

# Unidade jurídica europeia: uma idade média no futuro próximo?\*

Paolo Grossi\*\*

## 1. PERÍODO DE TEMPO E ILUSÕES CONTÍNUAS

Sempre fui – como ainda sou – um indiferente incurável no que se refere a soluções contínuas na análise historiográfica, tanto para aquelas que entendem a transformação como um progresso incessante, seja para as que concebem a linha histórica como dominada por alguns modelos insuperáveis, facilmente transplantados para hoje, como se o tempo não tivesse passado acumulando seus inevitáveis sedimentos, modificações, transformações.

A primeira solução não nos interessa aqui, nem parece oferecer muitos riscos culturais, pela razão mais do que simples de que ninguém – metodologicamente apenas um pouco mais provido – se sentiria à vontade para voltar a dançar hoje no baile Excelsior como os nossos antepassados brancos de cem anos atrás.

A segunda solução, em vez disso, é arriscadíssima, porque a vemos surgir concretamente no atual debate europeu, dando a impressão de que as injeções historicistas do passado poderiam ter nos feito falsamente acreditar que as tínhamos exorcizado para sempre. É aconselhável, portanto, fazer algumas considerações gerais antes de tratar sobre nosso objeto específico, liberando a

---

\* “*Unità Giuridica Europea: Un medioevo prossimo futuro? (L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive)*”, publicado originalmente nos *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 31, p. 39-57, 2002. Tradução de Karen Bissani, doutoranda em Teoria e História do Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó. Membro do “Ius Commune” – Grupo de Pesquisas em História da Cultura Jurídica – UFSC/CNPq.

\*\* Professor emérito de História do Direito Medieval e Moderno na Università Degli Studi di Firenze (Itália). Doutor honoris causa pelas Universidades de Bologna (Itália), Napoli (Itália), Frankfurt am Main (Alemanha), Stockholm (Suécia), Autônoma de Madrid (Espanha), Sevilla (Espanha), Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil) e Universidade Federal do Paraná (Brasil). Presidente emérito da Corte Constitucional da República Italiana.

passagem de um ônus pesado capaz de prejudicar inescusavelmente a abordagem metodológica.

O “modelo”, como instrumento comparativo carregado de incondicionalidade intrínseca e que anula ou ao menos atenua a eficácia da comparação, é uma ferramenta inadequada para o historiador e para o comparatista, porque sempre implica num escasso respeito tanto pelo passado, tanto pelo presente, quanto pelo futuro.

A pretensão de projetar hoje modelos passados é um gesto de suprema presunção por parte daqueles que deveriam, pelo contrário, exercitar a suma de virtude e de humildade. Humildade em respeitar o desenrolar da história em sua misteriosa sequência de tantos períodos de maturidade, humildade em desistir de construir aprisionamentos indecentes que só podem sacrificar e empobrecer o mistério, mas também a riqueza da história. Um mistério insondável – é claro – mas que também é riqueza exuberante e irreprimível.

Trata-se sempre de aprisionamentos quando se quer estabelecer modelos positivos em relação aos quais podemos medir a variedade expressiva das diferentes épocas e experiências, sendo, portanto, modelos paralisantes. Por que não nos deter na verdade elementar de que o corpo social é uma realidade em contínua evolução, em crescimento continuado, e não marcado por varreduras, desenvolvimentos, itinerários pré-determináveis? O modelo não pode deixar de considerar o corpo como uma roupa muito apertada ou larga demais; em todo caso, desajeitada, não sendo conveniente para expressar todas as suas capacidades e satisfazer todas as suas necessidades, provavelmente um pouco restritivo. Pensemos em como tenha sido pesadamente condicionante na história da cultura a referência recorrente ao arquétipo do “clássico”, e, na história do direito, ao “romano”, grosseiramente entendido como modelo arquetípico.

A linha histórica – especialmente quando se trata de uma linha longa, muito longa – não deve ser interpretada como um baú contendo modelos a serem transplantados para atualidade e inspirar a ação de hoje; uma linha que, nas mãos do historiador, não diminui o seu respeito e a sua total disponibilidade para o passado e o presente, mas que significa apenas riqueza e consciência para seus olhos. Uma linha descontínua composta de muitos prazos, cada um dos quais é capaz de oferecer uma mensagem digna de ser ouvida.

Não são modelos necessariamente carregados de certeza, mas algo bem diferente: momentos dialéticos para colocar em contato e conectar-se com a herança da qual somos portadores. Momentos dialéticos que simplesmente desejam, na relatividade de sua mensagem, tornar a consciência do jurista de hoje mais complexa e, portanto, mais rica. O passado não retém arquétipos transplantáveis, pois na história dos corpos sociais, os rejeitos são muito mais violentos do que nos corpos físicos. O passado mantém o testemunho de uma vida vivida inteiramente, expressa e amadurecida em toda a sua completude, e, portanto, digna de ser comparada com um pedaço inacabado da vida que estamos vivendo em nosso

presente. Além disso, existem diferentes, muitas maturidades, cada uma com uma face típica, cada uma com suas próprias soluções e que como um todo só podem refinar a aparência crítica daqueles que as contemplam prontamente. Se o olhar estiver atento, se fortalece o próprio projeto para a construção do futuro.

Em outras palavras, não podemos deixar de construir nosso presente de acordo com nossas necessidades, graças aos nossos pontos fortes, mantendo nossos valores, respeitando a maturidade do nosso tempo. Só que isso carrega um defeito sério para os nossos olhos míopes; é a maturidade que estamos vivendo e, portanto, é difícil objetivar criticamente, até mesmo devido a sua incompletude. A água em que estamos imersos – se nos é permitido aqui propor uma imagem – ainda está turva devido a nossa presença viva e convulsiva, e só mais tarde se tornará mais clara. Precisamos de algumas referências, precisamos de momentos para abordar dialeticamente, e mais momentos de estabilização e de assentamento, que a história teve o cuidado de decantar e consolidar. Porém, somente momentos comparativos, não a serem fielmente imitados ou traduzidos passivamente, mas como contribuições para nossa reflexão crítica e, portanto, contribuições para nossa autonomia como construtores de nossa maturidade.

Encerrei meu discurso há alguns anos em um consagrado Encontro internacional dedicado ao frequente tema da violentíssima neo-pandecística do final do século XX<sup>1</sup>, enfatizando claramente a advertência que vem da sabedoria antiga: “*omnia tempus habent*”, tudo tem seu tempo<sup>2</sup>. Hoje eu gostaria de retomar essa advertência como um preceito do senso comum elementar, e não como um guia epistemológico.

Apesar de tudo o que foi dito até agora, o modelo sempre ressurge, e sempre são protagonistas a ingenuidade cultural, a ingenuidade, a preguiça do jurista. O exemplo mais óbvio é aquela – tão convencida! – reafirmação de um *usus hodiernus Pandectarum* como base segura da unidade jurídica europeia de hoje e de amanhã, uma reafirmação tão virulenta quanto insensata. Mas outro exemplo é certamente dado pelo surgimento disperso, mas preciso, de uma Idade Média jurídica no futuro próximo, com um modelo medieval exumado por acaso e forçosamente ligados à realidade cosmopolita que estamos construindo.

Discurso ambíguo – como dissemos no início – porque concomitantemente traz dados falsos e verdadeiros, sendo, portanto, muito arriscado. Como sempre, o maior risco é a preguiça do jurista de hoje, que pode achar conveniente se abrigar à sombra de um modelo pré-fabricado. Aqui, a intervenção do historiador do direito por certo se beneficia precisamente do fato dele se encontrar na veste que lhe é mais agradável (mesmo que por muitas vezes seja abandonada) de uma consciência crítica do amante do direito positivo. Consciente da complexidade da longa linha da história, consciente mais do que qualquer outro que esta mesma linha está amalgamada pelo passado, presente e futuro, sendo – por sua natureza – um relativizador e um desmitificador. Nesta veste, é o melhor companheiro de viagem do jurista, pois, chamando-o à visões culturalmente mais satisfatórias,

pode impedi-lo de fazer escolhas imprudentes e de construir um futuro sem fundamentos reais.

Para alcançar o nosso objetivo, o trabalho do historiador não é fácil. Não há dúvida de que, entre as soluções medievais e as soluções de hoje e do amanhã imediato, existem semelhanças. Acredito que não podemos ficar satisfeitos e falar – como fazemos – da Idade Média em um futuro próximo. Acredito que devemos evitar o risco de cair em um persuasivo recurso a modelos. Mas também acredito ser oportuno e fértil refletir sobre as mensagens que podem advir dessa experiência inteiramente vivida e realizada.

Uma maturidade dos tempos históricos (Idade Média) – foi dito no início – como um momento dialético para a nossa maturidade temporal. Se tivesse sucesso, não seria pouco o que culturalmente aproveitaríamos. Mas – repito – nosso trabalho não é fácil.

## **2. O EXÍLIO DA IDADE MÉDIA JURÍDICA DURANTE O “MODERNO”. REDESCOBERTAS DO SÉCULO XX**

Não há dúvida de que o “moderno” foi construído e estruturado como uma rejeição do “medieval”: um momento de regressão histórica a ser depreciado em todos os aspectos e relegado aos sótãos não edificantes da história. Dentro dessa civilização, é claro, também o direito era sua expressão fiel. E o direito medieval se viu condenado sem direito à apelação, ao contrário do direito romano, que o individualismo humanista faz a reexumação; que reexuma esforçando-se para devolvê-lo em toda a pureza da sua mensagem para as novas sintonias ideológicas; que se torna, assim, o nervo transportador do “moderno”, mesmo nas variações do *usus modernus Pandectarum* e da Pandecística alemã.

Era uma recusa baseada em “boas” razões. O “moderno” afirmou-se como uma refundação da sociedade sobre valores diferentes ou, melhor, opostos aos que eram vividos na época anterior.

Naquela época se acreditava intensamente em uma sociedade de sociedades, valorizando cada agregação comunitária, tanto a ponto de impedir ou obstruir por toda sua duração a realização de uma conversão da sociedade naquela entidade unitária que seria, então, o Estado. A Idade Média é, portanto, caracteristicamente uma sociedade sem Estado, e o direito – que tem como referência a sociedade – pode ser considerado um direito sem Estado<sup>3</sup>.

Naquele momento vivenciou-se uma fusão absoluta entre a dimensão religiosa e a dimensão político-econômica-social, entre metafísica e história, tanto que nos faz parecer um terra que só tem o céu como seu teto.

O “moderno” se baseava, ao contrário, em uma obra persistente de individualização: rejeição e desconsideração da nebulosa comunitária, mas

também realização de uma individualidade política compacta e valorização do indivíduo. Além disso, no caminho de uma decidida secularização, se esforçava para se liberar de todos os condicionamentos que caíam do alto. Entre estes, por primeiro, os moralismos que tinham sacrificado a vida econômica medieval e que apareciam como repelentes ao progressivo, mas embrionário capitalismo.

O “moderno” é, em suma, uma espécie de área vazia em que quanto menos se fala de Idade Média, melhor é. O exemplo mais marcante no campo do direito diz respeito à pessoa jurídica. Pivô da civilização jurídica medieval, pivô da estrutura da Igreja Romana que não apenas a aplicou todos os dias, mas também teoricamente a refinou, pivô – acrescentamos – ineliminável de toda sociedade complexa, mas devido aquele cheiro de medieval e de igreja que evocava sofreu o exorcismo mais letal: aquele do silêncio. De fato, se o legislador revolucionário – em um nível político – varreu as ruas da França de todos os encargos corporativos de uma só vez, o Código napoleônico – em nível jurídico – se limitava a não mencioná-lo, como se fosse uma instituição tibetana desconhecida pela experiência francesa.

No século XIX na Itália, parecia certamente muito estranho, se não herege, a voz de um civilista culturalmente singular, Vincenzo Simoncelli, o qual, não satisfeito com as doutrinas da “lei romana atual”, em um momento de surdez persistente em relação aos valores sociais e, acima de tudo, em direção à perturbadora dimensão social do trabalho, mergulhou de bom grado nos primeiros “*cartarii*” do alto medieval desenterrados e recém publicados por uma historiografia bastante erudita, chamando a atenção dos juristas para alguns contratos agrários costumeiros, nos quais o trabalho se tornava – *horribile dictu* para a quietude da sociedade burguesa – até no modo de adquirir a propriedade<sup>4</sup>. Simoncelli acrescentou toda uma nova atenção para a enfiteuse, outra criatura jurídica exorcizada por um silêncio predominante devido a duplicação do domínio que provocava<sup>5</sup>. Menos herege, por outro lado, deve ter parecido o zeloso Cesare Vivante por pesquisar os primórdios medievais do contrato de seguro<sup>6</sup>, uma vez que aos pesquisadores de direito comercial – figuras que cultivam, aos olhos de desprezo dos civilistas, uma ciência empírica e tecnicamente grosseira – era permitido se afastar da pureza de Gaius e do Código Civil. Das páginas de direito civil escritas por Simoncelli, todavia, emerge um sincero elogio à Idade Média jurídica, embora com muita ingenuidade; mas era uma voz bastante solitária.

As referências medievais se tornam mais densas durante o século XX, quando as firmes certezas da idade burguesa se tornam instáveis, quando os dois pilares da ordem jurídica, o Estado e o indivíduo, sofrem fissuras em uma sociedade cada vez de massa e que sempre pede mais uma “desagradabilíssima” dimensão coletiva, quando o rígido individualismo proprietário é forçado a concessões devido a instalação das lutas sociais.

Há quem, como o jovem Panunzio, não hesite em recordar o *modelo medieval* para legitimar toda a nova presença dos sindicatos<sup>7</sup>, uma posição

macroscopicamente ingênua e anti-histórica que é severamente rejeitada por primeiro pelos historiadores do direito. Mas há juristas que, depostas as velhas repulsões sem pesar, têm uma atitude culturalmente correta e provisionada que faz da Idade Média nem uma loja de lixo nem um paraíso de modelos, mas um baú de mensagens históricas.

Santi Romano irá surpreendê-los com traços consistentes de pluralismo jurídico<sup>8</sup> e o grande sistematizador italiano da teoria da pessoa jurídica, o civilista Francesco Ferrara, fará frutificar a lição medieval em uma parte histórica conspícua de sua obra<sup>9</sup>. Para as novas teorias de aparência e de posse, Venezian<sup>10</sup> e seu aluno Finzi<sup>11</sup> serão preciosas as advertências provenientes do esquema – até mesmo *hochmittelalterlich* – da *Gewere*, e o próprio Finzi, refundador nos anos 20 e 30 de uma teoria que não é mais apenas subjetivista da propriedade<sup>12</sup>, alcançará as intuições imerecidas do medieval que chegaram às germinações da ideia de domínio. Não é só isso. Quando, nos anos 20 sempre no século XX, as arquiteturas abstratas do direito civil foram consideradas insatisfatórias, observamos mais de perto os fatos econômicos e, em nome deles, começamos a construir um direito de produção agrícola, um direito agrário, considerando-se necessário olhar além dos limites da era burguesa<sup>13</sup>.

Este é apenas um exemplo muito parcial, porque o século XX está cheio de indicações sobre o assunto.

Mas houve também uma contribuição secundária dos próprios historiadores do direito. A Idade Média sempre fora estudada desde os tempos de Pertile; de fato, apenas isso era estudado; e, de fato, ele estudou especialmente seu momento mais remoto. É que, com base em suas premissas positivistas, a historiografia jurídica examinou profundamente os documentos da práxis e, possuída pelo fogo sagrado de uma concretude “positiva”, se dedicou a pesquisas detalhadas e eruditas, na maioria das vezes determinadas localmente. O diálogo com os juristas que se dedicavam ao direito positivo era substancialmente ausente, exceto por algumas raras exceções. Foi um grande mérito de Francesco Calasso, um historiador que tinha sentido profundamente a lição do idealismo, mudar o foco para o segundo período da Idade Média, para a Idade Média sapiencial, para uma grande maturidade da ciência jurídica. Os resultados positivos foram vários; uma delas é, na minha opinião, a retomada de um diálogo e, com esta retomada, uma maior familiaridade com civilistas e publicistas com a comunidade jurídica artificialmente afastada e minimizada<sup>14</sup>.

Hoje, essa familiaridade se transformou em um desenho repetido. O historiador deveria estar muito satisfeito, especialmente alguém como eu, que nunca deixou de valorizar essa relevante experiência jurídica e de considerar o seu estudo um dever (e frutífero).

O problema, no entanto, é de natureza puramente cultural. Essas referências sendo bem recebidas, certamente não são um mau sinal. Mas é necessária uma pergunta: são elas o resultado de analogias precipitadas, de

entusiasmos infundados? Nascem de um conhecimento real do que era a Idade Média? E até onde vai a referência? É possível que caia no modelo que foi no início preterido? O exemplo dado por Panunzio, que via – por bondade sua – uma Idade Média próspera de sindicatos e sindicalismo genuíno está aí para nos alertar e nos impedir de fazer escolhas criticamente imprudentes, culturalmente inaceitáveis e que somente geram equívocos grosseiros. E o futuro continua totalmente a ser construído. Procuremos, portanto, trazer esclarecimentos ou tentar fazê-lo.

### 3. A MATURIDADE DOS TEMPOS MEDIEVAIS

A Idade Média jurídica era uma criatura histórica original, porque foi uma construção lentíssima de uma prática que tinha por tarefa edificar depois do colapso da civilização romana. Era uma criatura original justamente porque o colapso da civilização jurídica anterior forçou essa prática a trabalhar em dois vazios – um vazio político e um vazio cultural – redescobrimo forças e valores que não extraíam autoridade de modelos já testados.

Forças e valores foram encontrados na experiência cotidiana, esparsamente, empiricamente, trazendo à luz dia após dia, por muito tempo, um costume jurídico que a nova civilização foi capaz de consolidar e definir em quase mil anos de vida; já que por um milênio se estendeu aquela grande maturidade histórica que a retórica venenosa do futuro humanismo teria chamado reduzidamente de *media aetas*. A regra vencedora não era a *validade*, que é a correspondência de um modelo autoritário, mas a *efetividade*, ou seja, a força interior que certos fatos traziam em si, incidindo sobre os eventos históricos sem recorrer a subsídios externos<sup>15</sup>.

A Idade Média foi original porque se baseou em fatos: e os fatos nascem no particular e do particular ficam impregnados, encontrando nesse a sua cifra; voz que vem de baixo, o fato não tem a capacidade de traír a demanda histórica, iludindo-a ou mistificando-a com modelos. Isso ocorreu, por exemplo, nos tempos medievais em relação àquele modelo forte que é o “romano”. Se às vezes o veremos ressurgir, se – depois do século XI, tendo já se tornado sapiencial a nossa civilização – encontramos uma comunidade de juristas que se autodenominam glosadores e comentadores lidar com textos romanos, o fizeram para ter sobre os ombros um manto formal de autoridade, mas nunca traindo às expectativas a eles contemporâneas, enquanto esses juristas interpretavam mais os fatos que circulavam do que os distantes fragmentos do Digesto.

Civilização da prática, tão baseada em fatos que não hesitamos em qualificar como “primitivo” o seu momento inicial, primitivo em um significado primorosamente antropológico: civilização em que os sujeitos estão submetidos à grandeza dos fatos, se misturam a eles até serem incapazes de objetivá-los<sup>16</sup>. Qualificá-la como primitiva – pelo menos em sua gênese – significa percebê-la

crescendo em uma incandescência socioeconômica, sem hipotecas, sem heteronomias.

Esta é a razão de nossa insistência no aspecto factual, no que se refere ao discurso que estamos fazendo. Tal aspecto nos permite constatar a originalidade da civilização medieval, que certamente não vem do nada porque a história é sempre uma concatenação de fatos, mas que certamente é um anel com autonomia substancial. Daí advém a originalidade também do processo de construção do direito medieval, a partir da natureza substancialmente consuetudinária. O seu aspecto factual impõe essa escolha, uma vez que o costume é apenas um fato que se observa e se repete, rasteja pela terra e da terra fica impregnado, registrando de modo absolutamente livre as necessidades emergentes e corresponde a ele.

Este aspecto factual significa, portanto, que não existe um forte poder central e centralizador, intencionado e capaz de controlar os fatos, reconduzindo-os a modelos imperativos gerais. Significa que o direito medieval tem sua própria historicidade, única: é um direito que se acomoda nos fatos, que percebe e segue as forças históricas e suas demandas, permanecendo nos terrenos mais baixos em que essas forças vivem e marcam as suas necessidades. Está sob a égide do particularismo mais exasperado, mas também de um substancial pluralismo.

O pluralismo jurídico. Aqui está o ponto. Não é uma concessão do Estado (que não existe), mas o estabelecimento espontâneo da dimensão jurídica de uma civilização que vive autonomamente e com autonomia se realiza. A Idade Média jurídica significa precisamente uma consciência coletiva que gera formas jurídicas flexíveis, com uma intensa historicidade, que identifica o direito como sua expressão reconduzindo-o à globalidade e complexidade da sociedade, e não a uma cristalização política complicada, ou de um forte aparato de poder. Em um mundo político-jurídico sem marionetistas que invadem o pluralismo que está nas coisas. Não uma única fonte de produção que impõe regras para mensurar a juridicidade, mas pluralidade de fontes, convivência de fontes e de direitos: não é por acaso que Santi Romano via a Idade Média como um laboratório de sistemas jurídicos conviventes e co-vigentes.

Isso também explica por que, no mundo jurídico medieval, a distinção na qual o mundo moderno está estruturado é bastante diluída: público e privado como realidades separadas que devem permanecer separadas; com o resultado esclerótico de reservar ao “público” a medida da legalidade, de fazer do princípio da validade o verdadeiro fundamento de uma espécie de *Grundnorm* não escrita, mas imperiosa. No mundo medieval existe, ao contrário, uma interconexão contínua de fontes, cada uma representando uma dimensão específica da sociedade. É a Igreja que produz regras em sua própria ordem, ou é o estamento feudal, ou aquele mercantil, sem que uma dimensão meça o grau de juridicidade da outra tendo por base a sua própria. Direito plural, expressão de uma realidade plural, plural e multifacetada: a sociedade.

Vamos dar um exemplo da atualidade. Hoje, de fato, frequentemente se fala, mesmo aqueles que estão imersos na prática jurídica, da *lex mercatoria*, talvez prestando a última homenagem a uma língua latina que ninguém mais conhece, nem mesmo os religiosos de uma Igreja que se qualifica como romana. É clara a referência à Idade Média madura, quando um estamento comercial vivo e inteligente intuiu e construiu um conjunto ativo de instrumentos compatíveis com as atividades mercantis.

Os comerciantes, então, foram capazes de lançar silenciosamente sua rede jurídica transnacional de novas invenções, eficazes para otimizar e garantir cada vez mais seus próprios tráfegos econômicos. Fizeram-no espontaneamente, livremente, porque as coisas assim o exigiam, criadores de uma ordenamento jurídico que foi adicionado a outros (ao canônico, ao feudal, por exemplo), sem nenhum complexo de inferioridade ou excessiva separação. Eles se limitavam a responder às necessidades de uma dimensão da sociedade vista e sentida como um entrelaçamento natural de várias dimensões. O que faltava era uma presença pesada que pretendesse fornecer a medida da juridicidade ou, ainda pior, que pretendesse para si o monopólio do “jurídico”.

Vamos dar o exemplo mais claro, ou seja, uma série de instituições desconhecidas ao paraíso dos modelos romanos, mas que surgiram vigorosamente no emaranhado frenético e incerto do tráfego comercial agora em nível transnacional: os títulos de créditos que surgiram como uma invenção tipicamente mercantil, fruto da criatividade jurídica e de uma percepção segura das necessidades econômicas por parte de uma prática ignorada pela sabedoria romana, cartas que incorporavam um direito, que podiam circular como se fossem mercadorias sem ter o peso imobilizador das mercadorias.

Hoje, os grandes comerciantes do mundo contemporâneo deram origem à chamada globalização jurídica, mas se trata de um canal que corre ao lado do grande canal do direito do Estado e do Estado, em uma relação de ignorância mútua<sup>17</sup>. O Estado a ignora deliberadamente, considerando-se o depositário de juridicidade, enquanto os comerciantes não se importam com a arrogância e autossuficiência do Estado e seguem em frente.

No fundo, porém, sempre existe esse espectro do Estado, o que certamente não é negado pela existência de comunidades transnacionais, que são, no entanto, comunidades de Estados. E existe uma cultura estatalista que ainda domina e que determina na consciência comum, apesar das reflexões de alguns estudiosos, a inconcebibilidade de um direito sem Estado.

O pós-moderno busca se libertar das garras do moderno, mas ainda não conseguiu. E continuamos a ser filhos do “moderno” ou pelo menos profundamente condicionados e marcados por ele. Do “moderno” permaneceu o peso e a desordem do Estado e um peso e uma desordem que a Idade Média não conheceu. Sua maneira de gerar e se desenvolver levou a aquele total pluralismo

jurídico, que ainda está longe de nós e sobre o qual a maioria dos juristas atuais ainda ficam obstinadamente mais que perplexos.

A maturidade dos tempos medievais foi uma realidade original, historicamente típica, porque foi causada pelo brilho daquele momento histórico. Uma reprodução dela carece de fundamento, cheira a anti-historicidade. Aquela Idade Média foi irremediavelmente consumida por seus eventos históricos. Obviamente, a hipótese arriscada de um modelo também cai; e não apenas por causa das precauções metodológicas mencionadas acima, mas graças a sua tipicidade absoluta e irrepetível.

Pode servir como um momento dialético: uma história completa, vivida inteiramente por um planeta histórico de intensa originalidade, com mensagens fortes, especialmente neste momento em que temos jogado fora aquelas vestimentas anti-medievais com as quais os modernos se cobriram de forma controversa e em que os valores daquela civilização são agora objeto de desapassionada análise. Hoje, quando tentamos nos livrar do abraço sufocante do Estado, hoje quando tentamos construir um direito cada vez mais aberto a uma projeção transnacional senão universal, a mensagem medieval pode se tornar profícua.

Não sei, por outro lado, se estamos verdadeiramente convencidos a tentar alcançar um verdadeiro e não diminuído pluralismo jurídico. Na opinião deste autor, aqui está uma mensagem a ser ouvida com atenção e respeito, mas sobre a qual, pelo contrário, noto distração ou, pior ainda, aborrecimento. Mas seria bom um exame mais específico.

Com um esclarecimento. Alguns poderiam argumentar que não vêm distinção entre seguir um modelo ou ouvir respeitosamente uma mensagem. Eu respondo: o modelo deve ser imitado e traduzido; deve se conformar à realidade histórica. A mensagem é uma contribuição para o fortalecimento de uma reflexão na pesquisa, mas não exige passividade, não requer obediência. Requer uma coisa, da qual tanto precisamos: escutar respeitosamente e comparar com os valores atuais, exige uma comparação dialética, em que as respectivas diferenças não apenas não sejam anuladas ou contraídas, mas destacadas. Com a consciência – repete-se novamente – que cada coisa tem o seu tempo.

#### 4. MENSAGENS FRUTÍFERAS

Vamos ver, portanto, quais podem ser as mensagens que nos chegam e que parecem nos confortar no momento atual de escolhas que superam as soluções **vinculantes** da modernidade.

A primeira fala nítida, proveniente de uma experiência como a medieval, caracterizada por um direito sem Estado, é certamente que a juridicidade está ligada à sociedade. Dizem respeito ao Estado os ramos do direito intimamente ligados ao exercício da soberania (um exemplo: direito administrativo; outro:

direito penal), mas o direito de regular a vida cotidiana dos indivíduos, expressão de sujeitos que atuam na sociedade como privados, pode e deve encontrar novamente essa flexibilidade que hoje parece ser exigida por uma mudança em rápido desenvolvimento (especialmente econômica e técnica). Caso contrário, o custo a pagar é a duplicação perniciosa entre um direito oficial e canais “privados” paralelos. Hoje, não erroneamente se duvida do grande instrumento ordenador, mas que também é controlador, da vida jurídica dos indivíduos, que era e é o Código, uma invenção admirável da modernidade, mas inadequada para manter o direito alinhado às mudanças. Ao lado da lei-mãe, também se questiona a inadequação do instrumento legislativo em geral.

E aqui adicionamos outra fala estritamente consequencial à primeira. A lei não é o único canal de manifestação da juridicidade. Seria se o poder pudesse controlá-la, mas hoje o controle, novamente por causa da rapidez das mudanças, corre o risco de ser ineficaz, provocando situações de crise (crise política, mas também sócio jurídica) entre um direito legal não observado e um direito muito observado e ilegal. Na Idade Média, a lei não era o instrumento ordenador, mesmo porque o genuíno Príncipe medieval não se sentia legislador, respeitando uma conquista da consciência coletiva que constatava o direito nas raízes da sociedade e, portanto, a ser identificada principalmente na fonte materna de costumes, confiada à interpretação de juristas (juizes e doutores). A Idade Média não foi um planeta legalista – apesar do que foi sustentado na onda de uma subconsciência moderna dominante<sup>18</sup> –, mesmo que fosse um planeta onde se deu para a dimensão jurídica uma centralidade sem igual. Um motivo para uma reflexão urgente, no momento atual em que os teóricos do direito e os especialistas em direito público se questionam cada vez mais sobre o papel de uma legalidade formal como a que herdamos da modernidade.

Isso nos leva a outra mensagem forte. Essa juridicidade intuída e tão central para a sociedade, confiada marginalmente à lei e ao legislador, foi identificada na Idade Média em uma realidade de raízes profundas – uma realidade requintadamente ôntica – que o costume, em nível jurídico, um conjunto enorme de costumes teria o poder de consolidar e definir sem perder o requisito fundamental de ser um ordenamento do social, ou seja, modelador flexível e aberto a isso. Mas os costumes podiam ser matrizes propulsivas em uma sociedade estática e totalmente agrária, como a primeira Idade Média; viciados pelo particularismo típico de toda manifestação usual, se mostraram inadequados para a segunda fase de desenvolvimento da civilização medieval percorrida e dominada por uma intensa dinâmica e uma circulação igualmente intensa. A solução – diante da exigência crescente de categorias de ordenamento geral – foi confiada à ciência jurídica e, secundariamente, ao juiz. E a segunda Idade Média, período do conhecimento, deu origem ao modelo histórico talvez mais completo e bem-sucedido de *Jurestenrecht*, do autêntico direito jurisprudencial.

Refletir hoje mais criticamente sobre esse modelo (que certamente não foi o único na longa história do direito ocidental) pode nos levar a qualquer (agora

necessária) escolha corajosa. Não seria hora de parar de repetir para nós e nossos alunos a fábula proibida da hierarquia de fontes e o culto acrítico da lei? Não seria hora de reexaminar o papel da ciência jurídica? Não seria hora de reexaminar a importância do papel do juiz? É arriscado repetir (mesmo que apenas em um hipócrita plano formal) velhos contos de fadas, quando a sociedade pós-moderna os deixa de lado, dando à ciência e à prática o papel substancial que cabe aos mecanismos reais da ordem jurídica<sup>19</sup>.

A ciência e a prática aplicadas tiveram uma reavaliação dupla e muito justificada: teórica, com a notável reflexão hermenêutica, que ridicularizou o juiz ou o mestre de direito; prática, porque atualmente é o triunfo de invenções técnicas muito novas que a prática intuiu e começou a viver, e a ciência prontamente começou a categorizar que o legislador – pelo contrário – não avisou ou se atrasou em advertir e disciplinar.

Cabe acrescentar que, hoje, há uma nova consciência no jurista, mais ativa, mais propulsora. O jurista vê as deficiências e a surdez do legislador e tenta supri-las; acima de tudo, tenta – e esse é um perfil muito importante – se tornar portador de um direito finalmente intolerante às fronteiras artificiais estatais, jogando a rede além e acima das muitas insularidades nacionais e começando a criar um tecido comum: as recentes experiências europeias para o estabelecimento de princípios regulatórios para contratos e contratos comerciais em particular, que viram a melhor ciência jurídica europeia como protagonista, são o sinal dessa consciência renovada. Uma grande lição da civilização jurídica medieval é que a lei não é algo de políticos, mas de juristas, e é precisamente o ensinamento que essa civilização transmitiu ao seu filho direto, o *common law*. A recuperação do direito pelos juristas pode ser um marco para o nosso compromisso cultural e de política do direito.

Outra recuperação deve ser feita, mas, afinal, ela já deriva do que foi dito acima e é uma recuperação pluralista. Um pluralismo jurídico mais sincero deve ser alcançado. A Idade Média a viveu inteiramente, e seu mundo sócio jurídico era autenticamente composto pelo pluralismo de ordenamentos. Afinal, não estamos experimentando um pluralismo latente com a crescente globalização jurídica? Um pluralismo baseado em fatos, que o Estado continua a ignorar e do qual muitos juristas estatistas desinteressam-se alegremente; que, no entanto, é forte, é violento, e coloca em crise – na experiência do caso concreto em que o direito se mede todos os dias – o sublime castelo legalista. Devemos nos apressar em direção a um objetivo, que é um direito sem Estado; a realização desse objetivo é também a realização de um efetivo pluralismo jurídico. Realizações, no entanto, que devemos antes de tudo fazer na nossa consciência como juristas. Não podemos esperar do aparato estatal a renovação que falta ao menos na consciência da maioria. A complexidade da sociedade, dado elementar onipresente, muito mais presente hoje, deve se refletir na complexidade plural do universo jurídico.

Direito sem Estado significa que o direito se nega a se empobrecer no interior de fronteiras intransponíveis, significa que o direito é uma *razão* da convivência civil e que sua projeção mais natural é universal. Mais do que um sentimento, é uma percepção que entra nas mentes mais abertas: depois que a Europa foi reduzida na Idade Moderna e Pós-moderna a um arquipélago, ou seja, um amontoado de ilhas, percebe-se a exigência política e cultural de paisagens mais amplas, de unidades mais abrangentes. Podemos justificar a referência recorrente àquela pré-moderna na qual a então Europa civilizada conheceu uma unidade jurídica. A partir dessa referência não incorreta, mas resumida, é possível alcançar mensagens que não devem ser subestimadas. Não há dúvida de que a Idade Média ultimou sua juridicidade como *ius commune*, um direito duplamente comum, ou seja, unindo a dimensão religiosa e civil (*ius civile/ius canonicum*), bem como as várias regiões que formam o campo europeu. Direito universal, portanto, para mais de um título, dos quais desejamos enfatizar aqui duas peculiaridades dignas de nossa reflexão.

O *ius commune* é o direito científico. Mesmo se nele estão envolvidos os juízes com as suas sentenças e notários com seus formulários, os protagonistas são homens de ciência, que certamente não desdenham o trabalho de consultoria para os poderes estabelecidos, para os juízes, para os particulares, mas, antes de tudo, são mestres do direito, doutores, demiurgos grandes e pequenos da nova *scientia iuris* que encontrava na grande diáspora universitária da segunda Idade Média seu lugar de escolha. Aqui a ciência, com base nos textos romanos do *Corpus iuris civilis* e nos religiosos do *Corpus iuris canonici*, cria direito seja mesmo na forma de uma típica interpretação. É confiada à ciência a tarefa de ordenar juridicamente o tecido sócio político de seu próprio tempo. E a ciência faz o seu dever: esses doutores que, juntamente com os estudantes, eram cidadãos da Europa lecionando em Bolonha, assim como em Salamanca, Orléans e Oxford, que entendiam o direito como uma realidade não ligada às misérias das particularidades políticas, construíram em uma projeção universal, supra ordenada às fronteiras que a miopia e a arrogância dos homens com armas e de governo marcaram no território.

Mas há uma segunda peculiaridade, que me parece ser de grande importância. Esse tecido universal feito por doutores não sufocou particularismos jurídicos. O direito desta ou daquela cidade comunal, deste ou daquele principado secular ou eclesástico, os mil costumes que circulavam nas áreas mais baixas de um determinado território, as regras dos comerciantes e a classe feudal continuavam vivendo intactas. *Ius commune* e *iura propria* constituíam um grande sistema percorrido por uma dialética universal/particular muito fértil, como felizmente intuíu há muitos anos Francesco Calasso<sup>20</sup>. O universal não atrapalhou o particular, nem foi perturbado por esse: existe, melhor, um sistema de integração, porque o tecido universal é flexível, complexo, altamente articulado. É o Estado que se propõe como uma estrutura rígida e compacta, uma estrutura intolerante. Sua manifestação natural, especificada geograficamente, é a soberania, um poder

absolutamente independente ao qual toda posição de autonomia é repugnante, mesmo se a autonomia – como independência relativa – não é um concorrente nem hostil nem insidioso para a soberania.

No momento em que escrevo essas anotações, acabei de retornar à Itália de uma estadia no México para palestras e aulas e, conversando com meus colegas mexicanos, tive a prova do que está sendo dito agora. Tratando com eles sobre o problema premente naquele país das lutas dos povos indígenas em defesa de sua autonomia imemorial, os colegas mexicanos me apontaram que, enquanto o México era um *Virreynato* no interior do grande cone hispânico, poucos problemas surgiram. Começando, ao contrário, a se destacar de maneira retumbante após as lutas pela independência do século XIX e o nascimento do Estado mexicano, completamente separado da pátria-mãe e das outras ex-colônias espanholas, um Estado que, como todos os Estados deste mundo, imediatamente tendeu à sua compacidade e se cobriu de intolerância, de um modo que o velho rei da Espanha e seu vice-rei não tinham usado no passado.

Desse ponto de vista, o mundo do direito comum, um mundo de autonomia e não de soberania, um tecido unitário universal, porém complexo, não compacto mas extremamente articulado, não quero dizer que poderia ser proposto como modelo, porque eu mesmo o negaria, mas pode nos fornecer uma mensagem digna de ser ouvida sobretudo na frutífera simbiose entre ciência, construções científicas, invenções práticas e regras comunitárias específicas.

Em uma grande Europa unida, as comunidades que sofrem com a violência praticada contra elas pelos Estados, poderão encontrar maior respeito.

## NOTAS

1 Refiro-me ao Encontro Internacional organizado em Ascona por Pio Caroni e Gerhard Dilcher em abril de 1996. Meu discurso: *Modelli storici e progetti attuali nella, formazione di un futuro diritto europeo*, podem ser lidos, bem como nos anais do Encontro, também em *Rivista di diritto civile*, XLII (1996), parte um (a citação feita no texto está na p. 286).

2 *Qoélet (Ecclesiastes)*, 3,1.

3 É a tese que apoia nossa tentativa de reconstrução no volume: *Lordine giuridico medievale*. Laterza: Roma-Bari, 2002. Observações pontuais e também uma fundamentação teórica pontual são oferecidas em nosso ensaio especificamente dedicado a: *Un diritto senza Stato. La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale*. In: GROSSI, Paolo. *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1998, bem como, em alemão, em *Staat, Politik, Verwaltung in Europa. Gedaächtnisschrift Roman Schnur*, Berlin: Duncker u. Humblot, 1997.

4 SIMONCELLI, Vincenzo. Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici. In: SIMONCELLI, Vincenzo. *Scritti giuridici*. Vol. I. Roma: Foro Italiano, 1938.

5 No final dos anos oitenta dediquei muita pesquisa a ele, hoje todos incluídos no título *Studi sull'enfiteusi* no volume I de SIMONCELLI, Vincenzo. *Scritti giuridici*, Op. cit.

6 Vê-se nos três volumes que Vivante publica no *Il contratto di assicurazione*, Hoepli, Milan 1885-1887-1890.

7 PANUNZIO, Sergio. *Sindacalismo e medio evo* (Politica contemporanea). Napoli: Partenopea, s.d. (mas de 1911).

8 ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni, 1946, publicado no Brasil como ROMANO, Santi. O ordenamento jurídico. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

9 FERRARA, Francesco. *Teoria delle persone giuridiche*. Napoli-Torino: Marghieri-Ute, 1915.

10 VENEZIAN, Giacomo. *La tutela dell'aspettativa*. In: VENEZIAN, Giacomo. *Opere giuridiche*. Vol. II. Roma: Athenaeum, 1930.

11 FINZI, Enrico. *Il possesso dei diritti*. Giuffrè: Milano, 1968.

12 FINZI, Enrico. Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà. *Archivio giuridico*, LXXXIX (1923); FINZI, Enrico. Diritto di proprietà e disciplina della produzione. *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*. Firenze: Accademia dei Georgofili, 1936.

13 Giangastone Bolla, o maior defensor desta tese, se dedica à pesquisa medieval, dialoga com historiadores do direito medieval, abre sua “*Rivista di diritto agrario*” a contribuições medievais e fundo unos anos trinta o “*Archivio Vittorio Scialoja per le consuetudini giuridiche agrarie e le tradizioni popolari italiane*”, em que justamente se dá protagonismo às fontes medievais e aos escritores medievalistas.

14 Veja o colóquio de Calasso com Santi Romano, do qual é evidente testemunha a obra científico-didático CALASSO, Francesco. *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*. Milano: Giuffrè, 1948; ou o livro posterior do próprio Calasso, com os civilistas sobre transações jurídicas (*Il negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1959), em um livro que apresenta muitas fraquezas, mas que indica uma instância coloquial sincera; ou a conversa em 1955 entre Calasso e o civilista ROMANO, Salvatore. *Ordinamenti giuridico privati*. In: ROMANO, Salvatore. *Scritti minori*. Vol. I. Giuffrè: Milão 1980.

15 Para mais esclarecimentos, só posso me referir ao meu livro *Lordine giuridico medievale*, já citado, em que a dialética validade/eficácia é usada como estrutura para a análise historiográfica.

16 Sobre essa qualificação primitivista da Idade Média, permito-me remeter novamente a *Lordine giuridico medievale*. Op. cit., p. 61 e ss.

17 Em um nível estritamente jurídico, eu mesmo tentei uma síntese recente: GROSSI, Paolo. Globalizzazione, diritto, scienza giuridica. *Il foro italiano*, V (2002), publicado no Brasil como GROSSI, Paolo. Globalização, direito, ciência jurídica. Tradução de Arno Dal Ri Jr. *Espaço Jurídico*, 10 (2009), p. 153-176. Em nível sociológico-jurídico, podemos contar com uma rica e valiosa literatura internacional. Naquela italiana, existem dois volumes inteligentes e numerosos de FERRARESE, Maria Rosaria. *Le istituzioni della globalizzazione*. Diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Il Mulino, 2000 e *Il diritto al presente*. Globalizzazione e tempo delle istituzioni. Bologna: Il Mulino, 2002.

18 Um exemplo impressionante é a obra de NICOLINI, Ugo. *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*. Legislazione e dottrina político-giuridica dell'età comunale. Milano: Marchori, s.d. (mas 1946), que é afetado pelo paroxismo legalista daqueles anos, um paroxismo que surgiu da crença falaciosa na garantia e na função benéfica da lei.

19 Tentei refletir muito recentemente sobre esse papel da práxis, discutindo com os alunos da “*Scuola di specializzazione per le professioni legali*”: Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana. *Rassegna forense*, XXXV (2002).

20 Em ensaios repetidos e experimentos didáticos. Uma afirmação muito clara está em CALASSO, Francesco. Il problema storico del diritto comune. In: CALASSO, Francesco. *Introduzione al diritto comune*. Milano: Giuffrè, 1951.

## REFERÊNCIAS

- CALASSO, Francesco. *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*. Milano: Giuffrè, 1948.
- CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1959.
- CALASSO, Francesco. *Introduzione al diritto comune*. Milano: Giuffrè, 1951.
- FERRARA, Franco. *Teoria delle persone giuridiche*. Napoli-Torino: Napoli-Torino, 1915.
- FERRARESE, Maria Rosaria. *Il diritto al presente*. Globalizzazione e tempo delle istituzioni. Bologna: Il Mulino, 2002.
- FERRARESE, Maria Rosaria. *Le istituzioni della globalizzazione*. Diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Il Mulino, 2000.
- FINZI, Enrico. Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà. *Archivio giuridico*, LXXXIX (1923).
- FINZI, Enrico. Diritto di proprietà e disciplina della produzione. In: *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*. Firenze: Accademia dei Georgofili, 1936.
- FINZI, Enrico. *Il possesso dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1968.
- GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Laterza, 2002.
- GROSSI, Paolo. Modelli storici e progetti attuali nella, formazione di un futuro diritto europeo. *Rivista di diritto civile*, XLII (1996).
- GROSSI, Paolo. Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana. *Rassegna forense*, XXXV (2002).
- GROSSI, Paolo. Studi sull'enfiteusi. In: *Scritti giuridici*. vol. I, Roma: Foro Italiano, 1938.
- GROSSI, Paolo. Un diritto senza Stato. La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale. In: *Absolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1998.
- GROSSI, Paolo. Globalizzazione, diritto, scienza giuridica. *Il foro italiano*, V (2002). Publicado no Brasil como GROSSI, Paolo. Globalização, direito, ciência jurídica. Tradução de Arno Dal Ri Jr. *Espaço Jurídico*, 10 (2009), p. 153-176.
- NICOLINI, Ugo. *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale. Milano: Marchori, 1946.
- PANUNZIO, Sergio. *Sindacalismo e medioevo*. Política contemporanea. Napoli: Partenopea, 1911.

ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni, 1946. Publicado no Brasil como ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

SALVATORE, Romano. Ordinamenti giuridici privati. In: *Scritti minori*. Vol. I. Roma: Giuffrè, 1980.

SIMONCELLI, Vincenzo. Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici. In: *Scritti giuridici*. Vol. I. Roma: Foro Italiano, 1938.

VENEZIAN, Giacomo. La tutela dell'aspettativa. In: *Opere giuridiche*. Vol. II, Roma: Athenaeum, 1930.

VIVANTE, Cesare. *Il contratto di assicurazione*. Milano: Hoepli, 1885-1887-1890.

Submetido: 30/01/2020

Aceito: 12/03/2020

## **UNIDADE JURÍDICA EUROPEIA: UMA IDADE MÉDIA NO FUTURO PRÓXIMO?**

### **Resumo**

O presente artigo trata sobre reflexões quanto ao modelo jurídico medieval que vem inspirando ações na Europa atualmente. A utilização de modelos pré-fabricados demonstram o comodismo dos juristas, por isso se torna necessário refletir com maturidade sobre as mensagens que advém da experiência da Idade Média jurídica. Naquela época pode-se considerar que existia um direito sem Estado, por isso, questiona-se até que ponto as referências da civilização medieval tida como original pela sua historicidade única e onde o direito que se apoiava em fatos pode ser reproduzida nos dias atuais. Não há dúvida de que a Idade Média cumpriu sua natureza jurídica, contudo, importa enfatizar o aviso da sabedoria antiga, de que tudo tem seu tempo.

Palavras-chave: Idade Média jurídica. Pluralismo jurídico. Direito europeu.

## **EUROPEAN LEGAL INTEGRATION: A MIDDLE AGES IN THE NEAR FUTURE?**

### **Abstract**

This article deals with reflections on the medieval legal model that has been inspiring actions in Europe today. The use of prefabricated models demonstrates the comfort of jurists, so it is necessary to reflect with maturity on the messages that come from the experience of the legal Middle Ages. At that time, it can be considered that there was a stateless right, so it is questioned to what extent the references of medieval civilization considered as original by its unique historicity and where the right that was based on facts can be reproduced today. There is no doubt that the Middle Ages fulfilled its legal nature, but it is important to emphasize the warning of *ancient* wisdom that everything has its time.

Keywords: Legal Middle Ages. Legal pluralism. European law.