

# SOBRE O *IUS COMMUNE* PARA FRANCESCO CALASSO E SUA IMPLICAÇÃO PARA OS CONTRATOS<sup>1</sup>

VERA LUCIA VIEGAS<sup>2</sup>

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pós-graduada em Direito Internacional pela mesma instituição, especialista em "Direito de Integração" pela Universidade de Roma II "Tor Vergata" e professora de História do Direito e Direito Romano e Direito Internacional Público/Privado no Centro Universitário FIEO (Fundação Instituto de Ensino para Osasco), e de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Nosso objetivo aqui é apenas e tão somente tecer algumas considerações sobre o conceito de um fenômeno tão complexo, o *ius commune*, ou direito Intermédio - Direito da Idade Média - sob a óptica apenas de Francesco Calasso.<sup>3</sup>

Para tanto, vamos nos valer de um importantíssimo artigo de CALASSO, *Il concetto di Diritto Comune*, in *Archivio Giuridico*, 4<sup>a</sup> série, Vol. XXVII, Modena, 1934 - XII, pp. 59-97.<sup>4</sup>

Inicialmente vamos delimitar o *ius commune*, tentando visualizar seus componentes bem como a relação entre esses elementos que o compõem.

Vamos então ao conceito do *ius commune*.

## O conceito de Direito Comum

Inúmeras dificuldades são encontradas na tentativa de conceituar o *Ius Commune*. Os historiadores do Direito consideram pressuposta a noção de Direito Comum - também denominado de Direito Intermédio - e não a discutem propositadamente.

Há também dificuldades de caráter metodológico: ao estudarmos o *Ius Commune* temos que submergir naquela conjuntura, a da Idade Média. Não podemos enfocar um fenômeno medieval, localizado numa determinada conjuntura histórico-cultural, com os olhos de hoje, com o instrumental moderno, com as categorias e institutos hodiernos.

<sup>1</sup> Trata-se de texto apresentado em Pelotas - RS, por ocasião do VI Colóquio Ítalo-brasileiro de Direito Romano, realizado em setembro de 1999, organizado pela Universidade Federal de Pelotas e pelo Centro per gli Studi su Diritto e Sistemi Giuridici del C.N.R. - Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano, em Roma.

<sup>2</sup> Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pós-graduada em Direito Internacional pela mesma instituição, especialista em "Direito de Integração" pela Universidade de Roma II "Tor Vergata" e professora de História do Direito e Direito Romano e Direito Internacional Público/Privado no Centro Universitário FIEO (Fundação Instituto de Ensino para Osasco), e de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

<sup>3</sup> Não é nosso objetivo aqui tratar do conceito, para a doutrina, de *ius commune*, mas sim desse conceito apenas para CALASSO, por ter sido este, justamente, o histórico do direito que iniciou o estudo doutrinário cientificamente sério da problemática do *ius commune*.

<sup>4</sup> Tal artigo foi republicado em *Introduzione al diritto comune*, reestampa, Milano, Giuffrè, 1970.

Para analisarmos o Direito Comum temos que respirar o ar daquela própria época, para não chegarmos a conclusões ou analogias descabidas.

Imbuídos desse espírito, podemos então considerar que, naquela época, desde o redescobrimto do Direito Romano até as codificações modernas, existem oito séculos de história jurídica, logo, o conceito de Direito Comum não é estático e apriorístico: sofreu a repercussão das mudanças ocorridas nesses oito séculos, até porque há notórias diferenças político-jurídico-sociais entre a Alta Idade Média e a Baixa Idade Média.

Esse dinamismo dificulta ainda mais uma tentativa de conceituar o Direito Comum.<sup>5</sup>

Com o limiar do período histórico “Idade Média” surgem novos atores sociais, que darão origem justamente, ao lado do próprio Direito Romano redescoberto, aos principais componentes do Direito Comum, quais sejam: o direito estatutário, o direito feudal, e o direito canônico, como se verá.

Vamos tratar, brevemente, de cada qual desses componentes do *ius commune*.

Apenas exemplificando, devemos considerar que as condições políticas dos vários territórios itálicos mudam profundamente. Na Itália setentrional e média encontramos o fenômeno *dei Comuni* e na Itália meridional há a fusão de elementos étnica e politicamente diferentes numa maciça unidade que perdurará até o século passado: o Reino de Sicília. [CALASSO, 1934:62]

Todos estes novos atores, estes organismos jovens, necessitaram de regulação própria, para os quais não bastava o Direito Romano.

Essa multiplicidade de legislação particular se reproduziu no interior de uma unidade política, como se verá.

As corporações surgem porque as classes sociais se diferenciavam nitidamente e essas corporações foram a expressão jurídico-política destes interesses diversos. São conhecidas as Corporações de ofício medievais e sua repercussão para o Direito Comercial.

CALASSO afirma que há sim o que se pode chamar de “corpo de normas” para cada qual desses novos atores medievais, mas, como bem acentua o prof. CALASSO:

*Ma sopra tutte le legislazioni particolari, che divennero sempre più complesse e si moltiplicarono vertiginosamente, restava sempre l'antico, diritto di Roma al suo posto di preminenza, come legge generale, diritto comune.*<sup>6</sup>

Fica claro aqui, portanto, que neste momento, o “direito comum” a todos estes novos sub-ordenamentos, identifica-se com o próprio Direito Romano.

Enquanto havia uma unidade política e um ordenamento jurídico, multiplicavam-se as legislações particulares, mudavam os ideais políticos.

*Come sopra tutte queste legislazioni particolari c'era il diritto di Roma, così sopra tutte le unità politiche c'era l'Impero: quel l'Impero ricostituitosi sotto Carlo Magno, che fu universale, perchè si disse sacro, e legittimo, perchè si ritenne romano. Era la più*

<sup>5</sup> Encontramos também métodos diferentes das diferentes escolas que se foram sucedendo.

<sup>6</sup> [CALASSO, 1934:62].

*grande credità che l'alto Medio evo così detto romano-barbarico trasmetteva all'età nuova che si era schiusa col Mille.*<sup>7</sup>

O Império renovado era a *orbis romanus* e o *Princeps* era o *dominus mundi*.

Ora, no conceito de Direito comum está toda essa evolução histórica. Esse conceito não pode ser destacado desse fundo histórico relativo à consciência medieval, alterada profundamente nos séculos.

As raízes do Direito comum se fundam na Alta Idade Média e um de seus aspectos mais característicos é o princípio da personalidade do Direito: *ut unusquisque homo suam legem pleniter habeat conseruatam*. [CALASSO, 1934:65].

O direito era inerente à pessoa, não ao território. A mais importante aplicação desse princípio foi feita pelos bárbaros em favor da população itálica, regida pelo Direito de Roma.

O Direito Romano era muito mais desenvolvido que o Direito dos bárbaros. Estes não o compreendiam mas o invocavam.

O Império compreendia toda a urbe romano-cristã, conceitualmente universal como o domínio da Igreja de Cristo. Os dois domínios coincidiam e se integravam: não se podia pensar num sem o outro.

O Império se estendia a todo o povo da cristandade e como o Império era único, também o direito deveria ser único. Mas não foi bem assim, já que havia o princípio da personalidade.

Os novos regentes do Império se declaravam sucessores do antigo. Assim, difundiu-se *nelle conscienze l'idea che il vecchio diritto di Roma era, il diritto non di questo o quel popolo, ma di tutti i popoli del Sacro Romano Impero, ou seja, homines cuncti sub uincolo Romanae legis consistentes, lege romanorum decretum est in orbe terrarum, per orbem circumquamque diffusa*. [CALASSO, 1934:66].

O direito bárbaro, como é sabido, vem muitas vezes interpretado com o auxílio do Direito Romano, já que a lei romana é *lex omnium generalis*. [CALASSO, 1934:66].

Mas o princípio da personalidade do direito deu lugar ao antigo sistema do direito territorial, devido à vida econômica mais ativa, intensificação das relações entre os povos, o voltar-se do poder do Estado contra as forças centrífugas, fusão progressiva dos grupos étnicos heterogêneos viventes sob o mesmo solo, ...

Qual a repercussão para o Direito Romano da passagem do princípio da personalidade para o da territorialidade?

Com essa passagem, a *lex romana* não era definitivamente afastada, mas ao contrário, ganhava rapidamente terreno, como a lei mais difusa e como a única que regulava todas as relações humanas e estendia potencialmente a sua autoridade a todos os territórios do Império.

Finalmente, nesta unidade política ideal, a unidade do Direito começava a se impor como uma necessidade: *unum jus, cum unum sit Imperium. Lex romana: omnium humanarum mater legum*. [CALASSO, 1934:68].

Encontramos exemplos para os quais aplicava-se indistintamente o Direito romano quer aos romanos, quer aos longobardos.

<sup>7</sup> [CALASSO, 1934:63].

\*\*\*

Mas e o conceito de Direito comum? A delimitação desse conceito seria impossível se não houvessem outros conceitos a ele contrapostos e relacionados, e conceitos perante os quais o Direito comum tenha autonomia. Mas tratam-se de conceitos elásticos, relativos e contingentes; não absolutos e aprioristicamente determinados.

No sistema do Direito Romano encontramos a terminologia *jus commune* significando genericamente a norma que em determinada matéria vale para todos, contrapondo-se ao singular, que só vale para alguns, v.g., *jus militare* se contrapondo ao *commune jus civium romanorum*. [CALASSO, 1934:71-72].

No sistema romano não há um significado técnico para a expressão *ius commune*. Para a Escola de Bolonha significava pura e simplesmente o Direito romano justinianeu.

Também a dogmática hodierna possui uma noção de direito comum, também conceituado não de modo unívoco, mas em contraposição a outros conceitos: com relação ao território, é direito comum o que vigora sobre determinada matéria, sob o território do Estado considerado como um todo, em contraposição ao direito local ou particular, vigente só em algumas partes desse mesmo território, para a mesma matéria.

Ou ainda poderíamos identificar o Direito Comum analisando o fundamento e escopo da norma: direito comum seria a norma apoiada nos princípios gerais de direito e com destinação universal.

Mas aqui não nos interessa tanto o direito atual. A espinha dorsal do conceito que ora se tenta clarificar é antes a elaboração da doutrina medieval, época em que os conflitos entre normas coexistentes e outras oriundas de ordenamentos jurídicos diversos, reciprocamente relevantes, eram muito mais frequentes do que em nossa época.

Os glosadores enxergaram o conceito mas se limitaram a considerá-lo em sua simplicidade linear. Ao afirmar o *unum jus* do *unum imperium* enxergaram o núcleo central: o Direito Romano era o Direito Comum e portanto, logicamente único, exatamente por ser o Direito do Império, considerado como ponto de convergência de povos diversos que reconheciam a mesma autoridade superior. Essa unidade seria um ente que, não obstante composto por diversas partes, destas se destacava, sendo diverso delas (dicotomia de abstração jurídica). [CALASSO, 1934:73-74].

Os glosadores não se aprofundaram devido ao método por eles adotado: severamente exegético, limitando a liberdade e elasticidade de pensamento sobre um problema estritamente ligado à nova realidade vivida pelos próprios glosadores. Essa realidade era politicamente multiforme e instável.

Os glosadores afirmavam a universalidade do Direito Romano mas consideravam o Império uma abstração jurídica, uma unidade que permanecia como tal ainda se algumas partes se desvinculassem voluntariamente e algumas partes eram de fato desvinculadas, mas a Glosa as declarava todavia súditos. Essa vontade unilateral de desvincular-se podia apenas criar uma situação de fato mas juridicamente havia um único Império e também por isso um único direito (*unum Imperium; unum jus*).

Isso pode ser verdade sob o aspecto da lógica abstrata, mas longe da realidade viva.

Assim, aos glosadores faltou a base na qual se apóia um problema fundamental, fechado no conceito do Direito Comum: o problema da validade do *ius proprium* (normas emanadas dos inúmeros organismos políticos havidos na órbita do Império, criadas segundo as suas próprias necessidades particulares) perante o Direito Romano entendido como Direito Comum.

O problema é saber qual a posição e o valor de todos os outros direitos, perante o direito comum e que concorrem com este na regulação das relações da vida cotidiana.

Esses direitos diferiam quanto à origem, natureza e importância. Eles eram os direitos pré-existentes: o franco-longobardo e o feudal, heranças havidas de uma época já concluída.

Apenas para exemplificar, em alguns territórios houve o senhorio do direito germânico sem contrastes e senhorio ainda depois do renascimento do Direito Romano. O direito longobardo vigorava numa vasta zona do Sul da Itália. Mas uma corrente de intérpretes negava ao direito longobardo o caráter de *lex*. [CALASSO, 1934:75].

Isso porque *lex* seria a *sanctio* emanada da *imperatoria majestas*, sendo, por isso, sacra. Direcionava-se a todas as partes *Imperii* e seria *in omne aevum ualitura*. Só pode emanar do imperador. [CALASSO, 1934:76].

A peculiaridade ocorrida especialmente no Sul da Itália, onde havia cidades com alguns habitantes regidos pelo Direito Romano e outros, pelo Direito longobardo, torna mais delicado definir teoricamente as relações entre o Direito longobardo e o Direito Romano.

Para CALASSO, o Direito longobardo perante o Direito Romano era sempre um direito especial – *jus speciale* – do mesmo modo que o *jus Francorum*. O direito longobardo era mais importante que este último, mas o Direito Romano a eles se impunha sempre: aplicar-se-ia o Direito Romano naquilo que não fosse regulado pelo direito longobardo.

Assim, para o Autor é errônea a afirmação de ser o Direito comum no sul da Itália, o direito longobardo. [CALASSO, 1934:77-78].

\*\*\*

Além disso, um outro importante sistema de normas concorrentes com o Direito Romano e também muito longe de seu espírito, era o Direito feudal.

Esse direito tinha uma dupla derivação: em parte, de constituições imperiais (título que legitimava os glosadores a estudar tal direito) e em parte, de costume: prática judiciária e a própria jurisprudência.

Pela natureza destes elementos, a posição teórica do direito feudal frente ao Direito romano é mais simples que a do direito longobardo.

As Constituições Imperiais, sem dúvida, eram leis. Já quanto ao costume, se o costume feudal contrariasse o Direito Romano, prevaleceria o costume mas o Direito Romano continuava em vigor como Direito comum também em matéria feudal, nas ocasiões para as quais não houvesse essa norma especial.

Ademais, recorre-se ao Direito romano para interpretar o Direito feudal.

Há ainda um terceiro elemento que deve ser analisado: o direito canônico.

Os glosadores não opuseram resistências ao Direito germânico e ao Direito feudal, estudando-os largamente, fato que não ocorreu com o direito canônico e a legislação estatutária dos comuns.

O direito canônico que inicialmente destinava-se apenas ao foro da consciência, ampliou a sua esfera de ação, abarcando relações de direito civil, trazendo modificações profundas. A prática já reunia os dois direitos, o canônico e o civil.

Os civilistas relutaram em considerar o direito canônico; iludiam-se acreditando que nos textos romanos já havia tudo e para eles a *vera philosophia* era a *civilis sapientia*. Recorriam sempre ao Direito Romano para interpretar o Direito canônico.

Na época dos glosadores o estudo do Direito Romano e do Direito canônico eram estranhos um ao outro e não houve preocupação doutrinária em definir as relações entre esses dois direitos.

Também com grande desconfiança os Glosadores olharam para esta outra não menos importante fonte de normas concorrentes: a legislação estatutária comunal, que principalmente no século XIII na Itália setentrional e média estava no seu máximo desenvolvimento.

Havia aqui o problema do *ius nouum*, que se afirmava de frente ao Direito Romano e em contraste com este.

O fundamento deste novo Direito era obscuro e incerto já que era um dogma considerar que só o Imperador pode criar leis novas. Como conciliar a realidade inegável com a letra dos textos romanos?

O Digesto (II, 2, 1)<sup>8</sup> refere-se ao magistrado que estatui *nouum ius*, somente *legem specialem*. Esse argumento foi utilizado para superar a antinomia gerada pelo dogma do príncipe ser o único criador de leis gerais.

Mas a própria Glosa que nos traz isso adverte que esse texto se refere aos tempos antigos. Logo, a tentativa de conciliação caía.

\*\*\*

Os Comentadores quebraram aquela moldura de ferro na qual os glosadores haviam colocado os textos romanos, plenamente convictos de que a *lex scripta in corpore juris* fosse norma viva e intangível. [CALASSO, 1934:87].

Já os glosadores, presos à letra da lei, não tinham demasiada liberdade e elasticidade de pensamento. Os comentadores, por sua vez, procurando penetrar dialeticamente no íntimo do espírito das normas, acabam na verdade por esquecer o texto.

Os Glosadores se interessaram muito pelo direito germânico, já os comentadores negavam-lhe a qualificação de direito.

Os glosadores desprezaram o direito canônico, mantendo-se longe deste, enquanto que os comentadores sentiram-lhe toda a sua importância e dedicaram-se a ele.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Apud CALASSO, 1934:83.

<sup>9</sup> Os canonistas, menos vinculados aos textos romanos, exegetas de um direito criado por um legislador contemporâneo, mantiveram-se mais aderentes à vida. [CALASSO, 1934:87].

Houve gradual aproximação do direito canônico ao civil, e por fases: primeiro assinavam as *contrarietates* e depois as *concordantiae*. [CALASSO, 1934:88].

Por detrás dos dois ordenamentos jurídicos havia conceitos totalmente desvinculados e ao mesmo tempo estudavam-se as relações recíprocas.

Por outro lado, tanto o direito canônico quanto o romano eram entendidos como *commune jus* e realmente existiam os pressupostos para tanto: o direito canônico era o direito da Igreja, a qual estendia o seu domínio espiritual *per fines Imperii*, universal como o Império-romano-cristão. Os civilistas declaravam o Imperador *dominus mundi* e os canonistas afirmavam *conditori canonum omnis creatura subdita*. Logo, pela sua natureza, o direito canônico oferecia argumentos para sobrepor-se ao direito comum civil: o Decreto de Graciano afirma que a lei dos Imperadores não estão acima da lei de Deus, mas abaixo. [CALASSO, 1934:88].

Por serem os dois direitos – o canônico e o civil comum – ambos conceitualmente *communia*, a questão da relação entre ambos praticamente se resolve ao considerarmos, no foro laico, a preferência ao direito canônico nas matérias espirituais e o recurso ao direito comum civil, ao passo que no foro eclesiástico se aplicava o direito civil, naquilo que não fosse contrário à Igreja e *ai canonii*.<sup>10</sup>

Com essa aproximação do direito canônico ao civil houve prodigioso progresso da doutrina em frente à questão do direito novo. Isso está entre os fatores fundamentais da evolução jurídica desse período.

Houve também uma outra transformação da doutrina, não menos profunda, diante do princípio – base do sistema publicístico medieval – do Império Universal e de seu chefe como único criador do Direito.

Esse princípio, indiscutível como um dogma, teve sua crise assinalada pelo século XIV; novas orientações da doutrina publicística se foram determinando, refletindo fortemente sobre todo o sistema de Direito.

Sobre esses reflexos, convém mencionar que a estrutura política medieval compunha-se de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos: o Império, mais vasto, e os entes menores: monarquias, agregados senhoris, comuns, corporações. Estes entes menores constituíam o maior, que sobrepunha-se aos mesmos, fechando-os na sua órbita.

Não obstante o título jurídico dessa subordinação – a *ratio Imperii Romani* – permanesse teoricamente sempre imutável, o grau da subordinação dos ordenamentos jurídicos menores ao Império foi visto diversificadamente pela dogmática.

Para os Glosadores, essa questão não se colocava porque a idéia de Império Universal foi rígida e profundamente sentida; não levaram em consideração a personalidade jurídica desses entes menores. Apenas Roma era a *civitas per excellentiam*; o Império sintetizava-se no nome de Roma.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> | *canoni affermano ancora che alle leges terreni imperii era lecito ricorrere in adiutorium*. [CALASSO, 1934:88].

<sup>11</sup> CALASSO, 1934:89.

Mas já na segunda metade do século XIII e ainda mais no curso do século XIV, há um reordenamento de idéias na doutrina. Isso principalmente por causa:

- da consolidação da posição política desses ordenamentos menores,
- do diverso orientamento metodológico da nova escola dos Comentadores.

À unidade apenas ideal do Império sobrepe-se a realidade de *regna e civitates* existentes livremente, com normas e órgãos próprios, geralmente até de fato ignorando o Império. Havia a necessidade de definir esta realidade, de enquadrá-la no sistema.<sup>12</sup>

A nova doutrina assume essa tarefa, conseguindo conciliar, com grande esforço de pensamento, a realidade viva com a tradicional idéia de Império Universal, da seguinte forma:

– reafirmou imutável o princípio do Imperador como *dominus mundi*, mas ao mesmo tempo reconheceu aos ordenamentos menores – que continuavam sujeitos ao Imperador – o exercício, dentro dos próprios confins desses ordenamentos menores, do mesmo poder que o Imperador exercitava sobre todo o Império, ou seja:

- considerou pequenos impérios dentro do Império.

Há aqui o problema da legitimação e coordenação do *jus proprium* desses ordenamentos particulares com o *unum jus* do Império.

Os Glosadores não tinham maturado uma solução para o problema dos direitos particulares.

O problema da posição jurídica dos ordenamentos menores de frente ao Império estagnou-se diante da tradição. Conseqüentemente, o conceito de Direito Comum era rígido, coincidindo com o Direito do Império Único, no qual o *jus proprium* dos ordenamentos menores não encontrava espaço.

Mas seria injusto não considerar que algumas idéias, ainda que em forma de tendências, dos Glosadores, geraram frutos com os Comentadores. Exemplo disto foi a maior largueza de consideração do costume, feita pelos Glosadores. Tal largueza foi também considerada pelos Comentadores para a análise dos estatutos, já que os estatutos foram aproximados ao costume.

\*\*\*

Com o esforço da doutrina em reconhecer o complexo do Direito Novo – os Direitos particulares – e com uma posição cada vez mais nítida deste Direito Novo diante do DR<sup>13</sup>, conseqüentemente o conceito de Direito Comum foi substancialmente transformado.

O Direito Novo – cuja legitimidade diante do Direito Comum foi por muito tempo duvidada pela doutrina – é agora, ao contrário, definido como *jus commune in loco ubi viget*.<sup>14</sup>

Durante muito tempo a doutrina permaneceu incerta quanto à possibilidade dos Direitos Particulares derogarem o Direito Comum, que era, por excelência, o *jus civile*. Posteriormente, ao contrário, o DR, restando sempre o Direito por excelência, não é mais

---

<sup>12</sup> CALASSO, 1934:90.

<sup>13</sup> Vide CALASSO, 1934:pp. 91-95.

<sup>14</sup> CALASSO, 1934:95.

entendido como Direito Comum no sentido rígrado e fechado dos Glosadores, mas sim como Direito Comum Subsidiário.<sup>15</sup>

Enquanto, de início, a palavra *jus* designava por antonomásia o DR, agora, ao contrário, acende-se na Doutrina a disputa, se pela palavra *jus* entende-se o *jus civile commune* ou o *jus statutarium*.

*Il concetto di diritto comune aveva mutato la sua sostanza.*<sup>16</sup>

A evolução, assim, é nítida, por meio de uma doutrina que soube olhar a própria vida, com suas formas em mutação, conseguindo enquadrá-la na tradição, sem deturpá-la.

Assim, o Direito Comercial pode desenvolver-se sob bases novas, pouco aderentes ao DR, já que a matéria, pela sua natureza, não podia adaptar-se às categorias jurídicas tradicionais, nas quais não havia as exigências da rápida vida negocial.

Por obra da doutrina e da prática, foi possível falar-se em *Diritti comuni regionali - napoletano, toscano, piemontese, dello Stato della Chiesa, ecc.*<sup>17</sup>

O Direito Comum não era nem ao menos um conceito unitário.

De cada um desses sistemas regionais de Direito Comum não tardou a nascer as codificações dos vários Estados italianos e ainda o Código Civil da Itália unificada.

Desse século originou-se o Direito Moderno.

O Direito dos textos de Justiniano, elaborado pelas escolas italianas, varreu os Alpes e os mares, sendo recebido por povos distantes, de diversas estirpes e tradições, e foi para todos o Direito Comum.<sup>18</sup>

Os jurisconsultos romanos clássicos distinguiram *jus civile* do *jus gentium*, mas o destino fez com que Roma se tornasse a *civitas* por excelência, a dominadora espiritual da *urbs* romano-cristã, e o seu Direito, transformado por uma secular elaboração e tornado *jus commune*, apareceu realmente como o *jus gentium* da célebre definição de Gaio: *quasi quo jure omnes gentes utuntur*.<sup>19</sup>

.....

Nos referimos a um período histórico - A Idade Média - complexo, de transição, justamente porque está entre a existência de um fortíssimo Império Romano de outrora, passando pelo posterior Sacro Império Romano Germânico, atingindo, finalmente, a passagem para a formação dos Estados Nacionais e o movimento de codificação.

O pano de fundo das codificações modernas é justamente o *ius commune*, daí sua importância hoje para as questões de harmonização legislativa que implicam em aproximação dos diversos Códigos Nacionais.

Além dessa utilidade hoje do estudo do Direito Comum, há também o seu auxílio para a melhor compreensão do Direito Moderno.

---

<sup>15</sup> CALASSO, 1934:96.

<sup>16</sup> CALASSO, 1934:96.

<sup>17</sup> CALASSO, 1934:97.

<sup>18</sup> Para BALDO a expressão *jus commune* designava além do direito civil, também o *ius gentium*, vide CALASSO, 1934:97.

<sup>19</sup> CALASSO, 1934:97.

Por já termos nos alongado demasiado, vamos apenas ilustrar aludindo ao conhecido desenvolvimento do princípio da boa fé, feito pelo direito canônico, e sua repercussão para o direito contratual moderno, enquanto princípio basilar dos contratos.

No mesmo sentido, o princípio da *correttezza* do direito italiano que pode sim encontrar um seu desenvolvimento no direito canônico.

E ainda dentro da matéria contratual, notório desenvolvimento feito pelo direito canônico é a própria admissão do consensualismo, o princípio *pacta sunt servanda*, encontrado hoje até mesmo também na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, no Art. 26.

Como é sabido, o antigo *ius civilis*, direito dos cidadãos romanos, era extremamente formalista, havia um apego excessivo à forma.<sup>20</sup>

É famosa a passagem de Gaio advertindo para o risco de perda do litígio daquele que ao invés de pronunciar o vocábulo genérico *arbores*, exigido na Lei das XII Tábuas, pronunciasse, num caso de corte de videiras, o vocábulo *vites*.

Exemplos de contratos solenes no direito romano antigo é o *nexum* (o mais antigo), a *stipulatio* (na época clássica é um diálogo formal entre credor e devedor: v.g. *Spondesne mihi centum? Spondeo*),

O formalismo do *ius civilis* fez com que só após o pretor Otávio pudessem ser invalidados atos praticados sob coação: antes entendia-se que, mesmo coagido, quis, manifestou-se externamente, com a devida observância da forma prescrita, o ato é válido.

Sabe-se que as fontes das obrigações para Gaio eram apenas os contratos e os delitos, posteriormente, para o mesmo Gaio, passaram a ser contratos, delitos e outras causas, e finalmente chega-se à divisão quadripartida de Justiniano: são fontes das obrigações os contratos, os delitos, os quase-contratos e os quase-delitos.

Quanto aos contratos consensuais, que são os que ora nos interessam, apenas os quatro conhecidos tinham força obrigatória: a compra e venda, a locação, a sociedade e o mandato.

Acordos outros entre as partes, fruto do mero consenso, desprovidos de uma *causa civilis*, não tinham força vinculatória. Como bem afirma Paulo, *ex nudo pacto non nascitur actio* (Sentenças, 2, 14) e Ulpiano: *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* (D. 7, 4, 2, 14).

Sabe-se também que houve sim atenuações ao formalismo ao longo dos diversos períodos do Direito Romano, mas também não se pode negar o grande desenvolvimento gerado pelo direito canônico à imposição do consensualismo, comprovando assim a importância do estudo do direito intermédio no campo do direito das obrigações.

---

<sup>20</sup> A forma era muito importante para o povo romano, tanto no direito quanto na religião, na política, nas festas.