



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE DIREITO**

ELIANE MARIA MARQUES MOREIRA

**O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A INFLUÊNCIA DO
DIREITO ROMANO: ESTUDO DO DIREITO PENAL**

CAMPINA GRANDE - PB

2010

ELIANE MARIA MARQUES MOREIRA

**O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A INFLUÊNCIA DO
DIREITO ROMANO: ESTUDO DO DIREITO PENAL**

Monografia apresentada à Disciplina TCC
como requisito para obtenção do grau do
bacharel em Direito pela Universidade
Estadual da Paraíba – UEPB.

Orientador: Valfredo de Andrade Aguiar Filho

CAMPINA GRANDE – PB

2010

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

M838o Moreira, Eliane Maria Marques.
O Ordenamento jurídico brasileiro e a influência do direito romano [manuscrito]: estudo do direito penal / Eliane Maria Marques Moreira. – 2010.
86 f.

Digitado.
Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2010.
“Orientação: Prof. Esp Valfredo de Andrade Aguiar Filho, Departamento de Direito Privado”.

1. Direito romano 2. Ordenamento jurídico brasileiro I.
Título.

21. ed. CDD 340.54


ELIANE MARIA MARQUES MOREIRA

**O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A INFLUÊNCIA DO
DIREITO ROMANO: ESTUDO DO DIREITO PENAL**

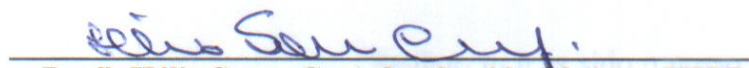
Monografia aprovada em: 17 / 11 / 2010

Nota: 10,0

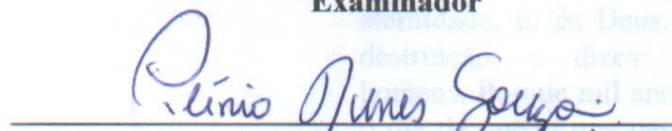
BANCA EXAMINADORA



Prof. Valfredo de Andrade Aguiar Filho – UEPB
Orientador



Prof. Hélio Santa Cruz de Almeida Júnior – UEPB
MSc. em Ciências Jurídicas
Examinador



Prof. Plínio Arruda Souza – UEPB
Esp. em Direito Processual do Trabalho
Examinador

“Senhor, tu tens sido o nosso refúgio, de geração em geração. Antes que os montes nascessem, ou que tu formasses a terra e o mundo, mesmo de eternidade, tu és Deus. Tu reduces o homem à destruição; e dizes: Tornai-vos, filhos dos homens. Porque mil anos são os teus olhos como o dia de ontem que passou, e como a virgília da noite. Tu os levas como uma corrente de água; são como um sono; de manhã são como a erva que cresce. De madrugada floresce e cresce; à tarde corta-se e seca”.

Salmo 90, 1-6

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de toda ciência.

À minha mãe, Catarina, que sempre confia, incentiva a lutar e não esquecer de agradecer sempre.

A meu pai, Raimundo, mesmo à sua maneira, apóia meus caminhos.

A meu mano, ANTONIO, “*in memorian*” que já se encontra ao lado do Pai Celestial, por todas as vezes que lhe recorro.

Aos manos também, Raimundo Neto e Alexandre, pelos quais entendo minha luta.

À minha avó materna, DOLARICE, sempre me elogia pela bravura e responsabilidade que assumo a vida.

Aos amigos que, às vezes, mesmo de longe me deram incentivos para vencer a batalha.

Aos professores e funcionários, de maneira geral, pelos ensinamentos, auxílios e paciência que nos dedicaram.

Enfim, muito obrigada, a todos aqueles que não foram citados, mas que cada um, à sua maneira, direta ou indiretamente, ajudavam-me nessa conquista. A minha respeitosa e sincera gratidão.

À colega Karinny Sonally pelo que nos proporcionou com seu imenso sorriso e labutar acadêmico “*in memorian*”.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Valfredo Aguiar por toda paciência e total vontade imprescindível na busca da concretização deste trabalho, digno de um mestre.

Aos Prof^{es}. Hélio e Plínio, que prontamente aceitaram o convite de serem componentes da Banca.

RESUMO

Tem-se na eminência desta pesquisa buscar a origem para melhor desenvolver o estudo do direito penal do Brasil, visto que, o Direito brasileiro, em sua construção, encontra-se à base do direito romano. Este constitui a base do direito ocidental, logo que é ele o marco inicial na história do Direito e componente essencial no estudo do Direito Civil o Direito é um elemento fundamental da cultura, produto histórico da experiência humana de uma sociedade. A cultura ocidental vigente baseia-se em três componentes de suma importância que são a filosofia grega, o Direito Romano e o cristianismo; O Direito apresenta-se como subsídio para duas tarefas principais – buscam-se respostas imediatas e efetivas aos problemas do cotidiano para prevenir e solucionar conflitos através desse instrumento que é o Direito, como também tenta fazer uma ordenação à sociedade que se habita. É fato que o Direito em análise nos legou o Corpus Juris Civilis (Corpo de Direito Civil) em sua estrutura, princípios, categorias e os conceitos fundamentais que integram a ciência jurídica medieval, moderno e contemporâneo. O Direito Privado brasileiro tem a sua herança mediata no Direito Romano e sua herança imediata nas Ordenações do Reino (Afonso, Manuelinas e Filipinas). Muitos institutos da cultura jurídica brasileira têm uma intimidade muito acentuada com os ensinamentos hebraicos, gregos e romanos. É notório que o legado importante do Direito Romano no ordenamento jurídico brasileiro faz-se presente com a influência da elaboração do Código Civil de 1916 em que se caracterizou por sentimentos e filosofia da classe dominante à época pelas razões que lhe interessaram. Diante do arcabouço do universo jurídico, tenta-se buscar a essência do direito penal brasileiro e, sobretudo, realizar uma reflexão acerca dos principais institutos. O Direito Penal encontra na codificação da Lei das XII Tábuas, o homicídio, o dano, o falso testemunho e como se pode observar em sua evolução histórica, surgiu tutelando interesses particulares, admitindo a vingança privada, mas com a influência cristã do direito canônico, o direito em curso passou a ser encarado cientificamente e, conseqüentemente em defesa da sociedade. Para os brasileiros, a influência do direito em curso foi e continua sendo maior, assim torna-se imprescindível da originalidade romana para melhor conseguir interpretá-lo, como também compreendê-lo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Romano. Ordenamento Jurídico Brasileiro. Institutos.

ABSTRACT

It is had in the prominence of this research to look for the origin for best to develop the study of the penal right of Brazil, because, the Brazilian Right, in its construction, meets to the base of the Roman right. This constitutes the base of the western right, as soon as it is he marks it initial in the history of the Right and essential component in the study of the Civil Right the Right it is a fundamental element of the culture, historical product of the human experience of a society. The effective western culture bases on three components of highest importance that are the Greek philosophy, the Roman Right and the Christianity; The Right comes as subsidy for two main tasks - immediate and effective answers are looked for to the problems of the daily to prevent and it solved conflicts through of that instrument that is the Right, as well as he/she tries to do an ordering to the society that is inhabited. It is fact that the Right in analysis delegated us Corpus J uris Civilis (Body of Civil Right) in its structure, beginnings, categories and the fundamental concepts that integrate the medieval, modern and contemporary juridical science. The Right Private Brazilian has its inheritance mediata in the Roman Right and its immediate inheritance in the Orderings of Kingdom (Afonsinas, Manuelinas and Philipines). Many institutes of the Brazilian juridical culture have an intimacy very accentuated with the ensinamentos hebraicos, Greeks and Romans. It is notorious that the important legacy of the Roman Right in the Brazilian juridical ordenamento makes himself present with the influence of the elaboration of the Civil Code of 1916 in that was characterized by feelings and philosophy of the dominant class to the time for the reasons that interested it. Before the arcabouço of the juridical universe, it tries to look for the essence of the Brazilian penal right and, above all, to accomplish a reflection concerning the main institutes. The Penal Right finds in the code of XII Boards' Law, the homicide, the damage, the false testimony and as he/she/it can observe in its historical evolution, it appeared tutoring private interests, admitting the private revenge, but with it influences it Christian of the canonical right, the right in course became faced scientifically and, consequently in defense of the society. For the Brazilians, the influence of the right in course was and continuous being larger, he/she becomes like this indispensable of the Roman originality for best to get to interpret it, as well as to understand it.

Keyword: Roman right. Brazilian Juridical Ordenamento. Institutes.

LO ABSTRACTO

Se tiene en la prominencia de esta investigación para buscar mejor para el origen para desarrollar el estudio del derecho penal de Brasil, porque, el Derecho brasileño, en su construcción, se encuentra a la base del derecho romano. Esto constituye la base del derecho occidental, en cuanto sea que él marca firma con iniciales en la historia del componente Correcto y esencial en el estudio del Derecho Civil el Derecho es un elemento fundamental de la cultura, producto histórico de la experiencia humana de una sociedad. La cultura occidental eficaz basa en tres componentes de importancia más alta que es la filosofía griega, el Derecho romano y la Cristiandad; El Derecho viene como subsidio para dos tareas principales - las respuestas inmediatas y eficaces se buscan a los problemas del periódico para prevenir y resolvió conflictos a través de de ese instrumento que es el Derecho, así como el he/she intenta hacer una clasificación a la sociedad que está habitada. Es hecho que el Derecho en análisis nos delegó el Cuerpo Júrís Civilis (Cuerpo de Derecho Civil) en su estructura, principios, categorías y los conceptos fundamentales que integran la ciencia jurídica medieval, moderna y contemporánea. El brasileño Privado Correcto tiene su mediata de herencia en el Derecho romano y su herencia inmediata en las Clasificaciones de Reino (Afonsinas, Manuelinas y Philipppines). Muchos institutos de la cultura jurídica brasileña tienen una intimidad muy acentuado con los hebraicos del ensinamentos, griegos y romanos. Es notorio que que el legado importante del Derecho romano en el ordenamiento jurídico brasileño se hace presente con la influencia de la elaboración del Código Civil de 1916 en eso fue caracterizado por los sentimientos y filosofía de la clase dominante al tiempo por las razones que lo interesaron. Antes del arcabouço del universo jurídico, intenta buscar el ser del derecho penal brasileño y, sobre todos, para lograr una reflexión acerca de los institutos principales. Los hallazgos Correctos Penales en el código de la Ley de XII Tablas, el homicidio, el daño, el testimonio falso y cuando los he/she/it pueden observar en su evolución histórica, aparecía enseñando intereses privados y admite la venganza privada, pero con él le influencia Christian del derecho canónico, el derecho en curso se enfrentó científicamente y, por consiguiente en defensa de la sociedad. Para los brasileños, la influencia del derecho en curso era y el ser continuo más grande, el he/she se vuelve como este indispensable de la originalidad romana para mejor para conseguir interpretarlo, así como para entenderlo.

Palabras llave: Derecho Romano. Ordenamiento Jurídico. Derecho penal.

LISTA DE SIGLAS

BURGENS: burguês

COMITIUN: recanto do fórum

CORPUS JURIS CIVILLIS: conjunto ordenado das regras e princípios jurídicos

DELICTA ECLESIASTICA: ofensa ao direito divino

DELITA MERE SECULARIA: lesionavam a ordem

EL DERECHO PROTECTOR DE LOS CRIMINALES: o direito protetor dos criminais

EXEGÉTICO (exegesis): explicação, comentários

FUERO MUNICIPAL: foro municipal

GENTIUM: aplica-se aos estrangeiros

IMPERIUM: império

JUS CIVILE: direito civil

JUS CIVILIS CONFIRMANDI: direito civil confirmado

JUS GENTIUM: direito das gentes

JUS GRATIS JURIS: o direito em si por si

JUS NON SCRIPTUM: direito escrito, constituído por textos legais

JUS PRAETORIUM: corrige e ameniza o rígido jus civile

JUS PRIVATUM: direito privado

JUS PUBLICUM: direito público

LEGES CURIATAE: Leis

LEGES DATAE: medidas tomadas em nome do povo por um magistério

LEGIS REGATAE: leis votadas pelo povo por iniciativa do magistrado

PIGMENS: pequenos

POPULUS ROMANUS: povos romanus

PRACTIA CRIMINALIS: práticas criminais

REX: Rei

SENUTUS: senado

SUB JUDICE: em juízo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 DIREITO ROMANO	17
2 DIVISÃO DO DIREITO PRIVADO	24
3 O DIREITO ROMANO NA REALEZA	26
3.1 ORGANIZAÇÃO POLÍTICA.....	26
4 O DIREITO ROMANO NA REPÚBLICA	27
4.1 ORGANIZAÇÃO POLÍTICA.....	27
4.2 FONTES DO DIREITO ROMANO NA REPÚBLICA	27
4.3 A LEI DAS XII TÁBUAS	27
4.4 INTERPRETAÇÃO DOS PRUDENTES	28
4.5 A FUNÇÃO DOS JURISCONSULTOS NA REPÚBLICA.....	28
4.6 OS EDITOS DOS MAGISTRADOS	28
4.7 O EDITO DO PRETOR	29
5 DIREITO ROMANO NO ALTO IMPÉRIO	31
5.1 DOS JURISCONSULTOS ROMANOS	32
6 DIREITO ROMANO NO BAIXO IMPÉRIO/DIREITO CODIFICADO	33
6.1 CODIFICAÇÕES PRÉ-JUSTINIANEIAS	33
6.1.1 Codificações particulares	33
6.1.2 Codificações oficiais	34
6.2 CODIFICAÇÃO JUSTINIANEIA.....	35
6.2.1 O Corpus Juris Civilis	35
6.2.1.1 O novo Código de Justiniano ou Codex vetus (Código velho)	35
6.2.1.2 O Digesto ou Pardectas	36
6.2.1.3 As Institutas ou Institutiones	36
6.2.1.4 O Código Novo (Codex Justinianus repetitae praelectionis).....	36
6.2.1.5 As Novelas.....	37
6.3 AS GRANDES INVASÕES	37
7 DIREITO ROMANO PÓS-CLÁSSICO	38
7.1 A IDADE MÉDIA NO IMPÉRIO ROMANO DO ORIENTE.....	38
7.1.1 O direito justinianeu e o direito bizantino	38
7.2 IDADE MÉDIA NO OCIDENTE	39

7.2.1 A decadência do direito romano	39
7.2.1.1 O desvirtuamento do latim clássico.....	39
7.2.1.2 O Direito Romano e o direito “bárbaro”	40
7.2.1.3 Tentativa de Justiniano	40
7.2.2 O direito medieval: o costume do feudo	41
7.2.2.1 Os ordálios ou “juízes de Deus”	41
7.2.3 A influência da Igreja.....	42
7.2.3.1 A influência de Santo Agostinho no Direito Romano.	43
7.2.3.2 A Igreja na Idade Média	43
8 O RENASCIMENTO DO DIREITO ROMANO	45
8.1 RENASCIMENTO DO DIREITO ROMANO NA EUROPA OCIDENTAL.....	45
8.1.1 Escola dos glosadores ou de Bolonha.....	46
8.1.2 Escola dos Pós-Glosadores (Bartolistas).....	46
8.1.3 A presença de Santo Tomás de Aquino no renascimento do Direito Romano	47
8.1.3.1 Guilherme de Ockham (1290 – 1349)	47
8.2 O “SEGUNDO” RENASCIMENTO DO DIREITO ROMANO.....	48
8.2.1 Fontes do Direito no Absolutismo	49
8.2.2 Escola Humanista	49
8.2.3 Escola das Práticas (Séculos XVI e XVII)	50
8.2.4 Escola de Direito Natural (Escola Naturalista ou Jusnaturalista).....	50
8.2.5 Escola Histórica (princípios do século XIX)	50
8.2.6 Escola de Pandectas ou Romanistas (século XIX)	51
9 A RECEPÇÃO DO DIREITO ROMANO PELOS DIREITOS NACIONAIS	52
9.1 A RECEPÇÃO DO DIREITO ROMANO NO OCIDENTE	52
9.2 A RECEPÇÃO DO DIREITO ROMANO PELO DIREITO PORTUGUÊS	54
9.3 A RECEPÇÃO DO DIREITO ROMANO PELO DIREITO BRASILEIRO	56
10 DIREITO PENAL	57
10.1.1 Direito Penal Germânico.....	59
10.1.2 Direito Penal dos hebreus	60
10.1.3 Direito Penal Canônico	60
10.1.4 Direito medieval.....	61
10.1.5 Direito penal comum	61
10.1.6 Período Humanitário Movimento Codificador.....	62
11 ESCOLAS E TENDÊNCIAS PENAIS	64

11.1 ESCOLA CLÁSSICA	64
11.2 ESCOLA POSITIVA	65
11.3 ESCOLA CRÍTICA.....	66
11.4 ESCOLA MODERNA ALEMÃ	66
11.5 ESCOLA PENAL HUMANISTA.....	68
11.6 ESCOLA TÉCNICO-JURÍDICA.....	68
11.7 ESCOLA CORRECIONALISTA	69
11.8 MOVIMENTO DE DEFESA SOCIAL	70
12 EVOLUÇÃO EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO PENAL: FASES	
PRINCIPAIS.....	72
12.1 POSITIVISMO	72
12.2 NEOKANTISMO	73
12.3 FINALISMO	73
12.4 NORMATISMO	74
13 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL	75
13.1 PERÍODO COLONIAL	75
13.2 CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO.....	78
13.3 PERÍODO REPUBLICANO.....	79
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	81
REFERÊNCIAS	84

INTRODUÇÃO

Ao início dos séculos, a história do Brasil, em sua totalidade, pode ser vista com base no direito romano, e assim, recebe denominação de base romanística. As raízes desse direito podem ser encontradas em obras, isto é: as Ordenações do Reino Afonsinas, Manoelinas e Filipinas e, por último, o Código Civil pátrio. Nesse aspecto, pode-se fazer uso da afirmação: o Código Civil está para os brasileiros, assim como o Corpus Juris Civilis estava para os romanos antigos, uma vez que contribui como uma ponte de ligações entre a época antiga e a época atual.

Dentre algumas preocupações dos romanos em dividir o direito, vieram acontecer sob dois ângulos, ou seja: o público cuja finalidade era a organização da república romana; enquanto o privado dizia respeito aos particulares. Dessa forma, possui importância também a Lei das XII Tábuas, sendo incontestável pelos romanos, com seu conteúdo variando entre o direito público e o privado.

Na maior parte da Europa ocidental, em quase totalidade da Idade Média, o Direito Romano passou despercebido. Contudo, com a formação de um grupo de estudiosos, resultando na Escola dos Glosadores – onde eram inseridas as glosas (explicação de palavra difícil) às margens dos textos, e as menores eram escritas entre as linhas do manuscritos (glosas interlineares) e as maiores colocadas à margem deles (glosas marginais). Em tempo muito rápido, houve a disseminação do método, servindo de estudo do Direito Romano pelos glosadores, podendo verificar que tal direito era completo e, mais tarde, seria possível servir de modelo aos ordenamentos jurídicos em vigência, tendo em vista, que haveria o preenchimento de lacunas existentes em vários.

O contexto sócio-político da sociedade medieval sofreu uma transformação, por volta de 1250, pois retornou a centralização de poderes nas mãos do rei, isto é, o monarca retoma poderes em suas mãos. O costume foi a única fonte do direito feudal até o século XIII, e, mediante a existência de diferentes costumes em regiões distintas, havia concomitante inúmeros direitos que, por sua vez, o suserano aplicava em sua região.

É sabido que a recepção do Direito no ocidente veio acontecer com demora em alguns Estados; já para outros demonstrou rapidez e profundidade não havendo um processo simultâneo. O que se pode observar é a influência de tal direito que não sucumbiu na região como um todo, mesmo defronte às alterações pelas quais vieram ocorrer por toda Idade Média. Assim, a recepção deu-se em fins do século XI e início do século XII na Itália, no século XII, na França e no século XIII, em Portugal.

Com o surgimento do Estado autônomo e independente houve a permanência do direito que subexistiu no restante da Península Ibérica, isto é um direito rudimentar feudal somente com alguns princípios do Direito Romano. Mais tarde, deu início a um ressurgimento, em Portugal do Direito Romano com o objetivo de preencher as lacunas que, porventura, existissem no direito tradicional, apresentando-se ainda como consuetudinário e não escrito.

É importante ressaltar, que as mesmas origens e características do direito português são peculiares ao ordenamento jurídico brasileiro. Torna-se fato que o direito civil brasileiro em seu conteúdo por meio de classificações, métodos, ritos processuais e critérios são ostentados em construções. Assim, pode falar que dos 1807 artigos do Código Civil são oriundos do Direito Romano – mais ou menos 1445, sobretudo, contido no Digesto. Em que pese, ao longo do tempo o direito brasileiro demonstrou sua originalidade nos ensinamentos seculares do Digesto, compilado pelo imperador Justiniano nos anos de 533 depois de Cristo.

Aos poucos, foi visível a decadência do Direito Romano na Idade Média no ocidente, quando este recebeu algumas mesclagens dos usos e costumes dos povos invasores, proporcionando uma certa vulgarização, quando à época anterior fez o alcance de seu maior esplendor na era do principado. Foi notável que a época do Dominato deixou de ser importante por meio da escassez dos jurisconsultos, nos séculos II e III, sendo visível a decadência do estudo do direito em todo Império. Percebeu-se também a influência da Igreja Católica, como se desenvolveu pouco a pouco, saindo de uma maioria poderosa pela qual influenciou de modo intenso na Europa até a Idade Moderna em seu início, tendo a Igreja como um grande marco.

Por outro lado, o renascimento do Direito Romano na Europa Ocidental deu-se com o êxodo rural intenso no início do ano 1000. Tanto aqueles antigos servos que já desenvolviam um trabalho com artesanaria, uma vez que confeccionavam e vendiam seus produtos, tornando-se artesãos, como também aqueles que pretendiam se dedicar a esse ofício foram a luta, para obter seus direitos e uma independência bem maior com relação a seus senhores. O camponês, ainda habitante da zona rural, recebeu o incentivo para contribuir com o aumento das populações das comunas, isto é, o deslocamento para a zona urbana, sob a condição de exercer moradia por mais de ano e dia dentro.

A matéria referente ao crime e as suas consequências recebe as denominações tradicionais de Direito Penal e direito Criminal. O primeiro deles possui utilização vasta principalmente – na Alemanha, Itália, Espanha, França, entre outras – muito embora a atuação do segundo seja ainda frequente. Já o Direito Criminal embora seja mais abrangente, uma vez

que se relaciona com jurídico (crime), a sua utilização aqui será a denominação tradicional de Direito Penal conforme a legislação pátria. O referido direito é resultante das *leges barbarorum* “*Lex salica* – 500”; “*Lex Romana Wisighratorum*” – 506, também denominada de Breviário de Alarico; “*Lei Romana Brugundiorum*” – 517, “*Lex Rupiaria*” – séc. VI; “*Pactus*” – séc. VII; “*Lex Ala monnorum*” – séc VIII; “*Lex Baiu Warionum*” – séc. VIII.

Há uma presença de escolas e tendências penais com variação da escola clássica até a escola correlacionista. A primeira possui seus postulados basilares no direito, como natureza transcendente, segue a ordem imutável da lei natural, tendo em vista que ele é congênito ao homem, devido a doação à humanidade por Deus, para que lhes desse oportunidade de cumprir suas obrigações na vida terrestre. O Direito é a liberdade. Já a escola correccionalista possui como característica principal o fim único da pena: correção ou emenda.

Acerca da evolução epistemológica do direito penal com suas fases principais houve uma variação desde o positivismo com extensão até o normatismo, referente ao primeiro caracterizou-se por rejeitar qualquer imposição metafísica na ciência (negativismo) no final do século XIX, com restrição aos fatos e às leis consideradas empíricas rigorosamente. Assim, a pesquisa reduz-se às causas eficientes como causas e efeitos (fatos), das quais se extraem as leis. Por sua vez, o normatismo havia um certo recrudescimento, cujo fundamento epistemológico era o pensamento hegeliano.

Antes do domínio português, na sociedade primitiva existente no Brasil, reinava a vingança privada sem parâmetro qualquer de reação contra as ofensivas condutas, mesmo que empiricamente a composição e a expulsão da tribo com acordo entre familiares e também a indenização. Acerca das formas primitivas, mesmo sem a presença da tortura existia predominância das corporais.

As Ordenações Afonsinas, com publicação em 1446 passaram a vigorar em Portugal ao tempo do descobrimento em que receberam a titulação do primeiro código europeu completo, sob o reinado de D. Afonso V. com a determinação de D. Manuel I houve a substituição por meio das Ordenações Manuelinas, em 1521, por determinação com vigência até o aparecimento da Compilação de Duarte Nunes de Leão a mando do rei D. Sebastião em 1569. Todavia, devido a situação peculiar pela qual reinava em cada colônia, não foi possível os ordenamentos jurídicos alcançarem a sua eficácia.

Ainda acerca da evolução histórica do Direito brasileiro é oportuno ressaltar a presença de dois atos normativos internacionais, como: a Bula Intercoetera (1493) dando ao rei da Espanha direitos sobre a América, com expedição através do Papa Alexandre VI; e o Tratado de Tordesilhas (1494).

Com o outorgar da Carta Magna brasileira, em 25/03/1824, por D. Pedro I, houve o acolhimento dos princípios a respeito de direitos e liberdade individuais em seu art. 179, com alteração do sistema penal em vigor em parte. O parágrafo 18 do dispositivo em comento enfatizou a necessidade de se elaborar um Código criminal, sob ênfase de justiça sólida e com equidade.

Com as ideias de Bentham Beccaria e Melo Freire, o imperador D. Pedro I, em 16/12/1830, sancionou o Código Criminal do Império do Brasil denominado primeiro código autônomo da América Latina. O novo texto desse código recebeu ainda ideias do Código francês de 1810, do Código da Baviera de 1813, do Código de Napoleão de 1819 e, de maneira especial, do Código da Lorisiana de 1825, sob autoria de Levingston. Entretanto, não houve filiação a nenhum deles, ao contrário, mostrou originalidade em vários pontos.

Com o advento da República, Baptista Pereira recebeu uma importante missão de realizar a elaboração do projeto de código penal, em 11/10/1890 sendo convertido em lei. O primeiro Código Penal da República, com o passar do tempo, foi alterado profundamente e somado a inúmeras leis extravagantes com tendência a completá-lo. Então, recebeu oficialização em 1932, a Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe. Alcântara Machado realizou a apresentação do Projeto de Código Criminal Brasileiro em 1937, durante o *Estado Novo* que recebeu sanção, após submeter-se ao crivo de uma comissão revisora como Código Penal por decreto de 1940, que passou a vigorar desde 1942 até a atualidade, mesmo que reformado parcialmente.

1 DIREITO ROMANO

Pode-se analisar a expansão do direito romano sob diversos aspectos para alguns autores, isto é: (a) conjunto de regras jurídicas que vigoraram no império romano durante cerca de 12 (doze) séculos, ou seja, de 753 a.C., com a fundação da cidade até a morte do imperador justiniano em 565 depois de Cristo; (b) designa apenas uma parte daquele direito, isto é, o direito privado romano, com exclusão do direito público que não atingiu o mesmo grau de desenvolvimento e perfeição que aquele outro ramo, a ponto de haver um romacista afirmado: os romanos foram gigantes do direito privado e pigmens do direito público (CRETELLA JÚNIOR, 1971).

Ainda com esse raciocínio essa expansão (direito romano) vem designar o *Corpus Juris Civillis*, conjunto ordenado das regras e princípios jurídicos, reduzidos a um corpo único, sistemático, harmônico, mas formado de várias partes, planejado e levado a efeito no VI século de nossa era por ordem do imperador Justiniano de Constantinopla, monumento jurídico da maior importância que atravessou os séculos e chegou até nossos dias (CRETELLA JUNIOR, 1971).

O legado jurídico romano construiu-se por meio de um monumento completo, sistemático e penetrante, onde floresceu por mais de mil anos cujo resultado apresentou um campo de observação vultoso com a formação de um laboratório do direito. E ainda pode-se citar a existência de outros institutos pelos quais ainda permanecem vivos no direito romano ou somente com minúsculas alterações, e que justificam, nos dias atuais, a sua permanência. Tem-se, como exemplo, alguns tipos de contratos somente no campo das obrigações, tais como: a compra e venda, o penhor, a hipoteca, o comodato, o mútuo.

O direito de Justiniano, pelo qual desenvolveu seu estudo na Europa, nos meados do século XII, com aceitação na Alemanha, repercutiu, no final do século XV, com influência na formação do direito atual sendo expansivo na redação dos códigos subsequentes, como nos Códigos Civil francês de 02/03/1804, Civil alemão de 1900. Não se pode esquecer que, em um passado bem recente, permitia-se encontrar o direito romano quase que em sua aplicação total – na Escócia e na África do Sul; todavia, na atualidade, neles encontram-se o direito romano vivo em minúsculos lugares.

Não se pode deixar de exacerbar que se torna extremamente indispensável, no estudo do direito romano, para a formação de juristas, a fundamentação em institutos, uma vez que foram apontados como técnicos exímios e mestres supremos do direito, pois conseguiam realizar a interpretação dos casos e das leis, em uma perfeita arte, em Roma, não sendo

superada até os dias atuais. Foram eles que, em primeiro lugar, fizeram a organização do direito, em seguida, classificaram e realizaram as regras jurídicas a casos novos concretos.

O espírito de todo curso de direito romano não deve, então, ser permanente histórico: deve ao mesmo tempo, ser prático, no sentido de que não basta estudar o direito romano, em si mesmo, desde a fundação de Roma até a época de Justiniano, em si mesmo, desde a fundação de Roma até a época de Justiniano. É preciso, sendo o caso, seguir o traço das instituições romanas até nossos dias, em nosso direito moderno, e mostrar em que medida o direito romano é fonte de nosso direito ou como regras do direito canônico ou nosso antigo direito costumeiro foram por ele influenciadas, porque correspondem melhor ao estado dos costumes ou às necessidades da prática (CRETELLA JÚNIOR, 1971, p. 9).

O Direito Romano foi redigido quase, em sua totalidade, unicamente em latim, sendo uma necessidade importante para que se possa preservar seus pilares, pelos quais vieram contribuir ao direito brasileiro como também para a vida em nossa sociedade. Os estudantes de ontem passavam também por essa dificuldade da compreensão do direito romano frente às numerosas expressões latinas; por outro lado, o interpretar atual de textos aumentaram muito mais as dificuldades, com exceção de uma pequena parcela de estudantes pelos quais possuem esse conhecimento. Sua prática é há mais de dois mil anos sob normas e expressões técnico-idiomáticas com persistência de atuação em nosso direito hodierno, todavia, muitas vezes, se desconhece a supressão do ensino desde a década de 1960.

“A única língua julgada digna de ser escrita foi o latim” (Les Invasions Germaniques, p. 236 apud GRASSI, 1996, p. 62). Diz-se que houve um respeito notório para o latim pelos bárbaros germânicos pelos quais realizaram a invasão e ocupação das antigas províncias da *Pars Occidentis* do Império Romano, não sendo permissível a eles a fazer uso de outra língua, por muitos séculos.

Muitos estudiosos do direito sentiam a necessidade de um conhecimento básico do latim para que os estudantes viessem a compreender melhor os textos jurídicos, tendo em vista que a língua latina possui clareza, vigor e concisão, dando oportunidade para dizer muitas coisas com poucas palavras. E assim, veio a se tornar instrumento formidável para juristas e magistrados colocarem normas jurídicas e suas concepções “com suas formas sonoras, seus torneiros breves e imperativas, parecia ser o órgão natural do direito” e que “os escritores latinos amavam as expressões da língua jurídica, empregavam-nos como sendo as mais significativas, mais danosas, mais elegantes” (GASQUY, apud GRASSI, 1996, p. 63). Por outro lado, a clareza e a simplicidade da linguagem jurídica romana é defendida por Villey.

Uma das poucas pessoas que poderá possuir o conhecimento precípuo do latim é o acadêmico de Direito, contendo também o contato direto com essas expressões latinas, uma

vez que poder-lhe-ão serem úteis no teor das expressões jurídicas. Em que pese essa língua passou por um processo de profunda evolução por meio da história multissecular de Roma. Assim, algumas vezes, um conhecimento superficial, elementar não é suficientemente capaz para a verdadeira interpretação dos textos. Como exemplo, a leitura fragmentosa da Lei (o mais antigo monumental da prova latina claro e conciso) das XII Tábuas com redação ainda, em parte, em latim arcaico (há expressões “modernas” explicáveis pelas reconstituições posteriores) vão necessitar, no campo da linguagem latina de conhecimentos específicos.

Após quase mil anos da Lei das XII Tábuas, fez-se a elaboração do latim das Institutas de Justiniano com um campo de acessibilidade bem maior do que o do Digesto (regra de compilação do direito civil e das principais decisões dos jurisconsultos romanos), referentes às questões que lhe eram propostas – feita por uma comissão de onze advogados e quatro professores sob a presidência de Triboniano em que se explica ou esclarece certas passagens do Código de Justiniano – o que não vai contribuir em impedimento que um estudante de Direito possa usufruir da leitura original, mediante certos conhecimentos iniciais da língua, com as “*Regulae Júrís*”, contidas no último título do Digesto. É oportuno frisar que, atualmente, Advogados fazem uso delas em suas petições, como também os jurisconsultos e sentenças de juízes nos seus respectivos pareceres.

Mesmo sob acepção de pensamento escrito referente à Lei da XII Tábuas – “o mais antigo monumento da prosa latino” – percebia-se da razão existente na dificuldade da compreensão do direito, no Império Romano Bizantino sob inclusão do Oriente, por meio da língua latina, onde já despontava alguns traços da modernidade e, que, por sinal, essa temerosa dificuldade foi refletida quando o Corpus Juris Civillis de Justiniano foi redigido. É propício observar, que este ao fazer a elaboração das últimas Novelas e novas leis suas, em línguas diversas como grego e latim ou ambas cuja edição denominada de bilíngüe, já se fazia presente a facilidade de entendimento, no mundo oriental, por meio da legislação nova. Porém, mesmo diante das justificativas plausíveis do *latim escorrito*, no qual se apresenta como peça valiosa na interpretação dos textos do Direito Romano, não é possível proporcionar estranheza referente à afirmação do titular da Cátedra de Direito Romano na Universidade de São Paulo, revista e aumentada do seu livro “Direito romano Moderno”, Introdução ao Direito Civil Brasileiro, na Apresentação, à página XI:

O êxito que em outros países alcançaram livros simplificados de Direito Romano, sem o aparato latino, como exemplo, na França, o célebre e clássico Manual de Direito Romano, por perguntas e respostas, levou-nos a repetir aquela experiência francesa entre nós, culminando com a publicação deste Direito Romano Moderno,

exclusivamente para estudantes de direito do primeiro ano (CRETELLA JÚNIOR, 1971 apud GRASSI, 1996, p. 65).

De acordo com José Carlos Moreira Alves, (1995), sob o incentivo do mestre, citado anteriormente, encoraja-se a edição do livro “Direito Romano Hoje” sem também fazer o uso das expressões latinas. Mas que, de certa forma, pudesse proporcionar ao acadêmico um amparato maior de embasamento técnico-científico no meio e circunstâncias pelo qual vive, sem, no entanto, deixar de usar expressões latinas de cunho técnico-idiomáticas ou relevante valor latino e que, por sua vez, os futuros graduandos de direito, bacharéis, advogados-juízes, promotores ou defensores públicos pudessem ler, escrever e traduzir de maneira expressamente correta. Por esse motivo, que Justiniano fez o uso da escrita por meio das Institutas (uma das quatro partes do *Corpus Juris Civilis*, que se divide em quatro livros, redigidos por ordens de Justiniano, e por uma comissão de três jurisconsultos: Riboniano, Doroteu e Teófilo).

Alguns doutrinadores brasileiros escreveram livros de valor científico e doutrinário com a preocupação na formação e personalidade dos alunos paulistanos, como foi o Professor Cretella Júnior com participação de dois livros sobre Direito Romano; igualmente fez o Prof. Mário Curtis Giordani com edição do livro “Iniciação do Direito Romano”, cuja finalidade era para atentar às peculiaridades dos acadêmicos da Faculdade de Direito Cândido Mendes do Rio de Janeiro; e, por último, assim o fez, o Professor de Direito Romano, Abib Neto, da Faculdade de Direito da Universidade de Mogi das Cruzes com a publicação do Curso de Direito Romano, tendo como fonte material a obra “Précis de Droit Romain por A. E. Giffard”, francês.

Cretella (2005) não poderia deixar de demonstrar tamanha preocupação referente aos interesses de aprendizados acadêmicos, uma vez que são oriundos de ensino médio sem a prática do latim, infelizmente, passando por um momento decadencial no âmbito qualitativo insuficiente do ensino de maneira geral. Ainda com relação à história do Direito Romano, ressalta-se que o desenvolvimento do *jus praetorium* (corrige e ameniza o rígido *jus civile*) e dos *gentium* (aplica-se aos estrangeiros) busca-se a explicação por meio da evolução política, social e econômica de Roma, como também o helenismo pelo qual contagiou nas influências filosóficas nesse direito. A divisão do Império Romano em *Pars Occidentis* e *Pars Orienti*, com efetivação em 395, possui um conteúdo vultoso de conseqüências para a evolução do Direito Romano, ponto esse que culmina nas compilações justinianeias no século VI, com especial no Oriente.

O Direito Romano não pode ser a História do complexo de toda ciência jurídica, pela qual teve início com a indagação referente à autoria de Abel, um dos filhos de Adão e Eva, quando Jahweh interrogou a Caim, dando-lhe o sagrado direito de defesa, ao lhe perguntar: “Onde está teu irmão Abel?” Ele respondeu: “Não sei. Acaso sou guarda de meu irmão?” (Gênesis, 4.9) (CRETELLA JUNIOR, 2005). Quando na cidade de Santa Maria – RS, foi expulso um sócio de certo clube recreativo, sem sequer ouvi-lo, dando-lhe o direito de defesa, entrou ele na Justiça, visando ser reintegrado no quadro social daquela entidade, alegando a nulidade de sua expulsão por cerceamento de defesa (CRETELLA JÚNIOR, 2005).

O saudoso Dr. Floriano Kruel de Lemos, dando ganho de causa ao sócio assim excluído, exauriu sentença que se tornou famosa, dizendo quase textual:

Se Deus, que bem sabia ter sido Caim o assassino de seu irmão Abel, deu àquele o direito de se defender, ao perguntar-lhe onde estava a vítima, com que validade, a Diretoria de um clube expulsa, semaria, um sócio sem proporcionar-lhe o direito de defesa? Por isso, determina quatro sócios a que pertencia (KRUEL apud GRASSI, 1996, p. 72).

Muitos anos já se passaram e, conforme o autor em análise, esta lição de direito histórico permanece bem viva na memória de muitos, sendo ainda citada; entretanto, mesmo diante desse lapso temporal tão importante, não faz parte da contextualização da história do Direito Romano, até porque, antes e depois deste, vão existir história, pelas quais não vão entrar na contagem do tempo. Motivo esse, que os autores somente fazem referência para os fatos históricos cometidos no período de 753 a.C. até depois de Cristo.

Cretella Júnior e Mário Curtis Giordani apud Grassi (1996), doutrinadores renomados, do Direito Romano, em São Paulo e no Rio de Janeiro respectivamente, julgaram suficiente em resumo sucinto da História do Direito Romano em sua obra: “Curso de Direito Romano e Direito Romano Moderno – Introdução ao Direito Civil Brasileiro”, a saber:

Depois de ter vigorado por mais de 12 séculos (753 a.C. – 476 d.C.), como expressão da vida jurídico-social do povo que formou o mais organizado império do mundo antigo, estende-se o direito romano até os tempos do imperador Justiniano (565 d.C), continua ainda no período bizantino, até fins da Idade Média (1453), atravessa o Renascimento e chega até nossos dias (1996, p. 73).

A perenidade do direito romano é bastante notório, tendo em vista a presença constante de vários institutos jurídicos da época, até porque se realizar qualquer estudo referente à introdução histórica irá realizar investigação a respeito das raízes romanas. O que pode caracterizar um legado importantíssimo daquele universo antigo para o mundo moderno.

Em que pese, Cretella realiza uma ponte entre os Direitos Romanos e Brasileiros, em sua obra: “Direito Romano”, onde exacerba o pensamento – à descoberta do Brasil havia a aplicação do direito romano na maioria dos países europeu, como por exemplo, Portugal e em virtude disso o território brasileiro veio a ser ocupado com aceitação do direito lusitano à época; inclusive aconteceu a posse das terras descobertas, nesse momento, caracterizando-se por um marco pelo qual veio simbolizar a posse.

Ao início dos séculos, a história do Brasil, em sua totalidade, pode ser vista com base no direito romano e, assim, receber a denominação de base romanística. As raízes do direito romano podem ser encontradas em obras tais como: as Ordenações do Reino Atonsinas, Manoelinas e Filipinas e Código Civil pátrio. Nesse aspecto, pode-se afirmar: o Código Civil está para os brasileiros, assim como o *Corpus Juris Civilis* estava para os romanos antigos, uma vez que contribui como uma ponte de ligações entre a época antiga e a época atual. Quando o autor faz referência ao Código Civil da França e da Alemanha relata:

O direito de Justiniano estudado em toda a Europa desde o século XII e aceito/oficialmente, na Alemanha, em fins do século XV, deve grande influência na formação dos modernos códigos e, em especial, no Código Civil francês, de 21 de março de 1804, e no Código Civil alemão, de 1900 (CRETILLA JÚNIOR, 1971 apud GRASSI, 1996, p. 75).

O autor quando se reporta ao direito germânico faz a invocação do testemunho de Savigny. Todavia, vem a indagação: “quem foi Savigny? A resposta vem por meio de o Petit Larousse: “Savigny (Frédéric Charles de): jurisconsulte allemand d’ origine française, né à Frontfortsun le Main (1778 – 1861); um des créateurs de la science moderne du droit en Allemagne” (GRASSI, 1996, p. 75).

Ainda, na atualidade, Cretella (2005) é possuidor de um respeito vultoso com vivência em torno do século dezenove e autoridade da criação da moderna da ciência do direito na Alemanha; era categórico a respeito da afirmação de que o Direito Romano comparava-se com o que estava em vigor no Império Germânico: Por outro lado, é sabido que ao longo dos tempos históricos, aconteceram dissidências, correntes ideológicas e dialéticas que, sem sombra de dúvida, buscaram o desvio do rumo do direito, sobretudo com alguns textos obscuros. Nesse aspecto, também estiveram presentes alguns juristas que contribuíram negativamente com suas deduções entre as linhas ou à margem dos textos legais, na busca de uma formação do direito diferente do original, por volta dos séculos XII e XVI.

O direito em análise aconteceu em fases distintas de períodos: 1º) Realeza (753-510); 2º) República (510-27); 3º) Alto Império (27-284); 4º) Baixo Império (284-565) e, por último,

Bizantino (565-1453). A divisão do direito romano obedece, ao critério do filósofo alemão Leibniz (1646 – 1716), em dois aspectos: a história interna e a história externa. A primeira (antiquitates júris) é o estudo que procura conhecer cada instituto jurídico de per si, desde sua formação, acompanhando-o em seu desenvolvimento posterior. Assim, faz-se a história interna da propriedade, do usufruto, do usucapião, do casamento e toma cada um desses institutos e estuda-os isoladamente, desde o nascimento até uma dada fase de evolução. Já a história externa faz uma análise das fontes do direito, da legislação, dos usos e dos costumes, e das ciências dos jurisconsultos. Os institutos são vistos em blocos por meio dos tempos. (CRETELLA JÚNIOR, 2009).

Dentre outras divisões, está a do Giraud com base na história das instituições políticas em que vai, por sua vez, dirigir o direito romano em 04 (quatro) períodos, a saber: realeza, república, o alto império ou principado (diarquia) e o baixo império (monarquia). É o critério histórico-político. Essa divisão é que foi adotada, sendo ainda somada mais um quinto período, isto é, “bizantino” porque entende-se que a civilização bizantina é a continuação da civilização romana, cuja queda definitiva verifica-se após o desaparecimento do Império Romano do Oriente.

Os métodos empregados para o estudo do direito romano são: a) “exegético” (grego exegesis = explicação, comentários; ex.: para fora, egésis = orientação): comentado pelos glosadores onde explicavam o Corpus Juris Civilis com inauguração por Irnério na Escola de Bolonha, com as explicações resumidas em sínteses – as sumas (*summae*); b) “dogmático ou escolástico” que considera o direito romano de Justiniano a “razão escrita” com aplicação para resolver os casos na época, utilizado por Bástolo e seus seguidores; c) histórico teve uso no Renascimento com imposição de rigor mais científico da interpretação e, também, com apoio de Alciato, jurisconsulto italiano e Cujácio, jurisconsulto francês. Estes romancistas buscam restituir os textos no valor real, onde aconteceu o desenvolvimento dos institutos, no interior da vida romana; e d) moderno que estuda o sistema jurídico do passado, sem a preocupação de aplicá-lo, uma vez que considera o direito em si e por si *jus gratia júris*.

2 DIVISÃO DO DIREITO PRIVADO

Os romanos também preocuparam-se acerca da divisão do direito, por meio da classificação dicotômica de Ulpiano sob dois ângulos principais: o público cuja finalidade era a organização da república romana; e o privado que dizia respeito ao interior dos particulares. Essa distinção realiza-se por meio do critério finalístico ou teleológico. É o fim que marcará a separação dos dois campos: de um lado, a ordem pública, a organização da república romana, do Estado romano (direito público); do outro, a utilidade, o interesse particular (*jus privatum*) regulado pelas formas dos *jus publicum*.

A divisão bipartida em *Jus civile* e *Jus gentium* é romana, quando se considera os países que compreendem uma parte metropolitana e uma parte colonial. O *Jus civile* ou *Jus Quiritium* é o direito próprio aos cidadãos romanos, sendo mais antigo, mais restrito e mais rígido, com predominância nos primeiros tempos. O *Jus Gentium* é mais amplo, surge mais tarde, sendo um direito comum a todos os povos. É mais racional que o *Jus civile*, com aproximação por universalidade do *Jus naturale*. Este difere do *Jus civile* e do *Jus gentium*, porque se estes dois ramos do direito derivam do costume, das leis da doutrina, dos jurisconsultos, o direito natural é oriundo da razão e de uma providência. E, por último, o *Jus extraordinarium* cujas decisões dão impulso novo ao sistema jurídico romano, com vigência em todo Império.

As fontes classificam-se, no direito romano, em “escritas” (*Jus scriptum*) e “não escritas” (*Jus non scriptum*). O *jus non scriptum* representa o costume (*mos mos majorum*) e o *jus scriptum* constitui-se por lei, plebiscito, senatosconsultos, constituições imperiais, edito dos magistrados e respostas dos prudentes.

Concomitante ao direito civil surge, pouco a pouco, um direito mais novo, menos formalista com adaptação ao momento, isto é, o direito honorário, em virtude de emanar dos magistrados com funções públicas, “honores” (pretore, governadores). Costuma também receber a denominação de “direito pretoriano ou do pretor”. Esse tipo de direito possui raízes nas fontes legislativas e na doutrina dos jurisconsultos e dificilmente faz conflito com o *jus civile*. Certos autores costumam fazer diferença entre direitos pretoriano e honorário; quanto ao primeiro é o direito criado pelos pretores para completar, suprir ou corrigir o direito civil antigo cujo objetivo é o interesse público; já o segundo consegue abranger os atos de todos os magistrados detentores do *Jus edicendi* (governadores de províncias). Para Cretella, as duas expressões são sinônimos.

No momento que o pretor recebe o chamado para intervir, esse faz a “confirmação ou completa o direito civil” (*júris civilis confirmante*), no qual realiza a função análoga dos tribunais brasileiros com a jurisprudência; todavia, há outros casos de oposição que o pretor vai corrigir o direito civil (*Júris civilis impugnandi causa*). No direito brasileiro não é perceptível esse situação análoga, mas no inglês (Grã-Betânia) é possível, tendo em vista que havia a presença do direito consuetudinário ou costumeiro mais rígido e formalista, como em Roma (*common law*). Quando havia a necessidade de completar e atualizar este tipo de direito civil comum, o Chanceler possuía a faculdade de introduzir, mais tarde, as ações novas (*cortes equidade*).

3 O DIREITO ROMANO NA REALEZA

Realeza é o período histórico pelo qual Roma é governada pelos reis. Presume-se que o Estado romano primitivo formou-se por uma federação de povoações albinas e sabinas (colles e montes), em que havia a dominação do tibre. Assim, Roma é fundada através dos reis etruscos, com habitantes distintos: os patrícios e os plebeus; os primeiros são homens livres descendentes de homens livres, sob agrupamento de clãs familiares patriarcal, ou seja, as gentes; os plebeus separados em posição inferior aos patrícios, não compuseram a organização política, mas podiam habitar a cidade, tendo em vista que após Sêrvio Túlio passaram a entrar nos comícios centuriatos, pagavam impostos e prestavam serviço militar, Já os “clientes” são grupos de pessoas agregados aos patrícios, pelos quais viviam sob a proteção de paterfamílias com diversas origens, por exemplo, os refugiados em Roma - estrangeiros ou escravos com refúgio em Roma.

3.1 ORGANIZAÇÃO POLÍTICA

Os três elementos que integravam os poderes públicos, em Roma, foram: o rei (*rex*: detentor de um poder absoluto, o *imperium*; o “senado” (*senatus*: detentor da auctoritas, em que havia a ratificação da lei votada pelo povo por iniciativa do rei) e o povo (*populus romanus* cuja integração pelos patrícios é inicialmente à época do serviço militar, munidos em assembleia num recanto do fórum chamado de “*comitium*”. Vota-se a lei por meio do *populus*, proposta pela *rex* que, por sua vez, vota-se por cúrias. Dessa forma, as leis chamam-se de *leges curiatae*.

As fontes do direito romano, na realeza, apresentam-se sob duas formas: a) Costume (consuetudo) é o uso repetido e prolongado de norma jurídica tradicional, não havendo proclamação pelo Poder Legislativo em estado solene. Seus elementos são compostos por dois costumes – ou seja – um externo: é o *usus*, a observância constante da norma; um interno é o elemento psicológico, convicção de que a norma eleita funciona como lei. Já a lei, advém de uma declaração feita pelo poder competente, oriunda de um acordo formal com os cidadãos.

Na realeza, o nascimento da lei obedece a um segmento: ela é proposta ao povo com reunião nos comícios curiatis (patrícios) ou centuriatis (plebeus). Se, por acaso, eles aceitarem a regra do direito será obrigatório, após ratificação pelo senado.

4 O DIREITO ROMANO NA REPÚBLICA

Com a morte do último rei, aconteceu uma revolução por patrícios e militares chegando ao fim a “realeza”, com instauração da República em Roma. Enquanto os patrícios possuíam todas as regalias, a plebe encontrava-se em posição inferior economicamente e político, o que acarretaria inúmeras greves, havendo a retirada dos plebeus com direção ao monte sagrado em massa. Aqueles, por sua vez, enviam o Menênio Agripa (orador) para parlamentar com os sediciosos. Resultando o apólogo dos membros e do estômago. Dessa forma, patrícios e plebeus fazem acordo, com várias reivindicações aceitas da plebe, sendo a mais importante a criação do tribuno da plebe – no senado romano cujo representante é o povo.

4.1 ORGANIZAÇÃO POLÍTICA

Compõem-se pelos elementos, a saber: Cônsules: existência de duas funções consulares para alguns cargos: a) questores; guarda do tesouro e a administração financeira; b) censores: recenseamento, escolha dos senadores e fiscalização dos costumes; c) *edis curuis*: encarregados do policiamento da cidade, dos gêneros alimentícios e comércio em geral; d) pretores: encarregados da distribuição da justiça.

4.2 FONTES DO DIREITO ROMANO NA REPÚBLICA

Apresentam-se em cinco, isto é: costume, lei, plebiscito, interpretação dos prudentes e os editos dos magistrados. Na formação do direito, conserva sempre papel importante o costume; contudo o *jus non scriptum*, nas mãos dos magistrados tornando-se uma arma secreta estando, a qualquer momento prontos para investir contra a plebe.

4.3 A LEI DAS XII TÁBUAS

A lei é a segunda fonte do direito romano na república, espécie de *Lei scrit*, com nomeação de uma comissão para redigir uma determinada lei. Esta é a *Lei das XII Tábuas* ou *Lex duodecim tabularum* com muita resistência dos patrícios no senado em sua redação. Essa lei possui uma importância vital para os romanos, os quais consideravam-na como fonte de todo direito público e privado, com um conteúdo muito variado e de cunho romano, o que

favoreceu para a aceitação por todos. Atualmente, as Leis contidas nas XII Tábuas passam a compor as relações jurídicas do povo romano. Mais tarde, surgem outras leis como: a) *legis rogatae*: votadas pelo povo por iniciativa do magistrado; b) as *leges datae*: medidas tomadas em nome do povo por um magistrado a favor de pessoas ou de cidades das províncias.

A *lex* não é aquilo que se denomina lei, isto é, fonte do direito objetivo, mas sim uma fonte especial do direito com características e próprios conteúdos – esse pensamento é característico do período republicano. Lei é *um preceito comum, decisão de homens prudentes, coerção dos delitos que são praticados espontaneamente ou por ignorância, garantia com uma da republica* (“*Lest est commune praceptum, virorum prudentium consultum, delictorum, qual sponte vel iguorantia contrahuntin coersativo, comunis rei publicae, sponsio*” D. 1, 3, I. Papin). Ou, *lei é aquilo que o povo romano estabelecia por proposta de um magistrado senatorial, como, por exemplo, o cônsul*, (“*Lex est quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat*”). (CRETELLA JÚNIOR, 2009).

Uma das melhores definições de *lex* por meio de autores latinos faz-se Ateio Capito por: *Lei é a determinação geral do povo, ou da plebe por proposta do magistrado* (“*Lex est generale Jussum populi aut plebis, rogante magistratu*”).

4.4 INTERPRETAÇÃO DOS PRUDENTES

A interpretação dos prudentes é a quarta fonte do direito romano no âmbito da república. Os Jurisprudentes ou prudentes que possuíam a função precípua de preencher as lacunas deixadas por leis, sob adaptação dos textos legais às mudanças contínuas sucessivas do direito vivo. Atualmente, a jurisprudência corresponde às decisões dos Tribunais; já em direito, romano o entendimento é o trabalho interpretativo dos prudentes, o que aproxima, na atualidade, de uma doutrina.

4.5 A FUNÇÃO DOS JURISCONSULTOS NA REPÚBLICA

Essa função assumia o caráter de triplicidade dos jurisconsultos, a saber: *respondere*: consultas orais ou escritas com o nome de *resposta prudentium*; *agere*: assistir os clientes nos processos juridicamente; *cavere*: dar assistência, na redação, a respeito de atos jurídicos ao cliente.

4.6 OS EDITOS DOS MAGISTRADOS

Os editos assumem vital importância em Roma. Os magistrados romanos, após eleitos, possuíam a incumbência de apresentar uma plataforma conjunto de declarações (*edicta*), nas quais os administradores tinham a oportunidade de fazer a exposição dos projetos que pretendiam trabalhar. Tais magistrados eram representados pelos cônsules, censores, pretores, governadores das províncias. É válido salientar que dentre todas as espécies de editos, aquele que mais se destacou foi o edito urbano (*edictum urbanum*).

4.7 O EDITO DO PRETOR

É extremamente considerável o papel de influência, no direito romano, do pretor, onde é investido da *jurisdictio*, como também é o detentor do *imperium*. Ele não pode realizar o julgar por meio da *jurisdictio*, mas dizer o direito e organizar os processos confiados aos jurados sim. Ele, após assumir o cargo, tem a função de indicar os casos em que vai fazer uso do *imperium*, realizando a indicação no edito e, conseqüentemente, a fixação no fórum, como também a variedade de fórmulas pelas quais serão dadas às partes na busca da sanção dos seus direitos.

É fato que há vários tipos de editos, isto é *urbano* (mais importante); *perpétuo*: duração igualmente do preto (um ano), denominado, por Cícero, de lei anual (“*lex annua*”); *repentino*: de emergência, de circunstância, feito sob medida para um caso especial, não previsto. Esse tipo de edito poderá caracterizar abuso de poder, tendo em vista que alguns magistrados chegam a violar seus próprios éditos. Em virtude disso, veio uma lei cuja denominação *lex cornelia* para abolir esse tipo de edito; e, por último, a *Pars translatícia*: o pretor novo faz a proclamação do novo edito (*pars nova*) com aproveitamento de alguma parte do anterior que por, sua vez, transporta para o novo edito. Assim, o pretor tem o direito de “editar”, de fazer editos (“*jus edicendi*”).

Cria-se um direito novo por meio desses editos dos magistrados, ao lado do *jus civile* – formalista, rígido, estrito – denominado de *direito pretoriano* ou *direito honorário* (*jus honorarium*) em que inicia seus passos sendo mais prático, mais humano, mediante o pretor conter em seu discernimento o instrumento da equidade. Esta tem o poder de impedir que o direito realize um dinamismo de normas, no qual vai assumir uma posição estática, rígida e definitiva. Através dela, ameniza essa rigidez do direito juntamente com a diminuição do caráter estrito legal.

Dessa forma, pode-se estabelecer que o caráter crucial do direito é a rigidez a impessoalidade, enquanto a equidade, é a plasticidade, o amoldamento necessário a um caso concreto.

5 DIREITO ROMANO NO ALTO IMPÉRIO

O *alto império* (27 a.C. a 284 d.C.) ou *principado* (de princeps) caracteriza-se pelo reinado de Augusto até a morte de Diocleciano, em que o imperador ou príncipe não fazia o governo sozinho, mas dividia com o senado, existindo uma diarquia. O príncipe, como primeiro magistrado, era inviolável, sagrado, poderes ilimitados e chefe supremo das forças armadas que podia fazer nomeações para cargos civis e militares; possuía direito de declarar guerra, coroado pelo povo como autoridade máxima administrava das províncias imperiais e zelava pelo *fiscus* como tesouro privado. Ele ainda dividia com o senado o poder judiciário. Aquele fazia a administração das províncias senatoriais e quanto às receitas destinavam-se ao tesouro público (*aerarium*).

No alto império as fontes do direito são: a) costume (papel importante); b) leis (*leges datae* – medidas tomadas em nome do povo pelo imperador, em favor de pessoas, cidades, províncias com grande importância; hoje, correspondem aos regulamentos administrativos; *leges rogatae* perdem importância. A *lex* compõe quatro partes: *index* (recebe o nome daquele que teve a iniciativa da lei); *praescriptio* (contém o nome e o lugar que a lei recebeu a votação e a referência aos títulos dos magistrados pelos quais tiveram a iniciativa); *rogatio* (respeito ao objeto e finalidade da lei); *sanctio* (comina pena aos infratores); c) *senatusconsultos*: (medidas de ordem legislativa que emanam do senado, ou seja, aquilo que o senado ordena e constitui). Nessa época, aquele pedia ao príncipe e, por sua vez, o senado votava as proposições do imperador, sem nem discuti-las; d) *editos dos magistrados* perderam sua importância adquirida nos períodos anteriores sendo que os pretores fazem apenas a reprodução dos editos dos antecessores; e) as *constituições imperiais* no âmbito formal são oriundas do imperador, mas são elaboradas pelo *consilium, principis* (célebres jurisconsultos da época); e as *respostas dos prudentes*; sentenças e opiniões daqueles a quem é permitido fixar o direito (*responsa prudentium est jura condere*); os *jurisconsultos, jurisperito* possuíam a finalidade de responder as consultas feitas a eles em caráter oficial.

Sabe-se que, em Roma, a casa do Jurisconsulto era cercada, desde os primeiros raios do sol, para ouvi-los; ao contrário, as respostas eram dadas sem autorização do Estado, antes do Augusto, pois este determinava que fossem escritas e assinadas qualquer consulta realizada pelos jurisconsultos. Assim, pode-se falar que o *jus respondendi* é o direito de realizar uma consulta, de fixar a regra de direito aplicável a um determinado caso.

5.1 DOS JURISCONSULTOS ROMANOS

Vários foram os juriconsultos da antiguidade, em Roma, com um destaque merecedor de duas escolas rivais: a dos *Sabinianos* (se uma pessoa vier fabricar um vinho); porém as uvas pertenceriam a outra pessoa - esta já seria a proprietária da nova espécie de vinho; já para os *Proculiano* (quem realizou a feitura do vinho já é proprietário dele, porque a forma de ser a coisa) (forma dat esse rei). Dentre os pertencentes à escola dos Sabinianos destacam-se os juriconsultos Capito (fundador), Sabino (sucessor), Cássio, Javoleno, Sálvio Juliano; por outro lado, pertencem à escola dos Proculianos, os Labeão (fundador), Próculo (sucessor) Celso, Nevácio. Ainda pode-se mencionar, neste período, como notável juriconsulto, Caio com “os Comentários”, obra esta que veio servir de modelo para as *Institutos de justiniano*, escritas em quatro livros. Havendo também outros juriconsultos romanos que merecem ser destacados, tais como: Paulo, Ulpiano e Papiniano – este considerado, por excelência, como juriconsulto romano.

6 DIREITO ROMANO NO BAIXO IMPÉRIO/DIREITO CODIFICADO

O *baixo império* (284 d.C. a 565 d.C.) ou *dominato* caracteriza-se pela morte do Diocleciano até a morte de Justiniano, onde o poder era compartilhado entre o imperador e o senado, sob traço político dominante da concentração dos poderes nas mãos do soberano pelo qual governava sozinho.

À época do *dominato*, a decadência do estudo do direito no Império Romano do Ocidente acentuou-se, deixando de ser uma ciência autônoma para ser apenas uma parte do *trivium*, isto é, inserido no estudo da Gramática e da Medicina. O estudo do direito, ao cair no abandono juntamente com escassez de jurisconsultos, acarreta muitas dificuldades para os juízes fundamentarem suas decisões, tendo que recorrer aos juristas romanos para que pudessem fazer adaptações necessárias do caso *sub judice*.

Uma quantidade de ensinamentos jurídicos juntamente com a ausência dos aplicadores do direito levava a vários problemas nos ensinamentos jurídicos. “A invocação de normas jurídicas, constantes das obras dos juristas antigos, acarretou um grande inconveniente: advogados habilidosos induziam em erro os juízes com citações capciosas ou falsas, que eram atribuídas àqueles jurisconsultos” (MOREIRA apud ROLIM, 2008, p. 95).

6.1 CODIFICAÇÕES PRÉ-JUSTINIANEIAS

6.1.1 Codificações particulares

Algumas codificações originaram-se de particulares e estiveram presentes as *leges* (leis, preceitos e normas) e os *iura* (teorias, pareceres e doutrinas jurídicas em diversos assuntos) tais como:

- a) *Fragmenta Vaticana* (Fragmentos do Vaticano) contém leis, constituições imperiais, vários pareceres de jurisconsultos, em que se destacaram no Direito Romano – Paulo, Papiniano e Ulpiano.
- b) *Collatio legum mosaicarum et romanarum* (Comparação das leis romanas e mosaicas): também denominada como *Lex Dei* (a Lei de Deus), 313 d.C., possuindo ensinamentos entre o Direito Romano e a Bíblia com trechos de Papiniano, Gaio, Ulpiano, Paulo e Modestino e certas constituições imperiais.

- c) Livro de direito siro-romano: manual de Direito Romano com aceitação na Síria, Arménia e Etiópia, contendo constituições imperiais de Constantino, Teodosio e fragmentos doutrinários de Ulpiano.
- d) *Consultatio veteris criusdam jurisconsultos* (Repertório de consultas dadas por um antigo jurisconsulto) consultas realizadas a um jurisconsulto romano desconhecido com seus ensinamentos, citações de Paulo e trechos de códigos Hermageniano, Teodosiano e Gregoriano.
- e) Código Gregoriano (*Codex Gregorianus*): compilado por Gregório, em 291 d.C., com direção de 15 (quinze) livros, contendo todas as constituições imperiais promulgadas 196 d.C.
- f) Código Hermogeniano (*Codex Hermogenianus*): Hermógens realizou um Código Gregoriano, em 295 d.C., com um livro somente contendo as constituições promulgadas por Diocleciano em 293 e 294 da era cristã.

6.1.2 Codificações oficiais

Compõe-se de: a) Código Teodosiano (*Codex Theodosianus*): primeiro código de direito oficial, com elaboração do imperador Teodósio II. Estão contidas todas as constituições imperiais com promulgações a partir do Constantino até a época deste. É possuidor de dispositivos de direitos civil, administrativo, penal, fiscal, assuntos eclesiásticos e militares, com promulgação em 15/02/432 d.C., b) Leis romanas “bárbaras”: Roma recebeu invasão de povos germânicos várias vezes com suas tradições, culturas e sistemas jurídicos. Uma grande parte dos invasores fez adoção do sistema de “*personalidade das leis*”, uma vez que os bárbaros permaneciam sob tutela por suas próprias leis e costumes na região conquistada; já os povos vencidos são regidos pelo direito local, ou seja, o Direito Romano. Com esse entendimento, disseminou-se na Espanha, Itália, Portugal e sul da França. Assim, houve o surgimento das leis romanas “bárbaras”, tendo sua codificação por meio dos governos invasores.

Dentre elas existem algumas, isto é: a) *Lex Romana Visigothorum* (*Lei Romana dos Visigodos*) denominado também de Breviário de *Alarico* ou breviário *Alariciano*, cuja finalidade de codificar as leis (*leges*) e a jurisprudência romanas (*jura*). Ela permaneceu por bastante tempo (mais de 400 anos). Deve-se ressaltar, que alguns dos ensinamentos pelas quais os continham, vigoram, muitos anos depois, no Brasil, sendo embutidos nas leis portuguesas denominadas de Ordenações do Reino; b) *Lex Romana Burgundionum* (*Lei*

Romana dos Burgúndio): obra compilada oficialmente com trechos dos Códigos Gregoriano e Teodosiano, das “*Sentenças*” de Paulo e das Institutas de Gaio; c) Édito de Teodorico (*Edictum Theodorici*): realizado por Teodorico uma compilação sob alicerce dos Códigos Gregoriano, Teodosiano, nas *Sentenças* de Paulo.

6.2 CODIFICAÇÃO JUSTINIANEIA

Justiniano (Upranda) nasceu em 11/05/483 d.C., na aldeia de Tauresium, nas fronteiras da Ilíria e da Trácia, filho de camponeses, infância e adolescência sem perspectiva, com seu tio Justino tornando-se imperador romano do Oriente. Este sem filho tornou o sobrinho seu herdeiro, como também veio a sucedê-lo como imperador do Império Romano do Oriente por 38 anos, até o ano 565 da Era Cristã. Aquele conseguiu fortalecer o Império Romano do Oriente, realizou a estruturação do seu governo, pode enfrentar os invasores com determinação da elaboração da mais famosa codificação codis do Direito Romano – o *Corpus Juris Civilis*.

6.2.1 O Corpus Juris Civilis

Lá pelos meados de 528 d.C. Justiniano resolveu formar uma comissão contendo 10 (dez) juristas, cuja finalidade era constituir uma compilação de todas as leis (*legis*) ou direito novo (*jus novos*), leis e constituições imperiais mais importantes. Mais tarde pode apresentar uma codificação do Direito Romano como um todo, portanto as *leges* (leis) e os *iura* (direito velho), isto é, ensinamento, doutrinas e jurisprudência pelos quais estavam diluídos em todo império, tornando o direito uniforme com a maior obra do Direito Romano existente: *corpus civilis*. Ele subdivide-se em: *Novus Justinianus Codex ou Codex Vetus* (528 – 529)

6.2.1.1 O novo Código de Justiniano ou Codex vetus (Código velho)

Contém 12 livros, contendo as *leges*, ou seja, todas as leis e constituições imperiais anteriores a Justinianos, desde o início do Direito Romano. Composto por uma comissão de dez membros com destaque de Triboniano (presidente) e Leônico (professor de direito de Berito). Deveria distinguir-se, esse código novo, do Teodosiano, em virtude da composição de *legis generales* com exclusividade, mais modernos, mas há ainda duas diferenças mais especiais, a saber: 1) as matérias dos Códigos Gregoriano e Hermogeniano deveriam estar

presentes, devendo conter *leges especiales*; 2) deveriam ser retiradas todas as constituições já não vigentes, em virtude de suas abolições por constituições posteriores.

Esse código fora concluso em 528, com promulgação, em abril de 529, de Justiano denominado também como *codex vetus* (Código velho), uma vez que sofreu revisão quatro anos após com substituição por outro código chamado de Código Novo.

Quinquaginta decisiones (cinquenta decisões) Justiniano fez sanção em torno de cinquenta novas constituições imperiais, reunidas provisoriamente nessa coleção com publicação no ano 530 d.C.

6.2.1.2 O Digesto ou Pandectas

Formou-se outra comissão com dezesseis juristas para a formação da segunda etapa maior dos trabalhos da codificação Justinianeia, em que foi presidido por Triboniano e a conclusão dos trabalhos aconteceu em 16/12/535 com a apresentação dele anteriormente citado. O digesto compõe-se de 50 livros com a jurisprudência antiga toda do Direito Romano, codificada desde o fim da República até a época de Justiniano, no ano 27, escrito em latim e grego (*Digesto/digerere*): por em ordem; Pandectas (*pandekoma*: recolho tudo) respectivamente. Para isso, realizou-se consultas de 1.625 livros e leituras de três (03) milhões de linhas.

6.2.1.3 As Institutas ou Institutiones

Por meio de um manual, perfazia um resumo das principais *leges* e *iura* estando a disposição dos estudantes da escola de direito de Constantinopla com dedicação à juventude desejosa de estudar leis (*cupidae legum juventuti*) com publicação em 30/12/533, sob força de lei.

6.2.1.4 O Código Novo (*Codex Justinianus repetitae praelectionis*)

A desatualização do primeiro Código de Justiniano – o Código Velho – observou-se quando se sucedeu a compilação do Digesto e das Institutas. Em virtude disso, Justiniano busca a organização de um outro código nos moldes atualizados, na busca de tentar sanar as irregularidades existentes. Eis que surge o *Codex repetitae praelectionis* ou Código Novo,

sendo, assim, uma reedição do *Novus Justinianus Codex (Codigo Vetus)* com publicação em 529 d.C.

6.2.1.5. As Novelas

Elas contêm as leis (constituições imperiais) com promulgação, depois da promulgação do Digesto, por Justiniano, escrito em grego e latim. O *Corpus Juris Civilis* possuiu vigência no Império Romano do Oriente até 1543, entretanto permanecia recolhido às bibliotecas empoeiradas de alguns mosteiros, não sendo possível o seu conhecimento no Ocidente por quase toda a Idade Média.

6.3 AS GRANDES INVASÕES

O imperador Teodósio I (379-395), com pensamento de fortalecer o Império, desmembra o Império Romano, mais uma vez, em Oriente e Ocidente, permitindo que os godos fixassem em território romano, como também fizessem parte do exército romano os soldados godos; após algum tempo, acontecia a ocupação dos mais altos escalões nas legiões, romanas e vários cargos públicos na administração do Império por uma massa de “bárbaros”. Em consequência disso, proporcionou um sentimento patriótico diminuído em que, anteriormente, proporcionava união entre os exércitos romanos, o que veio enfraquecer as legiões, pois estas não lutavam mais com dedicação e valentia de antigamente.

Existia, naquele momento, um certo descontentamento, por parte do povo romano, em detrimento dos numerosos aumentos exorbitantes de impostos, pela não organização administrativa e a inflação altíssima; chegando ao ponto de que os povos romanos almejassem a invasão de outros povos na eminência de que a situação pudesse vir a melhorar. Os visigodos chegaram a vencer as legiões romanas em decadência, com invasão até o norte da Itália, alcance até Milão e Verona em 401 d.C.

7 DIREITO ROMANO PÓS-CLÁSSICO

7.1 A IDADE MÉDIA NO IMPÉRIO ROMANO DO ORIENTE

7.1.1 O direito justinianeu e o direito bizantino

O Império Romano do Oriente conseguiu se manter forte e coeso até 1453, depois da queda de Roma em 476 d.C., no momento da invasão pelos turcos. No Império bizantino, em toda sua existência, o Direito Romano era o único que era aplicado com seus princípios básicos, suas doutrinas e ensinamentos, suas leis e constituições, pelas quais se encontravam no *Corpus Juris Civilis* sob compilação de Justiniano e, sobretudo, com obrigação de vigência na região que abrange total área do Império Romano do Oriente.

Mesmo diante de um império único e um só governo, sempre aconteceram diferenças sócio-culturais gritantes entre Roma e Constantinopla, como se pode observar pela distinção e divergência dos usos e dos costumes, pelo confronto existente dos conceitos religiosos e pela diversidade de idioma expressos por cada povo; tendo em vista que o idioma principal na parte oriental era o grego; enquanto no Ocidente, o latim. Em que pese nessas duas localizações, o ordenamento jurídico que sempre prevaleceu, em todo o Império, foi o Direito Romano, mesmo diante das diferenças existentes entre os povos.

Foi perceptível que aos poucos o Império Romano do Oriente recebeu adaptação das influências e peculiaridades da região no direito exercido no Império Romano do Oriente, pelo qual culminou no direito bizantino com vigência após o falecimento de Justiniano por volta de 565, e com duração até a batalha vencida de Constantinopla em 1465.

As concepções sócio-políticas daquela época e região pouco a pouco vieram a substituir as normas romanas ultrapassadas contidas no *Corpus Juris Civilis*, isto é, presença de normas em desuso do direito romano clássico paralelamente aos preceitos jurídicos vigentes. E ainda o Digesto com uma leitura não fácil de compreensão, como também longo demais, cujo resultado do estudo era, de certa forma, complicado e enfadonho.

Por tudo isto, a originalidade textual do *Corpus Juris Civilis* passou por uma simplificação e adaptação às conveniências da era bizantina depois da morte de Justiniano, com o surgimento dos índices e comentários de seu conteúdo, sob maior destaque para a Paráfrase de Teófilo (Tradução das Institutas de Justiniano em grego); *Egloga legum* compendiária (compilação mais acessível e abreviada da legislação justinianeia, com determinação do imperador loção e publicação no ano 740 d.C.); e, por último, as Basílicas

(imperador da Macedônia de 867 a 886). Basílio realizou uma compilação frente uma atualização do *Corpus Juris Civilis*, como também uma expurgação dos desusos em normas e princípios, sob o término do trabalho com denominação de Basílicas por seu filho Leão (Filósofo) em que este homenageou aquele. Esse referido trabalho contém 60 (sessenta) livros escritos em grego e com reprodução de alguns trechos das Novelas, do Digesto, das Institutas e do Código de Justiniano aconteceu, no Império Bizantino, vultosa repercussão acerca das Basílicas, principalmente no final do século e, logo depois, tem o surgimento dos Escólios, os quais realizavam comentários da originalidade do texto das basílicas.

Em todo o Império Romano do Oriente até a queda de Constantinopla (capital) houve a vigência do Direito Romano contido no *Corpus Juris Civilis*, frente aos turcos, com modificação social do direito bizantino ou direito justinianeu, em 29/05/1453, com o marco estabelecido – fim da Idade Média e o início da Idade Moderna.

7.2 IDADE MÉDIA NO OCIDENTE

7.2.1 A decadência do direito romano

Aos poucos o Direito Romano recebeu algumas mesclagens dos usos e costumes dos povos invasores, proporcionando uma certa vulgarização, quando à época anterior fez o alcance de seu maior esplendor na era do principado. Foi notável que a época do Dominado deixou de ser importante por meio da escassez dos jurisconsultos, nos séculos II e III, sendo visível a decadência do estudo do direito em todo o Império. É importante ressaltar que os últimos juristas dessa época, pelos quais realizaram assessoramento aos imperadores no tocante aos assuntos jurídicos e elaboração das leis foram Papiniano Ulpiano e, por último, o Paulo, não existindo mais nenhum outro de destaque. Os que, porventura, vieram a suceder-lhe fizeram, nada menos, que a repetição dos seus ensinamentos, acontecendo uma lacuna, nesse momento, de autoridade de juristas importantes de épocas pretéritas.

7.2.1.1 O desvirtuamento do latim clássico

O veículo de comunicação oficial do governo, do povo e do Direito Romano sempre foi o latim, contudo a referida língua passou por alterações bem profundas a partir da era cristã do século II, uma vez que não se obedecia a ordem indireta em virtude da não existência da declinação das palavras. Isso se deu, mediante o contato assíduo de idiomas estrangeiros

feito pela maioria dos romanos, o que acarretou a formação de um latim vulgar, mediante uma mesclagem de palavras originárias de línguas e dialetos diversos. Nem por isso, o latim deixou de existir, mas a sua fala era bem mais escassa, presente em documentos oficiais somente.

A escassez da língua latim foi tão vultosa, a ponto do comandante romano Syagrius, na região do Vale do Loire, dirigir sua tropa do exército romano, fazendo-a por meio da língua alemã.

7.2.1.2 O Direito Romano e o direito “bárbaro”

À medida que o Império Romano do Ocidente estava em fase de desaparecimento e também os bárbaros com as suas invasões, tornava-se inevitável o choque entre o Direito Romano e os demais direitos dos povos invasores. Com isso, era plausível que cada povo trouxesse consigo o seu tipo de direito, de espécie verbal, geralmente rudimentar, com perpetuação de gerações oralmente, cuja base única era em costumes ancestrais.

Com uma melhor estrutura que os demais direitos, o Direito Romano permaneceu com o seu conteúdo íntegro, através dos povos mais romanizados, a saber: regiões das penínsulas Ibérica e Itálica, centro sul da França, do sudoeste da Alemanha, da Suíça e da Áustria. Contudo, nas regiões – menos romanizados – isto é, mais ao norte da Europa – norte da França – norte da Alemanha, Inglaterra, entre outras, o direito pelo qual se desenvolveu foi o escrito e consuetudinário conduzido pelos povos invasores e que, aos poucos, foi se sobrepondo ao Direito Romano até alcançar o esquecimento deste em toda região.

7.2.1.3 Tentativa de Justiniano

O Império Romano do Oriente, cujo Imperador era o Justiniano em 533 d.C., realizou a expulsão dos invasores do norte da África, da Sardenha, da Itália, dentre outras, na busca da tentativa de salvar a parte ocidental do império – região esta conquistada pelos bárbaros – determinando que o Direito Romano voltasse a prevalecer em toda região e, concomitantemente, impôs a proibição de qualquer outro ordenamento jurídico estrangeiro em vigência. Essa normatização perdurou pouco tempo com o domínio bizantino no Ocidente em virtude do falecimento de Justiniano e, após, 03 (três) anos a Itália sofreu nova invasão por meio dos longobardos.

7.2.2 O direito medieval: o costume do feudo

Os reis não possuíam mais a capacidade de fazer a administração sobre os destinos dos seus súditos diretamente, em virtude de não existir mais a atividade legislativa no Ocidente à época medieval, como também passou a ser exclusividade dos suseranos a capacidade de punir os infratores e o ditar das normas de conduta, sendo esses, no momento, supremos senhores de suas terras.

À medida que surgia normas oriundas de costume através de cada povo invasor, em substituição do Direito Romano por toda região, não se fazia nada mais em escrita, nem as decisões dos juízes ou cláusulas dos contratos de compra e venda, nem também a transmissão de direitos de propriedade. Passa-se a partir daquela época a ter vigência o costume do feudo.

No que tange à imensidão de aldeias, cada uma possuía o conceito de justo ou injusto, o que propiciara a aplicação diferente ao direito em cada região. Os feudos continham duas áreas distintas – uma maior de terras exclusivo do senhor ou suserano, e uma menor, para os servos em forma de arrendamento – por estes recebiam eles um “título de posse” que, mais tarde, transmitia-se a seus herdeiros. Tais servos possuíam uma total dependência ao senhor das terras com lealdade ao rei, obediência absoluta, a ponto, se necessário fosse, defendê-lo até com a vida. Dessa forma, acontece o “sistema de lealdade” e concomitante, tem espaço para o desaparecimento do conceito de propriedade, dando lugar para a denominação de propriedade feudal.

O detentor de terras, os suseranos, não faziam uso da planta nem da colheita; por outro lado, quem possuía dever com tal obrigação eram os servos arrendatários, que, nas terras do senhor, trabalhavam, gratuitamente, por dois ou três dias, cuja denominação eram os “dias de dádiva”.

A transmissão, após o pagamento de uma taxa aos herdeiros da terra invadida, dá-se o nome “título de posse”.

7.2.2.1 Os ordálios ou “juízes de Deus”

No âmbito da justiça, havia aplicação com base no costume do povo e a “vontade de Deus”; haja vista que ninguém fazia uso da leitura e data escrita devido a presença de poucas escolas e até os juízes não eram detentores do conhecimento de leituras jurídicas; tais ordálios representavam os “Juízes de Deus”, isto é, o inocente recebia proteção de Deus na iminência de que nenhum mal viesse a acontecer e, até mesmo, a sofrer. Desse modo, antes de uma

sentença ser efetivada pela autoridade judiciária o acusado submetia-se a dois tipos de provas, a saber: a) “prova do fogo” – suas mãos teriam que segurar uma barra de ferro incandescente obrigatoriamente, com enfaixamento nestas sem nenhum medicamento. O referido acusado somente recebia a absolvição se após alguns dias a mão não apresentasse qualquer tipo de infecção, significava que ele havia alcançado a proteção de Deus; b) “prova da água” – colocava-se o braço do acusado em um caldeirão com água fervente. Somente era considerado um inocente se nada lhe acontecesse, devido a proteção de Deus no que tangesse às queimaduras. Mas ainda existia outro tipo de alternativa – se, porventura, o provável acusado representasse um nobre ou ainda ocupasse uma posição social elevada, recebia a permissão de indicar um servo, para submeter-se às provas da água ou do fogo em seu lugar. Ressalta-se, que os condenados passam a ser obrigados a fazer desfiles nus pelas aldeias ou suas mãos ou narizes cortados e enforcamento ou morte na fogueira, tornando-se comum quando não são condenados por decapitação à morte.

E, por último, a forma de julgamento denominada “inquisição por turba”, em pleno século XIV, quando por acaso existia alguma dúvida, se o ato ou fato pelo qual o acusado foi submerso a algum julgamento encontrava-se em conformidade com os costumes locais. Assim havia uma escolha de uns 10 (dez) homens pelos menos, daqueles mais honrados da região, como representantes da turba, deveriam dar o aval se o fato estava ou não conforme o costume do feudo em vigência.

7.2.3 A influência da Igreja

Enquanto Diocleciano dividiu o império, Constantino ao receber o cargo de imperador imediatamente o reunificou com a transferência, no Oriente, da capital para a cidade de Bizâncio, cuja denominação foi em sua homenagem, chamada de Constantinopla. As reformas administrativas pelas quais deram início com seu antecessor houve continuidade por parte de Constantino, e, em virtude de receber influência do cristianismo, incentivou o desenvolvimento do trabalho evangélico da Igreja Católica, uma vez que a protegia daqueles que, por acaso, viessem a querer lhes perseguirem.

Outros atos interessantes realizados por ele foi o de devolver de todos os bens confiscados anteriormente a todos os cristãos, mesmo que alguns já se encontrassem vendidos a determinados terceiros. O repouso aos domingos obrigatoriamente, através de uma declaração da Igreja, autorizou a manumissão de escravos e determinou-a receber doações; permitindo que os bispos fizessem uso do poder de jurisdição civil, proporcionando-lhe os

mesmos privilégios dos senadores, isto é, o uso do manto de cor púrpura em sinal de uma dignidade imperial; aos litigantes facultou-lhes, sob a presidência de um bispo, a transferência de seus processos de um tribunal civil para um tribunal eclesiástico.

Destarte, percebe-se como a influência da Igreja Católica se desenvolveu, pouco a pouco, saindo de uma minoria perseguida com alcance a uma maioria poderosa pela qual influenciou intensivamente a Europa até a Idade Moderna em seu início, tendo a Igreja como um grande marco.

7.2.3.1 A influência de Santo Agostinho no Direito Romano.

Com a introdução do conceito subjetivista do Direito Romano, Santo Agostinho (354 – 430) continha a concepção de que a lei seria justa se houvesse uma conformidade com a Lei Divina; esta sendo uma ordem para os homens, inerente ao Pai celestial, e não um direito natural.

Com esse entendimento ele aplicava uma injustiça ao Direito Romano, pois, sempre deveria este estar sob subordinação à vontade de Deus. Por outro lado, aceitava a argumentação nem que fosse provisória, da justiça em se “dar a cada um o que é seu”. Assim, o Direito Romano pode receber um caráter mais subjetivo, por intermédio de Santo Agostinho, em que o homem deveria conter uma valorização como sujeito de direitos e não somente como resultado da sociedade pela qual habita, em substituição ao conceito objetivo daquele direito.

Em que pese, mais tarde, outro filósofo luminar do cristianismo, Santo Tomás de Aquino, século XIII, retomou os conceitos objetivos do Direito Romano clássico.

7.2.3.2 A Igreja na Idade Média

A Igreja Católica, em todo tempo da Idade Média, conseguiu se manter no poder, de maneira extraordinária, sendo a única com tal feito.

Ser membro dessa associação era teoricamente voluntário e praticamente obrigatório. Ser desligado de sua comunhão era castigo tamanho que, até o século XVI, os próprios reis tremiam diante da ameaça de excomunhão. Da menor das aldeias, com sua igreja paroquial, à maior das cidades, com sua catedral, suas numerosas igrejas, seus mosteiros e santuários, a Igreja estava visivelmente presente em todas as comunidades suas torres eram o primeiro objeto que o viajante divisava no horizonte e sua cruz era o último símbolo levantado diante dos olhos do agonizante. Numa cultura assinalada por espantosas diversidades de dialeto, direito,

culinária, pesos e medidas, cunhagem, a Igreja oferecia uma morada comum, na verdade um abrigo universal: o mesmo credo, os mesmos ofícios, as mesmas missas, realizadas com os mesmos gestos, na mesma ordem, para o mesmo fim, de um a outro extremo da Europa (MUMFORD, 1994 apud ROLIM, 2008, p. 120).

O Direito canônico recebeu influência em virtude de ter sido o único direito escrito na Europa ocidental, como também a atribuição de competência exclusiva aos tribunais eclesiásticos a respeito de assuntos da vida privada.

A Igreja passou, desde o início da Idade Média, exercer o poder jurisdicional sobre diferentes assuntos. Os tribunais eclesiásticos possuíam a competência para julgar todos os eclesiásticos no âmbito penal e civil, os cruzados e os membros, desde o século X ao século XIV, tendo em vista que todas essas instituições, até o século XVI, pertenciam à Igreja. A competência deles ainda se estendia para realizar julgamento acerca de casamentos, separações, divórcios, legitimação de filhos e aqueles casos pelos quais não cumpriam o juramento, pois todos eles eram feitos em nome do Pai celestial.

8 O RENASCIMENTO DO DIREITO ROMANO

8.1 RENASCIMENTO DO DIREITO ROMANO NA EUROPA OCIDENTAL

Em toda a Europa medieval, aconteceu um êxodo rural vultoso no início do ano 1000. Tanto aqueles antigos servos que já desenvolviam um trabalho com artesanato, uma vez que confeccionavam e vendiam seus produtos, tornando-se verdadeiros artesãos, como também aqueles que pretendiam se dedicar a esse ofício foram à luta, para obter seus direitos e uma independência bem maior com relação a seus senhores. Diante desses trabalhos deles, consideravam-se colaboradores dos senhores feudais e não mais apenas servos da gleba. Na tentativa de aumentar a luta pelos seus direitos, passaram a fazer reuniões em localizações denominadas confrarias (comunais).

O termo burguês (latim burguês = habitante dos burgos ou das comunas). “O termo comunal ou comuna passou, então, a ser utilizado tanto para designar o juramento entre eles de se defenderem mutuamente como para indicar o local onde se reclamava o direito de trabalhar e comerciar livremente” (SCAFF, 1990 apud ROLIM, 2008, p. 123). Assim, burgueses puderam ir em busca de maiores direitos, como a elaboração de suas leis próprias, independente daquelas normas ditadas pelo senhor do feudo, como também as normas pelas quais eram preconizadas por seus habitantes passavam a ter vigência nas cidades.

O camponês, ainda habitante da zona rural, recebeu o incentivo para contribuir com o aumento das populações comunais, isto é, o deslocamento para a zona urbana, sob a condição de exercer moradia por mais de ano e dia dentro das muralhas. Ao chegar às cidades passam a desenvolver o trabalho como aprendiz, até completar o tempo para esse homem ser considerado um homem livre e, dessa forma, houve um deslocamento acentuado em termo de população para as cidades.

Novas ideias de liberdade e de livre comércio contribuíram para o fortalecimento da classe burguesa, em que pode brotar um sentimento de valorização do ser humano como sujeito de direitos e, assim, o “direito de propriedade” assumiu um novo conceito, beneficiando somente os proprietários. Também surgiu, entre as cidades, um intenso intercâmbio comercial com um surgimento de um “contrato” jurídico, bem distante daquele do Direito Romano.

8.1.1 Escola dos glosadores ou de Bolonha

Na maior parte da Europa ocidental, em quase toda Idade Média, o Direito Romano passou despercebido. Por intermédio de um monge, professor de gramática e de dialética, no ano 1090, Imério fez a descoberta de um manuscrito do digesto em uma biblioteca de Pisa-Bolonha – onde se interessou a estudá-lo por partes, com a inserção de notas explicativas às margens do texto ora em estudo; as normas do Direito Romano passaram pelo processo na adaptação como na atualização ao direito consuetudinário e ao direito canônico pelos quais estavam vigentes no momento. Com a formação de um grupo de estudiosos, sob denominação de Escolas dos Glosadores, eram inseridas as glosas (uma breve explicação de uma palavra difícil) às margens dos textos, onde as menores eram escritas entre as linhas do manuscrito (glosas interlineares) e as maiores, colocadas à margem deles (glosas marginais).

Diante desse grupo de “glosadores”, alguns apresentaram maior destaque, tais como: Búlgaro, Martinho, Hugo, Vacário, Azo, Irnédio e Acúrsio, sendo que este configurou a obra Magna Glosa cujo conteúdo era possuído por seus antecessores com as glossas principais. Em tempo muito rápido na Europa, aconteceu uma disseminação do método pelo qual serviu de estudo do Direito Romano pelos glosadores, onde foi possível verificar que tal direito era completo mesmo diante do esquecimento e desconhecimento de tantos anos na Europa medieval. E, demonstrou também, que possuía maior evolução e racionamento, o que justificaria poder vir a ser modelo aos ordenamentos jurídicos, pelos quais estivessem em vigência.

Com isso, esse tipo de direito iniciou o preenchimento de lacunas existentes em vários direitos locais, o qual passou a ser considerado como um direito comum a todos aqueles povos, podendo acontecer a substituição das provas irracionais (intervenção de Deus ou de outros elementos sobrenaturais para saber quem estava com a razão – no caso – os ordálios, julgamentos de Deus, juramentos etc.) pelas racionais (inquéritos, testemunho, atos reduzidos etc.).

8.1.2 Escola dos Pós-Glosadores (Bartolistas)

Em seguida, veio o surgimento dos Bartolistas na Itália (comentadores ou pós-glosadores) sob liderança com formação de estudiosos do direito em que foram contra o método dos glosadores em virtude de ser analítico e, nas suas concepções defendiam uma interpretação nova do Direito Romano. No que tange a esse outro tipo de interpretação, o direito

referido, deveria receber comentários no âmbito comparativo entre o direito canônico, os direitos de cada região e o Direito Romano clássico e, dessa forma, retiravam-se os princípios gerais com a finalidade de aplicação na solução do problema real; assim, seguiam os princípios da dialética escolástica, razão pela qual recebeu influência de Santo Tomás de Aquino.

Os pós-glosadores com a preconização de seu método acerca do estudo do direito recebeu adesão de várias universidades europeias ocidentais, tais como: Praga, Viena, Heidelberg, Colônia, Lovaina, entre outras e, sobretudo, com influência visível, na Itália, nos pesquisadores do Direito Romano. Todavia, as obras deles apresentavam-se com estilo gongórico, sem conhecimento da história e literatura latinas e, porventura, quando faziam uso dos textos romanos não existia a preocupação de verificar a época e as circunstâncias pelas quais surgiram.

Mesmo diante de tais falhas, a Escola dos Pós-glosadores recebia a indicação de ser a precursora da ciência jurídica no âmbito da modernidade, como também, naquela época, era um dos redutos saber jurídico principais e, assim, dignificava-lhe o mérito do trocadilho: ninguém é jurista se não for Bartolista.

8.1.3 A presença de Santo Tomás de Aquino no renascimento do Direito Romano.

Por ser um estudioso precípua do Direito Romano, ele tentou fazer uma harmonização da fé cristã e a razão, sendo eleito o maior filósofo da escola medieval e, com isso, não aceitou mais a pregação de Santo Agostinho a respeito do subjetivismo do direito. Santo Tomás de Aquino contribuiu com o ressurgimento do conceito aristotélico do direito, em que pregava que este teria que se apresentar como natural, objetivo mais uma ordem social justa e, que, a concepção filosófica natural do direito de Aristóteles teria que servir como um verdadeiro alicerce à aplicação do Direito Romano.

Na acepção do renascimento do direito em análise, em revivência por Aquino (1225 – 1274), este teria que se apresentar como sinônimo de justiça (justo = direito).

8.1.3.1 Guilherme de Ockham (1290 – 1349)

Ele era um teólogo franciscano que seguia os pensamentos de Santo Agostinho e entendia o direito sob um caráter mais subjetivo, isto é, o indivíduo não seria apenas um fruto da sociedade, mas um sujeito de direitos. Com esse tipo de pensamento de Ockham facilitou a

iniciação do direito burguês, como também serviu de base para implantar um direito subjetivo pelo qual já aparecia.

Percebia-se que, em Roma, a interpretação dada ao direito subjetivo não existia ou a importância tornava-se minúscula ao defrontá-lo com o papel, pelo qual lhe era destinado no sistema moderno. Aquela subjetividade do direito oriunda de Ockham, viria a se tornar uma pedra angular do individualismo burguês, desde a época de Hobbes até a atualidade. Diante desse novo tempo, aconteceu a vitória da teologia sobre a filosofia greco-romana, com o surgimento do Ockham e o lançamento das bases ao direito subjetivo.

8.2 O “SEGUNDO” RENASCIMENTO DO DIREITO ROMANO

Em seguida, o contexto sócio-político da sociedade medieval, por volta de 1250, sofreu uma transformação, pois retornou novamente à centralização de poderes nas mãos do rei. Isto é, o monarca retoma poderes em suas mãos, deixando de estar isolado em castelo sob divisão de seu governo suseranos e membros dos Estados Gerais pelos motivos, a saber: a) a necessidade de criação e manutenção de um exército único sob o comando do monarca, em virtude do alto custo dos exércitos particulares de cada suserano; b) o poder de tributar foi resposta ao rei; c) a última palavra cabia ao monarca diante das lides dos seus súditos, sendo o único aplicador de justiça; d) cabia a escolha dos membros dos Estados Gerais (França, Países Baixos), Parlamento (Inglaterra) ou Cortes (Espanha) e também a livre discricionariedade do monarca; e) o alto poder culminado pela burguesia na sociedade foi aos poucos decaindo; f) a investidura das funções ao monarca por vontade divina solidificou-se ao entendimento das pessoas; g) novamente coube a exclusividade aos soberanos para o exercício da legislação.

Por tudo isso, fez com o rei readquirisse os poderes. Estes ilimitados em suas atividades laborais nos campos legislativos, executivos e judiciários. Várias nações passaram a existir, tornando-se independentes com a floração do patriotismo e a conceituação de direito nacional para cada povo a partir do século XV. Assim, as obrigações de fidelidade inverteram-se, isto é, os homens passaram a devê-las ao monarca, uma vez que este representava a nação como um todo e não mais a cidade ou ao suserano.

Destarte, estabeleceu-se o Absolutismo haja vista que pairou uma concentração de poderes absolutos às mãos dos reis por toda a Europa, até os fins do século XVIII.

8.2.1 Fontes do Direito no Absolutismo

O costume foi a única fonte do direito feudal até o século XIII, e mediante a existência de diferentes costumes em regiões distintas, havia concomitante inúmeros direitos que, por vez, o suserano aplicava em sua região. Até que chegou o momento da lei suplantar o costume, diante do poder dos monarcas com o seu fortalecimento como também em consequência disso o aparecimento do absolutismo; com isso, a predominância passou a ser a lei promulgada por meio do monarca, tendo-o como representante maior da nação e não mais a do senhor das terras (suserano).

Eis com o passar do tempo, tem-se uma precípua necessidade de aprofundar cada país o seu direito como também uma reunificação das normas jurídicas existentes – escritas e não escritas – pois eram inúmeros os preceitos e as normas. O estudo do direito Romano, diante dessa nova contextualização, adquiriu impulso novo, sobretudo o Digesto, propiciando reunião de correntes distintas ou escolas doutrinárias pelas quais puderam contribuir, na Europa Ocidental, um segundo “renascimento” do Direito Romano.

8.2.2 Escola Humanista

Ela era conhecida como “Escola Culta ou elegante” cuja formação de cultas pessoas, sapiência do grego e latim, com surgimento na Alemanha no início do século XVI. O entendimento delas coagunava com uma maior profundidade originária do Direito Romano no modelo de aplicação nos tempos da Roma antiga, sem que nenhuma comparação fosse feita com o direito moderno. E, assim, os seguidores dessa escola, por meio de seus estudos e pesquisas, puderam realizar uma reconstituição do Direito Romano, de modo especial o digesto.

Professor italiano, sob pré-nome Alciato (1492-1550), primeiro a passar os ensinamentos do Direito Romano conforme o método novo e que realizou o início da escola em análise, cujo representante principal foi Jacques Cujas (1522-1590). Cujácio, como era apelidado, conseguiu influenciar os juristas de suas época e que aliava à profunda erudição em filosofia e história o mais agudo senso jurídico. Seu trabalho de pesquisa e interpretação dos jurisprudentes romanos foi completado por seu rival Doneau ou Donellus (1527-1591), que, preocupando-se mais com a ciência jurídica do que com o seu objeto, o fenômeno jurídico (leis, costumes, etc.) legou-nos uma exposição generalizada e sistematizada do direito romano

desenhando-lhe uma fisionomia que Roma e seus juristas não lhe tinham dado” (PEREIRA apud ROLIM, 2008, p. 130).

8.2.3 Escola das Práticas (Séculos XVI e XVII)

Aos séculos XVI e XVII, a escola em evidência repercutiu com grande importância e a pretensão dos respectivos integrantes era realizar a adaptação de Digesto ou Pandectas à prática forense da época.

8.2.4 Escola de Direito Natural (Escola Naturalista ou Jusnaturalista)

A escola em curso desenvolveu-se na Europa, por volta dos séculos XVII e XVIII, tendo como seguidores, a saber: Hugo Grocio (Hugo de Groot, 1583-1645), Thomas Hobbes (1588-1679), Heinácio, Tomásio e Leibniz, dentre outros. Recebiam influência do Iluminismo, defendiam o estudo do direito em dois aspectos: na natureza e na razão e, com isso, exacerbavam que poderia haver o regresso dos direitos natural sendo o positivo em posição de equilíbrio; haja vista que, em seus entendimentos, uma vez que o direito era um produto da razão humana tendo que existir uma igualdade mundial para todos os povos em qualquer lugar e tempo.

No que tange a uma concepção do direito acerca de racionalidade, houve um favorecimento à codificação das normas jurídicas, isto é, veio com base na natural razão das coisas o aparecimento de um direito sem mutabilidade e sobretudo, com a codificação. Para isso, fazia-se necessário a não subtração desse referido direito pelos reis, sob fundamentação nas leis naturais, fundamentais, universais, permanentes, imutáveis pelos quais eram oriundos da natureza humana. E, dessa forma, o real absolutismo poderia entrar em combatência com base no divino direito.

8.2.5 Escola Histórica (princípios do século XIX)

Através do entendimento da escola em discussão, a qual imergiu no início do século XIX, o direito apresentava-se como produto histórico, fenômeno social cujo resultado viria não somente do arbite do legislador e sim de uma consciência popular.

Tal escola possuía como seus componentes, a saber: Frederico Carlos de Savigny (1779 – 1861), Gustavo Hugo (1764 – 1844), Puchta, Gans, Keller, entre outros.

8.2.6 Escola de Pandectas ou Romanistas (século XIX)

A tese deles baseava-se no discernimento de que as concepções modernas jurídicas deveriam ser adaptadas ao Direito Romano, tendo como defensores primários Windscheid, Ihering e Waechter no século XIX.

9 A RECEPÇÃO DO DIREITO ROMANO PELOS DIREITOS NACIONAIS

9.1 A RECEPÇÃO DO DIREITO ROMANO NO OCIDENTE

Há um entendimento de que há uma substituição do direito local pré-existente sob caráter definitivo, ou, por outro lado, como um direito suplementar com referência, em cada região somente a supressão das lacunas do direito em vigência.

É a admissão voluntária de partes essenciais ou principais de um ordenamento jurídico estranho (estrangeiro ou extinto) por um povo sem que este tenha sido dominado ou submetido por aquele povo a quem de alguma forma pertencer esse tal ordenamento jurídico (CRUZ apud ROLIM, 2008, p. 132).

Os estados nacionais vieram a surgir no Ocidente com um direito próprio a partir do século XIII, tendo em vista que eles eram detentores de cultura, literatura e língua próprias; partindo do princípio que tais direitos faziam referências aos usos e costumes de seu povo.

No que tange à coerência, solidez e objetividade dos seus princípios normas e preceitos deram início a comparação com direitos consuetudinários, uma vez que o Direito Romano, nessa época, já possuía conhecimento e estudos nas universidades de tamanha repercussão da Europa, cujo começo deu-se a partir da recepção pelos outros direitos nacionais paulatinamente. Já por outros países, a recepção do Direito em análise serviu como alicerce, como base e como uma “bíblia jurídica”, a qual serviu de auxílio ao direito local nacional com sua aplicação. Foi uma

fase de infiltração que, muitas vezes, durou três ou quatro séculos, do século XII ao XV, sucedendo-se em vários países o reconhecimento legal do jus commune – o direito romano tal como era ensinado nas universidades, como direito supletivo das leis e costumes; servindo para preencher as lacunas do direito em vigor” (GILISSEN apud ROLIM, 2008, p. 133).

Não ocorreu a diminuição da importância do Direito Romano com a publicação dos “códigos civis” e, sim, houve uma consagração.

Essa consagração é feita pelos dois melhores códigos civis da Europa: o “Francês”, de 1804, de quem Windscheid afirma – ‘é uma síntese admirável dum bom manual de Direito Romano’; e o Alemão, de 1900, de quem Gierke diz – ‘são as “Pondekten” de Windscheid transformadas em parágrafos’. Como é sabido, estes dois códigos vão depois influenciar os códigos de quase todo o mundo. Do código Francês receberam influência, dentre outros, o Código Italiano (de 1865), o Português (de 1867), o Romano (de 1869), o Egípcio (de 1875), o Espanhol (de 1889), e vários códigos das Américas do Sul e Central; o Código Alemão, o Código Suíço (de 1911), o Brasileiro (de 1916), o chinês (de 1929), o Grego (de 1940) etc.,

“conclusão”; desta maneira os princípios do “*Jus Romanum*”, direta ou indiretamente, em maior ou menor grau, informam todos ou quase todos os códigos da atualidade (CRUZ apud ROLIM, 2008, p. 133).

Não coube ao Direito Romano “clássico”, diga-se de passagem, receber a incumbência de atuar como direito supletivo nos países europeus; pelo contrário, foi cabível o “direito justinianeus” sob os comentários dos glosadores e pós-glosadores, que, por sua vez, encontravam-se contidos nos “*Corpus Juris Civilis*”. “A recepção efetuou-se principalmente através dos alunos que se tinham ‘formado’ (recebido formação jurídica) nas universidades de Bolonha e Perusa; e portanto ‘viam o direito com os olhos de seus mestres’” (CRUZ apud ROLIM, 2008, p. 133).

Sabe-se que a recepção do Direito em curso, veio acontecer com demora em alguns Estados, já para outros, demonstrou rapidez e profundidade não havendo um processo simultâneo. O que se pode observar é a influência de tal direito que não sucumbiu na região como um todo, mesmo defronte de as alterações pelas quais vieram ocorrer por toda Idade Média. Assim, a recepção deu-se em fins do século XI e início do século XII na Itália, no século XII na França e no século XIII em Portugal.

Esse tipo de recepção a tal Direito era para aqueles países cuja integração competia aos povos do Sacro Império Romano – Germânico, onde não vieram encontrar obstáculos também, tendo em vista que Irnério, diante de sua importância do seu cargo consultas do imperador do Sacro Império Romano, monge detentor da descoberta de um volume do “*Digesto*” e, por último, fundador da Escola dos Glosadores – fez o lançamento da ideia de que os sucessores dos imperadores romanos deveriam ser do Sacro Império. Com esse entendimento, caberia ao Direito Romano possuir a incumbência de nortear os destinos do referido Império.

Mais lentamente que nos outros países da Europa, aconteceu a assimilação do Direito Romano pela Alemanha, por volta dos séculos XVI e XVII, em que o direito nacional alemão, consuetudinário e não escrito fazia a vigilância total do território, existindo uma pequena margem de resistência para aceitar a influência do “direito comum” romano.

Houve ainda maior lentidão na busca da infiltração desse direito – como direito supletivo – nos países eslavos. Por outro lado, esse tipo de influência não foi aceita pela Inglaterra demonstrando uma resistência importante, que se pode verificar que o direito anglo-saxão não é escrito e sim consuetudinário calçado em reiteradas decisões judiciais. “O common law é um Judge – made law, um direito jurisprudencial, elaborado pelos Juizes reais e mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciários. Salvo na época da sua

formação, a lei não desempenha qualquer papel na sua evolução” (GILISSEN apud ROLIM, 2008, p. 135).

9.2 A RECEPÇÃO DO DIREITO ROMANO PELO DIREITO PORTUGUÊS

Com a conquista da Itália e da Península Ibérica, os visigodos não fizeram a retirada da aplicação desse direito nas regiões pelas quais vieram a ser conquistadas; tendo em vista que houve a continuidade da legislação romana para determinar os rumos daquele povo conquistado, diante do respeito da coerência, superioridade e racionalidade alcançada por ela.

A “Lex Romana Visigothorum (Lei Romana dos Visigodos) ou Breviário de Alarico” que faz parte dos cinco primeiros livros do Código Teodosiano, do Código Hermogeniano, extrato do Código Gregoriano e com vários pareceres de juristas romanos recebeu a promulgação do imperador Alarico II, por volta do ano 506. Essa lei proporcionou, naquela região, os princípios do Direito em questão com vigência de um lapso temporal mais de 150 anos, até séculos após do desaparecimento do Império dos Césares.

Com a invasão dos mouros à Península Ibérica com alcance até o sul da França, por volta da Era Cristã no ano 600, o direito apresentava-se com modificação por meio dos hábitos e costumes medievais do povo, em virtude da não existência mais dele, exacerbado na Lex anteriormente citada, uma vez que eles passaram a respeitar os costumes e o direito do povo pelo qual era conquistado. “Se o direito romano não desaparecera por completo, sofrera no decorrer daqueles séculos o alúvio dos direitos paralelos, oriundos estes mais das práticas costumeiras do que de disposições escritas” (LOBO et al, apud ROLIM, 2008, p. 136).

Com o surgimento do Estado autônomo e independente cuja denominação foi Portugal houve a permanência do direito que, subexistia no restante da Península Ibérica, ou seja, um direito rudimentar feudal somente com alguns princípios do Direito Romano que se encontrava ainda na lei visigótica em desaparecimento. A história portuguesa, nessa época, continha seu conhecimento jurídico voltado somente a uma culta elite restrita, sobretudo aos membros da Igreja detentores de cultura jurídica “baseada no conhecimento do código Visigótico, de formas notariais visigóticas, dos cânones conciliares hispânicos e das Etimologistas isidorianas e em tradições jurídicas comunitárias de influência visigótica e moçárabe” (GILISSEN, apud ROLIM, 2008, p. 136).

Quando se realizou a expulsão dos árabes do território lusitano através da guerra da reconquista, lá no século XIII, passou a existir uma nação independente e livre com denominação de Portugal, dando oportunidade para a transformação de um centro grande de

estudo do Direito em questão, graças a Escola dos Glosadores, sob o comando do monge Irnério. Com isso, houve um deslocamento da classe estudantil europeu inclusive de Portugal na busca de aprofundamentos de estudos, e, sobretudo, no âmbito do Digesto e das Instituídas; existindo também contratações de juristas glosadores e pós-Glosadores como “conselheiros”, mediante investimento da coroa portuguesa para formação jurídica daquela lusitana nação.

Por esse ângulo, em Portugal, iniciou-se um ressurgimento do Direito Romano com início de um direito somente que veio preencher as lacunas, se porventura existissem no direito tradicional, apresentando-se ainda como consuetudinário e não escrito. É de fácil notabilidade a influência dos princípios e preceitos de D. Diniz em seu reinado, principalmente nas escrituras, contratos e outros negócios na colônia portuguesa civil.

Apesar de já ter sido introduzido em época anterior, é entretanto, a partir de reinado de D. Diniz que o direito romano adquire notoriedade como fonte superior na formação do direito lusitano, particularmente em virtude da fundação da Universidade de Lisboa (1º de março de 1290), onde o direito de Justiniano passou a ser ensinado ao lado do direito canônico (COSTA, et al, apud ROLIM, 2008, p. 137).

Com a existência da cátedra específica de Direito Romano na Universidade de Coimbra, esse tipo de direito estabeleceu-se de forma lenta e gradual em um direito comum, com aplicação em terrenos portugueses.

À conclusão das Ordenações Afonsinas e com publicações delas em 1446, por mando do Rei Afonso V – sendo elas uma compilação do direito tradicional português em substituição dos florais antigos (cartas pelas quais concediam-se aos súditos portugueses foros, privilégios e isenções). Compunham-se de 05 (cinco) livros, onde estavam presentes normas, regras e leis existentes, como também interpretações dos glosadores de alguns trechos do direito canônico e do Direito Romano. Os juristas pertencentes às Escolas dos Glosadores e dos Pós-Glosadores interpretaram o Direito Romano, no qual houve o reconhecimento oficial de um direito subsidiário ao direito português. Deve-se ressaltar que as orientações do Digesto estavam presentes também em outras ordenações do reino, tais como: Ordenações Manoelinas (século XVI) e as Ordenações Filipinas (século XVIII).

Concomitantemente Direitos Romano e Canônico sofreram redução em suas influências, com o início do século XVIII, devido a expulsão dos jesuítas de terras portuguesas por meio do Marquês de Pombal. Em continuidade do direito, ser ele considerado subsidiário e subordinado, veio a “Lei da Boa Razão” com determinação de que sua aplicação

seria “apenas quando estivesse conforme com os princípios eternos do direito natural, com o espírito das leis nacionais e com as necessidades e circunstâncias do tempo” (IEBMAN apud ROLIM, 2008, p. 138).

A ideia de codificação do direito por meio do liberalismo acarretou uma série de códigos publicados em caráter sucessivo. “Sobrevém, então, sobretudo no domínio do direito privado, uma época positivista, voltada para a exegese ou para a construção dogmática – conceitual do direito” (GILISSEN apud ROLIM, 2008, p. 138).

9.3 A RECEPÇÃO DO DIREITO ROMANO PELO DIREITO BRASILEIRO

O direito que vigorava no Brasil era o português, desde o descobrimento até após a independência, pelo qual estava contido nas Ordenações do Reino, a saber: Afonsinas, Manoelinas e Filipinas.

É de suma importância evidenciar que as mesmas origens e características do direito português são peculiares ao ordenamento jurídico brasileiro, onde pode-se fazer a colocação de que as normas da “*Lex Romana Visigothorum* ou *Breviário de Alarico*” indiretamente vigoravam no Brasil, por meio das “Ordenações do Reino e que, por sinal, no período do Brasil – Colônia possuíram sua vigência reconhecida.

Então, torna-se fato que o direito civil brasileiro em seu conteúdo, por meio de suas classificações, métodos, ritos processuais e critérios são ostentados em romanas construções. Assim, pode-se falar que dos 1.807 artigos do Código Civil são oriundos do Direito Romano mais ou menos 1445, sobretudo, contido no Digesto.

Ao longo do tempo, o direito brasileiro seguiu o seu caminho com suas peculiaridades o que pode demonstrar suas diferenças, aos poucos, em relação ao direito português e dos outros europeus. Todavia, sua originalidade está pautada nos ensinamentos seculares do Digesto, compilado pelo imperador Justiniano, nos anos de 533 depois de Cristo.

10 DIREITO PENAL

As fases ou épocas da história penal apresentam-se com interpenetração contínua, onde esse direito tem como reflexo o estado social e as ideias que o caracterizam. Pode-se demonstrar as etapas da evolução da justiça punitiva da seguinte forma:

a) Primeira época. “*crimen*” é atentado contra os deuses. Pena, meio de aplacar a cólera divina; b) Segunda época. *Crimen* é agressão violenta de uma tribo contra outra. Pena, vingança de sangue de tribo a tribo; Terceira época. *Crimen* é transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado. Pena é reação do Estado contra a vontade individual oposta a sua. (JIMENEZ apud PRADO, 2004, p. 48).

A denominação de Direito Penal corresponde a um conjunto de normas jurídicas reunidas em que as condutas recebem proibição do Estado, sob ameaça de sanção penal, onde vai estabelecer os princípios gerais e pressupostos com a finalidade da aplicação das penas e das medidas de segurança.

Pode também designar o sistema de interpretação da legislação penal, ou seja, a Ciência do Direito Penal (SAFFARONI, 2004 apud MIRABETE, 2005, p. 21), conjunto de conhecimentos e princípios ordenados metodicamente, de modo que torne possível a elucidação do conteúdo das normas e dos institutos em que eles se agrupam, com vistas em sua aplicação aos casos ocorrentes, segundo critérios rigorosos da justiça (TOLEDO apud MIRABETE, 2005, p. 21).

A matéria referente ao crime e às suas consequências recebem as denominações, tradicionais de Direito Penal e criminal. O primeiro deles possui utilização vasta principalmente na Alemanha, Itália, Espanha, França, entre outros, muito embora a atuação do segundo seja ainda frequente. Para os brasileiros, tal denominação foi utilizável no Código Penal da República (1890), consolidação das Leis Penais (1936) e, por último, o Código Penal vigente (1940). É sabido que a Carta Magna, 1988, tem como referência a competência da União para legislar a respeito do direito penal (art. 22, I).

Já o Direito Criminal, embora seja mais abrangente em sua expressão, uma vez que se relaciona com o fato principal do fenômeno jurídico (crime) a sua utilização aqui será a denominação tradicional de Direito Penal de acordo com a legislação pátria.

Mesmo durante a evolução temporal no âmbito da modernidade do Direito Penal, muitas terminologias surgiram, como: Direito Repressivo, Principal de Criminologia, Direito de Defesa Social, Direito Sancionador, Direito Restaurador, Direito Protetor dos criminosos,

dentre outros. Entretanto, nem um deles recebeu algum apreço por doutrinadores, como também não acatou por alguma legislação contemporânea.

Um fato que venha ser contrário a norma do Direito, para ofender ou por em risco bem alheio ou até a sociedade, trata-se de um “ilícito jurídico” com prováveis duas consequências: a) civil, isto é, aquele que veio praticar somente um ilícito civil acarretar-lhe-á uma separação civil: aquele que, por acaso, viesse a proporcionar danos a terceiros terá obrigação de indenizá-lo; já um devedor que, porventura, não queira realizar o pagamento devido poderá incorrer na execução com a penhora dos bens, como também, em hasta pública, a venda de seu bem, responsabilizando-se com o ônus em detrimento do atraso (correção monetária, juros etc.) e ainda o cônjuge que vier a fazer abandono do lar poderá vir contrair uma separação ou a um divórcio.

Em virtude das sanções penais não puderem ser aplicadas de maneira arbitrária, a legislação penal possui o condor de definir tais fatos graves, que recebeu a denominação de ilícitos penais (crimes e contravenções). Dessa maneira, um indivíduo que venha realizar um simples homicídio receberá uma pena com lapso temporal de seis a vinte anos de reclusão, o inimputável que, porventura, pratique um ilícito penal submeter-se-á a medida de segurança, já o semi-imputável poderá submeter-se a uma pena ou a uma medida de segurança, dentre outras.

Sabe-se que o Direito Penal Público teve seu início com a Lei Valeria (509 a.C) (MOMMSEN apud PRADO, 2002, p. 50) e acerca da função da pena prevaleceu as orientações retributivas e intimidativas (CAVALO apud PRADO, 2002, p. 50).

É de grande valia ressaltar as características do Direito Penal Romano, a seguir: a) a afirmação do caráter público e social do direito Penal; b) o amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e de seus excludentes; c) o elemento subjetivo claramente diferenciado (MOMMSEN apud PRADO, 2002, p. 50); d) o desenvolvimento incompleto da teoria da tentativa; e) a falta de formulação expressa do princípio da legalidade e a falta de proibição da analogia; f) o reconhecimento das causas de justificação (legítima defesa e estado de necessidade); g) a pena entendida como uma reação pública, correspondendo ao Estado a sua aplicação; h) a distinção entre “*crimina publica*”, “*delicta privata*” e a “*previsão dos delicta extraordinária*”; i) a consideração do concurso de agentes, diferenciando a autoria e a “*ope com silio*” – cumplicidade (CAVALO et al, apud PRADO, 2002, p. 50).

Enfim, o direito romano contribuiu decididamente para a evolução do Direito Penal com a criação de princípios penais sobre o erro, culpa, imputabilidade, agravantes, atenuantes, legítima defesa, entre outros.

10.1.1 Direito Penal Germânico

Uma longa zona de ocupação dos germanos acontecia nos primórdios, tendo em vista que havia a extensão do leste do rio Reno ao norte do Danúbio até, hoje, a região conhecida por Rússia. Dividiam-se em forma de tribos ou série de povos, cada qual com sua forma peculiar – como visigodos, ostrogodos, álvaros, vândalos e borgúndios – com um ancestral comum, em razão da bravura escolhia-se um chefe para assumir a liderança de guerra. Constituíam-se por nobres, homens livres, semilivres e escravos as sociedades germânicas sob a eminência concepção religiosa de que o destino humano era determinado pelos deuses (o grande deus “Wotan” ou “Odin”, senhor das batalhas e dos mortos).

Esse direito continha uma base consuetudinário em que se desdobra em duas principais fases, a saber: o início da formação dos primeiros reinos (378) caracterizou a época germânica e a formação de um Estado unitário caracterizou a época francesa (481). Antigamente, a concepção germânica do Direito entendia-se como uma “ordem de paz” (pública ou privada) e o delito, ruptura, perda ou negação. Em caráter individual ou por meio do grupo familiar (“Sippe”), a reação acontecia quando a vítima ou os parentes recebiam o agressor para que viessem efetuar a vingança.

O referido direito é resultante das “*leges barbarorum*” (“*Lex salica*” – 500; “*Lex Romana Wisigotorum*” – 506 também denominada de Breviário de Alarico; “*Lex Romana Burgundiorum*” – 517; “*Lex Ruperia*” – séc. VI; “*Pactus*” – séc. VII; “*Lex Alamannoum*” – séc. VIII; “*Lex Baiuvariorum*” – séc. VIII).

À concepção dos reis francos acerca do Direito, ao longo da história, foram principiantes em reconhecer como era um costume popular com dedicação aos deuses e também uma vontade estatal. Diante disso, foram os primeiros a possuir uma política consciente criminal como repressão ao crime cuja caracterização deu-se por composição judicial em três principais espécies, a seguir: a) “Wergeld”: composição paga ao ofendido ou ao seu grupo familiar, a título de reparação pecuniária; b) “Busse”: soma (preço) o delinquente pagava a vítima ou à sua família pela compra do direito de vingança; e c) Friedgeld ou Fredus: pagamento ao chefe tribal, ao tribunal, ao soberano ou ao Estado, como preço da paz. Essa composição originou a multa e a indenização civil de caráter jurídico-

privado. Outro ponto importante característico dá-se com o elemento objetivo, isto é, o resultado causado. Entende-se que é objetiva a responsabilidade penal a respeito do evento ou pela causação material, o fato que vai importar é o efeito danoso da ação; a respeito da pena se, por acaso, o resultado dá-se voluntário ou não, ou ainda por caso fortuito, ela não irá sofrer nenhuma oscilação. Assim, tem-se a máxima: “o fato julga o homem”.

10.1.2 Direito Penal dos hebreus

Com a evolução do Direito Penal da população hebraica com o “Talmud”, depois da etapa da Legislação Mosaica, iniciou-se a substituição da pena de talião por multa prisão e imposição de gravames físicos – o que colaborou com a extinção da pena de morte quase em sua totalidade, e, em seu lugar, aplicou-se a prisão perpétua sem trabalhos forçados.

A classificação dos crimes deu-se sob duas espécies, isto é: delitos contra a divindade e crimes contra o semelhante. O Talmud assumiu o papel de suavizar a lei mosaica com seus rigores, em que se estabelecia garantias até rudimentares em favor do réu, contra os perigos da denunciação caluniosa e do falso testemunho, sendo que a palavra das testemunhas assumia importância excepcional na busca da verdade (SILVA apud MIRABETE, 2005, p. 37).

10.1.3 Direito Penal Canônico

O ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana é o direito em análise. Este é originário do Corpus Juris Canonici cujo resultado é do “Decretum Gratiani (1140), de Gregório IX (1234), de Bonifácio VIII (1298) e pelas Clementinas, de Clemente V (1313). Existia ainda outra fonte canônica denominada os “Libri poenitentiales”. Em um pretérito bem remoto, houve a promulgação do novo Código de Direito Canônico, através do Papa João Paulo II, em 25/01/1983.

O cristianismo exerceu uma influência importante e extensa na legislação penal, dando início por meio da proclamação da liberdade de culto, através de Constantino (313) – imperador romano – quando houve a declaração do cristianismo pelo imperador Teodósio I, como sendo a religião única do Estado, acentuando a partir de 379. A Igreja continua com sua superioridade no campo religioso como também independente, muito embora permanecesse com única religião ao Estado.

A lei penal da Igreja Católica contribuiu com extrema relevância em dois aspectos – em primeiro lugar, favoreceu a penetração na vida social do ocidente definitivamente através

das tradições jurídicas e, por último, contribuiu para civilizar as práticas germânicas brutais, chegando ao ponto de adaptá-las à vida pública.

Classificavam-se os delitos em: a) *delicta ecclesiastica* – ofendiam o direito divino, eram da competência dos tribunais eclesiásticos e punidos com as “*poenitentiae*”; b) “*delicta mere secularia*” – lesionavam a ordem jurídica laica, eram julgados pelos tribunais do Estado e punidos com penas comuns, eventualmente sofrendo punição eclesiástica com as “*poenae medicinales*”; e c) “*delicta mixta*” – violavam as duas ordens (religiosa e laica) e eram julgados pelo tribunal que primeiro deles tivesse conhecimento. Pela Igreja eram punidos com as “*poene vindictivae*”.

As características do Direito Penal canônico, dentre as inúmeras existentes, podem-se elencar: a) contribuiu para a humanização das penas e para fortalecer o caráter público do Direito Penal, com destaque para duas instituições: a trégua de Deus e o direito de asilo. O limite real e definitivo desse direito foi dado pela vingança privada; afirmação do princípio da igualdade de todos os homens perante Deus; b) Houve uma distinção do dolo e da culpa por meio da acentuação do aspecto subjetivo do delito; c) a pena pública, de certa forma, aconteceu a valorização e a mitigação e d) inspirou a penitenciária, ou seja, internação em prisão celular, em monastério.

10.1.4 Direito medieval

O Direito Penal, à época medieval, possuía a finalidade de intimidar com execução de penas as mais cruéis possíveis, como, por exemplo, fogueira, afogamento, soterramento, enforcamento, entre outros. As sanções penais, por venturas aplicadas, não apresentavam caráter de igualdade, tendo em vista que sua variação dependia da política e condição do réu.

As mais comuns eram o confisco, mutilação, açoites, tortura e penas infamantes.

O Direito em análise, em seu caráter público, apresenta-se sob forma de exclusividade, uma vez que seu exercício de atuação é em defesa do Estado e da religião.

10.1.5 Direito penal comum

O direito em curso tem como resultante a fusão de alguns direitos, a saber: romano, germânico, canônico e nacionais, sobretudo com um destaque maior para o primeiro, através dos patrícios depois do século XX. Os estudos do Direito romano contiveram a primazia

maior em proporcionar a restauração do sentimento do Direito, da dignidade e da importância, com o objetivo de prevalecer a ordem e o progresso social na Europa.

O trabalho dos juristas foi bastante relevante à época, haja vista que faziam comentários dos textos romanos à luz do Direito canônico e do Direito local ou estatutário. Com berço na Itália, surgem, de imediato, as escolas dos glosadores (1100-1250) e dos pós-glosadores (1250-1450) com o primeiro, Irnério, fundador da escola dos glosadores; Azo, autor de “Summa codicis”; Accursio, autor da compilação, “Magna glossa” – autores das iniciais obras do direito Penal. Quanto aos pós-glosadores, destacam-se Alberto Gaudino, autor de “Tractatus de maleficiis”, Jacob de Belvisio, autor de Practica criminalis, entre outros, com maior preocupação de Direito comum.

O início de uma legislação na Espanha tem como marco a “Lex Visigotorum” (Fuerzo Juzgo), concluída por Recesvinto (649-672). Tem-se como exemplos, a seguir: primeiro: “Fuero Municipal” sob escrito e outorgado por Sandro Ramirez com denominação do Fuero de Jaca (1063); “Fuero de Catalayud” (1131), Afonso I; Fuero Real (1255) e as Siete Partidas (1256) escritos por Alfonso X; “Fuero Viejo de Castilla” (séc. XIV); a Nueva Recopilación (1568); e a “Novíssima Recopilación” (1805).

Há de se reconhecer que, aquela época, a caracterização da legislação penal realizava-se por meio de execução de penas de tamanha crueldade – aflitivas e corporais quase em totalidade – cuja finalidade era com base de intimidar e vingar somente. Com esse entendimento, aprecia-se um Direito recheado de privilégios, desigualdades, caótico e heterogêneo.

10.1.6 Período Humanitário Movimento Codificador

Esse período iniciou no decorrer do Iluminismo com a missão de realizar a reforma da administração da justiça penal e das leis, por volta do final do século XVIII. Nesse ínterim, o homem moderno recebe a informação acerca da problemática penal como problema filosófico e jurídico que é. Os temas a respeito da ciência nova pela qual se desenvolve são os do fundamento do direito de punir e da legitimidade das penas. (NUVOLONE apud MIRABETTE, 2005, p. 38). Um fundamento novo foi proposto à justiça penal pelo filósofo Beccaria sob inspiração da concepção do Contrato Social de Rosseau: um fim utilitário e político que deve sempre ser limitado pela lei moral. Os básicos princípios defendidos pelo importante filósofo contribuíram para firmar os postulados do Direito Penal moderno e que, por sua vez, muitos receberam adoção através da Declaração dos Direitos do Homem, da

Revolução Francesa, isto é: 1) Os cidadãos, por viverem em sociedade, cedem apenas uma parcela de sua liberdade e direitos. Por essa razão, não se podem aplicar penas que atinjam direitos não cedidos, como acontece nos casos da pena de morte e das sanções cruéis; 2) Só as leis podem fixar as penas, não se permitindo ao juiz interpretá-las ou aplicar sanções arbitrariamente; 3) As leis devem ser conhecidas pelo povo, redigidas com clareza para que possam ser compreendidas e obedecidos por todos os cidadãos; 4) A prisão preventiva somente se justifica diante de prova da existência do crime e de sua autoria; 5) Devem ser admitidas em juízo todas as provas, inclusive a palavra dos condenados (mortos civis); não se justificam as penas de confisco, que atingem os herdeiros do condenado, e os informantes, que recaem sobre toda a família do criminoso; Não se deve permitir o testemunho secreto, a tortura para o interrogatório e os juízes de Deus, que não levam a descoberta da verdade; 8) A pena deve ser utilizada como profilaxia social, não só para intimidar o cidadão, mas também para recuperar o delinquente.

11 ESCOLAS E TENDÊNCIAS PENAIS

11.1 ESCOLA CLÁSSICA

As obras de vários autores pelas quais foram escritas, no século XIX em primeira metade, continham as ideias fundamentadas do Iluminismo por Beccaria, reunidas sob a denominação de Escola Clássica (cunho liberal e humanitário) – denominação pejorativa dada pelos positivistas; entretanto serve para, hoje, conseguir reunir os doutrinadores dessa época. Essa escola tem origem na filosofia grega antiga, uma vez que possuía sustentação que o Direito era afirmação da justiça no contratualismo e, sobretudo, no jusnaturalismo. Os sistemas contratual e natural estão acordes na necessidade de considerar o Direito Penal não tanto em função do Estado, quanto em função do indivíduo, que deve ser garantido contra toda intervenção estatal não predisposta pela lei e, conseqüentemente, contra toda limitação arbitrária da liberdade, exigência que hoje dispensa maiores comentários e explicações, mas que se apresenta como uma conquista capital em relação ao Estado até então dominante (BETTOL apud PRADO, 2002, p. 61).

As linhas basilares desse sistema coube a Beccaria traçá-las, embora, algum tempo, houve a retomada e o desenvolvimento por Fenerbach, Bentham, Filangieri e Lardizabal. Em virtude de algumas peculiaridades da concepção neoclássica no que diz respeito, por exemplo, o ser livre geralmente do homem, todavia, em algum momento, pode não ser mais livre devido a existência de fatos espontâneos, instintivos e atos impulsivos. A vontade do homem depende de alguns fatores, como: saúde e estado patológico. No que tange à sanção penal, esta tem o cunho medieval canônico de ser útil, merecida e concorda com a possibilidade da escola penitenciária com o objetivo da ressocialização do condenado e melhoria do encarceramento.

Essa escola tem como postulados basilares, ou seja: a) o Direito tem uma natureza transcendente, segue a ordem imutável da lei natural, tendo em vista que ele é congênito ao homem, devido a doação à humanidade por Deus para que lhes desse oportunidade de cumprir suas obrigações na vida terrestre. O Direito é a liberdade – assim a ciência criminal possui como finalidade retirar o homem da tirania dos outros, como também ajudá-lo a extirpar a sua tirania e suas paixões; b) o delito é um ente jurídico, já que constitui a violação de um direito – diz-se: o delito é definido como infração nada mais é que a relação de contradição entre o fato humano e a lei; c) a responsabilidade penal é ladeada pela imputabilidade moral e no livre arbítrio humano; d) a pena é vista como meio de tutela jurídica e retribuição da culpa

moral comprovada pelo crime. O fim primeiro da pena é o restabelecimento da ordem externa na sociedade, alterada pelo delito. Em consequência, a sanção penal deve ser aflagante, exemplar, pública, certa proporcional ao crime, célere e justa; e) o método utilizado é o dedutivo ou lógico-abstrato; f) o delinquente é um homem normal, em regra, que se sente livre para optar entre o bem e o mal, e preferiu o último; g) os objetos de estudo do Direito Penal são o delito, a pena e o processo (CARRARA apud PRADO, 2002, p. 62). Conforme ainda a interpretação daquele, são necessários alguns requisitos para que se possa atribuir a prática de um delito a uma determinada pessoa, ou seja: imputabilidade moral (o homem pode proporcionar causa material e moral ao delito); imputável ao agente mediante a feitura de uma conduta que não é aprovada; danosidade social e legalidade penal.

11.2 ESCOLA POSITIVA

O seu nascimento advém do florescimento dos estudos biológicos e sociológicos, sendo, produto do naturalismo com influência da doutrina evolucionista (Darwin, Lamarck); materialista (Buchner...); sociológica (Comte, Spencer...), fisionômica (Lavates), entre outros.

Apresenta-se com três fases de orientação positivista, contendo cada uma sua peculiaridade – a) fase antropológica: representada por César Lombroso. Seus ensinamentos pregava que o homem não é livre, mas com determinação de forças inatas, o estudo da criminalidade e a teoria do criminoso realizado pelo método experimental. Uma parcela de portadores de algumas anomalias anatômicas, fisiológicas e psicológicas receberam a denominação de criminosos natos, tornando-os assim inaptos à vida social. Esses criminosos receberam uma classificação de Lombroso a seguir: natos por paixão, loucos e de ocasião; b) fase sociológica discutia a tese acerca da negação do livre-arbítrio (determinismo biológico-social); a responsabilidade social, a teoria dos substitutivos penais e a classificação dos delinquentes em natos, loucos, ocasionais, habituais e passionais, c) fase jurídica cuja sistematização é defendida por Garafola, exacerba o estabelecimento da periculosidade; a noção de delito – obstáculo, de caráter – preventivo; e a definição de delito natural. As categorias apresentam também seus autores de infrações penais: assassinos, violentos, ímprobos e cínicos.

Pode-se enumerar como pontos precípuos da escola em tela, isto é: a) o Direito Penal é um produto social, obra humana; b) a responsabilidade social deriva do determinismo (vida em sociedade); o delito é um fenômeno natural e social (fatores físicos e sociais); d) a pena é

um meio de defesa social com função preventiva; e) o método é o indutivo ou experimental; e f) os objetos de estudo do direito Penal são o crime, o delinquente, a pena e o processo.

Não se pode deixar de citar a repercussão da escola positivista no que diz respeito às suas contribuições, a saber: a) a realização de experiências e a descoberta de novos fatos com ampliação do conteúdo do Direito; b) o nascimento da criminologia como uma ciência causal-explicativa; c) preocupações acerca do delinquente e da vítima; d) uma individualização das penas melhor (legal, judicial, e executiva); e) o conceito de periculosidade; f) o desenvolvimento de institutos, como a medida de segurança, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional e o tratamento tutelar ou assistencial do menor.

Fioretti, Lacassague, Laurent, Gavazzi, dentre outros, defendiam essa escola. No que tange aos brasileiros, conseguiram sobressair-se Pedro Lessa, Sílvio Romero, Viveiros de Castro, Artur Orlando, Tobias Barreto, Vieira de Araújo e Cândido Motta, detentor de autoria da obra *Classificação dos Criminosos*, sendo a mais perfeita do assunto na análise de Lombroso.

11.3 ESCOLA CRÍTICA

Recebeu também a denominação de escola crítica ou eclética com características bem definidas dessa corrente: a) a responsabilidade penal tem por base a imputabilidade moral, definindo o imputável aquele indivíduo que é capaz de se deixar pelos motivos; por outro lado, aqueles que não possuem a referida capacidade, aplica-se medida de segurança; b) o delito é contemplado no aspecto real – fenômeno social e natural; a pena ocupa uma função de preservadora ou defensiva da sociedade.

Dentre aqueles que mais se destacaram na escola em curso, pode-se citar Manuel Carnevale, Bernardino Alimenta, João B. Impallomeni, Adolfo Mertel, entre outros.

11.4 ESCOLA MODERNA ALEMÃ

Em que pese no positivismo crítico tem-se a escola sociológica alemã ou escola de política criminal, cujos defensores chamam-se Fran Von Liszt (o maior político – criminólogo alemão), Adolphe, Prins, Gerard Van Hamel e Karl Stoos. Sua função notória é acerca da conciliação e ordenadora, resultando em uma direção de política criminal. O seu ponto inicial é a neutralização entre livre-arbítrio e determinismo, com pena de imposição sob caráter intimidativo aqueles, que, porventura, caracterizem-se como delinquentes normais; enquanto

para os de caráter perigoso (anormal e reincidente) aplicar-se-ão medidas de segurança com a finalidade de prevalecer a ordem social no seu âmbito de justiça.

É de suma relevância a nova roupagem de estrutura complexa dada a ciência do Direito Penal, por intermédio de Von, Liszt, resultante da fusão de outras disciplinas jurídicas e criminológicas heterogêneas – dogmática, criminologia, política criminal: a *Gesamte Strafrechts Wissenschaft* (ciência total do Direito Penal). Essa escola para conhecê-la teria que possuir formação penalista no âmbito jurídico e criminalístico; o delito e a pena deveriam receber entendimento como criminológico, penológico e de pesquisa histórica a respeito da delinquência e dos sistemas penais em desenvolvimento; e, por fim, a elaboração de uma política criminal, faz-se necessário a busca da crítica e reforma da legislação penal, como sistema de princípios em bases experimentais.

Encontra-se no limite da lei penal, a política criminal, em que o *princípio da legalidade* atua como uma defesa social. Dessa forma, resultam as afirmações clássicas: “o Código Penal é a Magna Carta do delinquente” e o Direito Penal é a insuperável barreira da política criminal” (PRADO, 2008, p. 66).

Pode-se assim afirmar as características elencadas dessa escola: a) distinção entre o direito Penal e as demais ciências criminais – criminologia; b) o método-lógico-abstrato para o Direito Penal e o método indutivo – experimental para as ciências criminais; c) o delito como um fenômeno humano-social e fato jurídico; d) a imputabilidade e a periculosidade; e) a pena e a medida de segurança como um duplo meio de luta contra o delito; f) o caráter defensivo da pena conforme a personalidade do delinquente (pena finalística ou pena de fim – *Zweck-strafe*) estão presentes a prevenção geral e a prevenção especial (intimidação/adaptação artificial), sobretudo com prevalência da última; g) a sugestão de que as penas privativas de liberdade de curta duração devem ser eliminadas ou substituídas; e h) o desenvolvimento da política criminal (PRADO, 2008, p. 66).

Coube aos doutrinadores, comentados anteriormente, fundarem a União Internacional de Direito Penal, tendo como sucessora a Associação Internacional de Direito Penal, por volta de 1888, cujo objetivo era promover estudos científicos através de congressos e seminários acerca de temas de interesses das ciências penais.

11.5 ESCOLA PENAL HUMANISTA

No início do século XX, há a publicação da obra *L'umanesimo e Diritto Penale* pelo discípulo de Carnevale e Impallomeni – Vicente Lanza – com as bases do pensamento humanista.

O direito possui caráter ético elevado e se confunde praticamente com a moral na acepção dessa doutrina. Qualquer fato que, porventura, possa violar os sentimentos morais do homem trata-se assim da conceituação do delito – uma vez que a lesão do sentimento moral é dada por meio de um crime. Os sentimentos, por sua vez, vêm a se substituir através das ideias, da razão, tendo em vista que a conduta humana direcionar-se-á somente na orientação do sentimento, ou seja, sentimento e paixão são a lei do espírito humano.

Nessa linha de raciocínio, os atos que viessem a ser praticados em estado de necessidade, a legítima defesa ou o suicídio receberiam como consequência punição como expressões de violência, de egoísmo e de vingança. Assim, a pena estabelecia uma medida educativa por meio da *scuola penale umanista*, tendo como fundador Afora Lanza e Pappalardo, Trojano, Falchi e Hontalbano como outros simpatizantes.

11.6 ESCOLA TÉCNICO-JURÍDICA

Os aspectos antropológicos e sociológicos do delito resultaram em um estado de crise, e em seguida, uma reação. Em resposta a uma confusão metodológica gerada pela escola positivista nasceu o *tecnicismo jurídico-penal*.

Em virtude de não poder ser confundida com outras ciências causal – explicativas ou políticas – tem-se como autônoma, objeto, método e fins próprios a ciência penal. O objeto dessa ciência é acerca somente do ordenamento jurídico positivo com a utilização do método por 03 (três) partes, isto é: exegese, dogmática e crítica (método técnico-jurídico). Sabe-se que o estudo da disciplina jurídica do fato humano e social denominado delito e do fato social e político chamado pena é feita pela ciência do Direito Penal. Consiste sua função na elaboração técnico-jurídica do Direito positivo e vigente, no seu conhecimento científico e não empírico (PRADO, 2008, p. 68).

Os principais caracteres da escola supracitada são: a) o delito é relação jurídica, de conteúdo individual e social; b) a pena é uma reação e uma consequência do crime (PESSAGNO et al, apud PRADO, 2008, p. 68) com função preventiva geral e especial aplicáveis aos imputáveis; c) medida de segurança com aplicação aos inimputáveis

(preventiva); d) responsabilidade é moral (vontade livre); e) método utilizado é técnico-jurídico; e e) refuta o emprego da filosofia no campo penal.

Enumeram-se alguns seguidores dessa corrente, tais como: Rocco, Massari, Manzini, Cicala, entre outros, com originalidade em Binding (Alemanha).

11.7 ESCOLA CORRECCIONALISTA

Ao ínterim da publicação da obra *Comentatio an poena malum esse debeat*, de Carlos David Augusto Roder surge a escola penal correccionalista com base na filosofia Krausista, na Alemanha, em 1839, seguida por Ahrens no campo jusfilosófico. Contudo, veio propriamente florescer na Espanha por meio do influxo de Sanz del Rio, originando o correccionalismo espanhol, com nomes importantes, tais como: Giner de los Rios, Romero y Girón, concepción Arenal Rafael Salilas, Pedro Dorado Montero (*El derecho protector de los criminales*), entre outros. Estes últimos apresentaram um posicionamento correccionalista-positivista.

Uma doutrina cristã de fundo ético-panteísta apresentou-se através do correccionalismo, portando como parâmetro o direito natural e a moral. A filosofia krausista pura estabelecia a pena como um bem e o delinquente possuía total acesso a ela, ao tratamento adequado.

O delinquente, na concepção dessa teoria, apresenta-se como um incapaz para o direito e a pena como um meio para o bem, ou seja, o criminoso é um ser limitado por uma anomalia de vontade; o delito e o seu sintoma mais evidente e a sanção penal um bem (PRADO, 2006, p. 9).

A assistência às pessoas necessitadas de auxílio é cabível a função ao Estado. Assim, a atuação do órgão público deve acontecer de dois modos, isto é: a) a liberdade individual ser restrita; b) a vontade defectível em correção. A punição do delito não é importante, entretanto a cura ou emenda do delinquente sim. O saneamento social (higiene e profilaxia social) deve ser um objetivo da administração, como também um médico social entendível por um Juiz.

A escola em curso tem como característica principal o fim único da pena: correção ou emenda. Dessa forma, tem-se que: a) pena idônea é a privação de liberdade; b) a pena deve ser indeterminada; c) arbítrio judicial deve ser ampliado no que se refere à individualização da pena; d) a função penal deve ser vista como preventiva e de tutela social; e e) a responsabilidade penal deve ser entendida como responsabilidade coletiva, solidária e difusa (CEREZO et al, apud PRADO, 2006, p. 69).

11.8 MOVIMENTO DE DEFESA SOCIAL

Somente, por volta do século XX, surgiu a primeira teoria de defesa social, graças a Adolph Prins (*A defesa social e as transformações do Direito Penal*) com sua primeira sistematização. Houve, em 1945, na Itália, a fundação do Centro Internacional de Estudos de Defesa Social por Felipe Gramátia, cujo objetivo era renovar os meios de combate à criminalidade.

Com o desenvolvimento das ideias defensivas, posteriormente, destacam-se duas direções, isto é, a de Felipe exacerba que o direito de defesa social viria em substituição do Direito Penal cuja finalidade era adaptar “o indivíduo à ordem social e não à sanção de seus atos” (ANCE apud PRADO, 2006, p. 70). O objetivo principal é uma retirada radical dos conceitos de pena, responsabilidade e crime. Assim, a anti-sociabilidade é proposta em lugar da responsabilidade penal; o índice anti-sociabilidade, por vez, no lugar da infração. Com destaque à desjuridicização, Maré Ancel faz a publicação da famosa *Defense sociale nouvelle*, em 1954, sob a denominação dele como “uma doutrina humanista de proteção social contra o crime”.

Essa corrente possuía como básico fundamento a defesa social pela adaptação/ressocialização do delinquente, mas não por sua neutralização, em que se pode perceber que a defesa social é contra o crime como também na ressocialização do delinquente. Nesse aspecto, percebe-se que a política criminal tem como fundamento a responsabilidade individual, com inserção no processo de ressocialização social.

Torna-se perceptível que é de caráter científico o movimento político-criminal com suas bases, a saber: a) uma contestação do sistema existente se necessário e um exame crítico; b) apelo às ciências humanas para realizar uma aproximação pluridisciplinar do problema criminal, e c) vocação humanista que orienta a reação social no sentido de proteção do ser humano e de garantia dos direitos do homem (ANCEL apud PRADO, 2006, p. 71).

Ainda pode-se elencar alguns princípios fundamentais do movimento defensivo, a seguir: “1. A luta contra a criminalidade deve ser reconhecida como uma das tarefas mais importantes que incumbem a sociedade; 2. Nessa luta, a sociedade deve recorrer a meios de ação diversos – pré-delitivos e pós-delitivos. Para diminuir a criminalidade a sociedade pode fazer uso de meios do direito criminal; 3) Para proteger a sociedade contra os criminosos e também membros contra o risco de cárem na criminalidade os meios de ação empregadas devem possuir um objetivo principal para utilizar os meios de ação. E com isso a sociedade possa estabelecer que se trata de uma “defesa social”. 4) O movimento de defesa social

entende que os aspectos da organização social os direitos da pessoa humana devem tentar assegurar a proteção do grupo por meio da proteção de seus membros. A explicitação necessária no *Addendum*, 1984, verifica-se as 03 (três) básicas exigências, a seguir: a) exame crítico do sistema existente; b) recurso sistemático a todas as ciências humanas, com vistas a uma aproximação pluridisciplinar do fenômeno criminal; c) finalidade de proteção significando, de um lado, uma reação contra o sistema puramente punitivo-repressivo da repressão clássica, e, de outro lado, visando a assegurar o respeito e a garantia dos direitos do homem e da dignidade da pessoa humana (ANCEL apud PRADO, 2006, p. 72).

Dessa forma, há de convir que a proteção da sociedade e de seus membros contra a criminalidade torna-se a primazia maior do Direito Penal, isto é, a mobilidade, o dinamismo, a universalidade são os caracteres nucleares da tendência da defesa social nova. Nesse aspecto, porta como seus seguidores, os seguintes: Herzog, Graven, Novalone, Germain, Araújo Júnior, dentre outros.

12 EVOLUÇÃO EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO PENAL: FASES PRINCIPAIS

12.1 POSITIVISMO

O movimento positivista científico caracterizou-se por rejeitar qualquer imposição *metafísica* na ciência (*negativismo*) no final do século XIX com restrição aos fatos e às leis considerados empíricos rigorosamente. Assim, a pesquisa reduz-se à pesquisa das causas *eficientes* como causas e efeitos (fatos), das quais se extraem as leis.

Nessa contextualização surge o *cientismo* que vislumbrava solucionar todos os problemas do indivíduo e da sociedade através da ciência não pelo conhecimento, mas por meio do saber da salvação. Essa corrente destacou alguns pontos característicos, como: as ciências *par excellence* – ciências da natureza (matemática, física, química, biologia...), uma vez que poderia obter-se verdadeiros resultados e válidos universalmente. O tema da época era o progresso científico.

O *cientismo* no âmbito positivo possuía a certeza de que, por meio das ciências físico matemáticas, todas as questões poderiam ser absorvidas progressivamente dando a sociedade, a reorganização por meio da ciência com ordem e progresso.

Com base na observação, na experimentação e na formulação das leis, o método *positivo* faz-se indispensável nas ciências com extensão a todos os domínios. O positivo, que tem validade de pensar, somente existe um modo de pensar. Assim, os devem vir a se tornar sociólogos, tendo em vista que o Direito desenvolve-se seguindo as leis por ele determináveis.

Em virtude de verificar que diz respeito a uma atitude mental cuja primazia é um *método* de observação e de análise do Direito, encontra-se na ciência a objetividade de privilegiar a pesquisa e a explicação em seu desenvolvimento.

Destarte, pode-se culminar o ponto central dessa concepção que é a *causalidade*, ou seja, deduzir o efeito de ordem objetivo e mecânico puramente, haja vista ser fruto do positivismo mecânico; apresentando-se como descritivo e explicativo o sistema positivista, sendo necessário para o governo e a explicação do universo o princípio da causalidade. Desta feita, subordinam-se às leis da natureza todas as ações e omissões humanas de maneira geral, por conhecimento da observação e da experimentação.

12.2 NEOKANTISMO

Trata-se de uma corrente filosófica que superou o positivismo, a partir de 1860, com início na Alemanha, com reação muito forte contra o pensamento positivista, em contrapartida estabelecia o lema da volta à metafísica. Surgem, nessa época, dois movimentos filosóficos, isto é: o historicismo e o neokantismo. Enquanto o primeiro tenta diferenciar as ciências naturais e espirituais, com base em seu objetivo, o segundo faz a distinção entre elas por seu método originando duas tendências, com tamanha repercussão no campo justilosófico e jurídico penal, a saber: Escola de Marburgo e a Escola de Barden ou Subocidental alemã (Windelband, Rickert, Lash, Maayer, Radbruch, Saner).

A Escola de Marburgo alcançou seu apogeu nos defensores: Hermann Cohen e Rudolf Stammler com uma orientação de logicista. Houve uma discussão acerca da relação entre a ciência jurídica e a ética nas ciências do espírito, posta por Cohen. Por outro lado, Stammler, sob o estigma – fundador da moderna Filosofia do Direito – defendeu o sistema de formas puras pelas quais envolvem as noções jurídicas, devendo fazer o uso do método crítico, originário do neokantismo, em que há o estabelecimento da separação entre forma pura de pensamento e matéria.

Stammler ainda contribuiu sob dois relevantes pontos com suas ideias, a seguir: o primeiro referente à ciência jurídica em seu aspecto de autonomia, frente à ciência natural em que vai receber direção da causalidade; o segundo reporta-se quanto à essência do jurídico residir em “dirigir e ordenar a massa de fins possíveis, sempre limitados e muitas vezes entre si contraditórios, que se apresentam em uma dada situação, conforme um *critério superior*, que é a *idéia de Direito*” (LARENZ apud PRATO, 2006, p. 77). Dessa forma, tornou sua obra bem mais extensa e de vital importância.

Já para a Escola de Barden exacerba que o Direito como ciência em sua peculiaridade faz menção a valores os quais têm alguns fins (tendo em vista que o Direito é uma realidade cultural, ou seja, com base nos valores). O Direito pode ser injusto (*summum jus summa injuria*) e o conteúdo não deixa de ser direito, na medida em que seu “sentido” vem a ser precisamente este: o de realizar o justo (RADRUCH apud PRADO, 2006, p. 77).

12.3 FINALISMO

Essa concepção apresentou-se imbuída de realizar a atividade em que o neokantismo não realizou, ou seja, superar o positivismo. Contém na obra *Fundamentos da Psicologia do*

Pensamento, do filósofo, Richard Hönigs Wald, a origem desse movimento, em que realizou uma síntese de ordem/ontognoseológica, fenomenológica e axiológica.

É perceptível que a diretriz finalista efetivou uma substituição de uma consideração *ontológica (e valorativa)* dos problemas em reprovação do positivismo formalista (lógico-abstrato) e o realismo axiológico. Cabe, aqui, ressaltar que para evitar termináveis confusões a respeito da concepção finalística, tal doutrina não é pura e unicamente ontológica, visto que se refere ao aspecto *axiológico*, normativo, mesmo que de forma mais tímida.

Seu elemento basilar, é certo, como preconizador maior está referendado em um *valor*, isto é, insere um fundamental valor do respeito à dignidade humana, como um princípio de Justiça ao Direito intangível e imponderável. No que tange ao ser humano como pessoa, capacidade de agir – dotado de responsabilidade e poder de ir e vir – tem-se a necessidade de vincular o Direito ao conceito finalista de ação “as normas podem mandar ou proibir uma conduta final” (WELZEL apud PRADO, 2006, p. 80-82).

12.4 NORMATISMO

É perceptível que existe, na atualidade, certo recrudescimento do *normativismo*, cujo fundamento epistemológico é o pensamento hegeliano, e, sobretudo, neokantismo, mesmo que seu desenvolvimento fosse tardio. Sabe-se que manifestação nesse sentido já existia: “contrariamente a certas tendências da teoria final da ação em sua versão mais recente, (...) a peculiar pretensão da atual situação da dogmática reside no encontro de uma síntese entre os novos impulsos devidos ao finalismo...” (GALLAS apud PRADO, 2006, p. 84).

Dois movimentos, de certo, marcaram essa tendência, isto é: o primeiro na busca de permear o sistema jurídico-penal de aspectos teleológicos e axiológicos (normativismo funcional teleológico) caracterizando-se pelo caráter moderado; já o outro, tenta a renormativização total do sistema penal em bases sistêmicas (normativismo funcional sistêmico). Está no ponto de partida da renormativização do sistema e suas categorias e no grau de absolutização do fator metodológico funcionalista à distinção de ambos.

Entretanto, a principal diferença está nas referências funcionais, em virtude dos conteúdos assinalarem-se aos conceitos. E ainda a preocupação com os fins do Direito dar-se-á com o primeiro; por outro lado, somente com os fins da pena coube ao segundo.

13 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

Resume-se em 03 (três) fases principais a evolução histórica do pensamento jurídico-penal, a saber: período colonial, Código Criminal do Império e período republicano.

13.1 PERÍODO COLONIAL

As terras brasileiras foram povoadas pelos autóctones, na época pré-colonial, em que seu estado de vivência era rudimentar, atrasado e evolução pequena. A característica da vida baseava-se em ser nômade, com uma economia de subsistência imediata, não possuindo a capacidade de domar animais. As regras consuetudinárias (tabus) possuíam sua existência comuns ao convívio social mínimo com transmissão verbalmente e recheada de misticismo.

Antes do domínio português, na sociedade primitiva existente no Brasil, reinava a vingança privada, sem parâmetro qualquer de reação contra as ofensivas condutas mesmo que empiricamente a composição e a expulsão da tribo – com acordo entre famílias e também indenização. Acerca das formas punitivas, mesmo sem a presença da tortura existia predominância das corporais.

Houve uma imposição total das leis na metrópole, não dando oportunidade de influência nas práticas punitivas das tribos selvagens pelas quais habitavam o país, como também nem depois sobre a legislação penal vigente. Em vigor na colônia, o Direito já se encontrava feito, necessitando apenas sua aplicação sendo o capítulo de Direito português na América, cuja denominação de “bifurcação brasileira”, isto é, o transporte do legado jurídico-político lusitano para o âmbito nacional.

Nesse ínterim é cabível um registro, ou seja: por mais paradoxal que pareça, a história do direito brasileiro é muito mais antiga do que história do Brasil. Se esta começa, vista pelo prisma do descobrimento, no século XVI, isto é, em 1500, a história do direito brasileiro confunde-se, nos seus primórdios, como em grande parte de seu desenvolvimento, com o direito português. Foi este o que vigorou no Brasil desde que começou a colonizar-se pelos descobridores. Deu-se o traspasso da civilização européia para a colônia portuguesa da América. O direito lusitano nela se plantou de galho, aplicando-se no campo do direito privado e adaptando-se, até com alguma originalidade, no direito público, como não podia deixar de ser, no entre-choque de duas civilizações, a bem dizer antípodas, no mesmo território imenso, misterioso e selvagem, em que se defrontam o índio brasileiro, em estado

primitivo, e o português já feito à conquista em terras da África e Ásia (PRADO, 2008, p. 93-94).

As Ordenações Afonsinas, com publicação em 1446, passaram a vigorar em Portugal ao tempo do descobrimento receberam a titulação do primeiro código europeu completo, sob o reinado de D. Afonso V. Com a determinação de D. Manuel I houve a substituição através das Ordenações Manuelinas, em 1521, com vigência até o aparecimento da Compilação de Duarte Nunes de Leão a mando do rei D. Sebastião, em 1569. Todavia, devido a situação peculiar pela qual reinava em cada colônia, foi possível os ordenamentos jurídicos alcançarem a sua eficácia.

Ainda acerca da evolução histórica do Direito brasileiro é oportuno ressaltar a presença de dois atos normativos internacionais, como: a Bula Intercoetera (1493) dando ao rei da Espanha direitos sobre a América, com expedição através do Papa Alexandre VI; e o Tratado de Tordesilhas (1494).

Por meio das bulas pontifícias, alvarás e carta-régias desde 1500, aconteceram as primeiras manifestações jurídicas, com lapso temporal de 30 anos, que embora não “diretamente destinados a reger a vida destas terras, a estas se referem, constituindo, por isso, os atos iniciais de uma legislação queurgia organizar-se e desenvolver-se para o governo de um vasto domínio colonial, e, depois, de uma grande nação (TRIPOLI apud PRADO, 2008, p. 94).

A emanada do Concílio de Trento (1563), com mando de cumprimento por meio da Bula de 1564 e da Concordata de 1578, representava a legislação canônica, proporcionando maior amplitude de ingerência da Igreja nos assuntos civis, o que veio ampliar a jurisdição clerical a respeito do estabelecimento de piedade.

Mesmo com a vigência na época das capitanias hereditárias, as Ordenações Manuelinas, no seu âmbito formal, tornaram-se abundantes as determinações mais “especialmente decretadas para a nova colônia, as quais, aliadas às cartas de doação com força semelhante à dos forais, abacinavam as regras do código unitário” (BRUNO apud PRADO, 2007, p. 115). O direito pelo qual era empregado tornava o regime jurídico da América caótico, em virtude da arbitrariedade, na prática, dos donatários como também do seu modo peculiar de estabelecê-lo.

Tornava-se perceptível, que o sistema feudal apresentava-se como uma instituição artificial, imperfeita, anacrônica. Assim, o inventário dos institutos coloniais, na concepção jurídica-política, concentrava em senhores despóticos e absolutos com independência entre si

dotados de poder administrativo satisfatório, sob julgamento com limitação somente pelo próprio arbítrio individual.

No Brasil, a lei com aplicação naquela época, com promulgação por meio de Felipe II, em 1603, estava contida nos 143 títulos do Livro V das Ordenações Filipinas. Possuía uma orientação com base em uma criminalização ampla e generalizada, de punições severas e, sobretudo, com predominância da pena de morte, entre outras. Salienta-se outras espécies, como: penas (corte de membro, acoite, galés); multa, pena-crime arbitrária e degredo que, por sinal, devido a inexistência do princípio da legalidade, permanecia a critério do julgador.

Existia uma certa confusão acerca do delito, uma vez que o confundiam com pecado ou vício; a pena era medida através da preocupação de conter os maus pelo terror, como também dependia da qualidade das pessoas para sua aplicação. Em virtude de imensa longevidade, excessivo rigor, essa legislação, por mais de dois séculos, regeu a vida brasileira – com ratificação do Código Filipino em 1643 através de D. João IV e por D. Pedro I em 1823.

Nem isso, deixou de ser passível de sofrer críticas duras, o reforçamento do poder central como ponto positivo – o restante não acrescentou algo novo com relação às Ordenações anteriores já que se tratava de uma cópia malfeita, leis em desuso passavam a ser conservadas, substituição das palavras das contas antigas em novas palavras, deixando, muitas vezes, a oração sem nexos, corroborando para um número de obscuridades e antinomias. Não há uma inovação no que diz respeito à técnica jurídica, pairando em um plano similar científico por meio dos anteriores diplomas. Quanto à matéria criminal está distribuída de maneira irracional, ou seja: em números excessivos, os comportamentos incriminados referem tipos difusos obscuros, derramados, por vezes conflitantes; as penas são desproporcionais e por demais cruéis; multas são cominadas para atender a exigências de política criminal mas com finalidade de locupletar o fisco; admitem-se tormentos e prova semiplenas, os indícios, especialmente nos delitos mais graves (THOMPSON apud PRADO, 2008, p. 96).

Na região Nordeste do país acontecem a interrupção da vigência das leis portuguesas através da dominação holandesa (1630-1645). Dessa forma, tem-se o Direito Penal do *Brasil holandês* como um verdadeiro acidente histórico esquecido e que não contribuiu em nada para a formação do Direito Penal, em virtude da reação nacionalista dos brasileiros.

13.2 CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO

Com o outorgar, da Carta Magna brasileira em 25 de março de 1824, por D. Pedro I, houve o acolhimento dos princípios, a respeito de direitos e liberdades individuais em seu artigo 179, com alteração do sistema penal em vigor em parte. O parágrafo 18 do dispositivo em comento enfatizou a necessidade de se elaborar “um Código Criminal, sob ênfase de justiça sólida e equidade”.

Um projeto de código criminal foi apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcelos, por volta de 04 de maio de 1827, e logo depois, fez o mesmo José Clemente Pereira, sendo que ambos os projetos receberam encaminhamentos, para análise e parecer, de uma comissão. Muito embora fosse visível o nível de excelência dos projetos, existiu a preferência do primeiro citado,

por mais munido na divisão das penas, cuja prudente variedade muito concorria para a bem regulada distribuição delas, poderia mais facilmente levar-se a possível perfeição com menor número de retoques acrescentados àqueles que já a comissão lhe dera, de acordo com seu ilustre autor (SIQUEIRA apud PRADO, 2008, p. 96-97).

Com as ideias de *Bentham Beccaria* e *Melo Freire*, o imperador D. Pedro I, em 16112/1830 sancionou o Código Criminal do Império do Brasil, denominada *primeiro código autônomo da América Latina*. O novo texto desse código recebeu ainda ideias do Código francês de 1810, do código da Baviera de 1813, do Código de Napoleão de 1819 e, de maneira especial, do Código da Comisiana de 1825, sob autoria de Levingston. Entretanto, não houve filiação a nenhum deles, ao contrário, mostrou originalidade em vários pontos.

A matéria recebeu distribuição em 04 (quatro) partes, composto de 313 artigos, a saber: I – dos crimes e das penas (parte geral); II – dos crimes públicos; III – dos crimes particulares; e IV – dos crimes policiais. Provavelmente, à época, essa obra legislativa foi a melhor, já prevendo em seu 1º art. o dogma da legalidade penal expressamente; a ação e a omissão com equiparação em seus efeitos (art. 2º §1º); a tentativa “quando for manifestada por actos exteriores e princípios de execução, que não teve efeito por circunstâncias independentes da vontade do delinquente”, não sendo punida “quando imposta maior pena que a de dous mezes de prisão simples, onde desterro para fora da comarca” (art. 2º §2º)...” “são criminosos, como autores, os que commetteum, constrangerem ou mandarem commeter crimes” (Art. 4; e “são criminosos, como cúmplices, todos os mais que directamente concorrerem para se commetter crimes” (art. 5º)... (PRADO, 2008, p. 97).

Acerca da pena, a sua aplicação fixava-se em torno da regra geral – “nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas Leis, nem com mais ou menos daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio ou mínimo, salvo o caso em que aos Juizes se permitir arbítrio” (art. 33), havendo, entre outras, a cominação, a seguir: pena de morte (art. 38); gales (art. 45); prisão com trabalho (art. 46); prisão simples (art. 47), multa (art. 55)..... e o perdão do ofendido (art. 67) (PRADO, 2008, p. 08).

O Código Criminal de 1830 é portador de intuição e inspirações próprias, caracterizando-o de um trabalho original, sendo um monumento notável legislativo, haja vista que o Estado Penal do Império realizou inovação em várias matérias que, pela primeira vez, o sistema de dias-multa para a sanção pecuniária e, diga-se de passagem histórica, poderia ser também chamado de *sistema brasileiro*; além de apresentar, ele, uma linguagem concisa e clara, faz-se oportuno registrar, que a previsão do dia-multa condiz como sendo uma das instituições mais interessantes e visionárias, cujo resultado e da orientação talional kantiana do código.

Exerceu uma particular influência no código espanhol de 1818 e no código português de 1858 o primeiro Código Penal Brasileiro, com a seguinte afirmação “Este código brasileiro (...) Para a sua época continha grandes progressos...” (PRADO, 2008, p. 98).

Ressalta-se ainda a promulgação do Código de Processo Criminal em 1832 e, final, ou lei sobre os delitos culposos em 1871.

13.3 PERÍODO REPUBLICANO

Com o advento da República, Baptista Pereira recebeu uma importante missão de realizar a elaboração do projeto de código penal, em 11/10/1890, sendo convertido em lei. Sua elaboração foi antes da Constituição Federal de 1891, de forma apressada, o que não poderia se esperar muito do novo diploma legislativo penal, em virtude das condições de trabalho pelas quais foram realizadas. Tal código apresentou defeitos de técnica gravíssimos, com aparecimento bem atrasado em relação á ciência de seu tempo, sendo alvo de críticas severas levando de imediato a ser objeto de estudos visando a sua substituição.

Sobre os Códigos de 1830 e de 1890, comparativamente, asseverou-se:

O Código de 1830 é um trabalho que depõe a favor da capacidade legislativa nacional mais do que o de 1890, ora em vigência. Superior a este pela época em que foi promulgado, um título de orgulho, ao passo que o de 1890, posto em face da

cultura jurídica da era em que foi redigido, coloca o legislador republicano em condição vexatória, tal a soma exorbitante de erros absurdos que encerra, entremeados de disposições adiantadas, cujo alcance não pôde ou não soube medir (MARQUES apud PRADO, 2008, p. 99).

O primeiro Código Penal da República, com o passar do tempo, foi alterado profundamente e somado a inúmeras leis extravagantes com tendência a completá-lo. Então, recebeu oficialização, em 1932, a Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe.

Dessa forma, vários projetos de código penal surgiram. Sem lograr êxito, João Vieira de Araújo apresenta o seu em 1923. Galdino Siqueira em 1913, teve sua oportunidade, porém o trabalho não foi objeto de deliberação legislativa. Em 1928, Virgílio de Sá Pereira recebeu a incumbência, através do governo de Artur Bernardes, para publicar o seu projeto completo de código penal; todavia, não obteve sucesso após inúmeras vicissitudes. Alcântara Machado realizou a apresentação do Projeto de Código Criminal Brasileiro, em 1937, durante o *Estado Novo*, que recebeu sanção, após submeter-se ao crivo de uma comissão revisora, como Código Penal por decreto de 1940, que passou a vigorar desde 1942 até a atualidade, mesmo que reformado parcialmente.

É válido destacar, que as Leis 6.416, 24/05/1977 e a Lei 7.209, 11/07/1984 modificaram o Código Penal, propiciando uma parte geral nova, com tópicos de influência finalista.

Nélson Hungria recebeu a solicitação de preparar o anteprojeto do código penal em substituição do Código Penal de 1940, cujo término deu-se em 1963, com revisão e promulgação do Dec-Lei 1.004, 21/10/1969, e retificação por meio da Lei em 31/12/1973.

Como ficou conhecido – o Código Penal de 1969 – portou sua vigência em caráter sucessivo até que houve a revogação através da Lei 6.578, 10/10/1978.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre 753 a.C. e d.C. 1453, os princípios jurídicos, procedimentos e instituições do direito romano dominaram o ocidente, e partes de Leste, e civilização. Os sistemas jurídicos da Europa Ocidental com EXCEÇÃO da Grã-Bretanha são baseados no direito romano e são chamados por ela.

O Código Civil de 1916 foi elaborado no século XIX e promulgado no século XX. É indiscutivelmente filho do positivismo jurídico, tendo se assentado. Na busca por jurídica, inclusive contratos, herança de propriedade, direito de família, atos criminosos, entre outros. Tal direito não chegou a deslocar os costumes locais. Em vez disso, sua influência foi sutil e seletiva.

Ele também poderia ser usada quando os costumes locais não ofereciam soluções, ou seja, o direito romano foi influente, pois o direito consuetudinário europeu tinha desenvolvido em uma economia agrária e, muitas vezes, inadequado para uma economia em que o comércio desempenhou um papel cada vez maior.

O Direito é um elemento de um povo e produto de sua evolução. Aquele constitui-se em toda sua grandiosidade de diversos aspectos. Difícil de determinar um predominante, no entanto pode-se entender por ele como sendo basicamente como o conjunto de normas que orientam e disciplinam a vida em sociedade, é também o meio de expressão em que a sociedade desenvolve enriquece, no censo da história, resolvendo seus conflitos de interesses e caracterizando a chamada experiência jurídica historicamente por um povo na solução de seus problemas por meio do Direito.

O Direito Romano se constitui do conjunto de princípios e normas jurídicas que vigoram em Roma e em nos territórios por ela dominados desde 753 a.C. até morte de Justiniano em 565d.C. que compreende toda a experiência jurídica do povo romano. A real influência do Direito romano se deu propriedade sobre o Direito privado.

Conforme a concepção romana direito era natural, de acordo com a realidade e não produto de concepções intelectuais e abstratas. Sua base era a vida social concreta, conjunto de fenômenos e de circunstâncias políticas, econômicas e sociais da qual emergia como conjunto de soluções normativas para os problemas que essa mesma vida suscitada no conjunto dos interesses sub

Era também um direito que conjugava a tradição como resposta a exigências e práticas da vida era um direito universal, porque Roma era, em certo período da história dos povos,

um verdadeiro universo, por sua importância e extensão e, finalmente, era direito que visava proteger e realizar, em toda a sua dimensão, o valor da liberdade individual.

Pode-se exacerbar, que o homem tem uma necessidade social de normas jurídicas pelas quais venham a garantir a ordem e a harmonia dentro dos povos e das civilizações. Essa evolução é de vital importância para o bem social e o desenvolvimento humano em garantir seus direitos e proteger o indivíduo.

Na sociedade primitiva o Direito Penal tem um caráter mágico e religioso, pois as penas eram muito severas, além de julgar fator de natureza como seca, peste, fome devido a má conduta do social. Adotadas no código de Hamurabi e na lei das XII Tábuas, as primeiras de um direito penal codificado, porém com uma forte relevância deste momento histórico.

Em seus primórdios, o Direito Penal Romano encontrava-se vinculado à religião, dela se separando durante a fase de realeza. Nesta, os crimes foram divididos em crimina pública, assim considerados os mais ofensivos e delicta privada, havidas como infrações menos gravosas, sendo debelados pelos próprios particulares.

Ao período Republicano, à medida que acontecia o desaparecimento os delicta privada concomitantemente surgia a regulação do Estado no âmbito penal. No momento, a sociedade era sabedora de que existia uma sanção penal mediante algum ato errôneo praticado por algum indivíduo, pouco a pouco a pena de morte ia minando em seu espaço de atuação. Não se pode deixar de comentar que existiam outros tipos de penas – como trabalho forçados, entre outros. O império caracterizava-se pelo poder do soberano, absoluto. Com o passar do tempo, passou a existir os crimina extraordinário cuja função era causar por meio do magistrado.

Já o Direito Penal canônico reporta-se à população como um todo, possuindo pensamento próprio, onde buscou fazer a correção do delinquente através de aplicações de sanção tendo como primazia maior o princípio da igualdade.

Outrossim, o Direito Penal Germânico compunha de delito público com prático ao contrário do interesse comum e privados na busca da perda da

No Brasil não é diferente, haja vista, que o Direito Penal é um verdadeiro maestro de “boa fé” e da “harmonização social” em todo território. É possível verificar isso, quando com o outorgar da Carta Magna brasileira, em 23/03/1824, enfatizando a necessidade de elaboração de um Código Criminal com base em justiça sólida e equidade.

Sob sanção de D. Pedro I, em 16/12/1890, surge o Código Criminal do Império do Brasil com denominação de código autônomo da América Latina. Mais tarde, houve a elaboração do projeto de Código Penal e, em 11/10/1890, convertido em lei, muito embora

com defeitos técnicos graves que, posteriormente, sofreu várias alterações. Em seguida, vários projetos de código penal surgiram sem lograr êxito. E somente por volta de 1937, após passar por uma comissão revisora, é sancionado o Código Penal por decreto de 1937, com vigência desde 1942 até a atualidade, mesmo que reformado parcialmente nos últimos tempos.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. C. M. **Direito Romano**. Vol. I, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BRAGA, Mariza Alves. **Educação Superior em Direito: entre a legalidade da Norma e a Subjetividade dos saberes.** Disponível em: <www.uff.br/pos_educacao/joomla/imagens/.../bragad2006.pdf>. Acesso em: 14 Out. 2010.

BURKE, Peter. **A Escrita da História**. São Paulo: Novas Perspectivas, 1992.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano: O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro no Novo Código Civil. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. **Breve História do Direito Penal e da Evolução da Pena**. Disponível em: <revistas.faceda.com.br/index.php/redir/article/view/362/256>. Acesso em: 06 Out. 2010.

FREITAS, Rodrigo Cardoso. **Propriedade e posse: algumas questões relevantes em torno da função social**. Disponível em: <www.fadisp.com.br/...m3/rodrigo_cardoso_freitas>. Acesso em: 08 Set. 2010.

GOMES, Luiz Flavio; PABLO DE MOURA, Antonio Garcia; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal**. Coord. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.1.

GRASSI, Fiorindo David. **Direito Romano Hoje**. Síntese da História e da Filosofia do Direito Romanista. Frederico Westphalen – RS: Universidade Regional Integrada – URI, 1996.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MACIEL, José Fabio Rodrigues. **História do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NOGUEIRA, Fabiano Guimarães. **Alguns aspectos sobre a propriedade horizontal no Direito Romano**. Disponível em: <www.sociologiajuridica.net.br/...juridica..//133-alguns-aspectos-sobre-a-propriedade-horizontal-no-direito-romano.com>. Acesso em: 02 ago. de 2010.

NUCCI, G. de S. **Manual de Direito Penal: Parte geral e parte especial**. 3.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

QUEIROZ, Luiz Viana. **O direito no Brasil Colônia**. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/Nac_direito/queiroz.pdf>. Acesso em 10 Jul. 2010.

NETO, N. A. **Direito Civil e Romano**. São Paulo: Rideel Ltda. 1998.

NETO, N. A. **Direito Civil e Romano**. São Paulo: Rideel Ltda. 1999.

NOGUEIRA, Fabiano Guimarães. **Sociologia Jurídica**. Disponível em: <www.sociologiajuridica.net.br/artigo/tafabiano.htm>. Acesso em: 27 Jul. 2010.

RODRIGUES, Renata de Lima. **As tendências do Direito Civil brasileiro na pós-modernidade**. Disponível em: <jus2.uol.com.br/.../direito_civil/novocodigocivil>. Acesso em: 28 Set. 2010.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de Direito Romano**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de Direito Romano**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Raissa Helena Sandrin dos.; FREITAS, Garcia. **O costume na formação do direito**. Disponível em: <batataisonline.com.br/.../o-costume-na-formaçãododireito>. Consultado em 25 ago. 2010.

TAVARES, Antônio Augusto. **As civilizações Pré-Clássicas**. São Paulo: Lisboa, 1995.