

**Disciplina:** História do Direito

**Profa.:** Mônica Sette Lopes

### Prova I – 09/05/2011

**O que é direito?** Sistema que tenta reger a vida de uma sociedade; delimita as relações em sociedade – grupo de normas; direito natural x direito positivo (normas), fora de moda, démodé; estudo das leis e da justiça; poder do estado -> sanção (indenização, execução forçada, multa, prisão, etc.). O direito se vincula ao passado e ao futuro. História do direito no tempo: dinâmico, no tempo, por aquele povo, da realidade. Directo – caminho a seguir, influência do cristianismo, período de vivência do DR.

Direito Romano – uma longa história: direitos dos séculos passados. 1200 anos de vestígios em papilos, manuscritos de história de informação. Anos 100 até o Séc. XX: Direito Romano restaurado, retomado, usado como fonte de aplicação do direito. História de Roma: queda do Império Romano do Ocidente e vai para o Oriente. Sofre a influência de qm vai interpretar o direito. Interpolar = estudar. Pensamento helenístico: a influência de Roma não é substancial. Qualidade técnica foi perdida na antiguidade pelo direito costumeiro.

**Uma história de dois mil anos: formação e restauração** – referência na política no poder de Roma.

#### **TEMA: A formação da jurisprudência romana**

Jurisprudência (romano) – ciência do direito no processo de formação do DR

Jurisprudência (dual) – pensamento majoritário dos tribunais

#### **Fases:**

##### **a. Direito romano quiritário:**

Roma como cidade-estado (auto-suficiente): O direito não é escrito *mores maiorum*. O *ius* representa a tradição escrita desta *mores e os quirites*: cidadãos encontravam o fundamento do direito nos princípios religiosos. O direito era formalista (escrito como consolidação da tradição, da religião)

##### **b. Período romano nacional:**

Tem origem na expansão de Roma (+ complexo). A interpretação dos juriconsultos vai dar maleabilidade aos institutos (criando e escrevendo) existentes. Ele não criava a lei, mas seu *imperium* permitia desviar das regras existentes. Criação do *ius gentium* (autonomia dos costumes, da religião; dir. internacional; povos não romanos)

##### **c. Período romano universal:**

Passagem do direito criado pelo imperador para o domínio das constituições imperiais.

#### **Divisões:**

**Quanto às fontes:** (vinculação das fontes c a política: tipos de fontes predominante vai junto c a divisão política)

**1. Da fundação de Roma (753 a.C.) até a Lei das XII Tábuas - 450 a. C.** Produto do processo de reivindicação dos plebeus, fazem 'greve' e compreendem a cidade. 1º poder: ter um representante no senado; defende o interesse da plebe mas não tem direito ao voto.

**2. Desta Lei até a ascensão de Augusto - 27 a. C.**

**3. Do tempo de Augusto até Deocleciano e Constantino - circa 314.**

**4. De Deocleciano e Constantino até o Imperador Justiniano - circa 530.**

#### **Ainda quanto às fontes**

**1. Período arcaico: legis actiones - Da fundação de Roma (753 a.C.)**

**2. Período clássico: processo formular – Do séc. II a.C. até o séc.III d.C (apogeu)**

Pretor – competência p dizer os meios p resolver os casos; misto legislador e juiz, as pessoas seguem o que ele cria; os institutos jurídicos criados formam o processo clássico de formação. + produção normativa centrada no governo manifestação dos imperadores.

**3. Período pós-clássico: *cognitio extra ordinem* – Do séc. III d.C até o fim do Império (565 d.C) (decadência)**

#### **Divisão política:**

- até 510 a C. - época real;

- até 27 a. C. - época republicana;

- até 284 - época do principado, fundado por Augusto

- até 565 - época do dominato, fundado por Diocleciano e vai até a morte de Justiniano (respostas p os casos, não faziam o estudo do direito como nós)

**Origem dos Romanos: três raças - latinos, sabinos e etruscos**

Os cidadãos de Roma recebem o nome de *quirites* que pode vir da cidade de *Cures*, antiga capital dos sabinos ou do nome da lança que *Rômulo* costumava usar.

**As três tribos eram organizadas em famílias:** noção de família. Cada família compreendia todos os membros originários de um tronco masculino que era o *Pater* (*chefe de família*) que detinha todo o poder (fazem as leis e aplicam na comunidade baseado nos costumes, baseado nos costumes, religião, poder de decisão), inclusive sobre filhos, netos e bisnetos.

**Várias famílias (c parentesco) congregadas eram uma gens** (formadas por patrícios) **que podia praticar certos atos jurídicos.**

Império Romano: cisão – oriente e ocidente. Código de Justiniano – Constantinopla.

**Divisão em castas:** importância no processo de formação do direito

**Os patrícios:** os pater – representam o poder em Roma.

**Detentores do poder e do direito de ter direitos**

**O *Senatus* era composto de patrícios e rei (rex)**

**Os plebeus** que chegam em Roma, agricultores, livres, produzem coisas necessárias à cidade. **Origem:** de populações conquistadas e mantidas nas regiões que ocupavam; de clientes desligados das *gens*; de estrangeiros, negociantes, industriais, artistas e operários, que vieram estabelecer-se em Roma, sobretudo no Aventino e bairros dessecados e drenados, para exercer a sua profissão ou por uma conveniência pessoal. Não tinham direito, religião, Deus, Pater, nem participavam de cerimônias religiosas. Havia por isto uma natural oposição entre patrícios e plebeus de que se originou o progresso do direito romano.

*Sérvio Túlio*, penúltimo rei de Roma, faz um recenseamento e percebe que há plebeus ricos. Passa a cobrar **impostos** deles e em contrapartida dá-lhes o **direito ao serviço militar**, honra máxima para o povo romano. Ele cria as classes. Ele queria recrutar soldados e contribuintes. 1ºs direitos.

**Fase política da Realeza:**

Coincide com o período político dos Reis que vai de 753 a 510 a. C. (*Rômulo*, *Numa Pompílio*, *Túlio Hostílio*, *Anco Márcio*, *Tarquínio*, o antigo, *Sérvio Túlio* e *Tarquínio*, o soberbo).

**Organização política**

**Poder público:**

1. **Rex - detentor do *imperium*** x Senado (conflito)
2. ***Senatus* - detentor de auctoritas.** Composto por patrícios
3. ***Populus* (só os patrícios).**

***Leges curiatae*** - são leis de iniciativa do rei votadas pelos patrícios, reunidos em cúrias, nos *comitia curiata*. A lei, proposta pelo *Rex*, é votada pelo *populus*, que vota por *cúrias*. Por isto elas recebiam o nome de *leges curiatae*.

**Direito confuso e incerto** - formado pelos costumes e sem leis determinadas, dependentes da arbitrariedade dos reis. Ao saber do interesse dos patrícios, os reis eram votados por eles.

**Platão** → “Como os membros do corpo humano resolvessem não mais trabalhar, o estômago acabou morrendo, o mesmo acontecendo com o organismo” - disse o delegado dos grevistas.

Ganharam dois representantes com prerrogativa de voz no *Senatus* - o *tribuno da plebe*. Este direito foi sendo ampliado e diversificado - com a criação das assembleias populares de pontos que lhes interessasse. O *tribuno da plebe* vem de 494 a. C. (inicialmente dois e depois, quatro, cinco e dez). Têm imunidades parlamentares.

**Fase política da república (aristocrática)**

1. **Cônsules** - são dois. Suas funções são repartidas com: delegadas aos magistrados = ministros

a) **questores:** guarda do tesouro e administração financeira;

b) **censores:** recenseamento e escolha de senadores, fiscalização dos costumes;

c) **edís curuis:** policiamento da cidade e dos gêneros alimentícios, bem do comércio em geral;

d) **pretors: distribuição da justiça** → inicialmente há um pretor e o cargo se desdobra em dois - *pretor urbano* (para as causas entre romanos) e *pretor peregrinus* (para as causas entre romanos e peregrinos (= estrangeiros) ou entre os próprios peregrinos; surge o direito internacional.

e) ***praefecti jure dicundo*:** delegados do pretor nas diversas partes da Itália, encarregados de dizer o direito; jurisdição

f) **governadores das províncias** (*protetores* e *procônsules*)

2. ***Senatus*** - 300 *patres*, nomeados pelos *cônsules*. É um órgão consultivo.

**3. Populus (patrícios e plebeus):** reúnem-se em comícios *curiatis* e *centuriatis*.

**A plebe reúne-se nos concilia plebe** → votam-se *plebiscitos*. Decisões da plebe

**Lei das XII Tábuas:** não há concordância qto ao conteúdo, os depoimentos condensados anos 530 a.C. 1ªs tábuas referem-se a processo. A Lei das X Tábuas que consolidou o direito existente e foi acrescida de mais duas tábuas - resultando na Lei das XII tábuas de 450 a.C.

**1ª tábua:** chamamento a júízo

**2ª tábua:** depoimento das partes

**3ª tábua:** *manus injectio* (execução forçada)

**4ª tábua:** direito de família e *pátrio poder*

**5ª tábua:** direito de mulheres, menores, alienados e de sucessão

**6ª tábua:** domínio e posse

**7ª tábua:** direito de vizinhança e de circulação

**8ª tábua:** delitos e penas

**9ª tábua:** direito público

**10ª tábua:** direito sagrado

**11ª tábua:** proibia casamento entre patrícios e plebeus

**12ª tábua:** cobrança de dívidas e ação contra senhor de escravo que tivesse cometido crimes.

Não houve portanto o estabelecimento de uma igualdade absoluta, contra o que se insurgiu *Cícero*. Não cumpre suas promessa de melhorar a vida dos plebeus; só os patrícios eram sujeitos de direito. Apenas os patrícios tinham acesso às ações de lei (*legis actiones*) criadas depois. Eram elas: *actio sacramenti*, *judicis postulatio*, *manus injectio*, *pignoris capio*, que se desenvolviam perante um magistrado (*in jure*) que nomeava o juiz (*judex*) encarregado de aplicar.

**O direito surge da ação.** Processo formular: nas mãos do pretor, define como as ações devem ser conduzidas no caso concreto são definidas as ações e os direitos, formando o costume cria soluções p o caso concreto.

**Da Lei das XII Tábuas até a ascensão de Augusto:** fase áurea, magistratura + importante.

**Continuação da República, como forma de organização política.**

A Lei das XII não pôs fim às lutas entre patrícios e plebeus. Continuava o regime republicano após a expulsão de Tarquínio, o soberbo, de Roma. O governo era exercido por dois cônsules originariamente chamados de pretores eleito por um ano entre os patrícios e investidos do *imperium* por uma lei curiata. A eles foi transferido o antigo poder imperial. Convocavam comícios, administravam a justiça e tinham o direito de intercessão pelo qual podiam impedir a execução de qualquer decreto votado pelo povo.

Quando o resultado de muitas lutas levou à autorização para que um dos cônsules fosse sempre escolhido entre os plebeus (Lei Licínia de 367 a.C.), abriu-se a porta para que eles pudessem exercer todos os outros cargos: *questores*, *censores*, *pretores*, *sacerdotes*, *dictadores* e ocupar todas as dignidades públicas.

A **Lei Licínia** foi aprovada pela intervenção de um patrício que tinha um filha casada com um plebeu e outra com um patrício. Vendo a incompreensível distinção entre as duas propôs uma lei com três itens diversos: que um dos cônsules fosse um plebeu; limites para a ocupação de terras públicas e para a quantidade de gado e obrigação do emprego de percentagem de mão-de-obra não escrava e juros e pagamento de dívidas. Como ela só poderia ser aprovada em conjunto, passou a primeira hipótese.

O casamento entre plebeus e patrícios havia sido permitido pela Lei Canuléia de 445 a. C., sendo que os filhos seguiam a situação do pai.

O **pretor** - designação antiga de uma das qualidades do cônsul - foi o primeiro magistrado da cidade, em quem eram investidas todas as atividades inerentes à jurisdição, que até então pertenciam aos cônsules.

**Lex Aebutia – 149-124 a.C.** → cria o processo formular

**Lex Julia – 17 a.C.** → redefine-o, abolindo a *Legis actiones*

**Época áurea do direito** → poucas leis: das XII Tábuas até as leis votadas em comício na última etapa do período republicano, as idéias de ações (*legis actiones* - ações de lei) para garantir o direito, a figura do *pretor* e a ação *pretoriana*, baseada na averiguação das circunstâncias específicas de cada caso.

**Fontes do direito neste período:** pluralismo: única fonte é o pretor

**Ao lado dos jurisconsultos brilhavam oradores como Cícero (104-43 a. C.)**

**Do tempo de Augusto até Deocleciano e Constantino**

## **Fase política do império - alto império ou principado que vai até 284**

César morreu em 44 a. C. e com suas fabulosas conquistas pretendia a implantação de uma monarquia, mas morreu antes.

*Gaio Júlio César Otaviano* era filho adotivo de César e assumiu o triunvirato com *Marco Antônio*, *Marco Emílio Lepídio* e acabou por derrotar *Marco Antônio* e *Cleópatra* na batalha de *Actium* em 31 a.C., que o colocou como mentor do Império Romano. O seu período se inicia em 27 a. C. Passa a se denominar Augusto por condecoração do Senado retoma a concepção de César de relacionamento com os Estados.

*Montesquieu* diz que ele conduziu Roma suavemente à escravidão, já que atua na base da troca de favores e vai cada vez mais ganhando poder e assimilando todos os poderes do rei antigo: até o poder pontifício.

No período de *Augusto* todos os cargos ficaram com sua importância diminuída, que foi aos poucos se investindo de poder absoluto.

Mas o sistema político de *Augusto* não sobreviveu aos outros imperadores. A ele se seguiram: *Calígula* (37-41), *Nero* (54-68), *Domiciano* (81-96), *Cômodo* (117-192) e *Caracala* (177-192) entre outros. As variações entre eles iam da crueldade de *Calígula* e de *Nero*, à bondade de *Marco Aurélio* (161-180).

No reinado de *Tibério* (14-37) os apóstolos percorriam as províncias pregando o cristianismo, o que começou a abalar, nos seus pedestais, os deuses pagãos que acabaram sendo destruídos. A resistência contra os cristãos pelo Estado foi feroz, como a seguir se verá.

**Organização política:** *centralização do poder político e das fontes*

**Poder público:**

1. **Príncipe** - primeiro magistrado: sua pessoa é sagrada, inviolável.

2. **Senado:** reparte Poder Judiciário com o Príncipe e administra as províncias senatoriais, cujas receitas vão para o *aerarium erário* - tesouro público.

→ **importância em matéria penal:** conhecer dos delitos contra o Estado ou a pessoa do imperador ou relativos a funcionários provinciais além das acusações contra os senadores.

3. **Prefeitos imperiais:**

a) **praefectus urbi:** chefe de polícia romano, tinha jurisdição criminal em Roma e na região de 100 milhas em torno da cidade;

b) **praefecti praetorio:** em número que variava de um a quatro → funcionários militares sujeitos à colegialidade. Tinham jurisdição criminal na Itália, fora de Roma;

c) **praefectus vigilum:** vigilância noturna e jurisdição para delitos correlatos;

d) **praefectus annonae:** abastecimento da cidade e delitos correlatos;

e) **praefecti aerarii:** substituíram os questores.

Os moldes de aplicação do direito mudam de acordo com a região. O pretor perde um pouco sua importância.

## **FONTES DO DIREITO NESTE PERÍODO**

**Fontes do direito neste período:**

1. **Consuetudo ou jus non scriptum:** uso repetido e prolongado de norma jurídica tradicional. Tem um elemento externo (a observância constante) e outro interno (convicção de que a norma tem força de vinculação). Costume ou direito não escrito

2. **Lex** → nasce de proposta pelo *Rex* ao povo, reunido em *comícios curiatis* (dos patrícios) ou *centuriatis* (dos plebeus). Estas leis tinham um caráter de concretude diferente da generalidade das leis atuais.

Num sentido geral, a lei é considerada *a determinação geral do povo ou da plebe por proposta do magistrado*.

**Influência de ritos e da religião** → observância de manifestações formais para a segurança condensação dos costume, + específico, concreto.

## **Fase política da república (aristocrática)**

Os reis são sucedidos pelos *cônsules*. São dois que governam sucessivamente, mês a mês, sendo que às vezes adquirem poderes de ditadores. É que com o agravamento da crise os plebeus retiram-se da cidade e vão para o Monte Aventino reivindicação. Problemas para a segurança de Roma e necessidade de concessões mútuas

*lex rogatae* (votadas pelo povo por iniciativa de um magistrado); perdem a importância e aumenta a das *datae* [*Lex datae* (medidas tomadas em nome do povo pelo magistrado, surgida no final da era republicana)] que tem origem no próprio imperador. Compõe-se de *index* (o nome de quem teve a iniciativa dela), *praescriptio* (nome e lugar onde foi votada), *rogatio* (objeto e finalidade) e *sanctio* (parte em que se cominam as penas). *Formulação + precisa, se organizam. + importantes.*

Há as leis Júlias que substituem o processo formulário.

**Classificação das leis**, segundo *Modestino*:

- **Imperativas:**

- **Proibitivas:**

- **Permissivas:**

- **Punitivas:**

**Classificação das leis segundo a sanção:**

**perfectae:** infringidas trazem a nulidade, mas não impõem pena (ex. a lei que proíbe que os cidadãos instituíam uma mulher como herdeira, a *Lex Falcidia* - 40 a. C. - declaram a nulidade das quantias distribuídas que excedam  $\frac{3}{4}$  de seu patrimônio).

**minus quam perfectae:** são as leis que infringidas não impõem nulidade, mas sanção.

**imperfectae:** violadas não ocasionam qualquer sanção ou efeito

**mais que perfeita:** infringida ocasiona duas sanções

**3. Plebiscito:** Deliberação povo por proposta de um magistrado plebeu, por exemplo do tribuno. Com a *Lei Hortênsia* adquirem força de lei e deixam de se aplicar somente à plebe.

**4. Interpretação dos prudentes** → jurisprudência é *trabalho interpretativo dos prudentes*, aproximado da doutrina.

A função dos *jurisconsultos* compreende: dar consultas orais ou escritas (*responsa prudentium*)

Pareceres que depois poderiam ser oficializados por ordem do imperador *Augusto*); *agere*, assistir clientes em processos; *cavere*, assistir clientes na redação de atos jurídicos.

Os pretores criavam o direito com auxílio da *aequitas equidade*, mas a ação dos *jurisconsultos* era importante: comentários sobre as leis e sobre as decisões, na defesa dos direitos dos litigantes, como resposta a consultas ou como assessores do conselho de pretores.

Problema, antinomia – 2 leis tratam da msm coisa, oposição entre normas. Prudência - escolher o certo. Júrís prudentes: origem da jurisprudência – solucionar as antinomias. Decisões antinômicas: demanda opiniões c maior técnica p resposta as questões. Os pretores criam o direito e os prudentes – explicam; grande contribuição p o DR.

**Senatus consulto:** são medidas de ordem legislativa que emanam do senado, ou seja, aquilo que o senado ordena e constitui. *Conflito com senado; diminuem de importância ao longo do tempo por causa do poder do príncipe.*

Constitui como fonte autônoma apenas uma ponte entre o poder dos comícios que não mais se reúnem e o do príncipe que, em breve, deixaria cair seu disfarce. A sua função converte-se em deliberativa ou receptiva, com adesão imutável e obrigatória à proposta do Príncipe.

Feito a pedido do príncipe, por iniciativa dele, para mitigar a sua interferência direta na formação da lei.

- A princípio toma o nome do senador que a propõe e depois o nome do príncipe pela interferência dele.

## 5. Editos dos magistrados:

Aos pretores cabia a adaptação dos conceitos rígidos do *ius civilis* à realidade, o que resultou na criação do chamado direito pretoriano, chegando ao ponto do período em que o pretor estabelecia uma *formula* com especificação das ações cabíveis, como um programa para averiguação dos fatos que poderiam vir a ser codificadas no *Edictum perpetuum*.

Este caráter casuístico incentiva a verificação mais próxima da realidade para aplicação da norma ou para solução do caso concreto.

Denomina-se *praetor urbanus* porque as funções eram limitadas ao julgamento das litígios entre os cidadãos romanos aplicando o *jus civile*. O cargo era a princípio ocupado apenas por patrícios que tinham o poder até de substituir o cônsul e de presidir o senado na ausência deste. No entanto com a decadência do Senado passou a ser ocupado também pelos plebeus - *Publilius Philo* - foi o primeiro deles.

Com a afluência dos estrangeiros a Roma foi criado o *praetor peregrinus* (242 a.C.) para julgar os litígios entre os peregrinos e entre eles e os romanos. O *praetor* só poderia aplicar o direito das gentes.

Até que reclamaram uma codificação unificação das normas de leis que assegurasse liberdade e igualdade. Uma comissão foi à Magna Grécia estudar as leis gregas em vigor, voltando dois anos depois e é criada uma comissão de *decenviros*.

Perderam a importância dos períodos anteriores. Perderam a independência e o espírito de iniciativa.

Augusto elevou o número de pretores a doze (Tibério a dezesseis e chegaram a dezoito com Marco Aurélio). Os pretores invocavam princípios da *aequitas* e da *ratio naturalis*, que se faziam necessários para o julgamento das relações jurídicas entre romanos e estrangeiros que nesta época entravam em massa na cidade romana.

“Esses editos, que foram ganhando cada vez maior autoridade devido ao valor moral e intelectual dos pretores, passaram afinal a constituir uma fonte de direito escripto, isto é, a ter autoridade legal, quando o imperador Adriano (117-138) reconheceu-lhes essa autoridade ao aprovar por um *senatus-consulto* a collecção organizada pelo jurisconsulto *Salvio Juliano* - *Edictum Perpetuum* ou *Edictum Adriani*”.

O *Edictum Perpetuum* de Juliano não chegou aos nossos dias. Foi reconstituído através da obra dos jurisconsultos

## 6. As leis emanadas da autoridade do príncipe (constituições imperiais). Leis do príncipe.

**São elaboradas pelo *consilium principis*** - colégio constituído pelos mais célebres jurisconsultos da época → o que agrada ao imperador passa a ter força de lei.

**Até Adriano (117 a 138) o poder normativo do príncipe é exercido junto com o do senado** → com a publicação do *Edictum Perpetuum* e a decadência do Senado, aumenta o poder das Constituições Imperiais que, com *Diocleciano*, passam a constituir fonte única do direito.

### Tipos de constituições imperiais:

**a) *edicta*** → proclamação feita pelos imperadores, ao serem consagrados, como faziam os pretores; aplicava-se a todo o império;

**b) *mandata*** → instruções para os funcionários, indicando os planos a seguir no exercício de suas magistraturas;

**c) *decreta*** → decisões tomadas pelo Imperador, como juiz, nos casos a ele submetidos por particulares. Tornam-se precedentes, de alcance geral, se assim desejar o imperador;

**d) *rescripta*** → respostas dadas pelo imperador a consultas jurídicas.

***Coniugio extra ordinem*** → Surge ao lado do processo formular e vai substituindo-o: intervenção feita pelo príncipe (ou delegado seu) *importantes nesse período; invenção do príncipe.*

## 7. Jurisconsultos *júris consultis*

As antigas magistraturas entraram em declínio com a centralização.

→ Nesta época, grande foi o brilho da obra dos jurisconsultos - por isto é chamado o período áureo da jurisprudência. O mesmo *Adriano* que, submetido a consulta a um grupo de jurisconsultos, agindo em nome do imperador, suas respostas teriam força de lei se fossem unânimes.

Os jurisconsultos sofreram influência dos estóicos e levaram a jurisprudência ao grande apogeu e ganhando eles grande respeitabilidade.

*Juris-prudentes* - que é o resultado da produção maciça de teóricos que cuidavam de aconselhar o pretor e os interessados.

Os jurisconsultos, *jurisperitos* ou prudentes estão investidos de *jus publice respondendi* → direito de responder às consultas que lhes são formuladas.

Sua importância foi oficializada por *Augusto*. Mas é a partir de *Adriano* em um rescrito que passam a ter força de lei.

### Os exemplos a partir do texto de brocardos.

Há duas grandes escolas de jurisconsultos: os sabinianos (*Capito* - versado em direito romano, público e privado, mas conservador e sensível a honrarias, *Sabino*, *Cássio*, *Javoleno*, *Sávio Juliano*, que é o codificador do *Edictum perpetuum*, *Pompônio* e *Gaio*) e os proculianos (*Labeão* - direito, filosofia, gramática, literatura, *Próculo*, *Nervas*, pai e filho, *Celso*, *Nerácio*).

### Do tempo de Augusto até Deocleciano e Constantino

*Pomponius* - o organizador do *Edicto Perpetuo*, tem 558 fragmentos no *Digesto*, o trabalho dos pretores

*Gaius* ou *Caius* morto *circa* 180 - autor das *Institutas*, cuja descoberta forneceu valiosos dados para a solução de várias dúvidas acerca do direito romano.

*Papiniano* - morto em 212. Era sírio. Quando *Caracala* assinou o irmão, convocou o jurisconsulto para justificar juridicamente o ato e obteve dele a resposta: “mais fácil é cometer um homicídio do que defendê-lo. Acusar um inocente assassinado é cometer outro assassinato”. → sua obra formou com a de *Gaius*, *Paulus*, *Ulpiano* e *Modestinus*, a base da chamada *Lei das Citações*, promulgada por *Theodosio II* e *Valentiniano III* (408-455) e, em caso de divergência, sempre sua opinião prevalecia. Foi chamado o príncipe dos jurisconsultos, porque era ímpoluto e tinha vastos conhecimentos. Deixou 600 fragmentos. Foi assassinado por *Caracala*;

*Domitius Ulpianus*, morto em 228, concorreu com quase metade dos fragmentos do *digesto*. Grande clareza e método. Prefeito do Pretório. Foi assinado por guardas pretorianos irritados com as reformas por ele propostas;

*Julius Paulus* - assessor de *Papiniano*

*Herennius Modestinus* - morto em 240. Foi *praefectus vigillum* entre 226-240 - encerra a plêiade de luminares com o declínio da *jurisprudência*. *Digesto* – um dos livros do código de *Justiniano*. *Papiniano* – resolvia conflitos.

Codificação – cria o código, disciplina

# Consolidação – organiza, junta as normas

**De Deocleciano e Constantino até o Imperador Justiniano** perde o apoio dos cristãos, por causa da crise.

Após Marco Aurélio e seus antecessores eficientes e enérgicos (Trajano, Adriano, Antonino Pio) a crise do Império foi fomentada pelo início da invasão dos bárbaros e pelo declínio da economia. Havia também a crise do direito público pela insatisfação dos muitos atacados pelo suplício e que se voltaram a Deus - aqui o Deus único do cristianismo.

Deocleciano consegue sustê-los e divide o império entre quatro imperadores, todos chamados de Augusto, tendo grande papel na organização política do Estado Romano. De várias dissensões resulta a reunificação com Constantino (314-337), filho de Constâncio (um dos cézares que sucedeu os Augustus Deocleciano e Maximiano). Faz divisões e reorganiza as províncias.

Constantino promulga no ano de 313 o edito de Milão → liberdade de culto com vistas a conquistar o favor dos cristãos.

O cristianismo passa a ser adotado como religião do Império, o que teria impulsionado o direito público e privado. obrigatória.

**Fase política do baixo império ou dominato**

**Organização política:**

A morte de *Teodósio I* divide o império romano em dois blocos: o império romano do oriente e o império romano do ocidente. Esta separação data de *circa* 395. O imperador Arcádio filho de Teodósio, fica com o Oriente e Honório, fica com o Ocidente.

**Poder público:**

*Imperador* tem poderes absolutos - invoca a vontade divina que é fonte e inspiração de sua autoridade. O que agradou ao príncipe tem força de lei.

As antigas magistraturas têm apenas função honorífica.

O *pretor urbano* tem a função de oferecer jogos ao povo

*Praefectus urbi* é que vai ter a função jurisdicional.

O senado tem um função de conselho municipal.

Administração dos dois impérios era distinta, mas não a fonte normativa.

O império do Ocidente perdurou até 476 e do Oriente durou um milênio mais.

Leis gde fonte. Consolidação do que era anteriormente imposto pelo imperador – constituições imperiais.

**De Deocleciano e Constantino até o Imperador Justiniano**

**FONTES DO DIREITO**

**Costume**

Neste período a fonte do direito por excelência são as constituições imperiais = *leges*, em decorrência do poder inconstante e absoluto do imperador, chamadas de *leges* e reservado o nome de *iura* às opiniões dos juriconsultos. O juiz ordinário em Roma e em Constantinopla, para onde se transferiu a capital com Constantino, passa a ser o *praefectus urbi*. Os pretores perderam sua importância pela força obrigatória vinda do *Edictum perpetuum*. O texto foi base para "opulenta" criação dos juriconsultos, com profundos comentários.

As fontes antigas continuavam em vigor, mas a sua consulta era feita através da obra dos juriconsultos, o que vai dar origem à Lei das Citações.

Das modalidades de Constituições imperiais do período anterior ficam apenas os *edicta* ou *legis editales*: ordem expedidas pelo imperador ao senado ou a qualquer funcionário.

A obra dos juriconsultos começa a decair do prestígio que atingira com Alexandre Severo (461-467).

O abuso das citações levou à necessidade de uma intervenção para a manutenção da pureza da obra dos doutrinadores já mortos, destacadas as de Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino.

Este quarto período caracteriza-se pela coleção de todo o repositório jurídico desde a Lei das XII tábuas. O *Codex Theodosianus* foi elaborado por ordem de *Theodosius, imperador do oriente* (378-395, o ano do Código é 438) até que o Imperador Justiniano - imperador do oriente, empreendeu a obra magnânima de codificação do direito com o Código de *Justiniano*. 529 – reunião de tudo o que é o DR. Composto por 4 livros: digesto ou pandectas; institutas; novo código; novelas (resolve alguns problemas e cria outros).

**Compilações, codificações e reuniões deste período:**

Obra de Triboniano, Theophilo e Doroteu - reunião de livros elementares com síntese dos elementos jurídicos, destinada a iniciar os estudantes no mundo científico. Apesar de iniciada antes do *Digesto* foi entregue antes (21.11.533).

*Novellas (Novellae)* - Novas constituições feitas por Justiniano para atender às necessidades.

*Justiniano (527-565)*

Não era romano. Era eslavo. Nasceu em Taurésio, na Sérvia.

### **Imperador do Império Romano do Oriente.**

**O *Corpus iures civilis*:** Comissão presidida por Triboniano para consolidação do direito vigente.

O Código de Justiniano marca do ponto de vista da filosofia o fim da filosofia pagã, por isto os autores dizerem que este limite tem data definida: 529.

“Nós proibimos que seja ensinada qualquer doutrina por parte daqueles que estão afetados pela loucura dos ímpios pagãos. Por isso, que nenhum pagão simule estar instruindo aqueles que, desafortunadamente, freqüentam sua casa enquanto que, na realidade, nada mais está fazendo do que corromper as almas dos discípulos. Ademais, que não receba subvenções públicas, já que não tem nenhum direito derivado de escrituras divinas ou de éditos estatais para obter licença para coisas desse gênero. Se alguém aqui (em Constantinopla) ou nas províncias, resultar culpado desse crime e não se apressar a retornar ao seio de nossa Santa Igreja, juntamente com sua família, ou seja, juntamente com sua mulher e os filhos, recairá em sob as referidas sanções, suas propriedades serão confiscadas e eles próprios serão enviados ao exílio.”

*Justiniano* editou uma lei proibindo comentários à sua obra.

### **Como resolver antinomias:**

#### **Se entre as três primeiras e as Novelas - *lex posterior derogat priori***

Se aconteciam entre as três primeiras, que deveriam ser consideradas como *unidade*, há teorias de que um prevaleça sobre os outros, mas *Savigny* entende que só as normas novas do Código que não estavam no antigo código tem prioridade temporal, estando as demais no mesmo plano e a antinomia, neste caso, se resolve pela utilização dos princípios na escolha dos textos que prevaleçam.

Houve *interpolações*, ou seja, adaptação por *Justiniano* da obra dos juristas à realidade de seu tempo

**A expressão *jus*** → sentido objetivo de lei, de instituição. *Jus* como disse *Celso* é a *ars boni et aequi*. Pode também significar o direito do ponto de vista subjetivo.

***Ulpiano* tem a distinção entre *direito público* e *direito privado*:** *Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.* - Direito público é o que se refere à administração do Estado Romano e Direito Privado aos interesses dos particulares.

**Preceitos de direito segundo *Ulpiano*:** *Juris praecepta sunt haec: honest vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.* Está nas *Institutas*.

***Período bizantino*** → da morte de Justiniano até a tomada de Constantinopla pelos turcos em 1453:

A palavra vem de Bizâncio, construída no Bósforo, no século VII a. C., mudada para Constantinopla, no séc. V, por Constantino, equivalendo hoje à parte antiga da cidade de Istambul, na Turquia.

O direito bizantino é o conjunto de regras jurídicas *justinianéias* que permanecem em vigor de 565 a 1453, ainda que modificadas pelas exigências dos povos.

### **Codificação-consolidação**

#### **Fases:**

- Quiritário:** se formou no 1º momento, cidade pequena que cresceu e tomou o poder, cidade-estado, auto-suficiente. Direito: aquilo que caracteriza a formação, costume misturado à religião, escrito como consolidação da tradição, da religião. Componentes morais, religiosos não influenciam. Formalista → vinculado a essa tradição.
- Nacional:** origem na expansão de Roma, se torna + completo, separado, autonomia dos costumes, da religião, vai criando seus institutos e sendo escrita. *Ius gentium*: dir. internacional, normas q disciplinam as relações dos povos não romanos.
- Universal.**

#### **Divisões:**

- **Qto às fontes:** tipo de 'coisa', regra, norma, era usada p resolver o conflito, noção moderna; + genérica. # nosso – concreção.

**Fundação até a Lei das XII Tábuas:** direito quiritário; se forma a partir da noção de família. *Pater* – chefe de família: fazem as leis e aplicam na comunidade baseado nos costumes, religião, poder de decisão. *Gens* – famílias c



parentesco. Divisão em castas (importância p a formação do direito): - patrícios: detinham poder e os direitos, o direito era dos patrícios, os pateres, as gens eram formadas por patrícios, representam o poder em Roma, eram os rexs (reis); - plebeus: pessoas que chegam a Roma, agricultores, livres, produzem coisas necessárias à cidade, mas não tem seus direitos reconhecidos, comerciantes, artistas, reivindicam o poder, ocupam o espaço, causam conflitos, 1ºs direitos adquiridos (pagar impostos e servir o exército militar), ligados aos patrícios, guerra, trabalho; - escravos; - clientes – dependentes dos patrícios, se desligam. Lei das XII Tábuas: produto do processo de reivindicação dos plebeus; fazem 'greve' e comprometem a cidade. 1º poder: ter um representante no Senado; defende o interesse da plebe mas não tem direito ao voto.

Começa a decadência

**Fontes:** Justiniano, recuperadas, precárias

**Jurisprudência** = ciência do direito, proc. Formação do direito romano. Jurisprudência = pensamento majoritário dos tribunais.

- **Ainda qto às fontes:** modo de atuação, + completa, específica

**Apogeu do DR:** sec. II a.C. até III a.C. Pretor – competência p dizer os meios para resolver os caos. Misto legislador e juiz, as pessoas seguem o que ele cria. Institutos jurídicos criados formam o processo clássico de formação. Produção normativa centrada no governo, manifestação dos imperadores.

### **Decadência**

Respostas para os casos, não faziam o estudo do direito como nós.

- **Divisão Política:** Vinculação forte c a política: tipo de fonte predominante vai junto com a divisão política.

1 – **Época Real:** Organização política: rei – detentor do império; Senado – patrícios compõe essa autoridade populacional (conflito). Populus – povo que tinham poder – só os patrícios. Direito confuso, incerto, ao sabor dos interesses dos patrícios, a lei era votada por eles; votado dentro da realidade de família, conflito com o rex.

2 fontes:

#### **a) Costume ou direito ã escrito**

b) **Lei:** curiatus dos patrícios; centuriato dos plebeus; condensação dos costumes + específicos concretos.

2 – **Época Republicana** (aristocrática): 510 a.C. Reivindicação da plebe, tribuna da plebe. Organização política: 2 cônsules – mês a mês, funções delegadas aos magistrados – ministros; 2 pretores – urbano (conflito entre romanos), peregrino (romanos e não romanos, estrangeiros; surge o dir. internacional). Jurisdição: dizer o direito; dirimir conflitos. Províncias: governadores. Senado – órgão consultivo. Plebiscito: decisões da plebe.

**Fontes:**

a) **Costume:** muda de acordo com a época

b) **Lei**

c) **Plebiscito**

d) **Interpretação dos prudentes:** Prudência – escolher certo. Júris Prudentes: origem da jurisprudência, solucionar antinomias, decisões antinômicas, demanda maior, opinião q tenha a prudência e a técnica p dar respostas às questões. Aequitas = equidade. Os pretores criam o direito e os prudentes, explicam o direito – grande contribuição do DR.

e) **Editos dos magistrados:** pretores – caráter casuístico – o DR surge do caso concreto # restauração – estudo do direito no período Justiniano.

### **Unificação das normas.**

**A lei das XII Tábuas:** não há concordância pelos autores sobre os seu conteúdo, não há vestígios físicos, só depoimentos, condenados em 530 a.C. as 1ªas tábuas não dizem respeito a direitos materiais e sim do processo. O direito surge da ação. Cícero: não cumpre sua promessa de melhorar a vida dos plebeus, só os patrícios eram sujeitos de direito. Até a ascensão de Augusto: magistratura + importantes – Fase Áurea. **Processo Formular:** nas mãos do pretor, define como as ações devem ser conduzidas, no caso concreto são definidas as ações e os direitos, formando o costume. Criação de soluções no caso concreto. Fontes desta época: pluralismo – a única fonte não é o pretor. Problema: antinomia – 2 leis tratam da msm coisa oposição entre normas.

### **3 – Época Principado (Augusto)**

**Augusto até Diocleciano e Constantino:** conduziu Roma à escravidão. Organização política: centralização do poder político e das fontes; o pretor perde um pouco a importância; jurisdição criminal em Roma – diz o direito criminal em Roma, os modos de aplicação do direito mudam de acordo com a região. Erário = \$ publico.

**Fontes:**

a) **Costumes**

- b) **Lei:** formulação mais precisa, as do imperador eram + importantes, o processo de legislação, as leis se organizam, a definição do processo, imperativas, permissivas, proibitivas, punitivas; lei segundo a sanção. Perfeitas: prevêm uma nulidade
- c) **Plebiscito**
- d) **Consulta ao Senado** – diminui de importância ao longo do tempo por causa do poder do príncipe.
- e) **Editos dos magistrados** – diminuem importância. Júris consultis – edito perpetuo, organiza o trabalho dos pretores (Pomponius).
- f) **Leis do Príncipe:** importante nesse período. Inversão do príncipe.
- g) **Jurisconsultos:** Digesto – um dos livros com o código de Justiniano. Papiniano: resolvia conflitos. Domitius Ulpianus.

4 – **Época Dominato** (Deocleciano até Justiniano): Constantino – pede o apoio dos cristãos tendo em vista a crise. Justiniano – cristianismo: religião obrigatória. Organização Política. Grande Fonte: LEIS; consolidação do que era anteriormente; impostas pelo imperador – constituições imperiais. Codificação – cria o código, disciplina. Consolidação – junta as normas, organiza. Código Justiniano: 529; reunião de tudo o que é DR; composto por 4 livros: Digesto e Pandectas, Institutas, Novo Código e Novelas (resolve alguns problemas e cria outros).

### **A ALTA IDADE MÉDIA**

Após a queda do DR – perda conexão dos caminhos, da comunicação, direito (já tinha se internalizado, na oralidade, na cultura, relação às regras q devem ser seguidas).

Do desaparecimento de Roma até o ano 1000: pequena relevância da cultura jurídica do período.

- anos 1000 a 1100 -> direito romano volta a ser estudado de outra perspectiva; 'jus' – coisas finas e elegantes – decorrem de estudo -> reformadas nas ESCOLAS direito => internalizado na oralidade, na cultura, relação às regras que devem ser seguidas. Renascimento do Ocidente especificamente dentro das universidades.

- 'directo' – caminho a seguir, influencia do cristianismo, período de vivência do direito romano

- após a queda do império: perda da conexão dos caminhos, da comunicação.

(mãe de Sto. Agostinho: Sta. Mônica)

### **Fatores de unificação: a tradição romanística**

O direito romano clássico

Época áurea: Séc. I a.C. a séc. III d.C.

Obra dos pretores: direito a partir das ações (ações de lei)

Lex aebutia de formula (149 a. C.)

Jurisconsultos

O direito bizantino

Influência do helenismo e do direito local: obra de Justiniano

O direito romano vulgar

Aplicação reduzida do direito romano clássico fora de Roma: romanização relativa.

### **Os estudos romanistas e a formação dos juristas**

O direito romano

experiência histórica

culturalmente localizada

referência para a tradição ocidental

Crítica das justificativas para seu estudo

Perfeição do direito romano

Perfeição material?

Perfeito? E o tempo?

Importância de seu legado

Impossibilidade de uma transposição no tempo

Herança

## **AS VERTENTES DO DIREITO MODERNO: A HISTÓRIA DO DIREITO ROMANO, A HISTÓRIA DO DIREITO GERMÂNICO E A HISTÓRIA DO DIREITO CANÔNICO.**

O direito próprio, local (preponderante no local em determinado tempo, pequenas comunidades) compreende:

direito dos reinos (unidades políticas; Roma com certa organização)

estatutos das cidades – qdo se formam

costumes locais e privilégios territoriais ou corporativos.

O jurista formado nas escolas, inicialmente como clérigo, passou a exercer funções de direção técnica na diplomacia, na administração e, pouco a pouco, na jurisprudência dos territórios e dos Estados nacionais europeus.

PLURALISMO: tempos diferentes, histórias diferentes, lugares diferentes; várias matrizes para suas fontes.

### **Os poderes ordenadores segundo Wieacker: (não são únicos, descentralizados)**

**Os restos da organização do estado romano:** a lei imperial na organização das instituições e o direito como ciência (permanecem na cultura oral, como costume, tradição, vestígios – consolidação com o trabalho dos bárbaros) especializada e diferenciada. Nos primeiros tempos, o direito como técnica de exercício de poder e só depois foi assimilado a alta especialização do direito romano.

*A igreja romana (não está centralizada, não tem o Papa)*

*A tradição escolar da antigüidade tardia*

Pulverização: da planificação para a intuição e sentimento da vida

O início da participação dos súditos (influencia a participação das pessoas)

### **HISTÓRIA DO DIREITO NA IDADE MÉDIA**

Os sécs. V e VI caracterizaram-se pelas invasões bárbaras e pela queda do Império Romano Ocidental (cai em 476) – processo envolve outros elementos.

As invasões bárbaras

### **Elemento novo - o elemento germânico (se misturam)**

**A única instituição que fica em pé e passa a reciprocamente influenciar os Bárbaros é a Igreja (centralizadora de poder, ganha poder)**

Se com os Romanos a Igreja sofria constante ingerência civil dos imperadores, com os germânicos foi a grande mestra e educadora.

### **Sentido de nacionalismo (necessidade de conversão)**

Levava a que o direito fosse vivido como poder inerente a uma personalidade do indivíduo ou de um grupo étnico e nacional. Assim à *civitas dei* de Agostinho foi acrescentada a *civitas terrena*, por influência deles e também Igreja territorial.

### **As invasões**

Invasões dos bárbaros ao império, tentativas de codificação. A ocupação do império pelos povos do norte foi resistida pelos romanos, desde meados do Séc. II. Centralização da atividade legislativa e judiciais no Imperador, ao mesmo tempo minava o modo de vida romano tradicional.

Influência das invasões bárbaras no processo de consolidação do Direito Romano

Conflito que leva à centralização administrativa

Crise social, econômica e política (última fase). O Império com sua burocracia e exército já não se sustentava. Barbarização crescente e cotidiana. Abandono do padrão clássico de vida civil. Segundo Salviano, muitos romanos passavam para o lado dos bárbaros.

Um exemplo: a descrença de Agostinho no governo dos homens (sintoma de descrença no homem)

Interpolação: misturado de direito não romano.

É o fim da civilização romana. Agostinho em *A cidade de Deus* mostra seu conhecimento do que é um processo judicial, mas não demonstra entusiasmo pelo dir. romano: é instrumental, útil, necessário, mas não desempenha papel motivador para uma civilização.

### **Os bárbaros**

Os costumes dos povos bárbaros se assemelhavam muito entre si. Não contava com vida urbana, não tinham individualidades definidas à maneira romana. A influência do dir. romano era num certo sentido apenas relativa; era encarado como direito superior, mas não era possível preservá-lo sem preservar toda a vida material romana ou suas instituições políticas.

Primeiro problema: não ocorre de pronto uma fusão de romanos e bárbaros.

Proibição de casamentos inter-raciais (arianos e católicos, entre os romanos ou galo-romanos e os bárbaros); diferenças de caráter religioso. Os arianos – cristãos que não aceitavam o credo definido no Concílio de Niceia (325 a.C.): o Filho não era co-eterno e consubstancial ao Pai. A Igreja se dividia entre católicos e arianos.

Pessoalização da lei

Variação segundo a etnia – no msm espaço do reino dos francos sobrevivem comunidades de galo-romanos e a eles se aplica o seu direito. Aos francos se aplicava o direito franco, seus costumes e tradições.

Participação da Igreja na unificação – alinhar-se ao princípio da territorialidade, unificando o direito de todos os que aderem a um rei bárbaro que se converte ao catolicismo.

Consequência: pluralismo, ordens jurídicas paralelas e simultâneas

Possibilidade de existência simultânea, no msm território, de ordens jurídicas paralelas, aplicáveis a grupos de pessoas distintas.

REGRESSÃO: com a invasão ocorreu a decadência do império e regressões de GOSTO – abandono do que era belo e monumental na civilização do Mediterrâneo; DEMOGRAFICA – diminuição da população, peste negra, guerras; MATERIAL – abandono de monumentos, aquedutos, estradas e campos cultivados; PAGANISMO – várias dioceses ficam sem bispo; as populações rurais voltam a crer em espíritos e encantamento das florestas.

Desaparece a pax romana – tempo de violência, desaparece a estabilidade romana, as redes de comunicação, os controles sociais se afrouxam, os penitenciais surgem (livros que orientavam os mestres espirituais e confessores cristão e p isto costumava-se elencar os tipos mais comuns de pecados)

### **OS DIREITOS GERMÂNICOS (povo invasor; direito trazido e se mistura ao dos romanos)**

Na sua origem um direito costumeiro, não escrito, acessado por fontes literárias latinas, germânicas, pelos costumes redigidos após a invasão e pelos costumes escandinavos. (vem com a cultura)

Evolução do direito na Europa ocidental nos séc. V a XII: (desaparece, mas sobrevive)

sobrevivência e desaparecimento progressivo do direito romano (na oralidade, no código de Justiniano, guardados).

progresso dos direitos dos povos germânicos, em contato com populações romanizadas;

Influência das compilações : *Leges visigothorum*, *lex baiuvariorum*, *lex borgundionum*, *lex salica*, *dos francos*, *Edito de Rotario (dos lombardos)*, além do *Breviário de Alarico* (produto das misturas)

atividade legislativa dos reis e imperadores, sobretudo dos Carolíngios;

desmembramento do poder no quadro das instituições feudais. (senhores e servos, normas de conduta, costumes locais).

Movimento da oralidade para a escrita – precária.

### **O direito no reino dos bárbaros**

No final do século V e início do VI: francos (Clóvis, controle do norte que hj é a França), ostrogodos (Teodorico, o Grande, controle Itália setentrional a partir de Ravena), visigodos (Eurico e Alarico, controle sul da França ou Gália) disputa pelo Ocidente. Gália: divisão entre romanos e não romanos é forte. Teodorico governava com conselheiros romanos que mantém de modo geral. 2 ordem de direito:

1 – Direito costumeiro dos bárbaros:

Consolidação de costumes -> LEI; aceita pelo rei e pelo povo, aplicar-se aos francos sálicos.

A Lex Salica – volume de regras que regulam crimes; revela conflitos, distinções, diversidade de grupos e interesses. Versão original: Clóvis redigiu com a ajuda de galo-romanos conhecedores de direito. Demonstram a espécie de sociedade. Coleção de casos especiais e de costumes. Importância de relações desiguais o valor extraordinário da propriedade e das coisas que cercam a casa e a unidade familiar. Desaparecimento do Estado, da vida civil.

Normas que revelam a violência da sociedade: relativas a furtos, roubos e várias formas de violência contra a pessoa

Castigos e indenização: espetáculo (visibilidade)

Diferenças sociais, corporais.

2 – Direito Romano Bárbaro ou direito romano vulgarizado (Lex romana barbarorum):

Tentativa de conservar alguma coisa do direito romano pelos bárbaros. Garantia de legitimidade política e de aceitação. Conversão dos rei dos francos – Clóvis - ao catolicismo e a edição por Alarico, rei visigodo, foram feitas para conquistar simpatias entre os galo-romanos. A vitória coube aos francos, e os visigodos reinaram mais ao sudoeste, na Península Ibérica.

Oralidade e (tentativas) compilação – copiar manuscritos

## As coleções

**Lex Borgundiorum** – lei romana do borgúndios – 500 d.C

**Lex Romana Visigothorum** – Breviário de Alarico – inspiração direta no Código Teodosiano (tentativa das Constituições Imperiais) – 506 d.C, revisto entre 572 e 586. Valeu por mto tempo, sendo reformulada várias vezes e inspirada no *Codex Theodosianus*, mantendo uma relação direta com a tradição romana. Continha as constituições já incluídas no Código Teodosiano, as pós-teodosianas (Liber Gaii), as Sentenças de Paulo, Respostas de Papiniano e constituições anteriores constantes dos códigos Hermogeniano e Gregoriano. Em 589 com a conversão dos visigodos ao catolicismo, passou a ter aplicação geral. Foi reformulada em 654 como Liber Iudiciorum aprovado no Concílio de Toledo, no reinado de Rescevirindo; revogada em 1250 por Afonso X, por força da edição das Sete Partidas. É com Rescevirindo que o esforço de integração entre hispano-romanos e visigodos aumenta: O Liber Iudiciorum passa a valer territorialmente e não mais pessoalmente. A regressão material impõe a autarquia da vida das pequenas comunidades e o costume se torna cada vez mais importante. A cultura escrita era mínima, então a aplicação do código era pequena.

**Código de Eurico** – 476, elaborado por juristas de formação romana editados pelos visigodos.

Apesar da tendência ao alcance geral, as dificuldades vindas da escritura e a imposição de uma cultura oral devem ser levadas em conta

Conservação de alguma memória do direito romano. Só então no sec. XII recupera-se progressivamente monumentos e escritos do mundo antigo. A civilização romana sobreviveu, mediante os Bárbaros, ao longo da Idade Média e para além dela.

**Os concílios e a Igreja** – reuniões de q resultam normas, não são organizados, podem decidir coisas #. Domínio do cristianismo não é uniforme.

Importância da Igreja: em razão da fé/política

Vazio político ou incompletude política: falta de qq vocação totalização do poder político, incapacidade de pôr-se como fato global e absorvente de todas as manifestações sociais, sua realização no processo histórico medieval cobrindo apenas certas zonas das relações intersubjetivas e consentindo outras a possibilidade de ingerência de poderes concorrentes. Nestes espaços não ocupados pelo Estado achamos os costumes locais, os poderes senhoriais e as regras eclesiásticas.

As distâncias e a comunicação

Cria Instituições eclesiásticas - bispo de Roma que dirime conflitos

Sobrevivência de elementos de romanidade – hierarquia, sacramentos, rituais, costumes e fusão cultural. Imposição de mecanismos de regulação social.

Nos primeiros séculos, a Igreja ainda não é a centralizada e monárquica. A Igreja vê-se ameaçada pela religião pagã dos próprios bárbaros e adesão dos msm bárbaros a versões heréticas do cristianismo (arianismo); sendo incapaz de conter a regressão ao paganismo.

Fenômeno do século XI – recuperação do dir. romano. Descentralização; importante para o direito canônico -> da Igreja: pluralismo, diversidade – necessidade de uniformização – não se forma a partir de uma estrutura descentralizada, tende a se organizar, entendimento filosófico. Acesso difícil à informação.

2 instrumentos importantes para a cristianização da Europa: Concílios e Movimento monástico: Federação de Igrejas, reunião de líderes em sínodos ou concílios regionais. Gregório Magno manda dos monges em missão para desencantar os bosques.

Afastando a magia ou substituindo-a

Orientado sob a forma de confissão: os confessores vão instruir os fieis, surgimento dos penitenciais.

Discussão nos Concílios: convocados pelos reis e bispos – matérias de interesse público

Processo de regulação – msm q as normas fossem antagônicos – para evitar as contradições

Consultas ao Bispo de Roma apenas em situações especiais; para arbitrar questões qdo provocado.

## O direito medieval feudal

Separação do poder secular do eclesiástico

Processo: conflito entre papa e imperador, clero e nobreza: Igreja x Estado. Impossibilidade de qq poder secular ou eclesiástico impor-se hegemonicamente ou de modo incontrastável aos outros.

Por quê? □ Circunstâncias:

Fraqueza econômica, militar e política para um único senhor

Localismos – inclusive no direito. Consolidado – autonomia – poder próprio.

Autarquia da vida econômica – feudos. Evitou alguém cujo poderio fosse incontrastável em extensão e duração

Processo de sofisticação de ideias – universidades. Ambiente de expansão material e comercial sem estar subordinado a um só poder militar ou político. Disputas na justificação de qq poder a partir do sec. XI.

Estado laico – discussão importante. Ocidente absorveu de forma # a ideia de Igreja e Estado por causa dos conflitos sempre presentes.

### **Direito de ordens e estamentos**

Homens divididos: (ordens)

Oratores – os que oram (Igreja)

Bellatores – os que lutam (nobreza)

Laboratores – os que trabalham (servos)

Organização normativa #; não há centralização normativa. Concepção de organização: divisão do trabalho.

### **2 sistemas de relação:**

1 – **feudal**: relativa a vassalagem, relação entre senhores e tenência de terra

2 – **senhorial**: relativa a apropriação da renda da terra, relação entre o servo e o senhor.

### **Os vários sistemas feudais: tempo e lugar -> 2 feudalismos**

#### **Primeiro feudalismo (séc. VIII-XI)**

Os reinos eram comunidades de cristãos sob um rei, não eram territoriais; etnias sob um rei. Só os grandes senhores e reis viajavam: não havia representantes dos senhores nas comunidades locais. Os senhores davam o *beneficium* (religioso) ou feudo aos vassallos. O vassallo se entregava ao seu senhor num rito solene e recebia em troca uma terra. Relação: pacto perpetuo e mudava o status do vassallo. Forma de contrato com caráter religioso. Não era possível a dissolução por mutuo consentimento, salvo por *diffidatio* – um dos dois era infiel, negando-se a prestar o serviço, traindo-o. Força do costume oral.

#### **Segundo feudalismo (séc. XI-XVI)**

Surgimento do direito canônico e civil estudado nas universidades. As obrigações pessoais transformam-se em OBJETIVADAS (diferentes direitos sobre as terras, sistemas de taxas e rendas, direitos aos serviços, ao casamento com filhos vassallo ou imposto sobre o casamento). Desenvolve-se a hereditariedade do feudo e sua alienabilidade com uma taxa para o dominus eminens (senhor direto). Distinção entre o direito de exploração (domínio útil) e direito de renda (domínio direito ou eminente).

#### **Crescimento das cidades e da complexidade**

Processo oral – assembléias – e o processo de provas era o dos ordálios, cheios de testemunhas, desafios e duelos. A corte senhorial era presidida pelo senhor da região, mas são os pares que julgam seus pares. As cortes tbm são órgãos de conselho e de gdes deliberações.

Sistema de justiça feudal e senhorial. Justiça: centro da vida jurídica. Dar regras gerais (legislar) e particulares (julgar). As regras gerais e aplicáveis nos casos futuros são decididas em conselhos e cortes de modo a atender os interesses de alguns.

#### **Governar: administrar a justiça.**

Guerra como ordálio entre os senhores. As cortes entram em crise qdo o sistema político vê-se disputado por senhores inferiores em ascensão (econômica e militar), senhores superiores (reis e príncipes) e pela jurisdição paralela da Igreja.

#### **2 espécies de feudalismo:**

1 – **com direito e coação sistematizada**

2 – **sem direito ou coação sistematizada.**

#### **O que são os ordálios?**

E Deus? Faz chegar a verdade p a solução dos conflitos. A prova feita por Deus?

O que são os ordálios? Não tem compromisso com a verdade. (vindo de Deus)

#### **O direito feudal em evolução**

Processo de compilação: Usos de Barcelona (1068); Carta de Pisa (1142), Libri Feudorum de Milão (1095-1130). Os costumes feudais entram tbm nas compilações de direitos reais da Sicília, de França, da Normandia, dos ducados Alemães dos quais os juristas escreveram mais tarde.

Em Portugal (forma-se reino no sec. XII, no auge do feudalismo) – com Hespanha:

Quatro sistemas jurisdicionais (pluralismo)

## O que é jurisdição?

Comunitário-concelhio – comunidades camponesas nas zonas de fronteira, oficializado depois pelos forais.

Senhorial – senhores com jurisdição para recurso ou apelação, originava-se do poder dos senhores; julgavam vassalos e oficiais do senhor.

Eclesiástico – renascimento e crescimento do dir. canônico.

Régio – crê no direito de julgar os costumes e eliminar os que não são razoáveis. A afirmação jurisdição regia dá-se numa longa disputa dos nobres.

Exemplo de Hespanha: a sobrevivência do costume de o marido matar a mulher adúltera. Os juristas começaram a negar a validade de tal costume.

Lei editada por D. Afonso IV (1326) proíbe que os senhores vinguem pessoalmente as ofensas recebidas, com cominação da pena de morte

Tribunais que se baseiam em fontes #.

## A propriedade rural

Poderes distintos – formas distintas

O direito de jurisdição (julgar as disputas dentro do território perspectivo) x o direito de (exploração da) propriedade (parcelas de poder de exploração). A terra era uma entidade sobre a qual havia servidões entre prédios e terras, havia serviços ligados à terra e ao direito sobre ela. A terra era o centro do pensamento, e o direito subordinava-se a uma dinâmica que se encontrava na apropriação deste bem.

Relações de fidelidade: ligações perpetuas entre vassalos e senhores (pro-vita). Relações de poder

Direitos limitados quanto ao exercício (não podia tudo) e o tempo (a hereditariedade não era total)

Aos senhores os direitos (dominius) de caça, pesca e banalidades – obrigações impostas aos peões (privilégios, monopólios do senhor direto da terra); pagamento de taxas e tributos. O desapossamento sem justificativa era uma violência pessoal e grave – diffidatio – rompimento da fidelidade. A posse era um direito que se transmitia, se conservava e não permitia a alienabilidade -> o aceite da alienabilidade inicia o fim do feudalismo e a servidão.

Em Portugal mais mistura: a estrutura anterior *detenção alodial ou livre* – o homem ocupa, explora trabalha a terra é livre e presta tributos e reconhecimento a um superior; *detenção precária* – o camponês não detém a terra em nome próprio, mas no nome de um concedente, a qm paga diversos deveres; *detenção comunitária* – terras de vilas, concelho ou terrenos baldios, coisas comuns que poderiam ser usados pelos vizinhos da freguesia. O feudalismo se afirma com a reconquista e a alodial decai em favor da precária.

O direito dos mouros x o direito feudal

Crise no campo: peste, novas atividades econômicas. Lei das Sesmarias -> terras abandonadas voltavam ao domínio da Coroa que as retribuía a qm pudesse e quisesse lavra-las. Inquirições: recuperar as terras regias e investigadoras das confirmações de dominium e titulo.

## A formação do direito inglês

Em relação ao direito inglês, criou-se acima de tudo uma idéia mítica: a mística do juiz inglês - incorruptível e habilidosíssimo no achar da solução para o caso concreto.

Reinado de Henrique II – estabilização do sistema; o súdito pedia ao rei uma proteção junto à Curia Regis e o chanceller emitia um writ – formulas prontas e típicas, concedidas desde que pedidos e pagos adequadamente. Expansão dos poderes das cortes: se especializa em seções.

Writ: apelido de mandato de segurança no meio jurídico -> ordem do juiz para ser cumprida no dir. inglês.

Orgulho da ausência de ruptura com a tradição histórica costumeira do direito.

O direito inglês é o direito do judge-made-law, ou seja, é diferente do direito erudito que formou o *ius comune* no continente.

Direito costumeiro e difuso: organização dos precedentes (sec. XIX)

Do ponto de vista da evolução, *René David* divide a história do direito inglês em quatro períodos:

Primeiro período: O romanos influenciaram por 4 séculos (4 fases): de Cláudio até o séc. V.

O período anglo-saxônico, anterior à conquista normanda de 1066.

- conversão da Inglaterra (dividida entre saxões, anglos, dinamarqueses) ao cristianismo;

- direito mal conhecido, redigido na língua local;

- prevalência, como no Continente, de um direito local (direito comum) □ como o direito germânico.

A formação do common Law (sistema desenvolvido pelas cortes reais, contra os costumes locais que não conseguem impor-se em todo o reino, não conseguem ser o direito comum de todo o reino) (1066-1485): ações específicas que vão resolver conflitos # do direito comum; necessidade de um dir. único.

Inglaterra: feudalismo centralizante; rei -> direito de resolver as questões de detenção de terra e passa a interferir nas disputas locais.

Era escrito na forma dessas decisões, precariamente, # da lei; mais acessível qdo a imprensa foi inventada. Foi se especializando, os institutos foram restringindo -> Renascença – necessidade de um direito abrangente. Junto com o direito local, o soberano cria lugares para solução de conflitos, direito dado pelo Rei.

A conquista por Guilherme traz a centralização do poder, reclama para si o direito de arbitrar as disputas sobre as terras. O rei conservava para si o domínio direto sobre todo o reino. Inquérito global – o livro do juízo final, a legitimidade das posses seria aferida pelo registro que o rei mandara fazer.

Os barões se sentiram ameaçados. Magna Carta – tentativa de impedir a centralização monárquica. Os breves do rei só seriam emitidos qdo houvesse costume anterior bem estabelecido, precedentes ou casos semelhantes definidos.

A jurisdição real se amplia, determinação de casos que não tinham precedentes, mas que requeriam uma solução de justiça. O assunto era remetido ao chancellor, ao bispo confessor do rei; era proposta uma solução de equidade.

Os remédios tradicionais da commow Law => ordens de restituição, devolução de coisas ou semelhantes.

necessidade de se agrupar à volta do soberano.

Inglaterra feudal, organizada de forma militar, que favorece o desenvolvimento da common law □ por oposição aos costumes locais, significa a lei comum a toda Inglaterra. As cortes originárias aplicam apenas este direito local. A uniformização vem dos chamados Tribunais Reais de Justiça, que passam a partir do séc. XIII a se chamar Tribunais de Westminster.

A extensão do poder do Rei leva à ampliação das questões que podem ser levadas as tais cortes e a modernização do processo (com o júri e o juramento na prova) leva à gradual perda de poder das outras cortes (modernização das cortes = o direito se forma do julgamento das ações).

Inicialmente a importância era mais para o processo - remedies precede rights - passando depois ao direito material, definido com base em precedentes.

Características relevantes da evolução histórica: concentração do interesse sobre o processo; fixação de numerosas categorias que definiram os conceitos no direito

A rivalidade com a equity (1485-1832) - renascença

recurso direto ao Rei que asoberbado delega ao Chancellor;

a partir de **1529**, o Chancellor é quase um jurista e não mais o confessor do rei □ desenvolvimento da equity;

Blackstone □ segunda metade do século XVIII □ compilação dos precedentes existentes.

princípios de equity se sedimenta, com influência dos do direito romano;

2 cortes que julgam de acordo com: common Law: ação, julgar com critérios, princípios => pluralidade/antinomia; equidade: varia de acordo com o pé do chancellor problemas de comércio, contratos => equidade solucionando questões => gde demanda => delega ao chancellor (subjetivo, instabilidade da corte)

na segunda metade do século XVIII □ direito comercial vai para o common law. (busca pela segurança, estabilidade).

Conseqüências: aumento das ações, cria commow Law – fundado na atuação das cortes para solução dos casos.

O período moderno

Triunfo das idéias democráticas de Bentham (queria a codificação, cálculo de contabilidade, leis + vantajosas para todos) - não quanto à codificação, mas quanto à necessidade de reforma do processo e dos tribunais e de consolidação com ordenação das leis em uso e de sua classificação. (organização dos tribunais; consolidação de uma corte)

Os Judicature Acts de 1873-1875 unificaram as cortes, suprimindo a distinção formal entre os tribunais de common law e os tribunais de equity, o que significa a **unificação** das duas categorias em um mesmo tribunal.

Law reports (consolidação das decisões anteriores, foi criticado; canalização da organização, cientificização; unificação das cortes que passam a julgar junto)

Aumento das normas estatutárias (statutes) como fonte de atuação, principalmente, do welfare state.

Distinção conceitual abrangendo os conceitos e os institutos □ razões de ordem histórica.

Não há conceitos como o de pátrio poder e em compensação há um número muito definido de ações: trusts, bailment, stoppel, consideration, tresspass, que são muito distantes de nossa tradição. (estudo a partir da ação, concreto)



Formação do jurista inglês era tradicionalmente feita pela prática e fora das universidades. # do continente

Por isto o direito material tem um caráter mais instrumental e estava vinculado à ação e à prática.

A regra no direito inglês será mais casuística e no direito continental mais abrangente e abstrata (citar exemplo da tabela do Tribunal de Alçada).

A *statute law* só tem valor quando retomada, reafirmada e às vezes modificada pela decisão judicial. Interpretação depende da decisão.

Inflação de regras e de dicionários jurídicos.

Estabilização do sistema: tradição do direito real determinada não pela universidade mas pela forma do juízo e pelos precedentes. Isso dificultara a romanização do direito.

## **O DIREITO CANÔNICO E A FORMAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO NA IDADE MÉDIA**

A base do direito comum continental; várias fontes.

Direito único na Inglaterra: influencia das escolas – principal Bolonha e os glosadores – restauração do dir. romano; influencia teórica da filosofia (Santo Tomas de Aquino).

Importância na esfera das instituições (processo e conceito de jurisdição) e da cultura jurídica (racionalização e formalização do direito). Reorganização completa da vida jurídica européia, e as cortes, tribunais e jurisdições leigas, civis, seculares e principescas influenciadas pelo direito canônico. Processo *ius commune*.

Primeira classe de juristas profissionais com carreira assegurada na burocracia eclesiástica.

### **Uma ordem jurídica flexível**

#### **□ Pluralidade de ordens normativas – pontos variados de referência**

#### **□ Direito como território suspenso:**

- Entre o céu e a terra – direito que vem no céu, mas está na terra

- Entre a religião e o direito terreno

- A ordem da *graça de Deus – sanção, algo que vem do além.*

- *Mistérios...*

- *A graça de Deus e a graça dos homens*

#### **□ O que o príncipe cria? Capacidade normativa concorrente com a Igreja.**

- *Novas normas*

- *Tornam ineficazes normas existentes*

- *Modificam a natureza das coisas humanas*

- *Modificam e definem o seu de cada um*

Tenta transição entre a cidade dos Deus e dos Anjos.

#### **□ A equidade – de acordo com as situações**

- *Um decreto especial, uma justiça especial*

- *Ainda a graça como critério sobrenatural*

- *Incompatível com o racionalismo (exige certeza da lei) que se seguiu (rejeita a criatividade, exige um sentimento jurídico)*

- *Uma lembrança concorrente no tempo*

- **O direito inglês**

#### **□ O costume – vai sendo escrito**

- “É provável que se tenha que atribuir ao direito consuetudinário local – parcialmente constituído por regras ‘de bom senso’ ou por regras ‘do precedente’ – um papel mais importante do que até hoje lhe tem sido reconhecido mesmo para a época moderna” –Hespanha, p.140.

Idade Média -> dir. local que carrega a influencia do dir. romano; elementos da cultura; direito sempre foi desarrumado até hj.

#### **□ A legislação – se presume conhecida por todos**

- Dificuldade histórica da definição do que seja lei: interpolação?

- Fontes que coincidem o resultado da atividade dos juizes → visibilidade?

## ❑ A construção de uma teoria ou de métodos de pensar e escrever sobre o direito – formação do dir. comum

- O papel dos canonistas - teólogos
- O papel das escolas
- O problema geral da pesquisa histórica.

### A formação do direito comum: retomando o tema

## ❑ A busca de um direito comum – Escola de Bolonha

- Desaguando no *bartolismo*, na escolástica jurídica, no *mos italicus* (ESCOLAS – a partir dos anos 1000)

## ❑ Fatores relevantes:

- Reconstituição do Sacro-Império Romano-Germânico com Carlos Magno (Século IX)

❑ Objetivo: Uma religião, um império, um direito (uma música) – uniformizar; não conseguiu mas nasce a primeira tentativa de construção do dir. único com base no Romano.

Santo Tomas: pensamento sobre a justiça (1225-1274)

- Homogeneidade da formação dos teóricos

### O direito canônico e a formação do direito ocidental moderno

- Alguns lugares de influência - características do dir. canônico, fonte central de emissão, poder q organiza, matriz escrita; poder acirrada disputa: Igreja forte, contraditório, busca do conhecimento, desejo de saber o que acontece. Estrutural, formalismo.

Reorganização da vida jurídica: influencia efetiva das cortes legais;

Participação na formação do *ius commune* que influencia a Europa até o sec. XVIII;

Influencia do procedimento inquisitorial (inquérito): oposição ao adversarial (provas conhecidas, se ilícita é dispensada; brigam para dizer quais as provas vão ser consideradas, direito brasileiro: não há exclusão de provas, mas valoração) (Law and order)

Racionalização e formalização (estrutural) do direito

Primeira classe de juristas profissionais: burocracia eclesiástica

Influencia da vida da Igreja

Surgimento de novas penas com o direito penal canônico, além de reparação de danos, multas, perda de título e banimentos: perda da função, confinamento num mosteiro, prisão e prática de caridade

Começo formação: alta Idade Média

### O direito canônico

- Tradição canonística – fruto do Direito da Igreja cristã

## ❑ Constituição de um corpo normativo (conj. De normas)

- Além dos Livros Sagrados

- Fontes: (mtos textos precisa de alguém para organizar)

❑ Decretos dos concílios, ecumênicos, regionais, provinciais ou diocesanos

❑ Constituições ou estatutos diocesanos

❑ Determinações dos papas (decretais e constituições pontifícias)

- Encíclicas e bulas

❑ No decorrer do tempo, a partir dos anos 1100, importância da obra dos canonistas, dos teóricos da teologia e do direito canônico como *sistema*

Várias pessoas construindo o direito; desejo da Igreja de possuir um sistema normativo organizado.

### Disputas de poder

Antes: centralização difusa, pluralista

Períodos:

Entre Igreja e Império, Igreja e Estado Nacionais

Até **Gregório VII** (circa 1073 e 1085), a Igreja como comunidade sacramental e espiritual, como federação de Igrejas nacionais

Disciplina menos rígida e tradição mais pluralista

Atuação do Bispo de Roma com envio de missionários

Com o modelo carolíngio

- Subordinação ao poder civil
- Processo de acomodação entre os senhores seculares e religiosos

Com Gregório VII – estrutura organizada se estabelece - início

- Distinção entre sacramentos e leis – corporificação da Igreja
- Libertação da Igreja do poder secular – solidificação do Estado

Carlos Magno – processo de uniformização e fortalecimento da convivência conflituosa entre o poder da Igreja e do Estado

Até então, a Igreja era uma Federação de Igrejas nacionais. Gregório Magno envia missões para estabelecer o cristianismo; envolvido na adm. de Roma; início expansão para o Ocidente: tornam-se do que vira a ser o Estado: dominação burocrática racional, legal, formal.

Nasce o direito canônico: aliado ao dir. romano clássico e ao dir. inglês. Propõe-se a liberar a Igreja do poder secular, organizando um poder político mais eficaz que seus adversários. Sucesso dos institutos do direito canônico: o desenvolvimento racional e forma do processo canônico.

### **Gregório VII – transformação radical**

- Oposição à simonia (venda de coisas sagradas), ao casamento de clérigos (padres), à nomeação de leigos, à nomeação de leigos para cargos mais altos
- 1075 - Dictatus papae (editos): poderiam ser um simples aidememoire para os funcionários da corte pontifícia para ajudar a classificar decisões, se tratava de uma série de títulos ou princípios visando dar liberdade e independência à Igreja. 27 proposições revolucionárias das terras do Império e do resto da Cristandade latina.
- Reações como a de Henrique IV - respondeu com uma carta com apoio de 26 bispos.
- consequência: Guerra das Investiduras – questão do poder autônomo da Igreja e centralização do poder no Papa; paralelo ao Estado. Poria fim ao modelo carolíngio de relação entre Igreja e Estado. A guerra termina com a *Concordata de Worms em 1122 e em 1107 na Inglaterra com a Concordata de Bec: o papa investiria os bispos, mas o imperador teria o direito de estar presente nas suas eleições. Uma solução de compromisso.*

Da concepção da Igreja de Gregório começou a nascer o Estado: uma burocracia, um poder para criar legislação, uma ambição de universalidade. Finalidade: estabelecer um poder em suas mãos, um controle central de uma população dispersa, o estabelecimento de uma identidade corporativa do clero com um certo corpo de leis disciplinares, o que veio a dar-lhe verdadeira consciência de classe. Princípio: superioridade da lei sobre os costumes.

- Dito atribuído a Gregório VII: “O Senhor disse: Meu nome é Verdade” e não “Meu nome é costume”. É visto por todos como regra.

### **O direito canônico**

Gregório VII afirma seu poder de legislar e criar novas leis de acordo com as necessidades do tempo, leva ampliar novos cânones que devem encaixar-se na tradição da Igreja. Só ele (o papa) pode explicar as antigas normas e interpretar autenticamente.

Jurisdição: era a única atividade do poder. Toda decisão deve ser uma distribuição de justiça (dar o devido a cada um). A interpretação, legislação e aplicação do direito no caso concreto, se misturavam de modo q uma resposta tornava-se precedentes vinculantes e normativos gerais.

Hermenêutica – primazia sobre a vida do direito.

☐ Sua influência decorre do seguinte, segundo *Gilissen*:

- do universalismo cristão (pensamento teórico);
- do fato de ser único direito escrito; (nasce com a escritura)
- da atribuição aos tribunais eclesiásticos da competência exclusiva em numerosos campos do direito privado (casamento e divórcio, p. ex.);
- constitui-se uma *ciência* do direito canônica muito antes do direito laico.

### **O direito canônico: compilações – manifestações de organização.**

Objetivo: reduzir a pluralidade p facilitar o entendimento.

☐ A organização feita no reino visigótico da Hispânia

- ❑ Em 1090, Ivo, bispo de Chartres, redigiu a *Panormia (norma que contem tudo)*, e depois a *Collectio Tripartita* e um *Decretum*, cujo prólogo se intitulava *De Consonantia Canonum*. – processo de organização
  - “O objetivo de seu trabalho era reduzir a pluralidade a um todo que pudesse ser dominado e transmitido escolástica e escolarmente”
- ❑ A organização de *Graciano*, professor de teologia em Bologna, contemporâneo dos glosadores (glosas: textos romanos de Justiniano e explicam; bases bastantes organizadas) - *Decretum gratiani* - de 1140, com 3.800 textos de relevância jurídica, com comentários
- ❑ As 700 Decretais do Papa Alexandre III (1159-1181), aluno de Graciano e professor em Bolonha (escola de Bolonha)
  - Sobre vereditos e casos concretos ou consultas que se tornaram regras gerais
- ❑ Produção de Inocêncio III (papa de 1198 a 1216), papa durante o Concílio de Latrão (1215) deixou outras decretais e cuidou especialmente do processo
- ❑ A atualização por Gregório IX em 1234 (*Decretales*)
- ❑ Edição do Livro VI sob o Papa Bonifácio VIII em 1298
- ❑ Edição *Clementinae*, decretais do Papa Clemente V, editadas sob o Papa João XXII

### **O Decreto de Graciano – 1140 – texto complexo; objetivo: organizar o direito**

Obra fundamental do direito canônico clássico;

- ❑ Texto como corpo vivo – vivido pela tradição e com um futuro
- ❑ método escolástico: “Em caso de contradição, seria preciso fazer uma distinção (formas de afastar antinomias)” → problema da antinomia:
  - distinção dos possíveis sentidos das normas, eliminação das contradições filológicas
- ❑ Distinção em termos de espaço (lei local particular revogaria a lei geral), tempo (norma posterior revogaria a anterior), matéria (lei especial revoga lei geral)
- ❑ Avaliação caso a caso – racionalização não é abstrata. Critérios universalizados.
- ❑ Composição
  - ❑ 101 distinções (princípios e definições)
  - ❑ 36 causas (hipóteses aplicativas e casos)
  - ❑ 5 questões (relativas aos sacramentos)

### **As Decretais de Gregório IX – 1234**

Decretais – vereditos ou decisões de casos concretos ou consultas que se tornam gerais.

Tribunal de Inquisição: tribunal de exceção, dispunha de regras próprias, jurisdição ordinária (bispos locais)

- ❑ Elaboradas por Peñafort, dominicano (organizar todo o material que havia sido produzido desde o tempo de Graciano)
- ❑ Composta de 5 livros
  - ❑ 1. Fontes do direito, bispos e juízes (governo da Igreja)
  - ❑ 2. Matéria processual
  - ❑ 3. Do clero, do sacramento e das coisas
  - ❑ 4. Dedicado ao matrimônio
  - ❑ 5. Delitos, penas e processo penal
- ❑ Foi base para a organização das Ordenações do Reino (Alfonsinas, Manoelinas e Filipinas) – textos laicos
- ❑ Oficialização do texto: enviado as escolas de direito – objetivo: ensinar

*Corpus Ius Canonini* - conjunto do Decreto de Graciano e as Decretais de Gregório IX com os acréscimos posteriores.

Decretalistas: tinham como base o decreto de Gregório.

### **O direito que se ensinava**

- ❑ Estudo dos dois direitos
- ❑ Direito civil: Romano, imperial, cesáreo
- ❑ Direito canônico: eclesiástico

- ❑ Em Paris, só se ensinava o Direito Canônico – de 1219 a 1600; medo dos reis de parecer submissão ao imperador alemão do Sacro Império

### **Os canonistas**

- ❑ Construção de uma burocracia em torno do saber do direito e de sua aplicação
- ❑ Trabalho com conceitos
- ❑ Soberania, império, poder
- ❑ Limites da verdade e da fé, da razão e da fé

### **Direito canônico e o processo canônico**

❑Direito natural: todos se subordinavam a ele e ao direito divino. Princípio de coerência interna: processo de harmonização lógica, moral e política. Mecanismo político de controle dos costumes.

❑Tarefa dos canonistas: harmonizar e hierarquizar a variadas fontes de autoridade – Bíblia (fonte moral); concílios (legal); decretais (jurisdicionais e adm.) sem falar dos costumes locais.

- ❑ Condução por profissionais - canonistas
- ❑ Reconhecimento de um sistema de recursos – permite a uniformização, concentração e centralização do poder.
- ❑ Perspectiva investigativa (inquisitorial)
- ❑ Inquisitorial: vantagens e desvantagens
- ❑ Imposição da escrita sob a oralidade - constituição de um sistema cartorial
- ❑ Como se chamam ainda que informalmente as secretarias das Varas Cíveis?
- ❑ O que isto significa?

### **Competências e jurisdições**

- ❑ As coisas do foro íntimo
- ❑ Os pecados e o perdão: confessor e consciência
- ❑ As coisas de foro externo
- ❑ O julgamento e a sanção
- ❑ As separação das jurisdições: ainda existe
- ❑ Em razão da matéria (justiça do trabalho)
- ❑ Em razão da pessoa (foros privilegiados)

### **O direito canônico**

- ❑ Decadência das jurisdições laicas entre os séculos X a XIV:
  - Competência em razão da pessoa:
    - ❑ os eclesiásticos;
    - ❑ os cruzados;
    - ❑ os membros das universidades;
    - ❑ as pessoas miseráveis.
  - Competência em razão da matéria:
    - ❑ Em matéria penal (infração contra a religião ou contra regras do direito canônico - adultério e usura, por exemplo;
    - ❑ Em matéria civil (ligadas aos benefícios eclesiásticos, ao casamento e matérias conexas, inclusive legitimidade de filhos, aos testamentos quando continham legado pio (para a Igreja)
    - ❑ Execução de promessa feita sob juramento.
  - Contestação pelos tribunais laicos
    - ❑ Perda de importância até por acordos
  - Atenção para o processo inquisitório, que levou à permissão da tortura contra o heréticos por uma bula de Inocência IV de 1252.

### **Formalização e racionalização do processo**

- Introdução do escrito

- Figura dos notários: os que registram a memória. Redator oficial de formulas e atos judiciais, termos são reduzidos a escrito como memória do processo. É o oficial da corte e não apenas um perito em escrever.
- Definição das fases do processo – organizadas com clareza; o queixoso apresenta seu libelo ao oficial, que convoca o réu e na sua presença lê os termos do pedido.
- E das exceções: dilatórias ou peremptórias – matérias de defesa; preliminar; que impedem o andamento da ação.
- A questão das provas irracionais → tentativa de aboli-las. Apresentação e colheita de provas, centralização monárquica da Igreja que está em andamento.
- Os ordálios constituíam as provas irracionais: caráter mítico, não investigativo; invocação da providencia divina para intervir.
- A busca da confissão: a retórica como em Salomão
- O papel do fato notório, das presunções....

Processo canônico cumpriu o papel disciplinador que a legislação por si só jamais conseguiria cumprir.

Princípio de aceitabilidade das provas: probabilidade, relevância e materialidade. Descarte das provas supérfluas (o que já se sabia); impertinentes (não se dizia respeito ao que se discutia); obscuras (não se pode deduzir com segurança sobre elas); excessivamente gerais ou inacreditáveis e antinaturais.

A finalidade da prova era a descoberta da verdade e o juiz era o guardião desta busca, dispondo de poder para investigar, perfil inquisitorial do processo europeu continental.

### **O inquérito e a inquisição**

- Um antecedente dos CSI? Capacidade de detecção dos fatos
- O lado bom e o lado mal
- Os riscos de degeneração
- A necessidade do contraditório x a permissão de tortura (com Inocêncio IV)
- Não seria uma delícia ler o manual do inquisidor de Bernardo Gui e entender como isto tudo se colocava aos olhos daquele tempo? Ânima de ter a prova; tortura para conseguir a confissão
- O quanto isto nos contaria sobre riscos?

Inquérito – não mais duelando ou guerreando e sim fazendo perguntas.

### **As Escolas e os métodos**

- As escolas de direito no fim do período romano e a obra pedagógica dos juriconsultos
- A redescoberta da antiguidade clássica
- Os tradutores do Oriente para a Península Ibérica – código de Justiniano
- A recuperação dos textos jurídicos
- A littera pisana-florentina e a littera vulgata
- O papel dos clérigos com seu treino em leitura
- A Escola de Direito de Bolonha

Hermenêutica nasce, interpretação do código de Justiniano.

### **O método da escolástica – estudo do dir. romano**

- Reverência ao texto de Justiniano como se fora sagrado – base de recuperação do dir. romano
- Diversidade dos contextos da formação e da restauração – 1050 em Bolonha x 535 em Constantinopla
- O papel das universidades – começa com Carlos Magno
- Escolástica:
  - a filosofia e a teologia que eram ensinadas nas escolas medievais. O ponto de partida é a organização das escolas promovida por Carlos Magno. Se o fechamento das escolas pagãs por Justiniano marca um ciclo, a abertura de novas instituições educativas marca outro.

Busca pela educação.

### **A ESCOLÁSTICA**

- As escolas – vinculadas à Igreja
  - *monacais* (ao lado das abadias),

- *episcopais* (anexas a uma catedral)
- *palatinas* (anexas à corte: *palatium*), idealizada por *Carlos Magno* e confiada ao Alcuíno de York (730-804) → o seu grande trabalho foi a elaboração de manuais sobre toda as artes e culturas antigas e clássicas e sobre teologia.
- O Séc. XII se caracteriza pelo conflito generalizado entre o império e o papado, pela expansão das cidades lombardas, pelas cruzadas e pelo desenvolvimento da escolástica.
- As *universidades* surgiram no séc. XIII quase como corporações de ofício, sindicatos que tutelavam o interesse das corporações estudantis.
- Características:
  - Um sodalício de mestres aos quais a Igreja entregava o papel de ensinar e a abertura de frentes a todos os interessados.
  - Têm uma marca profundamente cristã.
    - Treinamento dos juristas sobre o fundamento da ciência anterior e de base que eles vão construir sua jurisprudência. Artes liberais (convinham aos clérigos, e homens livres que manejeriam a escrita e a leitura); artes mecânicas (convinham aos artesãos e trabalhadores manuais).
- **As escolas:** que praticavam o *trivium* - gramática (hermenêutica), lógica ou dialética (ordem do discurso) e retórica (argumentação lógica na teologia, na filosofia e na jurisprudência) e o *quatrium* - Aritmética, Música, Geometria e Astronomia → este conhecimento estava sedimentado nas escolas conventuais e catedrais. Ciências clássicas

**Método utilizado:** retórica

**Texto Justiniano:** 4 partes:

- 1 – Código: 12 livros de ordem imperiais anteriores a Justiniano
- 2 – Novellae: atos e leis de Justiniano
- 3 – Instituições: livro das pessoas, coisas, obrigações e contratos, sucessões
- 4 – Digesto ou Pandectas: 50 livros com opiniões dos juristas: 3 volumes recuperado por parte.

### Os glosadores

- O progresso urbano na Itália (*Bologna*) originou um ambiente comercial progressivo que pôs novas exigências à compreensão das matérias jurídicas na administração da Justiça e na atividade consulente (advocacia e notários).
- O *Corpus Iuris Civilis* (*Código de Justiniano – base de estudo do direito*) tinha uma força de revelação para o Direito. O Direito de Roma ganha uma força metafísica (abstrato filosófica para entender o direito; # da formação qdo era concreta), como direito da comunidade humana.
- Os **glosadores** vêm da Escola de Bologna.
- *Irnerius* (circa 1050-1130) – pai de todos; iniciador de uma tradição; nova edição do código de Justiniano.
- Começou a divulgar e ensinar o direito Justiniano na Escola de Bologna na primeira metade do séc. XII, dando origem à **Escola dos Glosadores**.
- Glosa: explicação do texto, quase uma tradução do leitor.

### □ Características:

- fidelidade ao texto de Justiniano
- caráter analítico
- em geral, não sistemático (não preocupava com a organização e sim entender)
- crença na origem sagrada dos textos e interpretação para definir o sentido das palavras.
- Havia a **glosa** interpretativa, remissiva até o curto tratado de um título ou instituto (ex: propriedade) ou discussão de questões controversas.
- **Mérito:**
  - recriar a linguagem técnica (jurídica) sobre o direito
  - não era mera descrição ou reprodução, mas fixação de terminologia técnica
  - demonstrar a racionalidade dos textos jurídicos.
- Distantes da vida jurídico-legislativa de seu tempo.
- Dificuldade de medir o impacto prático
- Os casos de Frederico II

- ❑ **Acúrsio** (1185-1263) foi o redator da *Magna Glosa* – redator – consolidação de todas as glosas anteriores e faz a sua síntese, substitui os manuscritos dos predecessores.

#### ❑ **Estudos jurídicos:**

- Pós-graduação?

- ❑ Artes liberais: gramática, lógica, aritmética, geometria, astronomia e música

#### ❑ As questões

- Caráter vinculante das leis para quem governava

- ❑ Limitação do poder

- Questão mais clara em relação ao papa que aos príncipes

#### **Recepção do direito: Secs. XIII-XIV**

#### ❑ Desenvolvimento da economia mercantil

- Necessidade de estabilidade, direito único e direito individualista

- ❑ Adequação do direito romano

#### ❑ O direito comum e o caráter abstrato

- ❑ Característica da restauração do direito romano.

#### ❑ Busca da mesma lei → processo de restauração

#### ❑ Adequação instrumental: razão de direito, equidade, utilidade

- Resposta às generalidade das questões

#### ❑ Um método: a escolástica?

#### **Os comentadores – condensa todas as fontes do dir. da época voltada para a solução de questões praticas**

# dos glosadores: concentrados em Bolonha, pensamento menos voltado para a prática

#### ❑ Surto urbanista e mercantil dos séculos XIII e XIV

#### ❑ O chamado direito comum:

- o direito romano + o direito canônico

- Importância do direito local e do estudo da demais fontes → de todas elas

#### ❑ Conformação do direito comum

#### ❑ Chamados de *post-glosadores, práticos, conciliadores ou comentadores*

- **Arquitetos do direito comum?**

#### ❑ Ao contrário dos *glosadores*, seu trabalho tem importância prática. Fusão de todas as linhas do dir. comum : romano recuperado; canônico; local e reinos;

+ advogados que os glosadores.

- Fundador da Escola: Cino de Pistóia (1270-1336)

#### ❑ Juristas importantes:

- *Bártolo de Sassoferrato* (1314-1357) – grande jurista da época.

- *Baldo de Ubaldis* (1327-1400)

- Procuram unificar as fontes pluralistas do direito: tensão entre verdade e realidade, próxima da escolástica tomista.

#### ❑ Os métodos desta interpretação são acrescidos da tópica e da sofística, permitindo inovações ainda que sempre dogmáticas.

- Atitude orientada para a prática

- ❑ Consultoria

Fusão das fontes – teórico com vocação para a prática; obra considerável; unificação das fontes;

Atitude orientada para a prática atuam como consultores, *juris consultus*.

#### **O modelo discursivo do direito comum europeu**

#### ❑ Voluntarismo x racionalismo; Dogmatismo como crença no poder da razão



- No pensamento medieval, interessa por a questão; Pensamento problemático: Tópica; Retórica
- Mas com aceitação da autoridade
- Complexidade que exige escolas
- Letra e espírito

Glosadores, Comentadores e Humanistas – juristas. Função: interpretação despreocupada do direito justinianeu, sabiam com certeza que se tratava de dir. racional. Base: texto de tradição e autoridade intelectual, normativo enqto disciplina a razão jurídica.

Glosadores – trabalho mais limitado na sua relação com o texto. Glosa – comentário do texto e segue a sua ordem. Não queriam usa-lo na vida pratica: queria comprova-lo como instrumento de razão da verdade da autoridade. Interpretação de regras individuais e singulares do dir. romano.

Comentadores – grandes conselheiros do príncipe, comunas e particulares; emitem opiniões e pareceres; ajudam a dar mais um passo na unificação, harmonização dos direitos locais espalhados pela Cristandade. Conciliam direitos locais entre si, pela via do direito comum. Torna possível uma convivência da tradição feudal com as novas tendências da vida européia. Tarefas mais praticas pq começam a responder indagações e consultas. Livres: tratam de temas sem necessariamente seguir a ordem do texto romano. Investigação de princípios fundamentais.

Escola de Bolonha – influencia mais do que pratica e imediata. Seara cultural. Alunos vão influir na cultura jurídica, serão divulgadores, pensadores hegemônicos das questões jurídicas e políticas, criadores do campo autônomo do saber na Europa. Suas escolas são conhecidas como a maneira italiana de estudar o direito e vão influir no humanismo e Renascimento francês.

Humanistas – valorizam a pesquisa historia e a recuperação do texto romano puro, naquele espírito que se nota no Renascimento em geral.

Juristas – contribuição na vitoria do estado racionalizado. Forneceram a teoria da soberania.

O que é direito? Sistema que tenta reger a vida em sociedade; delimita as relações em sociedade.

A história do direito é dinâmica.

## DO SÉCULO XVI A XVIII

Ideias jurídicas (direito natural e Iluminismo); Metodologia e ensino do direito

*fundamentos do direito que influenciam; processo de codificação do Sec. XIX; cientificação do direito; filósofos, pensadores no tempo deles e não teóricos.*

*Todo direito nasce na oralidade, depois é escrito.*

*Sec. XIX: especialização, + teórico, advento da modernidade, processo*

**Principais ETAPAS DO PENSAMENTO JURÍDICO ocidental:** *evolução; para entender a forma como é o direito*

- a) **Aparecimento da ciência jurídica europeia - sécs. XII a XIII**
- b) **Sua expansão (recepção) por toda Europa nos sécs. XIII a XVI**
- c) **Aparecimento e predomínio espiritual do moderno direito natural nos sécs. XVII a XVIII**
- d) **Escola histórica e o positivismo legal e conceitual no séc. XIX**
- e) **O colapso do positivismo e a crise do direito no séc. XX**

(Em Wieacker)

**Qual era o direito vigente a partir do século XIII e até o século XVIII?** Século XII e XIII: Predomínio do direito canônico (romano); Século XIV a XVII: *lura propria* como base dos ordenamentos particulares - Direito comum; Século XVIII em diante: Independência do direito dos reinos, Perda de poder do direito comum – *surge o legislador, figura importante, elaboração de leis, necessidade delas, substituem as pessoas. Lei – principal fonte do direito*

**O que é o Renascimento? A partir de 1500.**

**Retorno aos clássicos gregos e romanos: restauração do direito romano:** Importância político-econômica das cidades – *mudança nos modos de produção da sociedade, economia muda a forma de se pensar o direito; demandas da vida das cidades, relações jurídicas; gdes navegações, crescente comércio, mudança na expansão; mercantilismo; necessidade de mudança no direito; Contatos com o oriente após a queda do império bizantino.*

**O cisma da Reforma e da Contra-reforma: reinterpretação do cristianismo:** Dissidência e tolerância e uma nova pluralidade (A religião como um problema: índios, católicos, protestantes)

**Os descobrimentos: transformação da imagem do mundo:** A descoberta da América: o tamanho e os conflitos do mundo (O mar e seus limites)

**O alvorecer do capitalismo moderno: mercantilismo:** As necessidades e o direito

**A invenção da imprensa – muda forma de comunicação, dá condições p codificação, forma de estudar o direito muda:** Os primeiros passos das investigações científicas da natureza - Transformações científicas que levam à revolução copérnico-galileana; Elaboração de novas técnicas de representação do real - Um novo modo de compreender; Transformações políticas: novas forças sociais e a reformulação da ordem econômica - Capitalismo e absoluta supremacia da força do Estado; O desenvolvimento (centralização) do poder real - O Estado nacional e os conflitos

O **JUSNATURALISMO** daquela modernidade

*JUSRACIONALISMO – direito natural racional.*

*Evolui: ligado à razão humana, homem ser social (Aristóteles); construção histórica: o homem agrega valores. Cidade-estado: perde lugar p metrópole, pensamento individual: Reta Razão. dimensão ética (estoicismo). Busca racionalidade*

Um **direito natural** fundado em: Personalismo e individualismo; Racionalismo. Justiça inerente à natureza humana (Uma razão instrumental: Preocupação com os meios – formas, *desprezo por deus como fonte fundamentadora*; Uma razão estratégica: Desprezo pelos temas últimos, pela finalidade total: a felicidade, Deus etc.); Direito procedimentalista; Lei como único lugar da paz e da liberdade. Procedimento total p aplicar, julgar, busca por certeza.

**O jusnaturalismo daquela modernidade e a redação:** O desejo de matematizar do direito (*certo, preciso, racionalidade do direito descobrimto: processo de codificação*)- A axiomatização; O processo consolidador (*consolidação*): Redação dos costumes (*elemento da oralidade; começa a ser escrito*) (na França, na Espanha); Recolha escrita do direito local na Holanda e na Bélgica (*Edit Perpetuel*); Codificação das normas de direito bávaro, unificação do processo e reunião da legislação ducal na região da Alemanha; Em Portugal, as Ordenações Afonsinas (1446-1447), as Ordenações Manuelinas (1512-1514) e as Ordenações Filipinas (1603) - *Dificuldade em detectar as influências*

**Alguns pensadores:**

Escola de Salamanca: Francisco de Vitória (1480-1546) - Os problemas das Américas: Índios, religião, terras, poder... Respeito ao pluralismo; Francisco Suarez (1548-1617) - Deus como Supremo Legislador junto com a lei humana, Justificação pela Lei e pelo Estado.

Escola da Europa do Norte: Hugo Grócius (1583-1645) - Os problemas do poder da Holanda no cenário internacional: comércio e domínio dos mares, Justificar a participação holandesa e portuguesa, Direito natural como um ditado da reta razão

Os ingleses: Hobbes (1588-1679) - Direito natural em função da natureza humana, Um contrato de sujeição total ao soberano; Locke (1632-1704) - Foro interno do contrato: confiança e adesão à lei, Propriedade como direito natural, Propriedade natural x propriedade convencional, Tolerância

A escola prussiana: Pufendorf (1632-1694)- Método dedutivista do direito natural moderno, Pessimismo hobesiano: o homem é egoísta e sociável ao mesmo tempo, Individualismo, Direito encarado do ponto de vista do dever - Como em Hobbes, matriz do positivismo, Existência de deveres naturais absolutos: Não causar dano a outrem; reciprocidade da igualdade; promoção do bem do outro. Leibniz (1646-1716) - Adaptação da filosofia ao método das ciências naturais e da matemática, Exigência racionalista de unir o direito a fundamentos teológicos; Busca de uma harmonização universal – a idéia das *mônadas* como valor absoluto; Redução do direito a uma unidade sistêmica, com argumentações precisas e a partir da lógica matemática → *more geometrico* ; Idéia de justiça identificada com a ética → fazer o bem. Thomasius (1655-1728) - Aparecimento da tradição da democrática dos direitos naturais inatos, Limites para o soberano, Parte do processo de libertação do direito da moral. Wolff - Sistemático, com certo veio escolástico, Obra juvenil: *De philosophia practica universalis methodo mathematica conscripta* (1703), Influência posterior de *Leibniz*: Característica individualista e contratualismo (este no que concerne à fundamentação do Estado); O direito natural não visa à conservação da sociedade, mas ao aperfeiçoamento do indivíduo, subordinado a um dever para consigo mesmo (não faz, portanto a distinção entre moral e direito); As obras da maturidade referem-se à busca de um método científico para o direito.

**O saber do direito:** Reforma do ensino para atender ao texto da lei, antes de tudo; Direito racional (Idade Média → direito como emanção de uma lei natural consubstanciada com uma inteligência ou uma vontade divinas e depois o Estado; Idade Moderna → princípio no Estado, pela vida e suas exigências, para só mais adiante - santificadas estas pela razão, mas uma razão vital - se tentar construir um novo direito natural, centrado na idéia, não já de Deus, mas na do próprio homem, autônomo ou da própria natureza humana divinizada.)

### **A ESCOLA CULTA, HUMANISTA, MOS GALLICUS**

Em geral são franceses ou belgas - locais onde a influência do direito romano era menor); Oposição ao *mos italicus*; **CULTA:** crítica a tudo que vem da idade média; recuperar o direito romano. **HUMANISTA:** avançam nesse processo de restauração; direito mto erudito, s se preocupar com o entendimento dos leis. A intenção é reformar a metodologia dos comentadores para restaurar o direito romano originário. Crítica contundente ao estilo e ao modo de tratar os textos dos medievais.

### **USUS MODERNUS PANDECTORUM (Justiniano)**

**Centralizado na Alemanha;** preocupação c nação, cultura deles, direito nacional, absorvem o direito romano, uso mais prático. Crítica da idéia de absorção do direito romano em razão da sucessão dos imperadores romanos pelos germânicos - Prática atualizada do direito romano. A assimilação do direito romano se dera pelo uso, pela aplicação prática na solução dos conflitos.

**Causas:** Ascensão do absolutismo com sua atividade legiferante; Constituição de uma burocracia jurídica que promoveu a diferenciação territorial e nacional do direito comum dando cunho mais particular e específico às ordens jurídicas regionais; Criação de universidades regionais. **Centralização do poder normatizante.**

Buscava compreender como tinha havido a absorção do direito romano no plano nacional. Isto cria: interesse novo pela história jurídica nacional; uma grande atenção, no plano prático e de construção jurídica, pelo direito nacional; maior adequação do ensino jurídico no plano nacional - Principalmente na Alemanha, mas em Portugal, p. ex., as disposições de direito romano só vigoravam por suas boas razões.

**Características:** antitradicionalismo; crítica das autoridades; racionalismo; academicismo; oposição à escolástica medieval; influência da pujança dos direitos nacionais, que transformava o estudo do direito romano numa atividade teórica ("eco erudito de uma generalizada antipatia social pela figura do jurista letrado, pedante e hermético, cultivando um estilo formalista e arrevesado, bem longe das possibilidades de compreensão e controlo do homem comum" - HESPANHA, p.188.)

Suas propostas são (**extraído de Hespanha**): Uma depuração histórico-filológica dos textos jurídicos romanos; Uma tentativa de construção sistemática do direito; Uma reforma do ensino jurídico que atendesse ao texto da lei e não aos bordados; Uma atenção nova a um direito natural de cunho racionalista

Principais nomes: Alciati (1492-1550) → ensinou em Bruges; Jacques Cujas (*Cujacius*) (1522 -1590) → professor de Paris e Bruges, com obra monumental de estudos de textos romanos; François Hofman (1524-1590) → *Antitribunianus* – 1574; Doneau (1527-1559); E até Hugo Grotius (1583-1645) - holandês

Os humanistas avançaram o processo de restauração do direito romano, no que foram criticados pelos românticos da Escola Histórica, cuja visão do *folk spirit* se confrontaria com o cosmopolitismo deles - Dogmáticos → interpretação

de texto dentro de um contexto; A filosofia do direito cristã estava prestes a ser substituída por uma filosofia do direito secular e por um direito natural secular.

E la nave va...

**Sábios e rústicos:** “A atitude do jurista erudito para com esse mundo é um misto de simpatia, mais retórica do que genuína, suscitada pelo estado virginal da inocência primitiva, de condescendência arrogante relativamente à sua ignorância e estupidez e finalmente de desprezo mal disfarçado pela insignificância (também econômica) das questões jurídicas que, neste mundo, apareciam”.

### **Os dilemas da comunicação do e pelo direito**

**Ciência jurídica erudita:** Distância do direito oficial e letrado da realidade prática e do direito vivido; Reação contra os juristas letrados - E uma certa imagem da justiça; Corporativismo (dos saberes); Literatura jurídica - Livro de livro

**Cenas dos próximos capítulos:** Uma revolução de muitas cabeças cortadas; O grande herói que surge de tudo isto: o legislador; O processo codificador que começa França - O Código de Napoleão de 1804; O papel dos juristas - O dogmatismo-positivismo, A especialização, As academias.

### **O século XIX**

A antessala do direito contemporâneo

O contexto político: Período de 1750 a 1850. *Europa: recebe a influencia da modernidade; busca dir. natural laico; dado pela razão; contratualista (explica a relação da pessoa com o Estado); cada um vai dar uma solução para isso; justificação do Estado por um Contrato; participação da sociedade.*

*Hobbes; Locke (preserva a propriedade, liberdade); Rousseau; Kant.*

*Contrato – algo vivido pelo ser humano desde o principio.*

*Iluminismo: reflexo do pensamento das pessoas.*

Liberalismo

Implantação do Estado liberal-representativo; Liberalismo proprietário (Liberdade; Propriedade (*previsto nas constituições desde o principio*); Igualdade perante a lei (*igualdade formal – mística, não se realiza, perante a lei; indivíduo visto perante essa igualdade e o Estado solidifica a vontade desse indivíduo por meio do contrato*); A contratualidade: teoria da vontade.

Institucionalização da ordem política estadualista – *divisão dos 3 poderes*; Movimento legalista – *lei como fonte do direito q vai garantir proteção à liberdade, igualdade, propriedade; surgem os movimentos*; Tendência codificadora - *França – Napoleão: 4 códigos entre 1800 e 1810.*

*1804 – Código Civil, instrumento p garantir os direitos civis; gde lugar de definição do que é o direito; expressão de vontade.*

*Influencia do Ocidente; Códigos, leis, estatutos.*

**Entre vontade e razão:** Contrato social - Versões e democracia (Vontade geral: vontade popular); E as fontes do direito? Lei parlamentar. *Trazer a certeza de que era tudo. Ideologia q se firma com o Estado. Lugar de segurança p o direito.* O legislador como heróis. Sobrepõe-se ao costume, à jurisprudência (como produção dos juizes) (*experiência histórica, vinculadas às cortes*) (Lembrança da tirania dos juizes: saber hermético; Juiz como mera *boca da lei*). Perda da importância da idéia de natureza das coisas – *importante para os jusnaturalistas, com a lei ganha racionalidade q faz c ela vala por ela msm; vale o que a lei prevê.*

**Razão jurídica e razão popular:** Paradoxo: Participação popular x restrição da participação popular. *Lei (clara, uniforme, acessível a todos teoricamente, somente aos que sabiam ler, aos que tiveram acesso à educação) fonte preponderante; visão do direito a partir da lei escrita.*

*Oralidade: contar o que é a lei: Distanciamento – todos podem conhecer, mas está distante). Formalismo – organização, formas, Especialização c o texto escrito q não é defendida entre todos.* O poder dos intelectuais: os sábios. Os efeitos da quebra da tradição: *a lei quer se desligar da tradição, do costume e segurar uma segurança, certeza (não realiza totalmente); Ligar e desligar o passado e o futuro. As propostas visam essa segurança, o cumprimento das normas, mas nem sempre ocorre.*

**O método jurídico:** Kant: Sobre o dito popular: Isto pode ser certo em teoria, mas não ter utilidade na prática - O papel da razão jurídica; O idealismo. Os efeitos da especialização da doutrina. O porvir (Inflação legislativa; Positivismo e cientismo)

### **O dogmatismo da primeira metade do século XIX na Europa**

A divisão no espaço: **A França; A futura Alemanha; A Inglaterra**

**Espaços iguais? Tempos iguais? História igual? Direito igual?**

**Características comuns em todo o direito:**

- Aborda-se o direito como fato, *objeto da ciência, no princípio misturado com a natureza* e não como valor ou ético; *fonte é importante*; Repúdio ao direito natural (*sede lugar ao Código que traz a racionalidade do dir. natural consolidado em 2 séculos*) e à metafísica;

- Definição do direito em função da idéia de coação;

- Formalismo: lógica formal que prescinde de conteúdo;

- Legislação como fonte proeminente do direito. *Estudo do direito romano misturado às tradições, rejeitam as explicações q fogem do direito* - Estadualidade em alguns casos. *Estadualismo: o Estado produzindo o direito em um escalonamento forma*; Norma → teoria imperativista do direito; Consideração do ordenamento jurídico como sistema de normas: - coerência; - completude → exclusão de lacunas; Interpretação mecanicista;

- Interpretação mecanicista

- Teoria da obediência → *Gesetz ist Gesetz, dura lex sede lex.*

*Coação – sanção -> prepondera esse conceito; dá forma ao direito; estrutura a representa o que é o direito; é estudada.*

*Formalismo – estudo dos sistemas; Kelsen é o produto desses estudos.*

*Lei – fonte preponderante do direito: primeiro na França e depois se espalha.*

*Teoria da norma; ordenamento jurídico como um sistema de normas que não tem falhas.*

### Na França:

**Origem:** O processo do codificador - Código Civil (1804). **O mais importante:** Código de Processo Civil (1806); Código Comercial (1807); Código Penal (1810)

**Característica:** Consumação de um direito doutrinal: *em razão do Código*. Positização da razão. Concretização legislativa da idéia de *volonté generale*. Uma revolução complexa. *Escola da Exegese: escola de pensadores q divulgavam o código.*

A Revolução Francesa faz com que o poder deixe de emanar do Rei e passe a vir da nação. Os Estados Gerais se proclamam assembleia constituinte desde junho de 1789. Cabeças cortadas. Igualdade, fraternidade e liberdade? Essa Assembleia procurou varrer todas as instituições do antigo regime, substituindo-as por outras.

Uma revolução complexa q influenciou o Ocidente; repercussão no direito q foi o Código Civil. *Ideia: varrer o passado. 1ª constituição francesa: 1791 e várias outras – INSTABILIDADE* (Desde então a organização dos poderes do Estado e a garantia das liberdades públicas estão na maior parte dos países da Europa e das Américas, salvo a Grã-Bretanha) descritas num ato legislativo chamado Constituição.) A esta primeira Constituição se seguiram várias outras (1795, 1800, 1814, 1830, 1848, 1852, 1875, 1846, 1958) a depender do regime político de sustentação. O que isto significa?

*A escola da exegese importância histórica; explicar o código. Bugnet – “os códigos se fazem”. Os códigos passam a ser a única fonte do direito. Stendhal – lia o código p apurar seu vocabulário.*

3 períodos:

1º - 1804 a 1830

1830 a 1880 – quadro revolucionário

2º - até 1880 (+ importante)

3º - 1880 em diante

*Teoria – função ideológica*

*Exegese – conhecer o código e fixá-lo como fonte preponderante; função de estabilização msm q haja lacunas NEGADAS; função de sustentar, garantir o código; criar uma ciência, um modo de conhecer o código, cria complexidade da linguagem; inovação restrita. Interpretação busca a intenção do legislador; mov. Silogismo (premissas lógico-fechadas); o costume não tem valor nenhum; o juiz é só o pronunciador; interpretação.*

Introdução ao código de Napoleão: “On ne fait pas les codes, ils se font” – *Portalís* - Nós não fazemos os códigos, eles se fazem; “Eu não conheço o direito civil. Eu ensino o Código de Napoleão.” *Jean-Joseph Bugnet*; “*The principle of justice is, that law should be known by all; and, for its being known, codification is absolutely essencial*” – *Bentham* (O princípio essencial da justiça é que a lei seja conhecida de todos, e, para ser assim, a codificação é essencial”); “O Código Civil não é apenas escrito para os juizes e para os juriconsultos, mas para esclarecer todos os cidadãos.” *Tronchet* (“**A minha glória não consiste em ter ganho quarenta batalhas... O que nada apagará, o que viverá eternamente, é o meu código civil.**” – *Napoleão*; **A mística com Stendhal... O escritor que lia o código para escrever melhor**)

Quando?

Características: Dar a conhecer o código - Pelo e para o código; Fator de estabilização do direito; O papel da jurisprudência para além da retórica; Complexidade e tecnicidade da linguagem; Limitação da inovação doutrinal - O Código é o limite

Origem etimológica: do grego: *gestain* = conduzir; *ex* = fora → conduzir para fora.

Os principais teóricos desta escola são: *Etienne Claude Delvincourt* - 1752-1831, *Charles Bonaventure Marie Toulier* - 1752-1835, *Jean-Baptiste Proudhon* - 1758-1838, *Alexandre Duranton* (1783-1866), *Charles Aubry* (1803-1883), *Frederic Charles Rau* (1803-1877), *Raymond Théodore Troplong* (1795-1869), *Jean Charles Florent Demolombe* (1804-1887).

Num sentido geral, suas principais idéias foram: a) o único direito é o positivo que vem da lei; b) a interpretação deve buscar a *vontade do legislador* ou a *intenção do legislador* manifestada na lei; c) descoberta esta intenção deve-se proceder a um desenvolvimento dedutivo, com racionalização de tipo *silogístico*, chegando-se a dizer que os artigos do código são teoremas, cuja relação há de demonstrar e cujas conseqüências devem se desenvolver à semelhança do que ocorre na geometria; d) o costume carece de valor e as insuficiências da lei se resolvem com o uso da analogia; e) *Dura lex, sede lex* → apesar de ser dura, a lei deve ser aplicada; f) tendência a uma interpretação especialmente gramatical ou literal da lei.

### Na Alemanha: Savigny e a Escola Histórica

**Reações contra a Escola do Direito Natural e a Escola da Exegese. A peculiaridade da situação na Alemanha.** Estudo Alemanha # Estudo França. Escola histórica – fundada por Savigny: Reação contra a escola do direito natural e a escola da exegese; contra o racionalismo resultante da codificação.

**O romantismo:** A bondade natural de *Rousseau* → indivíduos (*Uti homo*); A bondade natural da Escola Histórica ao povo (*uti populus*).

**Papel dos letrados:** Influencia o pensamento da segunda metade, no seu desenvolvimento *pandectista*, e até o início do séc. XX.

**Nacionalismo:** Alemanha como muitos países. História; nacionalismo; ideal romântico; busca pelo herói do passado -> o direito romano; trabalhado como ciência.

**A influência do historicismo na linha de Montesquieu:** “ninguém pode desconhecer a energia independente com a qual ele (Montesquieu) se esforçou para manter-se livre da limitação de seu tempo e de sua nação” - THIBAUT, S AVIGNY, p. 142.

Referencia a Montesquieu: espírito das leis; análise dos elementos que formam a cultura de um povo; o racionalismo era “mais sociológico”, preocupação com circunstâncias históricas, religiosas; mais realista. Oposição ao racionalismo, não era suficiente para trazer segurança.

**Oposição ao racionalismo → ideal romântico:** Substituição paulatina, dentro do contexto historicista, do fetichismo da lei por outro, o fetichismo do *passado, da história, das ordenações tradicionais*. Os fatos eram determinantes de conceitos, o que levou os juristas da escola à dogmática jurídica.

Peculiaridade da situação da Alemanha

Perspectiva Romântica: busca bondade natural de um povo; busca conhecer o espírito do povo “*volksgeist*” relevado pelos letrados. Manifestações dentro dessa msm linha. Tradução em linguagem erudita; sob a ótica de professores.

Valor do nacionalismo: o conhecimento será do direito; da língua conhecida pelo povo.

Savigny (contra a codificação) # Thibaut (a favor da codificação), mas ambos tem preocupação com a Alemanha não ser um estado unificado.

Savigny – fazer um código abaixo do povo era uma solução que não ia produzir a unificação. A solução: a ciência do direito para unificar a Alemanha.

**Os nomes:** *Gustav Hugo* - 1764-1844 - os depositários exclusivos dos destinos nacionais transformaram-se em fábricas de leis pensando em poder “meter todo o direito em leis”. - *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*. Savigny (1799-1861). *Von Puchta* (1789-1846) -> conceitos mais abrangente e vai reduzindo. Pirâmide (lembra Kelsen). Formulação teórica desenho sistematização do direito. Tratamento que foi sucedido pela Escola Conceitualista (pandectistas).

Direito positivo – termo que surge nessa época.

**Características:** busca de fontes não estaduais e não legislativas do direito; questão metodológica; ideia organicista da sociedade; concepção da sociedade como um todo orgânico, sujeito a evolução histórica como os seres vivos; manifestação em todas as sociedades de uma lógica própria - *Volksgeist* - que estaria na origem e ao mesmo tempo, daria unidade e sentido a todas as manifestações histórico-culturais de uma nação. Este espírito se manifestaria nas produções de cultura do povo - na sua língua, poesia, tradição folclórica, **no direito histórico**, nas produções de seus intelectuais, nas suas tradições literárias.

**Conseqüências desta concepção:**

- Antilegalismo: estudo do direito fora da lei; código na Alemanha só foi feito após a unificação;
- Reação contra o movimento da codificação;
- Valorização dos elementos consuetudinário e doutrinal do direito; ciência pela ciência: busca pelos conceitos; elemento doutrinal. O **costume** é: forma paradigmática de o direito se manifestar espontaneamente (costume jurídico: tradições do direito; forma de teorizar, ensinar); **Professorenrecht**: intelectuais descobrem, organizam e sistematizam o *Volksgeist*, Atenção ao direito romano como direito jurisprudencial, ao direito romano medieval e ao *usus modernus* alemão. Professorenrecht – direito dos professores; volta ao direito romano medieval e ao uso moderno pandectorio (com vistas a racionalidade); perspectiva de ciência
- Revalorização da história do direito e de seu papel dogmático como reveladora de um passado que fecundava o presente; Valorização de um passado heróico: o direito romano.
- Sistemática e organicidade da jurisprudência. Sistema jurídico: ordem jurídica, organicidade da jurisprudência

### **Uma codificação para unificar a Alemanha: o ideal de Thibaut e de Savigny**

#### **E o que Thibaut quer?**

- Racionalidade;
- Um direito nacional (Direito romano – Produto de nação estrangeira, obra do período de sua decadência, herança fragmentária; A grande montanha de papel; Distanciamento temporal)

Thibaut: a favor da codificação; para interpretá-los usam-se valores diferentes. Código: base de referência, mas há situações envolvidas que influenciam a interpretação. Racionalidade; aversão do direito romano, fragmentado; distanciamento temporal; código nacional elaborado dentro do espírito alemão, pois visam a sua unificação política.

- A felicidade do cidadão não requer a existência de advogados eruditos
- Leis simples: Como seria bom se nossos médicos pudessem curar automaticamente todas as enfermidades com apenas seis remédios!
- Um código nacional simples, elaborado com pujança dentro do espírito alemão
- Acessível a qualquer mente, incluídas as mediocres
- Direito vivo para os advogados e os juizes
- Canal para aperfeiçoamento da doutrina

#### **O que os juristas esperam de um código? Coisas muito diferentes - p. 81**

**Vamos imaginar Savigny hoje?** “É natural que, em uma época em que se escreve tanto, como na nossa, pressuponhamos (o uso do poder do Estado) como essencial para uma empresa desta índole (a manutenção de estabilidade por meio do código), pois, dada a grande profusão de autores e a rapidez com que variam os livros e seu prestígio, nenhum livro singular pode alcançar uma influência predominante e duradoura, a não ser mediante o poder do Estado.” “A administração da justiça se fará aparentemente segundo o código, mas de fato se fará segundo outra coisa alheia ao código, a qual será, portanto, a verdadeira fonte de Direito. Mas esta falsa aparência é sumamente nociva.” P. 65.

#### **A teoria e a prática**

### **O CONCEITUALISMO JURÍDICO**

Vertente da Escola Histórica

Não existência de Código suprida pela aglutinação do direito científico → pela doutrina com dois luminares Savigny (na Escola Histórica) e Von Jhering.

Jurisprudência dos conceitos → *Begriffsjurisprudenz* e *Pandectenwissenschaft*.

Apropriou-se do componente historicista da Escola Histórica

Mas assumiu um papel abstrato e ahistórico

Escola: Conceitualismo Jurídico – jurisprudência; ciência. Herdeiros de Savigny; professores. Desdobramento da Escola Histórica; não havia o código; a doutrina substituirá a codificação. Apropriou-se da história, mas assumiu uma perspectiva ahistórica e “destrinchou” os conceitos do direito. dizer que o direito está acima das formas.

Critica: desprezou os problemas políticos, sociais.

Reação: falta de valor da jurisprudência (Kirchmann). A dogmática regula os interesses – visão realista da sociedade (jurisprudência dos interesses); vê o interesse dentro das leis. Novos ramos do direito (trabalho, adm., processual).

Von Jhering – 1ª fase -> dogmática, método da química para estudar o direito; conhecer os integrantes do direito, fazer uma montagem dos conceitos; conceitualista. 2ª fase -> 1848; revoluções na Europa. Livros: “A luta do direito”, “A finalidade no direito”. Perspectiva zetética -> aberta a perguntas, visão social, fora do dogma da lei; vai fazer ciência com o dogma.

Direito como emanção do todo orgânico: Instituições jurídicas com alma, sentidos e princípios orientadores; Exposição sistemática partir de princípios gerais; Direito deduzido dos princípios, dos sistemas e dos conceitos.

Direito só existiria no domínio do ordenamento.

Objetivo da ciência jurídica: investigação do material concreto que se obtém daí e a sua elaboração formando um unidade sistemática, mediante procedimentos lógicos.

O conteúdo da norma não importaria: Formalismo; Individualismo; Relativismo; Neutralidade em face dos projetos políticos

## OS DOGMAS DO CONCEITUALISMO

**A teoria da subsunção:** Raciocínio estritamente silogístico: a premissa maior seria o princípio ou a lei e a premissa menor o fato (Tatbestand).

**O dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico:** O ordenamento jurídico como sistema conceitual; Conceitos de conceitos para a solução de qualquer caso (Até na lacuna volta-se para o domínio do conceito)

**O dogma da interpretação objetivista:** O sentido decisivo das normas jurídicas é o seu sentido sistemático; Interpretação da lei segundo a intenção do legislador histórico, enquanto o conceitualismo a propunha de acordo com a intenção de um legislador histórico, que vai reinterpretando, reescrevendo a norma jurídica partir dos sentidos objetivos do contexto.

**Vários são os pandectistas** → Heinrich Dernburg (1829-1907), Vangerow (1808-1870), Rudolf von Jhering, em sua primeira fase, Bernhard Windscheid (1917-1892)

**E a vida real?** Como era a vida naquele tempo? Que tipos de conflitos havia? Os códigos foram suficientes na França? (O juízes se transformaram na boca da lei?) A ciência foi suficiente no que se tornou a Alemanha? (Lembranças para o século XIX) E a teoria continuou do mesmo modo?

**A reação:** A falta de valor da jurisprudência – com Kirchmann; A finalidade do direito – com o Jhering da segunda fase; A jurisprudência dos interesses; O movimento do direito livre - E novos ramos do direito: especializações para necessidades (O direito do trabalho; O direito administrativo; O direito processual)

## O DIREITO BRASILEIRO COLONIAL E INTERSEÇÕES COM O DIREITO EUROPEU

*O poder judiciário brasileiro está centralizado em Portugal. Os julgamentos feitos por meio de estrutura formal, erudita. A adm. da colônia está relacionada ao patrimonialismo – o Estado sou eu e a minha família (nepotismo).*

- O regime colonial e o antigo regime – *chegam em 1500 c o descobrimento; Cabral trouxe uma experiência mutua, c resquícios do tratamento feudal.*
- O antigo regime

Herança medieval, feudal, corporativa

Estamentos e distinções

1ª - As ordenações Filipinas – a partir de 1603 – *escrituras, período de > força de colonização, vem c uma norma escrita q estava pronta; lei. Aplica ao Brasil ao campo de interesse que tem aqui na colônia; até 1808 – realidade 2 nichos de direitos se confrontam: base erudita – formulas q vem de Portugal x base local ou informal da nossa cultura.*

- Interpolação com os regimes necessários na Colônia
- Patrimonialismo x Estado: público e privado
- Ausência da ideia de representação
- O monarca *faz a justiça*

*Comercio, construção de valores; recepção desse direito q vira um quadro específico no Brasil*

- O direito oficial (erudito, formal) x o direito vivo (local, informal): os rústicos

“No Estado português, e por consequência na organização colonial, há uma permanente disputa de estamentos sociais entre um direito oficial, representado pelos *juízes letrados* e pelos tribunais régios, e um direito ou costume local, representado por seus *juízes leigos*, eleitos, com acusações recíprocas: aos últimos, de ignorância e submissão ao mandonismo local e aos primeiros, de arrogância, autoritarismo, corrupção e submissão aos interesses da Coroa” – p. 215-215. *Distinções vão caracterizar esse período.*

A influência do direito comum português

- A existência de um jogo de *Bartolos* (obra de Bartolo – na criação de um fórum mandavam a sua obra – uma forma de interpretação de um código *ius civilis*) e do *Corpus Juris Civilis*



- Decisões em última instância pelos órgãos de Lisboa: Casa de Suplicação; Mesa da Consciência e Ordens; Desembargo do Paço. *Pouca coisa chegava e tinha pouca capacidade p interpretar as questões da colônia.*

### Administração: os cargos e ofícios públicos

- Conflito entre rei e burocracia
  - Autonomia dos corpos administrativos e indisponibilidade dos cargos por parte da Coroa. *Cargos eram coisas de família – patrimonialismo.*
    - Teses: O soberano e sua corte eram os únicos detentores do poder político; O corporativismo burocrático salvava aos *oficiais* (classe burocrática) certa liberdade de atuação.
      - O patrimonialismo: o cargo como parte do patrimônio → vinculação de sangue. A possibilidade do aluguel – p. 217. *Aluguel dos cargos – poder junto ao imperador; de juiz (p.e.). Corte formação de uma burocracia, corpo adm. c poder de mobilização dos interesses, político, não tinha a noção de gestão; venda de cargos.*
- E o que isto tem a ver? *Patrimonialismo.*
- Onde ver os resquícios disto?
  - O sistema cartorário *presidiu os processos, cultural*
  - O nepotismo *reflexo do patrimonialismo*
    - As relações e o personalismo *em relação aos cargos*: Você sabe com quem está falando? O público no privado e o privado no público. Os fidalgos (filhos-de-algo) e a fidalguia: “Letrado, se for possível” – p. 216 – a Casa de Suplicação *tribunal, eram nomeador se fosse possível, se houvesse interesse*; A venda de cargos e sua proibição *problema*.
- A origem corporativa dos cargos *só qm era próximo obtinha acesso*
- Vinculação ao soberano: fonte de toda a justiça *apesar de ter o poder central.*
- Regimento (*regulação de todos os atos do tribunal, competências, estrutura, normas específicas*). *Feitas com base em regimentos, emissões do soberano*) que é específico para cada situação
  - No Brasil, diminuição paulatina da autonomia local: Interferência da Corte que aumenta (*no campo do judiciário, dos tributos*); Guerras da Holanda (*por causa da posse*); Descoberta das minas. *Interesse político de Portugal; + gte p adm. seus interesses no Brasil; continua a realidade local – sobrevive apesar do implemento do direito de Portugal.*
  - Características da administração colonial: Ou os ofícios (*não é publica era um bem que pertencia a alguém*) se incorporavam ao patrimônio das famílias importantes ou conserva-se o costume de renunciar em favor de outrem e indicar o sucessor; A ideia dos ofícios como *coisa de família* (Os cargos em comissão de recrutamento amplo; A terceirização)
  - Falta de lógica e sistema no antigo regime: As regras e o direito costumeiro; O absolutismo e a necessidade de imposição de uma frágil máquina burocrática *com interesses ligados à corte, jogo político*; A influência das forças locais *que se encontram no Brasil. Pluralismo, antinomia; não é um regime q se preocupa com a sistematização, codificação; é costumeiro, local por natureza, c interferência do rei.*
  - A complexidade: Implantação de formas de fiscalização; Juizes de fora, corregedores (ou ouvidores): *recursos (vinham de fora p fiscalizar os juizes que estavam aqui; função correicional, fiscalizar).*
  - Problemas: Usurpação de jurisdição (pelos clérigos, pelos capitães, pelos governadores); Abusos contra os súditos

*Espaço mto gde, complexo; formas de publicação das decisões eram complicadas; auditores, ouvidores p fiscalizar; mtas jurisdições - # lugares: cleros, capitães, juizes; não há uma jurisdição única.*

- Fazenda – a administração fiscal *tributos – sempre Foi um problema; desorganização do sistema; começa na forma de regulação e na de cobrança.*

A falta de um sistema para a tributação: instabilidade das hipóteses de incidência; Os problemas (O descaminho, o contrabando, a usurpação do tesouro régio (*esconde o outro na santa: Santa do pau oco; tentativas de fraude*); A natureza do interesse da Coroa nos bens produzidos: do pau Brasil à cana de açúcar). *Falta de princípios, de definição clara sobre a matéria; de regulação: valor, base, alíquota eram ao sabor do desejo da Coroa. Particulares (contratadores) eram qm cobra, não tinha um sistema publico; modificação nas formas de cobrança.*

- Características: Impostos como renda da Coroa (Fundados na tradição (e não num sistema de normas vinculantes); Falta de um aparelho público arrecadador); Os impostos podem ser devidos pela comunidade – ideia prévia à da pessoa jurídica (como conceito) *não em razão da produção*; Criação de novos tributos com a centralização do poder absolutista (O sistema vai refletir a crise da organização política). *Aumenta o poder centralizado.*
- Aumento das funções do Estado: Funções de polícia: exército, fiscalização; Fomentar atividades econômicas (Ódio aos particulares que cobram impostos; A revolta dos mineiros de 1720 e o acerto; O período pombalino (meados do século XVIII) e a organização da cobrança de tributos: racionalização). *Poder de polícia – adm. q fiscaliza, o auditor q multa, não é apenas do policial q a atividade de fiscalização do estado; aumentam, mas não resolve a questão da cobrança de impostos. Marques de Pombal: trouxe p a legislação portuguesa a influencia do Iluminismo, expulsou do pensamento jurídico aquilo q era a restauração do Direito Romano o que era usado artificialmente -> **Leis das Boas Razões** - boas razoes para aplicá-lo rejeitando o que é contemporâneo; racionalização do direito tirando aquilo que era artificial do processo de restauração; Direito racional q deve ser implementado, tentativa ideológica, adaptando a nova realidade.*

- A divisão das receitas: Os próprios da Coroa (Ex.: O quinto de ouro); Monopólios ou estancos: doados a particulares; Rendas de padroado: bens religiosos; Rendas derivadas de condenações. *Penas alternativas; ex: cobrados por qm levasse brasileiras p Portugal em busca de maridos, mocinhas casadoras.*

#### ■ Justiça

- Características no Antigo Regime: Centralização (*soberano era a lei, poder absoluto*) (Afirmação do monarca à falta da força da lei); Tendência à especialização dos juízes (Imposição da escritura; *não só as lei do sec. XIX das Ordenações Filipinas, das normas*); Afastamento gradativo da instituições locais *não é um processo fácil*; Crescimento do controle estatal monárquico; Crescimento da formalização e racionalização das provas. *Podia haver alguma concessão, avaliada pelo soberano; dir. costumeiro q tende a ser escrito, desenvolvimento da imprensa.*
- Estrutura judicial portuguesa: Ascensão da classe de juristas profissionais *Coimbra –importante para Portugal e Brasil*; Criação de órgãos especializados (Com D. João II (1481-1485), o Desembargo do Paço: Um Conselho de Justiça que administra os outros tribunais e faz nomeações *tribunal q organiza o exercício da jurisdição; julga recursos. A partir da Renascença.*

- Os tribunais (Casa de Suplicação *localiza-se em Portugal, problema de acesso, + genérico equivale ao STJ*;

- Mesa de Consciência e Ordem *julga pessoas em situação especial* (Matérias eclesiásticas, ordens militares, interesses de órfãos e de escravos);

- Relações (Bahia, em 1609 e Rio, em 1751) *é o hj o TJ q julga em 2ª instancia* (Tribunais intermediários de apelação recurso);

- Ouvidores gerais *função correicional*).

#### ■ Os tribunais

- Juízes ordinários: Proximidade e uso do costume; Oralidade; Escola em castas que excluía os judeus, os mouros, cristãos-novos etc.: tradicionalistas
- Juízes de fora ou corregedores: Instrumento da intervenção régia na autonomia local
- Juízes de órfãos : Processos de interesse de incapazes

#### ■ As vestimentas e o cargo

#### ■ Um complexo sistema de controles - *Portugal tem a pretensão de controlar.*

- O rei como detentor do poder de graça– *afastar uma condenação, julgar as ações.*: Confiança e desconfiança; Regulação paulatina do procedimento e da escrita. *Passagem da oral p escrita. Lenta, transformação pela lei.*

#### ■ Estrutura judicial do Brasil colonial.

- No início, tripartição do poder jurisdicional: Juízes municipais; Justiça senhorial dos donatários (Exercida pelos ouvidores - Para os crimes e o direito civil; Doada pelo Rei); Poder real para ouvir apelações e agravos; Os regimentos → uma palavra que continua. *Ouvidores: correição, controle em material criminal e civil; poder real: julgar recursos; regimentos: campo normativo importante no judiciário, dispõe sobre as competências, demanda maior de conflitos.*

Governo-geral: Vigência do sistema anterior e a nova justiça desempenhada pelo ouvidor-geral (Recursos à Casa de Suplicação; Séquito burocrático com o ouvidor: especialização; Criação do Tribunal da Relação na Bahia em 1609 → regimento próprio - Aumento do comércio e das demandas; Dez desembargadores *letrados – formados em direito*;

Poder de correição). *Nova justiça desempenhado pelo Ouvidor-geral. Junto: grupo de burocratas: formalização do ponto de vista teórico. 1ª casa recursal: 1609 – Bahia – aumento dos conflitos; tribunal da relação.*

## BRASIL NO SÉCULO XIX

As instituições e a cultura jurídica

**Fazer um país de alto a baixo: com leis:** Um modelo a seguir - O da codificação: uma Constituição que manda fazer códigos (Entre a ideia da ciência (Alemanha) e do código (França)). O direito como instrumento de poder - Mais do que um “espírito do povo” buscado de forma erudita. A abstração da lei

### Um silenciamento: a escravidão:

Um bem de que se era proprietário - Um bem de que cuidar; E várias questões jurídicas (Escravos de ganho; Escravos que compram sua liberdade - Escravos que têm escravos); *O disfuncional no sistema: uma mácula.*

O cidadãos têm os direitos dos novos tempos: Liberdade, igualdade, valorização da vontade

Causas mais comuns: Quando poderia haver emancipação e sua posição como bens na herança e casos de maus tratos

Características: Inserção no colonialismo; Marca étnica: para índios e africanos

A questão indígena: Uma liberdade natural? Posse originária sobre a terra?

A questão dos africanos: o trabalho servil: Uma questão de propriedade? Os trabalhadores e seu custo; A tensão entre abolição e manutenção do sistema; Um percurso *progressivo*: proibição marcas, lei do ventre livre (Regras a fazer cumprir, Danos a indenizar?)

A intensidade do debate jurídico: Sobreposição e influência, Convivência incômoda do liberalismo e da tradição

Em 1831 a abolição do tráfico: Costas largas, Para inglês ver

*Lei Eusébio de Queirós – de 1850:* Aumento dos custos: aumento do preço dos escravos - Compradores iam a júri popular e traficantes eram julgados na Auditoria da Marinha

*Lei do Ventre Livre – 1871:* Indenização por filho de escravo de 8 anos entregue ao Estado - Conservação ou alforria por conta própria

## A Constituição

A Constituição como declaração de direitos: A propriedade como direito inerente à liberdade

O poder moderador: Uma participação política restrita e censitária; A exaltação do modelo pelo doutrina - Um problema para o direito público

Conselho de Estado: Ouvido quando o Imperador fosse usar o Poder Moderador, Órgão consultivo

**O Poder Judiciário:** Supremo Tribunal de Justiça – criado em 1828: Recurso de revista; Função de cassação: controle de legalidade e de constitucionalidade. O ingresso na carreira dependia do Imperador. Cartórios continuam: privatização

**O que se disputa em juízo:** Questão da publicidade - Dificuldade tanto para a lei quanto para a jurisprudência; Os temperos - Nas ordenações Filipinas, nas questões dos escravos; Citam-se os portugueses Mello Freire e Corrêa Telles. Os temas: Heranças, compras e vendas, tratamento de escravos, negócios, circulação de mercadorias e de títulos, falências e concordatas; Importância do Código Comercial

**Os juristas:** Os magistrados poderiam candidatar-se - Poderiam ser legisladores. Influência estrangeira no estilo dos juristas – Francesa, Alemã, Inglesa; O debate sobre o direito público - O nascimento do direito constitucional e do direito administrativo como eixos de estudo específico; As *Ordenações* ainda influenciavam o direito civil - Com interseção do Código Comercial e a doutrina construída para explicá-lo

**Influência variada do Estado: distâncias de toda ordem:** Como fazer a lei chegar? Que meios usar?

**Os cursos jurídicos – 1827:** Influência coimbrã; Influência da reforma pombalina na organização dos cursos; Influência alemã; Reformas dos cursos jurídicos - Em 1854 passam a ser Faculdade de Direito e ganham cadeiras de direito romano e direito administrativo, Em 1879, ensino livre: ciências jurídicas e ciências sociais → separação do modo de estudar- Nova alteração em 1885 → livre demais; Formação de uma elite - Custo alto dos cursos tanto em Olinda quanto em São Paulo, Muitos dos bacharéis se dedicaram à política, Academias não são centros de debate inicialmente

**Alguns nomes:** De São Paulo - Pimenta Bueno (1831 – 1ª Turma): teórico de direito constitucional, Perdigão Malheiros (1848): A escravidão no Brasil (Abolição sem indenização ao senhor). De Recife - Teixeira de Freitas, Tobias Barreto (Leiam o texto de p. 319-320, Necessidade de superar o jusnaturalismo tradicional: busca de uma ciência do direito, Necessidade de investigar a natureza da sociedade)

**A propriedade das terras:** Propriedade + trabalho (escravidão e imigração) - Herança feudal. As sesmarias - Doações feitas pela Coroa: controle e latifúndios. Posse - Solução para a impossibilidade de doar sesmarias pela lei

de 1795. Lei de terras de 1850 - Transformação da terra em mercadoria, bem (Separação das terras privadas das terras públicas)

**As fontes: Constituição e Codificação no Brasil do Século XIX** - As leis e o processo

*Leniência – característica do tribunal: tinha acesso qm tinha condições financeiras; brando c aquele que podem se defender e não faz nada a qm não tem defesa.*

*Tribunal da relação: extinguem 1626 e é restaurado em 52. Casa da suplicação – tribunal superior*

*Iluminismo – filosofia = influencia; reforma p adotar à realidade; mudanças funcionam c variedade. Fontes/Ordenações Filipinas – base p regulação no Brasil até o Sec. XIX, de forma costumeira. Composta por várias livros.*

**A influência portuguesa:** Os desdobramentos do período pombalino. A vinda da Corte para o Brasil – 1808-1822 - O paradoxo entre o moderno e o absolutismo (Entre Colônia e Metrópole). Influência do liberalismo econômico - Rejeição à democracia, às *ideias liberais*, Rejeição ao sistema colonial. Um outro título para o século XIX - *O processo de substituição das Ordenações Filipinas. Vivemos em um antagonismo: ideias européias mal assimiladas no Brasil. As ordenações continuam durante o Sec. XIX; normas extravagantes: fora do código passam a disciplinar assuntos.*

*Sec. XIX – Leis das Boas Razoes, Ordenações. PJ vinculado à Portugal. Leis das Boas Razões – mudam as fontes, proíbe o uso dos antigos, visava a tradução do DR dentro do principio da razoabilidade, adequada à realidade atual. Influencia difusa: questões, cultura local, dificuldade de regulamentação, implementação.*

**Um Brasil brasileiro?** O censo - Lembrar Machado de Assis: Uma população rural, Uma população analfabeta; Como falar então de Direito e de Constituição?. A necessidade de leis nacionais - O Código Criminal (1830), O Código de Processo Criminal (1832). *Necessidade de leis nacionais: 1<sup>as</sup> no Brasil -> penais.*

**A Constituição de 1824:** Os exemplos pelo mundo: O trânsito entre estabilidade e instabilidade, A necessidade de tratar do problema da religião. E havia um Imperador: As críticas de Frei Caneca - A possibilidade de o Imperador ceder ou trocar o território do Império; O caráter centralizador que tirava das Províncias o poder de legislar; O Poder Moderador; A representação política e a possibilidade de dissolução da Câmara do Deputados. O Imperador e seu poder moderador: Ele é chefe supremo e primeiro representante da nação. Os problemas da aplicação da lei: A limitação da participação popular, Inclusive no que concerne aos júris - Restrito aos que votavam, A exclusão dos escravos. *Exemplo de contradição; representa a modernidade, não absorve tudo o que o processo de constitucionalização da Europa. Imperador – poder moderador: não existia nas outras constituições; contraria a ideia de liberalismo. Efetividade do direito na época. Problema: limitação popular, escravos, mulheres estavam de fora.*

### **O Código Criminal:**

Abolição das penas cruéis: As penas não passariam da pessoa do condenado, Mudança na concepção dos presídios, O efeito contrário como resultado das Ordenações (Mitigação e impunidade), Rejeição à pena de morte, Manutenção das galés (trabalho forçado) do degredo. *Degredo – exílio; galés – condenação a remar; marca de ferro – marcar. Para evitar a mitigação (abrandamento) das penas das ordenações, p serem aplicadas tão como eram previstas. Ordenações – tinham previsões de penas mto severas nos julgamentos q nos julgamentos eram abrandadas.*

No direito penal numa sociedade desigual: Prevalência do Júri e do que ele representa - O pensamento local. *Características locais da região. Ex.: Mutum, cultura local. Jurado só aqueles q votam, não tem mulher, escravo, pobres.*

### **O Código do Processo Criminal**

Reorganização do sistema judiciário: Extinção dos juízes de fora, ouvidorias de comarca. Adota o sistema composto por Supremo Tribunal Federal, das Relações, dos juízes militares e eclesiásticos. Além de juízes de direito, juízes municipais, juízes de paz, promotores de justiça e jurados *mtas instancias* - Relações até 1874 (Bahia, Rio de Janeiro, São Luiz e Recife). Sistema de audiências públicas *dada a publicidade assistida por várias pessoas.*

A divisão das competências: Juízes de Direito - Nomeados pelo Imperador, presidiam o Conselho de Jurados e aplicavam as leis aos fatos, Substituíram os juízes de fora e era vitalícios. Bacharéis de direito com 1 ano de foro. *Relevante do ponto de vista de poder; assemelhados aos juízes atuais. Juízes Municipais – para julgar* Nomeados pelos presidentes de Província, em lista tríplice *fidalgos, escolhidos #, Provisórios – 3 anos, Formados em direito e/ou advogados* (havia os advogados práticos – provisionados - exigência pela carência de bacharéis), Jurisdição em parte da comarca, Davam execução às sentenças e tinha jurisdição policial *cria problemas: descentralização do poder do imperador. Acaba na Justiça do Trabalho os juízes classistas eram nomeados pelos juízes (pressão política), não tinha critério objetivo, por indicação, poder de barganha. Juntas de Paz* - Julgavam recursos dos juízes municipais, Função de polícia (investigativa) e jurisdição no processo sumário (crimes de pequeno potencial punitivo...), Eram eleitos por um ano. Promotores - Nomeados entre os que funcionavam no júri, P. 268: A crítica *sistema mto dividido, complexo* a este sistema era o liberalismo e a instabilidade com o poder dos juízes de paz e da origem de sua nomeação *provisioridade*, Manutenção de um sistema de elite que dava direitos de participação apenas aos que podiam votar *de poder sem mérito como critério.*

A reforma *por causa da questão do poder* pela Lei de 3 de dezembro de 1941: Reação aos problemas dos juizados de paz - Esvaziamento de suas atribuições, Centralização das nomeações de chefe de polícia no Imperador (Auxiliados por delegados *atividades investigativas*, Passam a dar a sentença de pronúncia *denúncia vai continuar como processo ou não* (hoje função do juiz) em razão da extinção do júri de acusação).

A reforma de 1871 cria o inquérito policial - Juizes municipais passam também a ser nomeados pelo Imperador, assim como promotores. *Centralizam + o poder, retiram a competência.*

*Historia do CPC: regime constitucional, poder moderador – centralizador. Participação dos juizes. Político poder disperso: nomeação de juizes fora do poder central: extinção dos juizes de fora; montagem sistema hierarquizado q se assemelha ao atual.*

**Código Comercial de 1850** *base analógica p assuntos civis e doutrina; base p assuntos civis, entre pessoa, continua o costume, agrega tudo e é trabalhado doutrinariamente. 1ª norma codificada q regula relações privadas.*

Regula o direito privado comum até o Código de 1916 - Para questões civis, ainda as Ordenações *continua nas Ordenações, continua c lacunas – não tem código nacional brasileiro para regular.*

Substituição dos textos doutrinários: Cuida do comércio em geral, do comércio marítimo e das quebras; Disciplina das sociedades – personalidade jurídica - A questão da responsabilidade pessoal dos sócios (Um velho problema ainda não resolvido). *Final sec. XIX conceituação PJ – sócios, responsabilidades.*

**Um outro ponto desde 1832:** A possibilidade de cobrar juros: a usura *pecado p Igreja Católica.*

**O processo civil** *regulamento processual*

O Regulamento n. 737 de 1850: Para fazer o Código Comercial funcionar, Vigorou até o Código de Processo Civil de 1939 *novo: 1973 - Exceções peremptórias: que acabam definitivamente (Ex.: Uma alegação de coisa julgada, se for acolhida) coisa julgada não entra no mérito, Exceções dilatórias: que impediam aquele específico processo de seguir (Alegação de condição, de moratória perdão da dívida, renegocia, perdoa a execução, mas se a pessoa não paga, cobra.)*

A obrigação de fundamentar: Não existia na França, mas sim no direito português - Dar as razões. *Existente no Direito Português pq vc decide em relação ao fato e a lei, garantia das partes.*

**O novo direito: o Código de Processo Criminal**

O agravo *protesto* nos autos do processo: Uma preliminar do recurso – como é hoje no Processo do Trabalho e se tenta no Processo Civil *estrutura enxuta*. Apelação como recurso único. Recurso de Revista como cassação *processo civil – recurso especial STJ e extraordinário ao STF*. Consumação da fase postulatória na contestação. *Processo Civil Hj: agravo de instrumento – recurso contra decisão interlocutória, intermediária (ex.: defere decisão liminar)*

O novo direito: o Regulamento n. 737: A presença da conciliação abolida em 1890 - Retomada na CLT e nas recentes reformas do processo civil e penal (Juizados Especiais Criminais)

As leis civis: A influência da ideia *desejo* de um Código *só ocorre no sec. XX, 1910 - A lembrança francesa, Uma tentativa que percorre o século (A condensação pela doutrina portuguesa e brasileira - O texto português de Corrêa Telles – de 1835, e o de Coelho da Rocha – de 1848 → para uma atualização das Ordenações)*

**Teixeira de Freitas: um nome a guardar** *proposta de novo código que vingou; se transformou em argumentação de doutrina, interpretação dos costumes p regular as relações civis.*

Entre o código (França) e a ciência (Alemanha) - Opção pela ciência. Organização de uma consolidação – 1.333 artigos - Texto doutrinário que forma os juristas do Império. Elaboração de um novo esboço ou projeto em 1865 – 4.908 artigos - Presença de um Título Preliminar – Introdutório (O lugar e o tempo – limitadores de vigência), Semelhança com o Cod. Civil Alemão – BGB. O abandono do projeto

Temas polêmicos em matéria civil na proposta de Teixeira de Freitas: A pessoa jurídica *tratamento*: Necessidade de conceituação *importante*. Figura da lesão *contrato pode ser quebrado qdo causa prejuízo lesão gde p qm contrata – retomada no novo Código de 2002. Injeção no projeto do ponto de vista dele como doutrinador foi inserido pelo Código - Ex., pessoa jurídica de existência ideal, Adoção de sua ideia quanto à natureza jurídica ou à feição dos contratos.*

Para entender o texto: O que é o que é? Fiança, Penhor, Hipoteca, Habeas corpus, Jurisdição, Inquérito, Júri, Agravo, Apelação, Prazos peremptórios, Prazos dilatórios, Foro competente, Ação ordinária, Não sumária, Exceções, Incompetência, Suspeição, Ilegitimidade, Litispendência, Coisa julgada, Reconvenção, Presunções, Embargo, Arresto, Prescrição, Direito reais, Falência, Liquidação extrajudicial.

**Do século XIX ao Século XX**

O Brasil e o mundo: as inovações republicanas e um cenário de cientização do direito

**OS POSITIVISMOS:** Qual é o período de influência do positivismo filosófico: De 1840 a até as vésperas da 1ª Grande Guerra Mundial. Como era a Europa? “Passado o furacão de 1848, excetuando-se o conflito da Criméia em

1858 e a guerra franco-prussiana de 1870, a era do positivismo foi época de paz substancial na Europa e, ao mesmo tempo, a época da expansão colonial na África e na Ásia.” REALI, ANTISSEI, 1991, v. 3, p. 295.

Principais nomes: Augusto Comte (1789-1857), na França; John Stuart Mill (1806-1873), na Inglaterra.

### **Quais as características do movimento? REALI, ANTISSEI, 1991, v. 3, p. 296-8**

Primado da ciência. Método das ciências naturais - Identificação das *leis causais* e seu domínio sobre os  *fatos* não vale somente para o estudo da natureza, mas também para o  *estudo da sociedade*. Sociologia é entendida como ciência dos “fatos naturais”. Ciência como único meio em condições de resolver (...)  *todos* os problemas humanos e sociais. Otimismo - Uma sociedade pacífica e preta de solidariedade humana. Parte integrante da mentalidade romântica, pelo caráter messiânico que outorgam à ciência ou ligação com o Iluminismo pela busca de racionalidade científica. Excetuando  *John Stuart Mill*, confiança acrítica na ciência. Combate à metafísica.

### **E o direito? Não existe outro direito senão o positivo . Mobilização da produção jurídica por parte do estado.**

**Formalismo:** “A definição do direito é dada apenas com base na autoridade que põe as normas e, portanto, com base num elemento puramente formal”. O direito não se define com referência “às ações que estão disciplinadas ao conteúdo de tal disciplina”, nem em relação ao resultado que o direito deseja conseguir - BOBBIO, 1995, p. 36-7.

**Imperativismo: Direito como um comando que emana do soberano.** As origens estariam na escola histórica: **preparação por sua crítica ao direito natural**; A vertente da escola da exegese; A jurisprudência analítica com Bentham e Austin

**Pontos fundamentais - BOBBIO, 1995, p. 131-4: modo de abordar o direito: ele é um fato e não um valor, não é bom, nem mau; definição do direito: importância do elemento coação; fonte do direito: a fonte preeminente é a lei; teoria da norma jurídica; teoria do ordenamento jurídico: teoria da coerência e completude do ordenamento jurídico; método da ciência jurídica: o problema da interpretação; teoria da obediência (à lei)**

**A teoria geral do direito (Allgemeine Rechtslehre): “uma filosofia dos juristas que se havia emancipado da filosofia”;** **Busca dos conceitos jurídicos fundamentais.**

Alguns nomes importantes: Direito público -  *Georg Jellinek* → 1851-1911 → direitos público subjetivos, Estado de Direito. Civilistas: Adolf Merkel (1836-1896): enciclopedista e construção escalonada da ordem jurídica → Kelsen; Ernest Bierling (1845-1919): positivismo jurídico psicológico; August Thon (1839-1912): Direitos subjetivos; Karl Bergbohn (1849 -1927): nega a existência de lacunas, positivismo legal ; Ernest Zitelman (1852 -1923): teorização em torno das lacunas.

**OS RISCOS DO POSITIVISMO:** O momento - A teorização de um novo papel do Estado-sujeito-de-direito e do Estado-ordem-jurídica . A variedade. O papel do Estado. A necessidade de disciplina de novas áreas - O direito do trabalho, O sistema legal, O direito administrativo (Um Estado que responde pelos danos que causa: **Cuidado e cautela**)

Instituições e cultura da Primeira República (1889-1930): Federação - Descentralização das fontes normativas (Solução e problemas?). Separação da Igreja e do Estado. Inspiração dos juristas continua européia: Francesa para o direito administrativo, Alemã para o direito civil (Paradoxo das influências, Manutenção de um sistema cartorário)

**Positivismo + Liberalismo:** Uma questão de discurso Ou de prática? Conter as manifestações: A questão social, A insuficiência dos códigos e o fim social (Absorção mais lenta da temática no Brasil), Intervenção do Estado x autonomia da vontade (A questão do direito do trabalho: Quantas horas trabalhar?)

**O ensino jurídico:** Que influências eram recebidas? A filosofia do direito em lugar do direito natural. O método positivo - Descobrir as conexões causais, Fazer leis é promover a evolução social, “As transformações sociais são orgânicas”, Não ao método americano! Não ao método de casos

### **A justiça e o sistema legal:**

Criação do Supremo Tribunal Federal em 1890 - Para o controle de constitucionalidade das leis: Controle difuso e não o concentrado; Fim do recurso de revista e introdução do recurso extraordinário: Questões de constitucionalidade e de legalidade, Ausência da ideia de um precedente vinculante.

Federalização da justiça: Uma justiça federal → O STF, Uma justiça estadual → tudo o mais.

Os temas: A propriedade, Pouca valorização de temas sociais, O direito administrativo: o poder de polícia - O embate entre propriedade e fins sociais, Indenizações por acidentes no trabalho ainda incomuns (Lembrar de Kafka)

### **As reformas**

Código Penal de 1890: fim de galés e de penas perpétuas - Fim da pena de morte em 1891

Direito privado: Disciplina das sociedades anônimas, Disciplina das sociedades por cotas de responsabilidade limitada

O Código Civil de 1916: E uma plêiade de leis extravagantes

### **A era Vargas**

Conflitos entre socialismo. Liberalismo e corporativismo: Ampliação dos problemas sociais (A questão do trabalho, A necessidade de mudança no pensamento privatista); A Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 (Questões gerais de limites de vigência no tempo e no espaço, E uma ordem ao juiz: levar em conta os fins sociais); Lei da usura: limitação para os juros; Limitações do exercício da propriedade nas locações; Um Estado intervencionista; Um Código de Processo Civil de 1939; A Consolidação das Leis do Trabalho de 1943

### **As Constituições**

A Constituição de 1934: Um modelo corporativo; Introdução do concurso público para as carreiras de Estado (Um regime para o servidor público); Justiça Federal; Justiça eleitoral; Justiça do Trabalho inicialmente não integrava o Poder Judiciário (só em 1946)

A Constituição de 1937: Caráter centralizador; Fim da Justiça Federal que só volta em 1970