

UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí
CEJURPS – Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais
Curso de graduação em Direito
Disciplina: História do Direito
Prof^a. Dr^a. Luciene Dal Ri

APOSTILA DE HISTÓRIA DO DIREITO
PARTE II – DIREITO MEDIEVAL

AVISO

O texto que segue é de cunho DIDÁTICO, sendo instrumento de apoio ao conteúdo e às atividades realizadas em sala de aula. Em paralelo a este material didático o aluno **deve** ler os seguintes textos, disponibilizados na pasta de História do Direito:

- HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fund. Boiteux, 2005, p. 98-111.
- HESPANHA, António Manuel. Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia. 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998, p. 220-243;

Conteúdo da prova: conteúdo passado em sala de aula, na apostila e nos textos referidos acima.

QUEDA DO IMPÉRIO ROMANO E ALTA IDADE MÉDIA

Dominatio

O principado vai até 285 d.C., quando sobe ao poder Diocleciano (285-305 d.C.) e inicia a *dominatio*, espécie de monarquia absoluta, onde a eleição do imperador ocorre através da pressão do exército. Sob Diocleciano o Império romano (dominava todo o mediterrâneo e a maior parte do mundo conhecido) foi dividido em: Império romano do ocidente (instável, cai em 476 d.C.) e o Império romano do oriente (estável, cai em 1452/3). Os dois impérios interligados possuíam cada um Augusto (imperador) e um César (vice-imperador).



297 d.C. Tetrarchia: divisão do império romano entre dois imperadores (augustos, com pares poderes), auxiliados por dois Césares: Diocleciano - Costanzo e Maximiano – Galério.

297 d.C. Divinização do Império. O objetivo da divisão e criação de dois imperadores com “vice” era evitar a instabilidade que ocorria quando da morte do imperador sem deixar sucessor. Os dois imperadores trabalhavam em sincronia sendo, porém, os decretos de um imperador valiam apenas na parte em que aquele administrava, devendo ser ratificados pelo outro para que vale-se nas duas partes do império.

313 d.C. Edito de tolerância de Constantino – edito de tolerância religiosa. A partir de então Constantino começa a apoiar o cristianismo, subvencionando-o com terrenos e dinheiro para a construção de igrejas. Concílio de Nicéia em 325 d.C., definição dos textos bíblicos. Batismo.

391 d.C. Edito de Tessalonia: imperador Teodósio torna o cristianismo religião oficial do império. Imperador Teodósio 391 d.C. a religião cristã torna-se oficial no Império, proibição dos cultos pagãos, perseguição aos pagãos

Durante a *dominatio* observam-se os primeiros esforços de codificação, com obras privadas

usadas para a o aprendizado do direito. **Caráter pedagógico da codificação.** Diferenciar *Codex de Liber*.

Códigos privados são coletas de constituições imperiais feitas no império romano do oriente:

- *Codex Gregorianus*, 291 d.C. (com constituições de 196 d.C. à 291 d.C.). Do Código temos apenas poucos fragmentos e notícias.

- *Codex Hermogenianus*, 295 d.C.: o Código Hermogeniano é considerado uma complementação ao Código Gregoriano e compreendia também as constituições do imperador Diocleciano entre 294 e 295 d.C. Do Código temos apenas notícias presentes em leis bárbaras.

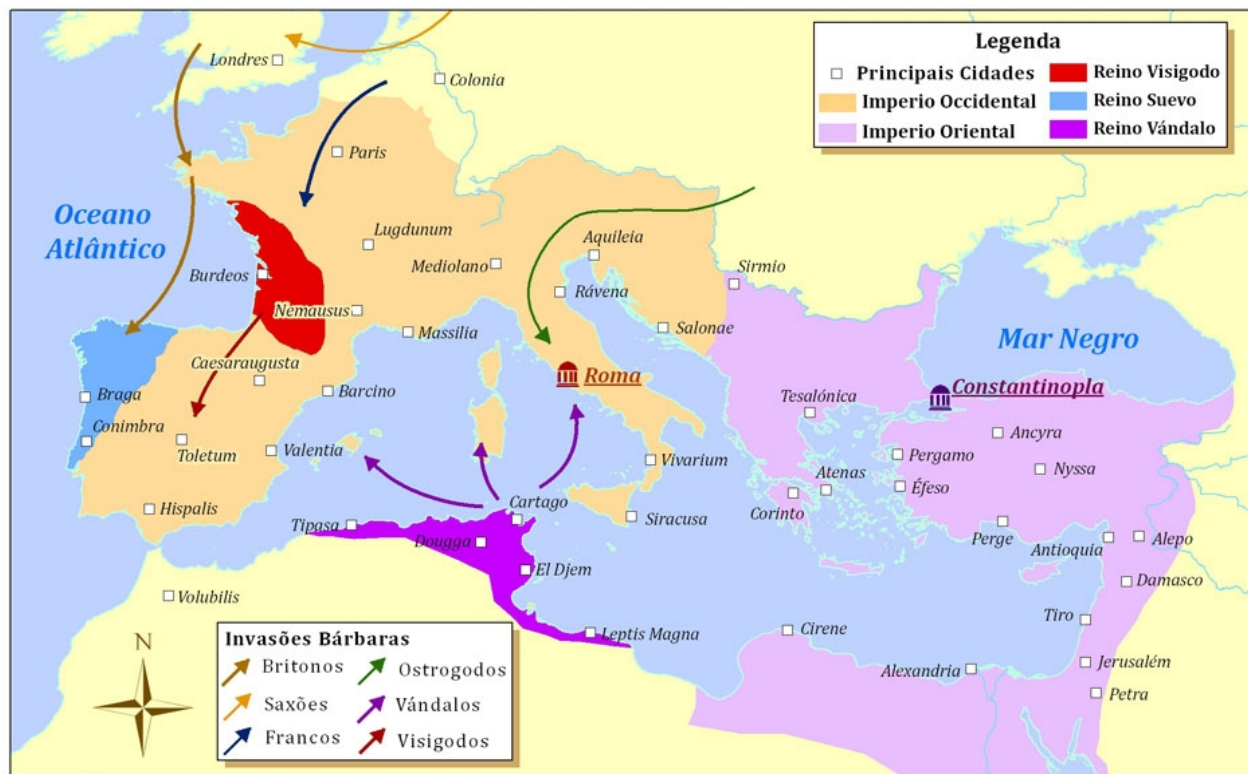
Códigos públicos/oficiais:

- *Codex Theodosianus*, 438 d.C.: coleta oficial de constituições imperiais quista pelo imperador romano do Oriente Teodósio II (408-450). Entrou em vigor em 438 d.C. tanto no Império Romano do Ocidente quanto do Oriente, e influenciou a legislação dos reinos bárbaros como a dos Visigodos (oeste da França e Espanha por meio da *Lex romana visigothorum* – breviário de Alarico, 506 d.C.) e dos Longobardos (*Edictum longobardorum* – Rei Rotário 634 d.C.).

Mapa I – primeiras invasões bárbaras, ocorridas durante o final do século IV e início do século V d.C.



Mapa II - invasões bárbaras ocorridas durante a segunda metade do século V d.C., levando à queda de Roma



A queda do Império romano do Ocidente leva a igreja a assumir as funções burocráticas de regulação da vida em comunidade. Registros (casamentos, nascimentos e contratos), apoio à comunidade carente (distribuição de comida aos pobres; assistência aos desamparados – viúvas e órfãos) e padre como moderador dos litígios dentro da comunidade.

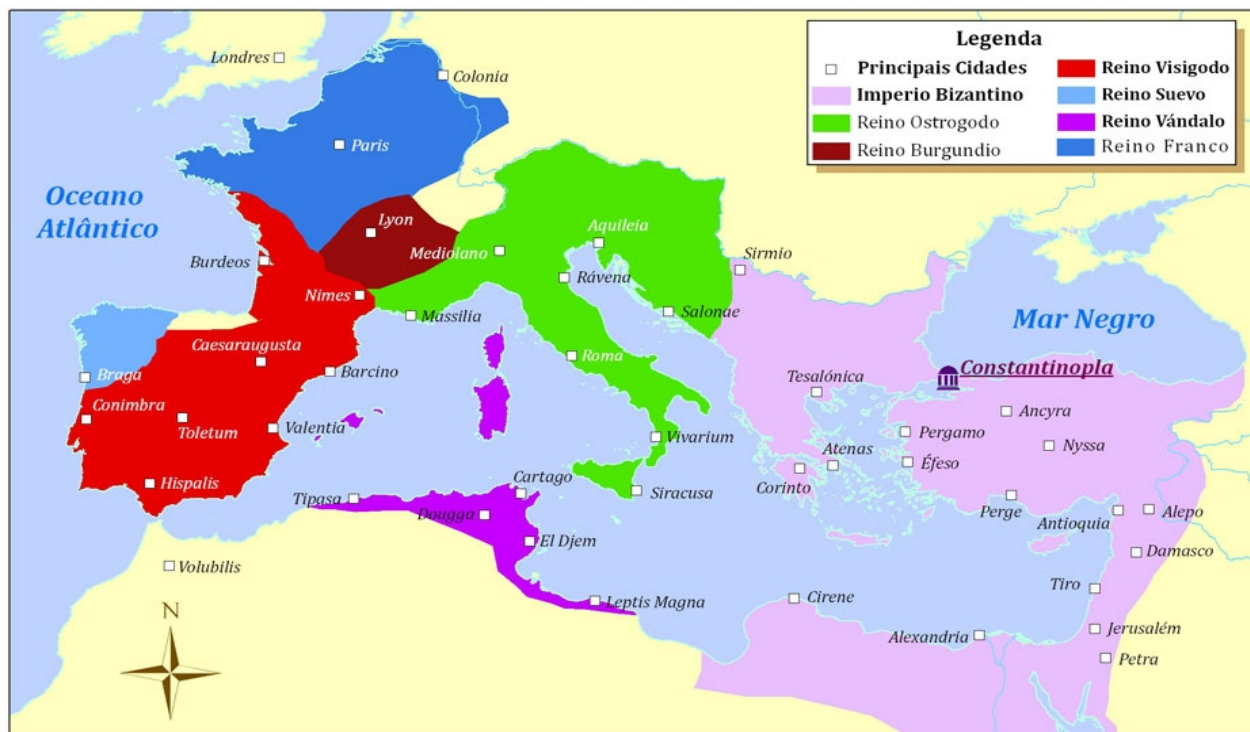
Queda do Império romano 476 d.C.:

- amplas fronteiras,
- corrupção administrativa e militar,
- perda do patriotismo romano,
- cristianismo no exército,
- **invasões bárbaras.**

Continuidade do Império romano e do direito romano através do Império romano do Oriente – Bizantinos.

Justiniano 527-565 d.C. Imperador cristão. Roma é cristã desde IV d.C. (Constantino, edito de Milão: tolerância com os cristãos 313 d.C.).

Mapa III – Reinos bárbaros. Após a Queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) o território romano foi sendo fragmentado politicamente e resultou na criação de reinos bárbaros.



A queda do Império Romano permite a fragmentação política do território europeu em pequenos reinos. Governantes de origem nórdica-germânica (bárbaros).

Francos: Norte da França
Oeste da Alemanha

Burgúndios: Sudeste da França

Visigodos: Espanha e Oeste da França

Ostrogodos e Longobardos: Itália

Vândalos: Norte da África

Esses reinos têm características e legislações próprias, embora sejam fortemente influenciados pelo direito e os costumes presentes na população e herdados dos romanos. O *Codex Theodosianus*, 438 d.C.: influenciou a legislação dos reinos bárbaros como a dos Visigodos (oeste da França e Espanha por meio da *Lex romana visigothorum* – breviário de Alarico, 506 d.C.) e dos Longobardos (*Edictum longobardorum* – Rei Rotário 634 d.C.).

Os reis bárbaros legislam em latim e principalmente em direito público (forma e manutenção do poder em comunidade), deixando de lado o direito privado (regulação da vida privada) por ser

mais enraizado na população. O direito privado vai passar a ser regulado pela população por meio dos costumes e pela participação da igreja (velho testamento e desenvolvimento do Direito Canônico).

Com a fragmentação do território (reinos, línguas e etnias) é impossível definir um tipo de direito. Não existe uma união política entre eles, apenas religiosa (*Respublica Christiana*). O direito medieval é baseado no direito romano e na filosofia de Santo Agostinho (IV d.C.): Cidade de Deus.

CORPUS IURIS CIVILIS

O Direito Romano Clássico nos chega pelo oriente. Justiniano (Imperador do Oriente entre 527-565 d.C.) ordenou que fosse realizado o 1º **Codex**, que seria uma coletânea de constituições imperiais (ordens do imperador que têm valor de leis, não são leis mas têm valor de leis). Do 1º *Codex* não temos a integralidade do texto, mas apenas uma parte do sumário. Comissão para a sua preparação: João de Capadócia, funcionários imperiais e professores de direito. O *Codex Iustinianus Vetus* entrou em vigor em 16/04/529. O *codex* continha o conteúdo dos códigos precedentes, as constituições emanadas depois da publicação do Código Teodosiano, até a produção legislativa do próprio Justiniano.

Por meio da Constituição imperial *Deo auctore*, Justiniano ordenou Triboniano a preparar o **Digesto (ou Pandectas)**, uma obra que contivesse os escritos (do direito que ainda estivesse vigente) dos juristas romanos mais importantes. Trata-se de uma coletânea do direito romano clássico (séculos II a.C. e II d.C.). O imperador permitiu que os juristas mudassem os textos originais caso fosse necessário para dar maior harmonia à obra. A obra foi dividida em 50 livros e consta de pareceres e opiniões de juristas em tema de direito público e de direito privado. Cada trecho da obra consta do nome do autor e da obra da qual foi retirada. O Digesto é uma coleta dos escritos (sobre elementos ainda vigentes) dos juristas romanos mais importantes. A obra ficou pronta em 533 d.C. e é conhecida como Digesto ou Pandetas. Mais complexa das obras e com proibição de comentários.

Institutiones (Institutas/Instituições): manual para o ensino do direito, ficou pronto em 533 d.C., não consta o nome do autor e nem o texto de origem das partes. Escrito em primeira pessoa como feito pelo Imperador. Consta de 4 livros. As instituições são feitas para substituir as instituições de Gaio (II d.C.) manual jurídico muito conhecido por ser de fácil compreensão. As Instituições são organizadas por matéria conforme o manual de Gaio: pessoas, coisas e ações processuais. O tema “Pessoas” está em primeiro lugar idenciando que o direito romano é feito pelo homem e para o homem.

2º Codex: coleta de constituições imperiais entre 529 e 534 d.C.

Novellae: coleta de constituições imperiais de Justiniano entre 534-565 d.C.

ALTA IDADE MÉDIA: V-XI D.C.

Voluntarismo:

Santo Agostinho: cidadão romano, conceitos romanos para a Igreja, voluntarismo legislativo, hierarquia, Cidade de Deus, queda do império romano.

- importância para a filosofia e o direito medieval;
- lei eterna, lei natural, lei humana.
- voluntarismo: o direito é produto de uma vontade – a vontade divina, a vontade do legislador ou do príncipe, a vontade geral – cujo conteúdo é em princípio arbitrário. Cabe ao jurista descobrir o que é justo de acordo com a vontade do legislador. O direito é um dado indisponível, não pode ser alterado pelo intérprete, este deve apenas colher e aplicar o direito;
- positivismo: *ius positum*, direito posto, imposto em sociedade;
- anti-racionalismo, forte hierarquia. Dever de obedecer. O direito não é pensado ou construído, mas apenas obedecido.

A queda do Império Romano permite a fragmentação política do território europeu em pequenos reinos. Governantes de origem nórdica-germânica (bárbaros).

- Francos: Norte da França
Oeste da Alemanha
- Burgúndios: Sudeste da França
- Visigodos: Espanha e Oeste da França
- Ostrogodos e Longobardos: Itália

Esses reinos têm características e legislações próprias, embora sejam fortemente influenciados pelo direito e os costumes herdados dos romanos. O *Codex Theodosianus*, 438 d.C.: influenciou a legislação dos reinos bárbaros como a dos Visigodos (oeste da França e Espanha por meio da *Lex romana visigothorum* – breviário de Alarico, 506 d.C.) e dos Longobardos (*Edictum longobardorum* – Rei Rotário 634 d.C.).

Os reis bárbaros legislam principalmente em direito público deixando de lado o direito privado por ser mais enraizado na população.

Fragmentação do território medieval, reinos, línguas e etnias; impossível definir um tipo de direito. Não existe uma união política entre eles, apenas religiosa (*Respublica Christiana*). O direito medieval é baseado no direito romano e na filosofia de Santo Agostinho (IV d.C.): Cidade de Deus.

Santo Agostinho observando a sociedade, constatou que ela era dividida em três ordens: *oratores* (sacerdotes); *bellatores* (guerreiros); *servus* (camponeses). Essa divisão ganha sustento pela autonomia das ordens jurídicas dentro da realidade medieval, sendo as relações privadas reguladas sem a intervenção da “ordem pública”.

O indivíduo é ligado à comunidade cristã (*Respublica*) e ao reino temporal. Re-interpretada a teoria do *Corpus Christi* de São Paulo. Até o século XI, direito muito baseado nos costumes, mantinha linhas do direito romano. Cultura não se esquece, se transforma. Aspecto social: agro-florestal, momento de colonização e reconquista da terra.

Diferentes formas de tratar com os indivíduos (cidadãos-súditos). Dois institutos jurídicos são reconhecidos e bastante difundidos nesses reinos bárbaros:

Vassalaticum: rito de reconhecimento da capacidade jurídica do adolescente livre com a assembleia que o declarava apto às armas. Na ocasião o jovem sujeitava-se ao príncipe-governante jurando fidelidade e a prestação de certos serviços militares, mas conservando a sua liberdade (havia liberdade negocial).

Ritual com “ajoelhamento” e entrega de mãos.

Beneficium: concessão de terras para exploração, revogável sob a condição de prestação de serviços.

Não se trata apenas de participação na comunidade, mas principalmente de submissão ao príncipe-governante. A situação do súdito no período medieval terá continuidade durante a Modernidade.

Entre os séculos VII e VIII Carlos Martel expande o reino franco na Europa central e torna-se império em 25 de dezembro de 800 d.C. com Carlos Magno (Sacro Império Romano = *Sacrum Romanum Imperium*). Apoio entre unificação do império e unificação da liturgia da Igreja.

Com a morte de Carlos Magno o império é dividido entre seus filhos, mas permanece a ideia de um império e este se transforma no que conhecemos como Sacro Império Romano Germânico que perdurará por todo o período medieval e moderno.

Após Carlos Magno, séc. VIII, o regime territorial torna-se feudal – senhores feudais (locais).

A ORDEM JURÍDICA MEDIEVAL: TECIDO DE RELAÇÕES, REGIDAS PELOS COSTUMES

Ordo/ordem: tecido de relações através das quais “os bens e os interesses” de pessoas

diferentes se reconduzem espontaneamente à unidade (se unificam).

Ordem Jurídica Medieval:
- Um direito sem Estado: incompletude do poder político, no sentido de carência de qualquer vocação totalizante;
- Vazio político relativo;
- Indiferença relativa dos poderes políticos com o Direito privado. O “poder político” se ocupava preponderantemente do Direito público. Tal fato gera a autonomia do direito privado (civil, comercial, agrário...) em relação ao regime político;
- Pluralismo Medieval; (pluralidade de ordenamentos normativos e de sujeitos políticos; forças e estruturas diversas que se sobrepõem). Uma pluralidade de sujeitos políticos pode produzir <i>leges</i> : o <i>populus</i> , a <i>plebs</i> , o <i>senatus</i> , o <i>princeps</i> , a <i>civitas</i> , igreja, corporações de ofício e qualquer comunidade dotada de autonomia.
- Direito rico, complexo, factual, marcado pela práxis e pela valorização dos costumes; multiplicidade de fontes de produção do direito. O fato social torna-se direito não pelo reconhecimento de uma vontade política, mas pela sua efetividade sobre a experiência jurídica, respeito pela real dinâmica social. (positivismo sociológico – Auguste Comte)
- Personagem principal: intérprete (direito como interpretação).
- Presença da Igreja.
- Comunitarismo (imperfeição do indivíduo e perfeição da comunidade, enquanto ordens às quais o indivíduo faz parte).
- Rei-centrismo (o ordenamento se orienta às coisas nas suas exigências primordiais, na sua factualidade – existência de fato. As coisas tornam-se as protagonistas do ordenamento e a fonte em sentido substancial de todo o futuro jurídico).
- Direito enraizado nos estratos mais profundos da sociedade. A <i>lex</i> de conteúdo consuetudinário, não importa a forma, mas o conteúdo.

Na relação do indivíduo entre o grupo que o protege e a coisa com a qual ele quase se funde denota-se três elementos: terra, sangue e tempo. Elementos que minimizam a contribuição do indivíduo elevando-a à protagonista da experiência a natureza das coisas e o grupo.

O direito na experiência jurídica medieval se identifica com a realidade ordenadora e fundadora, tendo o papel de plataforma estável e estabilizante, garantia de continuidade. O direito, enquanto fato normativo fundamental, não está exposto às intempéries políticas e sociais e se coloca junto com a fonte produtora e adequadora do direito, tendo um caráter principalmente

consuetudinário.

Os *mores*, nódulo mais profundo dos costumes, são o fundamento do *ordo* (da estrutura estável da sociedade), sendo a fonte principal do direito.

O costume como um “fato” natural que se desenvolve no tempo. O “fato” está na repetição quase sempre inconsciente, por um longo tempo, de um comportamento (pela pluralidade de estirpe e grupo). O costume se torna então lei não escrita e a lei escrita que o sucede é individuação, certificação, sistematização do material consuetudinário pelo príncipe. O costume é potencialmente uma *lex*, e a *lex* é um costume certificado, ambos em continua osmose.

O príncipe tem primeiramente a função de intérprete de um direito precedente e superior, apenas em aspecto secundário ele é produtor do direito. O *ius dicit* do príncipe consiste no seu dizer o direito, ou seja, na sua interpretação do direito já presente nas coisas. A *lex* humana, escrita ou não escrita é consuetudinária, é o reflexo da *lex* divina, colhida na natureza das coisas. Por isso a *lex* não pode não ser justa.

A ORDEM JURÍDICA MEDIEVAL E SUA FUNÇÃO NA ESTRUTURAÇÃO E MANUTENÇÃO DA SOCIEDADE FEUDAL

Baixa idade média, séc. XI - XV

Sociedade feudal

A sociedade feudal é delimitada temporalmente entre o século XI e o início do séc. XIII e caracterizada pela exploração de terras sob o “sistema senhorial” através da concessão de direitos feudais para tanto. Esse sistema foi particularmente aplicado na França e na Alemanha, embora a existência de feudos hereditários seja presente também na Inglaterra no início do séc. XII e no Sacro Império Romano no séc. XIII. O feudo caracteriza-se, portanto, não apenas pela exploração da terra sob o “sistema senhorial”, mas particularmente pela concessão de direitos feudais, como a concessão de posse da terra em troca da prestação de serviço como cavaleiro ou semelhante.

O regime feudal é consequência da forma de concessão de terras, sob certas condições, aos homens guerreiros por Carlos Martel em meados do século VIII. Os descendentes daqueles vassallos que originalmente apenas possuíam o usufruto vitalício das propriedades agrícolas transformaram-nas em feudos hereditários. Essa transformação das terras concedidas em *feudum* ou *feodum*, são observadas na França durante o século IX, quando ocorre a decomposição do poder do rei e a defesa do território passa para as mãos dos príncipes regionais.

A partir do século XI d.C., no Norte da Itália surgem as comunas; cidades independentes e com grau de organização política administrativa e econômica particular (desvinculada ao modelo do

feudo e baseada no comércio, principalmente marítimo).

- Gênova;
- Veneza
- Florença;
- Pisa

No seio das comunas ressurge o humanismo e passa-se a buscar o modelo de cidadania clássica romana.

Marsílio de Pádua – coração e corpo. Governante e sociedade.

Respeito à sociedade. Realidade que não se impõe.

Direito

Durante o período medieval o direito é colocado no centro da sociedade e do social. A falta de um Estado unitário e de um príncipe que se ocupe em legislar em âmbito privado dá à sociedade a liberdade de criação das próprias normas. Evidencia o papel dos costumes, principalmente em âmbito das relações privadas.

Racionalismo

A partir do século XII o voluntarismo vai sendo deixado de lado e coloca-se em evidência o racionalismo. Para o racionalismo o direito constitui uma ordem pré-estabelecida – inscrita na natureza humana ou na natureza das coisas. O direito é acessível através da razão. Nesta linha, no século XIII, São Tomás de Aquino propôs uma nova compreensão da teologia, muito mais livre ao homem e ao uso da razão. A partir da concepção de São Tomás de Aquino qualquer pessoa pode fazer teologia, estudar sobre Deus, sem ter a inspiração divina.

O estudo do direito deixa de ser cego e passa a ver a sociedade e a dialogar com normas, costumes e negócios jurídicos. O caminho para chegar à verdade é o diálogo, a problematização, o confronto de opiniões. Séculos XII e XIII, pensamento de tipo problemático (pôr a questão, confronto de vários autores, problemas com a resolução sem ver o sistema; visão não sistemática).

Interpretação lógica, partindo desta base o direito a partir do século XV terá uma nova guinada, passará por um processo de sistematização que levará à Marcha para a codificação de direitos locais. Nacionalização do direito, mudança no regime das fontes jurídicas.

O DIREITO CANÔNICO: ASPECTOS GERAIS E PRINCIPAIS LEGADOS PARA O PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO

Objetivo específico: A compreensão do direito canônico em seus aspectos gerais, evidenciando o seu papel no plano histórico e jurídico, como instrumento indispensável para a compreensão da tipicidade do direito medieval e a sua contribuição para o pensamento jurídico moderno.

ASPECTOS GERAIS DO DIREITO CANÔNICO

Conceito de Direito Canônico:

É o conjunto de regras e de organizações jurídicas que a confissão religiosa cristã adotou no desenrolar de sua formação para acompanhar a sua dimensão teológica e mística. (trabalho aqui particularmente a história daquela católica de rito latino)

Nesse sentido a Igreja é uma comunidade perfeita e autônoma, que possui um ordenamento jurídico e como tal possui um direito, próprio e originário, de produzir normas. As normas da igreja adquirem a sua juridicidade não através de um poder civil, mas diretamente do Cristo como divino legislador que busca a salvação das almas. O Direito canônico é instrumento do *salus aeterna animarum*, salvação eterna das almas. Constata-se assim a subordinação da dimensão jurídica àquela religiosa.

O nome Direito canônico é fruto do substantivo cânone (do grego *kànon/κανον* regra), enquanto regra adotada no seio da comunidade de fiéis, em contraposição a *nomos*, enquanto regra da comunidade civil.

Fontes do Direito Canônico:

a. Fonte primária: divindade legisladora

- **revelação** (Deus se revelou nas sagradas escrituras) e
- **tradição** (revelação de Deus através do ensinamento transmitido oralmente pelos Apóstolos e recebido e conservado pela Igreja).

b. Fonte doutrinária: a atividade normativa dos Pontífices, dos concílios ecumênicos e provinciais e dos Pais da igreja.

A ordem jurídica canônica é, portanto, articulada em dois níveis distintos o de direito divino e de direito humano:

- a. o primeiro é o direito divino (lei eterna), sendo um nível superior e que se distingue pela imutabilidade absoluta, universal e perpetua. Um patrimônio intocável até mesmo para o papa. Poucas regras essenciais como os mandamentos.
- b. o segundo é aquele que a lei divina não estabeleceu diretamente, mas que foi identificado durante a história humana como instrumento para a salvação das almas, que é mutável e adaptável, sendo portanto um nível inferior. Um enorme complexo de regras acumuladas

durante a vida histórica da Igreja, para facilitar a salvação dos fiéis.

ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO CANÔNICO

a. Comunidade cristã durante a antiguidade:

Tertuliano (II d.C.): A comunidade dos cristãos é um *corpus* (realidade orgânica e unitária) graças a três elementos coesivos: a crença na mesma fé, a comum esperança na salvação eterna e a unidade disciplinar.

A comunidade cristã se desenvolve dentro do império romano e se adapta às suas leis, assim como as absorve na sua constituição. (Constantino 313 edito de tolerância, e posteriormente a admissão do cristianismo como religião do Império...).

b. Comunidade cristã durante o período medieval:

Queda do império romano: caos e insegurança. A igreja, com a sua mensagem de salvação, foi presença eficaz, através da organização paroquial, e assumiu alguns papéis destinados a organização da comunidade. A igreja leva da romanidade a importância do direito enquanto “cimento social” e mergulha no aspecto temporal e na “regulamentação” do social para a salvação dos fiéis. Nesse sentido o direito canônico desenvolve-se particularmente durante o período medieval, apropriando-se de costumes e papéis na organização social e tornando-se o principal elemento regulador da vida em comunidade. A natureza e desenvolvimento desse direito o faz particularmente medieval, assim como a sua importância nesse período. Como exemplo de instituições que passaram a ser reguladas e julgadas pela Igreja, tem-se o **casamento** (por que era sacramento) com todas as suas matérias conexas, ou seja, legitimidade dos filhos, divórcio, ruptura de esponsais, rapto, etc.; e o **testamento** quando tiver legado pio a favor de uma instituições religiosas.

Os tribunais da igreja são competentes para julgar o clero – *privilegium fori*. Os membros do clero não podiam subtrair-se da competência dos tribunais da Igreja – os tribunais laicos deveriam declarar-se incompetentes;

Os cruzados, os membros das universidades, visto que essas eram instituições religiosas; as *miserabiles personae* (viúvas e órfãos) quando pedem a proteção da Igreja, podem representar em Tribunais na Igreja, mas também podem renunciar a competência desses Tribunais.

Além da influência recebida pela origem da comunidade cristã dentro do Império Romano, o direito canônico recebe a influência da escola de Bologna.

O Direito penal, em caso de matéria religiosa, era regulado e aplicado pela Igreja. Em caso de acusação de heresia, por exemplo, era a Igreja que realizava o julgamento. O juiz dentro da estrutura judiciária proposta pela Igreja é o Bispo.

Direito eclesiástico trata da relação entre Igreja e Estado no que diz respeito à sua estrutura política e judiciária, concedendo ou não à Igreja competência para no que trata de determinados temas ligados à vida temporal da população.

Direito canônico clássico: é somente a partir do séc. XII que o direito canônico se desenvolve com autonomia jurídica, ocupando-se de temas publicistas e da vida cotidiana da comunidade.

PRINCIPAIS LEGADOS PARA O PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO

O estudo e a compreensão do direito canônico não se limitam a um plano meramente canonístico, mas significa no plano histórico-jurídico um instrumento indispensável para a compreensão da tipicidade de todo o direito da sociedade medieval.

- *aequitas canonica*: elasticidade e versatilidade da regra canônica diante do caso concreto, consideração racional da peculiaridade de cada caso. (Evita a aplicação rigorosa da norma e impõe a desigualdade formal).
- sentimento constante de mutabilidade do direito humano;
- elasticidade do direito;
- papel relevante do juiz aplicador.

APROFUNDAMENTO SOBRE A EQUIDADE

A equidade canônica se transforma então no “princípio” que contrapõe o formalismo e restabelece uma ordem substancial. A equidade canônica defende, portanto, o respeito à palavra dada, reivindicando a responsabilidade moral e posteriormente jurídica do empenho assumido, em nome da boa-fé que deve permanecer regra indefectível de cada convenção. A equidade canônica refaz-se àquela grega (correção à rigidez da norma) e aquela romana (de adaptação da norma ao caso concreto). O Direito canônico recebe a influência romana, além dos costumes, particularmente pela Escola de Bolonha (XI). Civilistas que vão estudar e analisar o *Corpus iuris civilis* para aplicá-lo à realidade medieval.

A equidade canônica vai expressar o princípio jurídico de análise de cada caso em sua complexidade, considerando ambiente sócio-econômico, bem como todos os fatores que influam no quadro de elementos relativos ao caso concreto. Ela é considerada, portanto, como um elemento divino que busca mais do que a aplicação da norma positiva, o resguardo da justiça na complexidade dos fatos. Nesse âmbito ela vai permitir ao juiz de, em nome da justiça, não aplicar o direito positivado (norma) se esse vier a trazer um mal maior. Entra assim o entendimento de que o ambiente altera o processo hermenêutico, ou seja, o processo de interpretação da norma, ao ponto de permitir o afastamento da aplicação da norma. Parte-se da concepção de tratar desigualmente os

desiguais, não no sentido de marginalizar o pobre e enaltecer o rico, mas no sentido de considerar a complexidade do caso concreto e os efeitos da aplicação da norma. *Charitas: plenitudo legis; discordantiae* como repúdio de todo o formalismo jurídico.

De princípio jurídico a equidade vai virar instituto jurídico. Sendo um elemento fundamental dentro da estrutura jurídica canônica e sendo aplicado aos mais diferentes casos. A idéia que fundamenta o brocardo (a expressão) “cada caso é um caso”, remonta em muito ao direito canônico e é uma das importantes contribuições desse ao direito atual.

Os modernos, que vão pleitear (e conseguir) a substituição do princípio e instituto da equidade canônica pela aplicação do princípio de isonomia (igualdade de todos perante a lei), tratando igualmente os desiguais. A modernidade vai “bater” no que o canônico, e influenciado por esse, o direito medieval tem de melhor: a consciência de desigualdade dos desiguais.

O princípio de isonomia está previsto na Constituição Federal de 1988: Art. 5º **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à **igualdade**, à segurança e à **propriedade**.

Mas onde está previsto o princípio da equidade no nosso ordenamento jurídico?

A doutrina interpreta o artigo 4 da LICC, de forma a considerar implícito nesse o princípio de equidade. “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

ESCOLA DE BOLONHA

Século XI ao XV, laboratório da sabedoria, Escola de Bolonha, estudo da *Litera Fiorentina*, descoberta e estudo do *Corpus Iuris Civilis*. Em decorrência do estudo desenvolvido pela Escola de Bolonha surgiram dois movimentos jurídicos: Os glosadores e os comentadores.

Séculos XII ao XV – Glosadores: buscaram conhecer e esclarecer o sentido original dos textos de direito romano, das instituições jurídicas. Deixam de lado as passagens que tratam de instituições jurídicas desaparecidas ou que são reguladas pelo direito canônico.

Atividade dos glosadores: glossam, fazem anotações nos textos do *Corpus Iuris* buscando facilitar ou esclarecer o conteúdo.

Glosa: “explicação breve de um passo do *Corpus Iuris* obscuro ou que suscitasse dificuldades”. (HESPANHA, *Panorama*, p. 99)

A intenção da escola dos glosadores não era de cunho prático, e sim teórico-dogmático visando demonstrar a racionalidade dos textos romanos. A escola tem o mérito de ter recriado uma linguagem técnica sobre o direito. Juristas mais famosos da escola: Irnério e Acúrsio.

Séculos XIII e XIV – Comentadores: aplicação, adequação do Direito Romano às

necessidades sociais medievais, considerando a filosofia cristã. São Tomás (XIII) “ cristianiza” Aristóteles e o Direito Romano ao “demonstrar” que estes, mesmo sendo pagãos expressam a vontade divina.

As obras são organizadas/sistematizadas e tem valor normativo. Elas foram descoberta na Europa ocidental pela Escola de Bolonha, por meio da Litera Fiorentina, no século XI d.C.

A compilação de direito feita por ordem de Justiniano foi publicada em uma única edição em 1583, quando Dionísio Gotofredo a denominou de *Corpus Iuris Civilis*. A compilação chegou-nos quase por inteiro e é a principal fonte para o estudo do direito romano clássico e pós-clássico.

UNIVERSIDADE DE BOLONHA

É em Bolonha também que nasce a primeira universidade, sempre de caráter pontifício, durante o século XI. *Alma mater studiorum*. A estrutura da universidade embora dada pela Igreja, tinha uma democracia e valor do estudante. No período medieval eram os estudantes que decidiam qual professor contratar para ter aulas, eles contribuíam economicamente e então se organizavam e escolhiam com quem apreender.

Os dois primeiros anos de aula eram somente de disciplinas propedêuticas, sendo iguais para todas as “orientações” posteriormente escolhidas, como filosofia, teologia, direito. A filosofia era vista como um instrumento da teologia, devendo tratar somente de questões ligadas à religião (cristã).

Referências:

LE BRAS, Gabriel. *La Chiesa del diritto. Introduzione allo studio dell'istituzioni ecclesiastiche*. Trad. G. e F. Margiotta Broglio. Bologna: Il Mulino, 1976.

GROSSI, Paulo. *L'ordine giuridico medievale*. Bari: Laterza, 2002.

MUSSELLI, Luciano. *Storia del diritto canonico. Introduzione alla storia del diritto e delle istituzioni ecclesiali*. Torino: Giappichelli.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias jurídicas. Da Antiguidade Clássica à Modernidade*. Florianópolis: Boiteux.