**À procura da ordem jurídica medieval ©**

**Paolo Grossi**
Professor Catedrático (*ordinario*) na Faculdade de Direito
da Universidade de Florença (Itália)

## I. Historicidade do direito medieval. O direito medieval como experiência jurídica

I

dade Média, *media aetas* – como bem se sabe – é uma terminologia substancialmente depreciativa de origem renascentista que realça uma idéia fundamental: trata-se de uma época (e de uma civilização) transitória, entre dois momentos básicos da história humana, o clássico e o moderno, e que, como todo tempo de transição, é contrastado por uma debilidade intrínseca, por uma não-autonomia de valores, e, portanto, inútil e, por isso mesmo, carente de interesse. Idéia vinculada a uma maniqueísta e artificiosa, que há tempos os historiadores da sociedade e da cultura se apressaram a desfazer, idéia além do mais totalmente falsificadora. Aquela idade, abarcando aproximadamente um milênio completo, tem certamente vitalidade e força para construir pedra por pedra uma arquitetura sócio-econômica e cultural de linhas sólidas e originais, de tal modo que o termo evocativo de fragilidades inatas vem indicar-nos torpemente, ao contrário, um tempo resistente na história ocidental.

No interior de seu campo específico de observação é testemunha disto até mesmo o jurista: "Idade Média" significa para ele uma presença estrutural e sapiencial peculiar e incisiva, uma experiência desenhada com traços de tipicidade vigorosa, que fazem do direito da chamada idade intermédia um planeta edificado sobre cimentos autônomos e distinguível por uma historicidade sob o signo da descontinuidade. Falei de experiência jurídica: não se trata de um vocábulo casual. Adotando uma locução cunhada pela recente reflexão filosófico-jurídica italiana tentou-se concretamente chamar a atenção para um modo peculiar e autônomo de conceber, sentir, viver o direito; referida à Idade Média, tentou-se ressaltar que, para o jurista, esta idade possui limites que não são efêmeros nem convencionais, mas constituídos por uma mesma experiência, isto é, por formas de vida e por representações simbólicas completamente unitárias.

Mas de onde tira sua originalidade e, portanto, sua autonomia esse planeta jurídico, captada mais da sincronia de suas forças que do *continuum* diacrônico das civilizações jurídicas precedentes e sucessivas? É esta, concretamente, a pergunta a que tentarei dar uma resposta sumária na lição e hoje.

## II. Tipicidade do direito medieval: *faticidade*, fatos normativos, fatos normativos fundamentais

Eu não teria a menor dúvida em descobrir o primeiro traço distintivo na circunstância decisiva segundo a qual aquele planeta jurídico encontra suas próprias fontes em dois vácuos históricos que permanecem como tal, que ou não se preencherão ou que se preencherão tarde demais. A partir do século V no Ocidente a queda da civilização romana leva consigo a duas destruições gravíssimas: a da cultura jurídica e a da estrutura estatal romana, à qual estava simbioticamente unida.

O naufrágio do Estado romano significa o desaparecimento – pelo menos substancialmente – de um poder político absolutamente completo, que pretendera exercer um controle eficaz do social e que, concebendo o jurídico como baseado essencialmente neste último, estendera inclusive uma minuciosa rede de vigilância sobre o mesmo, convertendo-o em um precioso *instrumentum regni*. Esta encarnação tão intensa do político é substituída na Idade Média por experimentos mais diversos: império, reinos, principados laicos e eclesiásticos, repúblicas oligárquicas e democráticas, todas, porém, contrastadas por um poder político tão incompleto que, a meu juízo, torna incorreta, ou pelo menos equívoca, aquela noção de Estado a que exageradamente concedêramos em nossa mente uma plenitude tão perfeita e que, aplicada à Idade Média, torna-se vítima de grave anti-historicidade. Plenitude de poder não significa efetividade (o tirano medieval a possui no grau máximo); supõe antes um poder que aparece como máquina perfeita e como aparelho capilar, em função de um controle total da sociedade, mas que sobretudo (significa) uma psicologia onicompreensiva e totalizadora sobre a qual contempla e lhe interessa tudo o que é inerente ao social. Naturalmente, em primeiro lugar, o direito, como no caso do Estado romano e do Estado burguês moderno. Não é assim na civilização medieval que, atravessada e dominada por forças erosivas tais como a Igreja romana e o *germanismo*, não se deu conta – nem poderia dar-se – da urgência de preencher o vazio estatal, e deixou que se assentassem em seu seio formas bastante inacabadas de poder político, manifestadas em uma figura de príncipe que não se identificava com a função de criação do direito, que produzia aquele pouco direito necessário que se destinava imediatamente à organização do modesto aparato público, que considerava irrelevante, para o exercício dos próprios poderes a ordem jurídica da vida cotidiana. Acresça-se a esta lacuna o vazio cultural: ausência de uma reflexão científica e presença ativíssima de uma multidão de práticos – notários e juízes, mas especialmente notários – sensíveis aos interesses econômicos emergentes, mas insensíveis e incapazes com relação a 'inúteis' construções teóricas.

No interior desses vazios – que permanecerão nas mesmas condições, o primeiro até o fim da Idade Média, e o segundo até o fim do século XI – emerge e se configura, lentamente mas com linhas cada vez mais nítidas e firmes, a tipicidade do direito medieval, um direito que se constrói sob o signo de uma faticidade exasperada. Faticidade quer dizer que uma vez desaparecido o velho controle exercido pelo Estado e pela ciência, anula-se a discriminação entre simples fato e direito; que os fatos – inicialmente dirigidos, desenvolvidos, coartados por modelos propostos por uma autoridade central – reconquistam uma liberdade quase ilimitada; já não existe o Estado para depurar e qualificar, ou uma ciência que concentre em conceitos depuradíssimos; não existe mais uma vontade suprema que libere um evento do seu exílio de irrelevância para milagrosamente conferir-lhe o caráter de juridicidade. Agora entre fato e direito, no vazio que se criou, existe uma osmosis ininterrupta.

Se o ordenamento jurídico pode ser comparado imaginariamente a uma rede depuradora, se o ordenamento jurídico clássico e  o legalismo formalista moderno apresentam-se como uma rede de malhas muito compactas, então – durante esses primeiros séculos medievais – as malhas se relaxaram completamente e o direito torna-se direito sem que exista um poder para adjudicá-lo, mas em virtude de sua própria força. É necessário, porém, estar atentos: se quisermos atribuir um conteúdo historicamente válido a esta noção de fato, não devemos recorrer mentalmente ao 'fato' de que falam os modernos teóricos do direito, que já é um fato jurídico, dentro de uma colocação voluntarista que não faz senão confundir-nos. Havemos de entender por fato, ao contrário, uma entidade de natureza física e social que, sem abandonar sua própria condição de fenômeno primordial, já é, apesar de tudo, intrinsecamente direito, contendo em si uma potencialidade jurídica destinada a manifestar-se e a incidir na experiência histórica.

A Idade Média jurídica tem suas origens exatamente no clima de intenso naturalismo que domina o Ocidente a partir do século V. A natureza das coisas físicas e sociais, já não reprimida nem temperada, pretende conter em si a norma jurídica e atribui aos fatos, aos fatos primordiais nos quais trabalhosamente se desenvolvem os homens durante sua vida terrena, a função de protagonistas da ordem jurídica. Se por um momento prestarmos atenção ao panorama histórico oferecido por aqueles séculos, a corrupção política, a desordem social, a crise demográfica geral, a penosa e cansativa sobrevivência cotidiana, a natureza das coisas físicas e sociais apresenta-se-nos com sua frugalidade meta-humana, como a única certeza, a guia única e, como tal, a única fonte normativa.

Factualidade do direito significa a intenção desesperada de poder encontrar uma estabilidade, além do convencional e do artificial, num mundo simples de fatos que o indivíduo respeita com absoluta humildade. Sem presunção, inclina-se perante as coisas – ante uma realidade misteriosa e indômita, mas forte – para tentar decifrar a mensagem que

dela procede desde o início dos séculos.

É um início sob o signo da descontinuidade: é nova a incandescência dos fatos sociais e econômicos e é nova a consciência e o sentimento que se tem da natureza cósmica; com esses fatos novos, com essa consciência, mede-se a imagem da nova ordem. Desse modo rejeitam-se as manobras mais estéreis destinadas a interrogar-se se o novo pode ser análogo a atitudes pré-clássicas ou mesmo pré-romanas, e entre as manobras mais arriscadas, as que tendem a descobrir – mais com espírito de histologista do que de historiador – 'elementos' romanos, germânicos, orientais.

A Idade Média jurídica nasce com o naufrágio de uma civilização, do modo como se reagiu diante dessa queda, percebendo-a com os fatos concretos daquele tempo, com a consciência concreta que se possuía então de tais fatos. Afinidades, assonâncias com eventos mais ou menos distantes, mas estranhos àquela *koiné* histórica, não têm sentido senão na fantasia de alguns pesquisadores; o importante é o desabrochar, sem qualquer dúvida escasso e fragmentário de início, de um novo modo de conceber e viver o direito, de uma nova experiênia, de novas figuras factuais que correspondem a demandas contingentes, não a alterações ou deformações de velhas imagens (talvez clássicas), mas antes a células precursoras de uma nova civilização, projetada em um itinerário que nasce então, mas que gozará de longa vida. Em suma, mais do que relíquias distorcidas do passado, presságio e antecipação do futuro.

É esse mesmo, a meu ver, o único ângulo de observação adequado para localizar com segurança histórica o assim chamado 'direito romano vulgar': já não um direito conceitualizado, já não reduzido a esquemas abstratos; já não a tessitura teórica ou ideológica que coage os fatos, mas, ao contrário, a eles se submete; no qual é notória a pobreza de projeto político; no qual rege o império de uma práxis liberta finalmente para poder regular juridicamente o social, tendo em conta a satisfação das necessidades cotidianas emergentes, com a única veleidade de satisfazer adequadamente as exigências econômicas dos sujeitos. Uma práxis que plasma à vontade figuras jurídicas, sem preocupar-se com modelos gerais de caráter político ou cultural já então sepultados, com a única finalidade de – desvencilhando-se da ordem estatal – de realizar a função que as partes desejem atribuir ao esquema proposto. Elementos essenciais desse esquema são, a partir de então, as sedimentações consuetudinárias que variam de lugar para lugar, de tempo em tempo, os fatos que se verificam em diferentes lugares e tempos.

Se para um olhar estético este mundo cheio de figuras torpes e grosseiras que assomam ao cenário ocidental pode parecer um 'retrocesso', olhos com maior enfoque histórico devem perceber a liberação do jurídico do vínculo condicionantes do poder político, a recuperação do jurídico como vestimenta adequada e familiar do social, quase uma realidade infra-

estrutural, surpreendida como se acha, na profundeza dos fatos. O que urge definir é um direito que não é a voz do poder e que não se compromete com o poder; que é, ao contrário, uma emanação de forças profundas que vão além e que se encontram por cima do mesmo poder.

Entre os muitos fatos normativos três merecem destaque por sua função cimentadora da nova ordem jurídica: a terra, o sangue e o tempo. Expliquemo-nos melhor, já que estou consciente de ter pronunciado palavras incomuns nos lábios de um jurista.

A terra como coisa produtiva por excelência, realidade complexa indomada e indomável, mas fonte de vida e garantia de sobrevivência, impressas, portanto, em seu seio normas originárias perfeitamente decifráveis por quem possuía olhos atentos e interessados; o sangue como realidade que estabelece um laço inseparável entre os sujeitos, dispensador entre eles de um patrimônio de virtudes, faculdades, funções, transmissíveis ao exterior; o tempo como duração, como martelar contínuo dos fatos que, prescindindo de toda contribuição volitiva humana, cria, extingue, modifica. Três fatores recheados de normatividade, três forças primordiais com um significado antropológico comum; minimizam a contribuição do indivíduo, do sujeito particular, elevando a situação de protagonistas da nova experiência a coisa, a natureza das coisas, o grupo.

## III. Tipicidade do direito medieval: imperfeição do indivíduo, perfeição da comunidade.

Protagonismo da coisa e pluralismo serão posições que caracterizarão, graças às ditas forças, a nova civilização jurídica. A terra é uma instituição forte que atrai os indivíduos, condiciona-os, instrumentaliza-os em virtude daquele objetivo absorvente que é a produção; cultivo e produção não se confiam ao indivíduo, mas ao grupo, familiar ou supra-familiar, e, verticalmente, à cadeia das gerações de grupos sucessivos; o sangue que no indivíduo como um insignificante líquido vermelho, adquire a função de signo e distinção, vinculado ao grupo, à família, ao agregado consorcial supra-familiar – e ainda mais além – à *natio*, ao grande grupo daqueles que descendem de um mesmo tronco e formam uma mesma estirpe; o tempo que, como duração, pode expressar-se no *continuum* das gerações, que anula o indivíduo como ponto dentro de uma linha; o tempo que, como a memória, encontra na coletividade seu confortável nicho. Terra, sangue e duração põe de manifesto a irrelevância social do indivíduo, sua imperfeição diante da perfeição da comunidade.

E nos encontramos diante de uma das manifestações mais tipificadoras da consciência medieval, agravada, por um lado, pela persistente desordem social que propunha os mais variados agrupamentos coletivos como indispensáveis caixas protetoras e, por outro, pelo protagonismo da Igreja romana, habituada a defender a salvação do indivíduo somente no

seio da comunidade sacra e a desconfiar de todo individualismo.

Manifestação constante, enquanto vinculada a profundas convicções antropológicas: a consciência nova que, nos primeiros e incertos confins do universo medieval, aflora nas páginas angustiadas e sublimes de Agostinho, apesar de todos os seus tormentos para conciliar natureza e Graça, está ligada por um fio contínuo e firme às páginas tranqüilas e serenas de Tomás que, no final não duvidou nem por um momento da autonomia e primazia do cosmos como conseqüência de uma *philosophia mundi* liberada pelo redescobrimento aristotélico. "Ista contextio creaturae, ista ordinadissima pulchritudo, ab imis ad summa conscendens, a summis ad ima descendens nusquam interrupta sed dissimilibus temperata": é a linguagem eficiente de Agostinho que, tendente ainda a projetar platonicamente o universo no seio de Deus, insiste – com frases esmeradíssimas – na *contextio creaturae*, em sua necessária introdução dentro de uma tessitura superior. Mais seguro e mais franco, Santo Tomás: "Dicendum est quod distinctio rerum et multitudo ex intentione primi agentis, quod est Deus. Produxit enim res in esse propter suam bonitatem communicandam creaturis et per eas repraesentandam. Et quia per unam creaturam sufficienter repraesentari non potest, produxit multas creaturas et diversas, ut quod deest uno ad reparesentandam divinam bonitatem, suppleatur ex alia: nam bonitas quae in Deo est simpliciter et uniformiter, in creaturis est multipliciter et divisim. Unde perfectius participat divinam bonitatem et repraesentat eam totum universum, quam alia quaecumque creatura." E ainda: "Ordo...rerum ad invicem est bonum universi. Nulla autem pars perfecta est a suo toto separata."

Peço desculpas pela extensão da citação latina, mas trata-se de textos muito mais esclarecedores que qualquer comentário: no final do século XII, resumindo quase que o sentido de uma reflexão plurissecular, o Aquinate insiste na primazia da ordem universal, uma primazia que se impõe em virtude da perfeição do todo com relação à imperfeição de cada individualidade particular. Certamente, em seu discurso a natureza foi despojada de todo véu simbólico-místico, conquistando a plenitude dos próprios valores, inclusive profanos; e certamente sua natureza é claramente diferente da de Agostinho, mas une-os um fio nítido e ininterrupto, e é o fio da consciência unitária da antropologia medieval, atravessada pela certeza de que o indivíduo como criatura imperfeita, impensável fora da ordem natural e social.

Se alguém objetasse que o discurso resulta puramente metafísico e, portanto, distante de nosso horizonte jurídico, teria o cuidado de acrescentar imediatamente que em Santo Tomás, construtor de uma sistematização total, obtém-se uma tradução imediata no âmbito social e do jurídico como dimensões de uma mesma unidade complexa: a relação *unus homo* - *communitas* é uma relação *imperfectum-perfectum*, até o extremo de que o "bonum proprium non potest esse sine bono communi vel familiae vel civitatis aut regni."

Um termo e uma noção afloraram com equivalente contundência no texto agostiniano e no tomístico: *ordo*, ordem; com um termo e uma noção semelhantes encontramo-nos no coração da antropologia medieval. Os direitos naturais e sociais, agora protagonistas, não constituem um aluvião de fenômenos desordenadamente empilhados uns sobre os outros, mas encontrando sua própria fonte na sabedoria divina , integram-se em uma harmonia que todos compartilham; a ordem é precisamente aquele tecido de relações graças ao qual um conjunto de criaturas heterogêneas reduz-se espontaneamente à unidade. A primazia ontológica A primazia ontológica da *totalitas* e da *multitudo* leva inelutavelmente à supervalorização do sangue, da terra e da duração como fatos normativos fundamentais; a *perfectio* de todo coletivo, como *totalitas* e como *multitudo* e a conseqüente imperfeição do indivíduo exigem que a *totalitas* e a *multitudo* se resolvam em um ordem; só dessa maneira a parte, o *individuum*, poderá contemplar sua função racionalmente reconduzida.

*Ordo, ordinare, ordinatio* são termos repetidos à saciedade nas páginas filosóficas, teológicas, místicas, como naqueles primeiros exemplos incertos de literatura poliglota que, a partir da época carolíngea, são os *specula principium*, como naquelas recopilações consuetudinárias  e nos textos normativos dos príncipes. *Ordo* parece de fato o símbolo de toda a antropologia alto-medieval: desde Agostinho que escreve "*de ordine*", uma pequena obra autônoma, e que – em famosa passagem do "De Civitate Dei" – considera o *ordo* como garantia de todos os diferentes graus da *pax*, até Santo Tomás, que faz do *ordo* o eixo central de sua Summa Theologiae, usando-o como instrumento para demonstrar a autonomia do cosmos, a despeito de sua dependência da criação . Diante da desordem que a vida cotidiana oferecia constantemente, aquela antropologia sente a exigência imperiosa de remeter-se a algo que esteja acima do cotidiano, a uma dimensão do físico e do social que capte as situações isoladas, nunca dependentes umas das outras, dentro de uma pluralidade, freqüentemente sistematizadas hierarquicamente em uma posição de relativa autonomia mas sempre em relação umas com as outras, cada uma pressupondo uma pluralidade à qual se acha vinculada por uma *relatio ad* indivisível, isto é o *ordo*: e fala-se de *duplex* e *triplex ordo,* surpreendendo a criação, a criação inteira, como um aumento de relações  que encontra no *ordo* supremo a relação *creaturarum ad Deum ,* a própria unidade e a consagração da própria perfeição ontológica.

## IV. O direito medieval como ordem jurídica: o costume como constituição

Em um mundo tão desordenado no plano superficial do dia a dia político, mas tão ordenado no mais profundo de seus fatos normativos fundamentais, é óbvio que se aninhe entre estes – e que somente se individualize no seu plano – a fonte criadora e configuradora do direito; é óbvio que a dimensão jurídica de um mundo tal seja sobretudo consuetudinária.

O costume, por mais de um motivo, devia ser identificado pois pela consciência jurídica;

como nos recorda o filósofo, inclusive se é o resultado de uma sucessão de ações particulares 'não é um ato ou um complexo de atos, mas é um fato natural que se desenvolve no tempo' e o fato deita raízes precisamente na repetição quase sempre inconsciente, durante muito tempo, de um certo comportamento. Não tem que ver com o indivíduo, já que não é o indivíduo o sujeito da memória e da duração, mas a pluralidade vertical e horizontal, a estirpe e o grupo; apenas no interior deles o indivíduo é conscientemente a célula da consolidação do uso. O costume origina-se debaixo e do particular: pode até expandir-se e generalizar-se, nasce, no entanto, de uma micro-coagulação coletiva e tende a impregnar de si as estruturas; porque é a voz de um grupo, tende a vincular-se com a coisa, a inscrever-se nela.

Expressa, em suma, o âmbito jurídico dos fatos fundamentais do sangue, da terra, do tempo. Coralidade* e realidade são seus valores indefectíveis. E o são enquanto suficientes para fazê-la sentir-se familiar ao planeta jurídico medieval. O direito é, em sua origem, o direito de uma estirpe , donde ser o costume a primitiva *lex non scripta* e donde as sucessivas *leges scriptae* se manifestarem sobremaneira como individualização, certeza, sistematização do material consuetudinário levadas a cabo por um príncipe que se apresenta mais sob as vestes de *custos* e de *lator legis* do que no de criador independente do direito; se o for, é de um modo secundário, permanecendo primária sua função de intérprete de um *ius* precedente ao qual está submetido.

Não nos devemos deixar enganar pelo ambíguo termo de *lex*: em geral não equivale a nossa noção de lei; *lex* equivale a *ius*, equivale a *Volksrecht*, consiste na redação escrita de um vasto patrimônio consuetudinário . A imagem da *lex* como depósito de costumes (e por conseqüência o trânsito imediato e contínuo – sem depurações – entre fatos normativos de índole consuetudinária e texto 'legislativo') mostra-se evidentíssima no prólogo da *Lex Baiwariorum*, no qual se ostentam pretensões teóricas. "Unaquaque gens propriam sibi ex consuetudine elegit legem. Longa enim consuetudo pro lege habetur" NT, mesmo que seja uma característica comum em muitos textos medievais. Entre *lex* e consuetudo não existe aquele abismo conceitual e formal que o moderno voluntarismo criou; a consuetudo é uma lex em potência, e a lex é um costume classificado e sistematizado: uma e outro em contínua osmosis.

Isto permite compreender expressões muito difundidas encontradas nos textos normativos e na atuação prática, que de um ponto de vista moderno parecem errôneas e absurdas - legis consuetudo, lex consuetudinis, lex et consuetudo - mas que existem para ressaltar aquela osmosis, essa tendência natural do costume de converter-se em lei, mas também da lex de flexibilizar-se e modificar-se, aberta a novos movimentos consuetudinários, num intercâmbio perene que garante o devir harmonioso do direito como revestimento do social. O caráter normativo do direito consuetudinário de então, e sua natural tendência a

transformar-se em lex (cuidado: transformação não qualitativa nem formal) fica belamente gravado na consciência popular e integrado sem pestanejar nas atitudes oficiais. As provas são então claríssimas: como no caso dos servos do mosteiro milanês de Santo Ambrósio, que depois de haver realizado *propter precationem* algumas prestações em favor do mosteiro, sentem-se constrangidos pelo temor de que, por causa da duração de seu compromisso, "pro conditione eis in usum aliquis requiret, vel in posterum ex hoc pro lege", donde se evidencia o temor pelo caráter normativo do usus e por sua inevitável transformação em lex ; como naquela solene e oficial adnuntiatio do ano 860 em Koblenz, durante a qual o próprio príncipe, ante a reiteração de alguns atos ilícitos, tem a franqueza de constatar: "Quas iam quase pro lege multi per consuetudinem tenent", com o que põe de manifesto fielmente a difundida consciência da normatividade de um fato graças a sua reiteração e duração, ao que se soma a consciência ulterior do costume como antecipação da lex, e como via natural para a lex.

Tal comportamento psicológico não é desmentido nem mesmo pelo *Líber iudiciorum*, que talvez se possa considerar a experiência normativa mais legalista da Alta Idade Média, dotado de um maior conteúdo orgânico, que se pretende impor como norma exclusiva e que já fez falar-se do 'monarca como criador do direito': lendo-se os primeiros títulos tem-se a impressão (e o rei não faz nada para impedi-la) de que a norma adquire forma em meio a um vasto universo de mores, que a atividade do rei é a de pôr ordem em um vasto patrimônio consuetudinário, e que a norma régia adquire seu conteúdo e autoridade a partir do costume geralmente observado.

Não é arriscado afirmar que o costume pertence ao estrato profundo do ordenamento jurídico, inerente às estruturas mais íntimas do equilíbrio sócio-político, assegurando um cimento firme e estável diante da fragilidade e incerteza de uma vida cotidiana extraordinariamente turbulenta. Não é arriscado encontrar nele a constituição do próprio ordenamento, quando constituição tem o significado cultural e técnico que uma historiografia germânica mais ou menos recente atribuiu à palavra *Verfassung*: momento forte, ainda que oculto, de um determinado equilíbrio histórico, o momento forte resgatado da variação dos eventos políticos cotidianos.

Podemos nos dar conta disso quando surpreendemos o monarca contemporizar com o fenômeno consuetudinário e recompilá-lo no texto legislativo sem nenhum critério de seleção de sua parte, ou – ainda pior – quando vemos o monarca confessar sua própria impotência para influir nos costumes com cujo conteúdo está em desacordo; quando vemos o modesto jurisconsulto admitir sem vergonha o desuso da norma régia. E existe aí uma convicção difundida sobre a natureza essencialmente diferente entre a norma autoritária ditada por um príncipe no exercício solitário de seu próprio poder de governo, e a lex que, pelo contrário, pdoe ser reconduzida ao príncipe e à comunidade, imagem da vivência étnica e histórica de uma natio inteira.

É sob essa ótica que se interpretam as freqüentíssimas remissões – que os monarcas incluem com freqüência nas leges – sobre a convocatória – efetuada ou omitida – de uma assembléia mais ou menos ampla de notáveis e a expressão de seu consenso; fruto não de uma inimaginável sensibilidade democrática, mas de uma profunda convicção de que a produção do direito é um fato constitucional que reveste o etnos, porque deve dizer inevitavelmente respeito a seu patrimônio consuetudinário. Pode ocorrer que em muitas leges trate-se apenas de formulações retóricas, ainda que, se ocorre, não é uma retórica sem conteúdo substancial. Tenha ou não havido o conventus mencionado em qualquer assembléia reunida em torno do príncipe, tenha ou não exisitido uma expressão de vontade, fosse ela uma Anerkennung ou uma Zustimmung, o importante me parece é que o príncipe e sua chancelaria sentiram-se obrigados a incluir tais menções. Tanto no caso de tratar-se da descrição de um fato ocorrido ou de uma cobertura formal, nas duas hipóteses aflora a convicção de que a crição do direito – ao menos daquele que está intimamente ligado ao etnos – não é competência apenas do príncipe.

Uma convição análoga tem sua manifestação exasperada na voz dos monarcas carolíngeos, chefes de uma entidade política complexa, mosaico de grupos étnicos distintos e de distintos direitos. A função primária, mas acima de tudo dever fundamental do rei carolíngeo, é garantir a cada povo a liberdade fundamental de podre desfrutar da própria lex, observando um comportamento de total respeito às diferentes leges. Suas capitulares, normas autônomas dos monarcas, não teriam por si mesmas a força de incidir no patrimônio constitucional das leges, a menos que se convertessem em um consensus omnium, mudassem de natureza, se elevassem ao mais alto degrau normativo, onde se localizam as leges; "quoniam lex consensu populi et constitutione Regis fit."

## V. O direito medieval como ordem jurídica: nas *raízes* de uma civilização histórica

O panorama jurídico que nos apresenta a Alta Idade Média tem, pois, no centro o príncipe, cujo dever essencial é 'gubernare et regere cum aequitate et iustitia', já que é primeiramente um juiz investido de uma virtude primária, a justiça; cujo mandato essencial consiste também em 'debitas leges servare', isto é, em respeitar a ordenada evolução da vida do direito, que transcorre – com substancial autonomia do poder político – em um plano diferenciado do político, em grande parte irrelevante e indisponível para ele mesmo. Sob o mar permanentemente agitado dos acontecimentos cotidianos acham-se as águas profundas e calmas, calmas porque profundas, da tranqüilidade jurídica. É a plataforma constitucional do costume, às vezes – mas só em parte mínima – redigido por escrito e transformado em lex por obra de um príncipe diligente, que mais freqüentemente permanece em estado primordial de tecido invisível, porém onipresente e imperioso, no qual submergem homens e coisas.

O que nas origens era uma regra de grupos familiares, suprafamiliares e consorciais, devido à centralidade das coisas e de sua força de atração, dobrou-se e ficou impressa nelas. Cada território tem, portanto, o imperceptível mas concreto caráter jurídico de um complexo normativo estreitamente ligado a ele, e ao qual se encontra vinculado cada sujeito que se move em sua órbita; e fala-se nos documentos em consuetudo regionis, consuetudo loci, consuetudo terrae, consuetudo fundi, consuetudo casae, quase como querendo mostrar-nos uma penetração capilar. A familiaridade com a coisa significa para aquele sujeito a atração irresistível em um conjunto de regras que ele não deseja, mas que se vê obrigado a suportar; ao qual, muito freqüentemente, encontra-se ligada a própria condição pessoal, como quando as fontes, com uma linguagem viva, falam de *mansus ingenuilis*, *mansus aldiaricius, mansus servilis*, quase que para mostrar-nos a força irrestível do fato normativo da terra, até o extremo normativo como atribuindo à condição de livre, de aldeão, de servo de acordo com uma norma secreta nela inscrita.

Ao lado das coisas, os negócios dos homens: uma infinitude de equilíbrios substanciais ditdos mais pelos usos que pelo consentimento das partes e que o sensível notário admite com facilidade e de boa vontade em esquemas amplos e disponíveis à sua recepção, às vezes simples formas contratuais como *libellu*m e *precária* ;às vezes convenientiae, ou seja, convenções genérica sob o distintivo da boa fé  recíproca; em outras ocasiões intrumentos específicos exigidos por circunstâncias econômicas específicas.  E nesses esquemas está, mais amiúde que nos contratos típicos da antiga tradição, o novo e o vivo da práxis negocial da Alta Idade Média e aí está o reino do costume, captado e interpretado por esse personagem inculto mas ativo e criativo que é, nessa época histórica, o notário, que adequa o ordenamento jurídico às necessidades emergentes.

Essa tranqüila e profunda plataforma constitucional de índole consuetudinária, apenas roçada pelos acontecimentos de uma superfície política alvoroçada, forma a ordem jurídica medieval, uma harmonia de relações que jaz sobre a natureza mesma das coisas, que o costume parecia imitar fielmente; e não por acaso o termo que evoca o ordo abandona as páginas aladas dos filósofos e teólogos para encontrar plena cidadania ns textos puramente jurídicos. Um exemplo pode ser, como já se mencionou antes, o Líber iudiciorum, também ele dominado – norma régia, a mais forte e exclusiva do Ocidente alto-medieval – pela idéia de um príncipe que se apodera de uma ordem subterrânea, desenvolve-a e a expõe.

Nascendo no plano mais baixo e achando-se inscrito nas coisas físicas e sociais, fato entre os fatos de natureza primordial, o direito apresenta-se mais como ordenamento do que como autoridade, sua autêntica dimensão é organizativa; não consiste na violência arbitrária sobre as coisas, senão, ao contrário, na manifestação mais elevada diante da exigência das coisas para estruturar-se em ordem.

## VI. A ordem jurídica medieval como experiência jurídica unitária

Nossa atenção concentrou-se nos cimentos de uma experiência jurídica, forjados no laboratório plurisecular da práxis. Uma grande operação levada a cabo por uma multidão anônima de modestos artífices, que lograram, em conjunto, esculpir a pedra angular da história, talhar de modo permanente as faces do rosto de uma completa experiência jurídica.

Na verdade não se deve crer que a partir do século XII a nova ciência jurídica, depois de assenhorear-se do terreno, chamada a construir o ius commune europaeum, repudie as descobertas das escavações alto-medievais para debruçar-se totalmente sobre as fontes justinanéias redescobertas. A história dos glosadores e dos comentaristas é, se quisermos concentrar nossos olhares um pouco além das formas exteriores, muito diferente de uma história do direito romano na Idade Média. O direito justinianeu oferecerá esquemas jurídicos tecnicamente refinados e uma linguagem tecnicamente perfeita, nada mais. Será sobretudo o precioso e insubstituível momento de validade para uma reflexão científica que não tem atrás de si uma realidade estatal que a condicione, mas que também não legitima; que trabalha quase em completa solidão. Seu momento de efetividade está, porém, em outra dimensão, naquela multiplicidade de fatos normativos que os ferreiros da Alta Idade Média haviam individualizado e sobre os quais haviam edificado uma ordem; aqueles fatos que haviam continuado a ser, apesar da evolução dos tempos, forças vivas e tecido de conexão.

O patrimônio das idéias dos desconhecidos artífices de inícios da Alta Idade Média equivale à subconsciência do doutor da segunda metade da Idade Média, da Idade Média doutrinária; este apenas plasmará em uma arquitetura sapiencial, utilizando talvez colunas e adornos romanos, suas próprias descobertas, aquelas que vivem em seu próprio conhecimento. Podemos fazer diferença, se isto facilitar as coisas, entre a Alta e a Baixa Idade Média, mas devemos ter consciência que são dois momentos a evocar uma mesma realidade unitária. Não sem razão falei de início de uma experiência jurídica, de um modo inconfundível de sentir e viver o direito, que certamente não é estático, mas que pode evoluir e modificar-se, mas que não admite fissuras, não pode senão conservar uma substância unitária. Desde os confins ambíguos entre o tardo-antigo e o proto-medieval encontramo-nos em um terreno que flui unitário até sua conclusão no século XIII, tão atestado de fermentos modernos. As chaves de leitura para a compreensão desse terreno encontra-se nos seus fundamentos: a forma posterior do edifício jurídico de arquitetura sapiencial durante a época do denominado direito comum clássico não nos deve deslumbrar, impedindo-nos de captar a continuidade de uma consciência profunda do direito e de sua função dentro da sociedade, a duração, enfim, de valores e opções fundamentais.