

**VERA DE ARRUDA ROZO CURY**

**O ENSINO DO DIREITO: RAÍZES HISTÓRICO -  
IDEOLÓGICAS E NOVAS DIRETRIZES**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS  
CAMPINAS – SP  
2001**

**VERA DE ARRUDA ROZO CURY**

**ENSINO DO DIREITO: RAÍZES HISTÓRICO -  
IDEOLÓGICAS E NOVAS DIRETRIZES**

Tese de doutorado apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de DOUTOR em Educação pela Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas, sob a orientação do Prof. Dr. José Camilo dos Santos Filho.

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS  
CAMPINAS - SP**

**2001**

**iii**

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS

**FACULDADE DE EDUCAÇÃO**

**TESE DE DOUTORADO**

**Título: O ENSINO DO DIREITO: RAÍZES HISTÓRICO-IDEOLÓGICAS E NOVAS DIRETRIZES**

**Autor: VERA DE ARRUDA ROZO CURY**

**Orientador: José Camilo dos Santos Filho**

Este exemplar corresponde à redação final da tese defendida por Vera de Arruda Rozo Cury e aprovada pela Comissão Julgadora.

Data: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Assinatura: \_\_\_\_\_

Comissão Julgadora:

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

2001

i

**CATALOGAÇÃO NA FONTE ELABORADA PELA BIBLIOTECA  
DA FACULDADE DE EDUCAÇÃO/UNICAMP  
Bibliotecário Rosemary Passos - CRB-8ª/5751**

C949e Cury, Vera de Arruda Rozo.  
O ensino do direito: raízes histórico - ideológicas e novas  
diretrizes / Vera de Arruda Rozo Cury. -- Campinas, SP :  
[s.n.], 2001.

Orientador : José Camilo dos Santos Filho.  
Tese (doutorado) - Universidade Estadual de  
Campinas, Faculdade de Educação.

1. Direito - Estudo e ensino. 2. Direito - Filosofia.  
Currículo. 4. Direito - Brasil - História. I. José Camilo dos  
Santos Filho. II. Universidade Estadual de Campinas. Faculdade  
de Educação. III. Título.

## **Externo profundos agradecimentos**

- Ao Prof. Dr. José Camilo dos Santos Filho pelos seus ensinamentos.
- Ao Prof. Dr. João Francisco Regis de Moraes, sempre presente, pelas suas contribuições e apoio inestimável.
- À Profa. Dra. Constança Marcondes Cesar, pela sua amizade, incentivo e valiosas sugestões.
- Ao Prof. Dr. Newton Cesar Balzan por repartir comigo experiências e conhecimentos.
- À Profa. Ms. Maria Aparecida Fonseca de Almeida, por partilhar da minha ansiedade e revisar este texto.
- Ao Luis Antonio Vergara Rojas, pelo seu trabalho incansável de formatação.

**v**

## RESUMO

Questionam-se, neste trabalho, os cursos de Direito no que respeita ao aspecto reprodutivista de seu ensino, ao caráter retórico de sua fala, à proposição de direitos e deveres sem perquirir os seus verdadeiros valores e origens, bem como no que tange à abordagem da dogmática jurídica, com base numa simples apresentação sistemática das doutrinas que instruem um processo de ensino legalista, sem nenhuma reflexão histórico-crítica. Este estudo inquire ainda, o distanciamento dos cursos jurídicos da realidade social e histórica e sua defasagem quanto aos aspectos formais e políticos em relação ao momento histórico que os ampara. Em face dessas características, os currículos das Faculdades de Direito, tomados em seu sentido amplo, abrangendo os ensaios pedagógicos e metodológicos, não propiciam a produção do saber para a construção de novos saberes, em razão da práxis positivista, aistórica e acrítica que os condiciona. Dessa maneira, as Faculdades de Direito deixam de ser um *locus* crítico para as transformações sociais por contarem somente com projetos pedagógicos ultrapassados, desvinculados das questões políticas, sociais, econômicas e culturais, e reduzem-se a bastiões de resistência conservadora do *status quo*. Os referenciais teóricos identificam inúmeras crises no tocante à instituição e à educação jurídicas, seja de ordem estrutural-funcional, didático-pedagógica e administrativa, ou curricular, dissociando tal forma de educação das demais, atribuindo-lhe apenas uma organização formal quanto às disciplinas dos vários cursos que encampa. Cumprimos, neste trabalho, buscar as origens da crise paradigmática nos seus aspectos histórico-políticos, ideológicos e epistemológicos, condição básica para a proposta de um novo paradigma para o ensino jurídico. Dois aspectos desse ensino se nos apresentaram de suma importância: o *saber pensar*, ou seja, refletir sobre o Direito, e a *função social* das Faculdades de Direito neste momento de transição por que passam as universidades brasileiras. O *saber pensar* remontou ao Direito Romano, às suas raízes, num movimento arqueológico que passa necessariamente por Portugal, pois, na condição de colônia desse país, sofremos as influências próprias da subordinação, tendo em vista a análise das origens e influências que permearam a formação do Direito brasileiro e do nosso pensar sobre o Direito como uma ciência voltada ao homem. A *função social* remeteu-nos à questão paradigmática, e, para tanto, levamos em consideração a comunidade jurídica, na busca de estudar a correspondência entre as necessidades jurídico-sociais e o aspecto formativo didático-pedagógico, com o fito de propor novo paradigma para o ensino do Direito mediante um currículo centrado nos problemas socioeconômico do país.

## ABSTRACT

In this work, the law teaching at university is questioned in its reproductivist aspect and rhetoric character, in what concerns the rights and duties proposition without scrutinising its true values and origins, as well as with respect to the approach of the legal dogmatic based on a simple systematic presentation of the doctrines that instruct a teaching legalistic process, with no historical-critical and, furthermore, with respect to the fact that the law courses are distant to the social and historical reality, for its discrepancy to the formal and political aspects in relation to the historical moment that supports them. In view of this characteristics, we think that the *curricula* of the Law Colleges, in their broad sense, covering the pedagogic and methodological essays, do not provide a knowledge production with the aim of building new knowledge, because of the positivistic *praxis*, anti-historical and anti-critical, that conditions them. For this reason, the Law Colleges stop being a critical *locus* for the social transformations, because they count only on outmoded pedagogic projects, disentailed from the political, social, economic and cultural questions, and are reduced to supporters of the conservative resistance of the *status quo*. The theoretical referentials identify numerous crisis with respect to the legal institution and legal education, be it structural-functional, didactic-pedagogical, administrative or curricular, separating such kind of education from the others, attributing only a formal organisation to them in what concerns the disciplines of the many courses that it includes. It was our task, in this work, to search the origin of the pragmatic crisis in its historical-political, ideological and epistemological aspects – basic condition to the proposal of a new paradigm turned to the legal teaching. Two aspects of this teaching seemed to be of great importance for us: the *knowing to think*, that is to say, to think about Law, and the social function of the Law Colleges in this moment of transition that we are facing in the Brazilian universities. The social function sent us to the paradigmatic question, and for that reason we took into account the legal community trying to study the correspondence between the legal-social necessities and the didactic-pedagogical formative aspect, with the aim of proposing a new paradigm for the Law teaching through a curriculum centred in the social-economic problems of the country.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	01
<b>CAPÍTULO I</b>	
O DIREITO EM ROMA - RAÍZES DE UM DIREITO MILENAR .....	21
1.1. Período da Realeza: 753-510 a.C. ....	21
1.2. Período Republicano: 510-270 a.C. ....	30
1.2.1. Jus Honorarium .....	35
1.3. Período do Alto Império ou Principado: 270 a.C. - 284 d.C. ....	39
1.4. Período do Baixo Império ou Dominato: 284-565 d.C. ....	45
1.5. A Visão de Mundo e a Construção do Direito em Roma .....	52
<b>CAPÍTULO II:</b>	
O DIREITO LUSITANO COMO FONTE DO DIREITO BRASILEIRO .....	61
2.1. Período Primitivo .....	61
2.2. Conquista da Península e Romanização .....	69
2.3. Período Germânico .....	82
2.4. A Reconquista: Condado Portucalense .....	90
2.5. Período da Individualização do Direito Português: Fontes .....	95
2.6. Período do Direito Português de Inspiração Romano-Canônica .....	96
<b>CAPÍTULO III</b>	
O DIREITO BRASILEIRO E SEU DESVELAMENTO BASEADO NO DIREITO PORTUGUÊS LEGISLADO .....	99
3.1. Período da Legislação Escrita em Portugal .....	99
3.2. Ordenações: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas .....	106
3.3. Organização Sociopolítica, Econômica e Jurídica no Brasil .....	114
3.4. Cursos Jurídicos: sua fundação e propostas curriculares .....	124

## **CAPÍTULO IV**

A EDUCAÇÃO JURÍDICA E SUA CONSTRUÇÃO: UM CAMINHAR IDEOLÓGICO A PARTIR DOS TEMPOS MEDIEVOS INTERMEDIADO POR PORTUGAL .....	133
4.1. A Escola de Bolonha e a Exegese Textual como Método de Ensino .....	137
4.2. Universidade portuguesa: aspectos sociopolíticos e ideológicos.....	147
4.3. Formação Jurídica no Brasil .....	154
4.4. Universidade Brasileira: Reformas Educacionais .....	158
4.5. Resolução nº 3 do Ministério da Educação e Cultura: Flexibilidade Curricular .....	162
<b>CONCLUSÃO</b> .....	171
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	179

## INTRODUÇÃO

As conclusões a que chegamos em nossa dissertação de mestrado, ***Ensino do Direito. Distanciamento do Social. Um Imperativo?***, resultantes de nossas pesquisas referente à Faculdade de Direito - PUC-Campinas (FADI), as quais se estenderam do corpo docente e seu pensar sobre o ensino jurídico ministrado, às expectativas do corpo discente com relação a esse ensino, conduziram-nos a um repensar sobre o paradigma dogmático, tradicional, positivista, ainda a viger nas faculdades de Direito, pelo qual se impõe ao aluno um ensinamento pronto e acabado<sup>1</sup>. Durante nossa docência, confirmamos o que já havia sido detectado anteriormente: a dificuldade que encontra o aluno na elaboração de raciocínios diante de um fato concreto, ou ainda, a dificuldade do seu relacionamento com o conteúdo aprendido. Cumpria-nos um aprofundamento sobre o indicativo da crise que ocorre no ensino jurídico.

Desenvolveu-se, então, estudo avaliativo da Faculdade de Direito - PUC-Campinas (FADI), tomando-se como norte para o processo de avaliação o paradigma denominado “avaliação emancipatória”, elaborado por Saul (1988), o qual prevê a descrição, a análise e a crítica à realidade investigada com o fito de transformar essa realidade de modo a torná-la social, política e economicamente *desenvolvida*.

---

<sup>1</sup> CURY, Vera de Arruda Roza (1995). O currículo e a medida do social: estudo de um curso de Direito - contribuição para avaliação institucional. In: BALZAN, Newton Cesar; SOBRINHO, José Dias (org.) *Avaliação Institucional - teorias e experiências*. p.149.

A descrição da realidade e a caracterização do ensino jurídico ministrado na Faculdade de Direito em questão decorreram da pesquisa empreendida em oito grupos de sujeitos a partir do ano de 1987. Foram considerados os alunos estagiários, os egressos que realizaram estágio supervisionado ou não, os ingressantes e formandos no ano de 1991, os alunos das quartas séries do ano de 1991, os integrantes das segundas séries noturnas (1987) e os formandos do ano de 1990, totalizando essa população investigada cerca de quinhentos alunos.

Em decorrência dos procedimentos utilizados, caracterizados por métodos dialógicos e participativos, envolvendo o corpo docente, discente e os egressos, foi realizado o I Fórum Interno de Debates na FADI, quando, então, foram abordados os temas: currículo, metodologia e avaliação. Justifica-se essa abordagem pelo fato de terem sido esses os aspectos mais criticados pelos alunos, após coleta de dados empreendida em toda a comunidade acadêmica.

Não se descurou do exame do aspecto ideológico do ensino jurídico. Particularmente, por concordarmos com o posicionamento de inúmeros autores como Robert Weaver Shirley (1987), José Eduardo Faria (1987), Celso Fernandes Campilongo (1991), Edmundo L. de Arruda Jr. (1989) e João Baptista Herkenhoff (1990), os quais não admitem a análise da problemática do ensino jurídico isoladamente, despida da crítica ideológica dominante, recusamos o positivismo normativista de Kelsen, que impessoaliza o Direito, reduzindo-o à norma técnica e aistórica.

Pôde-se constatar, na época, que a problemática maior a respeito do ensino jurídico dizia respeito à estrutura axiológica paradigmática dos cursos vigentes, nos seus aspectos político-ideológicos. Mantém-se, quase que na íntegra, o paradigma positivista, fato esse que propicia o distanciamento do alunado da realidade histórica, sóciopolítica, econômica e jurídica.

Concluiu-se inicialmente que, por meio da atividade prática, social e contextualizada historicamente, poder-se-ia obter um ensino mais produtivo, reflexivo e construtivo, mediante a participação no processo cognitivo não apenas de um sujeito, mas, sim, de todos os implicados no processo, o que,

conseqüentemente, criou a necessidade de elaborar-se um novo projeto pedagógico, por meio de uma reformulação abrangente, cujos pontos críticos recairiam sobre a concepção filosófica e estrutural do currículo do curso.

Partimos, então, do ponto de vista de que a educação não se traduz por uma atividade neutra, pois envolve por uma gama de relações de dominação e subordinação, fato que não permite o nosso distanciamento da construção do saber, mas imprime um constante desconstruir e reconstruir, um buscar de novas perspectivas educacionais e de novas práticas, no sentido da emancipação.

Hoje, diante do neoliberalismo, preocupa-nos o tratamento dado aos estudantes, vistos pela ótica do capital humano, dada a grande competitividade econômica existente no mundo. A esses estudantes devem ser oferecidas condições para o enfrentamento dessa competitividade, pois são futuros trabalhadores à disposição dos *consumidores*. Como afirma APPLE (1998), a formação dada a esses estudantes resultaria de uma educação “vista simplesmente como produto, tal como o pão, os carros ou a televisão”<sup>2</sup>.

Em decorrência dessa visão distorcida, segundo o autor, os ideais se alteram, passando o ideal do cidadão a ser o ideal do comprador e conseqüentemente, altera-se o conceito de democracia, que, de político, passa a ser econômico, quando o sujeito/consumidor emerge destituído de “raça, classe ou gênero sexual”<sup>3</sup>.

Dessa maneira, a educação, voltada para a produção e consumo, sem uma análise profunda sobre aquilo que se produz, sobre seus benefícios e prejuízos, sobre os indivíduos envolvidos no processo, alheia-se de toda a criticidade, impedindo-nos até mesmo de buscar respostas parciais quanto à educação e conseqüentes implicações teóricas e práticas, decorrentes da ideologia educacional liberal.

Particularmente, ao refletirmos sobre o ensino jurídico, não podemos nos distanciar da criticidade e da relação dialética que obrigatoriamente deve existir

---

<sup>2</sup> APPLE, Michael W.; NÓVOA, António (orgs.). 1998. *Paulo Freire: Política e Pedagogia*. p.31.

<sup>3</sup> APPLE (1998). Op. cit. p.31.

entre a teoria e a prática, no sentido da construção coletiva, mesmo que alimentada por anseios utópicos. Para tanto, torna-se impossível uma única resposta, pois a criticidade obriga-nos a uma reelaboração constante de nossas idéias teórico-práticas e político-pedagógicas, num caminhar para a formação de agentes transformadores de nossa realidade social e cultural, buscando a melhoria da condição humana por meio de todo um processo de aprendizagem, de modo a nos permitir vislumbrar novos horizontes os quais nos possibilitem contribuir para a formação de uma cidadania responsável e criação de sociedades mais justas e igualitárias.

Isso significa compreender a educação jurídica dentro de um contexto socioeconômico e histórico-político-cultural, voltada à sociedade, no sentido de uma educação utópica marcada por um pensamento utópico, norteador de um projeto imaginário, porém possível, vinculado à realidade imposta, mas que dela se afasta parcial ou totalmente, marcado pela esperança criadora. Dessa maneira, essa dupla dimensão da utopia – negatividade e esperança –, será um facilitador para que o aluno passe a refletir e tomar consciência da sua própria condição humana e a compreender a condição do outro, pois está de posse da realidade, tanto transcendida como transcendente.

Cabe ao educador educar o educando e este o educador, numa transcendência mútua, consistindo essa *bipolaridade* na transcendência cultural, sem a qual a educação não seria formadora, mas apenas somativa<sup>4</sup>. Conseqüentemente, deverá permear todo o processo educativo a postura dialógica e democrática voltada ao coletivo, resultante de uma consciência histórico-crítica baseada na conexão dialética entre a teoria e a prática – a práxis –, no sentido de um afastamento da educação bancária para um caminhar para a educação emancipatória<sup>5</sup>, por considerar que a “angústia e a dor da condição

---

<sup>4</sup> Adriana Puiggrós. Paulo Freire e os Novos Imaginários Pedagógicos Latino-Americanos. In: APPLE, M.W.; NÓVOA, A. (orgs). *Paulo Freire: Política e Pedagogia* (1998). Op. cit. “A transitividade não é apenas uma qualidade da consciência educadora, mas também uma possibilidade da consciência do educando. Na pedagogia freireana, a transitividade é a oportunidade que todo o ser humano tem de se libertar da clausura no seu meio sociocultural para compreender as suas relações com a sociedade em geral”. p.101.

<sup>5</sup> FREIRE, Paulo (1975). *Pedagogia do Oprimido*. “O antagonismo entre as duas concepções - uma, a bancária, que serve à dominação; a outra, a problematizadora, que serve à libertação - toma corpo

humana são superadas pela afirmação do amor e da justiça e pela criação artística e que o sentido redescoberto da vida e do homem é também uma redescoberta do passado”<sup>6</sup>.

Baseando-nos nesse posicionamento, finalizamos nosso trabalho na Faculdade de Direito da PUC-Campinas e concluímos ressaltando o que haveríamos de buscar:

- integração entre as disciplinas do curso, por meio da elaboração conjunta de seus programas pelos docentes da mesma série, sem perder, em nenhum momento, a consciência do todo programado por um projeto pedagógico mais amplo da Unidade;
- modos de propiciar ao aluno a análise dos problemas sócio-jurídicos e culturais da realidade imposta, com base na programação das disciplinas oferecidas pelo curso e, conseqüentemente, a análise de seu projeto pedagógico tendo em vista a transcendência da realidade;
- formas de incentivar o desenvolvimento de pesquisas;
- condições para inserir disciplinas que garantam ao aluno a formação política, filosófica, sociológica e histórica, que o leve a compreender o instrumento de transformação a ser por ele manuseado, tendo em vista o projeto pedagógico que se propõe a FADI;
- desenvolvimento de atividades programadas desde que complementares das disciplinas oferecidas no curso;
- métodos que permitam promover a interação teoria-prática, com o propósito da formação de uma atitude reflexiva, desenvolvidos com base em uma postura dialógica e democrática nos moldes do método dialógico de Paulo Freire;

---

exatamente aí. Enquanto a primeira, necessariamente, mantém a contradição educador-educandos, a segunda realiza a superação. Para manter a contradição, a concepção bancária nega a dialogicidade como essência da educação e se faz antidialógica; para realizar a superação, a educação problematizadora - situação gnosiológica - afirma a dialogicidade e se faz dialógica”, p.97.

<sup>6</sup> CESAR, Constança Marcondes (1998). *A Ontologia Hermenêutica de Paul Ricoeur* (no prelo).

- meios que possibilitem a implementação de estágios mais coerentes, porque mais participativos, nos moldes da Assistência Judiciária "Dr. Carlos Foot Guimarães", conforme experiência relatada em nossa pesquisa de mestrado, em resposta às nossas expectativas, empenhada que estamos na qualidade do ensino jurídico<sup>7</sup>; não apenas quanto ao aspecto financeiro, mas também quanto ao aspecto educacional, da conexão entre teoria e prática, de modo a permitir ao aluno vivenciar o Direito por meio da prática, desenvolver a criticidade, como, por exemplo, a criação de Vara e Junta-Escola.

O enunciado por nós proposto e que ora reiteramos pressupõe uma reformulação de como pensar o Direito, e

se não encontrarmos formas de nos adaptarmos ao desenvolvimento científico moderno, se nós não encontrarmos forma de superar a miséria e a pobreza deste país, nós vamos ser impactados pelos fatos, nós vamos ser cerceados pelos fatos e nós vamos perecer a ordem jurídica e perecendo a ordem jurídica, perece a liberdade e a vida democrática<sup>8</sup>.

Acreditamos, com Buarque (1992)<sup>9</sup>, que as universidades brasileiras e, como partes delas ou não, as faculdades de Direito passam por um momento de transição, sendo necessário que ora se defina a sua função social, pois já está esgotado o modelo desenvolvimentista que tanto incentivou o seu crescimento.

Nas conclusões de nossa dissertação propusemos que as *universidades de ensino*, que se dedicam apenas à reprodução de conhecimento, tenham seu projeto pedagógico revisto, no sentido de checarem novas dinâmicas de ensino, pela atuação de “novos mestres capazes de elaborar e efetuar projeto próprio de desenvolvimento”, mestres esses formadores do profissional de senso crítico, capaz de gerar seus próprios conhecimentos e práticas, como nos ensina

---

<sup>7</sup> CURY, Vera de Arruda Roza (1993). *Ensino do Direito. Distanciamento do Social. Um imperativo?* Dissertação de Mestrado. p.187.

<sup>8</sup> Extrato da palestra proferida pelo Professor Dr. Aurélio Wander Bastos, por ocasião do I Fórum Interno de Debates realizado na Faculdade de Direito - PUCCAMP (1992).

<sup>9</sup> BUARQUE, Cristovan. *Pequeno dicionário da crise universitária*. 1992.

Demo<sup>10</sup>, quando discute a questão da qualidade do ensino ministrado nas universidades.

Finalmente, concluímos em nosso trabalho que o ensino jurídico, tal como vem se processando, segundo modelo desenvolvimentista, assume um caráter retórico, apregoando direitos e deveres, sem que sejam perquiridos os seus verdadeiros valores, e que a dogmática jurídica, simples apresentação sistemática das doutrinas, complementa um processo de ensino legalista no qual impera a ausência de reflexão crítica e de contextualização histórico-social.

Sem dúvida, tratou-se de um estudo de caso – FADI. No entanto, a preocupação com a formação jurídica não dizia, disse ou dirá respeito apenas a uma única Unidade de Ensino, mas a uma grande maioria, haja vista a pesquisa realizada pela Comissão de Ciência e de Ensino Jurídicos criada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (O.A.B.) - *Ensino Jurídico O.A.B.: Diagnóstico, Perspectivas e Propostas*, que buscou diagnosticar “a visão de crise e a perspectiva de futuro acerca da função do Direito”<sup>11</sup>. A pesquisa então realizada teve como instrumento um questionário com 15 questões abertas, o qual foi aplicado a todos os envolvidos com o ensino jurídico. Tomaram-se na época, como parâmetro para amostra, as publicações do pensamento das pessoas envolvidas no processo desse ensino, nos últimos dez anos. Dessa maneira, avaliou-se todo o território nacional abrangido pela pesquisa, quando foram aferidas condições para atualização do ensino: “1. demandas sociais; 2. demandas de novos sujeitos; 3. Demandas tecnológicas; 4. Demandas éticas; 5. demandas técnicas; 6. demandas de especialização; 7. demandas de novas formas organizativas do exercício profissional; 8. demandas de efetivação do acesso à justiça; 9. demandas de refundamentação científica e de atualização dos paradigmas”<sup>12</sup>. Essas demandas permitiram o levantamento de indicativos que resultaram em proposições em linha de princípios e proposições gerais, no

---

<sup>10</sup> DEMO, Pedro. (1991). Qualidade e Modernidade da Educação Superior. *Educação Brasileira*, vol. 13, n. 27, p.37.

<sup>11</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça de, et alii. (1992). *Ensino Jurídico O.A.B.: Diagnóstico, Perspectivas e Propostas*. Brasília: Conselho Federal da O.A.B.

sentido de direcionar novas “diretrizes e critérios para Modelo de Currículo e determinação do perfil do profissional do Direito, suas práticas e inserção social”<sup>13</sup>.

No ano de 1993, foi nomeada pelo MEC uma nova Comissão de Especialistas em Ensino Jurídico (em 1980 houvera outra), a qual adotou como metodologia a realização de seminários regionais, tendo sido realizados três encontros regionais (Porto Alegre; Recife e São Paulo) e um nacional – Seminário Nacional dos Cursos Jurídicos – em Brasília, no qual foram enfocados vários elementos resultantes dos seminários regionais, inclusive a reforma curricular, cuja transcrição é feita a seguir:

1. O Curso Jurídico, tanto em suas matérias fundamentais quanto nas profissionalizantes, deve propiciar uma sólida formação técnico-jurídica e sócio-política.
2. A reflexão teórico-doutrinária do Direito deve também ser direcionada para a construção de um saber crítico que possa contribuir para a transformação e a ordenação da sociedade.
3. É necessário proporcionar ao acadêmico embasamento humanístico, com ênfase em disciplinas como Filosofia Geral, Filosofia do Direito, Sociologia Jurídica e outras matérias fundamentais e interdisciplinares a exemplo da Sociologia Geral, Teoria Geral do Direito, Hermenêutica, Economia, Metodologia Científica, História do Direito, Português e Linguagem Jurídica, Fundamentos da Ética Geral e Profissional.
4. As matérias Introdução ao Estudo do Direito, Sociologia, Economia, Filosofia e Ciência Política deverão integrar os currículos mínimos dos Cursos de Direito como matérias de formação geral e fundamental.
5. Deverão integrar o currículo mínimo profissionalizante dos Cursos de Direito as matérias de Direito Civil, Comercial, Constitucional, Tributário, Processual Civil, Processual Penal, Administrativo, Trabalho, Penal e Internacional.
6. Os Cursos Jurídicos deverão oferecer disciplinas complementares ou optativas relativas aos novos direitos e às demandas específicas do Curso, em percentual que poderá oscilar entre 15 e 30% de sua carga horária global, nele não se incluindo o estágio supervisionado.
7. Recomenda-se que o tronco comum dos currículos plenos dos Cursos Jurídicos deva ser unificado, de forma a proporcionar um maior intercâmbio entre eles.

---

<sup>12</sup> Ibid. p.21.

<sup>13</sup> Ibid. p.30.

8. Na elaboração dos conteúdos programáticos de cada disciplina deverá haver maior acompanhamento e controle para evitar repetições ou superposições assim como é necessário articular o estudo prático ao estudo dos conteúdos teóricos das disciplinas, eliminando a repetição.
9. Os Cursos Jurídicos poderão adotar habilitações específicas a partir do 4º ano.
10. O estágio supervisionado deverá ser obrigatório, desenvolvendo atividades práticas necessárias à formação das várias profissões jurídicas e será desenvolvido a partir dos últimos anos do curso, em um total mínimo de 300 horas, extinguindo-se a atual duplicidade com a disciplina Prática Forense.
11. O estágio extracurricular de Prática Forense e Organização Judiciária deve ter complementação de carga horária para os fins legalmente previstos de inscrição na OAB, em forma de residência jurídica no próprio estágio ou em órgãos judiciários, departamentos jurídicos ou escritórios de advocacia.
12. Os cursos devem funcionar durante um período mínimo de cinco e máximo de oito anos, perfazendo o mínimo de 3.300 horas de atividades didáticas. Os cursos noturnos não podem ter carga horária superior a quatro horas diárias.
13. Dependendo de cada IES o curso noturno deverá ter duração de seis anos ou, quando de cinco, ser adaptado a um período letivo que permita a combinação dos requisitos acima.
14. Deve constituir-se pré-requisito para a graduação dos alunos dos Cursos Jurídicos, a elaboração de uma Monografia final e sua defesa oral perante banca examinadora, não sendo computada esta tarefa na carga horária total mínima. O orientador da dissertação poderá ser, a critério de cada instituição de ensino, orientador externo, permitida a indicação de um profissional da área jurídica sem atuação docente.
15. Recomenda-se que a Comissão de Especialistas de Ensino de Direito elabore anteprojeto de Resolução, a ser apresentado ao Conselho Federal de Educação, articulando as propostas apresentadas e que contemple as variáveis e diretrizes aprovadas no Seminário.

Essas propostas aprovadas no Seminário Nacional serviram como suporte para a Portaria 1.886/94/MEC que passou a regulamentar os Cursos Jurídicos, fixando diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo exigível para esses Cursos. Não se refere a Portaria ao currículo mínimo por várias vezes anteriormente previsto, mas, sim, ao conteúdo mínimo, devendo ser levadas em consideração as orientações emanadas dos Seminários Regionais e Nacional como fundamentais para a sua composição. Dessa maneira, faz-se imprescindível

a interpretação do que a mesma preceitua. Conforme o exposto em *O.A.B. Ensino Jurídico - Novas Diretrizes Curriculares*,

as novas diretrizes curriculares constituem um ponto de partida. Seus relevantes objetivos apenas serão alcançados se houver o compromisso consciente de todos que se envolvem na formação do profissional do Direito, dentro e fora das instituições de ensino.<sup>14</sup>

Verificamos que, de um modo geral, as faculdades de Direito adotam, como método de ensino, o raciocínio dedutivo simplista e, conseqüentemente, o silogismo jurídico faz-se presente, atrelando os professores de Direito à estreiteza do ensino da lei, aos dogmas deslocados da história, sem levar em conta a própria história que propiciaria um conhecimento abrangente da ciência do Direito.

Ensinam-se, ainda hoje, leis que regem a conduta do cidadão na observância do paradigma tradicional de ensino dogmático, apresentando-se ao aluno um ensinamento pronto, acabado. Isso se dá nos albores do século XXI!

A grande preocupação presente e marcante já há mais de uma década vem a ser a melhoria da qualidade do ensino nos cursos de Direito, no sentido de um desligamento do ensino meramente formalista, tomando-se o saber jurídico como fenômeno dinâmico, voltado, pois, ao homem.

Essa preocupação diz respeito à comunidade jurídica, aos especialistas em ensino jurídico e aos órgãos de fomento, que apontam o descompromisso dos cursos jurídicos nos avanços da ciência por não priorizarem a pesquisa e ignorarem inovações metodológicas.

Cumpre-nos ter presente que a opção pelo método a ser utilizado no ensino jurídico será um indicativo da formação desejada, e, por conseguinte, um facilitador da operacionalização do currículo que vem a ser uma série de atitudes ajuizadas por especialistas em busca da eficácia do ensino.

No entanto, os currículos das Faculdades de Direito não têm favorecido a produção de conhecimentos, em razão, com certeza, da não-compreensão da

---

<sup>14</sup> LIMA, Ernando Uchoa (1996). *O.A.B. Ensino Jurídico - Novas Diretrizes Curriculares*. Brasília: Conselho Federal da O.A.B. p.5.

gama de atividades que um currículo deverá prever. Lamenta-se, mesmo, a distância da lição da sala de aula do *locus vivendi*, contribuindo para o desinteresse do aluno por qualquer transformação do *status quo*.

Os currículos jurídicos, na sua maioria, apresentam-se plantados sobre uma grade curricular voltada à formação tecnicista e são centrados no positivismo normativista de Kelsen, o qual impessoaliza o Direito, reduzindo-o à norma, o que possibilita defasagens significativas.

Com a finalidade de apontar para as defasagens quanto aos aspectos formais e políticos dos cursos jurídicos, bem como o seu distanciamento da realidade social e histórica e, ainda, para desvelar a escassez, em quantidade e qualidade, dos referidos aspectos, apoiamo-nos em Shirley (1987), Faria (1987), Campilongo (1991), Arruda Jr. (1989), Herkenhoff (1990), Lyra Filho (1982), Habermas (1983), Faria e Campilongo (1991), Gramsci (1966), Arendt (1981) e Vygostky (1988) que, embora centrados em epistemologias diferentes, foram unânimes quanto à afirmação da influência dos fatores sociais e históricos, ou seja, do momento histórico vivido na valoração do fato social<sup>15</sup>.

Pensar sobre o ensino jurídico significa refletir sobre a crise brasileira educacional cujo sistema se inter-relaciona com o sistema político, econômico e social, sofrendo o reflexo das contradições sociais do regime capitalista, com práticas políticas centralizadoras e formalizadoras, desvinculadas ideologicamente do corpo jurídico regulador e dissociadas da sociedade à qual deverão servir.

Os currículos das Faculdades de Direito, entendidos em sentido amplo, nos seus aspectos pedagógicos e metodológicos, não propiciam a construção do conhecimento com base em sua práxis, deixando as Faculdades de Direito de ser um *locus* crítico voltado às transformações sociais, em razão de contarem com

---

<sup>15</sup> LYRA FILHO, Roberto (1982). *A Nova Escola Jurídica Brasileira. Direito e Avesso*, p.13-15. HABERMAS, Jurgen, *Teoria Analítica da Ciência e Dialética*. BENJAMIN, W. et alii, *Textos Escolhidos*, 1983, p.286. FARIA, José Eduardo, *A Reforma do Ensino Jurídico*, 1987, p.28. ARRUDA JR., Edmundo L. de, *Ensino Jurídico e Sociedade*, 1989, p.66. GRAMSCI, Antonio, *Concepção Dialética da História*, p.139. L.S. CAMPILONGO, Celso Fernandes, *A Sociologia Jurídica no Brasil*, 1991, p.34. SHIRLEY, Robert Weaver, *Antropologia Jurídica*, 1987. HERKENHOFF, João Baptista, *Direito e Utopia*, 1990, p.13-18.

projetos pedagógicos ultrapassados, inexistentes ou desvinculados da prática e da realidade social e cultural.

O discurso proferido nas Faculdades de Direito não se coaduna com a prática, resultando na formação imperfeita do aluno, de modo a não lhe permitir atender às necessidades sociais ou mesmo jurídicas, uma vez que a estrutura axiológica distancia-se da realidade social, impossibilitando a formação de um novo corpo de bacharéis aptos a agirem dentro dos reclamos de um mundo novo que se anuncia com alarde.

Com base nesses pressupostos, questionou-se o currículo dos cursos jurídicos em geral, na sua expressão mais ampla, indagando sobre os aspectos seguintes:

- a ideologia e a política dominantes no currículo;
- o ideal formativo contido no projeto pedagógico e sua relação com a realidade social;
- a coerência dos conteúdos programáticos e dos procedimentos metodológicos com a ideologia e a política explicitada no currículo.

Para que possamos esclarecer o enfoque metodológico dado à pesquisa, priorizando o contexto histórico, cumpre-nos delinear alguns aspectos ideológicos para nós relevantes, em razão da sua influência no pensamento jurídico, aspectos esses que motivaram as discussões sobre a natureza desse pensamento na qualidade de fenômeno social, particularmente quando se tem em vista a complexidade do ensino do Direito, ao relacioná-lo com “as conseqüências sociais que enseja, variáveis segundo as diferentes perspectivas por que se pode orientar, constituindo, por isso, permanente desafio à reflexão do jurista”<sup>16</sup>.

O ensino do Direito não pode ignorar as várias formas de sua apresentação, que determina, em conseqüência, raciocínios abertos à reflexão crítica. Não conviria ao professor ater-se ao ensino do Direito, valendo-se de raciocínios presos às leis e aos códigos, indiferentes ao contexto humano

---

<sup>16</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de (1996). *Aplicação do Direito e Contexto Social*. p.11.

norteador da ordem jurídica, o que significaria ignorar o fato de que o fenômeno jurídico resulta da “coexistência humana”<sup>17</sup>.

Dessa maneira, obriga-se aquele que ensina Direito a posicionar-se sobre a sua real função e a permitir que aquele que aprende faça a sua escolha, proporcionando-lhe um aprendizado voltado à recuperação do homem, recuperação essa considerada “projeto de uma sociedade nova, (o qual) impõe a ruptura dos modelos estruturais de dominação, mas passa também pela valorização das potencialidades da criatura humana”<sup>18</sup>.

Cumprir, prever, para a compreensão do Direito voltado ao homem, a sua inserção num horizonte histórico, de modo a permitir-nos uma análise mais profunda da natureza de certos modelos jurídicos, levando-se em consideração crenças e convicções ideológicas que marcaram a sua perpetuidade, em especial por considerar que o homem “em dado momento de sua história, adquire consciência de seu próprio valor como pessoa... o qual, uma vez adquirido, se apresenta como uma invariante axiológica”<sup>19</sup>.

Tal “invariante axiológica” resulta de uma trajetória histórica de experiências no âmbito social, a qual permitiu a “emergência do valor da pessoa” que, uma vez revelado, tornou-se uma “constante ou invariante axiológica”, determinante da pessoa como *valor-fonte* do Direito<sup>20</sup>.

Para que possamos avaliar o Direito, devemos de apontar para o pensamento jurídico com base na teoria tradicional e sua evolução, levando-se em consideração os valores e posturas nele delineados, sem a pretensão de esgotar o assunto, mas no sentido de iluminar o pensamento crítico que se manifesta no momento, o qual, a nosso ver, possibilita o ensinar tendo em vista a formação reflexiva e crítica do alunado de modo a abrir novos horizontes para a compreensão do Direito e sua valoração.

---

<sup>17</sup> HERKENHOFF, João Batista (1990). *Direito e Utopia*. p.14.

<sup>18</sup> HERKENHOFF, João Batista (199). *Para onde vai o Direito? Reflexões sobre o papel do Direito e do jurista*. p.31.

<sup>19</sup> REALE, Miguel (1998). *Nova fase do direito moderno*. p.62.

<sup>20</sup> REALE, Miguel. Op. cit. p.63.

Para tanto, buscamos apoio em estudos elaborados por autores que vêm trabalhando os vários aspectos do Direito, na busca de uma desalienação jurídica sob a argumentação da necessidade de

dessacralizar e romper a dogmática lógico-formal imperante numa época ou num determinado momento da cultura jurídica de um país, propiciando as condições e os pressupostos necessários para o amplo processo estratégico/pedagógico de 'esclarecimento', 'autoconsciência', 'emancipação' e 'transformação' da realidade social<sup>21</sup>.

A dessacralização e o rompimento pretendidos obtêm respaldo no pensamento jurídico crítico.

A partir do momento em que se passa a refletir sobre o Direito e a questionar a sua "legalidade" tradicional, determinante de uma época cultural, são descortinados novos horizontes num repensar emancipatório e renovador que busca a reordenação das estruturas de poder, deslocando-se do "nível lógico interno para o processo de conhecimento externo"<sup>22</sup>.

Esse deslocamento do conhecimento passa, então, a ter um conteúdo valorativo, pois leva em consideração os aspectos sociológicos, históricos e políticos e busca redefinir os padrões normativos então vigentes que não se coadunam com as necessidades atuais, especialmente pelo seu formalismo técnico-dogmático.

Dentre os autores que se debruçaram na análise desses aspectos, podemos ressaltar o trabalho extenso realizado pelo Professor José Eduardo Faria que, num processo de reconstrução, nos faz antever um modelo teórico-democrático para o Direito numa abordagem multidisciplinar-sociológica, política, filosófica e jurídica. Esses aspectos conduzem-nos a uma reflexão sobre a "deificação da ciência como fator alienante na sociedade moderna", pois

a sociedade moderna substituiu Deus pela ciência. E criou o mito da ciência infalível! Só que o dogma da verdade científica é constantemente destruído pela própria ciência, na medida em que o processo científico comprova a

---

<sup>21</sup> WOLKMER, Antonio Carlos (1995). *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. p.11.

<sup>22</sup> WOLKMER, Antonio Carlos (1995). Op. cit. p.89.

precariedade do saber humano, impondo aos cientistas permanente vigília, para não correrem o risco da superação e do erro<sup>23</sup>.

A deificação da ciência, como se vê, é alienante, pois resultante do pensar estático de uma época cujo modelo liberal-dogmático e lógico-formal prioriza a lei e tem o Estado como fonte única de emanção do Direito. Desse modo deixa de ser o Direito uma

atividade verdadeiramente científica, eminentemente crítica e especulativa - o que exige uma formação reflexiva, não dogmática e multidisciplinar, organizada a partir de uma interrogação sobre a dimensão política, sobre as implicações socioeconômicas e sobre a natureza ideológica de toda ordem jurídica<sup>24</sup>.

Outro autor, adepto do pensamento crítico é o Professor Celso Fernandes Campilongo, o qual, por várias vezes, colaborou ao lado do Professor José Eduardo Faria na elaboração do tema sobre a reflexão jurídica. Preocupado com a formação dos magistrados, refere-se o autor à postura metodológica mantida nos cursos jurídicos que, na maioria das vezes, se atém apenas ao aspecto formal do Direito, prendendo-se às normas, declinando de sua polissemia intrínseca que possibilitaria uma atitude reflexiva e não apenas técnico/prática, comumente usada hoje nos cursos jurídicos, pois

apesar das exigências práticas que a politização das questões jurídicas impõem aos magistrados, grande parte dos profissionais do direito é formada num dogmatismo que não permite sequer o debate desses problemas. Atados à perspectiva interna ao direito, compondo e recompondo sua atuação profissional a partir dos 'inputs' do sistema jurídico, desatentos quanto ao crescente uso político do direito, alguns setores da magistratura fazem vista grossa diante da nova realidade<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> KATO, Shelma Lombardi (1989). *A crise do Direito e o compromisso da libertação*. FARIA, José Eduardo (org) *Direito e Justiça. A função Social do Judiciário*. p.170.

<sup>24</sup> FARIA (1989). Op. cit. p.98.

<sup>25</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: Faria, José Eduardo (1989). *Direito e Justiça. A Função Social do Judiciário*. p.119.

Essa preocupação vai se tornando mais significativa, quando os autores trazem para análise reflexões do Professor Roberto Lyra Filho quanto ao Direito:

a dialética nos ensina a ver que as contradições do direito em devenir e dos conjuntos de normas em que elas se vertem não são jamais extrínsecas, é com elas, através delas que o direito se transforma e avança, continuamente, conscientizando as barreiras e superando-as com os próprios elementos ali manifestados; o direito nunca é, definitivamente, e, sim, vem a ser, na práxis evolutiva<sup>26</sup>.

Dando continuidade ao pensamento do Professor Roberto Lyra Filho, este não se afasta da crítica ao ensino jurídico, tomando como base crítica a própria definição do Direito:

Evidentemente, o Direito, assim com o desvendo, não corresponde ao que ensina o realejo tradicional das Faculdades, quando repete, com a monotonia capaz de estourar nossa paciência, que o Direito é um conjunto de normas... etc. etc.

e indaga: se “a lata é o biscoito, que fazer, quando alguém lá puser uma barata morta? Comê-la, com a jura dogmática de que se trata dum ‘cream craker’”<sup>27</sup>?

O autor deixa claro que é impossível aceitar (como faz o pensamento jurídico tradicional) o Direito como um conjunto de normas e defini-lo por meio de normas limitadas ao Estado e aos grupos dominantes, quando já estão superadas as posturas gnoseológicas do idealismo e do realismo, e, conseqüentemente, o positivismo legalista. Posiciona-se o autor, como ele próprio afirma, por um

humanismo dialético - isto é, o humanismo em que as coisas são vistas em totalidade e movimento; a concentração quantitativa produz o salto qualitativo; os contrários se interpenetram; e a própria negação se faz acompanhar da negação da negação (em que subsistem, reenquadrados e transfigurados, aspectos daquilo mesmo que se negou; qualquer transformação opera com elementos

---

<sup>26</sup> FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes (1991). *A Sociologia Jurídica no Brasil*. p.50.

<sup>27</sup> LYRA FILHO, Roberto. *Desordem e Processo: Um Posfácio Explicativo*. LYRA, Doreodó Araujo. (1986). *Desordem e Processo*. p.313.

preexistentes e, não havendo um erro absoluto, qualquer erro não passa de uma verdade torcida)”<sup>28</sup>.

Podemos concluir que, para Lyra Filho, o Direito não possui as características de fixidez e de eternidade, mas revela-se como um processo para a libertação humana, podendo, em certos momentos, divorciar-se das leis positivadas numa busca da verdadeira Justiça e não a Justiça representada por grupos e classes detentores do poder.

Da mesma forma como Roberto Lyra Filho, o Professor Antonio Carlos Wolkner tem seus ensinamentos marcados pelo culturalismo histórico humanista, voltados hoje, porém, a um projeto alternativo, conforme podemos verificar na sua obra - *O Pluralismo Jurídico. O Espaço de Práticas Sociais Participativas*, conforme análise realizada por Wolkmer (1995)<sup>29</sup>.

Cumpre-nos ressaltar a contribuição dada pelo Professor Plauto Faraco de Azevedo para o estudo jusfilosófico no Brasil, o qual se posiciona contra a dogmática e atribui real importância à hermenêutica para a aplicação do Direito. Na qualidade de humanista, de formação jusnaturalista, não deixa de integrar-se no pensamento jurídico crítico, manifestando-se quanto à impossibilidade de

cogitar-se validamente do direito sem pensar na sociedade sobre que atua e de que recebe o influxo. Direito e sociedade são realidades historicamente situadas, mutáveis e perfectíveis, em que de modo necessário se insere o homem, interagindo com seu semelhante na construção da vida cultural. Não há pois, modo de compreender o direito senão em sua moldura histórica global<sup>30</sup>.

Baseando-se nesse posicionamento, o autor refere-se à Ciência Jurídica como se inserida na história, confrontando fatos e instituições, verificando a influência recíproca existente entre ambas e valorizando essa interação. Conclui,

---

<sup>28</sup> LYRA, Doreodó Araujo (1986). Op. cit. p.295.

<sup>29</sup> WOLKMER, Antonio Carlos (1995). *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. p.106.

<sup>30</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco (1996). *Aplicação do direito e contexto social*. p.92.

então, pelo equilíbrio que deve existir entre a “harmonia lógica (interna) e a harmonização”<sup>31</sup> das reais necessidades humanas.

Para que se obtenham soluções adequadas valendo-se da totalidade de um quadro político-jurídico constituído, afirma o professor ser necessário nos despirmos da *couraça positivista*, vestida quando da nossa formação em consonância com o ensino tradicional, que, “em nome da ciência e pela ciência” nos afasta do “clamor dos desvalidos e das lições e advertências da história”<sup>32</sup>.

Pudemos notar que o pensamento jurídico crítico no Brasil, embora não se citassem aqui todos os seus seguidores (mesmo porque a isso não nos propusemos), vem marcado por variados enfoques, ora contidos, ora emancipatórios. No entanto, o enfoque da historicidade do Direito é unânime particularmente quando os autores, embora embasados por epistemologias distintas, buscam a compreensão das funções político-ideológicas que geram o normativismo estatal e questionam a base epistemológica da produção da ciência jurídica tradicional, com o fito de desmitificar a dimensão político-ideológica que ainda serve de suporte para a dogmática jurídica.

Diante desse quadro, buscamos a historicidade como afirmação da temporalidade da experiência humana, considerando que o homem se conhece objetivando a vida, e que a natureza humana é histórica e, quando na história, experiência.

Com base nesse enfoque histórico e procedimentos em conformidade com a fenomenologia, é que se efetuou a análise então pretendida mediante os procedimentos ora delineados:

#### **1 - Pesquisa bibliográfica para:**

- caracterizar a evolução do Direito, valendo-nos de sua história;
- detectar a ideologia que permeia a formação histórica do Direito e os currículos jurídicos;

---

<sup>31</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco (1996). Op. cit. p.63.

<sup>32</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco (1996). Op. cit. p.65.

## **2 - Pesquisa documental para:**

- analisar as reformas curriculares dos cursos jurídicos no Brasil a partir de 1990, priorizando extrair seu princípio ideológico norteador.

### **Análise e Tratamento dos “Dados”**

Mediante pesquisa bibliográfica, buscou-se identificar as transformações por que passou a educação jurídica desde os seus primórdios em Roma, passando por Portugal e pelo Brasil, bem como a ideologia contida nos projetos pedagógicos. Pretendeu-se, por meio das pesquisas, detectar o tipo predominante de paradigma ao longo da história do Direito e a qualidade de ensino ministrado nas faculdades de Direito.

Buscou-se recuperar o papel das Faculdades de Direito, tendo-se em vista sua contribuição para o desenvolvimento da sociedade, a adequação do ensino ao futuro profissional de Direito.

Por fim, a convicção da necessidade de outra abordagem paradigmática, para que as Faculdades de Direito venham a cumprir sua função social, por intermédio de uma produção crítica e reflexiva e não apenas pela reprodução do conhecimento, vale dizer, por um conhecimento voltado para a construção da cidadania, levou-nos a empreender este estudo desenvolvido em quatro capítulos:

Capítulo I- **O Direito em Roma - Raízes de um Direito Milenar** - no qual se procede a um estudo histórico da formação do Direito em Roma, de modo a identificar a ideologia jurídica dominante nos seus primórdios.

Capítulo II - **O Direito Lusitano como fonte do Direito Brasileiro** - no qual se efetua uma análise do desvelamento do Direito em Portugal e sua

influência ideológica para a formação do Direito relativamente a Portugal.

Capítulo III - **O Direito Brasileiro e seu desvelamento baseado no Direito português legislado** - quando se aborda a formação do Direito no Brasil Colônia até a República e a ideologia que permeou a sua constituição nesse período.

Capítulo IV - **A educação jurídica e sua construção: um caminhar ideológico a partir dos tempos medievos intermediado por Portugal** - em que se busca extrair das várias reformas curriculares o princípio ideológico norteador do currículo jurídico hoje no Brasil.

## **CAPÍTULO I**

### **O DIREITO EM ROMA - RAÍZES DE UM DIREITO MILENAR**

#### **1.1 Período da realeza: 753-510 a.C.**

Cumpre-nos neste primeiro momento revelar um pouco da história do Direito Romano, uma face notável do Direito que, por mais de mil anos, vigorou no mundo ocidental. Trata-se, pois, de um laboratório para o entendimento do Direito, particularmente do Direito brasileiro de base romanística.

Tal base justifica-se, uma vez que, por época do desenvolvimento no Brasil, ainda era o Direito Romano observado em grande parte dos países da Europa, incluindo-se Portugal, levando-se em conta as Ordenações do Reino Afonsinas, Manoelinas e Filipinas que vigoravam em Portugal, com marcante influência romanística e que, com a ocupação do Brasil por Portugal, passaram a vigorar nestas terras igualmente.

Os romanos são tidos como os primeiros a organizarem o Direito, buscando na casuística as regras jurídicas, para, num segundo momento, classificá-las e aplicá-las a novos casos.

Manteve-se o Direito Romano vivo por doze séculos e, ainda hoje, vários institutos de origem romana não morreram: “estão vivos, ou exatamente como foram, ou com alterações tão pequenas que se reconhecem, ainda, em seus modernos institutos correspondentes, como, para dar um exemplo, no campo das obrigações, diversos tipos de contratos (a compra e venda, o mútuo, o comodato, o depósito, o penhor, a hipoteca)”<sup>33</sup>.

Cumpre-nos, ainda, trazer um pouco da história de Roma, pelo fato de nos posicionarmos do mesmo modo como ensina MAYNS (1876), para quem a escola histórica é aquela que melhor ilustra a formação e o progresso do Direito, pois este não surge das revelações espontâneas de legisladores nem de idéias universais e comuns ao gênero humano, mas, sim, da totalidade do humano.

Cada povo forma um todo orgânico distinto dos demais pela sua própria natureza. A individualidade de cada povo manifesta-se de três maneiras: por intermédio da língua, elemento característico de toda nação; pelos hábitos da vida social e, enfim, pela aplicação do talento nacional nas relações interindividuais<sup>34</sup>.

Creemos que as atitudes e idéias de um povo-nação não se constituem em decorrência de instituições artificiais ou criações arbitrárias, pois é impossível acreditar na formação artificial de uma língua nacional, de atitudes nacionais e na improvisação de um Direito nacional, tendo em vista não ser a lei a fonte primeira do Direito, mas, antes, o próprio povo, e o Direito, a manifestação do caráter desse povo<sup>35</sup>.

Acreditamos, ainda, que o Direito tenha tido origem na natureza do homem, constituindo uma constante na história dos povos da Antigüidade, que o Direito Romano se manteve presente em todas as fases da civilização ocidental e que a história de Roma nos permite compreender a própria evolução da história

---

<sup>33</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. (1994). *Direito Romano Moderno*, p.3.

<sup>34</sup> MAYNS, Charles (1876). *Cours de Droit Romain*. “Chaque peuple forme un ensemble organique, distinct de tous les autres par sa nature même. Le caractère individuel d’un peuple, disent-ils, se révèle particulièrement de trois manières: d’abord par la langue, élément le plus caractéristique de toute nation; ensuite, par les mœurs, c’est-à-dire les habitudes de la vie sociale; et enfin par l’application du génie national aux relations des individus entre eux, ce qui constitue insensiblement le droit de la nation”, p.2.

do Direito, influenciado que foi por acontecimentos políticos, econômicos, sociais, religiosos e filosóficos.

Buscamos entender a postura do povo romano no seu pensar político, enfocando breves momentos de sua história no sentido de compreendermos alguns valores levantados com base em suas raízes, em suas origens, em seu “eu” como povo, em sua humanidade.

Trazemos conteúdo extraído de textos literários e jurídicos. Fazemos menção às dificuldades da escrita na época e da minoria que se iniciava na literatura e na escrita, por via de regra, detentores do poder, situação que se projetou no tempo.

Pela própria evolução do Direito, seja escrito ou não, podemos verificar que, de início, eram raros os textos escritos (os quais aumentaram consideravelmente ao final da República). Tais textos eram de redação e interpretação difíceis, por vezes transformados em *Glosas ou Novellas*, as quais nos incitam a buscar entender, a perceber a natureza do povo romano e a compreender seus problemas e seu comportamento, decorrentes ambas as situações de sua formação histórica.

Normalmente, quando nos referimos aos romanos, a imagem que se nos apresenta é a da cidade de Roma, a *urbs*, a cidade das grandes batalhas e da perseguição a Cristo. No entanto, os primeiros romanos eram pastores por excelência, invocavam os deuses para proteção de seus bois, atribuíam penas severas àqueles que viessem a matar seus animais. A própria cidade nasceu sob o signo do boi.

Interessante notar que o homem romano delimitava o seu espaço urbano a uma cova denominada *mundus*, como símbolo da comunicação entre os seres vivos, o mundo dos mortos e dos deuses subterrâneos<sup>36</sup>. Rouland (1997) recorda-

---

<sup>35</sup> Ibid. “De même qu’il est impossible de créer artificiellement une langue nationale, des mœurs nationales, de même on ne peut improviser un droit national: la source du droit n’est pas la loi, mais le droit existe de lui-même dès qu’un peuple existe. C’est la manifestation immédiate du caractère propre de ce peuple”, p.2.

<sup>36</sup> ROULAND, Norbert (1997). *Roma, Democracia Impossível? Os Agentes do Poder na Urbe Romana*. p.22.

nos o apreço do romano à terra, referindo-se à apropriação pelo povo da nova terra, valendo-se do *mundus*:

...cada homem que chega lança nessa cova um punhado de terra que recolheu antes de abandonar o seu solo natal para procurar fortuna alhures. Apropria-se então dessa cidade que acaba de ser fundada dizendo: Onde está a terra dos meus pais, aí será a minha pátria<sup>37</sup>.

Além dessa cerimônia, a essa terra eram acrescentados grãos, vinho e gado miúdo, para, num segundo momento, ser a terra coberta e aí ser erigido um altar cujo fogo sagrado passaria a arder numa veneração, ao lado do gado e dos deuses. Contornando o *mundus*, é aberto um círculo mágico, o *promoerium*, circunferência protegida por Júpiter e que abrigará a cidade a ser edificada e que repelirá a *mácula da morte*<sup>38</sup>.

Existiam, nesse primeiro momento, alguns tabus que nos permitem entender o povo romano dessa época. O que nos parece de suma importância para a análise da resolução dada pelos romanos aos seus problemas políticos e jurídicos vem a ser a proibição de rasgar a terra e, conseqüentemente, o afastamento total e absoluto da prática da agricultura. Colhiam o que a terra lhes dava, sem a transformação feita pelo homem; caçavam e criavam animais, proibindo-se, no entanto, lavar os carneiros, tosquiar as ovelhas e atrelar as mulas<sup>39</sup>.

Essa sociedade romana arcaica constituía-se, pois, por pastores seminômades que se locomoviam conforme as alterações do clima, particularmente de junho a outubro, quando conduziam o gado para o alto dos Apeninos. Era uma sociedade que caminhava num ritmo calmo, com bens materiais escassos, sem intenções de organizações políticas, mesmo existindo a presença de fortes e fracos, pois era extremamente precário o social e o econômico, não havendo (o que é importante lembrar) união entre as tribos.

---

<sup>37</sup> Ibid. p.22.

<sup>38</sup> ROULAND, Norbert, ob., cit. "É proibido sepultar ou incinerar um morto no recinto do *promoerium*, e o carrasco deve morar fora da cidade. Nenhum soldado armado pode passar as suas portas, pois isso representa a morte, trazida pelo gláudio. O sacerdote de Júpiter habita no âmbito intrapomerial, jamais deverá presenciar o desfile de uma tropa armada, nem tocar um morto, nem aproximar-se de uma sepultura", p.22.

Constata-se que apenas com a proximidade dos sabinos é que os romanos buscam organizar-se com o objetivo de defesa de suas terras, formando a Liga das Sete Colinas<sup>40</sup>.

A esse povo, pastores latinos, agregou-se um povo provindo de uma civilização bem mais evoluída, composta, sobretudo, por comerciantes e artesãos: os etruscos. Mantinha esse povo contato direto com a Grécia e o Oriente pela própria atividade exercida; organizavam-se em classes (senhores, dependentes e escravos) e adotavam um regime de cidade - Estado. Em contrapartida, os pastores eram anti-Estado pelo sua próprio caráter nômade.

Em número inferior aos latinos, que até este momento chamamos de pastores latinos, os etruscos, preocupados com o comércio, não buscaram a sua destruição, mas com eles conviveram com o intuito único de beneficiar-se, possibilitando-lhes mesmo atravessar o Tibre no seu curso inferior e construir no local uma ponte, que, segundo Rouland (1997), “sela o destino da cidade que a partir de agora podemos chamar de Roma”<sup>41</sup>.

Dando continuidade à análise sobre a origem dos povos romanos, todas essas transformações causaram uma certa instabilidade entre os pastores, determinando o fenômeno do aculturalismo. Esses mesmos pastores procuraram manter vivas suas tradições na busca de um distanciamento da cultura etrusca, a qual, para eles, era estrangeira; procuraram igualmente a manutenção de seus valores, não se convertendo aos valores urbanos e aos deuses do comércio e não se transferindo em massa de seus vilarejos no alto das colinas para as cidades que ora floresciam. No entanto, as pedras e os tijolos compactos passam a substituir, com o tempo, o *adobe* e as construções são cobertas de telhas, sob a

---

<sup>39</sup> Ibid. p.24.

<sup>40</sup> Ibid. “Uma vez mais, a arqueologia parece reabilitar os escritores antigos, no tocante à verdade dos sabinos nas proximidades de Roma. Foi exumado recentemente em Tívoli um necrotério cujas oitenta sepulturas, escalonadas ao longo de todo o século VIII, são constituídas segundo o tipo de jazigo de cova, desconhecido no Lácio, mas muito freqüente na zona osco-umbriana, como na região etrusca e falisca. Com toda certeza, esse povo estranho ao Lácio era constituído pelos sabinos, contra os quais foi formada a liga das Sete Colinas. Mas não é apenas aos sabinos que se deve o surgimento de Roma”, p.27

<sup>41</sup> ROULAND, Norbert. ob., cit., p.29.

influência etrusca, eclodindo a revolução urbana em menos de duas gerações (625 a 575 a.C.), quando a vida se organiza às margens do Tibre.

No século IV a.C. a expansão de Roma é marcante, seja do ponto de vista demográfico, seja do ponto de vista econômico, tornando-se um chamariz para grupos de pessoas que para lá se dirigiam sempre em ritmo crescente. Fatos como esse são relatados por autores antigos como Dionísio de Halicarnasso, citado por Rouland:

... percebendo que muitas cidades da Itália eram mal governadas, tanto por tiranos como por oligarcas, ele (Rômulo) empenhou-se em acolher com benevolência e em atrair os indivíduos desejosos de abandonar suas cidades, indivíduos esses que constituíram grande número, não reparando minimamente nos seus infortúnios nem no seu nível de riqueza, cuidando tão-somente que se tratasse de homens livres<sup>42</sup>.

A esse grupo, que, mais e mais invade Roma, o povo romano denominou de *plebe*.

Dessa maneira, admitiram-se sabinos e outros grupos que passam a gerar as riquezas de Roma ao lado dos etruscos. No entanto, a eles opunham-se os filhos dos pastores latinos (patrícios), os quais, não possuindo meios para rechaçá-los, buscaram formas para atenuar a situação como, por exemplo, manter cargos no governo e participar dos lucros, pois, para alcançar o poder, necessitavam da riqueza que já não lhes era propiciada por seus bois e carneiros, cujo valor econômico caíra sobremaneira. Conseqüentemente, unem-se os burgueses (sem cidadania) aos patrícios (cidadãos), num esquema que podemos chamar de clientelismo: burgueses dando apoio por vezes financeiro aos patrícios e estes dando permissão para que aqueles<sup>43</sup> “tenham acesso ao conhecimento do direito e dos trâmites processuais”.

O cliente é um homem livre que vem fazer a corte ao pai de família e orgulhosamente se proclama seu cliente. É rico ou pobre, poderoso ou miserável,

---

<sup>42</sup> ROULAND, Norbert. Op. cit., p.34.

<sup>43</sup> ROULAND, Norbert. Op. cit. “Tudo leva a supor que, até meados do século VI, época da criação dos comícios centuriais, plebeu algum, fosse ele rico ou pobre, gozava do direito de cidadania”, p.49.

às vezes mais poderoso que o patrono ao qual saúda<sup>44</sup>, mas que, sem dúvida, necessita da proteção do patrício, patrono, seja por interesse, tendo em vista uma carreira pública, negócios dependentes de influência política, falta de dinheiro como os eruditos (poetas, filósofos) sem posse, seja pela sua inclusão no testamento do patrono em decorrência das honras por ele prestadas por meio das “saudações matinais” que se transformaram num rito e “faltar-lhe equivaleria a renegar o laço de clientela”, quando “os visitantes fazem fila em veste de cerimônia (*toga*) e cada um recebe uma espécie de gorjeta (*sportula*) que permite aos mais pobres terem o que comer nesse dia”<sup>45</sup>. Dessa maneira, todas as manhãs o patrono recebe em sua casa um fragmento da sociedade romana que o visita em bloco, com seus níveis e desigualdades públicas, e sobre o qual ele tem autoridade moral<sup>46</sup>.

Essa aliança de interesses permitiu à aristocracia (patrícios) a dominação da cidade e participação nas suas riquezas, não deixando, porém, de atentar contra seus valores calcados na sua cultura pastoril, pois ali estava a cidade e o Estado, indicativo da instauração da República, sem qualquer indício de um processo de democratização.

Não se tratou aqui de efetuarmos um estudo aprofundado da história de Roma, mas de um estudo que nos permitisse compreender a evolução do Direito Romano para refletir sobre seus reflexos na formação do nosso Direito.

Retomando antigos historiadores (Mayns, citando Festus e Tito Lívio), Roma foi formada pela união de duas sociedades não organizadas: uma de origem latina e outra de origem sabina. Esses dois povos formaram uma federação na tentativa de se organizarem e se constituírem numa só nação. No entanto, permanecia marcante a diferença, em decorrência de suas

---

<sup>44</sup> VEYNE, Paul (1989). *O Império Romano. História da Vida Privada*. V. I. p.98.

<sup>45</sup> VEYNE, Paul. Op. cit. p.99.

<sup>46</sup> Ibid. p.99.

origens, o que definia duas tribos: Ramnes e Tities ou Titienses. Posteriormente, junta-se às primeiras uma nova tribo, Luceres, “provavelmente de origem etrusca”<sup>47</sup>.

Fixaram-se as três tribos na margem esquerda do rio Tibre, dando origem à cidade de Roma. Essa população manteve-se dividida em três tribos, e a cada tribo coube a divisão em dez cúrias, e cada cúria em dez decúrias ou gentes. Dessa maneira, trezentas gentes passaram a compor o povo romano, ou seja, *populus romanus Quiritium*<sup>48</sup>.

As gentes eram constituídas por diferentes famílias, mas ligadas por ideais e interesses políticos e religiosos.

Na chefia da família estavam os *patres*, chefes de família, que se dividiam em *seniores* e *juniores*, supondo-se para essa divisão um marco de idade: 45 anos. A eles eram atribuídas as funções de senador (*seniores*) e formação das forças armadas (*juniores*).

As gentes (300) constituíam as assembléias denominadas *comitia curiata*, comícios curiados, quando, então, votavam as leis, deliberavam sobre a guerra e a paz, julgavam os crimes contra as coisas públicas, exercendo, de uma maneira geral, a soberania nacional. Quanto aos atos de execução e comando, estes eram atribuídos ao Rex, mediante decreto solene, *a lex curiata de imperio*. Por meio da *lex curiata de imperio*, o Rex investia-se da suprema dignidade sacerdotal e comando militar que exercia de acordo com as necessidades do momento e sem restrições<sup>49</sup>. Cabia ainda ao Rex a convocação das assembléias das cúrias.

Como esclarece SERAFINI (1888), o comício curiatio era a mais antiga assembléia legislativa de Roma<sup>50</sup>, cabendo-nos ressaltar, que, segundo MAYNS

---

<sup>47</sup> MAYNS, Charles . Op. cit. p.28.

<sup>48</sup> Ibid. p.29.

<sup>49</sup> Ibid. “Il était investi de la suprême dignité sacerdotale et du commandement militaire qu’il exerçait, suivant les nécessités du moment, sans partage ni restriction”, p.31.

<sup>50</sup> SERAFINI, Filippo (1888). *Instituzioni Di Diritto Romano*. “I comizi curiati erano la piú antica assemblea legislativa dei Romani. Il popolo, in cui il patriziato era da principio preponderante si da risiedere in esso la

(1876), as assembleias eram de duas espécies: nas destinadas às eleições, às deliberações sobre a guerra e à votação das leis, cada membro era convocado individualmente para uma declaração, e, em outras, que envolviam certos atos da vida social, a fim de que lhes fosse atribuída a autenticidade necessária, não havia a convocação individual, podendo, delas participar todos os habitantes da vila, razão do *comitio calata*<sup>51</sup>.

Quando nos referimos ao comício curiatio, invocamos a organização do poder público em Roma, no período da Realeza, que reunia, portanto, três elementos: *Rex* (detentor do *imperium*); *Senatus* (detentor da *auctoritas*), e *Populus romanus* formado pelos patrícios, homens livres que constituíam as *gentes*. O procedimento, digamos legislativo, consistia na votação de uma lei, proposta pelo *Rex*, pelas gentes (*populus*) e por cúrias, resultando nas *leges curiatae*.

Neste período da Realeza, a plebe é ignorada pela administração de Roma, não fazendo parte da sua organização política. A mudança dessa situação vai ocorrer, ainda no período da Realeza, com Sêrvio Túlio (578-535 a.C.), penúltimo rei de Roma, quando é eliminada a origem do povo, como pressuposto para a divisão de classes, e se estabelece, como distinção entre as pessoas, a riqueza.

Essa distinção, criadora das classes constituídas de cidadãos ricos e pagantes de impostos, possuidores do direito de prestar serviço militar (grande honra para o povo romano), gerou conseqüências políticas, pois passam então os

---

massima parte della sovranità, era diviso, per partecipare alla cosa pubblica, in trenta curie. Queste si radunavano nelle solenità comuni, ed ogni qual volta il Re formalmente le invitava col mezzo dei littori, in quella parte del Foro apiè del Campidoglio, che appunto da siffatte adunanze fu detto il comizio. E il luogo era sacro e sacro giorno, e l'assemblea tenevasi sotto l'impero di certi riti sacerdotali", p.4.

<sup>51</sup> MAYNS, Charles (1876). *Cours de Droit Romain*. "Les assemblées des curies étaient, en effect, de deux espèces. Pour les unes, destinées aux élections, aux délibérations sur la guerre, aux votes des lois, chaque membre du populus était individuellement convoqué par un héraut, et l'accès n'en était naturellement permis qu'aux personnes invitées. Mais, en outre, il y avait, comme nous l'avons déjà dit, des assemblées ayant pour objet des opérations d'une nature différent, entre autres de donner à certains actes de la vie sociale le caractère d'authenticité nécessaire pour les rendre valables et obligatoires. Pour ces comices, il n'y avait pas d'invitations individuelles: tous les habitants de la ville y étaient appelés en masse (de là le nom de comitia calata), et tous pouvaient y assister et procéder aux actes qu'on avait l'habitude d'y faire, sauf aux patres ou à leurs magistrats de donner à ces actes l'authenticite voulue", p.43.

plebeus, desde que contribuintes, a votar as leis nos comícios centuriatos, ou das centúrias, o que resultou nas *leges centuriatae* cuja unidade de voto passa a ser a centúria, existente em número maior ou menor, conforme o nível, em decorrência das cinco classes estabelecidas de acordo com as fortunas levantadas pelo recenseamento realizado.

Segundo SERAFINI (1888), os comícios centuriatos abandonaram a base religiosa e gentílica, observando-se para a organização do Estado, a riqueza. A classificação feita por Sêrvio Túlio fez que o comício centuriato se diferenciasse sobremaneira do comício curiatio ou das cúrias<sup>52</sup>. Esse comício centuriato passou a constituir a assembléia (*comitatus maximus*) no período republicano.

Concluindo, encontramos como fonte do Direito romano, no período da Realeza, o costume e as *leges curiatae* ou *centuriatae*, que se tornam obrigatórias após sua votação nas cúrias ou centúrias e ratificação pelo Senado.

## 1.2. Período Republicano: 510-27 a.C.

As reformas realizadas por Sêrvio Túlio levaram a aristocracia a voltar-se contra o rei, resultando no seu assassinato por Tarquin que o sucede no reinado. Tirânico, Tarquin volta-se contra os direitos adquiridos pela plebe, contra o Senado e os patrícios. Como consequência, eclode uma revolução com a cassação do rei, logo após ser decretada a abolição da realeza pelas cúrias e ratificação do ato pelas centúrias.

O poder real, na nova República, é transferido a dois chefes, com mandato de um ano, aos quais se denominou *Praetores* ou *Iudices* e, mais tarde foram denominados *Consules*<sup>53</sup>. Segundo MAYNS (1876), essa reforma ocorrida

---

<sup>52</sup> SERAFINI, Filippo. *Instituzioni Di Diritto Romano*. "Il quale, abbandonata la base religiosa e gentilizia della costituzione, attese ad organare lo Stato in altro modo prendendo per misura i rapporti locali e la ricchezza... Da questa classificazione della popolazione, fatta da Servio Tullio ebbero origine i comizi per centurie, che, per distinguerli dagli antichi delle curie, nei quali compeggiava il principio gentilizio, potrebero dirsi i comizi", p.4.

<sup>53</sup> MAYNS, Charles (1876) *Cours de Droit Romain*. "Le pouvoir royal, c'est-à-dire avant tout l'imperium militaire, source première de toutes les contributions des rois... C'est pourquoi les remplaçants du roi

correspondia à pretendida por Sévio Túlio e à sua intenção de abdicação voluntária. A legislação de Sévio Túlio foi retomada e na ocasião foram votadas duas leis: uma, limitando o poder dos cônsules na atribuição da pena e outra, concedendo à plebe o direito de *provocation aux comices des centuries*<sup>54</sup>.

Embora tenham ocorrido mudanças significativas, fatores outros continuaram prejudicando a plebe, como, por exemplo, o instinto opressivo dos patrícios. Assim, o senado sentia-se obrigado a agradar à classe dominante. A aristocracia tinha em suas mãos a ditadura, tendo em vista a escolha do ditador ser feita dentre os patrícios, e ser seu poder absoluto, além de os comícios centuriatos indiretamente passarem aos patrícios pela sua habilidade na condução dos votos<sup>55</sup>.

MAYNS (1876) faz uma análise da situação na época, mencionando a opressão da plebe, em especial na vida privada, pois tomava-se a propriedade como base para o pagamento do imposto, e, com a guerra e a usura praticada pelos patrícios, via-se a plebe presa a eles. Posteriormente, os patrícios consentem na diminuição das contribuições, permitindo a tomada de posições políticas importantes para a plebe. As negociações levam à realização de um tratado entre patrícios e plebeus, quando a plebe concorda em voltar para Roma, pois haviam se afastado para o Monte Sagrado, desde que possuíssem representantes legais. Esse fato deu origem ao tribuno da plebe, *tribuni plebis*, em número de dois, número, mais tarde, elevado para quatro, cinco e dez<sup>56</sup>. Dessa

---

s'appellent d'abord proetores i.e proe-itores, les Heer-zog des Germains. Le titre iudices se trouve dans une formule ancienne, consacrée par Varron... Le mot consules, qui certes ne vient pas de consulere (car ces magistrats étaient chargés d'agir et d'exécuter, et non pas de consuleres) est d'une origine plus récente", p.70.

<sup>54</sup> Idem. p.70.

<sup>55</sup> MAYNS, Charles. *Cours de Droit Romain*. "Même les comices des centuries se trouvaient indirectement sous la dépendance des patriciens, d'abord par l'initiative que appartenait au sénat et par auspices dont ils se servaient habilement; ensuite par le pouvoir illimité qui permettait même au magistrat président de refuser les votes qui ne lui convenaient pas; enfin par les clients, qui dans des occasions graves étaient employés à troubler les délibérations et à les rendre impossibles", p.70.

<sup>56</sup> CRETILLA JÚNIOR, José (1994). *Direito Romano Moderno*. "Criados em 494, eram magistrados plebeus, invioláveis, sagrados (sacrosancti), com direito de veto contra decisões dos cônsules e dos senadores. Não podem dormir fora de Roma e devem manter sempre abertas as portas de suas casas, prontos para a intervenção, imediata a qualquer hora, do dia ou da noite, a favor dos plebeus... O tribuno da plebe não pode ser acusado, preso, nem punido. Tem imunidade total. São imunidades parlamentares", p.20.

maneira, são constituídos os comícios tributos, que, de acordo com SERAFINI (1888), têm sua origem nos *concilia plebis*<sup>57</sup>.

Segundo GIORDANI (1991), os comícios-tributos possuíam as seguintes atribuições: “eleger os tribunos da plebe, os edis e os questores; julgar em grau de recurso (provocatio) contra as sentenças que cominavam multas elevadas (multa suprema)”<sup>58</sup> e votar os plebiscitos.

Conforme declinamos, pode-se notar que no período republicano o *populus romanus* já se faz representar por patrícios e plebeus nos comícios curiatis, centuriatis e tributos, e a plebe exclusivamente nos *concilia plebis*.

Para melhor compreensão da época a que nos estamos referindo e das fontes do Direito neste período, cumpre-nos tecer alguns comentários sobre o Direito escrito e não escrito.

Segundo SERAFINI (1888), o Direito não escrito é aquele que se forma pelo consenso comum e se faz conhecer pelo nome de Direito consuetudinário. Na infância de um povo, todo o Direito é consuetudinário. Da mesma maneira, nos primórdios de Roma o costume (*mores maiorum*) constituía a fonte principal do Direito privado. Com o progresso, surge o Direito escrito com um número cada vez maior de leis sobrepondo-se ao Direito consuetudinário.

Ainda SERAFINI (1888) manifesta-se dizendo que o Direito escrito se constitui diferentemente de acordo com a época e a constituição política da nação. Com relação aos romanos, o Direito escrito compreendia a lei do povo romano, o senado, o edito do magistrado, as respostas dos prudentes<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> SERAFINI, Filippo (1888). *Istituzioni Di Diritto Romano*. “Origine dei concilia plebis (in cui la plebe è sovrana) che si aprivano senza consultare gli auguri e che diventarono in breve un ramo del potere legislativo. Veramente le deliberazioni prese in quest comizi non obligarono sul principio che la plebe; mas la loro competenza legislativa non tardò ad essere pereggiata in seguito a quella dei comizi curiati. E difati i consoli Orazio e Valerio, nell’anno 305 di Roma, fecero passare una lege <ut quod tributin plebs iussisset populum teneret> la quale fu poscia rinnovate e confermata sulla proposta del console Publilio del 415; ma, siccome i patrizi trovano sempre novi mezzi per sottrarsi alla lege, la questione dei plebisciti vinne regolata definitivamente soltando mediante la celebre legge Ortensia dell’anno de Roma 468”, p.6.

<sup>58</sup> GIORDANI, Mário Curtis (1991). *Iniciação ao Direito Romano*. p.144.

<sup>59</sup> SERAFINI, Filippo (1888). *Istituzioni Di Diritto Romano*. “Il diritto non scritto è quello che si forma da sè pel consenso comune dei consociati, e si conosce più propriamente sotto il nome di diritto consuetudinario... Nel infanzia dei popoli tutto il diritto è consuetudinario. Così era anche nei primordè di Roma, quando i mores maiorum costituivano la fonte principale del diritto privato. Col progredire della cività e col continuo crescere

Como lei, nesse período, podemos citar a Lei das Doze Tábuas ou *Lex duodecim tabularum*, de uma importância incontestável, com conteúdo variado, “não sendo esquecido o direito público, nem o direito privado, nem o sagrado, nem o processo civil”<sup>60</sup>. Conforme MAYNS (1876), o conteúdo da Lei das Doze Tábuas é essencialmente nacional, não sofrendo influência sensível de nenhuma legislação estrangeira<sup>61</sup>. Acompanhando o mesmo posicionamento, CRETELLA JÚNIOR (1994) assim se manifesta: “Eis por que a crítica moderna levanta sérias dúvidas sobre a influência das leis gregas nas disposições da Lei das Doze Tábuas...”<sup>62</sup>

Cumpra-nos salientar que a *lex*, nesse período, não tinha a mesma conotação que a lei atual, no sentido do direito objetivo -sistema de normas - pelas próprias definições ora citadas:

Papiniano: lei é o preceito comum, decisão de homens prudentes, coerção dos delitos que são praticados espontaneamente, ou por ignorância, garantia comum da república.

Alteio Capito: lei é a determinação geral do povo ou da plebe por proposta do magistrado<sup>63</sup>.

Ao lado desta fonte – a lei, podemos ressaltar, ainda, como fonte do Direito a interpretação dos prudentes ou jurisprudentes, que interpretavam as lacunas da lei “no sentido de adaptá-la às mudanças sucessivas do direito vivo”<sup>64</sup>, resultando, dessa interpretação, a Resposta dos Prudentes.

Dando seqüência às informações anteriores, o que é de fundamental importância para o entendimento da formação do Direito romano são os editos dos magistrados, em especial os dos pretores urbanos e peregrinos, que

---

dei bisogni si fa sempre maggiore il numero delle leggi, che a poco a poco il diritto scritto subentra al diritto consuetudinario e forma poi un diritto solo, cioè il diritto positivo della nazione... Il diritto scritto si forma diversamente a seconda delle epoche e della costituzione politica delle nazioni. Presso i Romani il diritto scritto comprendeva le leggi del popolo romano, i senato consulti, gli editti dei magistrati, i responsi dei prudenti...”, p.3.

<sup>60</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. (1994). *Direito Romano Moderno*. p.21.

Filippo Serafini (1888). *Instituzioni Di Diritto Romano*. “Leggi delle Tavole - Questa è la più importante legge del popolo romano: in essa si contiene tutta la scienza legale degli antichi Romani. Diremo quindi alcune parole sull’origine esterna di questo codice e sull’ importanza del medesimo”, p.9

<sup>61</sup> MAYNS, Charles (1876). *Cours de Droit Romain*. p.77.

<sup>62</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. (1994). *Direito Romano Moderno*. p. 22.

<sup>63</sup> Idem. p.22.

originaram um Direito novo, digamos, atualizado, humano, que tomava como base a eqüidade, ou seja, para casos iguais, decisões iguais. Portanto, o Direito deixa de ser impessoal na sua totalidade, pois amolda-se a cada caso.

Os editos eram proclamações feitas pelo magistrado em face do caso apresentado, originárias da *honor*, da magistratura. De início, essas proclamações eram feitas oralmente, ditas solenemente e em voz alta. Posteriormente, assumiram a forma escrita, em tábuas de madeira com caracteres negros e títulos em vermelho. As tábuas de madeira eram revestidas de gesso e denominavam-se *álbuns* e os títulos, tendo em vista a cor vermelha em que eram escritos, *rubricas*. Podemos ressaltar os editos: *edictum perpetuum* (permanente) ou *edictum annum* (anual) e *edictum repentinum* (edito imprevisto) quando a solução do caso não estava prevista no edito permanente.

O pretor substituto não se obrigava à observância dos editos anteriores. Normalmente acolhia-os, acrescentando novas disposições (*edictum translaticium*). Dessa maneira, o edito *perpetuum* era constituído sobre parte do edito do pretor ou magistrado anterior. Por via de regra, era criado um *edictum novum*, ou seja, um edito novo sem suporte no anterior, obra pessoal do pretor. Com base na construção acima, resultando no *edictum translaticium*, podemos afirmar que o limite de validade do edito prolongava-se no tempo, mesmo assim diferenciava-se da lei, cuja validade era permanente.

Tendo em vista as proclamações dos pretores ao lado do *jus civile* surge o *jus honorarium*, contrapondo-se àquele, “pois mais prático, mais humano, porque temperado pelo extraordinário instrumento de que dispõe o pretor - a eqüidade”<sup>65</sup>. Esta eqüidade (*aequitas*) vem a ser um critério de igualdade - decisões iguais para casos iguais, ou seja, a justiça do caso concreto o “adequamento do *jus*, frio, genérico, abstrato, longínquo, à realidade palpitante da vida em toda a sua concretude”<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Ibid. p.23

<sup>65</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. *Direito Romano Moderno*. p.25.

<sup>66</sup> Ibid. p.25.

### 1.2.1. Jus honorarium

O *jus honorarium* surge em virtude de o relacionamento entre os romanos e os estrangeiros ter-se intensificado com a expansão de Roma. Assim, protegiam-se os romanos desses estrangeiros, os quais não eram amparados pelo *jus civile*, aplicado apenas aos cidadãos de Roma. Para tanto, é nomeado magistrado, o *praetor peregrinus*, pretor para os estrangeiros, com poder ilimitado. Cabia ao pretor tomar como base o *jus civile* para aplicação da lei ao estrangeiro, exceto no que não se lhe pudesse aplicar, e considerar as peculiaridades decorrentes da complexidade do crescimento econômico de Roma, para que pudesse efetuar o julgamento dos casos apresentados, cujas decisões davam origem aos editos dos magistrados.

Ao lado do *praetor peregrinus*, permanecia o *praetor urbanus* que tratava das causas ligadas aos cidadãos romanos, possuindo o mesmo poder daquele, ou seja, poder absoluto, no que diz respeito a prescindir da aplicação das normas do *jus civile*, desde que injustas diante do caso apresentado ou em desacordo com o momento social mais avançado.

Dessa maneira, esses magistrados, possuindo a capacidade de adaptar o *jus civile* a situações novas e diferenciadas, estabeleceram novos princípios que passaram a constituir o *jus honorarium*, decorrente do latim *honor* (honra), vocábulo que, tecnicamente corresponde a cargo conferido pelo povo romano ao magistrado.

Conforme GIORDANI (1991), citando PAPINIANO (D.1.1.7.1), “direito pretoriano é o que os pretores introduziram com o propósito de corroborar, suprir ou corrigir o direito civil, tendo em vista a utilidade pública”<sup>67</sup>. Nota-se, então, que a função do pretor era a de aplicar o direito civil sem alteração, quando atendesse ao Direito invocado, ou suprir as lacunas que o direito civil apresentasse e ou “substituir velhas organizações por outras por ele criadas”.

---

<sup>67</sup> GIORDANI, Mário Curtis (1991). *Iniciação ao Direito Romano*. p.78.

GIORDANI (1991) estabelece um paralelo bastante significativo entre *jus civile* e *jus praetorium* que nos possibilita uma análise de como o Direito Romano era na sua totalidade casuístico, ou seja, voltava-se para a resolução do caso concreto apresentado (Quadro I):

## Quadro I

### Jus Civile e Jus Praetorium

JUS CIVILE	JUS PRAETORIUM
<p>É um sistema jurídico que se desenvolve organicamente mercê da <i>interpretatio</i>. “É um sistema orgânico e segue uma linha natural de desenvolvimento”, anota BIONDI<sup>68</sup></p> <p>O desenvolvimento do <i>jus civile</i> é pautado por uma rigorosa lógica, embora leve em consideração a realidade social. Pode-se dizer que o <i>jus civile</i> é <i>ratio</i>.</p> <p>O <i>jus civile</i> é ordenamento não só lógico, mas rigoroso e inflexível. É, como sublinha BIONDI, <i>lei</i>.</p> <p>As prescrições do <i>jus civile</i> revestem-se de um caráter de generalidade e de impessoalidade. Valem por si mesmas. São disposições normativas que atribuem a cada um direitos e deveres.</p> <p>No campo do <i>jus civile</i>, o pretor assiste e controla a legalidade formal do processo, mas é o autor (<i>actor</i>) que dá impulso ao <i>agere</i> (atividade jurídica no processo, participação de um processo). O <i>jus civile</i> apresenta um caráter de <i>personalidade</i> (BIONDI, <i>Ist.</i>, p. 67).</p> <p>Os institutos do <i>jus civile</i> apresentam uma estrutura arcaica e seus conceitos jurídicos podem ser facilmente reconstituídos.</p>	<p>O <i>jus praetorium</i> carece de organicidade tanto na sua essência como em seu desenvolvimento histórico. Consiste num infindo suceder-se de editos através do tempo, formando um complexo desorgânico.</p> <p>A atuação do magistrado é influenciada por uma série de contingências da vida quotidiana e reveste-se de um caráter heterogêneo. Daí a impossibilidade de reconstituir o <i>jus praetorium</i> com os mesmos métodos e critérios do <i>jus civile</i>, Pode-se dizer que o <i>jus praetorium</i>, em face de sua sensibilidade às contingências sociais é <i>oportunidade</i><sup>69</sup>.</p> <p>O <i>jus praetorium</i> é uma concretização do <i>imperium</i> do magistrado no campo jurídico. BIONDI sublinha que a ordem emitida pelo magistrado é ato de vontade e não da aplicação de um princípio jurídico pois que, se assim fosse, isto é, <i>jus</i>, não teria tido necessidade do <i>imperium</i> do magistrado para ser atuado (Scritti Giuridici, vol. I. p.263).</p> <p>A vontade do pretor impregna o <i>jus praetorium</i>: o <i>edictum</i> permaneceria letra morta, se o magistrado não aplicasse ao caso concreto o conteúdo do mesmo. Este, por si só, não vincularia nem as partes nem o pretor. Não criaria direitos entre as partes independentemente da atividade pretoriana. A interferência da vontade do pretor transparece nitidamente nas constantes expressões contidas nos editos, tais como: <i>jubebo, dabo, veto, restituas</i>. Do pretor emanam, pois, imposições coercitivas de conduta <i>causa cognita</i> isto é, em cada caso que surge em face da declaração geral contida no edito.</p> <p>No âmbito do <i>jus honorarium</i> é o pretor que dá impulso ao <i>agere</i>, prevalecendo, portanto, a atuação do magistrado sobre a da parte.</p> <p>O <i>jus honorarium</i> reveste-se de uma nítida marca de <i>patrimonialidade</i>, que se explica pelo desenvolvimento intenso das relações econômico-sociais. As relações do <i>jus praetorium</i> não apresentam essa estrutura arcaica (assim, por exemplo, a <i>bonorum possessio</i> não é a <i>hereditas</i> do <i>jus civile</i>): o que encontramos aí é uma série de fatos e de ordens. Uma reconstituição aqui limita-se à descrição e análise do fato focalizado pelo <i>praetor</i> nas conseqüências jurídicas que decorrem da atuação deste.</p>

<sup>68</sup> GIORDANI, Mario Curtis Op.cit. p.79.

<sup>69</sup> Ibid.

Embora possamos notar a diversidade de fontes, como o *jus civile* e o *jus honorarium*, fica claro para nós o tradicionalismo no Direito romano, pois o direito criado pelos magistrados (*jus honorarium*), sem dúvida, tinha suas origens no *jus civile*, fato revelador de que os Romanos, como afirma GIORDANI (1991), citando Kaser,

não ab-rogam suas velhas tradições mas criam junto a elas outras novas, confiando em que, em virtude das melhores vantagens que estas oferecem, as antigas irão perdendo a vigência. Só em poucos casos, nos quais é iniludível a inovação, recorre-se às leis ou normas reformadoras<sup>70</sup>.

Os romanos eram, pois, casuístas e também realistas, fato que transparece no *jus honorarium*, como já vimos, decorrente das decisões dos magistrados (pretos em especial) que não se atinham apenas às bases legais (*jus civile*). Tendo que decidir e reconhecendo o Direito como “instrumento para satisfazer necessidades concretas e mutáveis... e que é a realidade da vida com todas as suas exigências que guia o desenvolvimento do sistema, tornam-se jurisperitos”, haja vista um texto de GAIO (I.3, 194): “Pois nem a lei pode tornar ladrão quem absolutamente não é nem uma nem outra coisa” e outro de Paulo (D. 41.2.1.4), “que adverte que uma situação de fato não pode ser anulada pelo direito civil”<sup>71</sup>.

Dessa maneira, Roma,

impregnada de um senso prático, criou um admirável ordenamento jurídico da sociedade, que reflete tão bem os traços marcantes do gênio romano: a gravitas (senso de responsabilidade), a pietas (expressão da desobediência à autoridade tanto divina como humana) e a simplicitas (à qualidade do homem que vê claramente as coisas e as vê tais como são)

e, segundo Ihering, o Direito Romano foi “como o cristianismo, um elemento da civilização moderna”<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao Direito Romano*. p.30.

<sup>71</sup> Ibid. “Neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter vel homicida sit (Gaio), res facti infirmari jure civili non potest (Paulo)”, p.32.

<sup>72</sup> Ibid. p.1  
Ibid. p.2.

O *jus honorarium* pode ser tomado como uma das maiores contribuições para a ciência do Direito, em razão de ser proveniente da *honor*, não se incorporando e nem produzindo alterações do Direito civil, mas renovando-o e suprimindo as suas lacunas em face das situações que emergem da realidade social ainda sem definições.

Tais princípios práticos são vigentes ainda em nossos dias, respeitando-se o distanciamento da técnica romana, dada a solicitação da realidade social da época em que se aplicavam esses princípios.

### **1.3. Período do Alto Império ou Principado: 27 a.C. - 284 d.C.**

O Alto Império ou Principado corresponde ao período histórico-romano que vai de Augusto até a morte de Dioclesiano (27 a.C. a 284 d.C.), quando passa a governar a pessoa do príncipe, na qualidade de primeiro magistrado, sagrado e inviolável, o qual partilha seu poder, quase que ilimitado com o senado. Há, então, concentração de “dignidades e poderes republicanos nas mãos de uma só pessoa, o *princeps* e a criação de novos órgãos políticos administrativos estreitamente dependentes do *princeps*”<sup>73</sup>.

No comando do Estado, portanto, encontramos o Príncipe, Imperador, César, como era chamado, sendo-lhe atribuídas estas qualidades:

- *Imperium*, que corresponde ao poder de comando das forças armadas; o direito de proclamar a guerra e a paz e o direito da vida e da morte em suas mãos e sobre todos, inclusive senadores e cavaleiros.
- Administrador das províncias.
- Censor, podendo delimitar o número de senadores.
- Pontífice, tornando-o chefe religioso do Estado (papa).

- Poder de veto. Mediante seu veto, tolhia-se a ação de qualquer magistrado e do senado<sup>74</sup>.

Da mesma forma como em épocas anteriores, reis e magistrados da República agiam, o imperador tinha um conselho constituído por cônsules, por outros magistrados e senadores<sup>75</sup>, bem como lhe era dado o direito de fazer publicar suas ordens (*edicta*), com duração correspondente à de toda sua vida. Ainda, segundo MAYNS (1876), no primeiro mês de cada ano, todo o povo de Roma prestava fidelidade ao imperador<sup>76</sup>.

Neste período, os magistrados subsistem aos imperadores e os cônsules continuam agraciados com grandes honrarias, mas com funções restritas à administração do senado e nomeados por Augusto, de dois em dois meses. Dentre os magistrados, contavam-se os pretores, fixados em número de doze<sup>77</sup>.

Podemos destacar alguns fatores que favoreceram o desenvolvimento do direito nesse período:

- O desaparecimento da aristocracia;
- A indiferença política;
- A ausência de vida pública e dos discursos inflamados no Fórum;

---

<sup>73</sup> GIORDANI, Mário Curtis (1991). *Iniciação ao Direito Romano*. p.144.

<sup>74</sup> MAYNS, Charles (1876). *Cours de Droit Romain*. "À la tête de l'État se trouve le prince, Imperator, Princeps, Caesar, Augustus. Ces qualités lui assurent:

1. Le pouvoir consulaire avec la puissance particulière qui, depuis Jules César, est désignée par le mot imperium et qui comprend le commandement des armées, le droit de déclarer la guerre et de faire des traités de paix, enfin le droit de vie et de mort, même sur les sénateurs et les chevaliers.

2. Le pouvoir proconsulaire, c'est-à-dire l'administration des provinces, au du moins d'une partie des provinces.

3. Le pouvoir des censeurs, ou plutôt la proefectura morum: car c'est maintenant le proefectus morum qui exerce les fonctions des anciens censeurs. En cette qualité, l'empereur a le droit de créer et d'éliminer les sénateurs.

4. Le pontificat. L'empereur est toujours de plein droit grand pontife, pourtant chef religieux de l'État.

5. Mais ce qui rend son pouvoir réellement illimité, c'est la puissance tribunitienne dont il est revêtu. Ayant, en vertu de cette puissance le droit de paralyser, au moyen de son veto, l'action de tout magistrat et même du sénat; ayant, d'autre part, en vertu des autres magistratures dont il est investi, entre ses mains tous les moyens d'action, l'empereur se trouve avoir de fait le pouvoir absolu auquel l'inviolabilité tribunitienne imprime encore un caractère particulier de sainteté et de souveraineté".

<sup>75</sup> Ibid. "Comme les anciens rois et comme les magistrats de la république, l'empereur avait son conseil. Auguste y appelait les consuls, quelques autres magistrats et un certain nombre de sénateurs", p.246.

<sup>76</sup> Ibid. "Le premier janvier de chaque année, le sénat, le peuple et les légions prêtaient serment de fidélité à l'empereur".

<sup>77</sup> Ibid. p.250.

- O desenvolvimento de estudos teóricos, voltando-se os estudiosos para a filosofia;
- A formação de uma classe brilhante de jurisconsultos<sup>78</sup>.

Dessa maneira, trouxeram os prudentes, os jurisconsultos, um grande desenvolvimento para o Direito romano, vendo-o por um ângulo diferente, atribuindo-lhe um conteúdo baseado na razão natural. Desestimulados quanto ao Direito público, voltaram-se os prudentes para o Direito privado, sofrendo alguma influência da filosofia grega e da doutrina dos estóicos.

Sem dúvida, a influência do estoicismo que previa exercícios mentais na busca de um estado de espírito heróico e inatingível com base na razão e providência, na natureza que ditava uma afeição inata pela família e pela cidade, na necessidade do cumprimento do dever para alcançar a felicidade, constituiu um passo avançado da cultura dos letrados fornecendo precioso material para a retórica, para a argumentação, com profundos reflexos no Direito<sup>79</sup>.

Constituem-se dentre os jurisconsultos duas escolas dissidentes<sup>80</sup>: uma fundada por Labéon (Proculianos) e outra por Capiton (Sabinianos). MAYNS (1876) afirma a impossibilidade de um julgamento preciso sobre os dois jurisconsultos mencionados, diante dos poucos fragmentos obtidos dos antigos<sup>81</sup>.

Consoante o pensamento de MAYNS (1876), Aristius Labéon herdara de seu pai, também jurisconsulto, os sentimentos republicanos por ele manifestados, opondo-se integralmente à Monarquia. Renunciou, ainda, à honra de ser cônsul

---

<sup>78</sup> Ibid. p.273.

<sup>79</sup> VEYNE, Paul. Op. cit. p.214.

<sup>80</sup> KUNKEL, Wolfgang (1994). *Historia Del Derecho Romano*. Trad: Juan Miguel. "Ambas 'escuelas' no eram escuelas de enseñanza, aunque es facil que la formación de los discípulos tuviera lugar, en su mayor parte, en la comunión de la escuela. Las escuelas eram agrupaciones de juristas ya hechos y de juristas en ciernes, cultivando cada una de ellas una determinada tradición de opiniones enseñadas. Poseían, al parecer, cierta organización, al menos una presidencia, a la que era llamado cada vez vitaliciamente el miembro de más prestigio. En este aspecto se parecen a las escuelas filosóficas griegas... Aunque sean muchos los puntos controvertidos entre sabinianos e proculeyanos que nos ha legado la tradición, se trata siempre de cuestiones muy concretas", p.123

<sup>81</sup> MAYNS, Charles. Op. cit. "Les renseignements que les anciens nous ont transmis sur ces deux juriconsultes sont peu considérables et ne suffisent pas pour porter un jugement décisif, d'autant moins que nous ne connaissons rien des ouvrages de Capiton, et que nous ne possédons peu de fragments de ceux de Labéon".

ofertada por Augusto. Manteve-se inflexível, independente, penetrando em profundidade no estudo dos institutos jurídicos, tornando-se um inovador na ciência jurídica<sup>82</sup>. A outra escola teve como fundador Ateius Capito, muito erudito, mas não muito independente nas suas idéias políticas e científicas, mantendo-se ligado aos *opressores da liberdade de seu país*<sup>83</sup>.

Diferenciaram-se as duas escolas por características políticas, possuindo os proculianos uma tendência mais liberal do que os sabinianos, bem como pelo método adotado: os sabinianos seguiam uma doutrina marcada de autoridade, experiências, idéias, jurisprudência, ao passo que os proculianos passaram a fazer o uso da lógica rigorosa para a aplicação do Direito, estabelecendo as conclusões que deveriam estar previstas no resultado.

Dentre os jurisconsultos desse período, podemos destacar Gaius, pela importância e repercussão que tiveram no Direito romano os quatro livros por ele deixados e que compuseram as *Institutas*<sup>84</sup>, servindo mesmo de modelo para as *Institutas de Justiniano*<sup>85</sup>. De Gaius, foram conhecidos 536 fragmentos, não se dispondo de nada a respeito de seu nome, origem e pátria, mas apenas de hipóteses<sup>86</sup>.

Outro nome de destaque e merecedor de respeito foi Papinianus. A sua integridade é ressaltada no episódio em que Caracala o chama para que justifique, junto ao senado, o crime que cometera, ou seja, o fato de ter

---

<sup>82</sup> Ibid. p.291

<sup>83</sup> Ibid. "L'école opposée datait d'Ateius Capito, homme d'une grande érudition, mais qui, dans la science comme dans sa vie politique, montrait un esprit peu indépendant. Comme homme public, il s'attachait servilement aux oppresseurs de la liberté de son pays; il su mériter ainsi les bonnes grâces d'Auguste et même de Tibère". p.291.

<sup>84</sup> KUNKEL, Wolfgang. Op. cit. "Las instituciones de Gayo tiene un valor extraordinario para la comprensión histórica del Derecho romano. En especial, lo que sabemos sobre el proceso civil arcaico y clásico se basa, casi exclusivamente, en esta obra", p.128

<sup>85</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. (1994). *Direito Romano Moderno*. p.32.

<sup>86</sup> KUNKEL, Wolfgang. Op. cit. *Historia Del Derecho Romano*. Trad: Juan Miguel. "Otra hipótesis emitida por Th. Mommsen, ve en Gayo un jurista "de provincias" el cual vivió, probablemente, en Asia Menor, o, al menos, era oriundo de allí; a este respecto, se suele aducir, por una parte, manifestaciones ocasionales de Gaio sobre circunstancias del derecho provincial y, en especial, del Asia Menor, y, por otra parte, el hecho de que escribiera un comentario al edicto provincial", p.129

assassinado o próprio irmão<sup>87</sup>. Consta que, em face da insistente negativa de Papinianus, foi ele assassinado com trinta anos de idade<sup>88</sup>. Deixou Papinianus, aproximadamente 600 fragmentos de profundo conhecimento, o que o fez merecedor do título de príncipe dos jurisconsultos, pois que sua autoridade primava sobre os demais. Ulpiano e Paulus são outros grandes nomes que se destacam pela cultura, clareza e método.

Traz GIORDANI (1991) algumas características da jurisprudência romana nesse período clássico: criatividade, respeitabilidade à tradição, praticidade, universalidade e sistematização do Direito<sup>89</sup>.

Quanto à atividade dos jurisconsultos, ressalta o autor o aspecto prático e científico, correspondendo ao aspecto prático, o *agere* (condução de um processo), o *cavere* (aconselhamento negocial a particulares) e o *respondere* (respostas a consultas tanto em casa - *domo* - como em público - *Fórum* - , e ao científico, a docência e a redação (*scribere*) de obras jurídicas<sup>90</sup>.

Ao lado do *jus civile* e *jus honorarium*, surge no período imperial o *jus constitutio*, nova formação jurídica, correspondendo ao Direito das Constituições, ao Direito Imperial. Embora distintos, cada sistema sofre influência do outro, sem que haja uma unificação.

Voltando aos poderes concedidos ao príncipe, verificamos que o mesmo personifica o Estado, e, dessa forma, adquire também o poder legislativo gerando três espécies de constituições imperiais, segundo Gaius (1.5): *decreto*, *edicto* e *epístula*, com o mesmo valor de lei, segundo Gaio, Ulpiano e Papiniano:

GAIO (1.5): “A Constituição do príncipe é o que o imperador ordena mediante um decreto, edito ou epístola. Nem jamais se duvidou de que tenha força de lei, pois é através da lei que o próprio imperador assume o *imperium*”.

---

<sup>87</sup> KUNKEL, Wolfgang. Op. cit. “Desde el año 203 d.c. fue praefectus praetorio y murió en este cargo el año 213 porque había reprobado a Caracalla el asesinato de su hermano y corregente Geta. Al igual que los juristas de la época anterior, escribió fundamentalmente colecciones de decisiones casuísticas (quaestiones e responsa), obras en las que el arte jurídico práctico de los romanos volvió a alcanzar su más alta perfección”, p.131.

<sup>88</sup> MAYNS, Charles. Op. cit., p.297. nota 53.

<sup>89</sup> GIORDANI, Mário Curtis. Op. cit., p.183.

<sup>90</sup> Ibid. p.185.

ULPIANO *Liber primus institutionum*: “O que aprovou ao príncipe tem força de lei, pois pela lei régia, que se promulgou acerca de seu império, o povo transferiu-lhe todo seu império e poder”.

PAPINIANO (*Liber secundus definitionum*) enuncia as constituições imperiais entre as fontes do *jus civile*: “O Direito Civil é o que vem dos decretos dos príncipes”.<sup>91</sup>.

De acordo com o conteúdo e a natureza do próprio diploma, podemos distinguir quatro espécies de constituições neste período histórico:

- Edicta* - de conteúdo geral, aplicável a todo império, cidade, província ou categoria de pessoa.
- Decreta* - sentença prolatada pelo imperador quando do exercício da sua função judiciária, restrita à espécie e resultando em coisa julgada, ou seja, quando não cabe mais nenhum recurso.
- Rescripta* - respostas dadas às consultas feitas ao imperador. Quando dadas aos magistrados recebiam a denominação de *epistula*.
- Mandata* - instruções em caráter meramente administrativo, podendo conter disposições de direito civil ou criminal, mas em caráter acessório<sup>92</sup>.

Acrescente-se que os decretos aclamados no senado, na sua maior parte, eram propostos pelo imperador (*ex auctoritate principis*) e tinham força obrigatória (senatos consultos)<sup>93</sup>. Em não sendo tais decretos propostos pelo imperador, além de aclamados pelo senado, deveriam sofrer a sanção do imperador, pois, como já foi visto, cabia-lhe o direito ao veto absoluto.

Conseqüentemente, em face da situação, o poder legislativo do povo vai se perdendo e as leis vão se sobrepondo à forma pretoriana, leis essas propostas pelo imperador ou por decreto do senado (*senatus consultum*).

---

<sup>91</sup> GIORDANI, Mário Curtis. Op. cit. GAIO (1.5): “Constitutio principis est quod imperator decreto vel epístula constituit; nec unquam dubitatum est quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat; ULPIANO (D. 1.4.1.): Quod principi placuit, legis habet vigorem utpote cum lege regia, quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat; ULPIANO (D. 1.1.7.): Jus autem civile est quod ex... decretis principum”, p.82.

<sup>92</sup> GIORDANI, Mário Curtis. Op. cit., p.190.

Idem. “Assim, por exemplo, Ulpiano (D. 29.1.1.) informa-nos que os mandatos tratavam do testamento dos militares (postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: eamque et Trajanus secutus est et exinde mandatis inseri coepit caput tale: em seguida o divo Nerva outorgou aos militares amplíssima liberdade: Trajano manteve-a e, desde então, começou a inserir-se nos mandatos imperiais o seguinte capítulo...)”, p.191.

<sup>93</sup> CRETTELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p.28.

A formação do Direito neste período do alto Império, tem, portanto, suas origens no costume, na lei, no senatos consultos, nos editos dos magistrados, nas constituições imperiais e nas respostas dos prudentes.

A forma estabelecida por Augusto – Principado – atribuindo ao príncipe poderes quase absolutos e a decadência da estrutura republicana conduzem Roma, inexoravelmente, a uma Monarquia, deixando o imperador de ser o *princeps* para tornar-se o *dominus*, passando a ser o primeiro dentre os cidadãos e este, a senhor.

Tem início o Dominato, adquirindo “seus traços definitivos” com a ascensão de Constantino ao trono: “absolutismo, princípio dinástico, influência do cristianismo, transferência da capital para Constantinopla e orientalização progressiva do Império”<sup>94</sup>.

#### **1.4. Período do Baixo Império ou Dominato: 284-565 d.C.**

O Dominato ou baixo Império corresponde ao período histórico que vai da morte de Diocleciano até a morte de Justiniano (284 d.c. a 565 d. c.).

Nesse período, e após a morte de Teodósio I, o Império é dividido em Império Romano do Oriente e Império Romano do Ocidente.

O Império do Ocidente foi inúmeras vezes invadido pelos bárbaros, sendo destruído por Odoacro (476 d.C.), rei dos hérules, cujas pretensões sobre o Império conquistado nunca foram reconhecidas.

Permanece o Império do Oriente até a morte de Justiniano em 565.

Como na época anterior, o imperador é o chefe político e religioso dos romanos, sendo absoluto seu poder na ordem política. Passa a invocar a vontade divina como forma de inspiração e aquilo que lhe agrada tem força de lei.

---

<sup>94</sup> GIORDANI, Mário Curtis Op. cit., p.150.

A sucessão é designada pelo próprio imperador, determinando, igualmente, se necessário, a forma de adoção. A monarquia passa, então, a ser hereditária.

Todos os poderes passam às mãos do imperador que legisla e decide, sendo o juiz do império. A par disso, cabe-lhe nomear os magistrados e funcionários, tanto civis como militares<sup>95</sup>.

Passam a existir, então, dois senados: um em Roma, outro em Constantinopla, presididos pelo prefeito da cidade, constituindo um tribunal pleno para assuntos criminais. O cargo de senador era concedido pelo imperador e a escolha recaía entre as pessoas mais ricas do Império<sup>96</sup>.

Os pretores passam a ter uma importância insignificante em comparação com o período republicano, reduzindo-se a qualificação a apenas um título honorífico.

Altera-se o significado de *patricius*, sendo essa designação atribuída ao imperador, o primeiro patrício do Império, ou a quem, for por ele atribuída a honra, naturalmente sempre dentre aqueles que exerciam altas funções.

As leis do período republicano e do início do Império constituem a base do Direito civil. No entanto, não parte mais do povo o poder de legislar, o qual passa a ser exercido pelo imperador. Da mesma maneira, deixa o *jurisconsultum* de ter caráter legislativo e os editos dos pretores não são mais publicados.

A jurisprudência dos tribunais mantém sua importância, mas os aconselhamentos verificam-se, como o faz Justiniano, com a finalidade de não dar uma autoridade exagerada<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> MAYNS, Charles (1876). *Cours de Droit Romain*. "L'empereur est, comme dans l'époque précédente, le chef politique et religieux des Romains: dans l'ordre politique, sa puissance est absolue. Il ne faut plus une loi pour lui conférer le pouvoir; ce n'est que pour la forme qu'on publie encore quelquefois un sénatus-consulte à l'occasion de son avènement au trône. Ce sont les armées qui choisissent l'empereur désigne lui-même son successeur, le plus souvent au moyen de l'adoption. Insensiblement la monarchie devient héréditaire", p.307.

<sup>96</sup> Ibid. "La dignité de sénateurs s'acquiert par droit de naissance ou résultait de certaines charges de la cour; enfin la munificence de l'empereur accordait souvent cet honneur à des particuliers, notamment aux habitants les plus riches des provinces", p.308.

<sup>97</sup> Ibid. p.343.

O declínio da jurisprudência tem início após Alexandre Sévère. Neste período pós-clássico, a jurisprudência cai no anonimato, deixa de ser criativa (consistindo em compilações), na maior parte das vezes abraça o dogmatismo (pois classificatória e demarcatória) e torna-se simplista (pois se afasta das *discussões sutis*)<sup>98</sup>, distanciando-se do social, do coletivo, do global solicitado naquele momento histórico-social ora presente no nosso Direito.

Os antigos jurisconsultos gozavam de grande autoridade em matéria de Direito, e constantemente seus fragmentos eram consultados, consoante o conteúdo de duas constituições de Constantino que continham notas de Paulo e Ulpiano sobre Papiniano<sup>99</sup>, bem como citações de seus trabalhos e opiniões dos jurisconsultos mais citados: Ulpiano, Paulo, Gaio, Modestino e Papiniano.

Em caso de dúvida, de divergência, inclinavam-se os magistrados por decidir, em conformidade com Papiniano, particularmente em havendo empate, por considerarem sua superioridade nas interpretações<sup>100</sup>.

Posteriormente, a Lei das Citações, Constituição de 426, sob o Império de Teodósio II e Valentino III, remete os magistrados para a valoração do número de autores citados nas decisões, e não o conteúdo jurídico propriamente dito, significando, então, uma “idéia de decadência da ciência jurídica na época”, pois, como proclama Giordani (1991), citando Gaudemet, “o valor de uma opinião jurídica não é função nem do número nem do prestígio de um grande nome”<sup>101</sup>.

Antes de Justiniano, foram realizadas compilações particulares e oficiais. Dentre as particulares, destacamos os Códigos Gregoriano e

---

<sup>98</sup> GIORDANI, Mário Curtis. Op. cit., p.194.

<sup>99</sup> MAYNS, Charles. Op. cit., p.345.

<sup>100</sup> GIORDANI, Mário Curtis. Op. cit. “Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincant auctorum, vel, si numerus aequalis sit, ejus partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus: Quando forem proferidas opiniões diferentes, que prevaleça o maior número dos autores, ou, se o número for igual, que prevaleça a autoridade do grupo em que se distinga Papiniano, homem de notável espírito; assim é que ele tem preferência sobre cada um em separado, mas cede a dois (C. Th. 1.4.3)”, p.196.

<sup>101</sup> GIORDANI, Mário Curtis. Op. cit. p.197.

Hermogeniano, os Fragmentos do Vaticano, a *Collatio Legum Mosaicorum et Romanarum* (comparação entre as leis mosaicas e as leis romanas) e o Livro Sírio-Romano. Com relação às compilações oficiais, tem-se o Código Teodosiano e as leis romanas dos bárbaros contidas no Breviário de Alarico e lei dos Borgúndios.

O Código Gregoriano (291 d.C.) foi elaborado por Gregorius, no Oriente, que, de início, compilou as Constituições Imperiais de Adriano e Dioclesiano. O documento posteriormente sofreu outros acréscimos. O Código Hermogeniano (295 d.C.), segundo os autores, foi compilado pelo jurisconsulto Hermogeniano, complementando o código Gregoriano e que, da mesma forma que este, foi também atualizado. De acordo com Cretella Jr. (1994), o Código referido abrangeu as Constituições Imperiais dos imperadores Dioclesiano, Maximiliano, algumas de Valentiniano I e de Valente<sup>102</sup>.

Os Fragmentos do Vaticano correspondem a uma coleção de textos da época clássica dos jurisconsultos Papiniano, Paulo e Ulpiano e de Constituições Imperiais, resultando no trabalho realizado entre 318 e 321 d. C. A *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum* representa um confronto ou comparação realizada entre as leis mosaicas e as leis romanas. A coleção data de 320 e teve como suporte as obras de Gaio, Paulo, Ulpiano, Papiniano, Modestino e constituições imperiais. Com relação ao Livro Sírio-Romano, foi ele adotado nas escolas da Síria, traduzindo-se por um compêndio de Direito de grande importância, contendo informações sobre o direito vigente no Oriente somadas aos elementos provincianos.

O Código Teodosiano (438 d. C.), primeira coleção oficial, resultou da nomeação por Teodósio II (408-450) de uma comissão de 16 membros, em 435, com a incumbência de realizar a compilação de todas as Constituições a partir de Constantino (306-337 d. C.). Cabia a essa comissão reproduzir o que tivesse valor legislativo e adequar à época as disposições legais. Permitiram-se,

---

<sup>102</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit. "O código Gregoriano, compilado por um certo Gregório, que teria sido um prático do direito ou um jurisconsulto desconhecido, é a primeira compilação de Constituições Imperiais

também, os acréscimos que se fizessem necessários. Passa, conseqüentemente, a ser obrigatório no Ocidente, assim permanecendo até a queda do Império do Ocidente. No Oriente, manteve-se vigente até entrar em vigor o Código de Justiniano (529 d. C.).

A *Lex Romana Visigothorum* ou Breviário de Alarico foi compilada em 506 por ordem de Alarico II, e boa parte do Código Teodosiano (Codex Theodosiano) foi usada na formação do Breviário. Dessa forma, o Código Teodosiano, em decorrência dessa composição, passa a ser no Ocidente, “a principal fonte do Direito Romano até o renascimento dos estudos jurídicos em pleno Mundo Feudal”<sup>103</sup>. A lei dos borgúndios, *Lex Romana Burgundiorum*, foi promulgada pelo rei da Borgonha, Gondebaldo, em 509<sup>104</sup>. Teve a mesma finalidade, para os súditos romanos, que teve o Breviário de Alarico para os da Espanha, ou seja, seguir as próprias leis.

Obra de suma importância na época, e fonte imprescindível para o conhecimento do Direito romano clássico foi o Digesto que entrou em vigor no ano 533, sob a responsabilidade de Triboniano. Valeu-se Triboniano da ajuda de professores das escolas de Beirute e Constantinopla, bem como de onze advogados, resultando numa coleção de 50 livros - Digesto ou Pandectas<sup>105</sup>.

Cumprе acrescentar que, antes do término do Digesto, concluiu-se um tratado para o ensino do Direito, destinado aos principiantes no estudo jurídico, denominado *Instituições*. Essas *Instituições* tiveram como autores os professores de Direito, Teófilo e Doroteo, que realizaram o trabalho sob a

---

que conhecemos... O código hermogeniano, compilado por Hermogeniano, possivelmente o mesmo jurisconsulto que figura no Digesto, é também uma reunião de Constituições Imperiais...”, p.34.

<sup>103</sup> GIORDANI, Mário Curtis. Op. cit. p.193.

<sup>104</sup> KUNKEL, Wolfgang. Op. cit. “Esta Lex Romana Burgundionum, que es, probablemente, de la época del rey Gundobado, muerto el año 516, contiene, aproximadamente, la misma matéria que la Lex Romana Visigothorum: se basa igualmente en los códigos gregorianos, teodosiano, hermogeniano, en las sentencias de Paulo y en las instituciones de Gayo”, p.169.

<sup>105</sup> Idem. “Los Digestos nos ofrecen, con más o menos claridad, una larga curva evolutiva el último siglo a. C. hasta el final de la época clásica. Palpita en ellos con tanto vigor la fuerza inmensa de esta jurisprudencia que ese repetido ahondar en los Digestos a lo largo de los siglos llevó siempre a un lozano florecimiento del pensamiento jurídico. Sólo muy pocas obras de la literatura universal han demostrado tener fuerza eternamente nueva”, p.177.

direção de Triboniano, tomando como base para sua realização as Instituições de Gaio e a literatura clássica e pós-clássica<sup>106</sup>.

As compilações realizadas no período de Justiniano (527-548) e posteriormente agrupadas numa só obra, *Corpus Juris Civilis*, traduziram todo o Direito romano.

Justiniano nasceu em Taurésio e foi adotado por seu tio, Justino, que mudou o seu nome Upranda, eslavo, para Justiniano. Como já vimos, a sucessão era hereditária, e em sendo Justino o antecessor de Justiniano, este o sucedeu.

Justiniano possuía um ideal, ou seja, a unidade romana e cristã, a “universalidade do Império e da Igreja”<sup>107</sup>, e, para tanto, buscou a unificação e atualização do Direito tendo em vista a imensa obra dos jurisconsultos e leis imperiais que tornavam impraticável a aplicação eficaz da lei a todo o Império.

A sistematização do direito romano, então empreendida, resulta num só corpo, *Corpus Juris Civilis*, denominação essa atribuída pelos glosadores (sec. XII) da Escola de Bolonha, escola de juristas dedicados ao estudo do Direito Romano.

Justiniano continuou a legislar por meio de inúmeras leis reformadoras de grande significado para o Direito privado, especialmente para o Direito de família e sucessões. Essas leis novas eram denominadas *Novellas* e, na sua grande maioria, foram redigidas em grego, considerando que o latim era, então, apenas usado nas relações internas<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> KUNKEL, Wolfgang. Op. cit. “Aun destinada en primera línea a la enseñanza del Derecho, esta obra recibió también fuerza legal e precisamente desde el mismo día que los Digestos. Al igual que las instituciones de Gayo, el nuevo tratado oficial estaba distribuido en cuatro libros, los cuales, sin embargo, a diferencia de las instituciones gyanas, aparecen subdivididos em títulos”, p.175.

<sup>107</sup> GIORDANI, Mário Curtis. Op. cit. p.197.

<sup>108</sup> KUNKEL, Wolfgang. Op. cit. “Pero en la época de Justiniano comenzó ya a perderse apreciablemente la capacidad de hablar y escribir latín, incluso por parte de las más altas autoridades. El hecho de que las escuelas jurídicas, y, probablemente, también la practica de los supremos tribunales, estuvieron acostumbradas a utilizar los textos clásicos y las constituciones en el texto original latino es lo único que explica que la gran codificación de Justiniano mantuviera en latín. Ahora se rompía con esa tradición. Las pocas novelas publicadas aún en latín o bien se dirigían a las que se hablaba latín, o se referían al orden de los

O ensinamento do Direito, anteriormente livre, passou com a Monarquia absoluta a ter um tratamento especial em decorrência da atenção a ele voltada pelas autoridades, resultando na nomeação, para as escolas públicas de Roma e Constantinopla, de professores de Direito.

Após a morte de Justiniano, podemos ressaltar o resumo de 125 *novellas* denominadas *Epitome novellarum*<sup>109</sup>, resumo esse escrito por Julien, professor de Constantinopla, posteriormente traduzido e adotado pelos glosadores com o nome de *Versio Vulgata*, muito embora fosse considerada uma tradução obscura.

Dessa maneira, o Direito romano passa a ser estudado e também praticado na Europa, em especial na República Italiana, especialmente em Bolonha, seguindo-se Espanha, França, Inglaterra e Alemanha. Influencia, ainda, o direito de Justiniano, o de Portugal, que consegue ter, no reinado de Afonso III, um manual de Direito Romano traduzido na língua portuguesa extraído das *Institutas e Pandectas*, e ver o direito de Justiniano predominar no século XIV sob a influência de João das Regras<sup>110</sup>.

O estudo do Direito, nos moldes em que surgira e desde os glosadores, começa a decair no século XIII. Nessa época, surge uma nova escola fundada por Bartholus que introduz a dialética escolástica para o estudo do Direito e, em continuidade, passa a jurisprudência a ver-se influenciada por outras ciências.

## **1.5. A Visão de Mundo e a Construção do Direito em Roma**

---

asuntos internos de las autoridades centrales, o a determinadas constituciones antiguas, compuestas en latín. Unas pocas novelas se publicaram en los dos idiomas”, p.183.

<sup>109</sup> MAYNS, Charles. Op. cit., p.358.

<sup>110</sup> MAYNS, Charles. Op. , cit. “Sous Alfonse III (1245 - 1279) nous trouvons un manuel de droit romain en langue portugaise, tiré des Institutes et des Pandectes, et vers le milieu du quatorzième siècle, le droit de Justinien était prédominant, surtout grâce à l’influence du jurisconsulte Jean de Regras, disciple de Bartole”, p.367

*Pântanos, cujo solo esponjoso só permite a vegetação de salgueiros magros e juncos raquíticos; um rio lamacento de águas turvas, que ao sair das florestas invade por vezes aquelas margens desoladas e desertas em enchentes tumultuadas; após a deságua nos campos tristes e cinzentos, levanta-se uma neblina tão espessa que os romanos darão o nome de Velabre...algumas colinas, cujas rampas íngremes sustentam a custo uma vegetação magra e úmida, acima da cloaca. No alto das colinas, os homens<sup>111</sup>.*

Norbert Rouland

Situamo-nos diante do fato de que a individualidade de cada povo tem sua manifestação por meio da língua, dos hábitos da vida social e do talento nacional nas relações interindividuais, no pressuposto de uma língua nacional, de atitudes nacionais e de um Direito nacional. Falamos nacional, pois a língua tem sua origem no próprio povo, povo que tem sua infância marcada pelos costumes que se erigem como fonte principal do seu Direito privado, traduzindo-se nesse primeiro momento por um Direito não escrito, o Direito costumeiro, o *mores maiorum* para os romanos.

Os romanos eram um povo seminômade, pastores apegados à terra como origem e aos seus rebanhos como fonte de subsistência, marcados por tradições seculares e calcados numa economia de subsistência que os afastava de toda e qualquer atividade agrícola, pela própria natureza ressequida da superfície do solo e umidade subterrânea. Seminômades, pois, como já vimos anteriormente, os romanos locomoviam-se com seus rebanhos, conforme as variações do tempo e o faziam lentamente através das colinas, sem ambições, sem motivações para se organizarem em forma de Estado, em face de tão grande escassez de bens materiais, permanecendo as aldeias, neste primeiro momento, distantes da necessidade de união.

Rouland (1997) relata-nos que, por volta do ano 700 a.C., enquanto os pastores latinos mantinham o seu trajeto imutável, conduzindo os seus rebanhos, manadas de bois, do alto dos Apeninos para as “insalubridades tiberianas”, os etruscos, comerciantes e artesãos, que já empreendiam

---

<sup>111</sup> ROULAND, Norbert (1997). *Roma, Democracia Impossível? Os Agentes do Poder na Urbe Romana*. p.24.

relações comerciais com a Grécia e o Oriente, atravessavam a “campanha romana” trazendo novidades estranhas, e ao mesmo tempo fascinantes, para esse povo de pastores “rudes e subdesenvolvidos”. Sem dúvida, como enunciamos anteriormente, essa convivência, essa aproximação, como se constata ao longo da história romana, não foi motivo para uma mudança de visão do mundo por parte dos pastores latinos que desprezavam a atividade comercial praticada pelos etruscos, tendo em vista a natureza dessa atividade “objeto de restrições”.

Esse mesmo sentimento foi observado ao longo do tempo pelos patrícios, grupo aristocrático que se mantinha em Roma ao lado da plebe. Patrícios, por pertencerem a uma *gens*, família grande. Patrício pelo fato de poder indicar o seu pai, sua descendência, seus antepassados. Plebe, segundo a “memória aristocrática”, nada mais significava que uma multidão de vadios, desordeiros, bandoleiros - os *disoccupati* - refletindo os “traumatismos” sofridos pela aristocracia com o aparecimento da cidade e do Estado<sup>112</sup>. A essas *qualidades* atribuídas à plebe, Rouland (1997) acrescenta a incapacidade cívica retratando a marcante diferença de classes em Roma:

Degenerescência moral, inferioridade social, indignidade de fortuna e de família, quando não sua simples existência, tal é o conceito que pesa sobre a plebe. Só falta ainda coroar esse inglório edifício com sua resultante política: incapacidade cívica<sup>113</sup>.

No entanto, muito embora permanecessem imbuídos de tanta aversão, não deixaram de tirar proveito de toda a riqueza produzida, construindo o seu Direito movidos pelo interesse econômico.

Conforme já referido aqui, Alteios Capito refere-se à lei considerando-a uma “determinação geral do povo ou da plebe por proposta do magistrado”. Ao avaliar essa afirmação de Alteio Capito, podemos verificar as diferenças anteriormente expostas, mesmo nos mandamentos legais:

---

<sup>112</sup> Ibid. p.36.

<sup>113</sup> ROULAND, Norbert. Op. cit., p.38.

- determinação do povo
- determinação da plebe por proposta de um magistrado.

Partindo do vocábulo povo (*populus*), do verbo *popular*, significando *assolar*, *devastar*, pressupomos atividades militares que só eram, de início, atribuídas à aristocracia patrícia. Ainda, para os atos jurídicos, quando designavam o *populus*, utilizavam-se do enunciado *populus romanus quiritium*, ou seja, povo romano dos *quirites*. Buscando a origem de *quirites*, verifica-se tratar-se do termo indo-europeu *viro* indicativo de *homem combatente* e, segundo Rouland (1997), os combatentes juntam-se e formam Co-viria dando origem a cúria e *quirites*<sup>114</sup>.

A lei reflete, logo, os anseios do povo, *populus*, não se confundindo com a plebe que não reivindica por si só seus direitos, necessitando de um magistrado, parte integrante da aristocracia romana, para fazê-lo.

Com base nessa reflexão, tentamos compreender a construção do Direito em Roma. De que forma os romanos compreendiam o Direito? Pudemos notar, nos momentos anteriores, a marcante força do poder desde o início da civilização romana bem como o apego dos romanos às suas tradições.

Sem dúvida, creio que devemos analisar de uma forma sucinta a questão do poder como inerente à política e a verdade como questão filosófica, não com o intuito de formular uma teoria do poder ou filosófica, mas a fim de observar o seu exercício, as suas implicações, conforme a visão de Michel Foucault, citado por Ewald (1993)<sup>115</sup>. A primeira implicação consiste no falso conceito de poder tendo em vista sua existência por si mesmo, ou seja, pela sua natureza, pois admite-se o poder, como um complexo de relações de poder, sendo traduzido, então, por 'uma situação estratégica complexa numa sociedade dada'<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Ibid. p.39.

<sup>115</sup> EWALD, François (1993). *Foucault a norma e o direito*, p.13.

<sup>116</sup> EWALD, François. Op. cit. , p.13.

Num segundo momento, segundo Ewald (1993), para as *estratégias de dominação*, para as resistências com o objetivo de mudança, não se há de indagar a origem do poder por representar *classes isoladas por natureza*, mas, sim, por representar uma sociedade definida da qual ‘surgem ao mesmo tempo as estratégias do poder e as resistências do poder’<sup>117</sup>.

Outra questão posta pelo autor diz respeito à verdade que não pode ser analisada dissociada das técnicas do poder que a produzem, com o objetivo de buscar, dentro de um período histórico, a forma pela qual foi ela produzida, qual o seu funcionamento, quais os efeitos que permitiram a sua “invalidação” ou “desqualificação”, diante de outros pronunciamentos e saberes<sup>118</sup>. Dessa maneira, para Foucault, segundo Ewald (1993), torna-se impossível a separação da “verdade dos processos da sua produção e esses processos tanto podem ser processos do saber como processos de poder”, não se permitindo verdades independentes, mas verdades relacionadas com o poder, existindo sempre a *política da verdade e a cada afirmação da verdade*, podemos atribuir-lhe a característica de peça, “arma ou instrumento no interior das relações de poder”<sup>119</sup>.

Essas relações de poder não se dão apenas no Estado ou entre o Estado e os cidadãos, pois dentro do Estado existem micropoderes que, conjuntamente, difundem o poder no todo social. Relacionando-se, entre si, os micropoderes buscam a relação com o próprio Estado e, com base nessa inter-relação, é que iremos indagar sobre o pensamento jurídico romano.

Faz-se notar, em Roma, a existência de uma conexão histórica marcada por interesses sociais e políticos, criadores de valores que servem de estímulo para a construção sistematizada do Direito.

Pudemos verificar que os romanos possuíram, de início, um Direito casuístico e que mesmo no *Corpus Iuris Civilis* ainda era manifesta a

---

<sup>117</sup> Ibid. p.13.

<sup>118</sup> Ibid. “Foucault não pretende, pois, denunciar os erros, para em seu lugar colocar novas verdades, substituir aos erros da psiquiatria a verdade da loucura, às mentiras da justiça a verdade do criminoso, às do humanismo a verdade do homem”, p.15.

casuística romana, aproximando-se sobremaneira do sistema anglo-saxão, a *Common Law*, diferenciando-se ambos, fundamentalmente, quanto à sua vinculação formal. No sistema *Common Law* parte-se da regra como fonte formal para a elaboração de um raciocínio analógico, pois considera-se que os princípios encontram-se na lei, lei geral, precedente judicial; no sistema casuístico romano não havia obediência às leis, critérios jurídicos, baseando-se os operadores do Direito, para julgamento, na sua consciência, no seu entendimento valorativo do Direito, constituindo, portanto, um sistema de casos e não de leis. Acrescente-se, no entanto, que, mesmo não estando os *editos* presos à lei, sempre voltavam-se para os princípios do *jus civiles* a fim de adaptá-los.

Denota-se nesse período de formação do Direito romano a marca indelével do conhecimento intuitivo - a jurisprudência -, deixando transparecer a intuição, “base científica da metodologia acumulativa”, e nos casos jurisprudenciais, a identificação do sentimento de equidade faz-se mais presente “e mais se aguça a consciência individual do conhecimento coletivo”<sup>120</sup>. Dessa maneira, tomando como base os *editos* pretorianos, os dados obtidos iam sendo acumulados, sem sistematização, da mesma forma como o foram por ocasião do Digesto. Sem dúvida, esse método acumulativo contribuiu cientificamente para a consolidação do Direito romano.

O Direito tradicional, marcado pelo casuísmo jurídico, caracterizou-se pela prática hermenêutica, resultando numa prática jurídica individual, permitindo ao operador jurídico desvincular-se de um modelo geral, previsível para casos futuros, permitindo-lhe um campo indefinido para a ação e decisão sobre a aplicação da lei ao caso concreto, pois “para os povos, antes da codificação, o sentido jurídico da justiça das leis continuava sendo a justiça por equidade: a justiça casuística ou do caso concreto”<sup>121</sup>. Não houve, portanto, uma preocupação de construção científica nas compilações

---

<sup>119</sup> Ibid. p.21.

<sup>120</sup> HESPANHA, Benedito (1996). *História da Lei e da Codificação do Direito. Justiça do Direito*. V.10, p.43.

<sup>121</sup> Ibid. p.61.

romanas, bastando uma união material, acrítica de leis escritas ou não, fato esse que só vai se alterar num futuro longínquo com o movimento jurracionalista da codificação, que busca deixar de lado a irracionalidade sobre a razão sábia e não prática, por meio de uma metodologia crítico-sistemática do Direito.

Como já mencionado anteriormente, quando reinava o rei etrusco Sérvio Túlio (578 a 534), Roma passa por um desenvolvimento econômico surpreendente, ocorrendo um aumento de imigrantes que, cada vez mais, passam a contribuir para a sua expansão. Fez-se prudente, portanto, não deixar essa população totalmente excluída das assembleias políticas, criando-se os comícios *centuriais* que permitiam a participação dessa população em decisões como assinatura de tratados, votação de leis, declaração de guerra e demais decisões ligadas à Roma. Tomou-se para sua formação uma base censitária, partindo-se, portanto, da fortuna de cada participante cujo *quantum* passou a ser o indicativo da sua posição na assembleia. No entanto, os pastores criaram mecanismos para a votação os quais impediam a participação efetiva e total de todos os participantes, limitando seu poder de julgar e opinar, ou seja, criaram a votação por grupos ou classes determinadas pela fortuna daqueles que a compunham<sup>122</sup>.

Segundo ROULAND (1997), eram 193 as centúrias compostas cada uma de cem homens que votavam individualmente dentro da centúria e pela centúria, quando determinante do cômputo global. Essas centúrias organizavam-se em cinco classes sem igualdade numérica compreendendo “a primeira classe oitenta centúrias, mais 18 centúrias eqüestres; a segunda, a terceira e a quarta, vinte cada uma; a quinta, trinta, a qual, última da escala, é contemplada com o acréscimo de cinco centúrias extraclasse”.

Dando continuidade a estas considerações, retrata-nos o autor que, para que se obtivesse a maioria absoluta, ou seja, 98 sobre 193 centúrias nas votações, seria o bastante que se considerasse a soma dos sufrágios das duas

---

<sup>122</sup> ROULAND, Norbert. Op. cit. p.44.

primeiras classes, classes essas, constituídas pelos mais ricos. Dessa maneira, embora minoritários em número, possuíam a maioria eleitoral e o poder econômico passava a imperar nas votações.

Não apenas o poder econômico imperava, como também o político, de interesse dos pastores, pois, visando à manutenção de uma política conservadora, definiu-se dentro das classes por uma parcela de centúrias a ser composta por idosos e outra, pelos mais jovens. Dessa maneira, e em sendo a votação realizada por grupos representativos, a representação dos idosos torna-se bastante significativa permitindo esse sistema, desde que estendido às cinco classes,

temperar, em virtude do ceticismo e da resignação que acompanham a velhice, a impaciência que poderia vicejar junto aos elementos mais dinâmicos das classes inferiores ante a permanência da dominação dos ricos. Essas classes inferiores não apenas são privadas da força de seu voto para fazer prevalecer a sua escolha, mas na maioria das vezes nem chegam a exprimi-la. Pois a praxe consiste em suspender a apuração, a partir do momento em que se atinge a maioria<sup>123</sup>.

Não seria oportuno relegar a um segundo plano a questão do clientelismo, que passou a existir em Roma, quando os patrícios, contrários à atividade comercial exercida pelos *estrangeiros*, mas ávidos pelo lucro da atividade econômica exercida<sup>124</sup> pela burguesia do alto comércio, resolveram adotar essa prática: ter na sua dependência o burguês plebeu que a eles se submetem em decorrência de seu *status* cívico inferior, de não cidadão, fato que o impedia de ter acesso e ou conhecimento das leis, bem como, o obrigava a ter apoio, para as decisões, de um cidadão romano.

Submetendo-se, pois, ao patriciado, o burguês plebeu passava a contar com o conhecimento jurídico resultante dessa prática de clientelismo que lhe concede uma assistência jurídica nos litígios e ou prática do comércio, de grande valia, uma vez que apenas os patrícios conheciam os atos jurídicos e

---

<sup>123</sup> ROULAND, Norbert. Op. cit. p.45.

seu procedimento, com suas fórmulas jurídicas extrema e imperiosamente formalista. Conclui Rouland (1977):

esse dever de patronato é um aspecto que se mantém com o mais nítido vigor ao longo dos séculos da história romana. Prova disso é que malgrado as diversas reformas legislativas e as sucessivas conquistas da plebe, a justiça em Roma permanecerá sempre, em grande parte nas mãos dos poderosos. Portanto, pode-se dizer com toda a certeza, que, desde o princípio, a nova urbe se inscreve resolutamente numa tradição antidemocrática<sup>125</sup>.

Retomando Foucault (1996), estes primeiros momentos históricos da formação do Direito em Roma permitem-nos afirmar com o autor o seguinte:

poder não existe... num determinado lugar... e a idéia de que existe em um determinado lugar, ou emanado de um determinado ponto, algo que é um poder, ... parece baseada em uma análise enganosa e que, em todo caso, não dá conta de um número considerável de fenômenos. Na realidade, o poder é um feixe de relações mais ou menos organizado, mais ou menos piramidalizado, mais ou menos coordenado<sup>126</sup>,

embasado num saber que não é neutro, mas eminentemente político e que é compreendido pela genealogia como materialidade, como prática, como acontecimento – como peça de um dispositivo político que, na qualidade de dispositivo, se articula com a estrutura econômica<sup>127</sup>, ensejando, na época, a formação de um Estado antidemocrático, definido pela existência, lado a lado, de opressores e oprimidos.

Nesse contexto aflora o Direito dogmático, compondo um quadro de injustiça incapaz de “equacionar os conflitos resultantes das novas realidades sociais”<sup>128</sup> que emergiam, distanciado do valor maior traduzido pela Justiça, reduzindo a nada a natureza ontológica do ser.

---

<sup>124</sup> Ibid. p.48.

<sup>125</sup> Ibid. p.52.

<sup>126</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad: Roberto Machado. p.248.

<sup>127</sup> Ibid.

<sup>128</sup> HERKENHOFF, João Batista (1996). *Para onde vai o Direito? Reflexões sobre o papel do Direito e do Jurista*. p.32.



## CAPÍTULO II

### O DIREITO LUSITANO COMO FONTE DO DIREITO BRASILEIRO

#### 2.1. Período Primitivo<sup>129</sup>

Ao buscarmos as raízes do Direito em Roma, intencionamos desvelar a sua construção, para o que nos reportamos, ainda que rapidamente, à influência germânica na sua constituição, bem como invocamos sua efetivação em toda a Península Ibérica.

Neste momento, passamos a expor maiores detalhes para a compreensão da formação do Direito em Portugal, o qual é originário do somatório de culturas diferenciadas advindas dos diversos povos que habitaram aquela Península.

Da mesma maneira como iniciamos nosso estudo em Roma desde os seus primórdios, neste momento levantamos aspectos do período primitivo da Península o qual se apresentava, então, pela própria formação étnica, “sem

---

<sup>129</sup> Camões: Lusíadas, III. Esta foi Lusitânia, derivada  
De Luso ou Lisa; que de Baco antigo  
Filhos foram, parece, ou companheiros,  
E nela então os íncolas primeiro.  
estrofe 21

unidade lingüística, cultural, religiosa, política, econômica ou jurídica”.· Cumpre-nos ressaltar que este período, tido por nós como primitivo, corresponde à época anterior à dominação romana, por volta do século III a.C. e permite-nos assimilar a transição existente entre lusitanos e portugueses<sup>130</sup>.

Eram vários os povos primitivos que povoavam a Península Ibérica, sem homogeneidade biológica ou cultural, gerando, desde o primeiro momento, diversidades étnicas. Embora possamos identificar um número considerável de raças, os grupos mais significativos para este estudo são os originários da própria terra, pela sua natividade, como os tartéssios, iberos, celtas, celtiberos e franco pirenaicos<sup>131</sup> e, especificamente, os lusitanos que habitavam entre o Douro e o Tejo.

Além dos povos primitivos, sofreu a Península influências marcantes dos povos estrangeiros como os gregos, fenícios e cartagineses.

A presença dos fenícios na Península antecedeu a dos gregos, que, da mesma maneira como os primeiros, para lá se dirigiram movidos pelo interesse econômico com base no comércio.

---

<sup>130</sup> CAETANO, Marcello (s/d). *História do Direito Português*. “A transição natural entre lusitanos e portugueses existe, embora não haja a identidade quase absoluta que os humanistas e antiquários dos séculos XVI e XVII pretendiam... O facto de os Lusitanos se cruzarem com outras raças, adoptarem linguagem e modos alheios ( a romanização durou 800 anos e não foi tão profunda como Herculano pensava), não destrói o facto de terem sido eles o elemento fundamental, permanente e característico da evolução social verificada no nosso território”, p.57.

<sup>131</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1996). Op. cit. I – “Tartéssios - Eram, segundo Estrabão, o povo mais culto e adiantado da Península. Encontravam-se estabelecidos ao Sul, aproximadamente na região delimitada pelo rio Guadiana. De entre os Tartéssios, destacam-se os Turdetanos, que ocupavam a bacia do baixo Guadalquivir. II - Iberos - Estavam acantonados na orla oriental, expandindo-se para o interior através das actuais regiões de Catalunha e de Aragão. Pertenciam à raça ibérica, por exemplo, os Cantabros ou Cantábricos, fixados no oriente das Astúrias e Santander... III - Celtas - Ocupavam o Noroeste e o Sudoeste, quer dizer, respectivamente, as zonas que correspondem ao Minho e à Galiza actuais e ao sul do rio Tejo, com excepção do território que hoje integra o Algarve, então habitado pelos Cónios... IV - Celtiberos - discute-se a sua génese. Porém tenham sido os Celtas a dominar os Iberos ou o inverso, seguro é que os Celtiberos resultaram da fusão ou mescla desses dois povos... V - Franco-Pirenaicos - Localizaram-se no extremo norte da Península, a que correspondem as modernas regiões de Navarra e Vascongadas...”, p.70.

Os cartagineses, tanto quanto os gregos e fenícios, assentaram na Costa Mediterrânea. No entanto, num segundo momento, buscaram o interior, fato que gerou desavenças entre os povos autóctones e os das colônias gregas<sup>132</sup>.

A diversidade de raças teve como conseqüência uma formação política diferenciada em se considerando a existência, dentro de um mesmo grupo étnico, de mais de um Estado, embora fossem esses estados de pequena dimensão. Acrescente-se que os vários Estados constituídos assumiam posturas diversas quanto à sua organização interna<sup>133</sup>.

Destacam-se, nessas organizações políticas, os clãs, da mesma forma como em Roma, constituídos por famílias - *gentilidades*, descendentes de um mesmo tronco com culto religioso próprio, autoridade política e direito autônomos. Essa autonomia religiosa, política e jurídica, considerada dentro das organizações ou unidades políticas existentes, dificultava a união harmônica do Estado. Por sua vez, os Estados constituídos sofriam variações em número dentro de cada povo, ou seja, cada povo dividia-se em várias tribos, resultando Estados independentes, com governos autônomos<sup>134</sup>. Embora independentes, as tribos, quando ameaçadas por invasores, uniam-se formando uma confederação que dava origem, se bem que passageira, a uma comunidade supra-estatal<sup>135</sup>.

Os aspectos levantados quanto à formação do Estado nesse período permitem-nos afirmar que, a essa época, inexistiu efetivamente um verdadeiro Estado e que a organização social teve como base a cidade, como ocorreu com

---

<sup>132</sup> CAETANO, Marcello. Op. cit. "Os Cartagineses procuraram apenas fazer comércio, mas no começo do século III a. C. quiseram subjugar militarmente as populações desta faixa do território. Ao sul venceram com facilidade, mas ao norte encontraram viva resistência ...", p.61.

<sup>133</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1996). Op. cit. "Discute-se, à partida, sobre se a unidade estadual seria constituída pela tribo ou pela cidade. De acordo com a opinião que se afigura preferível, não houve um modelo uniforme: o Estado-tribo, quer dizer, de natureza territorial, terá prevalecido entre os Celtas, os Celtiberos e, de um modo geral, nas regiões ocidentais, ao passo que no Sul predominaria o Estado-cidade, correspondente à "polis" típica da Antiguidade mediterrânica. Atendendo ao conjunto da Península, parece de concluir que a maioria dos Estados primitivos assentava na tribo", p.73.

<sup>134</sup> CAETANO, Marcello. Op. cit. "São numerosas as tribos ...só entre os Lusitanos sabe-se de 30. E nem por pertencerem à mesma raça mantinham entre si grande solidariedade. Andavam em contínuas guerras umas com as outras e só quando surgia um inimigo comum algumas se aliavam transitoriamente", p.59.

<sup>135</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1996). Op. cit. "Recorde-se a frequente confederação de tribos ou de cidades, sempre que algum invasor estrangeiro punha em risco a sua segurança. Tinham, portanto, carácter transitório e objectivos político-militares. As tribos lusitanas, por exemplo, apesar da independência de uma em relação às outras e das lutas que, não raro, travavam entre si, recorreram a esse sistema", p. 74.

todos os demais povos antigos. Considerava-se a cidade como um pequeno Estado, desde que somado a grupos de povoações menores que se localizavam ao seu redor: os *duns* ou *briga*<sup>136</sup>.

A forma de governo assemelhava-se àquelas que predominaram em Roma: Monarquia, seja vitalícia ou hereditária, e República, com características aristocráticas, já que eram voltadas aos representantes dos diversos grupos, os quais gozavam de privilégios. As assembleias eram tidas como aristocráticas quando compostas por *privilegiados*, tendo em vista seu *status*, e populares, quando contavam com a participação de todos os homens livres<sup>137</sup>.

Levando-se em consideração a estrutura social, novamente nos permitimos chamar a atenção para a similitude existente entre a estrutura social destes povos e aquelas próprias da Antigüidade<sup>138</sup>. Da mesma maneira como na Roma antiga, a existência de homens livres, tidos como nobres, era responsável pela constituição de uma classe privilegiada, dado o poder de seus componentes, poder esse advindo do clã do qual descendiam, da força militar, da riqueza ou do próprio desempenho do sujeito quando ocupava cargos públicos. Subordinavam-se a essa classe os demais homens livres não dotados de tanto poder econômico, político ou militar. Por fim, o mais baixo estrato social era composto pelos escravos ou servos.

Ao lado dessas três classes, podemos ressaltar o tratamento especial que era dispensado aos anciões, também tidos como privilegiados, e aos *clientes* que mantinham a mesma postura em face do clientelismo praticado em Roma, pois estabelecia-se um vínculo protetorista do patrono para com o cliente, proteção essa econômica e pessoal. Em contrapartida, o cliente obrigava-se ao patrono

---

<sup>136</sup> CAETANO, Marcello. Op. cit. "A cidade era um pequeno Estado aristocrático constituído por uma população principal, bem fortificada, e por um grupo de povoações mais pequenas, construídas ao redor dela, sempre na coroa dos montes e colinas; chamavam-se estas povoações, em linguagem indígena, **duns** ou **briga** (donde o sufixo da designação de muitas povoações da Lusitânia romana) e chamaram-lhes os Romanos **castra**", p.58.

<sup>137</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1996). Op. cit. "Quando se adotava o sistema republicano, este assumia uma feição aristocrática, pois a eleição dos magistrados ou chefes políticos temporários e o exercício dos respectivos cargos estavam reservados a certos privilegiados, como sejam os representantes dos grupos sociais", p.74.

<sup>138</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1996). Op. cit. "Conjectura-se, todavia, que os povos da Hispânia pré-romana tiveram a estrutura social peculiar do mundo antigo. Basicamente, distinguiram-se os homens livres dos servos ou escravos", p.75.

quanto à fidelidade e submissão, tendo, dessa sorte, sua liberdade restringida. A propósito, ALMEIDA COSTA (1996) ressalta

a existência de uma forma específica de clientela, originária da Hispânia primitiva, ... a *devotio*, que os Iberos praticaram com freqüência. Tratava-se de uma variante da clientela militar, tipificada pela intervenção de um elemento religioso. O cliente que tomava o nome de *devotus* ou *soldarius*, além de ficar adstrito a seguir o patrono na guerra, consagrava a sua vida a uma divindade para que esta a aceitasse em troca da vida do patrono. Se o patrono morria no combate o soldário deveria suicidar-se, porque isso significava que a divindade não aceitara o sacrifício e que, conseqüentemente, a sua vida se tornou ilícita<sup>139</sup>.

A formação sócio-política dos povos primitivos da Península denota a existência de uma gama diferenciada de poderes, os quais não estão concentrados no Estado em si mesmo, mas vinculam-se igualmente aos interesses particulares na esfera política e econômica.

Da mesma maneira como são feitas referências à ausência de dados significativos quanto à organização política e social desse período primitivo, a qual não é referida senão por “notícias dos escritores romanos”<sup>140</sup>, também pouco se conhece do Direito ibérico desse período em profundidade, embora tenham sido feitas tentativas para essa reconstituição no sentido da utilização do método residual, que, segundo alguns, não é totalmente seguro<sup>141</sup>. O que se pode afirmar a respeito da natureza do Direito neste período primitivo, Direito peninsular pré-romano, é que este foi consuetudinário, tendo como fonte o costume o qual foi se firmando ao longo do tempo pela sua prática reiterada, fator esse que se tornou obrigatório para o povo da Península “frente aos problemas e situações sociais”, pois “acompanhada da convicção ou consciência da sua obrigatoriedade”<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Op. cit. p.75.

<sup>140</sup> CAETANO, Marcello. Op. cit. p.59.

<sup>141</sup> CAETANO, Marcello. Op. cit. “Consistia esse método em analisar rigorosamente o Direito consuetudinário, especialmente nas províncias da Espanha mais impermeáveis a influências estranhas, procurando determinar as origens de cada uso ou costume. Averiguado o que era de proveniência muçulmana, germânica, canônica, romana, etc., ficava um resto que, por exclusão seria o resíduo do Direito Ibérico. Este método não é seguro. Primeiro, porque não é possível afirmar com absoluta segurança que um costume tem determinada origem; segundo, porque há costumes que são fruto de necessidades sentidas em todos os tempos em dadas condições de vida, e podem ter sido criação do génio peninsular noutras épocas que não na primitiva”, p. 60.

<sup>142</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Op. cit. p.77.

Como já visto, as tribos possuíam autonomia jurídica e, em decorrência dessa individualidade, os costumes se diversificavam conforme a tribo.

A prática do costume como fonte do Direito fazia-se mediante a apresentação de um caso concreto e quem o aplicava era o “patriarca familiar ou o chefe da tribo - autoridades a um tempo políticas e religiosas”<sup>143</sup>. Os chefes das tribos ou patriarcas familiares buscavam para seu ajuizamento os costumes, além da inspiração nas divindades por cujo culto eram responsáveis, o que acarretava, para o sancionamento da lei, a conjugação de “um poder deste mundo com as forças invisíveis do outro”<sup>144</sup>.

Marcello Caetano e Mário Júlio de Almeida Costa citam a existência de exceção a essa prática costumeira, ao se referirem aos turdetanos, povo da Península, os quais possuíam leis escritas ao lado de preceitos consuetudinários. A essas leis escritas foi atribuída a forma de redação versificada que facilitava a memorização. No entanto, Almeida Costa (1996) comunga com

a opinião mais divulgada propenda para considerar que não se trataria de leis no sentido rigoroso da palavra, mas de preceitos consuetudinários, transmitidos por via oral durante várias gerações, que algum monarca mandou reduzir a escrito a fim de lhes dar maior fixidez e publicidade, com eventual acréscimo de um ou outro preceito novo<sup>145</sup>.

Posiciona-se, pois, Almeida Costa, tendo em vista o fato de que os povos primitivos da Península tiveram seu Direito constituído, sem dúvida alguma, por uma base centrada nos costumes e que não houve uma “separação nítida entre o jurídico e o ético-religioso”, em conformidade com o que ocorreu entre os povos da Antigüidade<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> CAETANO, Marcello. Op. cit. p.60.

<sup>144</sup> CAETANO, Marcello. Op. cit. p.60.

<sup>145</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Op. cit. p.78.

<sup>146</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Op. cit. p.78.

A ausência de fontes históricas imediatas soma-se à escassez das mediatas, impedindo-nos de uma análise mais profunda das instituições jurídicas nesse período primitivo.

As dificuldades enfrentadas no estudo sobre as características do Direito entre os povos autóctones, em razão da escassez de fontes ou ainda da ausência de fidedignidade dessas fontes, apresentam-se do mesmo modo dentre os povos colonizadores. Talvez os colonizadores da Península possuíssem leis locais trazidas da região natal, similares ou idênticas às das metrópoles do Mediterrâneo oriental de onde se irradiaram para o Ocidente, ou, ainda, tivessem vivido uma dualidade jurídica, haja vista a ocupação de território interiorano pelos cartagineses: o Direito cartaginês convivendo com o Direito dos povos a ele submetidos. No entanto, as dúvidas já apontadas para a reconstituição do Direito nesse período primitivo permitem-nos apenas conjecturar sobre esse aspecto.

Dando continuidade a essa fase introdutória que aborda o tema dos povos primitivos da Península Ibérica, cumpre-nos salientar a necessidade, nessa época, de uma adequação do Direito português, tendo em vista uma posterior análise do nosso sistema jurídico a um dos quatro sistemas jurídicos hoje predominantes: o romano-germânico, o anglo-americano, o anglo-saxão e o socialista.

Analisando o sistema romano-germânico e o do *common law* (por exemplo, o anglo-americano), como já mencionamos quando levado a efeito o estudo das raízes do Direito romano, verificamos uma diversidade quanto à técnica, mantendo-se, no entanto, plena similitude ou invariabilidade quanto à substância que valoram: interesses e soluções.

O sistema denominado *common law* apresenta características judiciais e jurisprudenciais (*case law*) tomando como parâmetro um precedente judicial - *rule of precedent*; ao passo que o sistema romano-germânico apresenta, de modo preponderante, os aspectos legislativos e doutrinários, muito embora os dois sistemas sejam um reflexo do Direito ocidental.

Afastava-se, então, destas características o sistema socialista, o qual veio evoluindo a partir de 1969, tendo em vista uma economia planejada, embora tal sistema esteja próximo do sistema romano-germânico.

Para que pudéssemos relacionar o Direito português a um dos sistemas mencionados, embora soubéssemos de antemão que o Direito português se ajustava ao sistema romano-germânico, buscamos o processo evolutivo desse Direito em razão das influências marcantes dos povos romano e germânico, influências essas somadas ao elemento cristão, envolvendo os aspectos econômicos, políticos, sociais e jurídicos.

Não nos coube estudar apenas os povos primitivos da Península, sem estender esse estudo por um determinado período que antecedeu a independência da Nação portuguesa, ou seja, o tempo em que os romanos e germânicos invadiram a Península, subjugando seus povos e influenciando-os na formação e evolução de sua forma de Direito. Essa influência marcante não significou, por sua vez, a simples inclusão do Direito romano e do Direito germânico no Direito português, muito embora tenham sido tais formas de Direito, além de outras formas estrangeiras, tomadas em consideração por espaços temporais expressivos.

Para nós, o Direito português é aquele originário dos anseios manifestados quando da formação da comunidade portuguesa, detentora de cultura própria, e do somatório dos Direitos estrangeiros acatados como nacionais pelas leis portuguesas, excluindo-se o Direito presumidamente consentido em algumas comunidades dentro da Nação portuguesa.

Justifica-se tal trajetória pelo fato de que a cultura portuguesa recebeu grande contribuição, no campo jurídico, tanto dos povos primitivos como dos colonizadores e invasores da Península, o que não nos permite uma omissão de tais influências, no estudo que ora empreendemos, pois estaríamos deixando de lado tradições jurídicas características da época, as quais foram marcantes para o Direito em Portugal, quando se tornou nação independente.

Entendemos, ainda, que o Direito surge como explicação das necessidades manifestadas pela comunidade e não de atos arbitrários da vontade. Daí a busca da evolução desse Direito no caminhar de um povo, para que sirva de elemento cultural à formação daqueles que nele passam a viver.

Dessa maneira, prosseguimos nosso estudo, num primeiro momento, analisando o período das conquistas romanas na Península, o período de permanência nesse território dos povos germânicos, concluindo com a conquista árabe e reconquista do cristianismo, para, num segundo momento, avaliarmos o Direito português e o seu domínio sobre Direito brasileiro, dada a condição de colônia que o Brasil foi de Portugal.

## **2.2. Conquista da Península e Romanização**

O ingresso na Península das tropas romanas resultou de uma estratégia romana em resposta à segunda guerra entre Roma e Cartago - Segunda Guerra Púnica em 218 a.C., por serem as regiões ibéricas o local propício para o recrutamento de sujeitos para a composição do exército cartaginês, estratégia essa que buscou atacar o reduto com a finalidade de gerar reflexos decisivos na guerra então empreendida, obtendo resultados significativos que possibilitaram a expulsão dos cartagineses<sup>147</sup>.

A ocupação romana na Península não se fez num clima de paz, sofrendo grande resistência dos povos localizados no interior, em especial, dos lusitanos que a impuseram por 150 anos, conseguindo os romanos subjugar-los apenas em 137 a.C.

Cumpramos destacar o período em que Viriato, chefiando os lusitanos, causou grandes perdas para as legiões romanas valendo-se da formação da confederação das tribos lusitanas. Consta que após o assassinato de Viriato em

---

<sup>147</sup> SARAIVA, José Hermano (1993). *História de Portugal*. "Concluída a destruição de Cartago, os Romanos conheciam os recursos peninsulares e continuaram aqui para os explorar. Para isso empreenderam a invasão sistemática do território, que em breve dominaram quase completamente", p.31.

138 a.C., mesmo continuando a oposição aos invasores, os lusitanos perdem a sua superioridade marcante, uma vez que lhes foi suprimida “a cabeça e o coração do chefe”, Viriato<sup>148</sup>.

Podemos citar, ainda, como influente chefe dos lusitanos, Sertório, refugiado político romano chamado pelos lusitanos para ajudá-los a conseguir a independência. Sertório permanece na Península em luta com seu exército organizado à romana e morre assassinado em 72 a. C.

De Roma destaca-se a vinda de Cesar que, por quatro vezes, esteve na Península com o fito de dar cabo das resistências, obtendo resultados significativos em 60 a.C.. No entanto, alguns anos ainda transcorreram para a paz reinar na Península, pois conforme ALMEIDA COSTA (1996) a “Península passou a aceitar pacificamente o jugo romano, exceção feita aos povos cantábricos e astures, que, como se indicou, só foram vencidos por Augusto, entre os anos 29 e 19 a. C.”<sup>149</sup>

Durante o período das conquistas romanas, os povos peninsulares já haviam sido iniciados na cultura românica, não ficando alheios a essa civilização superior, conforme revela a influência exercida por Quinto Sertório quando chefe dos lusitanos. Sertório, proscrito de Roma, organizara seu exército nos moldes do exército romano, como já mencionado anteriormente, e governou por oito anos a Lusitânia também de forma romana, fazendo que sua cultura fosse por eles aceita, bem como hábitos, instituições e leis romanas<sup>150</sup>.

Ainda, sem imposições, como aconteceu na época de Sertório que foi assassinado no ano 72 a. C., o simples contato com a nova cultura levava as populações da Península a assimilarem os hábitos e costumes dos romanos. Um dos fatores que contribuiu para essa assimilação, nessa época, foi a presença dos legionários e suas famílias no território, os quais se organizavam em grandes acampamentos exercendo várias atividades, inclusive as atribuídas aos colonos no cultivo da terra e as industriais ou comerciais. Esses acampamentos, por sua

---

<sup>148</sup> CAETANO, Marcello. Op. cit. p.62.

<sup>149</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Op. cit. p.86.

vez, requeriam a presença de serviçais, de trabalhadores e se apresentavam como um chamariz para o comércio, para lá se dirigindo os comerciantes, razões pelos quais todos se obrigavam ao aprendizado da língua romana.

Essa proximidade dos povos indígenas, dos lusitanos com os romanos, permite-nos ressaltar o fato de ter sido a romanização na Lusitânia o fator decisivo para a formação da língua portuguesa, na sua versão falada: o Latim Vulgar, que obedecia a tendências espontâneas de transformação e diversificação muito facilitadas, quer pelos antigos hábitos lingüísticos de cada população romanizada, quer pela pequena percentagem de letrados que havia mesmo em Roma...<sup>151</sup>

Cultivavam o trigo, a videira e azeitona com vista à subsistência e exportação, pois essas culturas se adaptavam tranqüilamente à terra e ao clima e geravam riquezas como o vinho e o azeite.

Com o desenvolvimento da agricultura, tornou-se necessária a utilização da mão-de-obra nativa buscada nos povoados que, na sua maioria, se localizavam nas montanhas, muito embora na planície a terra fosse rica em ouro, prata, metais em geral, produzindo frutos e possuindo pastaria propícia à criação de gado.

Essa situação de localização das tribos justificava-se pelo fato de ter parte dessas tribos deixado de lado o trabalho na terra para se dedicar ao banditismo, atacando, mesmo, terras além do Tejo, obrigando aquelas que permaneciam na planície a se defender. Em decorrência dessas lutas, viam-se as tribos obrigadas a abandonar o cultivo da terra.

Acrescente-se que a região das montanhas onde permaneciam as tribos era inóspita, gerando uma situação de vida paupérrima, quando então a população alimentava-se durante um grande período do ano de *bolota* usada para fazer pão, num processo de secagem e trituração resultando na farinha<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> CAETANO, Marcello. Op. cit. p.62.

<sup>151</sup> SARAIVA, Antonio José; LOPES, Óscar (1975). *História da Literatura Portuguesa*. p.15.

<sup>152</sup> SARAIVA, Antonio José (1993). Op. cit. "Para melhor elucidar esse período, o autor se vale do escritor Estrabão do século I a.C. : Entre os povos que habitavam ao longo do Douro alguns vivem com grande

Foi essa população que desceu das montanhas e veio se estabelecer na planície para o cultivo da terra junto aos romanos, marcando o primeiro momento de aculturação para o povo lusitano.

Com relação a essa atividade agrícola, segundo SARAIVA (1993), “a unidade normal de exploração agrícola era a vila rústica”. Essas vilas localizavam-se nas regiões mais férteis sob a autoridade direta de um romano, cuja mão-de-obra era realizada por escravos. As regiões mais acidentadas possuíam vilas descontínuas, ou seja, um núcleo central, insuficiente para uma exploração mais extensiva, ao qual eram acrescentadas “as glebas das proximidades”. Essas vilas descontínuas eram trabalhadas por indivíduos semilivres que as obtiveram hereditariamente. Ao senhor da vila pagavam um percentual sobre a produção ali realizada<sup>153</sup>.

Como mencionado anteriormente, essa atividade visava a exportação e, para tanto, os romanos construíram estradas (também para fins estratégicos), tendo em vista os seus objetivos econômicos e políticos, pois construíram uma rede de estradas dirigidas a Roma, “daí o enunciado de que todos os caminhos levam a Roma”.

Com a abertura das estradas, ocorre a facilitação do transporte de mercadorias e do acesso de comerciantes que, mais e mais se dirigem à Península para a prática do comércio, e de imigrantes atraídos pelas riquezas da região, particularmente romanos e itálicos. Esses fatos corroboraram significativamente para a romanização na Península.

A esses fatos, podemos acrescentar este de caráter bélico: soldados autóctones integraram as legiões romanas, combatendo lado a lado com o povo de Roma, até mesmo em grandes campanhas e por longo tempo. Ao regressarem, estavam totalmente romanizados, influenciando, dessa maneira, os

---

duresa; aquecem os seus alimentos com pedra em brasa, banham-se em água fria e tomam apenas uma refeição, singela e frugal... Durante três quartas partes do ano os moradores das montanhas não se alimentam senão de bolota, que, depois de seca, é triturada e moída para fazer o pão que se pode guardar durante muito tempo”, p.30.

<sup>153</sup> SARAIVA, José Hermano (1993). Op. cit. p.33.

nativos sendo, por essas circunstâncias, considerados “como elemento de penetração cultural entre os indígenas”<sup>154</sup>.

Tanto no aspecto econômico de produção (agrícola, industrial e mineração), como no sentido da técnica de construção romana (estradas, pontes, viadutos, etc.), a superioridade romana imperava, revolucionando os métodos tradicionais de trabalho dos povos aborígenes<sup>155</sup>.

Esses fatos fazem-nos refletir sobre o avanço dado pelos romanos que então são senhores da Península, com toda sua superioridade. De início, eram eles seminômades, ignorantes sofrendo o fenômeno da aculturação quando em contato com o povo etrusco, oriundos de uma civilização mais evoluída, cuja maior atividade era o comércio com a Grécia e o Oriente. Aquele povo que sentia dificuldades na sua adaptação aos estrangeiros, que sequer rasgava a terra, neste momento transmite seus conhecimentos aos povos conquistados tendo em vista a necessidade de mão-de-obra e de engrossar suas fileiras nas conquistas que continuava a empreender, provocando a aculturação dos povos da Península. Resta-nos saber se estes povos então conquistados terão a mesma perspicácia que demonstraram os romanos.

Também a religião, no caso o cristianismo, contribuiu para a romanização dos lusitanos, pois com sua difusão pela Península, passou-se a pregar a fraternidade, quando então, romanos ou não romanos, passavam a ser iguais perante Cristo, latinizando os adeptos, já que o cristianismo chegara à Península.

Quanto ao aspecto da romanização jurídica, cumpre-nos ressaltar dois fatos importantes: a concessão da latinidade e a extensão da cidadania aos indivíduos livres dos povos peninsulares.

A latinidade foi outorgada pelo imperador Vespasiano por volta de 73 ou 74 d.C. e alcançou os povos peninsulares que, juridicamente, assumiram a posição de latinos coloniais, gozando de todas as regalias da classe, ou seja: *jus suffragii* (direito de votar nos comícios) e o *ius commercii* (prática de atos de

---

<sup>154</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. p.64.

<sup>155</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1996). Op. cit. p.89.

comércio). Quanto ao *ius suffragii*, pairam dúvidas sobre sua concessão. Em tendo sido concedido, cumpre-nos lembrar como se fazia a contagem de votos: sempre favorecendo a classe mais poderosa, como já registrado no capítulo anterior.

Retomando alguns aspectos, sem dúvida essas concessões os diferenciava dos cidadãos romanos, fato esse que nos remete à organização política dos romanos que estabelecia a distinção entre cidadãos romanos e peregrinos. Com o passar dos tempos, tendo em vista as conquistas romanas, a primeira distinção, romanos, peregrinos ou estrangeiros, assume três aspectos: cidadãos, latinos e peregrinos.

Ao cidadão romano era atribuída a capacidade jurídica plena, aplicando-lhe o *jus civile*, como já visto, próprio do cidadão romano, somado ao *jus connubii* (contrair matrimônio), ao *jus commercii* (prática de negócios jurídicos patrimoniais), ao *jus suffragii* (votar nos comícios), ao *jus militari* (alistar-se militarmente) e ao *jus honorum* que lhe permitia assumir um posto na magistratura junto ao Estado<sup>156</sup>.

Com relação aos peregrinos, pudemos verificar no capítulo anterior a situação diferenciada que lhes era atribuída na esfera jurídica, quando, então, não gozavam de proteção jurídica nos moldes do *jus civile*, sendo-lhes concedida uma proteção jurídica apenas por ocasião da formação do *jus gentium*, direito criado pelos pretores visando a regulamentação de situações não amparadas pelo *jus civile*, situações essas derivadas de relações entre os estrangeiros e romanos e, ainda, decorrentes de relações entre os próprios estrangeiros.

Ao lado dessas duas classes, foi admitida uma terceira, a dos latinos e a essa classe estabeleceu-se uma divisão: latinos antigos (*latini veteres ou prisci*), latinos coloniais ou colônias (*latini coloniarii*) e latinos junianos (*latini iuniani*)<sup>157</sup>.

A cada divisão foi atribuída uma capacidade jurídica, estabelecendo-se, dessa forma, extratos jurídicos diferenciados:

---

<sup>156</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1996). Op. cit. p.90.

<sup>157</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1996). p.91.

latinos antigos - a estes era concedido o *jus connubii*, o *jus commercii* e o *jus suffragii*, somados à aquisição da cidadania, se fixassem residência em Roma com caráter definitivo. Aos latinos antigos correspondia o povo primitivo que habitava o Lácio e às antigas cidades que foram “equiparadas, em qualidade, às da velha liga latina”.

latinos coloniais - com relação a estes, gozavam do *jus suffragii* e do *jus commercii* e correspondiam aos povos da província, privilegiados pela latinidade.

latinos junianos - caracterizavam-se pelos antigos escravos libertos, equiparados em vida aos latinos coloniais aos quais foi atribuído o *status libertatis*, mas não, o *status civitatis*.

Embora a concessão de latinidade aos povos da Península não trouxesse para eles a plenitude jurídica, permitiu-lhes a prática do comércio em igualdade de condições com os cidadãos romanos, excetuando-se, na esfera privada, a possibilidade de contrair matrimônio nos moldes do *jus civile*.

No entanto, foi o primeiro passo para a aquisição da cidadania (capacidade plena), pois o cargo público assumido (magistratura local) o fazia cidadão romano, cidadania que se estendia a seus familiares em linha reta descendente e à sua mulher<sup>158</sup>.

Pudemos verificar que a cidadania romana era privilégio dos cidadãos romanos, podendo exercê-la em toda a sua extensão, onde quer que se encontrasse. Essa posição jurídica durou como já visto até a época do imperador Caracalla que estendeu essa cidadania a todos os povos sob seu domínio, por meio da Constituição Antoniana de 212.

Importa aqui compreender a organização político-social na Península, para o que empreendemos uma breve análise sobre a questão das províncias e

---

<sup>158</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1996). Op. cit. “Gaio menciona, a propósito, uma latinidade maior (*ius latii maius*) e latinidade menor (*ius latii minus*): no primeiro caso, para que o latino ascendesse à categoria de cidadão romano bastaria que tivesse feito parte do senado local ou cúria, quer dizer, que tivesse sido decurião; no segundo caso, a aquisição da cidadania romana pressupunha o exercício de alguma das magistraturas locais”. p.92.

idades localizadas nessas províncias, forma com que se organizaram os povos indígenas e os romanos.

Por província, de início, podemos entender como função atribuída a um romano ou magistrado *cum imperio*, representado por um cônsul ou um pretor, os quais recebiam poderes para governar territórios conquistados - províncias -, fora da Itália, neste caso, na Península. Num segundo momento, esse sentido de governo, administração de território fora da Itália, passa a ter outra conotação: “território fora da Itália submetido à jurisdição de um magistrado cum imperio”<sup>159</sup>.

A divisão da Península em províncias ocorre em 197 a.C. e em número de duas: Hispânica Citerior e Hispânica Ulterior. Cada uma dessas províncias era governada por um pretor nomeado em Roma como magistrado da província, fora da Itália como já referido. Num momento posterior, a esses pretores foi atribuída a obrigação de exercer a magistratura por um período de um ano em Roma, para, posteriormente, assumirem as províncias a eles designadas recebendo a denominação de propretores e procônsules. As províncias passam, então, a províncias pretórias, sob a administração dos propretores e províncias consulares destinadas aos pré-cônsules.

A divisão da Península em províncias sofreu modificações segundo os imperadores romanos, haja vista a divisão de Augusto que a separou em três províncias: Hispânia Tarraconense, Bética e Lusitânia, e a de Caracalla que acrescentou mais uma: Hispânia Nova Citerior Antoniana.

No período do Baixo Império, já com Dioclesiano, o imperador passa a exercer o poder absoluto, caindo a diarquia que permitia ao Senado exercer o papel político e, com isto, deixam de existir as províncias senatoriais governadas pelo Senado e em nome do povo romano, como era no período do Império (diarquia - governo do Príncipe e do Senado). Sem o exercício do poder político, o Senado passou a exercer “funções de mera câmara municipal

---

<sup>159</sup> CAETANO, Marcello. Op. cit. “O imperium sob a República compreendia o poder administrativo, militar e jurisdicional. O magistrado dotado de império exercia, assim, nas províncias o poder absoluto, incluindo o direito de vida e de morte salvo quanto aos cidadãos romanos que, no caso de serem condenados a pena capital, podiam recorrer para os comícios de Roma (*provocatio ad populum*)”, p.68.

da cidade e instituiu-se a tetrarquia: dois Augustos coadjuvados por dois Cesares”.

Novamente sofre mudanças o sistema organizacional do império, sendo o mesmo dividido em quatro prefeituras, que, por sua vez, dividiam-se em dioceses compreendendo as províncias. A província da Lusitânia passou a pertencer à Diocese da Hispânia que, por sua vez, pertencia à prefeitura das Gálias.

A administração das províncias, realizada pelo procônsul, propretor e outras designações a ele passíveis de atribuição, representava diretamente o imperador, ao qual se subordinava assumindo funções próprias como:

- suprema autoridade militar, comandando todas as legiões e cortes auxiliares estacionadas ou em operações na província;
- superintendente do Governo, da administração e da fazenda pública;
- magistrado superior, com poder de administrar justiça, em última instância, aos cidadãos e aos indígenas, assim no foro civil como no criminal<sup>160</sup>,

podendo contar, quando impossibilitado de julgar os processos cíveis com assessores que assumiam a postura de consultores e conciliadores, decidindo em nome do governador da província.

A administração da justiça permanecia nas mãos dos governadores, os quais a aplicava aos cidadãos romanos e aos não cidadãos, tendo sobre estes jurisdição ampla e irrestrita, não lhes cabendo apelar da decisão para os comícios, tampouco para o imperador, em especial, em se tratando de pena de morte.

As decisões judiciais eram manifestadas publicamente, fosse a justiça feita aos cidadãos ou aos não cidadãos. Essa justiça era ministrada periodicamente em determinadas regiões – circunscrições – que receberam a denominação de *conventus iudicij*.

Segundo MARCELLO CAETANO (s/d) e SARAIVA (1993) (este último amparando-se em Plínio, o Antigo) a província da Lusitânia dividia-se em três

---

<sup>160</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. p.70.

conventos: o Emeritense (mérica), o Pacence (Beja) e o Escalabitano (Santarém). Na província de Tarraconense, havia o convento Bracarense ou Brácaro (Braga), hoje em território português.

Interessante notar que, na época, o número de povos correspondia a “quarenta e cinco, sendo cinco colônias, um município de cidadãos romanos, três cidades do Lácio antigo, trinta e seis cidades estipendiárias”<sup>161</sup>. Conforme nos relata SARAIVA (1993), o “único município de cidadãos romanos era Lisboa”. As antigas cidades do Lácio eram do tipo romano e nelas “predominava uma população que falava o latim e vivia à romana”<sup>162</sup> (Évora, Beja, Alcácer do Sal).

Com relação às cidades indígenas, o autor faz uma distinção entre as cidades livres e estipendiárias. Seriam livres as que admitiram a subjugação, e estipendiárias aquelas que, não se conformando com a dominação, tinham que pagar o imposto para permanecerem na terra. A esse imposto denominou-se estipêndio<sup>163</sup>.

As cidades livres conservavam as suas leis e instituições sob a forma republicana, aparentando independência, sendo essa independência resultante de tratados de amizade, aliança e submissão que poderiam ser jurados (*foedus*), ou não jurados. Tratado não jurado correspondia a um ato unilateral por parte dos romanos, possuindo um caráter precário passível de renovação ou não, portanto revogável, conforme interesse de Roma.

Cumpre-nos ressaltar que as cidades, quando constituídas pelo modelo romano, traduziam-se por colônias e municípios de cidadãos romanos, pois observavam, como já referido, o modelo de Roma ou das cidades latinas, sendo dada aos indivíduos que a integravam a cidadania romana.

As colônias resultavam de resoluções emanadas do *populus romanus* composto por cidadãos romanos vindos de Roma, ou de cidadãos originários do Lácio, e, portanto, colônia romana ou latina. Após a decisão de sua fundação,

---

<sup>161</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. p.71. Saraiva (1993). Op. cit. p.34.

<sup>162</sup> SARAIVA, José Hermano (1993). Op. cit. p.34.

<sup>163</sup> SARAIVA, José Hermano (1993). Op. cit. p.35.

procedia-se à votação de seu estatuto, a *lex coloniae*, passando a sua administração a ser feita por meio de magistrados sob a indicação de Roma, a sede política. Dessa maneira, cada colônia possuía o seu estatuto e direitos diferenciados, conforme sua origem, latina ou romana, e as latinas gozavam de maior autonomia, “visto encontrarem-se subtraídas à jurisdição do governador da província”<sup>164</sup>.

À época do Império, todas as cidades fundadas em conformidade com Roma passaram a se chamar municípios, ou seja, municípios romanos ou latinos e a se relacionar com o Estado romano pela *lex municipalis*, estatuto elaborado especialmente para cada município. Esse fato propiciava aos municípios uma maior ou menor autonomia diante dos regimes municipais diferenciados, permitindo-lhes ter suas próprias leis.

Da mesma forma que em Roma, os comícios eram organizados por cúrias (*comitia curiata*) e, ainda, por tribos (*comitia tributa*). Participavam desses comícios os homens livres, originários do local do município tendo como função a eleitoral. Essa qualidade de livres era obtida desde que observadas as concessões decorrentes do Direito.

O Senado e, posteriormente a Cúria, consistiram no conselho de mais alto grau do município e eram formados por membros vitalícios. Para tal indicação, levava-se em consideração a idade, pressuposto de sabedoria, ao lado da riqueza, resultando na classe social mais alta do município – os *decuriões*. A esse conselho de *decuriões* cabia o julgamento, em grau de recurso, das sentenças dos magistrados, bem como decidir sobre interesses do município.

As funções executivas e jurisdicionais eram atribuídas a um conselho de magistrados, em geral em número de quatro, cabendo-lhes administrar as finanças, ministrar justiça tanto cível como criminal, cuidar das questões relativas às obras públicas, gerir a polícia, bem como julgar as infrações municipais até aplicando multas. Eram esses magistrados que elaboravam a cada cinco anos uma lista indicativa dos nomes de indivíduos aptos a servirem como *decuriões*.

---

<sup>164</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. p.74.

No entanto, alguns municípios, muito embora com o apoio desses órgãos, não conseguiram realizar uma boa administração, quando, então, o imperador nomeava um *curator reipublicae* não pertencente ao município que assumia a posição de interventor. Já no século III, todos os municípios passam a ter um *curator* que, pouco a pouco, vai estendendo as suas funções, as quais, de início, restringiam-se aos aspectos financeiros. Essa posição dos interventores, posicionando-se como verdadeiros ditadores, faz que se desencadeie um processo de decadência nos municípios. Passa, então, o município a ser “apenas uma das peças da terrível máquina de opressão e extorsão fiscal em que se convertera o governo imperial”<sup>165</sup>.

Todo esse quadro da organização na Península permite-nos afirmar que, à época da dominação romana, vigiam no local várias modalidades de normas jurídicas, de origem indígena ou romana, como as duas tábuas de bronze do tempo de Adriano (117/138) encontradas, referindo-se uma às questões administrativas de Vipasca e a outra à forma de concessão de minas da mesma região mineira de Vipasca<sup>166</sup>.

Podemos concluir que o Direito na Península não correspondeu ao Direito romano clássico, elaborado, conforme já exposto aqui, pelos juristas, mas, sim, um Direito dele derivado, pois adaptado a cada província, a cada cidade, permitindo-nos denominá-lo de Direito romano vulgar, o qual retrata o quadro social, econômico, cultural e jurídico da Península, não sendo um direito único, mas diversos direitos<sup>167</sup>.

Ainda, conforme ALMEIDA COSTA (1996), esse Direito romano vulgar satisfazia as exigências então reinantes, tornando possível uma adequação do

---

<sup>165</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. p.78.

<sup>166</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1996). Op. cit. “Um dos bronzes diz respeito à organização administrativa da região mineira de Vipasca, seguindo o modelo comum a todas as minas do fisco imperial, que divergia, em parte, do regime municipal ordinário. Dá a conhecer normas relativas à exploração do solo, sob os aspectos jurídico e técnico. O outro bronze refere-se ao sistema de concessão das minas de Vipasca, que não eram exploradas directamente pelo fisco”, p.95.

<sup>167</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1996). Op. cit. “A falta de cultura jurídica dos povos das províncias e a ausência de juristas especializados que pudessem atingir a subtileza das doutrinas romanas e facilitar a respectiva aplicação prática conduziram à sua incompreensão. Assim, as obras do direito clássico deixaram de

Direito romano clássico às situações novas que se apresentavam, traduzindo um sentido pragmático, facilitando “deste modo, o encontro com o direito germânico e a continuidade de expressivos elementos romanísticos nos séculos posteriores. Inclusive, através da legislação visigótica”<sup>168</sup>.

### **2.3. Período Germânico**

O período germânico determina um novo ciclo para a compreensão do Direito na Península, dada a influência exercida pelos germanos na região, particularmente pelos visigodos, os quais ocuparam a Península por um longo período, permitindo a assimilação e combinação de dois elementos culturais: o romano e o germânico.

Os germanos eram de origem indo-européia provindos da Ásia e Europa central e fixaram-se às margens do Mar Báltico ainda na época pré-histórica. Em virtude das migrações por eles empreendidas, o povo sofreu subdivisões étnicas, inclusive lingüística, dando origem aos Germanos Antigos ou Ocidentais, Germanos do Norte e Germanos Orientais, estes, desmembrados dos Germanos do Norte.

Os Germanos Antigos ou Ocidentais foram o maior grupo germânico agrupando os francos, suevos, bávaros, alanos, turíngios, cimbrios, teutões, anglos, varnos, saxões e frísios. Dentre os Germanos do Norte destacam-se os suevos, noruegueses, dinamarqueses e irlandeses. Com relação aos Germanos Orientais ressaltamos os alanos, vândalos burgúndios e godos que se subdividiram em ostrogodos e visigodos.

O início das grandes invasões germânicas data do início do século V, invadindo a Península os alanos, vândalos e suevos que haviam sofrido a invasão

---

ser utilizadas directamente e viam-se substituídas por comentários, resumos ou antologias que delas faziam juristas mais ou menos hábeis e preparados”, p.98.

<sup>168</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1996). Op. cit. p.98.

de suas terras pelos hunos, os quais os expulsaram, obrigando-os a vagar pela Europa à procura de novas terras.

Esses fatos já caracterizam um dos motivos da invasão, ou seja, a necessidade de subsistência, questão econômica que se alia ao espírito aventureiro e guerreiro do povo germânico. Não bastasse, tal fato, a decadência do Império romano nos seus aspectos econômico, político e institucional passa a ser um elemento facilitador das invasões, chegando, por vezes, a se realizarem acordos entre germanos e romanos com base no interesse manifestado por Roma, conforme verificamos no caso dos soldados do tipo mercenários germânicos que defendiam o Império lutando contra outros ramos étnicos resultantes do seu próprio povo germânico.

Como exemplo de povo bárbaro a serviço de Roma, está o visigodo que em 382 já firmara um tratado de aliança (*foedus*) com Roma, tornando-se seu aliado. Consta que esse tratado foi quebrado por Alarico I e restaurado em 415 pelo rei Vália e o imperador Honório.

Foram os visigodos que, em 417 dirigiram-se à Península com a finalidade de acalmar os alanos e vândalos invasores da região e, como aliados do imperador como soldados do Império, “exterminaram os vândalos e os alanos na Lusitânia, após o que regressaram às Gálias onde o imperador lhes atribuiu, em recompensa do serviço prestado, a região da Aquitânia desde Tolosa ao oceano”<sup>169</sup>.

Nesse período (411-467), os visigodos dirigiram-se à Hispânia apenas para combater, como já referido, outros bárbaros e não os povos autóctones. No entanto, o rei Eurico declara-se independente do imperador e ataca a Lusitânia iniciando, dessa forma, o seu domínio na Península (467-558).

Posteriormente, o rei Leovigildo (571-586) empreende um combate acirrado na Península contra os suevos, as cidades romanas e os bizantinos que lá estavam fixados, buscando a unificação do território e sua organização, a qual se fez sob o regime da monarquia com capital instalada em Toledo. Cumpre

lembrar que nesse período de 555 a 711 os visigodos converteram-se ao catolicismo (589) e expulsaram os bizantinos de Algarve por volta de 620.

Conforme SARAIVA (1993),

o domínio efectivo dos visigodos na Península e, em especial, no actual território português só se exerceu de uma forma permanente e estabilizada durante o período que decorre da expulsão dos Bizantinos (620) à invasão muçulmana (711)<sup>170</sup>.

Embora a dominação visigótica tenha durado três séculos, não se há de registrar grande influência cultural na Península, talvez pelo seu número reduzido e pela civilização inferior que possuíam em relação aos hispano-romanos. No entanto, durante o período visigótico ficou caracterizada a organização da “sociedade medieval portuguesa: uma sociedade tripartida, formada por clero, nobreza e povo”<sup>171</sup>. Quando nos referimos à questão cultural, não podemos deixar de salientar que os visigodos não tiveram uma formação literária nos moldes romanos e que, ainda, valiam-se dos ensinamentos dos gregos já nos seus primórdios.

Cumpre-nos ressaltar, no entanto, a importância da obra realizada por Santo Isidro de Sevilha - *Etimologias*, na qual dedica, no livro V, vinte e sete capítulos ao Direito. Para o Bispo de Sevilha, a origem da Lei das Doze Tábuas decorreu do fato de o povo romano estar cansado de ser enganado pelos seus magistrados, ou seja: “redigiram-se as leis e expuseram-se publicamente no forum porque a oralidade, a falta de publicidade e o poder absoluto dos magistrados sobre as leis deveriam ter permitido a corrupção e o ludíbrio dos fracos”<sup>172</sup>. Da mesma forma como os juristas clássicos romanos eram citados, para embasamento das decisões jurisprudenciais em Roma, o Bispo de Sevilha passa a ser constantemente citado e por vezes são transcritos seus

---

<sup>169</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. p.88.

<sup>170</sup> SARAIVA, José Hermano (1993). Op. cit. p.46.

<sup>171</sup> SARAIVA, José Hermano (1993). Op. cit. p.47.

<sup>172</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da (1995). *Para uma História Constitucional do Direito Português*. p.99. *Etymologiae*, V,I,3. “deinde cum populus seditiosos magistratus ferre non posset, Decemviros legibus scribendis creavit...”.

pensamentos que sobrelevavam “o ético ao formal, o fundamental ao acidental”<sup>173</sup>.

Com relação à concepção de Estado, esta diferiu da concepção romana, pois o povo visigótico foi formado para a guerra sob uma chefia, o rex ou princeps, como então era chamado. A união do povo resultava na obediência a um mesmo chefe e não ao fato de pertencerem a uma mesma cidade, tal qual em Roma.

No entanto, quando o povo visigótico se assentou na Península, já não trazia consigo a pureza do Direito germânico, pois o contato que mantivera anteriormente com Roma, como aliado, permitira-lhe atentar para o interesse coletivo que se impunha ao chefe e à comunidade em conformidade com Roma, cujo Estado originou-se na comunidade romana. Dessa maneira, o nomadismo visigótico inicial, voltado à fidelidade dos homens ao seu chefe, mescla-se com o elemento romano da coletividade, com a “idéia de que a soberania sobre as pessoas e as coisas é atributo da coletividade e não do príncipe e de que há um património colectivo construído pelos bens destinados à utilidade pública”<sup>174</sup>. Os visigodos mantiveram, dessa feita, a mesma visão provincial deixada pelos romanos, e as províncias eram governadas e administradas pelo *dux*, chefe militar.

Com relação aos municípios, em se considerando as características próprias da época de sua constituição, época romana, estes extinguiram-se durante o domínio visigótico. De início, nas cidades, os visigodos mantiveram as Cúrias que, com o passar do tempo caíram no descrédito, passando suas funções para outras autoridades delegadas pelo rei, e a principal era o *judex*, o qual tinha sob sua responsabilidade as funções judiciais e administrativas (séc. VI). Esse exercício simultâneo de funções judiciais e administrativas permitia que aqueles que tinham o poder de julgar procedessem como juízes, julgando quaisquer problemas do cotidiano.

---

<sup>173</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da (1995). Op. cit. p.113.

<sup>174</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. p. 92.

Para uma análise das fontes do Direito dessa época parece-nos importante ressaltar que dois momentos se fizeram presentes no período visigótico: o da separação dos Direitos e o da unificação dos Direitos. No primeiro momento, os povos da Península possuíam cada um o seu Direito, respeitando o do outro em virtude de terem os visigodos assumido as posições de invasores e de aliados dos romanos. Como analisado no capítulo anterior, os dois direitos, romano e visigodo, conviveram pacificamente, não se aplicando o Direito romano aos visigodos que permaneciam afeitos ao seu próprio Direito, decorrente do costume da sua nação. Vigorou, portanto, o princípio da personalidade ou nacionalidade do Direito.

Levada a cabo a ocupação do território pelos visigodos, a questão relativa ao princípio da personalidade do Direito caminha no sentido da adoção do princípio da territorialidade como se vê a opressão exercida pelos visigodos sobre o povo conquistado gerando uma casta privilegiada - a visigótica. Ficando com as melhores e maiores extensões de terras, e, oprimindo fiscalmente os conquistados, a estes pretenderam aplicar o seu Direito público, mantendo o Direito privado nas suas relações, fatores que, sem dúvida, devem ter gerado conflitos de cuja forma de resolução não temos conhecimento.

Em conformidade com ALMEIDA COSTA (1996), vamos nos ater, como principais fontes do Direito nesse período visigótico, ao Breviário de Alarico (506); à Lei de Teudis (546) e ao Código Visigótico, conforme versões de Recesvindo (654) e Ervígio (681), pela indicação precisa sobre a autoria e data, bem como sua completude.

Já nos referimos ao Breviário de Alarico ou *Lex Romana Visigothorum* no capítulo anterior, sancionada que o foi por Alarico II em 506, podendo nos manifestar sobre ele como as leis romanas dos bárbaros, pois trata-se de compilação de *leges* e *jus* de âmbito público e privado, com aplicação prevista para as relações entre romanos. A Lei de Teudis (546) foi promulgada pelo rei Teudis com a finalidade de reprimir os abusos cometidos em relação às custas judiciais. A separação jurídica chega ao seu término com a publicação do Código Visigótico em 654, na época de Recesvindo, assumindo tal compilação um caráter

territorial e obrigando a todas as raças habitantes do território quanto ao seu conteúdo. Em 681, o rei Ervígio requer que se proceda a uma revisão do texto de Recesvindo que contou com a participação do XII Concílio de Toledo. Foram excluídas algumas leis, acrescentadas outras, modificada a redação de diversas delas.

Considerando-se os vários aspectos estudados em Roma e na Península, fica claro o porquê da mescla de Direitos ou correntes jurídicas contidas no Código Visigótico, ou seja: correntes romana, germânica e canônica. Conclui-se, portanto, que “nele se reflete a fermentação social resultante do encontro e da fusão de influências díspares: a influência eclesiástica, a influência romana, a influência germânica”<sup>175</sup>.

Os visigodos conseguiram uma unidade estadual após a expulsão dos bizantinos, perdendo essa unidade com a vinda dos muçulmanos, especialmente dos soldados bérberes oriundos do norte de Marrocos, Magrebe ou Mauritânia e dos árabes provenientes do norte da África, os quais professavam a mesma religião, a muçulmana (711). Dirigiram-se para a Península como aliados dos filhos de Vitisa, os quais integravam o partido rebelde dos visigodos contra o rei Rodrigo, aliás derrotado e morto na batalha de Guadalete, retratando mais uma vez a característica marcante da vida política no Estado visigótico – luta pelo poder.

Quando invadiram a Península, os árabes já se aperceberam do processo de decadência em que se encontrava o Estado visigótico e, cautelosamente, dominaram quase que a totalidade do território, dando origem ao que mais tarde seria chamado de país de al-Andaluz. Passa a existir no território, então, o grupo cristão e o islâmico, este adepto da doutrina pregada por Maomé, o qual se postou como profeta revelador da palavra divina por inspiração de Alá. Cumpre-nos salientar que as inspirações recebidas por Maomé eram por ele transmitidas em forma versificada aos seus discípulos os quais posteriormente as transcreveram dando origem ao Alcorão ou Corão, daí seu significado: recitação.

---

<sup>175</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. p.106.

Dessa maneira, e, em tendo sido várias as inspirações recebidas por Maomé, o Corão constituiu-se em um livro não só religioso, mas também moral e jurídico, retratando a vontade de Deus nesses vários aspectos.

Podemos afirmar que a sociedade islâmica possuiu, desde a sua constituição um caráter teocrático, decorrendo a autoridade política do poder religioso, ao qual se submetiam aqueles que professavam a mesma fé. Portanto, uma sociedade fechada, com seu próprio Direito, privativo daqueles que abraçavam a “religião corânica” cujo poder só era legítimo se exercido em nome de Alá e por representantes deste, devidamente investidos para tanto.

Por inexistir uma distinção entre direito e religião como se viu, o Direito islâmico traduziu-se por um Direito personalista, abrangendo apenas a comunidade islâmica definida não pela raça, mas pelo credo religioso, embora ainda em formação por ocasião da ocupação da Península, sem uma estrutura consolidada, fator esse que deve ter contribuído para uma convivência, de certa maneira amena, entre os povos nos primeiros tempos, no que dizia respeito à sua situação jurídica.

O próprio Alcorão ou Corão definia a situação daqueles que se mantivessem infiéis ao livro sagrado, aos seguidores da Bíblia – cristãos e judeus – determinando que a esses se movesse a guerra santa, ou seja: crê ou morrerás.

No entanto, esses “infiéis do livro”, quando se submetem às autoridades muçulmanas, pagam tributo sobre sua pessoa e bens, passam a receber proteção. Em caso inverso, era-lhes imposta a guerra santa. Conseqüentemente, grande parte dos povoados se submeteu aos muçulmanos, conservou parte de seus bens por meio de tratados de capitulação, o que lhes permitiu, ainda, manter suas leis e autoridade próprias.

O relacionamento entre os dois povos foi abrindo espaço para atitudes e hábitos normais, uns assumindo costumes e regras jurídicas do outro e vice-versa. Essa situação teve reflexos mais amplos nos aspectos econômicos

chegando ao ponto de muitos cristãos assumirem posturas quase que idênticas às dos muçulmanos, até nas vestimentas, quando, então, designados de moçárabes – semelhantes aos Árabes.

Ressalta-se, ainda, a existência dos renegados e dos muçulmanos hispânicos. Os renegados foram os cristãos que abraçaram a fé maometana e, por via de regra, por interesse, pois deixavam de pagar o imposto devido. Os muçulmanos hispânicos traduziam-se pelos filhos de muçulmanos com mulheres cristãs, que, embora educados como maometanos, não deixavam de sofrer influência da mãe que, no seu convívio, lhes transmitia as tradições familiares: romanas/visigóticas.

Notamos que, em todos os setores, houve uma interpenetração cultural chegando, em alguns casos, ao ponto de se deixar de lado a personalidade do Direito, permitindo que o cristão optasse pelo seu tribunal ou pelo tribunal muçulmano. Mantinha-se a personalidade do Direito, quando os delitos fossem cometidos contra a ordem pública.

De cunho extremamente religioso, como se deduz dos verbetes do Alcorão, em número de 6.219 dos quais 500 são referentes ao Direito, a sua aplicação assumia características sacerdotais, sendo o califa o juiz supremo que delegava poderes jurisdicionais, observados os graus de hierarquia e exercidos sempre em nome de Alá. Ao lado do juiz ordinário (*cadi*), encontravam-se os juízes especiais, como o do mercado (*almotacé*) e o responsável pela cobrança de impostos (*almoxarife*).

A par do Direito muçulmano, cumpre-nos lembrar a continuidade da vigência do Código Visigótico nas comunidades cristãs em virtude de terem estas estipulado tratado de capitulação com os muçulmanos.

Predominou o casuísmo no Direito muçulmano, quando os juízes decidiam caso a caso, indagando em cada situação da sua licitude ou ilicitude.

Conforme MARCELLO CAETANO (s/d), as fontes do Direito muçulmano sofrem divergências ao sinalar a sua importância. No entanto, segundo o rito malequita (uma das quatro escolas, ritos ou seitas) que predominou na Espanha, é estabelecida a seguinte escala de valores, sempre com base na vontade de Alá que se revela:

- 1º- pelo Corão, livro sagrado, ditado por Alá ao seu Profeta, compreendendo 6219 verbetes, dos quais 500 têm caráter jurídico;
- 2º- pela Suna, relato das acções praticadas pelo Profeta durante a sua vida: o que ele disse, o que ele fez e o que ele conseguiu;
- 3º- pelo consentimento da comunidade ou Ichma, pois o que todos querem é da vontade de Alá, e Ele prometeu aos Seus crentes que a Sua comunidade nunca se porá de acordo acerca de um erro;
- 4º- pela dedução analógica ou adaptação das normas expressamente formuladas para determinados casos a outros casos análogos<sup>176</sup>.

Esse Direito *sui generis*, resultante em grande parte das condições sociais, políticas e canônicas, vigorou em toda a Península com exceção da região montanhosa ao norte da Península, na qual permaneceram como refugiados alguns grupos de cristãos, os quais deram início ao processo de reconquista do território, por volta de 753.

#### **2.4. A Reconquista: Condado Portucalense**

O grupo cristão das Astúrias uniu-se aos refugiados do sul e iniciou a reconquista cristã (ano 753) durante séculos, saindo-se vitoriosa em 1492 com a expulsão dos muçulmanos do seu último reduto, o reino de Granada. No entanto, já em 1249 se fizera a reconquista do território de Portugal com a tomada de Algarve.

Antecedentes sócio-políticos devem ser analisados para maior compreensão da constituição do Direito. Consta que os nobres visigodos

---

<sup>176</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. p.117.

refugiaram-se na região das Astúrias e, dentre esses nobres, destacou-se Pelaio, da família real, o qual foi eleito para chefe e rei em 718, dando origem ao reino das Astúrias. Esse núcleo cristão das Astúrias, unido aos refugiados do sul, inicia a reconquista, aproveitando-se das lutas civis que tiveram início entre os soldados berberes e os árabes.

Em 911, o reino das Astúrias passa a ser reino de Leão, surgindo desde o início como um Estado militar de resistência e combate, mantendo a tradição visigótica com um rei que se posta na chefia militar com poder soberano e cujos súditos nele vêem um salvador da Cristandade<sup>177</sup>.

Os vários combates travados geraram o que foi chamado de teoria do ermamento, isto é, a formação de um grande deserto na região das lutas, em razão de terem sido mortos todos os mouros e serem os cristãos levados para as Astúrias. Por essa época, Afonso I, chefe asturiano, conquista uma extensa região: Galisa, Minho, Douro e, em parte, a atual, Beira Alta<sup>178</sup>.

A tese do grande deserto, sem nenhuma vida social ou política, numa larga extensão de terras, tem hoje novo tratamento, não se admitindo a formação de um total deserto. Admite-se que algumas populações ali permaneceram

agarradas à terra e são elas que permitirão depois a rápida ressurreição da vida civil já patente nos documentos e notícias do século IX no território portugalense e inexplicável por súbito reatamento de tradições se estas houvessem sido de todo quebradas 100 anos antes<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. "Esse caráter do rei transmitir-se-á aos outros reinos da Reconquista e não permitirá a dissolução da dignidade régia que se produz nessa época na França feudal", p.119.

<sup>178</sup> SARAIVA, José Hermano (1996). Op. cit. "É essa a origem da conhecida teoria do ermamento; se todos os mouros foram mortos e todos os cristãos levados, a terra transformou-se num grande deserto, onde a vida social parou e só veio a renascer a partir da definitiva incorporação nos novos reinos cristãos. Este ponto de vista depois foi corrigido. Os cristãos levados para o Norte pode explicar-se pelas necessidades de mão-de-obra nas terras onde, entretanto, o regime feudal dos godos estava a renascer. E entre os mortos e os feridos há sempre alguns que escapam", p.56.

<sup>179</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. "Esta tese, que é adotada por Alberto Sampaio, Gama Barros e Rui de Azevedo, recebeu importante reforço com a publicação do livro intitulado *Études historiques sur la Galice et le Portugal du VI<sup>e</sup> au XII<sup>e</sup> siècle* da autoria do francês P. Pierre David. O eminente erudito não só submeteu à nova crítica certos documentos referentes ao assunto, como trouxe novos elementos à discussão, e sobretudo uma contribuição muito original: a prova de que no território entre Douro e Minho desde o século VII continuaram os mesmos santos a ser invocados como patronos das mesmas igrejas, o que significa a

Dando continuidade, MARCELLO CAETANO (s/d) considera de suma importância essa questão da extensão do eramento, pois se desaparecesse a população ao norte do Mondego com ela desapareceriam os usos e costumes tradicionais e haveria um repovoamento com pessoas estranhas e um Direito novo, sem influências tradicionais. Todavia, em se admitindo a nova tese de afastamentos parciais, teria ocorrido na época uma desorganização na vida urbana, mas na rural mais e mais se apegariam as pessoas às tradições jurídicas na intenção de uma continuidade do seu Direito para a reconquista, o que resultou na manutenção desse Direito no território português<sup>180</sup>.

As lutas constantes e as cisões que, por várias vezes ocorreram com os nobres cristãos, fez que a reconquista cristã, levada a efeito por oito séculos, permitisse o surgimento da figura dos mudéjares, à semelhança dos moçárabes, os quais mantiveram o seu Direito, a sua religião e os próprios costumes. Muito embora conquistassem o território, os cristãos não conseguiram restaurar a estrutura política anterior, dando origem a uma gama de poderes mesmo sem uma hierarquia bem definida.

Dessa maneira, os reis das Astúrias passaram a repovoar as cidades, recebendo tal medida um impulso significativo com Afonso III (866-910) e Ordonho II (914-924), o qual transferiu a capital das Astúrias para a cidade de Leão, dando início à monarquia Leonesa, ou seja, monarquia asturo-leonesa. Manteve-se no reino de Leão, de início, o conceito visigótico de Estado indivisível, soberano, em que a figura do rei significava unidade da nação como continuidade da comunidade, conceito esse já sob a influência anterior tanto romana como eclesiástica.

Ao rei cabia o poder. Ao rei cabiam também os deveres no sentido da busca do bem comum dos seus súditos,

---

continuidade dos quadros religiosos, porventura da organização paroquial, e a subsistência de uma população que, mesmo se os templos caíam em ruínas, conservava a recordação do santo a que eles eram dedicados e os restaurava com os antigos oragos. Tal prova casa com a de Alberto Sampaio que demonstrou a persistência na reconquista da estrutura rural, com base nas *villae*, dos tempos romano-góticos”, p.120.

<sup>180</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. p.120.

fazendo justiça, defendendo a fé, protegendo a Igreja, assegurando a paz pública interna e guerreando os inimigos externos. Para isso tinha o Poder, cujos imperativos devia servir, sendo responsável perante Deus pelo uso que fizesse das prerrogativas régias<sup>181</sup>.

Com relação a Portugal, foi no reinado de Afonso III das Astúrias (séc. IX) que teve início o repovoamento da cidade de Portucale (Porto), abrangendo terras do Minho e sul do Douro. A separação de Portucale ocorreu no reinado de Afonso VI, rei de Leão, o qual concedeu o Condado Portucale à sua filha D. Tereza e ao seu marido Dom Henrique de Borgonha, por volta de 1095. Passa Dom Henrique a usar o título de conde de Portugal.

A discussão a respeito da natureza jurídica dessa concessão de terras feita por Afonso VI ao casal D. Tereza e Dom Henrique é bastante controversa quando se indaga: a que título foi feita a concessão? Dote? Tenência hereditária? ou “como doação de senhorio hereditário, com vínculo de vassalagem”<sup>182</sup>? Não vamos nos ater a essas discussões, mas tão somente considerar que tivessem ou não título jurídico sobre a terra, Dom Henrique e D. Tereza exerceram amplos poderes dentro do território concedido, poderes esses com caráter de soberania.

Será oportuno repetir aqui que não se obteve uma unidade jurídica pelos vários ordenamentos jurídicos existentes, mas que permaneceu um

lastro comum resultante de sucessivos elementos que, ao longo de séculos, se sobrepuseram, combinaram ou convergiram. Dessa base partiu a individualização dos sistemas jurídicos das regiões e dos Estados Peninsulares<sup>183</sup>.

Esse Direito, eminentemente consuetudinário, fez-se conhecer pelas compilações realizadas e designadas de foros ou forais, caracterizando o sistema consuetudinário ou foraleiro, com vários elementos presentes na sua constituição: romanos, germânicos, cristãos, canônicos e, sem grande importância, os

---

<sup>181</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. p.121.

<sup>182</sup> Para maior aprofundamento sobre o assunto ver: Paulo Merêa - *História e Direito*; Mário de Almeida Costa - *História do Direito Português* com indicação extensa de bibliografia estrangeira a respeito da formação de Portugal. Da mesma maneira, Marcello Caetano - *História do Direito Português* quando explana e discute o assunto em profundidade.

<sup>183</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1996). Op. cit. p.163.

elementos muçulmano, hebraico e franco. A interpenetração desses elementos, e, como já visto, mesmo o elemento romano que não correspondia ao clássico, mas ao vulgar, permite-nos considerar o Direito da Península, por essa época, rudimentar e primitivo, decorrente das condições sócio-políticas e econômicas presentes e resultante “da própria situação histórica vivida”<sup>184</sup>.

Dando seqüência às nossas considerações, e para que possamos compreender a influência do Direito português sobre o Direito brasileiro até a nossa Independência, observaremos a periodização proposta por ALMEIDA COSTA (1996) que ressalta três ciclos para a análise da formação do Direito português:

- a) o período da individualização do direito português;
- b) o período do direito português de inspiração romano-canônica;
- c) o período da formação do direito português moderno.

Consideramos os dois primeiros ciclos fundamentais para a nossa proposta de um paradigma emergente para o ensino jurídico.

## **2.5. Período da Individualização do Direito Português: Fontes**

ALMEIDA COSTA (1996) estabelece para o início deste período o ano de 1140, quando Afonso Henriques passa a intitular-se rei, e o estende até 1248 quando D. Afonso III sobe ao trono. Como neto de Afonso VI, nesta data intitulava-se como infante (descendente de rei) e a partir de então, reclama o título de rei, possível à época, sem implicar a independência do reino<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1996). Op. cit. p.168.

<sup>185</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. “Em 3 de Agosto de 1128 já se intitula Dei vero providentia totius Portucalensis provinciae princeps, que é como diz: por graça de Deus (repare-se que se considera investido, não pela autoridade de outro monarca, mas por favor divino) governante de todo território português. Esse

Este período traz em si a continuidade do Direito constituído na época leonesa, vigorando em Portugal as fontes do Direito leonês, só surgindo outras por ocasião da autonomia política conquistada por Portugal. Timidamente foram surgindo fontes consideradas típicas de Portugal, mantendo-se um Direito consuetudinário e foraleiro, caracterizando-se pelo empirismo jurídico<sup>186</sup>.

Mantiveram-se nessa época:

- 1- O Código visigótico;
- 2- As leis emanadas dos concílios, de natureza eclesiástica, que se reuniram em Leão, Coiança e Oviedo;
- 3- As Cúrias, que como órgão auxiliar do rei, tinham caráter político;
- 4- Os forais que se ocupavam quase que na íntegra do Direito público;
- 5- Os costumes, como principal fonte do Direito privado que abrangia as fontes tradicionais com exceção daquelas com caráter legislativo;
- 6- Leis gerais atribuídas aos primeiros monarcas, embora escassas, e as concórdias e concordatas que representavam os acordos realizados entre os reis e o clero no reconhecimento de direitos e obrigações ente Estado e Igreja.

Isto exposto, retomamos à nossa posição de que o Direito português nesse período foi eminentemente consuetudinário. Paulatinamente, o Código visigótico foi perdendo terreno, leis afloraram em pequeno número, mantendo-se as cartas de povoação e os forais, os contratos de exploração agrícola e de crédito que tiveram papel significatvo na vida econômica e social ao lado de outros tipos também importantes para a questão creditícia ou financeira: compra e venda de rendas ou penhor imobiliário<sup>187</sup>.

---

título usará com freqüência daí por diante...Após a Batalha de Ourique, porém, Afonso Henriques vence o último lance e intitula-se *rex*", p.202.

<sup>186</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1996). Op. cit. p.177.

<sup>187</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1996). Op. cit. "Assinalam-se dois contratos de exploração agrícola: a enfiteuse, também depois designada aforamento ou emprazamento, e a conplantação. Ambos os contratos reflectem o movimento que se verifica, durante o século XII, no sentido de conduzir o concessionário de prédio alheio à conquista de uma posição mais firme em face do senhorio. Esse resultado constitui o produto de causas convergentes de ordem política, económica e social, com o nascimento e crescimento dos Estados hispano-cristãos e o esforço de fomento da época, onde se pode vislumbrar certo progresso das classes

## **2.6. Período do Direito Português de Inspiração Romano-Canônica**

Durante período considerável, ao lado do Direito consuetudinário, permaneceu, como pudemos verificar, o Direito romano vulgar, quando, no século XI tem início o período tido como de revitalização do Direito romano clássico, com os interesses voltados para o estudo tanto prático como teórico do Corpus Iuris Civilis, compilação de fontes do Direito romano realizada, quando era ainda imperador do Oriente Justiniano, (529 a 565 como visto no capítulo anterior) o qual retomou as raízes desse mesmo Direito.

O impulso maior e efetivo para a retomada do Direito romano foi dado pela Escola de Bolonha ou, como mencionado anteriormente, pelos Glosadores (por volta de 1088), embora tivessem existido, anteriormente, outros centros de estudos jurídicos voltados ao estudo do direito de Justiniano como o de Ravena e Pavia. Análise mais detalhada quanto ao conteúdo estudado e formação deste centro de estudos jurídicos, que teve uma enorme repercussão na Europa, será motivo de estudo à parte, cumprindo-nos neste momento conhecer quando de sua penetração na Península Ibérica, bem como os reflexos decorrentes de sua instalação na Península, em especial, no território português.

A efetiva difusão do Direito romano em Portugal acontece no século XIII, o que se comprova pela prática dos tribunais e do próprio tabelionato, tendo como veículos dessa difusão os juristas com formação universitária, os quais atuavam judicialmente e também na esfera notarial. A partir deste momento, de retomada do direito emanado das compilações de Justiniano, afasta-se o Direito de Portugal, embora lentamente, do anterior empirismo jurídico.

Foram vários os fatores que contribuíram para a penetração do Direito romano tradicional no âmbito jurídico português da mesma forma que no restante da Península. De extrema relevância foi a ida de estudantes peninsulares para a

---

rurais. O aspecto propriamente jurídico revela-se no princípio da conquista da propriedade através do trabalho, que representa um dos conceitos fulcrais do direito medieval”, p.197.

Itália e França, centros famosos de ensino jurídico, gozando de preferência a Escola de Bolonha. Esses estudantes retornavam como juristas e eram designados como jurisconsultos *hispanos*. Deles, vários tiveram grande destaque na história<sup>188</sup>. Esses juristas retornavam, como era natural, influenciados pelo conhecimento jurídico recebido no estrangeiro, passando a divulgar as Glosas, interpretações dos textos do Corpus Iuris Civilis. A presença desses estudiosos e sua formação influenciaram mesmo no ensino jurídico português que passa a adotar, quando da fundação de suas universidades, o paradigma da Escola de Bolonha, como, por exemplo, a Universidade de Salamanca que se consolidou abraçando o ensino do Direito romano e Direito canônico.

A influência romana no ensino jurídico não poderia isentar-se das obras de doutrina ou legislativa desse período, muitas das quais chegaram à Península como uma versão portuguesa.

Ao lado do ensino do Direito romano, fez-se presente o ensinamento do Direito canônico nas universidades, revertendo-se em influências legislativas na Península, aplicando-se nos tribunais eclesiásticos e civis e servindo como fonte subsidiária do Direito português, afora num primeiro momento (1211), pois utilizado só na ausência do Direito nacional.

Prevaleceu, dessa maneira, o direito comum, ou seja, o sistema normativo de cunho romanístico em sentido estrito, e em sentido amplo, abrangendo o canônico e o germânico. Essa influência canonística e romanística, marcante do século XIII, favoreceu a criação de leis por parte dos monarcas que divulgavam os preceitos de Direito romano e canônico, os quais estabeleciam poderes ilimitados ao monarca na esfera pública, dando origem ao período inicial da centralização do poder e conseqüente unificação do sistema jurídico.

A partir de Afonso III (1248/1279), a lei passa a ser a forma normal da criação do Direito, sendo elaborada sem a interveniência das Cortes, pois é

---

<sup>188</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (1966). Op. cit. "... a nação dos 'Hispani' acabaria por se subdividir, dentro do corpo universitário bolonhês, designadamente, nas de Portugal, Castela, Aragão, Catalunha e Navarra.

apoiada em juristas cuja formação fora romanística e canonística, no que resultou, como já mencionado, no distanciamento do empirismo predominante em épocas anteriores.

---

Alguns dos juristas peninsulares atingiram grande notoriedade, ocupando cátedras de direito romano e de direito canónico. Exemplifica-se com o fecundo canonista João de Deus, porventura, o nosso mais destacado jurisconsulto medieval”, p.228.

## **CAPÍTULO III**

### **O DIREITO BRASILEIRO E SEU DESVELAMENTO BASEADO NO DIREITO PORTUGUÊS LEGISLADO**

No capítulo anterior, procedemos à análise do Direito lusitano, com base na influência romano-visigótica e nos ativemos ao período compreendido entre as origens do Direito lusitano (primitivo) e o século XIII, quando Portugal passa a acatar o Direito romano comum e caminha para adaptar suas necessidades ao *Corpus Juris Civilis*, o qual mantinha, ainda, sua unidade e espírito marcantes desde sua compilação no reinado de Justiniano.

#### **3.1. Período da legislação escrita em Portugal**

A partir do século XIII, Portugal dá início a um período de legislação escrita, a qual se traduziu pelas Ordenações do Reino, publicadas inicialmente no século XV e consideradas um monumento do Direito português legislado dessa época, pois tais Ordenações abordaram aspectos jurídicos empreendidos particularmente entre os séculos XIII e XIV. Na realidade, as Ordenações do

Reino traduziram-se oficialmente nas compilações legislativas de Portugal, anteriores à codificação, e foram de suma importância as Ordenações designadas como Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603), as quais trouxeram sempre no seu bojo um núcleo jurídico-político voltado ao poder, ao governo e à coroa, dando-lhes um caráter constitucional.

Cumpramos, neste momento, realizar uma rápida análise das classes sociais existentes nas monarquias medievais, para que possamos compreender melhor o sentido das Ordenações.

Sem dúvida, o ponto mais alto da nação era assumido pelo rei, cuja autoridade era majoritária, limitada, em parte, pelo clero e pela nobreza que se faziam representar nas assembleias – *Cortes*, e pelo povo, muito embora este não tivesse, então, grande importância nos destinos da própria terra. Deve-se acrescentar que os *Concelhos* e os costumes também influenciavam a limitação da autoridade do rei.

A essa época, o clero constituía uma classe privilegiada, quando, então, somavam-se os privilégios eclesiásticos e os dos senhores nobres, os quais tinham interesse no clero pelo seu poder político e econômico. A nobreza (séc. XIII) possuía como maior expoente o “rico-homem”, o qual exercia o poder administrativo, militar e judicial dentro de um limite territorial designado “terra”, cuja morada era o “solar”. Por essas qualificações o rico-homem tinha jurisdição sobre o seu território, o que limitava a ação do rei, favorecendo o crescimento político da nobreza<sup>189</sup>.

Tanto as terras do clero como as da nobreza eram isentas de impostos e seus proprietários constantemente lhes acresciam outras extensões, ou por usurpação, ou por doação. No entanto, não cumpriam o papel de colonizadores, mas, contrariamente, tornavam-se dependentes do rei e do povo.

No reinado de D. João I, as doações avultam, chegando a ponto de um único indivíduo possuir dezenas de cidades e vilas. Em razão dessas liberalidades, surgiram os ducados de Bragança e de Viseu, grandes potências

político-aristocráticas que assumiram posições políticas dominantes após a morte de D. Duarte. Os proprietários possuíam plena jurisdição sobre as terras que assenhoreavam<sup>190</sup>.

Os fidalgos, contemplados com as doações feitas pelo rei, passam suas terras a outros, mediante o compromisso de os favorecidos os servirem na qualidade de vassalos, fato esse que recebeu a intervenção de João das Regras junto ao rei, o qual resgatou os bens doados, revertendo-os à coroa e estabelecendo que aos fidalgos não caberia o direito de vassalagem.

A situação de dependência do rei aos nobres prossegue, e, com o passar dos tempos, D. João I resolve restringir os direitos concedidos por ocasião das doações. Em virtude do empobrecimento da nação, o rei toma uma resolução em conselho por meio da lei denominada Lei Mental, a qual passou a clausular toda doação, tornando os bens da coroa inalienáveis, bem como indivisíveis. Ao lado dessas cláusulas, D. João I regulamentou a questão da hereditariedade dos bens doados, permitindo que estes apenas se transmitissem ao filho mais velho do donatário (primogenitura/masculinidade), abrindo-se exceção à sucessão feminina apenas com o consentimento do rei.

Essa Lei Mental foi omitida nas Ordenações Afonsinas, mas inserida nas Manuelinas, o que se deveu talvez à posição dos fidalgos que a ela se referiam como contrária ao direito e à justiça.

As doações assinalam, num primeiro momento, um caminhar para o feudalismo. No entanto, muito embora fossem efetuadas as doações em grande número, não havia, por parte dos donatários, obrigação de servir ao rei, obedecendo a um regime patrimonial quando

o rei se eleva sobre todos os súditos, senhor da riqueza territorial, dono do comércio - o reino tem um dominus, um titular da riqueza eminente e perpétua, capaz de gerar as maiores propriedades do país, dirigir o comércio, conduzir a economia como se fosse empresa sua. O sistema patrimonial, ao contrário dos direitos, privilégios e obrigações fixamente determinados do feudalismo, prende

---

<sup>189</sup> SÉRGIO, António (1989). *Breve Interpretação da História de Portugal*. p.17.

<sup>190</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. p.511.

os servidores numa rede patriarcal na qual eles representam a extensão da casa do soberano<sup>191</sup>.

Outro fato que nos induz a afirmar estar presente o Estado patrimonial e não o feudal em Portugal decorre da vocação comercial desde sua origem, tendo em vista a abertura de Lisboa para o comércio marítimo, fazendo que se definisse o seu destino ao empreender as grandes navegações e ao realizar práticas comerciais sob a autoridade suprema do rei. Conseqüentemente, afasta-se a hipótese de a característica econômica em Portugal ter sido agrária, pois, em verdade, foi a atividade marítima e comercial que propiciou o povoamento costeiro, dando ensejo à pesca, salinação e trocas dos produtos da terra, num primeiro momento, seguindo-se, posteriormente, as longas navegações financiadas pela burguesia, sob o controle do rei, particularmente quando estas navegações eram as atividades mais lucrativas. O rei postulava a posição de empresário em face do Estado – sua empresa – na busca da riqueza e da glória, conjugando as empresas da paz e da guerra, como nos faz ver FAORO, quando ressalta que, diante esses aspectos,

estão lançadas as bases do capitalismo do Estado, politicamente condicionado, que florescia ideologicamente no mercantilismo, doutrina, em Portugal, só reconhecida por empréstimo, sufocada a burguesia, na sua armadura mental, pela supremacia da coroa.<sup>192</sup>

Com a supremacia do rei, com seu poder de comando sobre pessoas e bens, reservando para si o direito de concessão do domínio e de toda atividade econômica, observa-se em Portugal uma estrutura estatal patrimonial, a qual permitirá a expansão do capitalismo comercial e não do industrial. Acresce que não existiam em Portugal camadas socioculturais sobrepondo-se ao poder do rei, o qual tem sob seu comando o exército e o manuseio dos recursos fiscais, indicativos da racionalização e emancipação do Estado diante das forças descentralizadas que a ele se opõem.

---

<sup>191</sup> FAORO, Raymundo (1991). *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. p.20.

<sup>192</sup> FAORO, Raymundo (1991). Op. cit. p.21.

Para uma maior compreensão da formação do Estado em Portugal e da influência marcante dos bacharéis na sua formação, cumpre-nos fazer uma breve análise do período que se inicia na segunda metade do século XIV, quando os portugueses, representados pela aristocracia das terras, e a burguesia, enriquecida com o comércio marítimo, buscavam uma afirmação política. Tem início a dinastia de Avis em substituição à Afonsina (1385-1580).

D. Fernando I (1367-1383), casado com D. Leonor Teles, embora fizesse inúmeras concessões aos burgueses, era tido como um aliado da nobreza, fato esse que se somava à antipatia do povo por D. Leonor, a qual simpatizava com uma aliança entre Portugal e Espanha.

Em 2 de abril de 1383, por meio do tratado de Salvaterra de Magos, o trono de Portugal passaria, por morte de D. Fernando I, para sua filha D. Beatriz, havida em 1373 com D. Leonor Teles e casada com o rei de Castela. No entanto, essa sucessão seria apenas nominal, pois a regência caberia à rainha mãe, D. Leonor Teles, enquanto D. Beatriz não honrasse o trono com um filho varão. A intenção era a de reunir os dois reinos. Seis meses após, vem a falecer D. Fernando I e os clamores pela elevação da rainha de Castela, D. Beatriz, ao trono de Portugal faz que as cidades de Lisboa, Elvas e Santarém reajam contra tal proposta, especialmente nos centros urbanos e entre a burguesia que não admitia perder a soberania nacional.

Para solução do problema, cogitou-se da pessoa de D. João, irmão de D. Fernando, o qual era filho bastardo de D. Pedro e de D. Inês de Castro. Para tanto, assume a liderança Álvaro Pais, ex-chanceler mor de D. Pedro, o qual, estando comprometido com a burguesia, espalha a notícia de que a rainha organizava-se para matar D. João, Mestre de Avis, quando então

expede-se um pajem a gritar pelas ruas que acudissem todos ao mestre de Avis, que o queriam assassinar; então Álvaro Pais, com quem tudo se combinara,

chega à frente da turbamulta; e o mestre aparece a uma janela, sendo vitoriado pela multidão<sup>193</sup>.

Esse fato faz que seja deflagrada a rebelião pretendida que durou dois anos, após o que, D. João é pronunciado rei - D. João I, primeiro rei da Dinastia de Avis (1385-1580).

Nesse período, teve singular importância o jurista João das Regras, enteadado de Álvaro Pais, que “com boa dialética, mostrou a conveniência de se considerar vago o trono, e de se eleger para o ocupar o mestre de Avis, D. João I”<sup>194</sup>. João das Regras, fazendo uso da boa dialética, usa como argumento, para o reconhecimento de D. João como rei, a nulidade dos casamentos que geraram os pretendentes ao trono, tendo em vista o fato de o casamento de D. Leonor Teles com D. Fernando não ser válido, pois D. Leonor estava ligada a um casamento realizado anteriormente, e pelo fato de D. Pedro não ter se casado com D. Inês, sequer clandestinamente como se insinuava, pois esta sempre fora tratada como “manceba”.

A estes argumentos, outros se somaram: referia-se um deles a D. Beatriz, a qual, aceitando o antipapa de Avinhão, afastou-se da religião católica, fato que lhe impedia o exercício de governar, e o outro referia-se aos infantes (D. João e D. Diniz), os quais, por terem lutado contra Portugal em favor do rei de Castela, perderam a “qualidade de naturais” do reino<sup>195</sup>.

Mediante tais argumentos, considerou-se a vacância da coroa e a possibilidade de eleição de candidatos que preenchessem determinadas qualidades, como ser, por exemplo: “de boa linhagem, de grande coração, capaz de amar os súditos e de ser bondoso e devoto”<sup>196</sup>. Ao Mestre de Avis eram

---

<sup>193</sup> SÉRGIO, António (1989). Op. cit. p.31.

<sup>194</sup> SÉRGIO, António (1989). Op. cit. p.32.

<sup>195</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. p.454.

<sup>196</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. p.455. O autor contraria a opinião de eloquência e capacidade jurídica de João das Regras, atribuindo o fato a um admirável artifício literário de Fernão Lopes para expor as razões invocadas nas Cortes a fim de declarar vago o trono e proceder à eleição do rei, conforme se denota na p.453.

atribuídas essas qualidades, e a argumentação levantada para sua aclamação como rei faz-nos retomar o

direito romano, com sua maneira retórica de raciocínio, consagrando as Cortes de Coimbra, verdade que ao lado da espada, o novo príncipe. A sociedade urbana e popular tinha um rei – feito da revolução burguesa, da espada improvisada e dos argumentos dos juristas<sup>197</sup>.

Sem dúvida, tratava-se de uma revolução burguesa, pois fora a burguesia que lhe traçara o caminho com seus ideais, seus sentimentos, não criando tão só uma nova dinastia, mas, sim, como afirma ANTÓNIO SÉRGIO (1989) “uma nova proporção de importância entre as classes sociais e entre as actividades económicas, dando como resultado uma nova fase da nossa história, que é a sua fase característica”<sup>198</sup>. RAYMUNDO FAORO (1991), referindo-se ao fato, lembra-nos que

a burguesia conquistou o seu lugar: mas sobre ela, havia uma cabeça, dona da maior riqueza, a proprietária virtual de todo o comércio, cabeça com idéias e planos, saídos das mãos dos juristas, armados de raciocínios, cheios de enredos, armadilhas e sofismas...<sup>199</sup>

Dessa maneira, os legistas preparam uma camada social para sua ascensão social e não económica, constituindo uma comunidade - estamento, cujos membros pensavam e agiam em sincronia com o grupo para o exercício do poder, aos quais são impostas determinadas qualidades que atribuem prestígio às pessoas, como educação, estilo de vida e outros valores, não havendo distinção entre ricos e pobres. Mantém-se na comunidade um ideal conservador voltado às conquistas materiais e espirituais exclusivas da comunidade, traduzindo-se por verdadeiros órgãos do Estado, pois governam e não negociam, como é próprio das classes sociais. Conseqüentemente,

do senhor virtual do território eleva-se o Estado, em nome do rei, um agente económico extremamente ativo... Para isso, o Estado se aparelha, grau a grau,

---

<sup>197</sup> FAORO, Raymundo (1991). Op. cit. p.42.

<sup>198</sup> SÉRGIO, António (1989). Op. cit. p.33.

<sup>199</sup> FAORO, Raymundo (1991). Op. cit. p.45.

sempre que a necessidade sugere, com a organização político-administrativa, juridicamente pensada e escrita, racionalizada e sistematizada pelos juristas<sup>200</sup>.

A revolução burguesa não propiciou a emancipação da burguesia, pois a consolidação do Direito português priorizou a organização política e não a econômica e os interesses particulares. Da mesma maneira, ao organizar-se de uma forma genérica para regular as relações jurídicas, afastando-se da análise de caso a caso, cresceu a autoridade do rei que assume, então, a posição de chefe de Estado.

Esses reflexos da legislação ficam nas Ordenações Afonsinas que se preocupam com a atribuição dos cargos públicos, direitos do rei, privilégios da Igreja, etc., quando detalha a estrutura administrativa, inclusive os fundamentos da soberania segundo o Direito romano, conforme as leis imperiais.

### **3.2. Ordenações: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas**

A influência do *Corpus Juris Civilis* sobre as Ordenações foi marcante, o que fica claro desde a autoria, a interpretação e a complementação do texto, quando se fizesse necessário, para melhor entendimento do seu teor. Verifica-se no livro I a sua divisão em três partes: a primeira narra a história da compilação, a segunda exalta a obra compilada e a terceira contém a sua aprovação pelo rei, bem como os regimentos iniciais.

As três Ordenações: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas observaram a mesma divisão em livros, de acordo com o *Corpus Juris Civilis*. Não apenas a divisão em livros (5), contida nas Ordenações Afonsinas traduz as influências romanas, ou seja, o espírito romano contido nas Ordenações, mas também o conteúdo do texto, haja vista enaltecer a justiça e aliá-la à força a serviço dessa justiça, a qual se torna arma poderosa contra o poder dos reis.

---

<sup>200</sup> FAORO, Raymundo (1991). Op. cit. p.44.

A sabedoria é atribuída aos reis que deverão conhecer as leis políticas e as leis do povo, bem como se fundamentar na razão natural, na justa razão, sendo louvado o rei justo e a lei, e esta, tida como um dom de Deus, é colocada nas mãos do rei.

A partir de então, passam a ter como imprescindíveis as leis escritas para o bom andamento da nação, as quais deveriam ser criadas com caráter geral e obrigatório, estendendo-se a todas as pessoas, inclusive ao rei, cuja submissão à lei deve ser voluntária pela sua imprescindibilidade.

De início, com estilo discursivo e por vezes narrativo, passou a compilação para o estilo, digamos, legislativo, trazendo a aprovação pelo monarca:

Portanto, Nós, Dom Afonso, Rei de Portugal e do Algarve, Senhor de Ceuta, considerando que os virtuosos reis que foram deste reino de que nós descendemos, cujas almas Deus haja em Sua santa glória, estabeleceram e ordenaram muitas leis para bom regimento de seu povo<sup>201</sup>.

Dentre as Ordenações, a primeira compilação realizada foi a Afonsina, abrangendo costumes, jurisprudência e legislação extravagante, sem se preocupar com qualquer estilo próprio para a elaboração legislativa, pois consistia em mera cópia reprodutivista daquilo que existia sobre o assunto, e que fora sedimentado ao longo dos anos, tanto no âmbito do Direito português, como no canônico e romano. Contemplaram tais ordenações textos legislativos desde a época de Afonso II, permitindo supor a forte influência do Direito canônico e do Direito romano.

Essa primeira compilação resultou do apelo das Cortes a D. João I, visando uma legislação transparente, que se tornara, à época, confusa e incerta em face do grande número de “normas” vigentes. Dessa feita, D. João I designou

---

<sup>201</sup> CAETANO, Marcello (s/d). Op. cit. p.537.

CUNHA, Paulo Ferreira da (1995). *Para uma História Constitucional do Direito Português*. “O prómio do livro primeiro talvez misture uma outra influência - a da clássica divisão romana do Direito, em pessoas, coisas e ações. Antes de tudo o mais, deveriam vir as pessoas (tanto mais que para tal havia ainda razões religiosas: o Homem é o rei da criação...). O certo é que no final do prómio do Livro I, que é também, como vimos, exposição geral de motivos de toda a obra, apenas se cura de pessoas detentoras de cargos públicos (e nem todas)”, p.154.

João Mendes para a elaboração desse trabalho e, com o falecimento de ambos, D. Duarte, que passara a governar, confia o trabalho de compilação ao Doutor Rui Fernandes. Após a morte de D. Duarte, Rui Fernandes recebe grande incentivo por parte de D. Pedro, então regente diante da menoridade de Afonso V, para dar continuidade ao trabalho, o qual deu por findo o estudo em 18 de julho de 1446. A obra sofre, então, revisões e temos como indefinida a data de sua entrada em vigor<sup>202</sup>.

Foram cinco os livros abrangendo vários assuntos sem a ordenação própria dos códigos atuais e, de uma maneira geral, as unidades contiveram: no primeiro livro, ofícios públicos e regimentos ao mesmo tempo que surgem as funções jurisdicionais e administrativas; no segundo, a jurisdição especial concernente às pessoas e aos bens da Igreja, bem como aos donatários, direitos do rei, formas de arrecadação, englobando, ainda, as questões contidas nas concordatas<sup>203</sup>; no terceiro, o processo descrevendo os ritos sumário e ordinário; no quarto livro, o Direito civil substantivo, e no quinto, o Direito e o processo criminal<sup>204</sup>.

Seguem-se as Ordenações Manuelinas (1521), visando reformas administrativas e financeiras, bem como a reformulação de todo o Direito, e as Ordenações Filipinas (1603) que foram convalidadas em 1643 por D. João IV, o rei restaurador, o qual assim se manifestou:

---

<sup>202</sup> COSTA ALMEIDA, Mário Júlio (1996). Op. cit. "Afigura-se, sintetizando, que os anos de 1446 e de 1447 foram, presumivelmente, o da entrega do projeto concluído e o da publicação das Ordenações. Mais difícil se mostra a determinação de sua entrada em vigor. Deve salientar-se, a este propósito, que não havia na época uma regra prática definida sobre a forma de dar publicidade aos diplomas legais e o início da correspondente vigência", p.274.

<sup>203</sup> Concordata foi a designação dada às avenças realizadas pelos procuradores do papa e do rei, assumindo as características de tratado entre potências, e sua alteração ou revogação só poderia ocorrer mediante novo acordo entre a Corte portuguesa e a Santa Sé. As concordatas e as concórdias podem ser consideradas como leis extravagantes retomadas nas Ordenações do Reino. Para maior aprofundamento, veja-se Marcello Caetano, Op. cit. p.350.

<sup>204</sup> ALMEIDA, Fernando H. Mendes de (1957). *Ordenações Filipinas-Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por mandato d'el Rei D. Felipe, o Primeiro*. p. 10. O autor faz menção à influência visigótica nas Ordenações, no que diz respeito ao Direito público que, por sua vez, inspirou-se nas leis romanas. p.13. Segundo o mesmo, a influência do Direito romano decorreu da propagação do ensino jurídico com base na escola de Bolonha fundada no século XII que se estendeu até Portugal no reinado de Afonso III. p. 14. Quanto à influência canônica nas Ordenações abrangeu o Direito canônico interno e eclesiástico público, ou seja, aquele aplicado às pessoas estranhas à hierarquia eclesiástica. p.14.

Hei por bem de minha certa ciência, poder Real, e absoluto, de revalidar, confirmar, promulgar, e de novo ordenar, e mandar que os ditos cinco livros das Ordenações, e Leis que neles andam, se cumpram, e guardem, como se até o presente praticaram, e observaram, como se por mim novamente foram feitas, e ordenadas, promulgadas e estabelecidas, em tudo o que não estiver por Mim, e minhas Leis, e Provisões, e outras validamente depois delas feitas, praticadas e observadas, em quanto não mandar o contrário<sup>205</sup>.

As Ordenações Filipinas trouxeram, basicamente, um estatuto da organização político-administrativa de Portugal, deixando transparecer em todos os pontos a intervenção estatal, quando se tratava da economia, de uma maneira geral, e a centralização política e administrativa.

A seqüência das matérias tratadas nas Filipinas pouco diferiu das Manuelinas, conforme MENDES DE ALMEIDA (1957) ao observar que no livro 1º,

encontram-se alusões à Relação do Porto; do título 35 ao título 47, aparece matéria nova, por causa da Casa Cível de Lisboa se ter para lá se transferido em obediência à lei de 27 de junho de 1582. No título 65 do livro 1º, figura o regimento dos juízes de fora, generalizados desde o período Manuelino, contudo restituídos pela Ordenação Afonsina, do livro 3º, título 125. No livro 1º, título 62 encontra-se o regimento dos provedores e contadores das comarcas.

Dando continuidade,

Forte é o influxo da Igreja no livro 2º. Por força dele alteraram disposições das Manuelinas. As demais modificações não atingiram os textos precedentes, em substância ao menos. Do livro 3º, o título 20 alterou o rito processual civil anterior; no livro 5º, solenidades do processo criminal acusam a influência poderosa dos direitos romano e canônico<sup>206</sup>.

Retomando os aspectos levantados neste capítulo, cumpre-nos proceder a uma rápida análise das suas limitações apostas nas Ordenações Filipinas por meio de seus livros e respectivos parágrafos. Alguns parágrafos denotam a clara constituição político/jurídica e administrativa dada às Ordenações de uma maneira geral, como, por exemplo, o parágrafo 32 do Título I do Livro 1º:

---

<sup>205</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da (1995). Op. cit. p.196. Como afirma o autor, ao proceder assim a uma cabal recepção da legislação filipina, o rei restaurador limitava-se a realizar, no plano jurídico, uma *Traditio Legal*.

<sup>206</sup> ALMEIDA, Fernando H. Mendes de (1957). Op. cit. p.18.

E tirará cada ano devassa dos Advogados, que são negligentes e faltam nas Audiências, e dos que retardam os feitos, e dos juízes, que não dão execução à Ordenação, que manda que os advogados sejam condenados em 10 cruzados, não dando os feitos nos termos, que lhes fôr mandado. E assim tirará devassa de todos os mais Oficiais da Casa, para se saber como cada um cumpre sua obrigação<sup>207</sup>.

Sem dúvida, havia preocupação com a profissão do advogado, deixando transparecer os cuidados com a questão ética e o zelo de que o Regedor da Casa de Suplicação deveria fazer uso, na qualidade de responsável pela mais alta Corte de Justiça do reino de Portugal, pois deste modo a ele se refere no parágrafo 37:

Ao Regedor pertence prover e promover os estilos e bons costumes dos feitos, que sempre se costumaram e guardaram na dita Casa. E não consentirá que Desembargador algum entre, nem esteja na Relação com espada, punhal, adaga ou outra qualquer arma<sup>208</sup>.

No parágrafo 39, ainda do Livro 1º, Título I, verificamos a limitação feita aos senhores de terras adquiridas por doação ou usurpação, como já visto, no sentido do controle de seu poderio:

E se alguns Senhores de terras, ou pessoas, que têm jurisdições, usarem de mais jurisdição, que a que pelas doações das ditas terras lhes é dada, o Regedor lho não consinta, e proceda contra eles como direito deve fazer...<sup>209</sup>

Ressalte-se a referência solene feita à Casa de Suplicação, à qual, em razão de ser a mais alta corte de justiça de Portugal, já lhe era atribuída (embora não oficialmente) a designação de Supremo Tribunal de Justiça.

O Título XI- DE QUE COUSAS AS IGREJAS, MOSTEIROS E PESSOAS ECLESIASTICAS NÃO PAGARÃO DIREITOS A EL REI, já de início, aclara a intenção do rei em favorecer o clero, em geral, ao afirmar o que se segue:

quanto a nós fôr, as Igrejas e as pessoas Eclesiásticas, havemos por bem, que as Igrejas e Mosteiros, assim de homens como de mulheres, e as Províncias em

---

<sup>207</sup> ALMEIDA, Fernando H. Mendes de (1957). Op. cit. p.18.

<sup>208</sup> ALMEIDA, Fernando H. Mendes de (1957). Op. cit. p.43.

<sup>209</sup> ALMEIDA, Fernando H. Mendes de (1957). Op. cit. p.43.

que há Ermitães, que fazem voto de Profissão e bem assim os Clérigos de Ordens Sacras, Frades, Freiras e Ermitães que fazem o dito voto, e os Beneficiados, que vivem como Clérigos, e por tais são havidos, pôsto que não sejam de Ordens Sacras, sejam isentos e escusos de pagarem dízima, portagem e aquela parte de sisa...

A questão do pagamento da Sisa teve sua origem nas Concordatas realizadas no reinado de Dom Diniz e Dom Pedro, questão essa posteriormente compilada nas Ordenações Filipinas, em que se faz clara no parágrafo 3º deste Título: “E queremos que comprando cada uma das ditas pessoas alguns panos de lã fora do Reino, o vendedor pague a metade da Sisa, e a tal pessoa Eclesiástica, que comprar será escusa de pagar sua metade”<sup>210</sup>.

As tentativas de um único repositório de normas não se concretizaram, pois permaneceram vigentes os costumes arraigados no povo, fato esse que foi contemplado nas Ordenações Filipinas no Título LXIV- COMO SE JULGARÃO OS CASOS, QUE NÃO FORAM DETERMINADOS PELAS ORDENAÇÕES:

Quando algum caso fôr trazido em prática, que seja determinado por alguma Lei de nossos Reinos, ou estilo de nossa Côrte, ou costume nos ditos Reinos, ou em cada uma parte delas longamente usado e tal, que por Direito se deva guardar, seja por eles julgado, sem embargo do que as Leis Imperiais acêrca do dito caso noutra maneira dispõem; porque onde a Lei, Estilo, ou Costume dos nossos Reinos dispõem cessam tôdas as outras Leis e Direitos. E quando o caso, de que se trata, não fôr determinado por Lei, Estilo ou Costume dos nossos reinos, mandamos que seja julgado, sendo matéria que trata pecado, seja julgado pelas Leis Imperiais mandamos guardar pela boa razão, em que são fundadas<sup>211</sup>.

Dessa maneira, vislumbra-se uma primeira tentativa em suprir as lacunas, omissões e imprecisões contidas nas Ordenações Filipinas, em especial pela manutenção dos costumes no âmbito comercial. No entanto, essa inclusão não refreou a criação de leis esparsas versando sobre matéria comercial.

Finalmente, a Lei da Boa Razão (1769) vem restringir a autoridade do Direito romano, das glosas, atribuindo-lhes um caráter subsidiário, pois passou a priorizar as leis nacionais e aquelas que se apresentassem fundadas no Direito

---

<sup>210</sup> ALMEIDA, Fernando H. Mendes de (1957). Op. cit. p.48. O autor ressalta a diferença do pagamento da Sisa à época, abrangendo as coisas móveis e atualmente, quando só é aplicada aos negócios imobiliários.

natural, sem dúvida com o escopo de beneficiar o rei, a despeito de ressaltar as leis do reino, tendo em vista o conteúdo predominante nas Ordenações Afonsinas – o poder do rei – extraído das leis imperiais do Direito romano, perpassando pelas Ordenações Manuelinas e mantido nas Ordenações Filipinas.

Esse reflexo do uso da boa razão fez-se também presente no Direito brasileiro, para solução de pendências jurídicas, da mesma forma que em Portugal, elucidando-se *a boa razão*, por meio da Lei de 18 de agosto de 1769, parágrafo 9, e posteriormente, pela Lei de 28 de agosto de 1772 - Estatutos da Universidade de Coimbra, a qual reza: “são conformes à boa razão as leis romanas aceitas pelo uso moderno”<sup>212</sup>.

As relações jurídicas no âmbito privado foram relegadas a um segundo plano, uma vez que eram irrelevantes e tratadas conforme os usos e costumes locais, padecendo de um cunho político, pois interessava não aos particulares, mas ao Estado e ao estamento, cujas decisões estavam “longe da impessoalidade e da igualdade dos valores, senão que sofria ao arbítrio do príncipe, que alterava o regime jurídico de acordo com sua conveniência, sem se prender às resistências dos interessados”<sup>213</sup>.

Portugal estrutura-se sob a interferência do Estado, antevendo-se uma realidade jurídica subjugada, atada ao poder político, ao estamento e aos valores glorificados pela política dominante.

O estamento, por sua vez, mantém-se por meio da classe comercial, muito embora esta seja por ele desprezada por considerar-se superior, tendo em vista ser responsável pelo aconselhamento da coroa. No entanto, as duas classes, se assim podemos designá-las, caminham na mesma direção,

---

<sup>211</sup> ALMEIDA, Fernando H. Mendes de (1957). Op. cit. p.241.

<sup>212</sup> BEVILAQUA, Clovis (1975). *Teoria Geral do Direito Civil*. “A lei de 18 de agosto de 1769, parágrafo 9, explicando o que se haveria de entender pela boa razão jurídica, declarou que os preceitos do direito romano deviam ser afastados: 1º quando se fundassem em superstição ou costumes particulares do povo romano; 2º nas matérias políticas, econômicas, mercantis e marítimas, por serem mais valiosas as regras a respeito estabelecidas pelas nações cristãs. E estabeleceu, como princípio geral decisivo, que os mesmos preceitos do direito romano tinham somente valor, no direito civil pátrio, pelas regras de moral e equidade que contivessem”, p.40.

<sup>213</sup> FAORO, Raymundo (1991). Op. cit. p.67.

incentivando as navegações na busca do lucro, seja de que forma for, por meio da exploração do mundo.

O rei, por sua vez, passa a governar por meio de acordos, negociações e pactos resultantes do estamento que lhe serve de amparo, sendo um administrador do seu reino, elevando-se o “principado acima do príncipe ... sem, todavia, desvirtuar o princípio patrimonial, exacerbado, a seguir, nas jornadas ultramarinas”<sup>214</sup>. Tem-se, portanto, o Estado português ordenado sob bases patrimonialistas, com seu rei e quadro administrativo controlando os recursos econômicos, bem como militares.

Esses fatores permitem-nos afirmar que esse período de transição do patrimonialismo para o sistema capitalista em Portugal e, conseqüentemente, com reflexos marcantes no Brasil, decorreram de um comando gerado por grupos elitistas enriquecidos pelo comércio e pelas práticas mercantilistas evidentes nas grandes navegações, grupos esses que buscaram para tais empreendimentos o trabalho escravo, como se depreende do Brasil colônia, que refletia os interesses da Metrópole – mercantilismo – gerando produtos tropicais para a mesma, sem concorrência, a qual os revendia ao mercado europeu com grandes lucros.

Cria-se, dessa forma no Brasil, em decorrência da própria colonização exploratória imposta, uma mentalidade econômica voltada à agricultura, centrada no cultivo da terra, representativa de uma empresa extrativa de produtos primários, ao lado do sistema monopolista imposto pela Metrópole. Resultante desse processo, edifica-se uma sociedade agrária, latifundiária, com mão-de-obra escrava.

### **3.3. Organização Sociopolítica, Econômica e Jurídica no Brasil**

---

<sup>214</sup> FAORO, Raymundo (1991). Op. cit. “A nobreza perdeu a ampla imunidade fiscal, sujeita que ficou à sisa, primeiro imposto geral e permanente de Portugal, logo representando três quartos das rendas públicas. Os leigos golpearam os senhores territoriais, já feridos na pessoa do condestável Nuno Álvares, que foi forçado a devolver terras doadas pelo soberano, com a chamada lei mental ... A nobreza cedia todos seus privilégios ancestrais: no futuro, só lhe restaria, ares cortesãos, despida a arrogância, pedir um lugar no governo, fonte única de poder, de prestígio, de glória e de enriquecimento. Por seu turno, a burguesia, orgulhosa de seus êxitos, sentirá, sem definir uma ideologia própria, que seu papel se reduz a agente do rei, o futuro insigne mercador de pimenta”, p.50.

Os fatos se repetem na história. Da mesma forma como ocorrera em Roma e Portugal, o Brasil passa a organizar-se social, política e economicamente por meio de uma elite, representada pelos grandes proprietários rurais, e mão-de-obra na sua maioria escrava (índios, mestiços e negros), consolidando-se o poder “sem identidade nacional, completamente desvinculado dos objetivos de sua população de origem e da sociedade como um todo”<sup>215</sup>, com as mesmas características burocráticas da administração da Metrópole, ou seja, patrimonial, consagrando o poder nas mãos dos donatários proprietários da terra, em consonância com a administração legalista imposta pela Coroa, a qual se alia à elite agrária na defesa desta e dos meios de produção. Permite-se, com isso, o intervencionismo estatal no âmbito social e econômico, gerador de diretrizes burocráticas e patrimonialistas já detectadas em Roma e na Península Ibérica até a formação de Portugal, bem como uma organização administrativa conservadora.

Dessa feita, não seria possível deixarmos de sofrer as influências culturais predominantes na Metrópole, calcada na idéia do mercantilismo e administração centralizadora burocrática como essencial ao modelo conservador adotado, resultando na admissão do mesmo ideário calcado “na realidade escolástica-tomista e nas teses do absolutismo português”<sup>216</sup>, expressando-se a cultura portuguesa como que para servir a Deus e ao Rei, reprodutora da ideologia da Contra-Reforma, fechada na fé e nos dogmas, distanciada da modernidade tanto científica como filosófica, do espírito crítico e do progresso resultante do capitalismo europeu.

Essa postura cultural, escolástica, manteve-se viva em Portugal até a implementação das reformas do Marquês de Pombal, com as limitações impostas aos jesuítas e sua expulsão em 1759, geradoras do iluminismo pombalino que permitiu impulsionar as questões científico-culturais e administrativas em Portugal

---

<sup>215</sup> WOLKMER, Antonio Carlos (1998). *História do Direito no Brasil*. p.39.

<sup>216</sup> WOLKMER, Antonio Carlos (1998). Op. cit. p.42.

para um caminhar rumo ao liberalismo português, as quais chegaram ao Brasil em fins do século XVIII.

Todos esses fatores colaboraram na afirmação de que a cultura brasileira nasceu de uma imposição da Metrópole, tendo sido relegada a um segundo plano a tradição cultural indígena e negra, ceifando a evolução gradual e natural de uma comunidade para o seu desabrochar cultural, como se dera nos povos antigos.

Sem dúvida, esse sentir-se superior culturalmente por parte dos conquistadores, que praticamente ocuparam o território brasileiro, refletiu-se no sistema de legalidade, pois o Direito português, constituído nas bases tradicionais romanas e de grande expressão na Península Ibérica, passa a ser a base do Direito brasileiro.

Embora a cultura indígena e a negra tenham sido relegadas a um segundo plano, ambas, com o passar do tempo, contribuíram para a evolução cultural brasileira, considerando que

a história de toda cultura é a história da interdependência entre os referidos sistemas componentes, bem como a compreensão de que a realidade cultural, conquanto possa privilegiar um ou outro dos sistemas, não pode dissociá-los por completo<sup>217</sup>.

No entanto, o mesmo não se deu no que disse respeito à nossa formação jurídica, pois os indígenas tratados como coisa/objeto gozavam da proteção jurídica como tal – propriedade – e os negros, que para aqui vieram não livres, mas escravos, sem nenhum direito pessoal, não lograram impor seus costumes e suas leis, sobrepujando a tudo e a todos o Direito emanado da autoridade dos donatários, somado à legislação portuguesa, a qual se faz mais presente a partir dos governadores gerais com a imposição das Ordenações do Reino, as quais eram aplicadas em território brasileiro sem qualquer alteração, sempre tendo em vista trazer benefícios à Coroa e manter o poder dos proprietários da terra. Tratava-se, portanto, de um Direito discricionário com

---

<sup>217</sup> MORAIS, Regis de (1989). *Cultura brasileira e educação. Realidade somática*. p.123.

relação à população nativa e comprometido com a “elite do poder” – ordenamento formalista e dogmático – decorrente do quadro político-administrativo de Portugal por nós incorporado gradativamente, do pluralismo jurídico presente, tanto sob o aspecto da justiça e da legalidade paralela dos indígenas como da comunidade negra, haja vista a estrutura político-econômica do Quilombo de Palmares, quando os negros, conseguindo a sua auto-suficiência, organizaram-se num sistema igualitário e participativo, dirimindo no seu seio os atritos e confrontos sociais. Da mesma maneira, nas reduções indígenas nas quais a comunidade compartilhava os bens como um todo e os assumia solidariamente, o Direito expressava-se como algo próprio e constituído valendo-se de suas ideologias, apartado do Direito alienígena absorvido pela legalidade nacional.

Neste capítulo, fizemos alusão ao estamento, quando os juristas passam a constituir uma elite dominante responsável pelo aconselhamento da Coroa, sob um ideal conservador, cumprindo-nos destacar neste momento o perfil dos magistrados portugueses, na sua maioria membros integrantes do estamento, os quais muito influenciaram a formação dos juízes aqui nascidos e posteriormente lotados nos cargos públicos.

Num primeiro momento, ressalte-se a lealdade e a obediência dos magistrados lusos em relação à pessoa do Rei e aos interesses da Coroa, fato que lhes atribuía o poder antes mencionado.

O poder era burocrático e, na grande maioria as atividades deveriam obedecer a uma série de normas que previam o distanciamento do magistrado da vida social local, como se a integração magistrado/comunidade pudesse contribuir para o desvio dos princípios de lealdade e obediência ao Rei, inerentes ao próprio cargo.

Para o acesso ao cargo, na maior parte das vezes, levava-se em consideração a origem social do jurista somada ao apadrinhamento com *sutis*

semelhanças à figura do cliente nos moldes do clientelismo em Roma. Faz-se notar que a origem social era primordial para o cargo, excluindo-se dessa possibilidade os comerciantes ou negociantes, conforme análise do estamento. Excluía-se, inclusive, os cristãos novos, mestiços, judeus e outros, considerados “estrangeiros”.

Para o ingresso na magistratura cumpria ao interessado ter-se graduado na Universidade de Coimbra, exercido a profissão por dois anos e aprovado na seleção para o ingresso no serviço público. Na seqüência, como carreira, exercia o cargo de juiz de fora, ouvidor da comarca, corregedor e desembargador diante da experiência acumulada, exercendo a profissão na metrópole ou na colônia para a qual fora designado.

No que diz respeito ao Brasil, muitos que para cá vieram não retornaram ou adiaram a sua volta por muitos anos, em virtude de casamento ou acúmulo de riquezas, pois as rígidas normas que os proibia de envolvimento com a comunidade e, até mesmo, a necessária autorização para o casamento não eram aqui respeitadas.

Se em Portugal se admitia o apadrinhamento, essa postura no Brasil foi significativa e marcante, ao lado das relações de parentesco, amizade e burocráticas, gerando “a corrupção das metas essencialmente burocráticas, porquanto os critérios de validade passavam a ser imputados às pessoas, à posição social e a interesses econômicos”<sup>218</sup>.

No entanto, esses desvios não implicavam um afastamento do cargo de magistrado pela Coroa, pois, sempre leais, obedientes, postavam-se os magistrados em face dos interesses absolutistas do reino, cumulando outras funções administrativas que os definiam como parte integrante do governo na Colônia, “a elite do poder”, como instrumento de dominação da comunidade, refletindo, dessa maneira, o patrimonialismo e a burocracia, princípios tradicionais centralizadores e formalistas, o que resultou no fato de que a

---

<sup>218</sup> WOLKMER, Antonio Carlos (1998). Op. cit. p.66.

especificidade da estrutura colonial de Justiça favoreceu um cenário institucional que inviabilizou, desde os seus primórdios, o pleno exercício da cidadania participativa e de práticas político-legais descentralizadas, próprias de sociedade democrática pluralista<sup>219</sup>,

pois o sistema normativo colonial legitimou-se por meio de uma “elite dirigente e por operadores jurisdicionais a serviço dos interesses da Metrópole, os quais excluíram radicalmente o pluralismo jurídico nativo”<sup>220</sup>, sufocando-o e impondo a legislação alienígena, observado o princípio de soberania do Príncipe, Rei ou Estado, quando constituído, sobre uma sociedade civil dependente e desarticulada, caracterizando o tipo patriarcal, em se considerando as relações político-sociais antes enunciadas, presentes numa sociedade eminentemente agrária constituída por grandes latifúndios cuja administração da justiça manifestava-se privativamente, tendo em vista a economia que se baseava no trabalho escravo.

Constituiu-se, dessa maneira, o Direito no Brasil, na qualidade de Colônia, como essencialmente particular, desvinculado da população, voltado aos interesses privativos dos coronéis e da Coroa, a qual não buscava fazer justiça na Colônia, mas tão só precaver-se de ameaças ao poder estatal e garantir o pagamento de impostos, admitindo que seus magistrados protegessem os seus próprios interesses e o dela, preterindo até mesmo os direitos do povo, privilegiando, como em Roma e Portugal, um estrato social específico, representado pelo poder elitista do patriciado e pela nobreza, partícipes da administração burocrática do Estado patrimonial, refletindo um quadro sócio-político de dominação, exploração e injustiça, permeado por uma cultura elitista.

Esses aspectos sócio-políticos e culturais mantêm-se com a instituição do Império em 1822, diante do confronto experimentado pelo

---

<sup>219</sup> WOLKMER, Antonio Carlos (1998). Op. cit. p.71.

<sup>220</sup> Ainda, conforme WOLKMER (1998), “naturalmente, o padrão político-administrativo alienígena, instaurado pela administração portuguesa e incorporado paulatinamente por nossas instituições, acabaria assumindo, por seu formalismo retórico e por seu tecnicismo, um perfil de teor predominantemente excludente. Sem dúvida, seria, assim, marcado por ambivalências e contradições que sintetizariam, permanentemente, a singularidade de uma cultura jurídica, formada de um lado, por procedimentos de raiz conservadora - herança do burocratismo patrimonial do Brasil-Colônia, e de outro, por valores de matiz liberal - propagados durante o Império e nos primórdios da República”, p.71.

governo ao ter que criar um Estado que abraçasse uma gama de culturas, as quais perpassavam as várias sociedades e famílias aristocráticas então existentes, os inúmeros fragmentos do poder ainda presentes. Sem dúvida, a melhor proposta foi a do liberalismo que se manifestava contra o absolutismo monárquico vigente, proferida por boa parte da burguesia em ascensão tendo em vista as necessidades do mercado e anseios de liberdade sob os vários prismas, ou seja: ético, político, social e econômico. No entanto, o liberalismo brasileiro emerge com limitações e distorções, pelo parco conhecimento da população, na sua grande maioria analfabeta e alienada, em face das dificuldades de acesso às doutrinas ideológicas estrangeiras.

Pode-se afirmar que o idealismo de origem européia, com características ideológicas revolucionárias, jamais foi abraçado pelos vários estratos nacionais, mas simplesmente foi adaptado para servir aos interesses dos grandes proprietários de terras e do clientelismo sempre presente em terras brasileiras, pela própria ausência de uma revolução burguesa, que não permitiu o desenvolvimento do espírito ideológico-liberal como proclamado na Inglaterra, França e Estados Unidos<sup>221</sup>. Dessa maneira, tem-se que o Estado liberal brasileiro nasce em decorrência da própria aspiração da elite dominante, visando apenas uma ordenação do poder, cuja “experiência falhou porque o governo foi incapaz de criar uma nação legítima e unida com base nos muitos fragmentos de poder que aqui existiam”<sup>222</sup>, muito embora tivesse trabalhado nesse sentido ao editar uma Constituição e códigos voltados ao Direito nacional, repositórios de idéias européias impraticáveis, uma vez que alicerçadas no clientelismo, convivendo com o sistema escravagista e estrutura patrimonialista do poder, resultando num liberalismo conservador, uma conciliação entre patrimonialismo e liberalismo.

---

<sup>221</sup> WOLKMER, Antonio Carlos (1998). Op. cit. “Eram profundamente contraditórias as aspirações de liberdade entre os diferentes setores da sociedade brasileira. Para a população mestiça, negra, marginalizada e despossuída, o liberalismo simbolizado na Independência do país, significava a abolição dos preconceitos de cor, bem como a efetivação da igualdade econômica e a transformação da ordem social. Já para os estratos sociais que participaram diretamente do movimento em 1822, o liberalismo representava o instrumento de luta visando à eliminação dos vínculos coloniais”, p.76.

<sup>222</sup> SHIRLEY, Robert Weaver (1987). *Antropologia Jurídica*. p.81.

Como conseqüência, o período foi marcado por uma cultura jurídica formalista, retórica, individualista e “juridicista” e, foi nesta junção, “individualismo político e formalismo legalista que se moldou ideologicamente o principal perfil da nossa cultura jurídica: o bacharelismo liberal”<sup>223</sup>, sendo que um dos primeiros atos do governo imperial foi aprovar a fundação em 1827 de duas faculdades ou cursos de Direito, um em São Paulo e outro em Olinda, na tentativa “consciente de construir uma burocracia estatal leal que pudesse controlar um grande Estado agrário”<sup>224</sup>.

Surgem, portanto, os cursos jurídicos lado a lado com nossa independência e formação do Estado nacional, centros reprodutores da legalidade positivada, voltados ao interesse do Estado e ao atendimento das prioridades burocráticas do Estado, tendo como suporte axiológico o modelo alienígena, conjugando, segundo WOLKMER (1998), duas funções específicas:

primeiro, ser pólo de sistematização e irradiação do liberalismo enquanto nova ideologia político-jurídica capaz de defender e integrar a sociedade; segundo, dar efetivação institucional ao liberalismo no contexto formador de um quadro administrativo-profissional. Contudo essas funções distintas, mas interligadas, não deixam de revelar certa contradição, que, como demonstra Joaquim de A. Falcão, comprova-se na pretensão de serem, de um lado, defensoras dos princípios liberais, de outro, de fomentadoras da emergência de uma elite burocrática para o controle do poder<sup>225</sup>,

reunindo ao mesmo tempo a defesa dos princípios liberais e das elites burocráticas, criando uma contradição que se justifica pelas idéias liberais expressadas no Brasil não no sentido de uma emancipação, mas de manutenção do status que permeou todo o período colonial.

---

<sup>223</sup> WOLKMER, Antonio Carlos (1998). Op. cit. p.80.

<sup>224</sup> SHIRLEY, Robert Weaver (1987). Op. cit. p.82. O autor justifica a sua posição com base em trabalhos efetuados, referindo-se a Eul Soo Pang e Ronald Seckinger (Urbanização e mudança social no Brasil, 1970), quando sugere-se que as escolas de direito e os bacharéis que produziram eram um confronto próximo da burocracia da China imperial. Assim, as escolas de direito eram criadas deliberadamente (como os sistemas de exames da China) para doutrinar a nova geração das famílias economicamente poderosas na ideologia e leis do governo central. A formalidade rígida destas escolas era intencional. Eram designadas para doutrinar uma ideologia de Estado, não para criar um espírito crítico de investigação científica. Aos bacharéis que nelas se formavam eram dados postos, como aos mandarins da China, de juizes de direito nas províncias do interior do País, onde deveriam ser aplicadas as leis do Estado central.

<sup>225</sup> WOLKMER, Antonio Carlos (1998). Op. cit. p.80.

Desencadeou-se, ainda, em seqüência dos cursos jurídicos, um processo de independência da Metrópole no aspecto da legislação, sendo a Constituição Imperial de 1824 um marco significativo para a nossa consolidação. Sem dúvida, uma Constituição outorgada trazendo como núcleo a monarquia parlamentar, com o poder político centralizado e um marcante individualismo econômico, mas fazendo que soasse em uníssono o direito à liberdade e à propriedade, ignorando a escravidão e a maioria da população excluída, enfim, adequava o Estado patrimonial ao modelo liberal no exercício do poder. A assimilação das idéias de Benjamin Constant fazem-se presentes, particularmente quando essas idéias especificam as funções do Pouvoir Royal segundo o qual o poder político repousa nas mãos do rei que nomeia e destitui o ministério, tal qual a carta outorgada por Luís XVIII, o qual situava o poder real na chefia do poder executivo<sup>226</sup>.

Verifica-se que, com a outorga da Constituição de 1824, foram instituídos direitos e liberdades individuais, ao lado da “figura jurídica do poder moderador – inspirada nos escritos do pensador francês Benjamin Constant –, segundo o qual o imperador foi investido de poderes que representaram a própria negação do princípio”<sup>227</sup> que proclamava a soberania popular, permitindo que o soberano se sobrepusesse à comunidade como um todo, característica do Estado patrimonial.

Com essa estrutura política, novamente se verifica a luta pela disputa de prestígio junto ao imperador e conseqüente poder junto ao estamento. Viu-se a sociedade brasileira impedida de democratizar-se, restringindo-se a participação política a grupos dominantes na esfera social, ou de proprietários de terras, impedindo a participação representativa popular no parlamento.

---

<sup>226</sup> NOGUEIRA, Denio (1988). *Raízes de uma nação: um ensaio de história sócio-econômica comparada*. “A comparação entre o modelo proposto por Benjamin Constant e a carta outorgada por Luís XVIII mostra que ambas dizem praticamente o mesmo. Pouco importa que o Pouvoir Royal de Constant fosse um quarto poder, enquanto que o *poder real* de Luís XVIII o situasse, formalmente, na chefia do poder executivo. Para todos os efeitos práticos, o poder político repousa nas mãos de quem nomeia e destitui o ministério, tal como previsto no item 2 da definição do Pouvoir Royal”, p.257.

<sup>227</sup> ADORNO, Sérgio (1988). *Os aprendizes do poder*. p. 61. O autor salienta ainda que, em verdade, por mais contraditório que possa parecer, a instituição do poder moderador foi peça estratégica para concretizar a conservação do Estado patrimonial nos quadros do modelo liberal de exercício do poder.

Bastante expressivo foi o Código Criminal de 1830, um avanço diante das Ordenações quanto à sua severidade, prevendo a proporcionalidade entre crime e pena e a pessoalidade, ou seja, a pena não poderia ultrapassar a pessoa do delinqüente. Esquece-se, todavia, dos direitos do índio e do negro, escravos sem personalidade jurídica, portanto excluídos da cidadania da mesma forma como em Roma.

Complementando a reforma judiciária, em 1831 o Brasil passa a ter o seu Código de Processo Criminal, relegando a um segundo plano a antiga estrutura colonial, contemplando a figura do juiz de paz para as conciliações extra-judiciais. No entanto, em 1841, com a reforma efetuada, retomam-se diretrizes conservadoras.

Posteriormente, em 1850, é-nos apresentado o Código Comercial, com inspiração romana, italiana e francesa, somada aos interesses mercantil e contratual da classe dominante. Somente em 1916 foi sancionado o Código Civil, que, desde 1860 vinha tentando florescer com o esboço de Teixeira de Freitas, refletindo o sistema patriarcal, a mentalidade machista e individualista de uma sociedade calcada na atividade agrária, e, não bastasse, preconceituosa, contradizendo, como os repositórios anteriores, a prática em face da teoria dita modelada sob os princípios liberais. Acrescente-se que foi

freqüente que as providências ofensivas e defensivas, concernentes à honra, ao patrimônio e à vida fossem consideradas prerrogativas e obrigações pessoais. O exercício da justiça, como algo público, extravasava os limites da consciência do homem comum<sup>228</sup>,

confirmando que imperava, ainda, a justiça apregoada pelas elites dominantes e em proveito próprio.

Cumpre-nos ressaltar que se manteve a classe privilegiada composta pelos magistrados treinados na prática portuguesa do mercantilismo e absolutismo, integrantes do estamento burocrático estatal, os quais gozavam de amplas honorárias, vantagens e garantias, tanto judiciárias como políticas,

---

<sup>228</sup> ADORNO, Sérgio (1988). Op. cit. p.73.

absorvidas estas, também, pelos grandes proprietários rurais, os quais dividiam “a direção do Estado e a condução dos negócios públicos com o estamento patrimonial”<sup>229</sup>, numa simbiose entre patrimonialismo e liberalismo, o que impossibilitou as conquistas democráticas, evidenciando,

em suma, a falta de tradição verdadeiramente democrática nos liames que se convencionou chamar de liberalismo português...pois, tanto o político quanto o social foram sempre construções momentâneas e inacabadas das oligarquias agrárias” e o “constitucionalismo brasileiro nunca deixou de ser o contínuo produto da conciliação-compromisso entre o patrimonialismo autoritário modernizante e o liberalismo burguês conservador<sup>230</sup>.

Nesse contexto sócio-político e jurídico-administrativo, surgem os cursos jurídicos calcados em diretrizes emanadas da Igreja Católica nos seus aspectos éticos e religiosos, refletindo o jusnaturalismo tomista-escolástico. Na verdade, buscou-se, num primeiro momento, com a criação dos cursos jurídicos no Brasil, a consolidação do Estado nacional, tendo em vista a formação de uma elite política e administrativa e, num segundo momento, a formação jurídica.

### **3.4. Cursos Jurídicos: sua fundação e propostas curriculares**

Em 11 de agosto de 1827, foi promulgada a Lei que previu a instalação de um curso jurídico em São Paulo e outro em Olinda, retratando uma conciliação realizada entre as elites imperiais e facções da elite civil, observada a seguinte forma:

Art. 1º Criar-se-ão dois Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, um na Cidade de São Paulo e outro na de Olinda, e neles, no espaço de cinco anos, e em nove cadeiras, se ensinarão as matérias seguintes:

1º Ano. 1ª cadeira: Direito Natural, Público, Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes, e Diplomacia.

2º Ano. 1ª cadeira: Continuação das matérias do ano antecedente.

2ª cadeira: Direito Público Eclesiástico.

---

<sup>229</sup> ADORNO, Sérgio (1988). Op. cit. p.62.

<sup>230</sup> WOLKMER, Antonio Carlos (1998). Op. cit. p.116.

3º Ano. 1ª cadeira: Direito Pátrio Civil.

2ª cadeira: Direito Pátrio Criminal com a Teoria do Processo Criminal.

4º Ano. 1ª cadeira: Continuação do Direito Pátrio Civil.

2ª cadeira: Direito Mercantil e Marítimo.

5º Ano. 1ª cadeira: Economia Política.

2ª cadeira: Teoria e Prática do Processo adotado pelas leis do Império.

Conforme análise realizada por WANDER BASTOS (1998), três inclinações consubstanciam-se na Lei, ou seja, em primeiro lugar a decorrente da

composição política entre as elites imperiais, que controlavam o aparelho de Estado desde 1824 e 1825 ... a Igreja, que influenciava na estrutura burocrática do Estado e incluiu no currículo as disciplinas voltadas para o Direito Eclesiástico, e a fração conservadora da elite civil parlamentar, de formação jurídica romanística;

em segundo lugar, o desprezo manifesto pelo Direito Processual,

restrito às aulas de natureza teórica, que mais o discutiam como técnica de atuação processual do que como um pressuposto metodológico de organização do próprio Estado, e em terceiro lugar, o problema do ensino sem método, ou seja, a proposição substantiva sem a conseqüente proposta formal para sua transmissão<sup>231</sup>.

Dando seqüência, o autor traça a contradição ideológica contida no artigo 10 da Lei, segundo a qual seriam aplicados, em casos omissos, os estatutos do Visconde da Cachoeira, desde que estes não se opusessem ao conteúdo da mesma, pois os fundamentos do estatuto contrariavam os princípios da Lei, a qual ordenava o ensino da Constituição do Império, ao passo que aquele exaltava as virtudes de se estudar o Direito romano, proposta, aliás, do Estado Imperial, preso ao modelo de Coimbra e não dos parlamentares, os quais buscaram um distanciamento do ensino jurídico da Metrópole.

Podemos afirmar que esse fato, por si só, deixa transparecer a insolidiez do Estado nacional, tendo em vista ter sido o estatuto do Visconde de Cachoeira,

embora contrariando a Lei, considerado como regulamento da Lei até 1831, quando, então, o Decreto de 7 de novembro desse ano suspende a aplicação do referido estatuto, ordenando a adaptação do currículo jurídico e do método de ensino à legislação de 1827, passando, assim, a ter a seguinte conotação:

---

<sup>231</sup> BASTOS, Aurélio Wander (1998). *O ensino jurídico no Brasil*. p.31.

**Quadro 2**  
**Comparativo dos Currículos Jurídicos de 1825, 1827 e 1831.**

<b>Estatuto do Visconde da Cachoeira de 23.3.1825</b>	<b>Lei da criação dos Cursos Jurídicos de 11.8.1827</b>	<b>Regulamento dos Cursos Jurídicos de 7.11.1831</b>
1º ano		
Direito Natural Direito Público Universal Institutos de Direito Romano	Direito Natural Direito Público Análise da CPIB* Direito das Gentes Diplomacia	Direito Natural Direito Público Análise da CPIB*
2º ano		
Direito das Gentes Direito Público Marítimo Direito Comercial	Direito Natural Direito Público Análise da CPIB* Direito das Gentes Diplomacia Direito Público Eclesiástico	Direito Natural Direito Público Análise da CPIB* Direito das Gentes Diplomacia Direito Público Eclesiástico
3º ano		
Direito Pátrio Público Direito Pátrio Particular Direito Pátrio Criminal e Direito Público Eclesiástico	Direito Pátrio Civil Direito Pátrio Criminal Teoria do Processo Criminal	Direito Civil Pátrio Direito Pátrio Criminal
4º ano		
Hermenêutica Jurídica (De Obligationibus, De Actionibus, De Jure Crimine) Economia Política	Direito Pátrio Civil Direito Mercantil	Direito Civil Pátrio Direito Mercantil e Marítimo
5º ano		
Hermenêutica Jurídica Noções de Processo Civil e Criminal	Economia Política Teoria e Prática do Processo Adotado pelas Leis do Império	Economia Política Teoria e Prática do Processo

\* Constituição Política do Império do Brasil <sup>232</sup>.

<sup>232</sup> BASTOS, Aurélio Wander (1998). Op. cit. p.42.

Verifica-se que o Direito romano, admitido em 1825 no estatuto do Visconde da Cachoeira como disciplina indispensável para a formação jurídica visto que “base referencial e hermenêutica do Direito Civil”, novamente fora excluído, só sendo introduzido posteriormente com o Decreto nº 608 de 16 de agosto de 1851, juntamente com o Direito Administrativo. Clara se faz a vinculação ainda existente com a tradição jurídica da Universidade de Coimbra, sobrepondo-se o liberalismo conservador ao radicalismo liberal, sendo mais uma vez demonstrada a fragilidade do Direito natural.

As discussões prosseguem, pois as reformas não atendiam aos parlamentares e tampouco aos anseios das congregações das faculdades e , em 1853 nova reformulação ocorre por meio do Decreto 1134 de março de 1853, pelo qual consolidaram-se as cadeiras de Direito Administrativo e de Direito Romano; excluiu-se a Análise da Constituição Brasileira e introduziram-se as disciplinas de Direito Eclesiástico Pátrio, Direito Civil e Hermenêutica Jurídica, deixando transparecer a influência do estatuto de 1825 do Visconde da Cachoeira, conservador e inibidor do radicalismo liberal.

Na verdade não ocorreu, no período colonial, uma proposta consolidada para o ensino jurídico por não conter a proposta legal a expressão da elite governamental que “controlava o aparelho do Estado e transferia para os cursos jurídicos os sucessivos impactos e confrontos com o Legislativo, controlado pelas elites civis e liberais”<sup>233</sup>, permanecendo em vigor o Decreto 1134/53, regulamentado pelo Decreto 1386/54, até a Reforma de Leôncio de Carvalho com a publicação do Decreto 7247 de 19 de abril de 1879 quando o “Estado ‘circa sacra’ (fórmula política de acomodação entre a monarquia imperial e a prestação de serviços administrativos estatais pela Igreja) perdera os seus fundamentos de legitimidade”<sup>234</sup>.

---

<sup>233</sup> BASTOS, Aurélio Wander (1998). Op. cit. p.71.

<sup>234</sup> BASTOS, Aurélio Wander (1998). Op. cit. p.72.

Com base no artigo 23 do Decreto 7247 de 1879, deu-se a separação das Faculdades de Direito em duas seções, ou seja, uma de Ciências Jurídicas e outra de Ciências Sociais como se denota nesta breve transcrição parcial, enfocando os aspectos educacionais que respeitam à nossa pesquisa:

As Faculdades de Direito serão divididas em duas seções:

- § 1º A seção das Ciências Jurídicas compreenderá o ensino das seguintes matérias: Direito Natural; Direito Romano; Direito Constitucional; Direito Eclesiástico; Direito Civil; Direito Criminal; Medicina Legal; Direito Comercial; Teoria do Processo Criminal, Civil e Comercial e uma aula prática do mesmo processo.
- § 2º A seção das Ciências Sociais constará das matérias seguintes: Direito Natural; Direito Público Universal; Direito Constitucional; Direito Eclesiástico; Direito das Gentes; Diplomacia e História; Direito Administrativo; Ciência da Administração e Higiene Pública; Economia Política; Ciências das Finanças e Contabilidade do Estado.
- § 3º Para o ensino das matérias que formam o programa das duas seções haverá as seguintes cadeiras: uma de Direito Natural; uma de Direito Romano; uma de Direito Eclesiástico; duas de Direito Civil; duas de Direito Criminal; uma de Medicina Legal; duas de Direito Comercial; uma de Direito Público e Constitucional; uma de Direito das Gentes; uma de Diplomacia e História Tratados; duas de Direito Administrativo e Ciência da Administração; uma de Economia Política; uma de Ciência das Finanças e Contabilidade do Estado; uma de Higiene Pública; duas de Teoria e Prática do Processo Criminal, Civil e Comercial.
- § 4º Nas matérias que compreendem duas cadeiras o ensino de uma será a continuação do da outra.
- § 5º O estudo do Direito Constitucional, Criminal Civil, Comercial e Administrativo será sempre acompanhado da comparação da legislação pátria com a dos povos cultos.

De acordo com WANDER BASTOS (1998), o objetivo central do Decreto referido foi a formação de pessoal administrativo (Curso de Ciências Sociais) “e não apenas de advogados e magistrados, através do Curso de Ciências Jurídicas”<sup>235</sup>. Considere-se a necessidade que o Estado possuía de montar um quadro administrativo próprio, independente do eclesiástico ainda atuante, apesar da ruptura que ocorrera em 1850, refletindo, dessa maneira, uma preocupação

---

<sup>235</sup> BASTOS, Aurélio Wander (1998). Op. cit. p.87.

marcante com as questões “essenciais do Estado: a separação do Estado-Igreja e a educação no Império, que também era uma questão do Estado”<sup>236</sup>.

Em 1882, com o Projeto nº 64 da Comissão de Instrução Pública, tendo como relator Rui Barbosa, tivemos um dos monumentos legais a respeito do ensino jurídico no Brasil, pelo fato de o relatório que o acompanhava, realizado por Rui Barbosa, trazer à tona o sentido das disciplinas curriculares inovadoras, levando em conta a sua importância na formação do bacharel, esclarecendo o dever que cabe ao profissional do Direito absorver o conhecimento científico, tendo em vista a constante adaptação do Estado à ciência e tendo como “postulado essencial que a formação da inteligência popular e a reconstituição do caráter nacional devem ser realizadas pela ciência de mãos dadas com a liberdade”<sup>237</sup>.

Em seguida, foi promulgado o Decreto Lei 9360 em 17 de janeiro de 1885, o qual manteve a divisão das faculdades de Direito (Ciências Sociais e Ciências Jurídicas), bem como a não obrigatoriedade do estudo do Direito Eclesiástico aos estudantes não católicos.

As discussões, que vinham ocorrendo ao longo do tempo sobre a questão de competência para legislar sobre educação, acirram-se, alegando o Legislativo não ser da competência do Executivo legislar sobre o ensino jurídico, que gerava aumento de despesas, diante da interpretação dada ao artigo 53 da Constituição Imperial, culminando pelo julgamento de inconstitucionalidade dos mandamentos legais exarados pelo Executivo com base no Decreto 7247 de 1879 e legislação complementar, com a publicação do Decreto 9522 de 1885.

Foram inúmeras as modificações, as discussões prosseguiram, mas o ensino do Direito engatinhava, regendo-se pela Lei Imperial de 11 de agosto de 1827 e pelo Decreto 1386 de 1854, denotando a fragilidade do Estado nacional, cujas elites políticas e intelectuais

---

<sup>236</sup> BASTOS, Aurélio Wander (1998). Op. cit. p.87.

<sup>237</sup> BASTOS, Aurélio Wander (1998). Op. cit. p.94. Maiores detalhes sobre o Parecer de Rui Barbosa, consultar o autor p.97-107.

não conseguiram articular novos modelos de organização para o Estado brasileiro, assim como não conseguiram que as seções de Ciências Sociais nas faculdades de Direito, efetivamente, preparassem pessoal alternativo para a administração. O Império sucumbe frente à sua própria incapacidade para provocar mudanças na sua estrutura administrativa civil<sup>238</sup>,

e, ao lado do Império, as faculdades de Direito mantiveram-se incapazes para a formação de advogados, bem como para a formação de uma camada de elite administrativa, pela ausência de uma consciência jurídica coletiva, de critérios político-jurídicos decorrentes de uma formação premida entre o conservadorismo e o liberalismo, que as fez afastarem-se do conceito de semelhança que a consciência jurídica do mundo tem com

uma árvore ciclópica e milenária, de cujos galhos nodosos rebentam os densos ramos e, deles, a floração dos direitos. Quando em vez as flores legais emurhecem sob o implacável calor do tempo e a ventania evolucionista e revolucionária, oriunda das carências sociais, agita as ramagens e as faz rolar para o solo poroso, onde são transformadas em adubo e absorvidas pelas raízes poderosas e insaciáveis<sup>239</sup>,

as quais, naquele momento histórico permaneceram sedentas de um posicionamento ideológico determinante de uma consciência político-social, pois ausente “um projeto de futuro nítido e efetivo” que “só pode nascer da recuperação do que o passado significou e da constatação do presente ao qual esse passado nos trouxe”<sup>240</sup>. Desse passado diga-se que muito influenciou o ensino e a interpretação jurídica, razão por que o trouxemos ao estudo presente.

---

<sup>238</sup> BASTOS, Aurélio Wander (1998). Op. cit. p.128.

<sup>239</sup> ALTAVILA, Jayme. APUD: OLIVEIRA, Flávio Roberto Soares de (1981). A luta pelo Direito e consciência jurídica. In: *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará*. v. 24, p. 29-31, 1981.

<sup>240</sup> MORAIS, Regis de (1988). Op. cit. p.149.



## CAPÍTULO IV

### A EDUCAÇÃO JURÍDICA E SUA CONSTRUÇÃO: O CAMINHAR IDEOLÓGICO A PARTIR DOS TEMPOS MEDIEVOS – DE ROMA AO BRASIL INTERMEDIADO POR PORTUGAL

O passado ideológico-educacional leva-nos, de início, a tomarmos como base o vocábulo *jus*, traduzido como direito (o qual possuía no Direito Romano o sentido de justiça) e *directum*, no sentido de organização e dirigido diretamente, ou seja, direcionado de forma franca, como delinea DI PIETRO<sup>241</sup>. O autor alerta-nos para o seguinte: o mesmo sentido contido em *directum* pode referir-se ao falarmos a outrem de forma direta, ou ao falarmos a alguém por meio de palavras francas, ou seja, com franqueza. Esse é o sentido oriundo da moral judaico-cristã, segundo a qual numa mesma reta situam-se dois pontos que se unem, vale dizer, pontos de congruência que podem estar assim representados: um pela conduta individual e outro pela lei emanada da autoridade divina, resultando, então, desse encontro, a conduta dita reta<sup>242</sup>.

---

<sup>241</sup> DI PIETRO, Alfredo (1989). *La Prudente Tarea de Interpretación en El Derecho Romano*, p.221-295.

<sup>242</sup> DI PIETRO, Alfredo (1989). Op. cit. p.222.

DI PIETRO (1989)<sup>243</sup>, a esse respeito, cita Santo Agostinho (Enarrat. ad os XXXV,16), o qual nos faz ver a influência da lei divina sobre a conduta humana, prelecionando que a pessoa humana deve curvar-se à vontade divina, pois esta é reta, e não tentar curvá-la em nossa direção. Essa observância à lei divina não era praticada pelos romanos e não constituía um parâmetro para a retitude entre a conduta humana e a lei. Os romanos possuíam leis, *leges*, pelo próprio tratamento que davam às leis. Estas leis deveriam, sem dúvida, ser respeitadas. No entanto, para os romanos, o essencial não estava representado pela norma, mas pelo *jus*, inserindo-se no justo, fato esse que os distanciava do Direito no sentido de retitude, ou seja, possuíam a lei, mas buscavam a justiça mesmo fora do texto legal.

Já nos reportamos à lei romana como aquela proposta então pelo magistrado e ratificada pelo povo nos comícios, sem que se observasse a vontade soberana do povo. A lei emanava de um projeto de lei proposto pelo magistrado, o qual era o possuidor único da autoridade para tanto, o que traduzia um momento político em face dos interesses dos grupos dominantes. Ao povo cabia votá-la sem discussão, favoravelmente ou não, e, deste modo, de uma forma preciosíssima, podia-se afirmar que o povo é que havia ordenado e estabelecido a lei<sup>244</sup>.

Concluindo, a lei, na época, surge como um imperativo, pois é decorrente do *imperium* do magistrado, ao passo que o *jus* emana da jurisprudência em conseqüência das decisões dos prudentes ou pretores. Os pretores buscavam, por meio dos casos concretos, a solução mais justa para resolvê-los, interpretando-os, num trabalho intelectual, reservando-se o direito de acrescentar, ainda, inovações às leis, complementando-as em busca da justiça.

Cumpre-nos efetuar uma análise rápida de interpretação do *jus* levada a cabo pelos prudentes, a qual partia sempre do caso concreto. A *res* litigiosa,

---

<sup>243</sup> DI PIETRO, Alfredo (1989). Op. cit. "De este modo, no quieres dirigir tu voluntad a la vountad de Dios, sino que quieres curvar la de Dios hacia la tuya. Aquella es la recta, pero tú la curvas: eres tú quién debes corregir tu voluntad hacia la divina, no que ésta deva curvar hacia ti: y así tendras recto lo corazón", p.222.

<sup>244</sup> DI PIETRO, Alfredo (1989). Op. cit. "...de una manera muy preciosista, se podía luego afirmar que era el populus el que había "ordenado y establecido" la lex, tal cual reza en la citada definición de Gayo", p.226.

portanto, abrangia o que dizia respeito ao homem: o assunto, o caso, e o litígio, ou seja, a *causa* no sentido de coisa litigiosa era concernente a um outro litigante.

Tanto o pretor, como o magistrado permaneciam atentos à *res* litigiosa, a qual era vista não objetivamente, mas fadada ao seu conhecimento, à sua explicação, ao viver experiente do intérprete, na busca da interpretação da coisa em si mesma. Dessa maneira, por meio da análise interpretativa, buscavam pretores e magistrados a construção do que consideravam justiça por meio de seu desvelamento, com base no que estava posto, com base na intuição jurídica e nas circunstâncias que permeavam o caso que se lhes apresentava, permitindo-nos acrescentar que a solução dada pelos mesmos estendia-se além do sensível, sendo alcançada pela *ars*, tendo em vista que, para os prudentes, do conjunto *ars* e sensibilidade resultava a solução justa. Verifica-se que, muito embora já existissem as leis, a prática da interpretação mantinha-se viva em Roma, permeando todo o processo de construção do Direito Romano, mesmo quando já compiladas as leis esparsas.

Muito embora tenhamos, neste estudo, deixado de analisar em profundidade a influência da Igreja na formação do Direito Romano, fato esse a ser analisado em um momento futuro, dada sua complexidade, alguns aspectos não podem ser desconsiderados, especialmente após a queda do Império do Ocidente em 476, quando a Igreja, sobrevivendo “como realidade institucional dos tempos antigos”<sup>245</sup>, passa a ser a ligação entre os bárbaros e os romanos, influenciando na aplicação do Direito Romano, sua *lex terrena*, tutelando-o em toda sua extensão para as coisas terrenas. Esses fatos contribuíram para que se mantivesse vivo o Direito Romano, o conhecimento desse mesmo Direito, que, restaurado o Império, surge como a verdadeira *lex romana* - a lei do Império - mesmo porque existiram inúmeras formas de poder, particularmente quando se instaura a divisão da jurisdição em temporal e espiritual. Na temporal, devia o Papa obediência ao Imperador, e, na espiritual, a posição se invertia, devendo o Imperador obediência ao Papa.

---

<sup>245</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa (1991). *História do Direito Português*, p. 182.

A esse respeito, SILVA (1991) manifesta-se sobre a grande dificuldade existente na delimitação da jurisdição temporal e da espiritual, especialmente quando o Imperador passou a ser ungido e coroado pelo Papa, imprimindo-se um caráter quase sacerdotal, por ser considerada pessoa sagrada, o Imperador passou a intrometer-se nas questões eclesiásticas. O Papa, por sua vez, por considerar o Imperador um ser por ele ungido, e, portanto devendo-lhe obediência, passou a imiscuir-se nos assuntos terrenos. Disso resultou esta autoridade bicéfala: Papa – Imperador<sup>246</sup>.

Essa tensão entre a Igreja e o Império tornou-se mais grave no século XI, quando tem início um movimento cultural, ao qual se denominou Renascimento do Direito Romano, em decorrência da luta entre o Império e o Papado, na busca de fazer valer o Direito Romano como *lex* do Império medieval, não no sentido de ter-se ele perdido por completo e terem os povos deixado de lado esse conhecimento romanístico, mas, sim, no sentido do

reencontro do direito romano através do estudo, independente, dos genuínos textos de justianeus e não, como até esse momento, englobado nas 'artes finais', sem autonomia, e deturpado ou transfigurado em virtude de adaptações literárias mais ou menos incorretas<sup>247</sup>.

Na Itália, portanto, a partir do século XI, ocorreu um processo de revitalização do Direito Romano, embasado no Direito de Justiniano, nas coletâneas do *Corpus Juris Civilis*, expressão essa que surgiu com os glosadores da Escola de Bolonha, local originário do movimento cultural então estabelecido, cuja repercussão atingia toda a Europa.

Foram vários os fatores que se somaram para que se buscasse o estudo autônomo do Direito Romano.

O primeiro fator foi o político, pois buscou-se a restauração do Império do Ocidente, o Sacro Império Romano – Germânico, que, necessitando de uma

---

<sup>246</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da (1991). Op. cit., p.170.

<sup>247</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da (1991). Op. cit., p.182. O autor efetua uma análise minuciosa sobre o renascimento do Direito romano, abordando aspectos políticos, epistemológicos e educacionais, aos quais nos reportamos.

renovação política, apoiou-se no Direito compilado e nas coletâneas do Direito de Justiniano, tendo em vista o “robustecimento da posição imperial”<sup>248</sup>.

O segundo fator disse respeito à fé, ao espírito das cruzadas e à “interpretação cristã do mundo”<sup>249</sup>.

Por terceiro e quarto fatores podemos considerar o progresso cultural e as questões econômicas, fatores esses que se originaram do aumento da população citadina em decorrência do êxodo rural, gerando uma economia predominantemente comercial e industrial, contribuindo para a formação de novas classes sociais.

Como visto anteriormente, a Escola de Bolonha surge em fins do século XI, tendo como fundador Irnério, que busca imprimir ao ensino do Direito uma autonomia, esbarrando, no entanto, nas disciplinas que integravam o currículo nessa época, as quais traduziam o saber medieval embasado no estudo fragmentado e resumido dos textos de Justiniano que antecederam ao novo período.

#### **4.1. A Escola de Bolonha e a Exegese Textual como método de ensino**

A Escola de Bolonha organizou-se como um centro de ensino, de acordo com as preleções de Irnério, *‘primus illuminator scientiae nostrae*<sup>250</sup>, o qual inicia um trabalho árduo, pois o *jus civile* mostrava-se vivo no Império, mas sem que os mestres de Bolonha se tornassem *jurisconsultus* romanos, donde a dificuldade do entendimento do *Corpus Juris Civilis*, que, pela complexidade de seus textos, necessitava de interpretação. Essa interpretação deveria ser feita por um jurista, cabendo a Irnério assumir essa responsabilidade, o qual passa a adotar o uso da glosa. Eis a razão, pois, da denominação Escola de Glosadores ao movimento então empreendido.

---

<sup>248</sup> COSTA, Mario Júlio de (1996). *História do Direito Português*, p.208.

<sup>249</sup> COSTA, Mario Júlio de (1996). *Op. cit.*, p.208.

<sup>250</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da (1991). *Op. cit.*, p.183.

O método de ensino utilizado, como já referido, foi a glosa “que consistia num processo de exegese textual já antes utilizado em domínios culturais estranhos ao direito”<sup>251</sup>, como a Teologia.

Na verdade, a glosa traduzia-se pela simples interpretação gramatical, abordando palavras ou frases indicativas da necessidade de interpretação, considerando-se o grau e dificuldade de entendimento que as mesmas representavam, tendo em vista o latim empregado nos textos de Justiniano.

As glosas diferenciavam-se quanto à denominação e conteúdo sempre em razão da interpretação do texto para melhor entendimento do mesmo. As glosas lineares consistiam em palavras ou pequenas expressões inseridas entre linhas no texto com o intuito de explicar o que lhes parecia ser obscuro para os leitores. As marginais eram mais extensas, escritas nas margens do texto e abordavam todo o título que se estava a interpretar. Ao lado das glosas lineares e das interlineares, podemos assinalar as *regulae iuris* ou brocardo, que seriam as definições dos princípios ou dogmas; os *casus*, exemplo de hipóteses concretas e posteriormente seguidas de explicações interpretativas; as *dissensiones dominorum*, retratando o entendimento diverso dos doutos conhecedores do Direito e outras técnicas facilitadoras da compreensão dos textos romanos.

Pelo que deduzimos, a busca da interpretação da norma possuía um caráter prático, tendo em vista a sua aplicação da norma ao fato concreto, sendo o texto de Justiniano, *Corpus Juris Civilis*, considerado uma revelação, portanto intocável e inquestionável. Aos juristas cabia o seu entendimento para a sua aplicação correta e não a elaboração de um novo texto, contrário ou superior ao de Justiniano, mesmo porque estavam distanciados dos aspectos filosóficos e históricos que permearam a criação das coletâneas do *Corpus Juris Civilis*.

O distanciamento dos aspectos filosóficos e históricos, mantido pelos juristas, fê-los, por vezes, interpretar erroneamente algumas passagens e ou permitir a permanência, ao longo do tempo, de princípios não condizentes com a realidade do momento vivida, então, pelos juristas.

---

<sup>251</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida (1996). Op. cit, p.213.

Após Irnério, obrigamo-nos a analisar rapidamente a importância da obra de Acúrsio, Magna Glosa, escrita por volta de 1220 ou 1234, quando o mesmo efetua um estudo aprofundado de aproximadamente noventa e seis mil glosas, resultando na Magna Glosa, repositório que exerceu grande influência na Europa, inclusive em Portugal, que a considerou seu Direito subsidiário.

Desde o início, a Glosa de Acúrsio passa a ter valor jurídico. Apenas seu conteúdo será utilizado no âmbito forense, desaparecendo a prática das interpretações não acolhidas na Glosa, impondo-se, posteriormente, o seu uso nas universidades, mas não no sentido de matéria necessária ou vinculativa. No entanto, aconselhava-se o seu pleno conhecimento, tendo em vista tratar-se de um instrumento da prática processual.

Divergências de sentido têm, então, início, sendo atribuídas interpretações diferenciadas às glosas pelos juristas, gerando incertezas com relação ao Direito e conseqüentes críticas às interpretações realizadas, atribuindo-se aos intérpretes a falta de conhecimento histórico, para atribuição do verdadeiro sentido ao texto.

Após os glosadores, surgem os comentadores ou pós glosadores que passam a comentar as próprias glosas fazendo uso do método dialético ou escolástico, buscando não apenas o entendimento literal dos textos, mas, sim, o espírito dos mesmos, tendo sido um processo lento desde a revitalização do Direito Romano até tomar força após o século XIII. Dessa maneira, nasce uma nova escola, a dos Comentadores, fazendo uso da dialética aristotélica, que passa a ser mobilizada, conduzindo a interpretação a enfoques diferentes, pois observava-se o texto por uma perspectiva lógico-sistemática, conduzindo os juristas ao pragmatismo, ao dogmatismo para a solução dos casos concretos. Para tanto, observava-se não apenas o conteúdo dos textos romanos, mas também outras fontes, como o costume, o direito canônico e estatutário, permitindo um avanço para o Direito, antes atado à autoridade das Glosas de Acúrsio.

Dentre os comentadores, avulta Bartolo pela produtividade, experiência e prestígio, atribuindo-se força de lei às suas opiniões em Espanha e Portugal.

Retomamos neste momento, para melhor compreensão, a questão da formação ideológico-jurídica e educacional da época, quando os juristas, sob a influência de Aristóteles, faziam uso da dialética, lógica do provável, como método para o raciocínio dedutivo, e, para tanto, nos reportamos à análise de SILVA (1991)<sup>252</sup>, feita à Tópica de Aristóteles, em que o autor ressalta a posição do filósofo, quando afirma que o

presente tratado propõe-se encontrar um método que nos tornará capazes de raciocinar dedutivamente, tomando apoio em idéias admitidas sobre todos os assuntos que se podem apresentar, como também, quando tivermos, nós próprios, de responder a uma afirmação, de nada dizer que lhe seja contrário...

Ressalta o autor que essa frase comporta duas partes que delimitam a disputa dialética: “a definição das regras da discussão, do diálogo, onde há quem afirme e quem negue determinada proposição”<sup>253</sup>, que, por sua vez, vem a ser o problema e o raciocínio dedutivo, o qual, para Aristóteles, constitui

uma fórmula de argumentação, na qual, sendo dadas certas coisas, se segue necessariamente uma coisa distinta das que foram dadas, pela própria força do que foi dado... há demonstração quando os pontos de partida da dedução são afirmações verdadeiras e primeiras, ou pelo menos, afirmações tais que o conhecimento que se tem surge por intermédio de certas afirmações primeiras e verdadeiras: é, ao contrário, uma dedução dialética quando ela toma como ponto de partida idéias admitidas...<sup>254</sup>.

Segundo SILVA (1991), neste discurso de Aristóteles, está posta a distinção entre o silogismo científico e o silogismo dialético. Isto porque o silogismo científico parte de premissas verdadeiras e o dialético, de premissas opinativas, idéias aceitas, admitidas, observando-se, nesse caso, um processo dialógico, pois parte-se da dialética do problema.

---

<sup>252</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa da (1991). Op. cit., p.189.

<sup>253</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa da (1991). Op. cit., p.190.

<sup>254</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da (1991). Op. cit. p.190.

Nota-se a transição do pensamento ideológico da aplicação pura da lei à admissão de premissas opinativas conducentes à interrogação em face das contradições existentes, às opiniões que se apresentam. Tais opiniões podem ser confrontadas quando díspares, num movimento substitutivo que não se encerra definitivamente, abarcando o senso comum, a confiança no gênero humano, o qual traz necessariamente à tona a questão teleológica da natureza que admite ser impossível o erro, quando se parte da opinião da maioria dos homens, pois

de outro modo, a verdade seria acidental na inteligência e o que constitui o termo formal da nossa faculdade, a sua qualidade essencial, tornar-se-ia um acidente; isso seria, em definitivo, constituir a anormal lei das naturezas<sup>255</sup>.

Dessa maneira, pudemos observar que, no campo do saber puro, existia uma diferença significativa entre ciência e opinião, pois a verdade, pertenceria, então, à ciência, ao passo que o objeto da opinião faria parte do provável. Acresce, ainda, que o silogismo demonstrativo, suporte do conhecimento científico, tornou-se perfeito para o mundo físico, ao passo que, ao nos depararmos com o agir humano, verificamos que, caso se permanecesse no estágio da probabilidade, da opinião, ou seja, diante da impossibilidade de se demonstrar a verdade, se acataria o provável, que, por sua vez, vinha carregado de verdade, encontrando a adesão do espírito. Verifica-se, então, que, no campo especulativo, encontra-se a probabilidade que irá se tornar norma de conduta no campo da *praxis*; passa-se do provável especulativo para o prático necessário, num movimento dialético resultante da diferença dos dois aspectos – ciência e opinião – que, muitas vezes, leva o intérprete ao esgotamento, pela obscuridade do texto, fazendo-o retornar à Glosa na sua íntegra<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> L. M. Régis. L' Opinion, apud SILVA, Nuno J. Gomes da (1991). Op. cit. p.192.

<sup>256</sup> SILVA, Nuno J. Gomes da (1991). Op. cit. Segundo o autor, "diante desses fatos tem a sua natural explicação a frase translática de que in *iudicando et consulendo* não deve o jurista afastar-se da Glosa (e, mais tarde, da *communis opinio*). In *iudicando et consulendo* porque aí está, na sua plenitude, a *praxis* do Direito: quem julga não se limita a dizer qual é o Direito, aplica-o. E ao *iudicare*, se o caso é dúbio, ele deve conformar a sua conduta, o seu agere, à probabilidade de verdade que é representada pela Glosa 9ou *communis opinio*) cuja *auctoritas* é máxima. E quem é consulente – quer se trate de *consilium a iudex*, quer de *consilium* de parte – aconselha alguém a *agere*. *Agere* que será um acto de julgamento ou conduta que se tem de admitir que venha a ser objeto de um ato de julgamento. E, por isso, também aqui, o *consilium* se deve adequar à *probabilitatis*", p.324-325.

Retomemos o pensamento de Bartolo para a compreensão da evolução da lógica do provável, da probabilidade das opiniões, da *communis opinio*.

De igual modo como ao pensar do tempo da Glosa, o jurista mantém-se na posição de que a interpretação dos doutores é apenas provável, devendo ser aplicada à lei quando existente. Em não havendo *casus legis*, o juiz deverá valer-se da opinião de todos, acrescentando que essa opinião deverá, ainda, ser comumente observada, dando um realce à *observantia*<sup>257</sup>.

Bartolo, como se observa, era legista e vai ter por sucessor Baldo, canonista e não legista. O canonista passa a afirmar que, nos casos omissos quanto à lei, devem os juízes escolher a opinião mais razoável, aderindo a *communis opinio*, acrescentando que a Glosa deveria ser observada desde que não houvesse julgamento contrário ao seu conteúdo, e que, em assim sendo, deveria a mesma ser relegada em favor do costume. Essa posição ideológica firma-se a partir do século XV, quando se determina que o juiz não deverá afastar-se da opinião comum, considerando-se que a maior parcela opinativa retratava a verdade.

Tem início a discussão sobre a quantidade e qualidade opinativa, como princípio do senso comum. Seria válido considerar-se o número de adeptos de uma determinada posição? Não seria mais válida a aceitação de decisões emanadas de grandes julgadores, jurisconsultos? A qualidade não deveria sobrepor-se à quantidade? O número deveria sobrepor-se à razão?

Verificamos, neste momento, uma evolução no pensamento jurídico desde Acúrsio, autoridade individual, para uma autoridade coletiva, a *communis opinio*, com suas posturas diferenciadas, quantificadas e qualificadas *a posteriori* pelo grande saber individual dos juristas. Tal evolução é vivenciada e apreendida pelos estudantes, que, treinados na retórica, absorviam os conhecimentos dos mestres, os quais foram seguidores, seqüencialmente, do pensamento de Irnério, Acúrsio, Bartolo e Baldo.

---

<sup>257</sup> SILVA, Nuno J. Gomes da (1991). Op. cit. p.312.

Abrindo um parêntese no capítulo referente ao período da Antigüidade romana, procedeu-se à análise do *status civitatis*, da questão da cidadania romana, abordando, em momentos posteriores, esses aspectos, considerando as questões políticas e econômicas que influenciaram a cultura romana.

Num primeiro momento, ressaltamos o amor à terra, a posição do povo romano preso ao pastoreio, homens nômades em busca de pastagens para seu rebanho. Ressaltamos a aversão do povo romano pelo comércio, e, ao mesmo tempo, a sua adesão a esse trabalho, quando da convivência com os etruscos, fato esse que, sem dúvida, como já mencionado, produziu um acultramento, tendo em vista a alteração do ideal de vida romana em razão das necessidades econômicas.

Em um segundo momento, a análise teve-se ao *jus civile* e ao *jus gentium*, enfocando o aspecto de conciliação de ambos, para a adaptação às necessidades sócio-político-econômicas de modo que propiciassem a regularização do comércio.

O terceiro momento disse respeito à adaptação do Direito romano aos direitos dos povos bárbaros e vice-versa, bem como seus reflexos na Península Ibérica, destacando-se Portugal, em razão da sua influência no nosso Direito.

Em todos esses momentos, ficou claro para nós que o Direito se adequava aos fatos na medida em que houvesse interesse estatal manifesto. Os fatos conduzem-nos à análise da questão da personalidade jurídica como atributiva da liberdade individual, personalidade essa decorrente da pessoa humana. Qual foi, no entanto, o momento exato em que o Direito romano atribuiu em toda sua plenitude a personalidade à pessoa humana, no sentido do exercício de sua liberdade individual? Difícil delimitar a época exata, muito embora tal proposta já se esboçasse na jurisprudência romana.

Verificamos que os romanos eram pragmáticos, buscando soluções imediatas para os casos concretos, construindo o Direito/Justiça, mas com vistas ao interesse do *Imperium*. Havia na época, como já aqui lembrado, participação do povo nos comícios, nas assembléias para a votação das leis, que eram

emanadas de um poder superior do *imperium*, decorrente, digamos, de um Estado monista, quando a liberdade individual e a liberdade política se cruzam, esquecendo-se da pessoa humana, a qual deveria estar centrada nessa intercessão, valor- fonte para toda e qualquer liberdade. As leis eram proferidas em face do interesse estatal (econômico e político); o cidadão apenas fazia uso da sua personalidade quando participante ativo das assembleias. Nós nos aventuramos a afirmar que durante todo o período do Estado monista esteve presente a tridimensionalidade do Direito: fato, valor e norma, voltada exclusivamente ao interesse soberano.

Os romanos, voltados ao interesse em solucionar os conflitos decorrentes das relações sociais, apesar da existência de uma tipificação normativa, criaram a sua própria técnica jurídica, não se atendo aos conceitos abstratos, às formas lógicas vazias e abstratas na sua dialética, criando exceções ao sistema dogmático, buscando solução para o caso concreto, deixando clara a posição realista dos jurisconsultos romanos, devendo a justiça superar a lógica. Usando o método analítico, dialético, não admitindo sistemas ou construções *a priori*, voltavam-se os romanos apenas ao estudo das espécies e suas confrontações, tendo em vista uma realidade concreta, estando, portanto, ausentes os esquemas abstratos ou planos preconcebidos. Em que pese a esta plasticidade, os julgamentos eram feitos pela ordem estatal, pois, na Antigüidade, o reconhecimento inequívoco do homem como pessoa não existiu, pela própria estrutura política, confundindo-se a liberdade individual com a política. Assim, não basta,

em verdade, atingir-se a idéia de pessoa; necessário é que seja convertida no valor - fonte de todos os valores jurídicos, subordinando a si o conceito de cidadania, tendo a liberdade como projeção natural imediata, liberdade que não se biparte em política e civil, mas apenas se desenvolve em momentos que se integram substancialmente na unidade ética irreduzível de cada pessoa valorada em si mesma e em razão das demais pessoas<sup>258</sup>.

---

<sup>258</sup> REALE, Miguel (2000). *Horizontes do Direito e da História*, p.27.

A história revela-nos a existência de um personalismo *incipiente*, com o próprio *eu* projetando-se sobre os demais, refletindo seus próprios valores, sem a implicação da “transcendência do ego e do alter mediante a síntese superior do nós”, na busca da “compreensão da humanidade como espírito e liberdade”<sup>259</sup>. Essa liberdade bipartida caminha na Idade Média para o Humanismo.

Com o Humanismo (sec. XVI), busca-se atribuir uma nova valoração ao Direito romano, passando o mesmo a ser considerado um Direito e não o Direito de Roma, como o consideravam os comentadores no uso do método escolástico para seus comentários interpretativos, surgindo uma nova classe de juristas tidos como “cultos, elegantes ou humanistas”, os quais criticam a interpretação medieval, fazendo uso do método que se denominou *mos gallicus* que passa a conviver com o *mos italicus*, método próprio dos comentadores. A diferença entre ambos assinala-se pelo fato de o *mos italicus* estudar o direito habitual e o *mos gallicus* aprofundar-se no estudo do Direito de que se valiam os romanos em Roma ou Constantinopla. Dessa maneira, com o passar dos tempos, deixa-se de lado o conhecimento provável para firmar-se na razão como arbítrio para as decisões, afasta-se a discussão sobre ciência e opinião, ou seja, sobre verdade e probabilidade, conforme já mencionado.

Em Portugal, as doutrinas propostas por Irnério, Acúrsio, Bartolo, foram efetivamente afastadas com a Lei de 18 de agosto de 1769, Lei da Boa Razão, não significando que anteriormente não houvesse manifestação no sentido do uso da razão. Verifica-se que o Direito romano perde a sua autoridade, não condiciona mais a razão, como na Idade Média, razão essa que é exegética, pois prende-se ao texto.

Caminhando pela História, o Império “subsiste só de nome e presta-se a comentários depreciativos”<sup>260</sup>. Desaparece a República Cristã, surgindo o Estado

---

<sup>259</sup> REALE, Miguel (2000). Op. cit. p.28.

<sup>260</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da (1991). Op. cit. “É bem conhecido o sarcasmo de Voltaire, a esse respeito, dizendo que não era sacro, nem império, nem romano. O mesmo Voltaire figura um diálogo, em Roma, entre Marco Aurélio, ressuscitado, e um Recoletto, nos termos seguintes: ‘Marc-Aurèle – (...) dites moi franchement: est-ce qu’il n’y aurait plus d’empereur, ni d’empire romain? Le Recollet: Si fait, si fait: ilya un empereur et un empire, mais tout cela est à quatre cents lieues d’ici, dans une petite ville appelé Vienne, sur le Danube (...)’”, p.353.

moderno europeu, com o monarca detendo o poder absoluto, sem necessidade de apoiar-se nos textos romanos.

Nesse período, o racionalismo jurídico deixava de ser apenas valorativo para ser criador, surgindo os juristas filósofos no lugar dos juristas intérpretes. Os novos juristas buscavam a verdade “intemporal”, as regras comuns a todos os homens, tendo como suporte apenas a razão, sem auxílio da teologia, pois as leis o são, pela própria natureza do homem, imanentes e não transcendententes, tendo em vista o convívio humano. Não se desprezava todo e qualquer Direito emanado de Roma, mas mantinha-se apenas aquele que se manifestava em conformidade com a razão. Considerem-se, em Portugal, os

Estatutos da Universidade (LII, tit. V, c 3 § 7) mencionando o uso moderno das Leis Romanas nas nações civilizadas, dirão que elas devem ser aplicadas ‘pois não he verosímil, que se entre ellas houvesse repugnância, pela qual devão haver por abolidas, continuassem ainda hoje a observá-las tantas e tão sábias Nações<sup>261</sup>.

Fechando o parêntese, tomemos para análise a universidade em Portugal, formadora, na grande maioria, dos nossos juristas na época colonial e que sofreu todas as influências ideológicas anteriormente mencionadas.

#### **4.2. Universidade portuguesa: aspectos sociopolíticos e ideológicos**

A universidade em Portugal foi fundada no reinado de D. Diniz, em virtude do estudo modesto existente em Portugal, que obrigava o deslocamento dos estudantes ao estrangeiro para cursarem Estudos Gerais (Teologia, Artes, Direito Canônico, Direito Romano e ou Medicina), Na área jurídica, o local de maior procura era Bolonha.

A data precisa que assinala o início do funcionamento da universidade é bastante discutida, podendo precisar-se, apenas, que, em 1288, já havia um acordo firmado entre o clero e o rei, para um Estudo Geral, em Portugal, nos moldes acima mencionados. Admite-se, para início de seu funcionamento, o

---

<sup>261</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da (1991). Op. cit. p.357.

período compreendido entre 1288 e 1290, quando a Carta Régia de 1º de março cria a Universidade Portuguesa. Acrescente-se que a sua fundação foi sancionada pelo Papa Nicolau IV em 9 de agosto de 1290, pela bula *De statu regni portugallae*.

Nesse documento, o Papa estabelece privilégios e jurisdição para a universidade independente da instituição municipal, pois fora criada como pessoa coletiva formada por mestres e estudantes, subsidiada por auxílio eclesiástico.

Os atritos e reivindicações foram grandes no que disse respeito à sua localização. Instalada de início em Lisboa, foi transferida em 1308 para Coimbra, retornando em 1338 para Lisboa. Não bastasse, em 1354, Afonso IV a transfere para Coimbra e em 1377 D. Fernando a traz de volta para Lisboa, quando, em 1384, D. João determina que “estee perpetuamente o dito estudo em a dita cidade de Lisboa. E não se mude della para a dita cidade de Coimbra nem para outro nenhum lugar dos Ditos Regnos deste Dia para todo sempre”<sup>262</sup>. A Universidade aí permanece até 1537, quando D. João III fecha as suas portas e cria a Universidade de Coimbra.

Ainda, em Lisboa, D. João I, dedicando grande atenção ao Estudo Geral, designa um ministro para encarregar-se do seu estudo, tendo exercido essa função, pela primeira vez, o Doutor João das Regras, formado pela Universidade de Bolonha<sup>263</sup>.

A Universidade de Coimbra promovia o ensino jurídico valendo-se de duas faculdades, denominadas, respectivamente, Cânones e Leis. Nelas abordava-se o estudo do Direito Canônico e do Direito Romano. O método desse ensino resumia-se na leitura e comentários dos textos pelos mestres, na língua latina, e esporadicamente em português, quando imprescindível, tendo uma duração de seis anos, os quais, uma vez concluídos pelo aluno, outorgavam-lhe o grau de bacharel.

---

<sup>262</sup> Idem. Op. cit. p.231.

<sup>263</sup> Idem. Op. cit. p.231.

Os Estatutos previam que

era obrigação dos professores começar, sempre pelos antigos que são auidos por Mestres de cada sciencia: e trabalharão de allegar os que tocarem originalmente o caso, que estão tratando. E pera fazerem a commum com estes antigos, allegarão dos modernos até dous ou trez dos mais graues (...)"<sup>264</sup>

Atinge a Universidade de Coimbra o seu período áureo durante o reinado de D.João III, começando a declinar após sua morte, prolongando-se o declínio por todo o século XVIII, até a reforma pombalina.

Como não poderia deixar de ser, o Iluminismo influenciou o ensino jurídico português, dadas as manifestações primeiras dos *estrangeirados*, ou seja, portugueses vivendo no estrangeiro, adeptos do espírito de renovação por que passava a Europa. Esses mestres proclamavam a necessidade de uma reforma no ensino jurídico, com inclusão de cadeiras versando sobre História Romana, Direito Natural e das Gentes. A propósito, afirmava D. Luiz da Cunha sobre a

grande utilidade que se tiraria de que na nossa Universidade se estabelecesse huma cadeira em que particularmente se explicasse com a História Romana e o Direito Natural e das Gentes, que consistem em certos princípios tirados da Ley natural e recebidos de todas as nações de que o direito romano não he mais que huma sombra que regra algumas cousas que a Ley natural não previa por dependerem da diferença das circunstâncias dos tempos e dos lugares, o que não obstante o Direito Civil não pode estabelecer alguma cousa que seja contra o natural de que se deriva<sup>265</sup>.

SILVA (1991), ao analisar o pensamento de Verney, faz-nos ver claramente a presença do racionalismo, do historicismo, do *usus modernus* e a valorização do Direito pátrio, fazendo, para tanto, uso de trechos elaborados pelo próprio Verney que ora transcrevemos como ilustração do pensamento da época:

Lei Natural, Lei Divina, Lei das Gentes são a mesma Lei com diversos aspectos. Da Jurisprudência Natural nasceram todas as leis civis, e principalmente as Leis Romanas, de que nós hoje usamos. De que fica claro que quem não sabe os princípios da Jurisprudência Natural não pode entender bem a Romana, que é a mesma Lei Civil. Este é aquele ponto mui dificultoso, que não entendem os que

---

<sup>264</sup> Idem. Op. cit. p.335

<sup>265</sup> D. Luiz da Cunha, Apud SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da (1991), p.358.

estudam nessa Universidade (de Coimbra) e nem menos os que ensinam, porque se o entendessem, deveriam regular diferentemente os estudos...”

Desse modo, os estudos deveriam iniciar-se pela filosofia, abordando a Ética do Sumo Bem, do Direito Natural e do Direito das Gentes e, em seqüência, o estudo da História Romana. Após essa leitura, os estudos deveriam voltar-se para o Direito Civil, para só então tomar conhecimento do Direito Romano com base nas Instituições, na sua parte vigente, descartando a parte em desuso, concluindo-se que

no princípio do quinto ano deve o estudante ler o Direito Português ou as leis municipais, mantendo as coisas em que se diversifica do comum. Sem dúvida, é digno de admiração que saiam os homens das Universidades falando muito das leis de Justiniano, que só servem faltando a lei municipal e nada saibam daquela lei por que se não-de governar<sup>266</sup>

Retomando a Lei da Boa Razão de 18 de agosto de 1769, verifica-se que o Direito Romano só será utilizado se estiver de acordo com a boa razão, retomando, desta feita, o racionalismo humanístico, pois a boa razão

no dizer da lei – era aquela que consiste nos primeiros princípios, que contém verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis, que a ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido e que os Direitos Divino e Natural formalizarão para servirem de regras moraes, e Civis entre o Christianismo: ou aquella boa razão, que se funda nas outras regras, que de unanime consentimento estabeleceo o direito das Gentes para a direcção e governo de todas as nações civilizadas: ou aquella boa razão, que se estabelece nas Leis Politicas, Economicas, Mercantis e Maritimas que as mesmas Nações Cristãs tem promulgado com manifestas utilidades, do socego publico, do estabelecimento da reputação, e do augmento dos cabedaes dos Povos...<sup>267</sup>

O Direito canônico sofre críticas decorrentes da reforma iluminista, assinalando que no foro temporal não se não de conhecer “pecados pertencentes ao foro interior e à espiritualidade da Igreja”<sup>268</sup>, cabendo aos tribunais apenas conhecer os delitos, deixando de ser considerados como fonte subsidiária do

---

<sup>266</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da (1991). Op. cit. p.258-259.

<sup>267</sup> Idem. Op. cit. p.361.

<sup>268</sup> Idem. Op. cit. p.363.

Direito português de acordo com a Lei da Boa Razão. Conseqüentemente, também são afastadas como fontes as Glosas de Acúrsio seguidas das de Bartolo e as *communis opinio*, fatos esses que geraram a necessidade de uma reforma nos estudos do Direito. Em 1770 é criada uma comissão, a Junta de Previdência Literária, para análise e estudo das deficiências assinaladas no ensino universitário. O estudo resultou no relatório apresentado em 1771, intitulado Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra e nele atribuíam-se aos Jesuítas todas as mazelas do ensino e reafirmando assim, as críticas feitas por Verney. Dos estudos realizados pela Junta de Previdência Literária resultaram os novos Estatutos da Universidade, denominados, também, de Estatutos Pombalinos, aprovados em 28 de agosto de 1772.

Cumpra-se uma breve análise da parte dedicada à Faculdade de Leis e à Faculdade de Cânones, a qual aborda inúmeras disposições, particularmente as contidas no livro II, relativas ao ensino jurídico.

Foram incluídas matérias novas, como a cadeira de Direito Natural, quando ocorre a fusão do Direito Público Universal, do Direito das Gentes e do Direito Natural em sentido estrito, bem como a História do Direito e Instituições de Direito Português, mantendo-se como núcleo o *Corpus Juris Civilis e Corpus Juris Canonici*, de um ponto de vista diferenciado do anterior, haja vista a alteração já sofrida quanto ao entendimento e compreensão do Direito, sob a influência das mais diversas ideologias.

As *lições* eram diárias, em número de cinco, três pela manhã e duas no período da tarde, perfazendo cinco horas diárias. O número de anos para a formação do bacharel foi reduzido para cinco, acrescentando-se um ano para a qualificação de licenciado ou doutor, quando o aluno submetia-se à conclusão magna ou *actos grandes*, ou seja, aos exames finais.

O método de ensino também se altera, adotando-se o método dialético – demonstrativo – compendiário, no lugar do analítico até então utilizado, tendo como um dos objetivos a agilização do ensino, fornecendo uma visão de conjunto

em cada disciplina para o aluno e não descendo a pormenores, como ocorria no método analítico.

Aos professores coube a organização de seus compêndios, de forma clara, breve e ordenada, em substituição às apostilas existentes, ou melhor, aos apontamentos dos alunos reproduzidos de acordo com as aulas ministradas.

Decidiu-se que, enquanto não estivessem elaborados os compêndios pelos professores, deveriam ser adotados os livros estrangeiros, o que ocorreu por um longo tempo, diante da ausência dos esperados compêndios. Apenas os manuais de Mello Freire foram oficialmente aprovados. Esse manual, a título de curiosidade, abrangeu quatro livros, com conteúdo desenvolvido com base na história do Direito português, nas Instituições do Direito pátrio, até os aspectos mais restritos, como pessoas/família; coisas/sucessão; obrigações/ações e Instituições de Direito Criminal, considerado livro autônomo pela sua especificidade.

Muito embora tenham sido enormes os esforços desenvolvidos pelo Marquês de Pombal, a reforma do ensino jurídico não alcançou os objetivos esperados, surgindo novos projetos, resultando em uma complementação aos Estatutos pombalinos no começo do século XIX, mantendo-se comuns as cadeiras legista e canonista.

Com a política liberal, o prestígio do Direito canônico e eclesiástico caíra, como já visto, fazendo que a Faculdade de Cânones e a Faculdade de Leis se unificassem durante a ditadura de Passos Manuel, em 1836, com a finalidade de atribuir um caráter secundário ao Direito romano e eclesiástico. Na Faculdade de Direito mantiveram-se os cinco anos para a colação de grau e o sexto para os interessados no grau de licenciado ou doutor.

Reduziu-se o Direito canônico e o Direito eclesiástico a uma cadeira no segundo ano, respectivamente, dando-se relevo ao estudo do Direito pátrio, especificamente nos três últimos anos, constituindo-se as cadeiras de Direito Público; Direito Civil; Direito Comercial e Direito Criminal, somadas às de Prática,

Hermenêutica e Economia Política. A cadeira de Medicina Legal passa a ser obrigatória no quinto ano.

No final do século XIX, o ensino jurídico, que pouquíssimas alterações sofreu após a reforma de Passos Manuel em 1836, viu-se influenciado por posições positivistas e sociológicas em algumas disciplinas.

De modo geral, o positivismo contrapõe-se ao jusnaturalismo e não ao jusracionalismo moderno, que influenciou mesmo o positivismo jurídico do século XIX, quando o Direito passa a ser reduzido à norma que o materializa, tomado como Direito ideal sob inspiração racionalista, constituindo uma ordem jurídica que se apresenta pronta e acabada, emanada do poder legislativo onipotente, e a

identificação da juridicidade com a legalidade conduziu à negação da importância do costume como fonte do direito, inclusive, no plano supletivo, a favor da analogia. Do mesmo modo, implicou a subalternização do papel da jurisprudência e da doutrina. A criação do direito torna-se, portanto, um acto tipicamente do Estado, em prejuízo das vias popular e científica<sup>269</sup>.

Esse período foi influenciado pela Escola da Exegese na França, e teve sua fase de apogeu entre 1830 e 1880, quando se inicia o seu declínio. Para os seus adeptos, a lei era a manifestação de uma vontade soberana, imperativa, devendo-se usar na sua interpretação o método lógico-gramatical, deixando de lado a possibilidade da livre investigação científica, não possibilitando inovações, ou seja, observava-se apenas para a interpretação a aplicação do método dedutivo-formal. Com as reformas ocorridas em 1901, abraça-se essa posição e triunfa o positivismo sociológico. Buscava-se a não dissociação dos textos legais, das normas positivadas, da vida em sociedade. Dessa maneira, o ensino da Sociologia Geral era ministrado ao lado da Filosofia do Direito, bem como

o estudo sociológico do crime ao lado do direito penal propriamente dito; a importância básica atribuída à história do direito, enquanto se via nela um vasto campo de observação e comparação dos factos, onde principalmente se fundava a possibilidade de emprego, na esfera jurídica, do método indutivo, próprio das ciências naturais. Além disso, criaram-se a cadeira de direito internacional, que

---

<sup>269</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida (1996). *História do Direito Português*, p. 394.

abrangia tanto o direito internacional público como o direito internacional privado, e as cadeiras de administração colonial e de prática extrajudicial<sup>270</sup>.

O positivismo jurídico ganha força com a Escola Realista na França, antecedendo a I Grande Guerra (1914/1918), quando, manifestando-se contra o pensamento idealista, traz para a dogmática jurídica os pressupostos positivistas de Comte e do sociologismo de Durkheim e Lévy-Bruhl<sup>271</sup>.

Foram vários os momentos detectados em nossa análise relativa à formação ideológico-educacional desde Roma, passando por Portugal, de influência marcante para o nosso ensino jurídico. Os reflexos foram significativos no Brasil, retratando momentos ideológicos que se transmudaram de acordo com o político, o social, o econômico e se adequaram aos interesses do Estado.

Evocamos, ainda uma vez, nossa dissertação de mestrado, para trazer à baila a presença do Iluminismo em Portugal, por influência do Marquês de Pombal, convicto da importância de uma visão de mundo “iluminada”, e, sobretudo, lembramos a luta ideológica travada com a Companhia de Jesus, que culminou com a expulsão dos Jesuítas do Brasil. Esse fato ocasionou reflexos significativos na formação dos bacharéis de São Paulo e Olinda, “gerando os primeiros elementos integrantes da vida política brasileira, amparados no liberalismo que marcou o período regencial”<sup>272</sup>.

### **4.3. Formação jurídica no Brasil**

Antes de abordarmos os vários aspectos da formação jurídica no Brasil, cumpre-nos uma análise sócio-política que antecedeu o momento da fundação das duas Academias jurídicas no Brasil, voltando ao já enunciado em nossa pesquisa aqui retomamos:

---

<sup>270</sup> Idem. Op. cit. p. 455.

<sup>271</sup> Idem. Op. cit. p. 465.

<sup>272</sup> Cury, Vera de Arruda Roza (1993). *Ensino do Direito. Distanciamento do Social. Um imperativo?* Dissertação de Mestrado, PUC-Campinas, p.47.

Sob o impacto da independência política, a primeira tentativa de criar-se uma universidade no Brasil ocorreu por ocasião da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Brasil, instituída em 1823 e aberta solenemente aos três dias do mês de maio do mesmo ano, por proposta apresentada por José Feliciano Pinheiro, futuro Visconde de São Leopoldo.

Representava José Feliciano o Estado do Rio Grande do Sul e justificava sua proposta amparando-se no sofrimento da mocidade oprimida em Coimbra e no duro tratamento por ela recebido em Portugal<sup>273</sup>.

Baseando-nos, ainda, em nossa pesquisa anterior, complementaremos nossas considerações, lembrando que se observou

o regime de urgência para a tramitação do projeto, e, após apreciação, votou-se pelo seu desdobramento visando à criação de duas universidades: uma em São Paulo e outra em Olinda, fazendo menção ao curso jurídico que deveria estabelecer-se em São Paulo.

As discussões sucederam-se, tendo a lei sido sancionada aos quatro dias do mês de novembro.

Com a dissolução da Constituinte ainda em 1823, não chegou a lei a ser promulgada e nem publicada pelo Poder Executivo. Em 1825, através do Decreto de 9 de Janeiro, criou-se um curso jurídico sediado no Rio de Janeiro, levando o assunto a ser discutido na Câmara dos Deputados em sessão de 5 de julho de 1826.

Proposta emenda por Paula Souza, deputado por São Paulo, a mesma foi acatada e aprovou-se a criação de dois cursos, um em São Paulo e outro em Olinda, através da Lei de 11 de agosto de 1827.

Obtivemos, dess forma, não uma universidade, mas, sim, duas academias: Academia de Direito de São Paulo e Academia de Direito de Olinda<sup>274</sup>.

Valorava-se sobremaneira o curso jurídico, deixando evidente a sua importância na busca de uma formação abrangente,

capaz de atender as necessidades de um jurista, de um magistrado, enfim de um homem de Estado. Buscava-se, desse modo, a formação de indivíduos que pudessem integrar os quadros políticos do Estado Brasileiro, da mesma forma como haviam sido então os componentes, na Universidade de Coimbra<sup>275</sup>.

---

<sup>273</sup> Idem, p.47.

<sup>274</sup> Idem, p.48.

<sup>275</sup> Idem, p.49.

Muito se discutiu a respeito da localização do curso jurídico, envolvendo sempre vários interesses dos deputados atuantes, interesses esses provincialistas, considerando-se o “eminente sentido político a ele atribuído e conseqüente influência na formação do Estado”<sup>276</sup>, prevalecendo o seu distanciamento da Corte, tendo em vista a não intervenção e influência do governo para a manutenção da liberdade de pensamento no interior do curso.

Esses fatos fizeram-nos afirmar que as experiências cultivadas nos bancos de Coimbra pelos profissionais da lei, integrantes das Assembléias, foi predominante, “por pertencerem a um mesmo corpo político, estarem envolvidos na sua maioria pelo mesmo ideal e terem participado do movimento da Independência”<sup>277</sup>, buscando, naquele momento, livrarem-se do jugo de Coimbra para “firmarem-se no liberalismo como política dominante”.

Dessa maneira, no Brasil, a formação jurídica tem início em 1827, informada pelo pensamento liberal, sob a influência das elites cuja formação é, igualmente, liberal. Acrescente-se a esse fato a influência da Igreja na formação do Estado brasileiro, que, nesse primeiro momento, tem o Direito eclesiástico incluído no currículo, o caráter de Direito público.

Ao Direito eclesiástico soma-se o Direito romano, contra o ensino da análise da Constituição, fundamento da Lei de 1827 e Regulamento de 1831 e base para os constitucionalistas, os quais se viram observando o Direito romano, para as instituições civis e o Direito eclesiástico para as instituições públicas, definindo-se dois segmentos: os conservadores romanistas e a Igreja.

Urge uma análise, ainda que breve, das Academias, as quais, muito embora criadas à sombra da Universidade de Coimbra, adotaram ideologias, em parte, diferenciadas: a de São Paulo com uma orientação liberal exaltada e a de Olinda de postura mais conservadora, segundo pudemos extrair dos

---

<sup>276</sup> Idem, p.49.

<sup>277</sup> Idem, p.50.

ensinamentos de Clóvis Bevilaqua e Rui Barbosa, quando o primeiro nos retrata a história da Faculdade de Direito do Recife e o segundo realiza uma excursão eleitoral ao Estado de São Paulo, da mesma maneira como o fez RODRIGUES:

em São Paulo destacou-se como liberal exaltado o Prof. Avelar Brotero desde a fundação da Academia Paulista. Assim se manifestou Antonio Mariano de Azevedo marques, seu aluno, referindo-se à sua personalidade: 'deu-lhe a mania para liberal exaltado, ou furioso, se quiserem: pouco ou nada religioso...Brotero mal satisfaz os cumprimentos de estilo,... põe-se a reger sua aula como entende... Em suma, os estudantes estão contentes com o Brotero, porque com muito poucas exceções são liberais<sup>278</sup>.

Pedro Autan da Matta e Albuquerque, por anos, influenciou a Academia de Olinda/Recife. Extremamente religioso, lecionava Direito natural por meio de compêndio elaborado por ele, desde 1832. Dedicava-se inclusive à Economia Política, considerando-a como uma ciência de observação, atribuindo à mesma uma diferenciação com o socialismo que para ele seria 'um sistema, parto de inteligências superficiais<sup>279</sup>.

Complementando esta breve análise ideológica, releva retornar a citação feita por Rui Barbosa, com o intuito de clarificar as ideologias presentes nas duas academias, ao se referir este grande pensador brasileiro à Academia de Direito de São Paulo e seu ensino:

O estudo aqui nunca foi livresco, egoístico, indiferente à vida social. Nunca o direito se regulou aqui em textos estéreis e mortos. O seu tirocínio escolar, nesta cidade, sempre se animou ardentemente do espírito de luta, de civismo, de reação liberal. Assim era desde o embrião da sua faculdade, quando Avelar Brotero em Março de 1828, averbava a matrícula no primeiro ano<sup>280</sup>.

Podemos verificar que na época imperava o liberalismo nas academias; no entanto, na Academia de Direito de São Paulo, o espírito liberal mostrava-se absorvido pela função ideológica inicial do liberalismo no sentido de uma teoria revolucionária, e, na de Olinda, essa ideologia mantinha-se mais conservadora, requerendo um ajuste político: liberais exaltados; liberais

---

<sup>278</sup> RODRIGUES, Honório J. (1975). *Independência: Revolução e Contra-Revolução*. Apud CURY, Vera de Arruda Rozo. Op. cit. p.51.

<sup>279</sup> BEVILAQUA, Clóvis.(1977). *História das Faculdades de Direito do Recife*. Apud Cury, Vera de Arruda Rozo. Op. cit. p.51.

<sup>280</sup> BARBOSA, Rui (1909). *Excursão Eleitoral ao Estado de São Paulo*. Apud CURY, Vera de Arruda Rozo Cury. Op. cit. p.51.

mais conservadores e Igreja. Sem dúvida, o quadro administrativo formava-se no sentido de reproduzir esse modelo, pois o currículo fora moldado sob esse arranjo político, tendo por trás o Estatuto do Visconde de Cachoeira, conservador e romanista.

O Direito romano permanece latente durante muitos anos, por toda a Primeira República. O Direito eclesiástico passara já a sofrer resistência por parte dos liberais e conservadores, no final do Império. Ambos ordenavam a separação entre Estado e Igreja, no sentido de impor ainda restrições ao papel desta e aquele em relação à educação. O Direito eclesiástico assume, em decorrência das pressões, o caráter de disciplina optativa. Nesse período, o Estado Imperial encontrava-se fragilizado pela crise Igreja/Estado/Escravos/ Militares, não conseguindo a descentralização do ensino, restando essa alternativa apenas para o ensino privado.

No período da República, dada a ruptura do Estado com a Igreja, sobrevive o ensino jurídico segundo os mesmos padrões do período Imperial, com exceção do Direito eclesiástico, então abolido do currículo. Acrescia a dificuldade para a interpretação dos textos legais, produzidos em excesso, com seus casuísmos, segundo os interesses das elites dominantes e apoiados em textos do Direito Civil pela interpretação romanística. Esses fatos contribuíram para a transformação do currículo num sistema abstrato, destinado à formação de profissionais e não de juristas. Por essa época, manteve-se a influência romanista e jusnaturalista, muito embora já se fizesse sentir na Europa a influência positivista.

#### **4.4. Universidade brasileira: reformas educacionais e política ideológica**

Com a revolução de 1930, implanta-se no Brasil a Universidade, e em 1931, implementa-se a Reforma Educacional, numa tentativa de adequação do ensino nacional às necessidades resultantes da industrialização e da

urbanização, trazendo para o ensino jurídico o estudo dos fundamentos econômicos com “autonomia reflexiva e metodológica”<sup>281</sup>.

A reforma Francisco Campos concretizava a universidade orgânica, já apregoada por Anízio Teixeira, programando-se vários cursos isolados, em atenção aos vários níveis de adiantamento dos alunos e, posteriormente, criando-se a Universidade do Distrito Federal (1935/1939). Tal situação permaneceu, com pequenas alterações, até 1961, quando da publicação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), que, todavia, não trouxe nenhuma proposta inovadora para o ensino jurídico. O currículo jurídico, desta feita, permanece sem retratar nenhum sentimento renovador, como ocorrera em períodos anteriores.

Neste momento, cumpre-nos uma política ideológica com sensíveis influências para o sistema educacional brasileiro.

MORAIS (1989), em estudo realizado sobre a educação e cultura brasileiras, faz uma análise abalizada sobre a hegemonia exercida pelos Estados Unidos sobre as Américas, especialmente com relação aos países subdesenvolvidos, dentre eles o Brasil, influência essa marcante após a Segunda Guerra Mundial, a qual projetou os Estados Unidos como “heróis mundiais da liberdade e da democracia, como aliados de quantas nações desejassem preservar sua soberania”<sup>282</sup>. Da mesma maneira, a segunda Guerra Mundial provoca a “bipolarização do poder”, situando a União Soviética num pólo e Estados Unidos no oposto, totalmente divergentes na limitação do seu exercício de poder, “a fim de criar condições de convivência internacional”<sup>283</sup>.

A análise realizada revelou perspicácia sobre a situação, tendo em vista não nos termos apercebido, logo de início, sua verdadeira intenção

dos nossos aliados norte-americanos, os quais nos ofereceram de princípio uma face simpática, evocativa da Doutrina de Monroe (“A América para os

---

<sup>281</sup> BASTOS, Aurélio Wander (2000). *O Ensino Jurídico no Brasil*. p.338.

<sup>282</sup> MORAIS, Regis de (1989). *Cultura Brasileira e Educação*, p.119.

<sup>283</sup> Idem, p. 113.

americanos”) ... Quem não se recorda da estupenda admiração que o homem comum brasileiro nutria pela exemplar civilização estadunidense?<sup>284</sup>

No entanto, a apreensão faz-se sentir mediante a posição assumida pelo presidente Theodore Roosevelt, quando se posiciona sobre o desejo do país, ou seja, “ver que nos países vizinhos reina a estabilidade, a ordem e a prosperidade” e que todo

Estado cujo povo se conduza bem pode contar com nossa cordial amizade. Se uma nação se mostrar capaz de atuar com eficiência e decência do ponto de vista social e político, se mantém a ordem pública e ‘cumpre com suas obrigações’ não deverá temer intervenções dos Estados Unidos. No entanto, uma ordem crônica ou uma impotência resultante do relaxamento geral dos laços da sociedade poderiam exigir da América, como em qualquer outra parte, a intervenção de uma nação civilizada. No hemisfério ocidental, a Doutrina Monroe pode obrigar os Estados Unidos, ‘embora contra sua vontade’, a exercer, em casos de flagrante desordem ou de impotência, um poder de ‘polícia internacional’<sup>285</sup>.

A manipulação sutil fez-se sentir por meio das técnicas de comunicação em massa; a americanização do Brasil se “impõe no vácuo deixado pelo declínio da influência européia”<sup>286</sup>.

Uma nação apenas iniciada no processo de sua industrialização, uma vez conduzida à órbita de dependência dos Estados Unidos, viu-se de súbito invadida por avançada tecnologia veiculadora de valores bem mais pragmáticos do que os que até então cultivara. Em poucos anos nós brasileiros tivemos de fazer áspera trajetória que ia do *savoir-faire* ao Know-how – digo áspera porque era uma trajetória que nos levava de um clima de sensibilidade e sutileza, de inteligência e sagacidade a um clima de esperteza e oportunismo individualista sublimados em condicionamento tecnológico<sup>287</sup>.

Observa-se que aos poucos vai-se afastando a influência cultural francesa, passando o povo brasileiro a abraçar tão só os hábitos americanos, bem como seus costumes, pois culturalmente estes ainda buscavam uma cultura

---

<sup>284</sup> Idem, p. 113.

<sup>285</sup> BRUTI, Hector (1986). O imperialismo. Apud MORAIS, Regis de, *Cultura Brasileira e Educação*, p.91.

<sup>286</sup> MORAIS, Regis de (1989). Op. cit. p.117.

<sup>287</sup> MORAIS, Regis de (1989). Op. cit. p.117.

homogênea calcada na européia, concluindo-se que faltava aos Estados Unidos uma “riqueza civilizatória para se impor a outros países”<sup>288</sup>.

A esse respeito, MORAIS (1989), deixa claro que o fator do empobrecimento cultural dos Estados Unidos à época, sua busca pela hegemonia, nos trouxe um

empobrecimento ainda maior, pois se já vivíamos com um ethos tomado de empréstimo a outra formação cultural (a francesa), se já experienciávamos uma situação básica de inautenticidade, naquele instante éramos transferidos para outra situação de inautenticidade – só que infinitamente mais pobre, na qualidade intrínseca de seus valores<sup>289</sup>.

Dando continuidade à nossa exposição, urge lembrar a prática constante do comportamentalismo decorrente, particularmente da teoria de Skinner, “que compreendeu ser o bastante manipular o agir para transformar o ser”<sup>290</sup>, resultando em

1. que se procurasse ampliar o comportamentalismo a outros campos das ciências humanas;
2. que o behaviorismo fosse erigido em grande modelo para os países atraídos à órbita de influência norte-americana.

Essa influência foi marcante na área da educação, originando-se, dessa prática que absorvia os princípios básicos, a racionalidade, a eficiência e a produtividade, hoje pilares basilares da tecnologia do ensino, ou seja, das pedagogias tecnicistas, centradas no pragmatismo profissional do tipo *how to do*, as quais alastraram-se, assomando a diversas áreas do conhecimento, inclusive a jurídica, cedendo os grandes e importantes estudos jurídicos o passo a um praticismo formador de rábulas diplomados.

---

<sup>288</sup> Idem, p. 118.

<sup>289</sup> MORAIS, Regis de (1989). Op.cit. 119.

<sup>290</sup> Idem, p.119-120.

Não bastasse tal situação, registre-se que a influência americana somou-se à mentalidade consumista, em decorrência dos hábitos e costumes americanos que proscreveram os ideais culturais e éticos.

Com relação à Pedagogia tecnicista, esta ganhou sua primazia na década de 1960, quando acordos foram estabelecidos entre MEC (Ministério da Educação e Cultura) e USAID (United States Agency for International Development), firmando-se a hegemonia dos Estados Unidos, num *momento de especial vassalagem dos governos ditatoriais*,<sup>291</sup> entre os quais nos incluíamos.

Assim, a promissora virada da educação para o povo dos anos 60, uma vez incinerada pelas chamas de um lamentável equívoco histórico, foi transformada em componente barato dos adubos que alimentaram o crescimento da educação tecnicista em nossa paisagem<sup>292</sup>,

com profundos reflexos na nossa sociedade hoje produtivista e consumista, e, conseqüentemente, na esfera jurídica que dominou com seus cursos jurídicos a formação superior.

Sem dúvida, a ideologia dominante na Europa sempre produziu seus reflexos no Brasil, mas sempre esbarrou no poder estatal, representante da elite dominante e muito tardiamente os absorveu, resultando na estagnação do Direito, bem como os reflexos decorrentes da maléfica americanização tecnicista de ensino.

#### **4.5. Resolução nº 3 do Ministério da Educação e Cultura: Flexibilidade Curricular**

Em 1972, a Resolução nº 3 do Ministério da Educação e Cultura (MEC) propõe um novo currículo para o ensino jurídico, incluindo disciplinas formativas: Economia, Sociologia, Introdução ao Estudo do Direito, ao lado das disciplinas

---

<sup>291</sup> MORAIS, Regis de (1989). Op. cit. p.121.

<sup>292</sup> Idem, p.122.

profissionalizantes, acrescentando-se, ainda, um rol de disciplinas optativas, como o Direito Romano, bem como obrigatórias: Prática Forense – como estágio supervisionado –, Educação Física e Estudo de Problemas Brasileiros, facultando às Faculdades a criação de habilitações específicas, delineados os conteúdos previstos na Resolução ou no currículo pleno atendendo às necessidades regionais.

Sem dúvida, a Resolução nº 3/72 do MEC trouxe a flexibilidade curricular necessária para uma maior elasticidade no ensino jurídico, permitindo que as Faculdades de Direito inserissem disciplinas e ou criassem habilitações que levassem em consideração as diferenças regionais e necessidades advindas de cada região, tendo em vista as demandas locais do mercado de trabalho locais e, muito embora fosse resultante de um Estado autoritário, não impôs um modelo ou proposta autoritária ou conservadora para o ensino jurídico.

Na verdade, em relação às Faculdades de Direito, seus administradores não compreenderam o espírito da Resolução, que concedia autonomia às instituições, uma vez que impunha um currículo pleno e não mínimo, como observado pela maioria das instituições de ensino jurídico, propiciando a massificação do ensino, pois, no “fundo, os propósitos do currículo de 1972 foram inovadores, mas o quadro político autoritário, a ausência de mecanismos abertos e transparentes de decisão inviabilizaram a sua aplicação e eficácia”<sup>293</sup>.

Em 1980, o MEC nomeou uma Comissão de Especialistas em Ensino Jurídico, com representantes do Rio de Janeiro, Santa Catarina, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Pará, Ceará e São Paulo, tendo como finalidade a elaboração de uma nova proposta para o currículo jurídico mínimo, proposta essa que, após ter sido elaborada, caiu no esquecimento, não sendo tomada nenhuma decisão para sua implantação, em razão certamente de problemas políticos.

Já em 1992, outro passo importante para a reforma curricular surge em decorrência da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que, designando em 1991 uma Comissão de Especialistas em Ensino Jurídico, obtém um diagnóstico da

---

<sup>293</sup> BASTOS, Aurélio Wander (2000). Op. cit. p.343.

atual situação do ensino jurídico, trabalho que se intitulou – *Ensino Jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas* – e foi apresentado em Vitória (ES) na XIV Conferência Nacional da OAB. Nessa época, O Conselho Federal da OAB adotou uma metodologia adequada à discussão da posição e da visão de sujeitos ligados ao mundo jurídico e à vida acadêmica de todas as regiões do país. Para a seleção da amostra a ser investigada, consideraram-se aqueles especialistas que já haviam elaborado trabalhos sobre as polêmicas que envolviam o ensino jurídico e sua contemporaneidade, sendo-lhes enviado um questionário com questões abertas, cujas respostas refletiram a absoluta e inquestionável necessidade da mudança de paradigma jurídico-educacional.

O diagnóstico foi bastante preciso, com posições intermediárias assumidas anteriormente e expostas naquele momento, ora analisando o direito que surge e se traduz por uma ordem

legal fundada no primado da racionalidade formal, apenas garantindo as regras do jogo político-econômico para que uma sociedade pouco integrada e discriminativa possa jogá-lo livremente ao sabor de suas contradições, reproduzindo assim as profundas desigualdades reais, ou uma ordem normativa mais flexível, capaz de conciliar procedimentos formais com as exigências de racionalidade material, em termos de justiça substantiva, a partir de ampla reforma de nossas estruturas sociais<sup>294</sup>,

ora denunciando ser imprescindível o estudo

dogmático do direito – tendo por objeto o conhecimento das regras positivas, de sua organização e hierarquia, de seus conceitos fundamentais e princípios orientadores, buscando a determinação do seu significado atual, tendo em vista a sua aplicação a determinado contexto atual ... o que precisa ser aferido é o modo e os limites segundo os quais se realiza. Contrariamente ao pensamento dominante, o estudo dogmático do direito precisa ser criativo e sensível ao quadro histórico a que se destina”<sup>295</sup>,

no entanto com características diferenciadas, fatos esses que refletem a necessidade da flexibilização que,

---

<sup>294</sup> FARIA, José Eduardo (1992). Ensino Jurídico: O alcance de uma reforma. In: *Ensino Jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas*, p.156

<sup>295</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de (1992). In: *Ensino Jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas*, p.222.

se por um lado objetiva propiciar a adaptação dos programas a especificidades regionais, por outro postula uma condição sine qua non para as faculdades de direito: a obrigatoriedade de transmissão de um conhecimento reflexivo ao lado do conhecimento instrumental<sup>296</sup>.

Considere-se que a

desconstrução racionalizadora que atravessa a globalidade da cultura tecno-industrial estende-se ao conhecimento e à prática das estruturas lógico-formais de regulação jurídica. O paradigma de 'cientificidade' que sustenta mormente o discurso da legalidade liberal-individualista/formal/positivista, edificado e sistematizado nos séculos XVIII e XIX, está quase que inteiramente desajustado, diante da conjuntura oferecida pelas novas facetas de produção de capital, pelas emergentes necessidades das formas alternativas de vida e pelas profundas contradições sociais das sociedades classistas e interclassistas<sup>297</sup>.

Diante desse quadro, a nova Comissão de Especialistas em Ensino Jurídico vem a ser nomeada pelo MEC, encarregada de nova proposta tendo em vista o diagnóstico da crise contemporânea do ensino jurídico.

Vale-se, então, esta Comissão de nova metodologia. Num primeiro momento, foram realizadas reuniões regionais por membros responsáveis pela parte pedagógica e administrativa dos Cursos Jurídicos e representantes dos Centros Acadêmicos, tendo como finalidade angariar sugestões para a elaboração da proposta. Dessa maneira, foram realizados três seminários: Porto Alegre (Região Sul); Recife (Região Norte e Nordeste) e São Paulo (Região Sudeste).

Os seminários foram realizados em 1993, obedecendo à ordem acima enunciada e, no mês de dezembro do mesmo ano, ocorreu o Seminário Nacional dos Cursos Jurídicos, em Brasília, com significativa participação de delegados inscritos, tratando-se, ainda, do tema Elevação de Qualidade e Avaliação. Analisaram-se, naquele momento, as propostas resultantes dos três seminários anteriores, considerando-se três vertentes: a elevação da qualidade; avaliação interna e externa e reforma curricular. Em particular, cabe-nos neste trabalho a

---

<sup>296</sup> FARIA, José Eduardo (1992). Op. cit, p.154.

<sup>297</sup> WOLKMER, Antonio Carlos (1992). *Ensino Jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas*, p.73.

análise mais aprofundada da terceira vertente, ou melhor, da reforma curricular, cujo relatório final foi aprovado pelo seminário nacional realizado em Brasília.

Releva assinalar a preocupação na época, dos participantes dos seminários locais e nacional em com a constatação das propostas para a reforma curricular a formação que deve ser dada ao aluno, a qual traça por si só o perfil acadêmico desejado, bastando que se transcrevam os três primeiros tópicos do relatório final, MEC/SESU/ de dezembro de 1993:

O Curso Jurídico, tanto em suas matérias fundamentais quanto profissionalizantes, deve propiciar uma sólida formação técnico-jurídica e sócio-política.

A reflexão teórico-doutrinária do Direito deve também ser direcionada para a construção de um saber crítico que possa contribuir para a transformação e a ordenação da sociedade.

É necessário proporcionar ao acadêmico embasamento humanístico, com ênfase em disciplinas como Filosofia Geral, Filosofia do Direito, Sociologia Jurídica e outras matérias fundamentais interdisciplinares, a exemplo de Sociologia Geral, Teoria Geral do Direito, Português e Linguagem Jurídica, fundamentos da Ética Geral e Profissional.

Sem dúvida, os tópicos apontados constituíram o aspecto mais relevante para a elaboração da Portaria 1886/94/MEC, que hoje fixa o currículo mínimo para o ensino jurídico e estabelece as novas diretrizes.

O relatório MEC/SESU/1993 refere-se, ainda, em cinco tópicos, à necessidade da elevação da qualidade do ensino jurídico, cumprindo-nos ressaltar dois deles pela sua importância indicativa da necessidade de um novo paradigma para o ensino jurídico: o tópico relativo ao incentivo à organização, nos cursos jurídicos, de um ensino crítico capaz de aumentar *as fontes de informação sobre as situações sociais e políticas onde o direito deve atuar*, e aquele em que é recomendado o estímulo à elaboração de um projeto pedagógico democrático “em que as experiências do saber empírico sobre o direito sejam consideradas com reserva estratégica para construção do saber científico sobre o direito real”.

Outro aspecto a ser considerado, sem o que pouco poderá ser efetivamente realizado, foi a questão da qualificação e capacitação do corpo

docente, indicando os parâmetros que devem ser observados a título de recomendação. Constan dessas recomendações: titulação acadêmica do corpo docente para o exercício da docência, exigindo-se, ao menos, curso de especialização na falta de Curso de Pós- Graduação *Stricto Sensu*.

Recomenda-se, igualmente, no mesmo nível de exigência “a freqüência a curso de formação pedagógica a todos os professores, oferecidos ou não pela instituição, inclusive aos portadores de título de mestre ou doutor”.

A essas recomendações, poderíamos acrescentar a necessidade de que uma formação reflexiva e crítica, no sentido de fazer que o docente leve o aluno a aprender a aprender, a construir o seu próprio texto e não a levá-los a permanecer como meros reprodutores do conhecimento, como se esse conhecimento estivesse pronto e acabado, pois

o ensino não ensina a verdade, como se ensina história ou cálculo; o sentido de qualquer lição é, aqui, a designação de uma certa relação com uma verdade que não está diante do homem e pode ser apontada com o dedo, mas no homem e à sua volta... A verdade humana define-se como um ser que nos engloba e nos orienta, como o sentido último do uso do tempo e da vida<sup>298</sup>.

Essa preocupação decorre do fato do uso constante dos manuais nos cursos jurídicos freqüentemente repetidos pelo mestre. Esse hábito favorece o aluno faltoso e desinteressado<sup>299</sup>.

Convém ter presente o fato de que o

programa, os métodos, os manuais adotados nos cursos jurídicos pecam pelo teorismo, ausência de espírito crítico e inadequação à realidade. Um sistema anacrônico, livresco, afastado do dinamismo da vida moderna, continua sendo impingido aos alunos<sup>300</sup>.

Segundo MELO FILHO<sup>301</sup>, “o mestre não deve ensinar pensamentos, mas ensinar a pensar”. O ensino não deve restringir-se aos manuais. É preciso

---

<sup>298</sup> GUSDORF, Georges (1987). *Professores para quê?* p.70.

<sup>299</sup> CAMPILONGO, Celso (1992). In: *Ensino Jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas*, p.84.

<sup>300</sup> BONFIM, Benedito Calheiros (1992). In: *Ensino Jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas*, p.79.

<sup>301</sup> MELO FILHO, Alvaro (1992). In: *Ensino Jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas*, p.59.

provocar o questionamento em classe e, sobretudo, “a pensar os códigos e a compreender juridicamente os fatos sociais”.

Como preleciona MELO FILHO, “é urgente a implantação de um currículo jurídico que acolha o Direito vivo, capaz de saltar das palavras da lei para a realidade do cotidiano...”<sup>302</sup>. O conteúdo ministrado deverá responder às exigências atuais e o ensino haverá de pôr em discussão a radicalidade, o absolutismo dos postulados jurídicos, ou seja, a inflexibilidade da lei ou a sua moderação, a sua relatividade, já que a lei se aplica ao ser humano, devendo possibilitar a avaliação do conceito da infalibilidade dos postulados jurídicos.

Consideramos, dessa maneira, que a simples reforma curricular, hoje proposta, necessita acatar a idéia manifestada pela comissão da qualificação docente, no sentido de obter seu apoio, cuja nova mentalidade estará voltada para a análise crítica dos institutos jurídicos, somada essa mentalidade aos aspectos sócio-econômicos e políticos, instigadores de uma mentalidade crítica e criadora nos alunos.

Ao lado dos docentes, ressaltamos a necessidade do acatamento das novas diretrizes pelos administradores do ensino jurídico não apenas pelo enfoque do currículo mínimo, mas pelo enfoque do currículo pleno, pois as reformas curriculares terão sucesso quando estiverem de acordo com o espírito por elas proposto. Caso contrário, as alterações permanecerão apenas nos aspectos formais de inserção ou exclusão de disciplinas, tendo em vista apenas a grade curricular.

Não podemos, ainda, relegar a um segundo plano a análise do papel do Estado nos momentos históricos de transição, pois, com base no regime monárquico e no aparecimento do absolutismo, tornou-se legítimo o seu poder absoluto, passando a ser o único com poderes para governar e legislar.

Iniciou-se a fase do capitalismo mercantil, precisamente no século XVIII, quando a burguesia transformou a economia, considerando não apenas a posse

de terras como importante, mas também os lucros obtidos nas transações comerciais com vistas ao poder político.

Do Estado soberano passou-se para a idéia de nação soberana, quando o Direito Estatal se voltou para servir a burguesia, quando legitima os novos mercados por ela abertos. Reduziu-se o Direito estatal ao Direito Positivo, Direito este resultante dos interesses da burguesia, ou sociedade burguesa.

O século XIX foi marcado pela dogmática jurídica, chegando ao clímax na primeira metade do século XX. Observamos, neste momento, um Estado político, econômico e jurídico, unificando Direito e Estado, retratados como um só corpo: o Direito é o Estado e este é o Direito Positivo, do que resulta o monismo jurídico.

Em seguida, ressaltamos a fase do capitalismo industrial, quando os países industrializados entraram numa fase de depressão econômica, obrigando o Estado a interferir na economia, alterando, dessa maneira, o seu perfil anterior.

Finalmente, entramos hoje na segunda metade deste século, no mundo da globalização, quando as demandas sócio-econômico-políticas apresentam-se mais conscientes e vêm enfraquecendo a cientificidade kelseniana, no sentido de a dogmática estar perdendo a sua funcionalidade, gerando uma crise no poder jurídico estatal com o surgimento de teses neoliberais, na busca de um retorno ao capitalismo em sua forma inicial, na busca das conquistas sociais e ensejando uma reestruturação jurídica.

Podemos verificar a presença marcante de dois paradigmas, ou seja, aquele decorrente do jusnaturalismo clássico e aquele que procede do racionalismo instrumental, ou positivismo dito exarcebado, os quais não suprem as necessidades atuais, não mais condizentes com o individualismo. Devemos voltar-nos ao coletivismo, deixando de lado o direito estatal dogmatizado, que, por tão longo período, serviu à dominação da sociedade, pois a evolução do

---

<sup>302</sup> MELO FILHO, Alvaro (1992). Op. cit. p.53.

Direito de Roma até o momento não se traduz pelo Direito em si, mas por um conjunto normativo e coercitivo marcado pela política e pela economia, presentes na formação do Estado e do Direito ora posto.

A esta altura de nossas reflexões, desenham-se novos espaços para o ensino do Direito. Não é mais possível permanecermos de olhos vendados ante sinais tão evidentes de mudança ideológica, o que está a demandar novos paradigmas, conforme buscaremos construir em nossas propostas finais.

## CONCLUSÃO

Este estudo buscou trazer à luz as implicações sociopolítico, econômicas e ideológicas que envolveram a educação jurídica, em razão dos paradigmas dominantes e a conexão estabelecida entre eles, bem como buscou revelar os interesses estatais na qualidade de reflexos dos interesses das classes dominantes nos aspectos socioeconômicos e políticos, nos quais, com algumas exceções, priorizou-se a reprodução do conhecimento jurídico extraído do texto normativo legislado.

Os protagonistas de tal façanha assumiram uma atitude formalista, dogmática, centrando-se nas normas, abraçando, neste momento, a Ciência do Direito de cunho positivista, na clara intenção de manter o *status quo*, impedindo assim, alguma transformação profunda da realidade social. Esqueceu-se, no entanto, que o Direito é por si só uma realidade histórico-cultural vinculada aos mais diversos contextos sócio-culturais e reduziu-se a realidade ao conceito, considerando-o como a única e verdadeira realidade.

Durante nosso estudo, ativemo-nos aos aspectos da formação do Direito romano-germânico, considerando a origem do Direito brasileiro, cuja

essência foi formada sob a égide do Direito romano, o qual determina, num primeiro momento, regras de conduta ligadas estritamente às preocupações com a justiça e a moral na regulamentação das relações entre cidadãos (Direito Civil) para, num segundo momento, estender-se aos demais ramos do Direito.

Pudemos constatar, por fatos históricos por nós levantados, que na Antigüidade, tempo do poder absoluto do Príncipe, havia intenção manifesta do monopólio do Direito, já que os romanos eram tendentes ao pluralismo jurídico, quando então absorviam o Direito dos “estrangeiros” na área do Direito privado. Dessa maneira, manteve-se a matriz consuetudinária ao longo do tempo, com interpretações dos doutores no sentido quantitativo e qualitativo.

Mesmo mediante as compilações e a atribuição de grande importância ao Direito do Imperador Justiniano, a aplicação do Direito não se distanciou muito das decisões pretorianas, sofrendo somente modificações consideráveis após a Revolução Francesa.

Por ocasião da Revolução Francesa, num primeiro momento, a burguesia pregou e defendeu o Direito natural, para, em seguida, abandoná-lo, tendo em vista a consolidação do seu poder, passando a observar a codificação na sua íntegra.

Esse apego ao texto positivado e sua obrigatoriedade acabou por criar, em 1790, a Corte de Cassação (por lei), a qual foi mantida em 1791 na Constituição da França. Traduziu-se tal Corte por um tribunal legislativo com competência para anular as sentenças emanadas do Judiciário que se afastassem da vontade do legislador, uma vez que as leis seriam perfeitas, claras, compreensíveis a todos, não admitindo interpretações. Nesse momento, termina o arbítrio do aplicador da norma na sua interpretação, pois

o Direito emanara do poder competente. Considerando-se que, por essa época, já se fazia presente a separação dos poderes e que o Direito retratado pela norma advinha do poder competente (Legislativo), a nenhum jurista era dado o poder de criar o Direito, pois, ao fazê-lo, estaria o jurista usurpando o poder soberano da nação.

Considerou-se a Corte de Cassação uma forma de oposição aos Parlamentos existentes no antigo Regime, os quais se constituíam em órgãos judiciários, dando publicação às leis e, quando contrários às ordenanças do rei, recusavam-se a registrá-las, desautorizando, dessa forma, o rei, no sentido de empreender uma resistência ao poder real, fato esse que chegou ao seu clímax no reinado de Luís XV. Dessa forma, ocorreu o enfraquecimento do Judiciário e o jurista assumiu uma posição passiva diante do texto legal, ficando relegado, portanto, à categoria de exegeta, nada construindo, permitindo que o Direito legal se afastasse das necessidades e anseios da sociedade, tendo em vista o caráter seletivo das normas legais.

Desde então, o poder estatal ganha força, e, consoante esta nossa análise, surge na França (1804) a Escola de Exegese, valorando apenas o Direito positivado, transportando a metodologia jurídica para o plano lógico-dedutivo, voltada apenas aos elementos lógico-jurídicos do Direito. Podemos afirmar que nesse momento tinha início a implantação do positivismo jurídico, o qual previa o estudo do Direito e sua aplicação independente dos valores éticos e sociais, pois buscava-se o caráter científico do Direito, afóra toda e qualquer ideologia, construindo-se uma nova visão, a qual passaria a considerar o Direito um meio de controle social atribuído pelo Estado. O jurista, na qualidade de subalterno deste e preso ao Direito, torna-se um colaborador da vontade emanada do Estado. A grande problemática do ensino jurídico residia no fato de que o Direito passava a pertencer ao detentor do

poder e àqueles que o conquistaram, os quais, em unísono, o pregavam, constituindo uma operação de poder, consolidando-se, então, o legalismo jurídico.

Adquiriu hegemonia a Escola de Exegese, a qual proclamou aos quatro cantos do mundo o valor incontestado do Direito positivado, afastando-se, nesse momento, a distinção entre legalidade e legitimidade, fatores que se complementam com Kelsen, que atribui à justiça a legalidade, numa tentativa de afastar a justiça dos juízos de valor, os quais são considerados inseguros por ele, desde que afastados da ordem legal estabelecida. Vale dizer, fora da legalidade a aplicação do Direito seria injusta. Destarte, o conteúdo da norma, uma vez emanada do poder competente, torna-se incontestável dada sua efetividade, pois está em consonância com a norma fundamental que, segundo Kelsen, contém o fundamento da ordem jurídica.

As restrições apresentadas e acolhidas pela maioria dos juristas e, conseqüentemente, transferidas para o ensino jurídico, no sentido de isentar a norma de qualquer interpretação crítico-valorativa, permaneceu, e ainda hoje ocupa um grande espaço no mundo jurídico, ensejando a permanência do ensino normativista, a considerar o Direito como um conjunto de normas, aplicável sem distinção aos casos concretos que o requeiram. As diversas formas de Direito, no entanto, não correspondem às várias leis que esse Direito comporta, leis essas que se concretizaram em uma determinada época e num determinado país, mas não se equivalem ao fenômeno jurídico que é complexo, intimamente ligado a uma determinada concepção de ordem social, constituindo cada Direito um sistema.

As regras do Direito, as normas, podem ser alteradas segundo a vontade do legislador, mas, mesmo quando alteradas, subsistem outros elementos à civilização, à continuidade histórica do Direito, fato esse que nos

permite tomá-lo como ciência, distinto, pois, das regras mutáveis. O Direito, no universo jurídico, exprime-se segundo técnicas e línguas diversas, de acordo com diferentes sociedades, nas quais estruturalmente se manifestam costumes e crenças variadas. Urge a compreensão dessas diversidades, em especial no momento atual, momento da globalização, quando os Estados buscam estabelecer entre si uma coexistência pacífica e maquinam novas formas de cooperação econômica em níveis regionais e até mesmo mundiais, envolvendo sempre o Direito como expressão do justo de cada estrutura político-estatal envolvida.

Durante séculos, o círculo jurídico permaneceu restrito, ateve-se ao Direito nacional e, quando muito, estendeu-se o interesse ao Direito do continente europeu, como no nosso caso. Neste milênio, porém, já não podemos render-nos ao Direito como um conjunto de normas. Cada vez mais nos defrontamos com cidadãos, e mesmo juristas que, por não possuírem a mesma visão de mundo, têm uma concepção diferente do Direito.

São esses cidadãos, esses juristas os nossos interlocutores, os quais esperam ser compreendidos e se fazerem compreender quanto às suas regras e procedimentos jurídicos em face da sua essencialidade, resultante dos princípios reguladores das suas relações sociais. Esses princípios não são os mesmos em todos os países, mas diversificam-se. Essa diversificação pode advir mesmo do não respeito ao Direito, comum nos países ocidentais, com práticas contrárias ao estatuído juridicamente. Tais práticas resultam de elementos de ordem religiosa, moral, política e social, bem como refletem questões administrativas, profissionais e comerciais, influenciando numa dada sociedade, na forma de agir dos indivíduos que a compõem. Tais aspectos são os que efetivamente regulam as relações sociais e que traduzem a realidade do Direito.

O Direito busca o equilíbrio entre interesses opostos, no sentido de realizar a justiça. Essa realização pode ocorrer de maneiras diferentes segundo as noções jurídicas desenvolvidas nos diversos países e até mesmo no mesmo país, em cada região. No Brasil, as questões tidas como primordiais para a região sul podem não ser fundamentais para a região nordeste. As questões que para nós são primordiais podem ser secundárias para um jurista francês ou americano. Neste preciso momento, é que cabe ao jurista nacional estabelecer o diálogo com sua própria Nação e com o mundo, para maior compreensão do Direito nacional, e, por que não? dos povos, neste momento de universalidade.

Vislumbra-se o Direito sem pensar sobre ele, por se acreditar ser a aplicação da justiça um fiel reflexo do real, que torna desnecessária a sua elucidação, pois ínsita situa-se a lógica, e a verdade objetiva aclara-se, transmudando-se em teorias como reflexo do real, as quais se imortalizam, impedindo as transformação e rupturas necessárias para o crescimento jurídico. Deixamos de lado as pesquisas e investigações da realidade na qualidade de verdade, sem manipulações, sem a influência do poder e dos interesses sociais, pois nos sentimos todos nós inseguros. Permanecemos cegos quanto à necessidade de mudança de paradigma, que se nos apresenta ante os dados que afloram, denunciando as anomalias das teorias presentes.

Afirma-se nos quatro cantos do Brasil que o ensino jurídico está em crise. Qual o motivo de tal crise? Apenas as anomalias teóricas ou os princípios que as nortearam? Necessário se faz refletir sobre o todo e suas partes, pensar sobre os princípios, discuti-los, incorporá-los à vida para uma tomada de consciência da sua complexidade. O estudo do Direito surge como um desafio, pois introduzir a incerteza no conhecimento jurídico posto dogmaticamente requer um pensamento multidimensional que, por ser lógico

“integre e desenvolva formalização e quantificação, mas não se restrinja a isso”<sup>303</sup>.

O Direito insere-se numa realidade antropossocial, multidimensional, estando nele presentes as dimensões individual, social e biológica, bem como os mais variados aspectos que se comunicam como um todo. Estes aspectos devem ser pensados dialogicamente, ou seja, unidos no sentido de unidualidade, amparado no empirismo e na racionalidade, num “diálogo fecundo entre a vontade da razão de se operar de todo o real e a resistência do real à razão”<sup>304</sup>.

O estudo do Direito deverá propiciar o diálogo com o universo não só jurídico, pois o universo é a realidade na sua totalidade, com suas verdades e inverdades, num diálogo constante entre o sujeito com o conhecido e o desconhecido, na medida em que está situado num determinado espaço e tempo, numa sociedade que deve deixar de lado o individualismo para uma retomada da solidariedade nas suas relações interpessoais. Sem dúvida, refletir sobre o Direito conduz-nos à complexidade, conduz-nos ao diálogo entre os saberes com seus conteúdos que se integram, complementando-se, num ir e vir para a elaboração do conhecimento jurídico, que se constrói no dia-a-dia ligado à vida. Nessa reflexão, unem-se o conhecido e o desconhecido, no sentido do aprender a aprender, não com base na interdisciplinaridade do modo como se apresenta atualmente, ou seja, num rol de disciplinas soberanas, que mantêm suas especificidades e particularidades sem nenhuma articulação entre si e com fronteiras intransponíveis.

O ensino jurídico obrigatoriamente deverá levar em conta a complexidade do real, pela própria complexidade do Direito e das questões

---

<sup>303</sup> MORIN, Edgar (1999). *Ciência com Consciência*. p.189

<sup>304</sup> Idem. p.190.

por ele suscitadas e que dizem respeito a toda a humanidade. Os formalistas, os burocratas, são aqueles que se afastam da complexidade do Direito e se fecham nos limites da ciência jurídica tornada disciplina, sem se dar conta da necessidade de um ordenamento transdisciplinar, da necessidade de uma auto-reflexão e retomada da consciência política e ética, primordiais para a formação jurídica, no sentido da apreensão do Direito, da vivência do Direito. Só uma atitude reflexiva, menos dogmática poderá impedir a visão fragmentária desta ciência que diz respeito ao homem na qualidade de ser total com direitos e deveres inerentes à sua condição fundamental, provinda, a um tempo, da própria natureza humana e da qualidade de ser representativa da humanidade.

## BIBLIOGRAFIA

- ABEL, O. (1996). *Paul Ricoeur. A promessa e a regra*. Lisboa: Instituto Piaget.
- ADORNO, S. (1998). *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- AGUILLAR, F.H. (1996). *Metodologia da Ciência do Direito*. São Paulo: Max Limonad.
- ALMEIDA COSTA, M.J. de. (1996). *História do Direito Português*. Coimbra: Livraria Almedina.
- ALMEIDA-DINIZ, A.J. (1995). *Novos Paradigmas em Direito Internacional Público*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- ALMEIDA, F.H.M. de. (1957). *Ordenações Filipinas – ordenações e leis do reino de Portugal recompiladas por mandato del Rei Dom Felipe, o Primeiro*. São Paulo, Saraiva.
- ALTAVILA, J. (1989). *Origem dos direitos dos povos*. São Paulo: Ícone.
- ALVES, Alaor C. *Estado e Direito: estruturas, formas e ilusões da sociedade real*. Brasília: Revista O.A.B., nº 48.
- ALVES, R. (1984). *Conversas com quem gosta de ensinar*. São Paulo: Cortez Autores Associados.
- \_\_\_\_\_. (1981). *Filosofia da Ciência*. 12.ed. São Paulo: Brasiliense.
- APPLE, M. W.; NÓVOA, A. (Org.) (1998). *Paulo Freire: Política e Pedagogia*. Porto: Porto Editora.
- ANDRADE, C. J. (1991). *Hermenêutica Jurídica no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- ANDRADE, V. R. P. (1996). *Dogmática Jurídica. Escorço de sua configuração e identidade*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado.

- ARANTES, O. B. F. et alii (1992). *Um Ponto Cego no Projeto Moderno de Jürgen Habermas*. São Paulo: Brasiliense.
- ARENDT, A. (1981). *A Condição Humana*. São Paulo: Edusp.
- ARGÜELLO, K. (1996). *Direito e Democracia*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas.
- ARNAUD, A. J. (1991). *O Direito Traído pela Filosofia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- \_\_\_\_\_. (1981). *Critique de la Raison Juridique. 1. - OÙ va la Sociologie du Droit?* Paris: L.G.D.J.
- ARRUDA JR. E.L. (Org.). (1992). *Lições de Direito Alternativo*. 2.ed. São Paulo: Acadêmica.
- \_\_\_\_\_. (1989). *Ensino Jurídico e Sociedade*. São Paulo: Acadêmica.
- ARRUDA JR., E. L.; BORGES FILHO, N. (Orgs.). (1995). *Gramsci. Estado, Direito e Sociedade*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas.
- AVELLAR, H. A. (1983). *História Administrativa do Brasil: a administração pombalina*. Brasília: FUNCEP/Universidade de Brasília.
- AZEVEDO, A.V. et alii (1992). OAB: Diagnóstico, Perspectivas e Propostas. In. *Ensino Jurídico*. Brasília: Conselho Federal da OAB.
- AZEVEDO, P. F. (1999). *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- \_\_\_\_\_. (1996). *Aplicação do Direito e Contexto Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- \_\_\_\_\_. (1989). *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- BACHELARD, G. (1990). *O materialismo racional*. Rio de Janeiro: Edições 70.
- \_\_\_\_\_. (1968). *Le Nouvel Esprit Scientifique*. Paris: Presses Universitaires de France.
- \_\_\_\_\_. (1967). *La Formation de L'esprit Scientifique*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin.
- BADENES GASSET, R. (1959). *Metodología del derecho*. Barcelona: Bosch.
- BALCELLS, J.P. e MARTIN, J.L.F. *Os métodos no ensino universitário*. Lisboa: Livros Horizonte.

- BALZAN, N. C. (1979). *Planejamento aplicado ao ensino - revisão conceitual*. Campinas: FE/Unicamp (mimeo).
- \_\_\_\_\_. et alii (1995). *Avaliação Institucional: teoria e experiências*. São Paulo: Cortez.
- BARCELLONA, P. (Org.). (1984). *I sogetti e le norme*. Milano: Giuffrè.
- \_\_\_\_\_. (1973). *L'uso alternativo del diritto*. Bari: Laterza.
- BARKER, Sir Ernest. (1978). *Teoria política grega*. Brasília: Universidade de Brasília.
- BARROS, W. P. (1995). *A interpretação sociológica do Direito*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado.
- \_\_\_\_\_. (1995). *Dimensões do Direito*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado.
- BASBAUM, L. (1986). *História sincera da República*. São Paulo: Alfa-Omega.
- BASTOS, A. W. (1998). *O Ensino Jurídico no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Pesquisas Jurídicas.
- BENJAMIM, W. et alii. (1983). *Textos Escolhidos*. São Paulo: Victor Civita.
- BERBEL, N. A. N. (1994). *Metodologia do Ensino Superior*. Campinas: Papyrus.
- BERGSON, H. (1994). *A Intuição Filosófica*. Lisboa: Edições Colibri.
- BERMAN, L. M. (1976). *Novas Prioridades para o currículo*. 2. ed. Porto Alegre: Globo.
- BERMAN, M. (1986). *Tudo que é sólido se desmancha no ar. A Aventura da Modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras.
- BERNHEIN, C. T. (1980). *De la universidad y su problemática*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Unión de Universidades de América Latina.
- BEVILAQUA, C. (1975). *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves.
- BLEICHER, J. (1992). *Hermenêutica Contemporânea*. Rio de Janeiro: Edições 70.
- BOBBIO, N. (1995). *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone.
- \_\_\_\_\_. (1992). *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus.
- \_\_\_\_\_. (1988). *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense.

- BONAVIDES, P. (1995). *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros.
- BORDENAVE, J.D. (1984). *Estratégias de ensino-aprendizagem*. 6.ed. Petrópolis: Vozes.
- BOURDIEU, Pierre & PASSERON, Jean Claude. (1982). *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Rio de Janeiro: Francisco Alves.
- BORRERO CABAL, A. (1993). *The university as an institution today*. Ottawa: International Development Research Centre; Paris: UNESCO Publishing.
- BOURETZ, P. (1991). *La Force du Droit. Panorama des Débats Contemporains*. Paris: Esprit.
- BOYER, E. (1977). College: The undergraduate experience. In: *America*. New York. Harper & ROW.
- BRUBACHER, J. S. (1978) *On the philosophy of higher education*. San Francisco: Jossey-Bass.
- CAETANO, M. [s/d]. *História do Direito Português*. Lisboa: Editorial Verbo.
- CAMPILONGO, C. F. (1991). *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- CAPPELLETTI, I. F. (1992). A Docência no Ensino de 2º Grau. In: *A Prática Docente na Universidade*. São Paulo: EPU, p.13-26.
- CAPPELLETTI, M. e GARTH, B. (1988). *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Safe.
- CARNOY, M. (1990). *Estado e Teoria Política*. Campinas: Papirus.
- CARVALHO, M.C.M. (1994). *Construindo o Saber*. Campinas: Papirus.
- \_\_\_\_\_. (org.). (1989). *Paradigmas filosóficos da atualidade*. Campinas: Papirus.
- CESAR, C. M. (org.). (1998). *Paul Ricoeur: ensaios*. São Paulo: Paulus.
- \_\_\_\_\_. (1996). *A Hermenêutica Francesa: Bachelard*. São Paulo: Alínea.
- CHESNEAUX, J. (1995). *Modernidade - Mundo*. Rio de Janeiro: Vozes.
- CHINOY, E. (1967). *Sociedade, uma introdução à sociologia*. São Paulo: Cultrix.
- CIPRIANO, L. et alii (1996). *Fazer Universidade: Uma proposta metodológica*. São Paulo: Cortez.
- COELHO, F. U. (1996). *Para Entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad.

- CONDORCET, P. (1995). *A Ética e o Direito em Farias Brito - Uma Contribuição Atípica à Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro.
- CORREAS, C. I. MASSINI (1999). *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco.
- \_\_\_\_\_. (1996). *El Jusnaturalismo actual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- \_\_\_\_\_. (1994). *Los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CORREAS, O. (1995). *Crítica da Ideologia Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- COSTA, M.J.D. (1996). *História do Direito Português*. Coimbra: Livraria Almedina.
- COULANGES, F. (1998). *A cidade antiga*. Trad: Edson Bini. São Paulo: Edipro.
- CRAU, R. E. (1990). *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: RT.
- CRESCI SOBRINHO. E. (1991). *Justiça Alternativa*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.
- CRETILLA JÚNIOR, J. (1994). *Direito Romano Moderno*. Rio de Janeiro: Forense.
- CUNHA, I. C. (1986). *O bom professor e sua prática*. 2.ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves.
- CUNHA, L. A. (1980). *Educação e desenvolvimento social no Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves.
- CUNHA, P. F. (1995). *Para uma história Constitucional do Direito português*. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, S. S. (Org.). (1993). *Revisão Constitucional: Aspectos Jurídicos, Políticos e Éticos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- CUPANI, A. (1985). *A crítica ao positivismo e o futuro da filosofia*. Florianópolis: Ed. UFSC.
- CURY, V.A.R. (1995). O currículo e a medida do social: estudo de um curso de Direito - contribuição para avaliação institucional. In: *Avaliação Institucional - Teoria e experiências*, São Paulo: Cortez.
- D'ANTOLA, A. (1992). (Org.). *A prática docente na universidade*. São Paulo: EPU.
- DE SORDI, M.R.L. (1995). *A prática de Avaliação do Ensino Superior*. São Paulo: Cortez; Campinas: Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

- DEMO, P. (1996). *Participação é Conquista*. São Paulo: Ed. Cortez.
- \_\_\_\_\_. (1995). *Educação e Qualidade*. Campinas: Papyrus.
- \_\_\_\_\_. (1994). *Política Social, Educação e Cidadania*. Campinas: Papyrus.
- \_\_\_\_\_. (1991). *Pesquisa, princípio científico e educativo*. São Paulo: Cortez.
- \_\_\_\_\_. (1991). Qualidade e Modernidade da Educação Superior. *Educação Brasileira*. Brasília, 13(27), p. 35-80, 2º sem.
- DI GIORGI, B; CAMPILONGO C. F.; PIOVESAN, F. (Orgs.) (1995). *Direito, Cidadania e Justiça. Ensaios sobre Lógica, Interpretação, Teoria, Sociologia e Filosofia jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- DI PIETRO, Alfredo. (1989). La Prudente Tarea de Interpretación en El Derecho Romano. In: *Anuario de Filosofia Jurídica y Social*, p.195-221.
- DINIZ, M. H. (1996). *A ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva.
- DRESSEL, P. (1971). *College and University Curriculum*. Berkeley: McCutchan Pub. Co.
- DRESSEL, P.L. et alii (1970). *The confidence crisis*. San Francisco: Jossey-Bass.
- DUFOUR, Alfred. (1991). *Droits de L'homme, Droit Naturel et Histoire*. Paris: Puf.
- ECO, U. (1977). *Come se fa una tesi de laurea*. Casa Editrice Valentino Bom Piani & C. E.
- EHRlich, E. (1986). *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Universidade de Brasília.
- ELIADE, M. (1978). *Histoire des croyances et des idées religieuses/II. De Gautama Bouddha au triomphe du christianisme*. Paris: Éditions Payot.
- ENCARNAÇÃO, J. B. (1998). *Que é isto, o Direito?* São Paulo: Stiliano.
- ENGISCH, K. (1968). *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- EWALD, F. (1993). *Foucault a Norma e o Direito*. Lisboa: Veja.
- FAORO, R. (1987). *Os donos do poder: formação do patronato político do Brasil*. 9.ed. São Paulo, Globo.
- FARIA, J. E. (Org.) (1994). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros.

- \_\_\_\_\_. (1991). *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- \_\_\_\_\_. (1991). *Justiça e conflito*. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- \_\_\_\_\_. (1989). *Direito e justiça*. São Paulo: Ática.
- \_\_\_\_\_. (1987). *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- \_\_\_\_\_. (1984). *Retórica política e ideologia democrática*. Rio de Janeiro: Graal.
- \_\_\_\_\_. (1988). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UnB.
- FAZENDA, I. et alii (1991). *Metodologia da Pesquisa Educacional*. São Paulo: Cortez.
- FAZENDA, I. et alii. (Org.) (1996). *Práticas Interdisciplinares na Escola*. São Paulo: Cortez.
- FEATHERSTONE, M. (Org.) (1994). *Cultura Global. Nacionalismo, Globalização e Modernidade*. Rio de Janeiro: Vozes.
- FERREIRA, N.T. (1993). *Cidadania: uma questão para a educação*. Rio: Nova Fronteira.
- FINLEY, M.I. (1989). *Uso e Abuso da História*. São Paulo: Martins Fontes.
- FOUCAULT, M. (1996). *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal.
- \_\_\_\_\_. (1987). *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes.
- FURET, F. (1989). *Pensando a Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- FREIRE, P. (1975). *Pedagogia do Oprimido*. Porto: Edições Afrontamento.
- FREITAS, J. (1986). *As grandes linhas da Filosofia do Direito*. Caxias do Sul: Edusc.
- FRIEDRICH, C.J. (1969). *The Philosophy of Law in Historical Perspective*. Chicago: University of Chicago.
- GADOTTI, M. (1995). *Concepção Dialética da Educação*. São Paulo: Cortez.
- \_\_\_\_\_. (1986). *Pensamento Pedagógico brasileiro*. São Paulo: Ática.
- GENY, F. (1954). *Méthodes d'interprétation et sources en Droit privé positif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

- GEUSS, R. (1988). *Teoria Crítica. Habermas e a Escola de Frankfurt*. São Paulo: Papyrus.
- GIORDANI, M.C. (1991). *Iniciação ao Direito Romano*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- \_\_\_\_\_. (1991). *História de Roma. Antigüidade clássica II*. Petrópolis: Vozes.
- GIORGI, B. et alii (1995). *Direito, Cidadania e Justiça*. São Paulo: RT.
- GIROUX H. A. (1986). *Teoria crítica e resistência em educação*. Rio de Janeiro: Vozes.
- GODOY, A.S. (1992). Ensino Universitário: Fatores Influentes em Sala de Aula sob a Ótica do Aluno. In: *A Prática Docente na Universidade*. São Paulo: EPU, p. 67-89.
- GÓMEZ, V. M. (1994). La Metodología y el Contexto de Autoaprendizaje en la Escuela Nueva de Colombia. *Educação & Sociedade*, v. 48, p. 271-303.
- GOODSON, I. F. (1995). *Currículo, Teoria e História*. Rio de Janeiro: Vozes.
- GRAMSCI, A. (1968). *Os Intelectuais e a organização da cultura*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- GRAMSCI, A. (1966). *Concepção dialética da história*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- GUERRA FILHO, W.S. (1996). *Conceitos de Filosofia*. Ceará: Casa José de Alencar/ Programa Editorial.
- GUIDDENS, A. et alii (1991). *Habermas y la modernidad*. Madrid: Ediciones Cátedra.
- GURVITCH, G. (1932). *L'idée du Droit Social*. Paris: Sirey.
- GUSDORF, C. (1987). *Professores para quê?* São Paulo: Martins Fontes.
- HABERMAS, J. (1993). *Passado como Futuro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- \_\_\_\_\_. (1989). *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- \_\_\_\_\_. J. (1989). Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, nº 98, p.5-21.
- HELD, D. *Introduction to critical theory: Horkheimer to Habermas*. Berkeley & Los Angeles: University of California Press.

- HERNÁNDEZ GU, Antonio. (1981a). *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*. Madrid: Civitas.
- \_\_\_\_\_. (1981b). *Problemas epistemológicos de la ciência jurídica*. Madrid: Civitas.
- HERKENHOFF, J. B. (1996). Para onde vai o Direito? Reflexões sobre o papel do Direito e do Jurista. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado.
- \_\_\_\_\_. (1996). *Ética, Educação e Cidadania*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado.
- \_\_\_\_\_. (1994). *Como Aplicar o Direito*. Rio de Janeiro: Forense.
- \_\_\_\_\_. (1993). *O Direito dos Códigos e o Direito da Vida*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- \_\_\_\_\_. (1990). *Direito e utopia*. São Paulo: Acadêmica.
- HOBBSAWM, E. (1998). *Sobre História*. São Paulo: Companhia das Letras.
- IANNI, O. (1995). *Teorias da Globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- IHERING, R. Von. (1988). *A luta pelo direito*. São Paulo: Acadêmica.
- JANOT, A. (1992). *Origens da Universidade*. São Paulo: Edusp.
- KATO, S. L. (1989). A crise do Direito e o compromisso da libertação. In: Faria, J. E., *Direito e Justiça. A função social do judiciário*. São Paulo: Ática.
- KELSEN, H. (1991). *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- KREMER-MARIETTI, A. (1989). *A Ética*. São Paulo: Papirus.
- KUNKEL, W. (1994). *Historia del Derecho Romano*. Barcelona: Editorial Ariel.
- LABORATÓRIO de Estudos Jurídicos e Sociais. (1993). *A crise do ensino jurídico: diagnóstico e perspectivas*. Rio de Janeiro: UFRJ.
- LACOSTE, J. (1992). *A filosofia no século XX*. São Paulo: Papirus.
- LARENZ, Karl. (1989). *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- \_\_\_\_\_. (1985). *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas.
- LAZARTE, R. (1996). *Max Weber: Ciência e Valores*. São Paulo: Cortez.

- LE GOFF. (1979). *Para um novo conceito de Idade Média*. Lisboa: Editorial Estampa.
- LEFORT, Claude. (1991). *Pensando o Político: ensaios sobre a democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro.
- LEVINE, A. (1979). *Handbook on undergraduate curriculum*. San Francisco: Jossey-Bass.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luiz. (1975). *Filosofia del derecho*. Barcelona: Bosch.
- LIMA, E. U. (1996). Apresentação. In: *O.A.B. Ensino Jurídico - Novas Diretrizes Curriculares*. Brasília: Conselho Federal da O.A.B.
- LYOTADD, J. F. (1986). *O Pós-Moderno*. Rio de Janeiro: José Olympio.
- LYRA, D. A. (1986). *Desordem e Processo*. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris.
- LYRA FILHO, R. (1984). *Pesquisa em que direito?* Brasília: Edições Nair.
- \_\_\_\_\_. (1984). *Por que estudar direito hoje?* Brasília: Edições Nair.
- \_\_\_\_\_. (1981). *Problemas atuais do ensino jurídico*. Brasília: Obreira.
- \_\_\_\_\_. (1982). *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense.
- \_\_\_\_\_. (1980). *O direito que se ensina errado*. Brasília: Centro Acadêmico de Direito, UnB.
- \_\_\_\_\_. (1980). *Para um direito sem dogmas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- LOPES, A.O. et alii. (1989). *Repensando a didática*. Campinas: Papyrus, 1989.
- LÖWY, M. (1993). *Ideologia e ciência social: elementos para uma análise marxista*. 9.ed. São Paulo: Cortez.
- MACHADO NETO, A.L. (1969). *História das idéias jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo.
- MARROU, H. I. (1950). *Histoire de l'Éducation dans l'Antiquité*. Paris: Editions du Seuil.
- MARQUES NETO, A. R. et alii (1996). *Direito e Neoliberalismo. Elementos Para uma Leitura Interdisciplinar*. Paraná: EDIBEJ.
- MAXIMILIANO, C. (1995). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense.

- MAYNS, C. (1876). *Cours de Droit Romain*. Bruxelles: Bruylant - Christophe & Cie/Libraries - Éditeurs.
- MELO FILHO, A. (1986). *Reflexões Sobre o Ensino Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense.
- \_\_\_\_\_. (1984). *Metodologia do Ensino Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense.
- MEIRA, S.A.B. (1961). *A Lei das XII Tábuas*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense.
- MESSICK, R. G. et alii (1980). *Currículo: análise e debate*. Rio de Janeiro: Zahar.
- MIAILLE, M. (1989). *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Estampa, 1989.
- MORAIS, R. de et alii (1989). *Filosofia, educação e sociedade: ensaios filosóficos*. São Paulo: Papirus.
- \_\_\_\_\_. (1997). *Sobre Sociedade e Ciência no Mundo Atual*. In: Cadernos de Pesquisa – NEP, Ano III, N. 1 e 2, p.65-77.
- \_\_\_\_\_. (1989). *Cultura Brasileira e Educação*. Campinas: Papirus.
- MORAIS, J.L.B. (1996). *Do Interesse Social aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado.
- \_\_\_\_\_. (1997). *A idéia de Direito Social. O Pluralismo Jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- MOREIRA, A. F.; SILVA, T. T. (Orgs.). (1996). *Currículo, Cultura e Sociedade*. São Paulo: Cortez.
- MORIN, E. (2000). *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO.
- \_\_\_\_\_. (1999). *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- \_\_\_\_\_. (1990). *Introdução ao Pensamento Complexo*. Lisboa: Instituto Piaget.
- NADER, P. (1991). *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense.
- NALINI, J. R. (Org.) (1994). *Formação Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- NOGUEIRA, D. (1988). *Raízes de uma nação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

- NOVAIS, F. A. (Coord.) et alii (1997). *História da vida privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, v. 2.
- \_\_\_\_\_. (1997). *História da vida privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, v. 1.
- O.A.B. (1996). *Ensino Jurídico. Novas Diretrizes Curriculares*. Brasília: Conselho Federal da O.A.B.
- \_\_\_\_\_. (1992). *Ensino Jurídico. Diagnóstico, Perspectivas e Propostas*. Brasília: Conselho Federal da O.A.B.
- OLIVEIRA, F. A. (1995). *Poder e Ética na Sociedade Brasileira*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado.
- PARRA, N. et alii (1985). *Técnicas audiovisuais em educação*. São Paulo: Pioneira.
- PENA-VEGA, A; ALMEIDA, E. P. de (1999). *O pensar complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade*. Rio de Janeiro: Garamond.
- PETRAGLIA, I. C. (1995). *Edgar Morin: A educação e a complexidade do ser e do saber*. Rio de Janeiro: Vozes.
- PERELMAN, C. (1979). *La lógica Jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Editorial Civitas.
- PERRENOUD, P. (1993). *Práticas pedagógicas, profissão docente e formação: perspectivas sociológicas*. Lisboa: Publicações Dom Quixote.
- PLASTINO, Carlos Alberto (Org.) (1984). *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal.
- PORTANOVA, R. (1994). *Motivações Ideológicas da Sentença*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado.
- PUCEIRO, E. Z. (1987). *Teoría del derecho: una introducción crítica*. Buenos Aires: Depalma
- \_\_\_\_\_. (1982). Paradigma dogmático e evolución científica. In: *Anales de la Catedra Francisco Suarez*. Granada: Universidade de Granada, vol.22.
- \_\_\_\_\_. (1981). *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- QUAY, R. H. (1985). *Research in higher education: a guide to source bibliographies*. Orey Press.

- RAJCHMAN, J. (1987). *Foucault: A liberdade da Filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar.
- RAVÀ, A. (1953). Crisi del diritto e crisi mondiale. In: Balladore Palliere et alii. *La crisi del diritto*. Padova: Cedam.
- READINGS, B. (1996). *Universidade sem Cultura?* Rio de Janeiro: Universidade do Rio de Janeiro.
- REALE, Miguel. (2000). *Horizontes do Direito e da História*. São Paulo: Saraiva.
- \_\_\_\_\_. (1999). *Fontes e Modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva.
- \_\_\_\_\_. (1998). *Nova fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva.
- \_\_\_\_\_. (1992). *O Direito Como Experiência*. São Paulo: Saraiva.
- RECASENS SICHES, Luiz. (1973). *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa.
- RICOEUR, P. (1955). *O justo ou a essência da justiça*. Lisboa: Instituto Piaget.
- RIBEIRO JR., J. (1994). *Pessoa, Estado & Direito*. Campinas: Copola Livros.
- RODRIGUES, A. C. (1879). *Institutas do Imperador Justiniano*. Recife: Typographia Mercantil.
- RODRIGUES, C. E. L. (1995). *Introdução ao pensamento e à obra jurídica de KARL LARENZ*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado.
- RODRIGUES, H. W. (1995). *Novo Currículo Mínimo dos Cursos Jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- \_\_\_\_\_. (1993). *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo: Edit. Acadêmica.
- \_\_\_\_\_. (1988). *Ensino Jurídico. Saber e Poder*. São Paulo: Edit. Acadêmica.
- RONCA, A.C.C. et alii (1986). *Técnicas Pedagógicas. Domesticação ou Desafio à Participação?* Petrópolis: Vozes.
- ROSA, F. A. (1996). *Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- ROULAND, N. (1997). Roma. *Democracia Impossível? Os agentes do poder na Urbe Romana*. Brasília: Universidade de Brasília.

- SANTIAGO NINO, C. (1974). *Considerações sobre la dogmática jurídica*. México: UNAM.
- SANTOS, B. de S. (1988). *O discurso e o Poder*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- SARAIVA, J. H. (1993). *História de Portugal*. Portugal: Publicações Europa-América.
- SARAIVA, A.J.; LOPES, O. (1975). *História da literatura portuguesa*. Porto: Porto Editora.
- SCHWAB, J.J. (1973). Problemas, Tópicos y puntos en discusión. In: *La educación y la estructura del conocimiento*. Buenos Aires: El Ateneo.
- SCHWARTZMAN, Simon. (1981). *Ciência, Universidade e ideologia - a política do conhecimento*. Rio de Janeiro: Zahar.
- SERAFINI, F. (1888). *Instituzioni Di Diritto Romano*. Firenze: Giuseppe Pillas Editore.
- SÉRGIO, A. (1989). *Breve interpretação da história de Portugal*. Lisboa: Livraria Sá da Costa.
- SEGURADO, M. D. (1983). *O Direito no Brasil*. São Paulo: Universidade de São Paulo.
- \_\_\_\_\_. (1982). *História resumida do direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: F.D. Estácio de Sá.
- SEVERINO, Antonio J. (1994). *Filosofia da Educação*. Construindo a Cidadania. São Paulo: FTD.
- \_\_\_\_\_. (1992). A escola e a construção da cidadania. In: *Vários, sociedade civil e educação*. Campinas: Papyrus.
- SHIRLEY, R. W. (1987). *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva.
- SILVA, L. H.; AZEVEDO, J. C. (Orgs.). (1995). *Reestruturação Curricular*. Rio de Janeiro: Vozes.
- SILVA, Nuno J. E. G. da. (1991). *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- SOUTO, C. et alii (1997). *Sociologia do Direito. Uma visão substantiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- \_\_\_\_\_. (1992). *Ciência e Ética no Direito. Uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.

- SUNDFELD, C. A.; VIEIRA, O. V. (Coords) [s/d]. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad.
- TABA, H. (1976). *Elaboración del currículo*. 2.ed. Buenos Aires: Troquel.
- TEIXEIRA, A. B. (1998). A justiça no pensamento contemporâneo. In: *Revista Jurídica*, vol. 14, p.29-60.
- \_\_\_\_\_. (1997). *Ética, Filosofia e Religião. Estudos sobre o pensamento português, galego e brasileiro*. Évora: Pendor.
- \_\_\_\_\_. (1991). *Caminhos e figuras da filosofia do Direito Luso-Brasileiro*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- \_\_\_\_\_. (1983). *O pensamento filosófico-jurídico português por António Braz Teixeira*. Lisboa: Inst. de Cultura e Língua Portuguesa Divisão de Publicações.
- \_\_\_\_\_. [s/d]. *Sentido e valor do Direito. Introdução à Filosofia Jurídica*. Imprensa Nacional. Casa da Moeda
- TOURAINÉ, A. (1995). *Crítica da Modernidade*. Trad: Elia Ferreira Edel. Rio de Janeiro: Vozes.
- TUCCI, J.R. C. et alii (1996). *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- TYLER, R. W. (1973). *Princípios básicos de currículo e ensino*. 8.ed. Rio de Janeiro: Globo.
- VAN DE KERCHOVE, Michel. (1978). *L'interprétation en droit: Approche pluridisciplinaire*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis.
- VEIGA, I.P.A. et alii (1989). *Repensando a didática*. 3. ed. Campinas: Papirus.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. (1982). *Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva.
- \_\_\_\_\_. (1979) Análise histórica do ensino jurídico no Brasil. In: *Encontros da UnB. Ensino jurídico*. Brasília: UnB.
- VENTURA, D. F. L. (1995). *O Mercosul em movimento* (Org.). Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado.
- VEYNE, P. (Org.) et alii (1997). *História da vida privada. Do Império Romano ao Ano Mil*. Trad: Hildegard Feist. São Paulo: Schwarcz.
- VIEHMEG, Theodor. (1991). *Topica y filosofia del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- VIEIRA, José R. (1993). Rediscutindo as matrizes do Direito. In: *A crise do Ensino Jurídico: diagnósticos e perspectivas*. Rio de Janeiro: UFRJ.

- VILANOVA, J. M. (1993). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- VILLEY, Michel. (1975). *La formation de la Pensée Juridique Moderne*. Paris: Montchréstien.
- VILLEY, Michel. (1962). *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz.
- WACHOWICZ, L.A. (1991). *O método dialético na didática*. Campinas: Papirus.
- WANDERLEY, L.E.W. et alii. (1992). *A prática docente na universidade*. São Paulo: EPU.
- WANDERLEY, L.E. (1985). *O que é Universidade*. São Paulo: Brasiliense.
- WARAT, L. A. et alii. (1977). *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro: El Eldorado.
- \_\_\_\_\_. (1995). *Introdução Geral ao Direito. A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Fabris, v.2.
- \_\_\_\_\_. (1995). *O Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- \_\_\_\_\_. (1994). *Introdução Geral ao Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- \_\_\_\_\_. (1983) *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: UFSC.
- WITE, S. K. (1995). *Razão, Justiça e Modernidade*. São Paulo: Ícone.
- WIEACKER, F. (1980). *História do Direito Moderno*. Trad: A. Botelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- WOLKMER, A. C. (1998). *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense.
- \_\_\_\_\_. (1996). *Fundamentos de História do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey.
- WOLKMER, A. C. (1995). *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Ed. R.T..
- \_\_\_\_\_. (1995). *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Acadêmica.
- \_\_\_\_\_. et alii. (1995). *Direito, Estado, Política e Sociedade em Transformação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris/CPGD - UFSC.

\_\_\_\_\_. (1994). Teoria Crítica e Pluralismo Jurídico. *Estudos Jurídicos*. vol.27, nº 69, p.5-12.

\_\_\_\_\_. (1993). *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega.

\_\_\_\_\_. (1991). Contribuição para o projeto de juridicidade alternativa. In: *Lições de Direito Alternativo 1*. São Paulo: Acadêmica.