

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 III – DIREITO MODERNO E BRASILEIRO

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 o seguinte texto, disponibilizado na pasta de História do Direito:

- Texto VII: LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na história. São Paulo: Atlas, 2008, p. 254-338.

A FORMAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO:
O MONISMO JURÍDICO E A MODERNA RACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

DIFERENÇA ENTRE MEDIEVAL E MODERNO:

Ordem Jurídica Medieval:	Ordem Jurídica Moderna:
- Um direito sem Estado;	- Um direito do Estado;
- Vazio político relativo;	- Centralização do Poder Político;
- Direito fruto da sociedade;	- Apropriação do direito pelo poder político;
- Pluralismo Medieval; (pluralidade de ordens normativas)	- Monismo Moderno; (pretensão de único Direito, fruto de uma única fonte: Estado)
- Direito rico, complexo, factual, marcado pela práxis e pela valorização dos costumes;	- Direito simplificado, tendência à abstração e preocupação com a redução da complexidade;
- Personagem principal: Intérprete (direito como interpretação)	- Personagem principal: Legislador (direito como ato voluntário do legislador)
- Presença da Igreja	- Pretensão de direito laico
- Comunitarismo (perfeição da comunidade)	- Individualismo e antropocentrismo (perfeição do indivíduo)
- Direito enraizado nos estratos mais profundos da sociedade. Consuetudinário, ligado à autoridade de textos antigos (vontade de Deus).	- Direito visto como ato de vontade – vontade de um legislador. Direito como comando: visão potestativa do direito.

A FORMAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO

Elementos da formação do pensamento jurídico moderno

As raízes históricas dos valores político-jurídicos e das instituições modernas irão constituir-se num período compreendido entre o século XIV e o XVI, com o seu pleno desenvolvimento até o século XVIII. Essas transformações estruturais da sociedade refletem a secularização, racionalização e o antropocentrismo.

Como elementos característicos da formação da sociedade moderna e que influíram na formação do pensamento jurídico moderno, tem-se particularmente:

- Formação de um capitalismo mercantil, nascente nas repúblicas mercantis italianas do século XIII e que se desenvolvem plenamente no século XVI e XVII em toda a Europa;
- Desenvolvimento da burguesia;
- A crescente centralização da política e do Estado, favorecendo a nacionalização e a conseqüente criação dos Estados Modernos (séc. XVIII). Atuais elementos do Estado: povo, território, governo (soberano). Bodin – teórico da soberania moderna - “la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d’une République”/ “a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República”.

- A dissolução da hegemonia da Igreja Romana, o aumento do poder real, com o surgimento das monarquias nacionais. Os Estados modernos como unitários e secularizados, materializando o monopólio da legítima coação física;
- O reformismo filosófico, com a distinção entre filosofia e teologia, o aparecimento do humanismo renascentista (antropocentrismo e perfeição do indivíduo), assim como o desenvolvimento da doutrina liberal-individualista, e da ética individualista que legitimava as novas potencialidades de riqueza.

A formação da cultura jurídica moderna tem a contribuição de algumas tradições da segunda metade da Idade Média, como o Direito romano (a burocracia, organização administrativa e financeira, a “redescoberta” e interpretação do *Corpus Iuris*), o Direito canônico, as práticas consuetudinárias germânica e mercantil e a doutrina filosófica do Direito natural.

O MONISMO JURÍDICO

Dentro do quadro de características da ordem jurídica moderna cabe evidenciar o monismo jurídico e a racionalização do Direito.

a. Conceito de monismo:

Monismo jurídico é a pretensão de um Direito único, estabelecido pelo Estado enquanto fonte única do Direito, através da vontade do legislador/soberano (adequação da teoria Voluntarista do Direito). O Direito passa então a ser identificado com a legislação (norma escrita) posta pela autoridade revestida do poder máximo e, portanto, a ser visto como criação do Estado (XVI e o XVII).

O monismo jurídico é fruto da nacionalização dos Estados, com a sua secularização e unidade, que reforçam o poder do príncipe/sujeito soberano que passa então a ver o Direito como instrumento de poder e a reivindicá-lo.

Tira-se do Direito sua socialidade, enquanto fruto do social, elemento enraizado nos costumes e valores da sociedade, para transformá-lo em algo imposto (*positum*) de cima para baixo, do Estado (Príncipe legislador) aos cidadãos.

b. A codificação

A codificação (particularmente aquela de Napoleão, início do século XIX) é a manifestação por excelência do monismo jurídico, que mesmo trazendo consigo o vulto do antigo, através de institutos cunhados e aplicados na práxis consuetudinária (*ancient regime*), revela a *loy* como vontade autoritária do detentor da nova soberania (príncipe/legislador), caracterizada pela generalidade, abstração e a rigidez.

Elemento engessado, que condiciona a natural dinâmica do Direito em relação à sociedade.

Veja o quadro histórico comparativo abaixo:

<i>Lex romana</i> – norma proposta pelo magistrado e votada em assembleia por todo o povo (cúrias, centúrias e tribos).	<i>Lex medievalis</i> – revelação de uma ordem jurídica pré-existente, tem conteúdo consuetudinário, influenciada pela autoridade de textos romanos e canônicos. Finalidade bem estabelecida: a razoabilidade, o bem comum. Justifica-se no seu conteúdo e finalidade.	<i>Loy</i> – fruto da vontade soberana (do legislador) não se justifica no seu conteúdo, mas sim na sua forma de produção.
---	--	--

Legitimação do Príncipe: príncipe como acima da sociedade, do direito e da lei. Ser perfeito que traduz a natureza e a realidade em normas.

A RACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A racionalização do Direito, que influencia a cultura jurídica moderna, é fruto do humanismo, que busca o conhecimento por meio da razão e tem preocupações dominadas pela secularização da cultura, individualização e progresso científico.

O racionalismo surge como exaltação da razão enquanto critério de conhecimento. O mundo racional é constituído por uma natureza humana, individual e livre. Trata-se do racionalismo que trabalha o triunfo da emancipação individual e do conhecimento que tem, no homem, a dimensão exata. Dissolve-se o vínculo com o indivíduo enquanto membro da comunidade, estimulando o individualismo.

A passagem do direito natural teológico para o direito natural racionalista passa particularmente pela Escola clássica espanhola (2º escolástica XVI-XVII), com a necessidade de cunhar um Direito natural válido para cristãos e pagãos. Lançam-se os fundamentos jurídicos das relações entre os diferentes povos de uma comunidade política, baseada no direito natural e regida pelo *ius gentium*, admitindo uma filosofia separada da teologia. Evidencia-se a diferença entre a Lei eterna, a lei natural e a lei humana. (Francisco da Vitória, Domingos de Soto - dominicanos; Luís de Molina e Francisco Suarez - jesuítas)

O prosseguimento da secularização e racionalização do direito ocorre através da Escola Clássica do Direito Natural Racionalista (séc. XVII), está tem como características:

- racionalização e naturalismo (razão naturalmente presente em todos os homens),
- individualismo e

- cientificismo.

Embora esses elementos sejam identificados com a **natureza** e a **razão humana** o modelo de direito deixa de ser o *ius* (baseado nos costumes) e passa a ser a lei formalizada e positivada pelo Estado. Nesse sentido, podem-se identificar algumas características da escola como:

- fundamentação do direito na natureza humana;
- identificação entre Direito natural e Direito da razão;
- existência de direitos naturais inatos, invioláveis e imprescritíveis, que atuam, como princípio de validade do Direito positivo;
- sistematização geral do direito, baseado num sistema de direito natural;
- estado da natureza como suposto racional da origem do Estado;
- adoção do contrato social como instrumento jurídico destinado a constituir o Estado.

Para os teóricos dessa escola o espaço da sociedade civil (Estado moderno) justifica-se como garantia dos direitos naturais, de maneira que sua falta e proteção ou sua violação por parte do Estado haveria de constituir uma quebra do contrato social que deixaria os súditos em liberdade de desobedecer e opor-se ao poder. Fortalecimento do poder unitário e de coação do Estado

Essa escola é muito ampla, abrangendo autores do início do século XVII ao final do século XVIII, como Grotius, Hobbes, Locke e Kant.

Grotius/Grócio: prescinde do papel constituinte de Deus na formação de um direito do gênero humano. O direito passa a ser visto no como fruto da vontade de um Deus legislador, mas como fruto da vontade humana e seria válido “mesmo que admitíssemos que Deus não existe” (*etiamsi daremus Deum non esse*).

Contratualismo: Estado de natureza x sociedade civil (Tomás Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau).

John Locke: releitura dos direitos naturais (vida, liberdade e ... propriedade).

ESTADO ABSOLUTISTA - ANCIEN RÉGIME - ESTADO JURISDIÇÃO

Com a centralização do poder político no Estado, observamos a sobreposição do rei sobre a comunidade, trata-se do nascimento do Estado absolutista, por meio do qual o rei passa a exercer fortes poderes sociais e públicos. Dentro deste processo ocorre a identificação entre Estado e Monarca (Ex.: Louis XIV, Rei Sol, 1638-1715, definiu que *L'état c'est moi* – O Estado sou eu). O rei exerce os seguintes poderes:

- governar,
- legislar,
- julga em última instância,

- tributar,
- decide a guerra e a paz,
- convoca os cidadãos ao exército.

Justiça como a área mais autônoma – fruto do ensino do direito desde as universidades medievais. No Antigo Regime, o Monarca é o protetor de seus vassallos e súditos, os protege através da justiça ministrada pelos tribunais régios. O príncipe medieval que distribui justiça, que usa da jurisdição, mantém-se aqui na figura do monarca.

O papel do rei é ligado ao Paternalismo (todas as funções nas mãos do rei), buscando manter a harmonia em sociedade e sendo a última instância da justiça. Costumamos chamar o Estado sob o Antigo Regime (Absolutismo) de Estado jurisdição porque a sua concepção de poder político é predominantemente jurisdicional. Toda a atividade do soberano é voltada a fazer justiça, mesmo quando legisla ou administra, ouvindo as cortes e transmitindo a sociedade o que se entende como justo. A legitimação do Antigo Regime está na imagem (publicidade) teórica do rei concedendo justiça aos súditos. A centralização do poder, ainda apresenta aspectos medievais, pois o soberano nas ordenações ainda tem que considerar uma pluralidade de fontes do direito. Compilar e organizar o direito vigente, não necessariamente vindo dele.

Tem-se com a formação do Estado absolutista a ordenação/organização do direito do Reino, reconhecido pelo monarca como direito vigente através da compilação em ordenações, e que será então aplicado pelos tribunais. Daí a errônea identificação entre Direito e Lei, visto que o direito aplicado pelos tribunais seria apenas aquele reconhecido pelo monarca por meio de seus decretos e leis. O Rei-Estado apodera-se da concepção de direito e coloca o seu conteúdo em uma forma. Só é direito o que estaria de acordo com a forma imposta pelo Estado.

No caso de Portugal, tem-se as:

- ordenações afonsinas (Dom Afonso V, em 1446-7);
- ordenações manuelinas (Dom Manuel, 1512/4);
- ordenações filipinas (Filipe I, Rei de Espanha e Portugal, 1603);

↳ união das coroas ibéricas entre 1580 – 1640.

A necessidade de organização do direito vigente e muitas vezes de imposição do direito tem fundo econômico, pois é necessário pensar na prosperidade do reino, na segurança jurídica das relações sociais. A passagem do Antigo Regime ao Estado de Direito, dando segurança jurídica ao comércio (contratos, transmissão de riquezas), é uma necessidade evidenciada no final do século XVIII, e começamos a observar então a confecção de códigos.

Quando vemos o Estado legislador, com a codificação, vemos inovação, um direito vindo do Estado, buscando assegurar segurança jurídica (busca de fundo econômico, ver Código comercial

no Brasil em 1850).

A partir do século XIV e XV, com os comentadores, surge uma nova forma de ensino do direito romano. Trata-se do ensino do direito romano deformado pelas concepções de direito canônico e pelas necessidades sociais. Essa forma de aplicação do direito romano vai ser presente através do *Usus Modernus Pandectarum* e da *Pandectística* até o século XIX na Alemanha e tem como um de seus defensores Savigny, que escreve uma obra chamada “Sistema de Direito Romano Atual”.

Inicialmente nas universidades ensinava-se apenas o direito romano, através do *Corpus Iuris* e do trabalho de glosadores e comentadores, não se ensinava o direito local, mas apenas o direito romano. A partir do século XVII passa-se a ensinar também os direitos nacionais. Devido ao humanismo francês (XV-XVI) começa-se a afirmação de um direito nacional, fruto do Estado-Nação (povo, governo, território). Nesse período, o direito romano passa a ser visto com interesse apenas histórico (Jean Bodin).

Durante os séculos, as universidades perdem o vigor do período medieval. Os conflitos gerados pela reforma (XVI - Lutero) e contra-reforma fizeram com que os professores que não fossem da mesma confissão do príncipe fugissem de uma parte para outra da Europa.

Desorganização do sistema de ensino. O direito romano como razão escrita, passa a ser ensinado em paralelo ou passa a ser substituído por uma espécie de direito nacional. A partir do século XVII observa-se as primeiras cátedras de direito nacional em Upsala (Suécia) e Sorbone (França). A mentalidade medieval é substituída pelo humanismo francês (*mos gallicus*). A substituição do direito romano acontece particularmente naqueles ramos em que era pouco conhecido ou não podia trazer grandes contribuições (Direito público, comercial, criminal). Essa modificação deve-se à marcha da codificação que inicia, já no século XV através das ordenações (compilações de costumes, direito canônico, direito romano e leis esparsas). As ordenações representam a intenção de tornar mais certo o direito a ser aplicado, e são presentes em países como: França, Espanha, Holanda, Bélgica, Baviera, Portugal.

VOLUNTARISMO – POSITIVISMO JURÍDICO

O Positivismo jurídico associa-se à concepção voluntarista do direito. Direito como fruto da vontade do legislador, mas o legislador na modernidade deixa de ser Deus e torna-se o rei ou o Estado, dando ênfase à ideia de legalidade. Direito é expressão dos mais fortes, elemento de organização e pacificação social, não de justiça. Acomodação de interesses e forças, não de igualdade.

O controle do legislador ocorre pelo processo decisório formalizado (processo legislativo), mas é sempre um processo, a forma, e não o conteúdo a característica do positivismo.

AS REVOLUÇÕES

O Rei, dentro do Estado absolutista, comete excessos contra toda a população. A burguesia sente-se ameaçada. Ela é detentora do capital, mas não de títulos e privilégios de nobreza (libertas), sente-se ameaçada e começa a lutar contra o poder absoluto do rei e os privilégios da nobreza. Nasce então as revoluções. As revoluções buscam limitar o poder do Estado, impondo textos jurídicos (constituições) que fixam as normas quanto ao exercício do poder pelo Estado e pelo monarca.

Na história, observa-se dois tipos de revoluções.

a. Tradição inglesa: revolução como direito de resistência, buscando defender a ordem pré-estabelecida. Este tipo de revolução na modernidade demonstra-se mais apegada à tradição medieval.

Ex.: Revolução gloriosa 1685-1689. Inglaterra – revolução para preservar as antigas e indiscutíveis leis e liberdades e a antiga constituição que significa estabilidade, garantia de leis e liberdades.

Revolução americana 1776-1783: revolução de independência dos EUA. Declaração de independência em 1776, tratado de paz e reconhecimento da independência entre Inglaterra e EUA em 1783.

A revolução foi motivada pelos altos impostos cobrados pela metrópole às colônias (Filme “o patriota”), sem a consulta das assembleias das mesmas. Tal taxaço foi entendida como contrária à “constituição”, aos direitos dos cidadãos. Diante do não acordo, houve o exercício do direito de resistência e o exercício do poder primário de desfazer o governo injusto (tirano), fundando uma nova constituição – organização.

Nesse sentido, cita-se como exemplo a Revolução farroupilha 1836, na qual os grandes estancieiros luta contra excessos de impostos sobre o charque.

b. Tradição francesa: busca por meio da revolução eliminar a organização pré-existente e criar uma nova ordem social e jurídica. Acredita no poder da lei de mudar a sociedade.

Ex.: Revolução francesa 1789-1799.

REVOLUÇÕES E PODER CONSTITUINTE

As revoluções e a busca pela “soberania popular” da burguesia é contrária à monarquia absolutista, e nasce o poder constituinte (poder de mudar a forma de organização do Estado, seus poderes, direitos e garantias individuais). O povo “soberano” pretende então re-organizar a sociedade de forma à dar-lhe estabilidade. O poder constituinte é particularmente presente na declaração de independência americana, 1776, e na formação da constituição federal EUA 1787.

Vemos com as revoluções a manifestação do **constitucionalismo**, conjunto de doutrinas que a partir da metade do século XVII tentaram limitar os poderes do Estado e assegurar os direitos e garantias individuais, através de uma Constituição escrita.

HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

PERÍODO COLONIAL: 1500-1815

Durante o período colonial, Portugal vive sob o sistema político do Estado Absolutista, também chamado ‘Antigo Regime’ ou ‘Ancien Régime’. A organização política portuguesa, presente no Brasil refletia a monarquia absolutista. Tarefas do Estado absolutista:

- governo,
- guerra,
- justiça e
- fazenda.

O estado absolutista que abre a modernidade apresenta características medievais, como

- divisão da sociedade em estamentos: aristocracia, clero, artesãos;

cargos públicos comprados e passados de pai para filho, afastados apenas pelo Rei em caso de erro e negligência. Se não houvesse um regimento geral para o cargo, o rei o dava no momento da sua criação (função, jurisdição, competência). A cultura de cargo propriedade ainda era presente no Brasil até pouco tempo quanto aos cartórios.

22/04/1500 – Descoberta do Brasil

Os portugueses inicialmente efetivaram poucos empreendimentos no novo território. Algumas expedições chegaram, como a de 1501, chefiada por Gaspar de Lemos e a expedição de Gonçalo Coelho de 1503, as principais realizações dessas expedições foram: nomear algumas localidades no litoral, confirmar a existência do pau-brasil e construir algumas feitorias.

Até 1530 o Brasil foi colônia de exploração do pau Brasil. A exploração do pau-brasil foi a principal atividade durante os primeiros trinta anos após o descobrimento/conquista. Os portugueses desmatavam o litoral da colônia extraíndo o pau-brasil com a finalidade de usar a seiva da árvore, como substância utilizada para tingir tecidos, e a madeira para a fabricação de móveis. A exploração do pau-brasil despertou o interesse de outros países europeus: Inglaterra e a França.

Características das colônias de exploração:

- espaço ocupado por indivíduos que representavam o interesse da metrópole;
- leis, obrigações, impostos e instituições da colônia zelavam por interesses da Metrópole;
- moradores da colônia usufruíam de pouca ou nenhuma autonomia para elaborar e impor direitos que se remetiam a seus interesses próprios;
- administração colonial se instalava nas regiões que ofereciam melhores condições ao desenvolvimento de uma atividade econômica rentável;
- necessidades econômicas locais eram lançadas ao segundo plano, diante das necessidades da metrópole e do mercado europeu.

Até o ano de 1530, a ocupação portuguesa ainda era bastante tímida, somente no ano de 1531, o monarca português Dom João III enviou Martin Afonso de Souza ao Brasil nomeado capitão-mor da esquadra e das terras coloniais, visando efetivar a exploração mineral e vegetal da região e a distribuição das sesmarias (terras) para a agricultura principalmente da cana-de-açúcar. Os portugueses tiveram o contato com a cultura da cana-de-açúcar no período das cruzadas na Idade Média e já desenvolviam esta agricultura na ilha de Madeira, 978 Km a sudoeste de Lisboa, perto do litoral africano.

Em 1534 a colonização **portuguesa no Brasil**, sob as ordens de Dom João III, assumiu o regime de capitânicas-hereditárias e sesmarias. A colonização portuguesa pode ser caracterizada pelas ações de:

- civilizar,
- exterminar,
- explorar,
- povoar,
- conquistar e
- dominar.

No ano de 1534, dando continuidade ao projeto de tomada de posse, o rei Dom João III dividiu a nova colônia em quinze faixas de terra. As “faixas de terra” eram imensos lotes de terra que integrariam o sistema de capitânicas hereditárias, e implicavam na transferência da responsabilidade de ocupar e colonizar o território colonial para terceiros. Nesse sistema, o rei entregava uma capitania a algum membro da corte de sua confiança que, a partir de então, se transformava em capitão donatário.

CAPITANIAS

(Perdigão Malheiros, Escravidão, v. II, p. 20) Quando o governo da Metrópole ocupou-se com mais interesse de promover a colonização da possessão Americana; resolveu dividi-la em grandes capitánias. O objetivo das capitánias era a colonização e exploração das terras, e a defesa do território português de franceses e holandeses que estavam interessados nas terras.

Foram 15 capitánias hereditárias (posse de territórios inalienáveis que só eram transmitidos por herança aos filhos legítimos, varões e mais velhos), entregues a 12 donatários, das quais apenas seis foram efetivamente colonizadas:

- São Vicente,
- Pernambuco,
- Espírito Santo,
- Porto-Seguro,
- Santo Amaro,
- Ilhéus.

Destas, apenas duas tiveram sucesso: São Vicente e Pernambuco, devido aos lucros obtidos com a instalação da indústria açucareira. Da receita das capitánias, 90% ficava para os particulares e 10% era transmitido à Coroa de Portugal, abrindo uma forte distinção entre economia nacional e finanças públicas.

A entrega da capitania e a nomeação de capitão-mor era baseada em disposições legais compostas por Direito canônico, cartas de doação e os forais.

– Carta de doação: ficava estabelecido que o governo de Portugal cedia o uso de uma determinada faixa de terra (capitania) a um donatário e que este não poderia negociá-la sob nenhuma hipótese;

– Foral: “determinava o conjunto específico de direitos e obrigações que o capitão donatário teria em suas mãos. Ele poderia fundar vilas, doar sesmarias, exercer funções judiciárias e militares, cobrar tributos e realizar a escravização de um número fixo de indígenas. Com relação às atividades econômicas, ele poderia ter uma parte dos lucros, desde que isso não ferisse os direitos de arrecadação da Coroa Portuguesa”.

Essas cessões da posse do governo português (capitánias) deveriam ser transmitidas ao filho mais velho (daí o nome de capitánias hereditárias). As cessões eram acompanhadas de poderes extraordinários, como:

- alçada até morte natural aos peões, escravos, e índios,
- atribuições judiciais (civis e criminais), (o sistema judicial no Brasil era de juízes

municipais, donatários através de ouvidores, e a justiça real de Portugal)

- nomeação de autoridades e empregados,
- distribuição de sesmarias conforme as leis do Reino,
- direito de cativar índios para o seu serviço e dos navios,

Esses poderes eram confirmados pelos forais de cada capitania.

Características das capitanias:

- distribuídas à pessoas dignas por seus serviços e fidalguia, ou riqueza, católicos com obrigação de trazerem gente e navios à sua custa.
- Promove a ocupação sem onerar a coroa;
- Cessão da posse em base as cartas de doações e foral;
- A propriedade da terra continua a ser do Estado português;
- Estabelecimento militar e econômico para defesa externa e estímulo ao comércio;
- O chefe da capitania: capitão-mor;
- Muitas terras de sesmarias eram arrendadas a lavradores;
- Declaradas junto ao registro de terras da igreja.

O governo reconhecia e tolerava a escravidão dos Indígenas, não reprovando e nem punindo quem a praticasse. Tal fato continuou mesmo após 1570, quando houve a emanção por Portugal de norma sobre a liberdade dos índios no Brasil.

Somente em 1759, as capitanias hereditárias desapareceram com a ação do ministro português Marquês de Pombal. Marques do Pombal foi ministro entre 1750-1777 (reinado de Dom José I) e agiu pela racionalização do Estado português que manifestava sinais de esgotamento da política de Antigo Regime.

A divisão de terras realizada pelo sistema de Capitanias Hereditárias e Sesmarias concedia ao donatário (aquele que recebe a terra) – capitão mor - poderes ligados à administração, justiça e fazenda da capitania, poderes que permitiam que ele agisse em nome da coroa e entendesse até mesmo como seu o patrimônio real (terras da capitania). Esse comportamento leva à concepção patrimonialista de Estado, onde se observa o avanço do interesse particular sobre o patrimônio privado.

Com o fracasso do sistema administrativo das capitanias hereditárias, Portugal deu à colônia outra orientação designada como sistema de governadores-gerais, em 1549 com Thomé de Souza.

Houve a transferência da legislação portuguesa contida nas compilações de leis e costumes conhecidos como Ordenações Reais, que englobavam as Ordenações Manuelinas (1512-4) e

Filipinas (1603). A legislação em direito privado era aplicada ao Brasil sem alterações, embora houvesse a necessidade de Leis específicas para regular o comércio da Colônia. Em direito público houve a necessidade de elaboração de normas que regulassem a organização administrativa da Colônia.

SESMARIAS

Instituto jurídico relativo à posse da terra.

Sesmarias: subdivisões da capitania com o objetivo de aproveitamento: cultivo e pecuária da terra.

- 80 % das capitanias deveriam ser repassadas por sesmarias;
- instituto feudal criado em pela Lei Agrária de 1375 em Portugal, por Dom Fernando I, fruto da crise de abastecimento e demográfica criada pela Grande Peste (negra) de 1348;
- transmissão da posse de terras pelo Rei ou seu representante (capitão-mor), para o cultivo e criação de acordo com o que cada um podia cultivar. Origem da posse e da propriedade, de acordo com o que cada um pode produzir. São Tomás d'Aquino: Deus é o único proprietário, o homem apenas tem uma propriedade incompleta, comparável à posse, nesse mundo, cabendo usar, fazer frutificar e conservar para as próximas gerações;
- Foi introduzida nas ordenações do Reino mantendo o princípio do cultivo;
- aplicado entre os séculos XVI e XIX no Brasil;
- no Brasil, a concessão de sesmarias não respeitava a regra de condições de cultivo significando terras não produtivas. Adaptação às exigências de um modelo econômico escravocrata e latifundista. Sesmarias de até 13 mil hectares: Engenhos;

O GOVERNO CENTRAL

Cartas de Duarte Coelho e Pero de Góes, com denúncias, ao Rei D. João III, durante a década de 1540, alegando excessos dos donatários e a falta de um controle efetivo por parte de Portugal, permitindo:

- que os donatários abusassem do seu direito de asilo, negando-se a entregar os criminosos que se refugiavam nas suas Capitanias,
- abusos introduzidos sobretudo pelos colonos,
- abusos de atribuições e isenções conferidos aos donatários,
- humilhação e escravização dos indígenas.

A falta de um controle efetivo por parte de Portugal poderia levar até mesmo à perda da Colônia. O Rei deliberou então criar no Brasil um governo central. Resolveu-se que aos donatários

se restringiriam certos direitos, atribuições, e isenções, sobretudo em relação ao asilo, justiça, e fazenda pública.

Os direitos e privilégios dos donatários foram concentrados nas mãos do Governador Geral, como:

- unidade e centralização administrativa, que substituíam a independência recíproca das Capitâneas;
- ordem, força, princípio da Autoridade, que vinha pôr ordem à anarquia, à fraqueza, à desordem e desobediência na colônia.

A instauração do Governo Central foi a salvação da colônia, e a sua conservação integral. O primeiro governador central foi Thomé de Souza

Durante o período extrativista e de colonização eram aplicadas no Brasil, as normas portuguesas em direito privado, embora a necessidade de leis específicas para regular o comércio da nova Colônia. Em direito público foi necessário a elaboração de normas que regulassem a administração da colônia (Rei Dom João III).

As ordenações: coletâneas que atualizavam o direito vigente (leis esparsas, costumes, direito canônico) portuguesas que vigoraram no Brasil foram as Ordenações Manuelinas (1512/4) e as Filipinas 1603 (Vigente em Portugal até 1867 e no Brasil até 1917).

Universidade de Coimbra (1290) formava todos os juristas do Império Português. No Brasil as faculdades de direito foram fundadas apenas em 1827 (São Paulo e Recife).

CODIFICAÇÃO

Três etapas da Marcha para a Codificação:

- ordenação: compilação de costumes, direito canônico, direito romano e leis esparsas; não inova, séculos XIV / XV em diante;
- consolidação: compilação da ordenação, mais a legislação esparsa, não inova, séculos XVII em diante;
- codificação: norma única, organizada e com inovação pelo legislador, final do século XVIII em diante;

No Brasil foram vigentes as ordenações Manuelinas (1512/3) e Filipinas (1603). As ordenações tratam de direito público e de direito privado. Trata-se de organização do direito vigente.

CÓDIGO FRANCÊS: CÓDIGO DE NAPOLEÃO

Durante toda a revolução francesa tenta-se formar e aprovar um código civil para toda a

França, mas os projetos não eram aprovados pelo Congresso Francês. A consolidação de uma construção do Code Civil (Código Civil) ocorreu apenas em 14 de agosto de 1800 com a chegada de Napoleão ao poder, através de um golpe de Estado.

Napoleão désigna une commission de quatre éminentes juristas: François Denis Tronchet, Jacques Maleville, Jean Etienne Marie Portalis, Félix Julien Bigot de Préamenau. Em quatro meses (de agosto à novembro de 1800) foi realizado o esboço do Código, tendo sido promulgado em 14 de agosto de 1804.

Na França, o Código Civil desempenhou dois papéis fundamentais:

- outorga aos cidadãos de direitos certos e claros. Mesmo com as reformas constitucionais e a instabilidade política, havia estabilidade à vida privada, ao comércio e à propriedade;
- elemento político que servia para superar o distinto direito praticado entre norte e sul. Fim do pluralismo jurídico e da tradição jurisprudencial do Antigo regime. Unificação do direito francês e da nação francesa, código como legislação uniforme;

Características do Código Civil Francês:

- é simples de fácil acesso, pedagógico;
- não visa romper com o passado, com o direito até então usado. Retoma princípios, institutos e soluções técnicas do direito consuetudinário e do direito romano, mas adequando-os um aos outros em uma nova arquitetura que por um lado usava o material tradicional e de outro inseria um contexto diferente, participando ao mesmo tempo de tradição e de renovação;
- pretensão da razão máxima do direito (jusracionalismo) com expectativa de eternidade e universalidade, sendo um modelo exportado para toda a Europa e América Latina.

Conhecido como o primeiro código moderno, por romper com a tradição jurídica do Antigo Regime (monarquia absolutista), é baseado na teoria Jusracionalista, e é apresentado à sociedade como um código fruto da razão absoluta e que poderia ser aplicado em qualquer tempo e em qualquer lugar. Tem influência do direito romano, por exemplo, na estrutura de organização do Código. Comparar com as Institutas de Gaio e de Justiniano. O Código francês influenciou todo o processo de codificação ocorrido no século XIX na Europa e América Latina.

ESCOLA DA EXEGESE

Escola jurídica vital na França por toda a primeira metade do século XIX, e tem como característica o estudo e ensino do direito com a técnica de comentar artigo por artigo, acabando por, mais tarde, receber críticas sobre a unificação do texto normativo. O direito romano, o direito natural e o direito das gentes eram ensinados nas universidades apenas na relação com o Código

Civil. Tratava-se principalmente de explicar o texto normativo. Principais juristas da escola da exegese são: Toullier, Duranton, e Demolombe.

Formas de interpretação dos textos jurídicos: diferença entre exegese e hermenêutica.

Séculos XIX - Escola da exegese: o juiz é a boca da lei. Sem espaço para interpretação ou inovação, o juiz apenas aplica a letra fria da lei.

Séculos XX e XXI - Hermenêutica: conjunto de normas relativas à interpretação e aplicação da norma jurídica. Considera contexto social, princípios de Direito, dinâmica social.

CODIFICAÇÃO NO BRASIL

No Brasil, inicialmente tem-se a regulação do direito público, objetivando consolidar o jovem Estado brasileiro e independente. Busca-se tratar de normas relativas à estrutura e organização do Estado, direitos fundamentais e direito penal (condicionando o comportamento dos indivíduos). As normas de Direito civil usadas no Brasil, mesmo após a independência, eram em grande parte proveniente da legislação portuguesa, emanada até a data da independência, não tendo sido revogadas por conta da lacuna jurídica que se instauraria (decreto de 20 de outubro de 1823).

Apenas na segunda metade do século XIX inicia-se a pensar no Código Civil (estabilidade política e de guerras). Forte mudança no panorama social: café, novas fazendas, perspectiva de abolição da escravatura, construção de ferrovias, maior exportação etc.. fazia necessário repensar o direito civil brasileiro.

Relembrando: as três etapas da Marcha para a codificação:

- ordenação;
- consolidação;
- codificação.

CODIFICAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

- Constituição 1824;
- Código criminal 1830;
- Código de processo criminal 1832

Codificação de direito privado

As ordenações: coletâneas que atualizavam o direito vigente (leis esparsas, costumes, direito canônico) portuguesas que vigoraram no Brasil foram as Ordenações Manuelinas 1512/3 e as Filipinas 1603. As ordenações Filipinas vigoraram em Portugal até 1867 (quando entrou em vigor o

1º Código Civil português) e no Brasil até 31 de dezembro de 1916 (em 01 de janeiro de 1917 entrou em vigor o 1º Código Civil brasileiro).

CÓDIGO COMERCIAL DE 1850

Desde 1808, com a abertura dos portos brasileiros às nações amigas, sente-se falta de um código específico para tratar o tema. O código vem em 1850, baseado nos códigos comerciais de Portugal, França e Espanha. O objetivo do Código comercial é garantir as práticas do comércio que foi também usado como parâmetro para contratos e garantias;

- convive com as normas de Direito civil.
- inovador, modernizou o direito comercial brasileiro;
- tratou do que era importante para a economia do Império: importação e exportação;
- condicionava diretamente o comércio e indiretamente a agricultura por ser intermediada por comerciantes;
- serviu de paradigma para o direito civil da época (ordenações filipinas);
- linguagem abstrata e sistemática, típica do século XIX;
- Barão de Mauá (o empreendedor do império) esteve envolvido no projeto;
- retardou a confecção do Código civil;

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS

O Império contratou em 1855 Augusto Teixeira de Freitas para inicialmente preparar uma Consolidação das Leis Civis, para a compreensão do então estado do direito brasileiro; e posteriormente a confecção do Código Civil.

A Consolidação era a compilação e sistematização do direito vigente, com o uso em larga escala das Ordenações Filipinas (1603). A consolidação foi terminada em 1857 e aprovada em 1858. A Consolidação das Leis Civis é uma organização do direito vigente, considerando as normas brasileiras e as oriundas de Portugal. Nota-se a presença de elementos de direito romano, vindos através do direito português e da formação de Teixeira de Freitas. O texto reflete as ordenações filipinas e respeita os direitos previstos no art. 179 da Constituição Imperial de 1824. O texto é composto pelos dispositivos legais e por notas explicativas de Teixeira de Freitas sobre o conteúdo e sua motivação para a validade da norma. A consolidação serve de referência como Código Civil da época, e nela, Teixeira de Freitas negou-se a tratar da escravidão na Consolidação, e entende que é melhor fazer um “code noir”, código que trate especificamente disso.

ESBOÇO DO CÓDIGO CIVIL

Desde 1859, Teixeira de Freitas dedica-se à confecção do Esboço do Código Civil. Existia na época dois tipos de ciência jurídica:

- francês: simples, acessível aos cidadãos;
- alemão: altamente especializado, vocabulário conceitual e afastado do senso comum do leigo.

Dentre os dois tipos, Teixeira de Freitas opta pelo tipo alemão: erudito, ciência do Direito, com forte caráter romanístico, antiescravista e desejo de perfeição. Em 1865 ele começa a publicar partes do Esboço e propõe inclusive a unificação do direito civil e comercial em um único código. Iniciativa não aceita pela Coroa. Devido à complexidade do projeto com 4.908 artigos, marcado por notas explicativas, o projeto é abandonado.

O ESTUDO DO DIREITO

Do ponto de vista jurídico, o Império Português é unitário, ou seja, não apresenta a separação entre os cargos brasileiros e portugueses e não cria uma universidade no Brasil. A universidade pode ser vista como um elemento de fecundo pensamento jurídico e crítico. Os juristas brasileiros até o século XIX estudavam nas faculdades de Direito de Portugal (Coimbra e Lisboa) ou da França (Montpellier).

No século XIX, os juristas serão formados a partir das escolas de direito fundadas em 1827 em São Paulo e em Olinda (que passou à Recife em 1854). Influenciadas pela reforma pombalina e sem o estudo do direito romano, estudando direito das gentes, direito canônico, português e brasileiro. Em 1854 faz-se uma reforma e volta-se a estudar o direito romano nas faculdades de direito do Brasil. Em 1879 permite-se a criação de outras faculdades além das oficiais.

Todos os juristas formados entravam quase que obrigatoriamente para a estrutura estatal, devido à necessidade destes especialistas pelo aparelho burocrático do Estado. Era uma forma de crescimento e de fazer carreira também em ambiente político.

Juristas em país pobre manifestam uma formação tendencialmente idealista, ou seja, a pretensão de mudar a realidade social de cima para baixo. Acreditam na mudança social por decreto, confundido eficácia do direito com medidas repressivas.

CÓDIGO CIVIL DE 1916: PRIMEIRO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

- Previsto na Constituição de 1824: art.
- Clóvis Beviláqua: escola do Recife; inicia os trabalhos em 1899;
- o projeto apresenta influência do CC francês, do Código civil alemão e do esboço de

Teixeira de Freitas;

- fortes críticas de Ruy Barbosa: mais ao vocabulário usado do que à estrutura do Código em si;
- aprovado em 01/01/1916;
- entrada em vigor em 01/01/1917;
- principais características:
 - oitocentista: liberalismo econômico, patrimônio no centro do ordenamento jurídico;
 - organização conforme o direito romano (institutas de Gaio de de Justiniano): livro I – pessoas/ livro II – bens;
 - contratos: instrumento de transmissão da propriedade;
 - propriedade: imobiliária rural, latifúndio;
 - família:
 - patriarcal, forte pátrio poder/prevalece a vontade paterna,
 - mulher precisa de permissão do marido para trabalhar fora e para abrir sua própria empresa,
 - sem possibilidade de divórcio, apenas desquite (dissolução da sociedade conjugal): o casamento só se dissolve pela morte de um dos cônjuges. Lei do divórcio em 1977: o divórcio põe fim ao casamento.

~~– Art. 1.807. Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código.~~

Cabe delinear que durante toda a modernidade e mesmo com a confecção de ordenações e consolidações o Direito romano (*Corpus Iuris Civilis* – Imperador Justiniano) foi usado como fonte subsidiária do direito, ou seja, quando não houvesse previsão legal sobre a questão a ser tratada, dever-se-ia consultar o direito romano e resolver a questão de acordo com ele. Alguns autores afirmam que por o art. 1807 do CC 1916 não prever a revogação do direito romano, esta ainda seria fonte subsidiária do direito brasileiro durante o século XX.

O Código Civil de 1916 vigorou até 10/01/2003, a partir do dia 11/01/2003 entrou em vigor o Novo Código Civil – Lei 10.406.