, E. J. H. *Utrumque Ius*. Über das römisch-kanonische *Ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit in Vergangenheit und Zukunft. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*. Bruxelles, 3e. série, t. 39, p. 383-412, 1992.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralidade alternativa no interior do Direito Oficial. *Revista de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, n. 3, p. 39-43, 1994.

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.