



# **APOSTILAMENTO**

# **TEORIA DO DIREITO**

**Professor: Lincoln Deivid Martins**

**Ano: 2020/1**

**Turma: 1º N°01**



# **APOSTILAMENTO – TEORIA DO DIREITO**

**Professor: Lincoln Deivid Martins**

**Ano: 2020/1**

**Turma: 6ª N°01**

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO À TEORIA DO DIREITO.....	4
2. POVOS ÁGRAFOS E O CÓDIGO DE HAMURABI .....	9
3. O DIREITO HEBREU.....	16
4. TRABALHO SOBRE O CÓDIGO DE MANU. ....	23
5. O DIREITO ROMANO.....	24
6. DA MONARQUIA ABSOLUTA AO ILUMINISMO.....	32
7. AS REVOLUÇÕES - ESTADOS UNIDOS E FRANÇA NO SÉCULO XVIII.....	40
8. O DIREITO LUSITANO.....	51
9. BRASIL COLÔNIA. BRASIL REINO. BRASIL IMPÉRIO. ....	62
10. A REPÚBLICA VELHA E A CONSTITUIÇÃO DE 1891.A ERA VARGAS – 1930 A 1946. A CONSTITUIÇÃO DE 1937.....	70
11. BRASIL: DE 1946 À DITADURA MILITAR E A REDEMOCRATIZAÇÃO. ....	76
12. PRINCÍPIOS E NORMAS JURÍDICAS.....	82
13. CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS, DIREITO SUBJETIVO E OBJETIVO E PÚBLICO E PRIVADO .....	88
REFERÊNCIAS.....	102

## 1. INTRODUÇÃO À TEORIA DO DIREITO<sup>1</sup>

O que é Direito?

**Etimologia:** o termo "direito" pode ser ligado ao vocábulo latino "rectum" que quer dizer aquilo que é reto; por outro lado a expressão "jus" quer significar dizer, mandar, ordenar. A palavra "Direito", bem como ele próprio no sentido amplo da Ciência do Direito, vem dos Romanos antigos e é a soma da palavra DIS (muito) + RECTUM (reto, justo, certo), ou seja, Direito em sua origem significa o que é muito justo, o que tem justiça

Várias perspectivas:

Direito como justiça – Um sentido mais filosófico.

Direito como ordenamento jurídico – Um sentido mais material.

Direito como direito subjetivo – Um sentido pessoal.

Direito em aspecto objetivo

É o ramo das ciências sociais aplicadas que tem como objeto de estudo o conjunto de todas as normas coercitivas que regulamentam as relações sociais, ou seja, são normas que disciplinam as relações entre os indivíduos, desses para com o Estado e do Estado para com seus cidadãos, por meio de normas que permitam solucionar os conflitos.

**Imperativas** - regras e princípios que possibilitem o convívio entre as pessoas, permitindo a evolução, a harmonia e a paz nas relações sociais.

---

<sup>1</sup> **Garcia**, Gustavo Filipe Barbosa Introdução ao estudo do direito : teoria geral do direito / Gustavo Filipe Barbosa Garcia. – 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

**Venosa**, Sílvio de Salvo Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas / Sílvio de Salvo Venosa – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2016.

**Coercibilidade** - forma de constranger (obrigar) a pessoa ao cumprimento da norma jurídica. Isso ocorre mediante a previsão e a imposição de sanção.

**Sanção** - consequência jurídica prevista pela norma de Direito, no caso do seu descumprimento. A coação, por sua vez, é a aplicação efetiva da sanção.

Bilateralidade atributiva

Uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer, garantidamente, algo.

Atenção:

**Bilateralidade** - O Direito envolve, sempre, no mínimo, duas pessoas.

**Atributividade** - qualidade inerente à norma jurídica de atribuir, a quem seria lesado por sua eventual violação, a faculdade de exigir do violador, por meio do poder competente, o cumprimento dela ou a reparação do mal sofrido.

A ciência do Direito

Ciência do Direito se consubstancia em estudos e pesquisas, elaboradas pelos juristas, sobre a realidade jurídica em si, descrevendo e interpretando a ordem jurídica e suas normas, bem como conferindo unidade sistemática. Pode-se entender ciência como o conjunto de enunciados apresentados de forma metódica, demonstrada e sistematizada, sobre determinado objeto.

O **método** é necessário para a atividade científica, pois esta exige que o conhecimento seja devidamente ordenado conforme princípios e regras próprias, apresentando uma ordem de constatações relacionadas entre si de forma coerente e lógica.

Cada ciência possui, ainda, o seu **objeto**, devidamente determinado, ou seja, a matéria objeto do exame e da investigação científica.

O **caráter sistemático** refere-se ao modo como a ciência ordena, de forma lógica e coerente, a realidade que tem como objeto de estudo.

Alguns dos métodos utilizados pela Ciência do Direito são, por exemplo, os seguintes:

- **método indutivo:** raciocinando a partir de fatos particulares, para se alcançar conclusões gerais;
- **método dedutivo:** partindo de regras gerais conhecidas para se alcançar outras conclusões diversas ou particulares;
- **analogia:** raciocínio que leva em conta razões de similitude (por exemplo: havendo conduta a respeito da qual não se verifica previsão de norma específica, pode-se aplicar a norma prevista para situação semelhante).

## Teoria Geral do Direito

Ciência da realidade jurídica, apresentando noções comuns a todas as ordens jurídico-positivas

## Direito e História

A História trata da evolução da humanidade ao longo do tempo, apresentando os fatos e acontecimentos pretéritos, como forma de melhor compreender o presente. A História pode ser enfocada quanto a certo lugar, época, povo ou civilização, delimitando o seu objeto de estudo.

## DIREITO E VALOR

Para a devida compreensão do valor em sua relação com o Direito, deve-se primeiramente destacar a existência de duas ordens de realidade:

- a realidade natural: refere-se ao mundo físico e está presente na natureza, independentemente da participação da vontade humana;
- a realidade humana ou cultural: refere-se àquilo que o ser humano cria e constrói, incluindo coisas, obras, serviços, atitudes e formas de comportamento.

Deve-se frisar que o ser humano vive de acordo com certos objetivos e valores que segue e entende como corretos ou adequados. A cultura, assim, “existe exatamente porque o homem, em busca da realização de fins que lhe são próprios, altera aquilo que lhe é ‘dado’, alterando-se a si próprio.

A realidade humana ou cultural, portanto, relaciona-se a certos valores e fins definidos pelo ser humano. As normas éticas envolvem um juízo de valor sobre os comportamentos humanos e a definição de uma diretriz considerada obrigatória em certa coletividade. Na realidade, toda norma ética “expressa um juízo de valor, ao qual se liga uma sanção, isto é, uma forma de garantir-se a conduta que, em função daquele juízo, é declarada permitida, determinada ou proibida.

O Direito, fazendo parte da Ética, pode ser visualizado como o conjunto de normas que estabelecem condutas imperativas (e dotadas de coercibilidade), em razão de valores considerados relevantes e, assim, entendidos como necessários para a vida em sociedade.

Nesse sentido, o valor integra o Direito, assim como os fatos e as normas. As normas jurídicas estabelecem condutas, levando em conta certos fatos, visando a assegurar determinados valores.

#### Norma Moral e a Norma Jurídica

A vida em sociedade exige a presença de normas regulando as relações entre as pessoas, como forma de assegurar o convívio em harmonia. Essas normas podem ser de natureza jurídica e moral, o que revela a distinção entre o Direito e a Moral.

**Moral** - Só comporta “sanções internas” (como remorso, arrependimento, desgosto íntimo, sentimento de reprovação geral), o que não seria socialmente eficaz, pois a elas podem não se submeter indivíduos sem consciência.

No Direito, tendo em vista a presença da coercibilidade, tem-se a “possibilidade de constranger o indivíduo à observância da norma”.

Na realidade, como destaca Maria Helena Diniz<sup>2</sup>, todas as normas são imperativas, pois “fixam as diretrizes da conduta humana”. A diferença está em que a norma de Direito é “autorizante”, no sentido de que “só ela dá ao lesado pela sua violação o poder de exigir seu cumprimento ou a reparação do mal sofrido.

Contudo, há diversas normas jurídicas que não apresentam qualquer relação com a Moral, como, por exemplo, a regra processual que fixa prazo para o réu apresentar a contestação.

---

<sup>2</sup> Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica.../ Maria Helena Diniz. – 25. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 406 – 409.

## 2. POVOS ÁGRAFOS E O CÓDIGO DE HAMURABI<sup>3</sup>

### História e Direito

Objeto de estudo da história e do direito é o Ser Humano. O ser humano que produz a Cultura.

**Cultura** - o processo pelo qual o homem acumula as experiências que vão sendo capaz de realizar, discerne entre elas, fixa as de efeito favorável e, como resultado da ação exercida, converte em ideias as imagens e lembranças. Se o Direito é produção humana, é também CULTURA.

Por que é importante estudar a História do Direito?

A História do Direito é primordial para o estudante de Direito na medida em que o auxilia na compreensão das conexões que existem entre a sociedade, suas características, e o direito que produziu, "treinando-o" para uma melhor visualização e entendimento do próprio direito.

### O direito nos povos Ágrafos

As origens do Direito situam-se na formação das sociedades e isto remonta a épocas muito anteriores à escrita e o que se mostra mais interessante neste estudo especificamente é que, dependendo do povo de que tratamos, esta "época" ainda é hoje (indígenas, por exemplo). ágrafos (a= negação + grafos= escrita)

Características Gerais dos Direitos dos Povos Agrafos:

---

<sup>3</sup> História do Direito Geral e Brasil 5ª Ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007.

São *Abstratos*: como são direitos não escritos, a possibilidade de abstração fica limitada. As regras devem ser decoradas e passadas de pessoa para pessoa da forma mais clara possível.

São *Numerosos*: cada comunidade tem seu próprio costume e vive isolada no espaço e, muitas vezes, no tempo. Os raros contatos entre grupos vizinhos (que porventura vivem no mesmo tempo e dividem o mesmo espaço) tem como objetivo a guerra.

São *Relativamente Diversificados*: Esta distância (no tempo e espaço) faz com que cada comunidade produza mais dissemelhanças do que semelhanças em seus direitos.

São *Impregnados de Religiosidade*: como a maior parte dos fenômenos são explicados, por estes povos, através da religião, a regra jurídica não foge a este contexto. Na maior parte das vezes a distinção entre regra religiosa e regra jurídica torna-se impossível.

São *Direitos em Nascimento*: a diferença entre o que é jurídico o que não é muito difícil. Esta distinção só se torna possível quando o direito passa do comportamento inconsciente (derivado de puro reflexo) ao comportamento consciente, fruto de reflexão.

#### Fontes dos Direitos dos Povos Ágrafos

**Fontes de direito** é tudo aquilo que é utilizado como base ou "inspiração" para a feitura de regras ou códigos.

Para os povos ágrafos, o **COSTUME** era a maior fonte.

As pessoas que julgam (chefes ou anciãos) tendiam a, voluntaria ou involuntariamente, aplicar soluções já utilizadas anteriormente. A isso se dá o nome de **PRECEDENTE**.

#### Transmissão das Regras

Muitos grupos utilizam o procedimento de, em intervalos regulares de tempo, terem suas regras enunciadas a todos pelo chefe (ou chefes) ou anciãos. **PORTANTO, NÃO SE SABE MUITO SOBRE O PERÍODO PRÉ-HISTÓRICO.**

## AS PRIMEIRAS LEIS ESCRITAS

Crescente Fértil, onde hoje está o Iraque, uma parte do Irã e parte de seus vizinhos fez grandes feitos: nesta região o homem primeiro dividiu as horas, os minutos e os segundos em sessenta, fez tijolos, grandes construções com eles, criou a jardinagem, inventou o Estado e o Governo, fez as primeiras escolas, inventou a cerveja!!

Mas, a mais grandiosa invenção dessa gente da Mesopotâmia foi passar para uma superfície símbolos que expressavam ideias; a isso chamamos de escrita. O tipo de escrita que inventaram foi a cuneiforme. Cuneiforme<sup>4</sup>: sistema de escrita, sem dúvida o mais antigo conhecido, o cuneiforme (do latim *cuncus*, "cunha e *forma*, forma), foi inventado pelos sumerianos seguramente desde o milênio. O termo cuneiforme caracteriza o aspecto anguloso dos símbolos, impressos em argila úmida ou, raramente, em pedra (...).

O corpo de leis mais antigo que se conhece é o de Ur-Nammu (fundador da terceira dinastia de Ur, 2111-2094 a.C.) do qual chegou até nos somente dois fragmentos de um tablete de argila. Em 1948 outras leis foram identificadas também na mesma região; são as leis de Eshunna.

No final de 1901 e início do 1902 d.C. uma expedição arqueológica francesa encontrou uma esteia (ou pedra) de diorito negro de 2,25 m de altura contendo um conjunto de leis com 282 artigos, postos de maneira organizada, ao qual chamamos hoje de Código do Hammurabi por ter sido feita a mando do Rei Hammurabi, que reinou na Babilônia entre 1792 e 1750 a.C.

---

<sup>4</sup> AZEVEDO. A. C. do A. Dicionário de nomes, termos com conceitos históricos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 119.



### A grande sacada de Hamurabi

Em seu território existiam vários povos diferentes, de línguas, raças, culturas diversas. Para exercer seu poder eram necessários mecanismos de unificação em meio a tanta heterogeneidade. Hammurabi utilizou-se de três elementos para empreender esta unificação: a língua, a religião e o direito.

O acádio tornou-se língua oficial.

Panteão de deuses fixou-se.

O Código de Hammurabi foi feito utilizando-se de toda a legislação precedente.

Este teve uma penetração e uma utilização surpreendente e sem paralelos na história: mil anos depois de sua redação era aplicado ainda na Babilônia e em Nínive, por exemplo.

### A sociedade da Babilônia Hammurabiana

A Sociedade da Babilônia da época de Hammurabi é dividida, conforme indica o próprio código, em três camadas sociais:

Os "**awilum**" : o homem livre, com todos os direitos de cidadão. Este é o maior grupo da sociedade hammurabiana e compreendia tanto ricos quanto pobres desde que fossem livre.

Os "**muskênum**": são uma camada que ainda suscita muita dúvida por parte dos estudiosos. Parecem ter sido uma camada intermediária entre os awilum e os escravos, formada por funcionários públicos, com direitos e deveres específicos.

Os **escravos**: eram a minoria da população, geralmente prisioneiros de guerras.

Alguns Pontos do Código de Hammurabi

#### a) **A Pena de Talião**

Exemplificado na Bíblia com a frase "olho por olho, dente por dente", não é uma lei, mas uma ideia que indica que a pena para o delito é equivalente ao dano causado neste.

"Se um awilum destruiu o olho de um outro awilum, destruirão seu olho.

“§196

"Se um construtor edificou uma casa para um awilum, mas não reforçou seu trabalho, e a casa que construiu, caiu e causou a morte do dono da casa, esse construtor será morto. “§229

"Se causou a morte do filho do dono da casa, matarão o filho desse construtor. “ª230

#### b) **Falso Testemunho**

O Código separa uma causa de morte de uma causa que envolve pagamento, nesta última o ônus do falso testemunho é o pagamento da pena do processo. Em outros casos a sanção para falso testemunho ó a Pena de Morte.

"Se um awilum apresentou-se em um processo com testemunho falso e não pode comprovar o que disse: se esse processo é um processo capital, esse awilum será morto. "§03

### **c) Roubo e Receptação**

"Se um awilum cometeu um assalto e foi preso: esse awilum será morto. "§22

"Se um awilum roubou um bem de propriedade de um deus ou do palácio: esse awilum será morto; e aquele que recebeu de sua mão o objeto roubado será morto."§06

### **d) Estupro**

O estupro sem pena alguma para a vítima era previsto neste código somente para "virgens casadas" (como na legislação mosaica), ou seja, mulheres que, embora tenham o contrato de casamento firmado, ainda não coabitavam com os maridos.

"Se um awilum amarrou a esposa de um (outro) awilum, que (ainda) não conheceu um homem e mora na casa de seu pai, dormiu em seu seio, e o surpreenderam, esse awilum será morto, mas a mulher será libertada. "§130

### **e) Família**

O casamento legítimo era somente válido se houvesse contrato:

"Se um awilum tomou uma esposa e não redigiu o seu contrato, essa mulher não é esposa. "§128

O casamento era no que chamamos hoje "regime do comunhão de bens".

"Se, depois que a mulher entrou na casa de um awilum, recaiu sobre eles uma dívida, ambos deverão pagar ao mercador. "§152

### **f) Escravos**

Havia duas maneiras básicas de tornar-se escravo não somente na Babilônia, mas também na Antiguidade como um todo. Como prisioneiro de guerra ou por não conseguir pagar dívidas e assim ter que entregar-se a si mesmo, a esposa ou aos filhos, mas Hammurabi (assim como os Hebreus posteriormente) vai limitar o tempo desta escravidão por dívida.

"Se uma dívida pesa sobre um awilum e ele vendeu sua esposa, seu filho ou sua filha ou os entregou em serviço pela dívida, durante três anos trabalharão na casa de seu comprador ou daquele que os têm em sujeição, no quarto ano será concedida sua libertação. "§117

#### **g) Divórcio**

"Se uma mulher tomou aversão a seu esposo e disse-lhe: 'Tu não terás relações comigo', seu caso será examinado em seu distrito. Se ela se guarda e não tem falta e seu marido é um saidor e a despreza muito, essa mulher não tem culpa, ela tomará seu dote e irá para casa de seu pai. "§142

#### **h) Adultério**

Somente a mulher cometia crime de adultério, o homem era, no máximo, cúmplice. Desta forma, se um homem saísse com uma mulher casada, ela seria acusada de adultério e ele de cúmplice de adultério e se a mulher fosse solteira, não comprometida, não havia crime nem cumplicidade, mesmo porque este é um povo que admite concubinato. "Se a esposa de um awilum for surpreendida dormindo com um outro homem, eles os amarrarão e os lançarão n'água". §129

#### **i) "Defesa do Consumidor "**

Havia leis que protegiam os cidadãos do mau prestador de serviços, pelo menos em alguns casos:

"Se um pedreiro construiu uma casa para um awilum e não executou o trabalho adequadamente e o muro ameaça cair, esse pedreiro deverá reforçar o muro às suas custas. "§233

### 3. O DIREITO HEBREU<sup>5</sup>

Atenção:

Os fatos bíblicos aqui narrados devem ser interpretados como fatos históricos, não como fatos religiosos, não se levando a discussão sobre sua “verdade” ou “não” enquanto teologia.

Vivam na Mesopotâmia entre o rios Tigre e Eufrates no Crescente Fértil, aproximadamente no final do segundo milênio a.C.; Os Hebreus, como a maioria dos povos da região, eram agricultores - pastores. Viviam do pastoreio de ovelhas e, principalmente, cabras, do plantio de uvas, trigo, e outros produtos.

**Mas havia neste povo um diferencial que na Antiguidade era único: eram Monoteístas (mono = um, theos = deus).** Esta característica marca toda a história desse povo, bem como toda e qualquer produção cultural que tenham realizado.

A História destas pessoas pode ser acompanhada pela Bíblia, mais especificamente pelo Antigo Testamento, que reúne a Tora (ou a Lei), os Profetas e os Escritos.

O Novo Testamento inclui a história (e os ensinamentos) de parte dos Hebreus que acreditaram que Jesus é o Messias que o Antigo previa. Eles acreditavam em um só Deus, que por vontade própria havia se revelado a um Patriarca, Abraão, e, a partir deste momento, iniciou um relacionamento entre Ele e os que chamava de “Povo Escolhido”. Gen. 12, 1ss.

**Este era seu diferencial, os únicos da face da terra com um Deus, iniciando a história do monoteísmo que hoje é dominante no mundo.**

**Para eles, Deus escolhia os líderes. Deus escolhia o lugar onde ficariam, Deus dava fartura ou não. Deus, dependendo de seu merecimento, dava a vitória ou a derrota na guerra.**

---

<sup>5</sup> História do Direito Geral e Brasil 5ª Ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007.

Não é de estranhar, portanto, que para este povo **a lei tenha sido inspirada por Deus e ir contra ela seria o equivalente a ir contra Deus.** Então, o leigo e o divino interagem de tal modo que pecado e crime se confundem, o direito é imutável, somente Deus pode modificá-lo.

## A Sociedade e a Vida Econômica

Das doze tribos, onze cuidavam, basicamente, da agricultura e do pastoreio, a décima segunda não tinha terras, era a tribo dos levitas que tinham funções sacerdotais (ou melhor dizendo, de auxiliares dos sacerdotes que descendiam de Aarão).

Os Escravos - podiam ser distintos entre os escravos hebreus (provavelmente tomados como escravos pelo não-pagamento de uma dívida) e estrangeiros. Ambos tinham tantos direitos que muitos autores confessam hesitar em chamá-los de escravos, pois, embora tenham as principais características, eram cercados de muitas considerações, inclusive direitos.

Os Estrangeiros - dois tipos de estrangeiros eram distintos: os que tinham alguma ligação com alguma tribo de Israel e, portanto, desfrutavam de alguns direitos, e os que não tinham quaisquer ligações não tendo direito algum.

Entretanto, se por séculos estas atividades agropastoris foram o cerne da economia desta sociedade, a indústria também conheceu um certo desenvolvimento, principalmente aquela que utilizava o cobre como matéria-prima.

O comércio atingiu seu auge no período de Davi e Salomão e sempre foi presente na vida deste povo, visto que a região que habitam é uma verdadeira encruzilhada nas rotas da Mesopotâmia, Egito, Mar Vermelho e do deserto.

Por volta de 1800 a.C. fortes secas obrigaram os Hebreus a saírem da Palestina em direção ao Egito.

Antes de chegarem à Palestina, segundo a Bíblia, os Hebreus teriam passado quarenta anos no deserto e aí teriam forjado, sob a liderança do Moisés, toda a base de sua civilização, inclusive suas leis.

Moisés lideraria este povo, aproximadamente em 1250 a.C., de volta à Palestina, em um episódio chamado êxodo, ou fuga. Moisés teria sido criado por uma princesa egípcia que o havia encontrado em uma cesta boiando no rio e que, após chegar à idade adulta, teria tomado consciência de suas raízes hebraicas e, depois de um exílio, teria voltado ao Egito para liderar a libertação dos Hebreus.

A base moral da Legislação Mosaica pode ser encontrada nos Dez Mandamentos, que teriam sido escritos "pessoalmente" por Deus no Monte Sinai, como forma de Aliança entre Ele e o Povo Escolhido.

Esse é um povo que traz em tudo o fator religioso e isto se dá, principalmente, porque sua religião, e a essência desta, o monoteísmo, foi durante muitos séculos exclusividade do povo israelita. Desta forma, ao se tentar definir os hebreus, passaremos, obrigatoriamente e primeiramente, pela questão religiosa.

Assim a religião não é somente uma das características dos israelitas, mas pode ser indicada como "a" característica, aquela que dá alicerce e é o ponto de convergência de toda uma sociedade.

### Formação do Direito Hebraico

A tradição indica Moisés como autor do Pentateuco, portanto autor do Deuteronômio, das chamadas Leis Mosaicas. Esta obra deverá ter então a idade de seu criador e deve ser datada no século XIII a.C.

Em 586 a.C., após um cerco que durou mais de um ano, o rei da Babilônia, Nabucodonosor, conquistou o reino dos hebreus e estes foram levados - em número pequeno, mas significativo, visto que representavam a elite social e religiosa da nação - para a Babilônia, como escravos.

Com o cativo começa a formação de um direito hebraico novo, oral, visto que ao entrarem em contato com diversas culturas diferentes e fortes (notadamente persas, gregos e romanos) os hebreus sentiram a necessidade de afirmar sua cultura, ao mesmo tempo que procuraram adaptá-la dentro dos parâmetros das influências que estavam recebendo.

A primeira codificação do direito oral foi chamada de Michná (repetição) e foi feita pelo último dos Tanaim em 192 d.C. Para guardar a fidelidade à Legislação Mosaica no uso da codificação nova nos séculos seguintes produziram discussões, interpretações e aprofundamentos do texto da Michná que deram origem às Guemaras que juntamente com a Michná e a própria Torá constituem o Talmud (que significa estudo), que é o verdadeiro corpo da Legislação Hebraica.

Algumas Leis do Deuteronômio

a) **Justiça - obrigatoriedade da imparcialidade no julgamento** - Deut. 1, 16-17 - Deut. 16, 18-19

b) **Processo** - não admite julgamento sem investigação ou julgamento por forças naturais ou deuses.

No exemplo a seguir parte-se da possibilidade do cometimento de um crime considerado extremamente grave, o de uma cidade adorar a outros deuses e é prevista uma punição pesada, mas não sem antes ficar provado através de acurada investigação. Deut. 13, 13-16

c) **Pena de Talião** - embora este princípio fosse utilizado entre os Hebreus, o era de maneira mais amena que entre outros povos porque outros princípios limitavam sua aplicação. Deut. 19, 21

d) **Individualidade das Penas** - Este princípio que individualiza as penas minimiza a ação do Princípio da Pena de Talião entre os Hebreus, fazendo

com que aplicações da Pena de Talião como no caso visto em Hammurabi - que o filho do construtor morre por causa da casa que o pai fez, e que ao cair matou o filho do dono da casa - não seja possível. Deut. 25, 16

#### e) **Lapidação**

Lapidação é o nome que se dá a pena mais comum do Antigo Testamento.

É a morte por apedrejamento. Para os israelitas morreriam desta forma os idólatras (Deut. 17, 5-7), os feiticeiros (Lev. 20, 27), os filhos rebeldes (Deut. 21, 18-21) e as adúlteras.

#### f) **Cidades de Refúgio**

A preocupação desta legislação com a justiça chega ao ponto de prever o obrigar o estabelecimento de cidades de refúgio (ou asilo), onde pessoas com problemas poderiam se refugiar para que fosse feita a justiça com calma e não no calor de fortes emoções. Deut. 19, 1-3

#### g) **Homicídio Involuntário e Homicídio**

Os Hebreus não permitem a penalização do que cometeu homicídio "sem querer". Não se deve utilizar o termo "culposo" para um povo que não concebia negligência, imperícia ou imprudência como causas de homicídios ou danos.

Este é o caso do homicida que poderá se refugiar lá para se manter vivo: aquele que matar seu próximo involuntariamente, sem tê-lo odiado antes (por exemplo: alguém vai com seu próximo cortar lenha; impelindo com força o machado para cortar a árvore, o ferro escapa do cabo, atinge o companheiro e o mata); ele poderá então se refugiar numa daquelas cidades, ficando com a vida salva; para que o vingador do sangue, enfurecido, não persiga o homicida e o alcance, porque o caminho é longo - tirando-lhe a vida sem motivo suficiente, pois antes não era inimigo do outro. Deut. 19, 4-6

#### h) **Testemunhas**

A prova testemunhai era primordial na Antiguidade e os Hebreus têm um preceito legal que até hoje pode ser visto. Deut. 19, 15

**i) Adultério**

Deut. 22, 22

**j) Divórcio**

Todos os povos da Antiguidade preveem divórcio. Este só começou a ser proibido a partir do cristianismo. Na Legislação Mosaica, entretanto, somente os homens podem divorciar-se, às mulheres não cabe a iniciativa. Deut. 24, 1

**k) Concubinato**

No deuteronômio o concubinato é considerado como algo normal (somente o Levítico - 18, 18ss - ordenava que as duas - esposa e concubina - não fossem irmãs).

**l) Estupro**

O estupro sem pena para a vítima é previsto nesta legislação, embora somente em um caso específico: o de a mulher ter sido violentada em um lugar onde poderia ter gritado sem que ninguém a ouvisse. Deut. 22, 23-27

**m) Defloraçã**

"Se um homem encontra uma jovem virgem que não está prometida, e a agarra e se deita com ela e é pego em flagrante, o homem que se deitou com ela dará ao pai da jovem cinquenta ciclos de prata (570 gr. de prata aproximadamente), e ela ficará sendo sua mulher, uma vez que abusou dela. Ele não poderá mandá-la embora durante toda a sua vida."

**n) Herança e Primogenitura**

O primogênito era beneficiado em detrimento dos outros filhos (homens, já que mulheres tinham direito apenas ao doto). Este benefício era garantido mesmo que o primogênito tivesse como mãe uma das mulheres do pai que este “não gostasse”.

o) **Caridade**

Entre os hebreus a caridade é prevista em lei, mesmo porque trata-se de um povo que se pauta e tem sua identificação enquanto sociedade na questão religiosa.

p) **Fraude Comercial e Juros**

Deut. 23, 20-21.

#### 4. TRABALHO SOBRE O CÓDIGO DE MANU.

Grupo 01- Falar sobre o contexto histórico da sociedade na Índia antiga.

Grupo 02- Falar sobre a Sociedade Hindu.

Grupo 03 - Falar sobre a Economia Hindu.

Grupo 04 – Falar sobre a religião Hindu.

Grupo 05- Falar sobre alguns pontos do Código de Manu (a escolha do grupo).

## 5. O DIREITO ROMANO<sup>6</sup>

Quando se fala em Grécia, pode-se, também, falar até certo ponto de uma unidade cultural, com deuses, dialetos e alguns hábitos em comum. Portanto, compreender esta "não unidade" que era a Grécia significa buscar a compreensão do que seja uma Cidade Estado.

Nos séculos VIII e VII a.C., as cidades gregas conheceram um grande desenvolvimento urbano. Este não se deu de forma igual, mas explicava-se pelo grande crescimento populacional do período somado a uma retomada do progresso tecnológico, artesanal e comercial.

### Esparta

Tinha uma característica cultural marcante e absoluta: o militarismo levado as últimas consequências. Este militarismo somava-se um esforço contundente e eficaz - como prova a sua história - de manutenção do seu modo de vida, do *status quo*.

Eles foram plenamente vitoriosos neste campo, gerando por séculos a sociedade provavelmente mais imóvel da história. Para explicar esta imobilidade é necessário entender três características dos espartanos largamente incentivadas pelo Estado: a xenofobia, a xenelasia e o laconismo.

A **xenofobia** é a aversão, desconfiança, temor ou antipatia por pessoas estranhas ou por tudo que venha de outro lugar. Desta forma os espartanos do antemão rejeitavam quaisquer ideias ou influências estrangeiras.

**Xenelasia** é o banimento ou impedimento de estadia de estrangeiros. Assim, os espartanos não entravam em contato com ideias estranhas ao seu meio.

O **Laconismo** existe quando se fala somente o mínimo necessário e, mesmo assim, utilizando-se do menor número de palavras possível. Esta

---

<sup>6</sup> História do Direito Geral e Brasil 5ª Ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007.

é a característica principal pode causar um refreamento nas mudanças de uma sociedade, visto que, se levado ao extremo, diminui, inclusive, a atividade intelectual e criativa.

Atenas

Drácon

Dos primeiros a redigirem as leis em Atenas, o primeiro (em 621 a.C.) de nome Drácon, e famoso até hoje pela severidade de suas leis, tanto que, mesmo nos dias atuais, a palavra "draconiano" significa nos dicionários: "referente a ou o severo e duro código de leis a ele [Drácon] atribuído. Que é excessivamente rigoroso ou drástico.

"Conservava todos os sentimentos da sua casta instruído no direito religioso. Não parece ter feito outra coisa mais do que passar a escrito os antigos costumes, sem nada alterar. Sua primeira lei é esta: 'devemos honrar os deuses e os heróis e oferecer-lhes sacrifícios anuais, sem nos afastarmos dos ritos seguidos pelos antepassados'".

Em não tendo criado nenhuma novidade, Drácon reproduziu o direito antigo, ditado por uma religião implacável que via em todo erro uma ofensa as divindades e em toda ofensa as divindades um crime odioso. Assim, quase todos os crimes eram passíveis de pena de morte.

Sólon

Pode-se afirmar que as leis de Sólon correspondem a uma grande revolução social. A eunomia - igualdade de todos perante a lei – está presente em todos os artigos que ele escreveu; assim, não há distinção entre eupátridas e não-eupátridas. A reforma de Sólon atingiu toda a estrutura do Estado Ateniense no que diz respeito à economia, sociedade e política.

ROMA E O DIREITO ROMANO

A História de Roma é a história de todos nós...

Somos romanos quando falamos, nossa língua é filha do latim!

Somos romanos na nossa noção urbana!

Somos romanos em nossa literatura!

Somos romanos mesmo quando temos uma noção de patriotismo!

Somos romanos política e administrativamente.

Mas, principalmente, somos romanos quando falamos em Direito, quando fundamos nossa sociedade em um Estado de Direito. Direito este sistematizado pelos romanos antigos. A importância do estudo do Direito Romano faz-se óbvia quando comparamos o Direito Romano com nosso Direito Civil. Nada menos que oitenta por cento dos artigos de nosso Código foram confeccionados baseando-se direta ou indiretamente nas fontes jurídicas romanas.

Duas características importantes do povo romano:

A primeira e mais visível é o fato de que quando tratamos de Roma tudo é superlativo, enorme.

Roma conquistou toda a volta do Mediterrâneo e não sem razão chamava este mar de *mare nostrum* (nosso mar). Roma conquistou a Europa praticamente toda - tendo como fronteira a parte norte da Grã-Bretanha e a Alemanha. Roma, a cidade, chegou a ter mais de um milhão de habitantes por volta do século I d.C.

A segunda característica é que os romanos tinham uma visão bastante altiva de si mesmos, consideravam-se destinados a serem *caput mundi*, a cabeça do mundo. Sua vaidade se traduzia em buscarem entrar para a história da cidade, tornarem se eternos através da história.

## A República e Suas Instituições Políticas

Quando da fundação da República (*Res + Publicae* — coisa do povo), os romanos decidiram pulverizar o poder executivo para as mãos

de muitos, com mandatos curtos, um ano, na maior parte dos casos, assim evitando que alguém pudesse ter um poder exacerbado nas mãos.

Estes que detinham o poder executivo em Roma Republicana eram chamados Magistrados e cada qual tinha sua função específica.

Eles eram divididos entre os Magistrados Ordinários e os Extraordinários.

Os **Ordinários** - que mais nos interessam - (Cônsules, Pretores, Edis, Questores) eram permanentes e eram eleitos anualmente.

Os **Extraordinários**, como os censores, eram temporários e somente eram escolhidos quando havia necessidade.

Os candidatos a determinada magistratura tinham que obedecer a determinadas condições. Primeiramente, deveriam ser cidadãos plenos (*optimo iure*) e, dependendo do cargo almejado, já terem exercido outras atividades públicas do *cursus honorum*.

O *Cursus Honorum*, ou caminho de Honra, era uma escala de cargos que deviam ser alcançados sucessivamente, a saber: primeiro devia-se alcançar a *questura* e depois a *edilidade*, a *pretura* e o *consulado*.

## O Império e Suas Instituições Políticas

Durante o Império a figura principal do governo romano era, obviamente, o Imperador. Este nome Imperator significava que o *princeps* (primeiro homem de Roma) possuía o *imperium* em todos os aspectos: o civil, o militar e o judiciário.

É preciso apenas que pensemos que Roma começou como uma pequena cidade do Lácio e tornou-se a capital do Mundo Conhecido. Era uma cidade de agricultores que se tornaram os donos do mundo.

## O Direito Romano

O Direito Romano é uma criação típica deste povo, o que eles criaram nos deu a possibilidade de hoje estarmos habitando países que se intitulam "Estados de Direito".

Como um todo o Direito Romano é o conjunto de normas vigentes em Roma da Fundação (século VIII a.C.) até Justiniano no século VI d.C.

Para os romanos a definição de Direito passava por seus mandamentos, que são: "viver honestamente, não lesar ninguém e dar a cada um o que é seu" (*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*)

#### Periodização do Direito Romano

São estes os três períodos: o Período Arcaico (ou Pré-Clássico), o Período Clássico e o Período Pós-Clássico.

**Período Arcaico**- Este Período vai da Fundação de Roma, no século VIII a.C., até o século II a.C. O Estado tinha funções limitadas a questões essenciais para sua sobrevivência: guerra, punição dos delitos mais graves e, naturalmente, a observância das regras religiosas. O mais importante marco deste período é a Lei das XII Tábuas, feita em 451 e 450 a.C. como resposta a uma das revoltas da Plebe Romana

**Período Clássico** - do século II a.C. até o século III d.C., foi o auge do Direito Romano e, mais especificamente, foi o auge do desenvolvimento do Direito Romano. O Poder do Estado foi centralizado e dois personagens - pretores e jurisconsultos -, adquirindo maior poder de modificar as regras existentes, puderam revolucionar constantemente o Direito.

**Período Pós-Clássico** - do século III até o século VI d.C. Poucas inovações. Somente após a queda do Império no Ocidente, Justiniano, Imperador do Oriente implementou a A Codificação Justinianéia, chamada de *Corpus Iuris Civilis*.

O Corpus Iuris Civilis é composto por quatro obras: o *Codex*, o *Digesto*, as *Institutas* e as *Novelas*. O *Codex* foi completado em 529 e reúne a coleção completa das Constituições Imperiais. O *Digesto* (de 530) é a seleção das obras dos Jurisconsultos.

As *Institutas* são um manual de Direito para estudantes.

As *Novelas* são a publicação das leis do próprio Justiniano.

## Fontes do Direito Romano

A forma mais espontânea, o **Costume** é mais antiga constituição do direito é o Costume. Os romanos chamavam-no de *consuetudo* e, mais frequentemente, de *mores*. Os Romanos tinham como suporte fundamental e modelo do seu viver comum a tradição sentido de observância dos costumes dos antepassados, *mos maiorum*.

A **Fides**, muito usada no Direito e que tem como sentido o cumprimento de um juramento que compromete ambas as partes na observância de um pacto. A *fides*, qualidade imprescindível do bom romano, existe no Direito, no mínimo, desde a Lei das XII Tábuas.

A **Pietas** era o item do *Mores Maiorum* que justificava o poder do Pater famílias, visto que ela se define como um sentimento de obrigação para com aqueles a quem o homem está ligado seja pelo sangue

**Gravitas** era uma das qualidades mais utilizadas para a defesa de um indivíduo no tribunal. Era usada no sentido de indicar que um homem era sério, compenetrado. Foi neste sentido que Cícero utilizou o termo para defender um cidadão chamado Murena, acusado por Catão, o Censor, de ser "dançarino" e, portanto, ofender os bons costumes.

**Dignitas** - que é relacionada com dignidade e com o exercício de cargos públicos.

**Honor** - reconhecimento público de mérito.

**Gloria** - usada na Defesa de *Sestio*, como só sendo possível a homens de bem porque somente estes podem alcançar tal reconhecimento.

## Leis e Plebiscitos

No período republicano há duas espécies de leis dependendo de onde se origina: a *Lex Rogata* e a *Lex Data*. A *Lex Data* era a lei proveniente do senado ou de algum magistrado.

As *Leges Rogata* eram as leis votadas pelos cidadãos romanos (*populus romanus*) reunidos em Comícios e eram propostas pelos magistrados e somente entravam em vigor após a ratificação pelo Senado.

## Edito dos Magistrados

Havia um cargo na República que era responsável diretamente pela Justiça: os Pretores. Estes, ao iniciar seu mandato, publicavam os Edicta para tornar pública a maneira pela qual administrariam a justiça durante seu ano.

Com os Editos os Pretores acabavam criando normas e estas acabavam por estratificar-se, visto que os Pretores que entravam utilizavam-se largamente das experiências bem-sucedidas dos Editos dos Pretores anteriores.

## Jurisconsultos

Eles eram considerados como pertencentes a uma aristocracia intelectual, distinção essa devida aos seus dotes de inteligência e aos seus conhecimentos técnicos. Apesar da força destes homens, este não era um meio objetivo de enriquecimento, pois a atividade de Jurisconsulto era exercida gratuitamente, em nome da fama, da vaidade e do destaque social.

## Senatus-Consultos

Senatus-consultos eram deliberações do senado mediante proposta dos magistrados; estas somente passam a ser fonte de lei após o Principado (século I a.C.). portanto, somente após este período, os senatus-consultos podem ser considerados fonte do direito.

## Constituições Imperiais

As providências legislativas do Imperador eram chamadas *constitutiones* (ou *placita*) e podiam ser na forma de: *edicta*, *mandata*, *decreta* ou *rescripta*.

**Edicta:** deliberações de ordem geral. Caso não sejam revogadas pelos seus sucessores, a *edicta* tem duração indefinida.

**Mandata:** instruções dadas pelo imperador aos funcionários imperiais e aos governadores de província, na qualidade de chefe supremo. Seu caráter é, portanto, administrativo, exercendo algumas vezes influência sobre o direito privado.

**Decreta:** são decisões do Imperador proferidas em um processo no exercício do supremo poder jurisdicional que este possuía (*jurisdictio*). O **Princeps** decidia em primeira instância ou em grau de apelação. Os decretos eram aplicados e estendidos pelos juristas a casos semelhantes.

**Rescripta:** são respostas solicitadas ao Imperador a respeito de casos jurídicos a ele submetidos pelos magistrados ou por particulares.

#### Divisão do Direito Romano

*Ius Civile:* também conhecido como *ius quiritium*, é o direito próprio do cidadão romano e exclusivo deste.

*Ius Gentium:* é o direito universal, aplicável a todos os homens livres, inclusive os estrangeiros. Para o Jurista Gaio e para Ulpiano era um direito baseado na razão natural (*naturalis ratio*).

*Ius Gentium est, quo gentes humanae utuntur* (Direito das gentes é o que a razão natural estabeleceu entre os homens).

## 6. DA MONARQUIA ABSOLUTA AO ILUMINISMO<sup>7</sup>

### O Absolutismo Monárquico

Essencialmente, o absolutismo era apenas isto: um aparelho de dominação feudal recolocado e reforçado, destinado a sujeitar as massas camponesas à sua posição social tradicional. Para a formação deste e seu efetivo controle era preciso obter uma força de coerção, para tanto fazia-se necessário ter exército próprio e permanente.

Para obter e manter um exército próprio e permanente o rei deveria buscar conseguir meios econômicos. Logo, primordial se tornou tributar os súditos de forma a conseguir ter um fluxo de dinheiro suficiente para esta força de coerção e para o pagamento de uma burocracia, já que, sem ela, ficava impossível tributar.

Por fim era impossível centralizar o poder sem centralizar também a Justiça e racionalizar a burocracia. Mesmo Hammurabi, rei da Babilônia do século XVIII a.C., sabia que este era um caminho seguro para a centralização.

O melhor exemplo histórico de Absolutismo (na mais profunda acepção da palavra) que encontramos é o da França do século XVII, que é chamada, não sem razão, de "A França de Luis XIV", que não somente afirmou que o Estado era ele como entrou para História com o "humilde" apelido de "Rei Sol", já que tudo girava em torno dele.

### A França de Luis XIV

Luis XIV governou a França por mais de meio século (1661 a 1715) e seu reinado foi um exemplo de centralização de poder. Quando Luis XIV morreu, a França, embora tivesse alguns "bolsões" de prosperidade, estava arruinada e sua população tinha 10% a menos que antes de seu reinado.

Um dos pioneiros destas teorias acerca do Absolutismo foi o italiano Nicolau Maquiavel (1469-1527) que em sua obra "O Príncipe" ensinava o

---

<sup>7</sup> História do Direito Geral e Brasil 5ª Ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007.

governante a conquistar o poder e mantê-lo. Maquiavel é bastante discutido até hoje porque a maioria das pessoas consideram no imoral, porque para ele os fins justificam os meios, assim o governante para manter-se no poder pode e deve mentir, matar, cometer outros crimes, fraudar, em suma, pode qualquer coisa.

O Inglês Thomas Hobbes (1588-1679) no seu livro "Leviatã", ele argumenta que antes do surgimento do Estado os homens, embora livres, e até por isso mesmo estavam em permanente estado de guerra; a isso Hobbes chamou de Estado de Natureza. Para evitar a destruição total, para sobreviver, os homens teriam feito um pacto, um acordo através do qual um deles passaria a governar evitando a desordem e a matança indiscriminada entre eles. O poder do rei seria então resultado deste pacto.

Com relação à lei, Hobbes considera que ela tem como fonte a vontade do rei, porque esta reuniria todas as vontades.

A teoria mais utilizada pelos monarcas absolutistas e seus seguidores para justificar tamanho poder foi dada pelo Bispo Jacques Bossuet, autor de "Política Extraída da Sagrada Escritura". Nesta obra ele afirma que a autoridade do rei é sagrada, pois emana de Deus. A partir desta afirmação popularizou-se a ideia de que o rei é rei porque Deus quis e, se é da Vontade Divina, não deve haver nenhum tipo de discussão acerca do assunto porque seria, no mínimo, um pecado.

Luis XIV governou praticamente sozinho, ele dissolveu o Conselho de Estado e recrutou alguns ministros dentre os burgueses. Buscou amainar o descontentamento dos nobres que ficaram em seu governo quase sem função prática formando urna corte que chegou a ter seis mil pessoas (no Palácio de Versailles, construído por ele para este fim).

No âmbito da polícia e da justiça o absolutismo do Rei Sol apareceu também de forma clara. Antes da Reforma da Justiça de Luis XIV os privilégios neste setor eram tantos que os tribunais estavam se sobrepondo e as prerrogativas (principalmente do clero) impediam a centralização do poder de justiça nas mãos de quem quer que fosse.

O Conselho de Reforma da Justiça que nas reuniões contava muito com a presença do rei, terminou sua tarefa com a Ordenação Civil de 1667 que, somada com Ordenação Criminal de 1670, formou o Código Luis.

Todos os tribunais foram reunidos ao do rei e concomitantemente foi criado o cargo de tenente da Polícia que acabou por reunir quase todas as polícias de Paris; este cargo posteriormente passou a se chamar a ser o de Tenente-General de Polícia, passando então a ser responsável pelo julgamento, em última instância os mendigos, vagabundos, vadios etc. em caso de flagrante delito.

Embora não houvesse pena de prisão, as prisões francesas da época viviam superlotadas, o tenente civil e o tenente general podiam mandar prender imediatamente autores de quaisquer infrações, mesmo as sem gravidade. Estes deveriam ser julgados nos dias posteriores, entretanto muitas vezes ficavam presos por longos períodos sem julgamento.

As prisões eram também efetuadas por ordem do rei (chamadas ordens régias), mas era necessária outra ordem régia para a soltura e, como não havia prazo de detenção nestas ordens, o prisioneiro poderia ficar preso por um longo período.

As condições dos prisioneiros eram abomináveis, eles eram mal alimentados, visto que sobreviviam de coletas de donativos feitas em seu benefício.

## O Iluminismo e as Críticas ao Estado Absolutista

No século XVIII uma parte da intelectualidade da Europa reagiu ao Absolutismo Monárquico e tudo o que o acompanhava. Esta reação teve o nome de Iluminismo ou Época das Luzes.

O Iluminismo pode ser definido a priori como um Movimento intelectual que tinha por característica uma confiança absoluta no progresso e, principalmente, na razão que desafiou em seu século (e por

sua atualidade às vezes continua desafiando) a autoridade e incentivou o livre pensamento como meio de alcançar o objetivo principal dos iluministas, a felicidade humana.

Esta confiança absoluta no progresso podia ser sentida nos avanços científicos e tecnológicos. Os astrônomos conseguiram nesta época determinar a distância da Terra à Lua, a forma de nosso planeta, aperfeiçoaram o telescópio e descobriram um novo planeta - Urano - e novos satélites de Saturno.

Os físicos inventaram o termômetro de mercúrio e estudaram os fenômenos elétricos. Inventaram o condensador, a pilha e outros cientistas criaram uma nova ciência: a Química. A botânica, a geologia, a cartografia também tiveram impulso. Tudo parecia concorrer para um avanço infinito do que era possível o homem descobrir e fazer.

Do ponto de vista político, os Iluministas, partindo do individualismo, propunham uma cidadania centrada na liberdade e na defesa burguesa da Propriedade.

Os iluministas buscaram pensar em termos de cidadania não somente a posição do povo, mas também como deveriam ser os governantes no exercício do poder do Estado. Neste sentido a vida social é entendida como uma sociedade, ou seja, uma associação voluntária de homens livres, que regulam, segundo sua própria razão e em função do próprio interesse, o seu convívio.

A igualdade, como um direito natural, só seria realizada - segundo o pensamento Iluminista - quando reconhecida como um direito positivo, garantido por um corpo de leis e pela força do Estado. Estas leis deveriam ser feitas pelos cidadãos, ou seus representantes, porque só através da vontade do povo, como fundamento da Nação, poderia conferir legitimidade ao poder político.

Montesquieu

"Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder Legislativo, o poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o

Executivo [Judiciário] das que dependem do direito civil". É a chamada "Tripartição dos poderes".

Os iluministas foram grandes pregadores da Liberdade Individual e defenderam a propriedade com igual vigor. Eles também pregavam a igualdade, mas esta, para eles, não era manifesta através de uma igualdade total, inclusive de bens materiais. Para eles os homens, mesmo os mais pobres, estariam livres e iguais simplesmente se pudessem escolher para quem trabalhar. Assim, o trabalho seria equiparado a um bem, como o capitalismo o faz até hoje.

Jean-Jacques Rousseau

Defendia a democracia como realização do Contrato Social, manifestada pelo voto que, desta forma, dariam a verdadeira soberania ao povo. Os governos, representantes destes eleitores (o povo), deveriam refletir sempre a vontade destes.

Cesare Beccaria

Advogado de formação, traduziu para o mundo jurídico o que os pensadores da época sonhavam para o mundo.

Não é possível pensar em Estado de Direito, que nos é tão caro hoje em dia, sem os Iluministas, sem Beccaria, bem como não é possível pensar nem o direito penal moderno nem a noção de direitos individuais sem sentir a presença constante deste italiano ao mesmo tempo idealista e objetivamente realista.

Aos 25 anos de idade ele escreveu a obra que o tornaria um homem a ser admirado por todos os que concordam com a Justiça, o livro "Dos Delitos e das Penas". Nele, traduziu a realidade que não concordava e, através da razão, buscou soluções práticas, são estas as bases do direito penal moderno. Ele buscou a partir da concepção do Pacto Social saídas para as injustiças patentes do sistema penal de sua época.

Os juízes tinham poderes absolutos, a legislação não era clara, o grande objetivo do processo era fazer o réu confessar porque este era considerado um "bom termo". O que se fazia para chegar a este fim era mero detalhe.

A igualdade de todos perante a lei era ideia morta do Deuteronômio na Bíblia, a pena era muitas vezes mais contagiosa que determinadas doenças. Todo o sistema funcionava partindo do pressuposto de que o indivíduo desde que acusado era culpado e o pobre sujeito, culpado ou não, massacrado pela tortura, não tinha como provar a sua inocência.

As Ideias de Cesare Beccaria

#### a) Sobre a Lei e as Penas em Geral

Leis e penas seriam fruto da necessidade do próprio convívio social, que foi efetivado e tornado realidade através de um pacto. Assim, Beccaria considerava que as penas somente deveriam existir por necessidade e, ainda, que estas deveriam ter por medida o dano provocado pelo ato delituoso à Nação e não a intenção, ou mesmo a sede de vingança da vítima ou de seus parentes.

A finalidade das penas deveria ser, portanto, a proteção da sociedade e não a desforra, o desagravo, bem como deveria visar desencorajar outros de cometerem delitos.

Chamado também 'princípio da proibição de excesso', determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena.

Outro princípio interessante coroadado pelo Italiano é aquele que podemos chamar de "O Princípio do Princípio de Justiça", que é o da Igualdade.

#### b) Sobre as Penas Cruéis e a Pena de Morte

Beccaria acrescenta que a crueldade das penas leva a duas consequências: a primeira é que penas cruéis levam a impossibilidade de se ter a proporção entre delitos e penas, o que pode acarretar os danos já indicados; a segunda é que penas cruéis servem de espetáculo público e, como tal, são passageiros, levando, portanto, a um esquecimento mais rápido, o que não ocorreria caso houvesse um sistema de penas.

Coroando todo um raciocínio de utilidade e proteção da Nação, Beccaria condena veementemente a pena de morte indicando com impetuosidade: "Se, no entanto, eu demonstrar que a morte não é nem útil nem necessária, terei vencido a causa da humanidade". Em contrapartida, ele defende a prisão perpétua.

#### c) Do Processo

Cesare Beccaria e seus contemporâneos conviviam com Processos Penais duros, cruéis e estúpidos. Estes processos eram cercados de derramamento de sangue, dores e injustiça.

O uso de meios violentos para a obtenção da confissão do réu é injusto, também na visão de Beccaria, porque parte de um pressuposto que fere de morte um princípio de justiça, humanidade e proteção individual que, se não utilizado, inverte de forma imoral o papel da Justiça e do Processo.

Este princípio é aquele chamado *In Dubio Pro Reo*, que indica que o indivíduo somente pode ser considerado culpado após ser provada a sua culpa e após ser condenado. Portanto para melhor busca do objetivo, que é o "ser justo", Beccaria adverte que as acusações não devem ser secretas, ou seja:

"Que os julgamentos sejam públicos e públicas as provas do delito, para que a opinião, que é talvez o único cimento da sociedade, ponha um freio à força das paixões, para que o povo diga 'não somos escravos e somos protegidos'".

#### d) Como Prevenir os Delitos

"É melhor prevenir os delitos do que puni-los. É este o escopo principal de toda boa legislação, que é a arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade ou ao mínimo de infelicidade possível, conforme todos os cálculos dos bens e dos males da vida".

"Quereis prevenir os delitos? Fazei com que as leis sejam claras, simples e que toda a força da nação se concentre em defendê-las e nenhuma parte dela seja empregada para destruí-las. Fazei com que as leis favoreçam menos as classes dos homens que os próprios homens. Fazei com que os homens as temam, e temam só a elas. O temor das leis é salutar, mas o temor de homem a homem é fatal e fecundo em delitos".

A mais perfeita observação

"Outro meio de prevenir os delitos é o de interessar o colégio executor das leis antes pela observância delas do que pela corrupção. Quanto maior o número dos membros que compõem tal colégio, menor é o perigo de usurpação das leis, porque a venalidade é mais difícil entre os membros que se observam uns aos outros".

## 7. AS REVOLUÇÕES - ESTADOS UNIDOS E FRANÇA NO SÉCULO XVIII<sup>8</sup>

### A Independência dos EUA (1775-1783)

A formação do Estado norte-americano pode ser vista como diferenciada desde os primórdios da colonização das 13 Colônias (maneira que era chamada a colônia inglesa na América). Mas não devemos considerar que esta diferença residia no fato de que a Inglaterra desejava fazer uma "colônia de povoamento" em oposição aos outros Estados colonizadores europeus que faziam "colônias de exploração".

No caso das 13 Colônias havia uma divisão de potencial de exploração e esta divisão não era humana, mas sim é gerada pelo clima. As colônias mais ao norte tinham clima muito parecido com a Europa, não podendo, portanto, ser usadas como fonte de produtos complementares, as do sul tinham todas as características para uma exploração colonial e assim ocorreu.

Nas colônias do norte existiam pequenas propriedades e a maior parte da mão-de-obra utilizada era livre. Somente madeira, apetrechos de pesca e navais atraíam o interesse europeu. Já as do sul eram baseadas no sistema que ficou conhecido como plantation, isto significa que eram colônias com latifúndios (grandes extensões de terra com um só proprietário), monocultores (que plantavam basicamente um só produto), exportadores (a produção era realizada com vistas exclusivamente para a exportação), escravocratas.

Mas, se a colônia tinha por objetivo dar lucros à Metrópole, por que colonizar o Norte das 13 Colônias? O lucro advindo desta colonização era político. Por muito tempo, as colônias do norte foram paradeiro final de grupos e pessoas não desejadas e/ou insatisfeitas com a política ou religião na Inglaterra. As 13 Colônias do Norte eram, portanto, uma

---

<sup>8</sup> História do Direito Geral e Brasil 5ª Ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007.

excelente válvula de escape que minimizavam as pressões políticas na Metrópole.

Em tendo sido uma colonização basicamente de puritanos, esta gente e suas características principais teriam dado este tom de independência desde o início.

Não faziam qualquer distinção entre liberdade metafísica e liberdade política. Se Deus tinha criado o homem livre, era um escândalo e sacrilégio, uma ofensa a Deus, negar essa liberdade aos homens, em qualquer setor, inclusive o político. É com efeito nesse plano místico e prático da liberdade política que estão a descoberta e a glória dos puritanos. É esse, essencialmente, o conteúdo do sua utopia, é a grande revelação original que trouxeram ao mundo e sobre a qual ainda hoje a América se baseia.

A partir do século XVIII o comércio das 13 Colônias chegou a tal ponto que passou a concorrer com o comércio inglês e, indubitavelmente, este era o último papel reservado a uma colônia.

Além destes atritos, a Inglaterra havia saído de uma guerra com a França (a Guerra dos Sete Anos - 1756/1763) e, embora vitoriosa, teve enormes gastos com a campanha militar e desejava que a colônia contribuísse para cobrir este problema orçamentário. Taxas foram aumentadas como a do açúcar (Sugar Act de 1764) e a do selo (Stamp Act de 1765 - que exigia que todos os documentos fossem selados bem como jornais, baralhos etc. A renda obtida no pagamento destes selos iria para o governo inglês).

Estas medidas, além de visarem cobrir despesas, eram também uma forma de retaliação contra os colonos que, na Guerra dos Sete Anos, ajudaram os Franceses.

A reação dos colonos foi imediata, já em 1765 reuniram-se em Nova Iorque (Congresso da Lei do Selo) e decidiram boicotar o comércio inglês. Os comerciantes ingleses então pressionaram o Parlamento e a lei do Selo foi revogada e a taxa do açúcar, reduzida.

Outras tentativas inglesas foram engendradas e todas tiveram respostas rápidas e seguras; a crise eclodiu em 1773 com a Lei do Chá (Tea Act), que dava monopólio deste comércio à Companhia das Índias Orientais. A companhia ficaria responsável pelo transporte do chá diretamente das Índias para a América. Além do prejuízo óbvio para os colonos norte-americanos, quem poderia garantir que tal atitude não se estendesse a outros produtos?

Todos estes problemas afetavam diretamente os colonos do norte, mas os outros, agricultores, não tinham grandes prejuízos com estas taxas.

Com o fim da Guerra dos Sete anos o governo inglês ficou com o Canadá, o vale do rio Ohio e a margem esquerda do rio Mississipi; além de várias ilhas nas Antilhas e a Flórida, que pertencia à Espanha, que apoiou a França na guerra. Com todo este território a Inglaterra inverteu sua política e proibiu que as terras a oeste das 13 Colônias fossem ocupadas. Estas leis acabavam por decretar a falência tanto dos colonos pioneiros, que comumente vendiam suas terras para pagar dívidas e avançavam mais a oeste, quanto dos grandes proprietários das 13 Colônias do Sul, que só conseguiam saldar dívidas com comerciantes ingleses ocupando novas terras.

Mas a questão não era puramente econômica, este era apenas um estopim. Como explicar aos colonos, liderados por inteligências banhadas no Iluminismo, que a liberdade da Inglaterra não era aplicável aos colonos?

O Início do Processo de Independência e a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia.

A resposta mais contundente às Leis Intoleráveis foi a reunião de representantes dos colonos no Primeiro Congresso Continental de Filadélfia, que aconteceu em setembro de 1774. A princípio esta reunião não tinha caráter separatista, por isso o Congresso enviou uma petição ao Parlamento inglês e ao rei solicitando a revogação das leis por causa da igualdade de direitos entre ingleses e norte-americanos.

No ano seguinte conflitos provocaram a morte de alguns colonos; estes acabaram por se organizar militarmente. Ao mesmo tempo, reuniu-se o Segundo Congresso Continental de Filadélfia, agora claramente favorável à independência.

Como forma de deixar claros sua independência e seus ideais, os representantes do povo da Virgínia redigiram um documento chamado "Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia", que, sem dúvida, representam um marco para a Liberdade Individual como conceito, sendo o primeiro documento escrito, com valor jurídico, a coroar muitos dos ideais iluministas.

O segundo artigo inicia com uma ideia de que, em tese - e não na prática - é tão antiga quanto a Lei das XII Tábuas, de que o poder deve vir do povo, mas a Declaração da Virgínia acrescenta elementos do pensamento Iluminista, principalmente quando indica a representatividade e as responsabilidades.

"Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis".

Ainda, é assinalado que as eleições devem ser livres e que todos os homens com "capacidade" podem participar. Isto elimina a exclusão por renda, comum nos sufrágios da Inglaterra, mas não acrescenta, como sufragistas nem mulheres nem escravos.

Art. 6º -

"Que as eleições de representantes do povo em assembleia devem ser livres, e que todos os homens que deem provas suficientes de interesse permanente pela comunidade, e de vinculação com esta, tenham o direito de sufrágio e não possam ser submetidos à tributação nem privados de sua propriedade por razões de utilidade pública sem seu consentimento, ou o de seus representantes assim eleitos, nem estejam obrigados por lei sem que, da mesma forma, não hajam consentido para o bem público."

Ainda, há claramente a influência do Iluminista Beccaria no ideário destes que redigiram a Declaração. No caso da escolha do número de jurados, no caso doze, tem a ver com os doze apóstolos e toda a tradição cristã na qual esta nação se formou.

"Que em todo processo criminal incluídos naqueles em que se pede a pena capital o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais não se poderá considerá-lo culpado; tampouco pode-se obrigá-lo a testemunhar contra si próprio; e que ninguém seja privado de sua liberdade, salvo por mandado legal do país ou por julgamento de seus pares."

Embora a escolha da religião seja livre, o modelo a ser seguido é o cristão, monoteísta.

"Que a religião ou os deveres que temos para com o nosso Criador, e a maneira de cumpri-los, somente podem reger-se pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência; conseqüentemente, todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, de acordo com o que dita sua consciência, e que é dever recíproco de todos praticar a paciência, o amor e a caridade cristã para com o próximo."

#### A Declaração de Independência

A 4 de julho de 1776, delegados de todos os territórios, reunidos na Filadélfia, promulgaram a Declaração de Independência que foi redigida por Thomas Jefferson. Com muitas falhas, a Declaração de Independência é um documento que indica o caminho da democracia, não a que seria ideal, mas a que era possível para as cabeças dominantes do século XVIII.

Particularmente interessante, é o fato de a Declaração falar de igualdade, liberdade e da busca da felicidade, enquanto ameríndios e 600.000 escravos americanos (aproximadamente) - escravos perpétuos que transmitiam seus *status* a toda a sua geração por intermédio da linha

materna - eram mantidos 110 trabalho sob a chibata. Sem dúvida, um dos fatos mais dolorosos e mais reveladores do caráter da história americana é o de o próprio autor da Declaração de Independência haver sido um proprietário de escravos.

#### A Constituição Norte-Americana

A Constituição elaborada pela Convenção da Filadélfia foi finalizada em 1787 e consistia, originariamente, de um preâmbulo e sete artigos e assim foi aprovada pela maioria de trinta e nove dos cinquenta e cinco delegados que representavam os doze Estados (o Estado de Rhode Island não compareceu). Todos os Estados acabaram por ratificá-la. A Constituição determina a divisão dos poderes em três: Executivo, Legislativo e Judiciário. O legislativo é bicameral, ou seja, tem duas câmaras, a Câmara dos deputados, chamada "Casa dos Representantes" (House of Representatives) e o Senado.

Os deputados devem ser eleitos de dois em dois anos, devendo ter idade mínima de vinte e cinco anos. O número de representantes é proporcional ao número de habitantes de cada Estado.

Os senadores - que necessariamente têm que ter 30 anos, no mínimo - em número de dois para cada Estado são eleitos por seis anos, mas a cada dois anos um terço das vagas no senado devem ser colocadas à disposição para eleições.

O Executivo é composto pelo Presidente e o vice-Presidente e seu mandato é de quatro anos. A eleição não é completamente "direta" porque nem todos os eleitores votam diretamente para presidente. Para concorrer à presidência o indivíduo deve ser americano nato e ter, no mínimo, 35 anos de idade.

Ao Poder Judiciário cabe fiscalizar a execução das leis e punir culpados por transgressões. Ele é composto por uma Suprema Corte e por tribunais inferiores. A Suprema Corte pode, dependendo do caso, exercer jurisdição originária, em outros casos é recursal.

#### A Equity e a Common Law nos Estados Unidos

Os Estados Unidos têm sua Equity e sua Common Law, mas ambos estão subordinados ao entendimento federalista encontrado na Constituição.

A *Equity*, como na Inglaterra, aos poucos, tornou-se um corpo específico de direito positivo, com conteúdo próprio. As matérias disciplinadas por ela são: patrimônio, trusts, hipotecas (na parte que não incide o direito comum), cessão de direitos, proteção de direitos e bens de incapazes, administração de bens do espólio nas sucessões, sub-rogação pessoal, casos de caducidade de direitos e de penas convencionais, casos fortuitos.

A *Common Law* não é totalmente descartada, a tradição manteve-se de tal maneira que os Estados obtiveram a atribuição da competência para declarar este direito por via judicial ou promulgá-lo, por via legislativa.

#### A Revolução Francesa (1789-1799)

Às vésperas da Revolução Francesa o país ainda era agrário, mais de 85% da população vivia no campo. O capitalismo já estava presente e crescia a olhos vistos nesta sociedade, mas a organização social era baseada em estamentos, como na Idade Média. A sociedade era dividida em três estados.

No primeiro estava o clero (alto clero - como bispos e abades - e baixo clero - padres e vigários), o segundo estado era composto pela nobreza que, por sua vez, se subdividia em três subgrupos: a nobreza palaciana que vivia das pensões do rei e usufruía de cargos públicos, a nobreza provincial, que vivia no campo, e a nobreza de toga, que era composta por pessoas oriundas da burguesia que, por muito dinheiro, haviam comprado cargos e títulos de nobreza.

O terceiro estado, que açambarcava 98% da população, era formado por inúmeros subgrupos, mais ou menos divididos como classes sociais (baseados no poder econômico).

A estranha contabilidade francesa, que fazia que a maioria absoluta pagasse por privilégios caríssimos de uma minoria que se achava merecedora de tal adulação, acabou por tornar a economia francesa um caos. Para se ter uma ideia, só os gastos da corte que vivia no Palácio de Versalhes representavam 10% das despesas de toda a França.

Como a máquina do Estado era ineficiente, os cobradores de impostos eram particulares que exploravam ao máximo quem pagava impostos. O déficit no orçamento era imenso e a dívida externa francesa era o dobro de todo dinheiro em circulação.

Para tentar achar um caminho para vencer a crise, o governo convocou representantes do Clero, da nobreza e da alta burguesia; era a Assembleia dos Notáveis de 1787.

A proposta era o aumento dos impostos territoriais, o que foi recusado com veemência pelos nobres. O rei Luis XVI nomeou então um novo ministro e convocou a "Assembleia dos Estados Gerais" que não era convocada desde 1614.

Em 9 de julho de 1789 a Assembleia Nacional tornou-se "Assembleia Constituinte".

No dia 26 de agosto é aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que Luis XVI recusa-se a aprovar, gerando uma maior reação popular. Cai na mão do povo o maior símbolo da monarquia absoluta francesa, o Palácio de Versalhes.

A necessidade de uma Declaração de Direitos para aqueles que a confeccionaram residia no fato de que a ignorância ou a não-aplicação de direitos seria a causa dos males de uma sociedade.

O Iluminismo, somado às necessidades de igualdade que esta sociedade tinha, gerou um interessante código:  
"Art. 5º - A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene."

"Art. 7º - Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência." (Cesare Beccaria).

"Art. 9º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei."

### A Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã

As mulheres tiveram papel preponderante na Revolução; foram às ruas, lutaram ombro a ombro com os homens revolucionários, entretanto, mesmo no documento mais genérico, uma declaração de princípios, que é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elas são colocadas em uma situação muito estranha. Se os homens (vistos enquanto humanidade) nascem livres e iguais em direitos, como distinguir, de pronto, homens e mulheres? Como compreender que mulheres não obtivessem direitos mínimos?

As francesas só puderam exercer o direito de voto - questão básica para uma cidadania em uma democracia representativa - a partir de 1944. A França foi a penúltima a dar este passo; só faltava a Grécia na Europa.

Em 1791, como resultado das decepções geradas nas revolucionárias pelo caráter masculino que tomava a visão de direitos e cidadania da Revolução, Olympe de Gouges redigiu a "Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã". Esta declaração, um marco qualitativo na história das Ideias de Igualdade, foi baseada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e busca um caráter incluyente tanto de homens quanto de mulheres.

## Era Napoleônica e o Código Civil

Napoleão Bonaparte visava restituir uma espécie de monarquia tendo como centro a si mesmo, mas quem o colocou e o manteve no poder, foram burgueses, principalmente representantes da alta burguesia que, sem abdicar de conquistas conseguidas com o início da Revolução, não considerava interessante manter o governo de tal forma que poderia parar nas mãos de qualquer um que não fosse de sua conveniência.

Uma nova Constituição foi feita no final de 1799, sendo aprovada por plebiscito com mais de 3 milhões de votos. A França permanecia uma República, o Poder Legislativo passou a ser composto por quatro Assembleias: o Conselho de Estado - que preparava as leis; o Tribunal - que as discutia; o Corpo Legislativo - que as votava; e o Senado - que era responsável por sua execução.

O Poder Executivo era comandado por três cônsules, nomeados pelo Senado com mandatos de 10 anos. O primeiro-cônsul concentrava a maior parte dos poderes: a ele cabia propor e publicar leis, nomear ministros, funcionários, juízes. Este cargo era de Napoleão Bonaparte, este ignorava, sempre que considerava necessário, a constituição.

Em 1802 Bonaparte recebeu o título de "cônsul vitalício" e, em termos gerais, foi um bom administrador: reorganizou e centralizou a administração, criou um corpo de funcionários para a arrecadação de impostos, fundou o Banco da França, dando exclusividade a este na emissão de papel-moeda, conseguiu melhorar muito a situação econômica do país.

Napoleão deu à França um conjunto de códigos: de 1804 a 1810 foram promulgados um Código Civil, um Código de Processo Civil, um Código Comercial, um Código Penal, um Código de Processo Penal e um Código de Instrução Criminal. A maior parte deles mantêm-se, em grande parte, em vigor, até hoje, na França e na Bélgica.

"A esposa é obrigada a viver com seu marido e segui-lo para qualquer lugar que ele julgue conveniente morar; o marido é obrigado a receber

a esposa e fornecer a ela tudo o que é necessário à sobrevivência, de acordo com seus meios e condição social. “

"A esposa não pode processar em seu próprio nome. sem a autoridade de seu marido".

"O marido pode demandar divórcio por causa de adultério da esposa. “

"A esposa pode demandar divórcio por causa do adultério do marido, quando este leva sua concubina para dentro da residência dos esposo".

"Crianças nascidas fora do matrimônio, como fruto de intercuro incestuoso ou de adultério podem ser legitimadas pelo subseqente casamento de seu pai e sua mãe".

A adoção é outro caso interessante no Código Napoleônico, era um instituto legalizado, mas, com tantos entraves, teria sido mais simples proibir. O adotante deveria ter pelo menos cinquenta anos e quinze a mais que o adotado; o adotante não poderia ter herdeiros e o adotado deveria ser menor de idade.

## 8. O DIREITO LUSITANO<sup>9</sup>

Quando Roma tomou a Península Ibérica muitos povos já haviam habitado o lugar: Celtas, Iberos, Tartéssios, Cartagineses, Fenícios, Gregos e os Celtiberos, destacando-se entre estes os Lusitanos, que habitavam o norte e o centro do que hoje é Portugal. Estes mantiveram, mesmo depois da romanização, traços básicos de sua cultura que formaram uma das bases para a elaboração social da sociedade portuguesa.

No final do primeiro século a.C., foi feita uma reforma administrativa por Roma, estas reformas dividiam a Península em três províncias. O atual território português encontrava-se na província chamada Tarraconense até o rio Douro e nos limites de outra chamada Lusitânia.

A romanização foi coroada em 212 d.C., com a Constituição Antoniana, que concedeu cidadania romana a todos os habitantes do império. Isto significava, na prática, que todos os que habitavam em território romano ou conquistado por Roma teriam acesso a direitos e deveres contemplados pelas leis romanas.

Com esta igualdade outras consequências podem ser vistas, como por exemplo, o surgimento de uma grande demanda de pessoas necessitadas de conhecimentos acerca do direito romano e o problema com a duplicidade de ordenamentos jurídicos que coexistiam nas Províncias, já que, como havia, antes de 212, leis romanas para romanos e leis aplicáveis a não romanos e esta divisão não acabaria subitamente.

### Os Muçulmanos na Península

Nos últimos anos de vida de Maomé apenas parte da Península Arábica estava conquistada pelos muçulmanos, após a sua morte foi formado um Estado teocrático militar, governado por Califas, chefes

---

<sup>9</sup> Nunes, Rizzato Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa / Rizzato Nunes. – 14. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

político-religiosos que lideraram um movimento expansionista que acrescentou territórios ao império árabe com uma velocidade jamais vista.

Muitos fatores influenciaram esta expansão: necessidade de terras férteis, explosão demográfica, o interesse na ampliação das atividades comerciais, conversão de outros povos e a Jihad, a guerra santa, o dever do muçulmano de combater os infiéis.

Na Península Ibérica os muçulmanos, ou mouros, como eram conhecidos por lá, permaneceram até o século XV influenciando sobremaneira a cultura da região onde hoje estão Portugal e Espanha.

Esta influência só não foi maior por causa da política de tolerância dos muçulmanos. Estes mantinham a estrutura dos locais conquistados, mudando apenas seus nomes ou denominações, buscavam também respeitar as instituições existentes, inclusive no tocante ao direito.

## O Nascimento de Portugal

Nos séculos IX e X somente o norte da Península Ibérica escapava ao domínio árabe, mas a partir do século XI com a formação dos reinos cristãos de Castela, Aragão, Navarra e Leão a luta pela expulsão dos muçulmanos iniciar-se-ia efetivamente.

"Portugal nasceu com uma espada na mão" é o que diz um velho ditado lusitano, e é fato. As guerras chamadas de "Reconquista" marcaram toda a organização do Estado Português. Como havia uma exigência permanente de constante mobilização militar a figura do chefe do exército foi reforçada, facilitando a centralização em torno do rei.

Um dos momentos mais importantes do início da história portuguesa foi o reinado de D. Diniz, entre 1279 e 1325 porque a formação da Nação Portuguesa deve-se muito aos atos deste monarca que unificou a língua em todo território, impondo o português nos

documentos públicos, que antes eram escritos em Latim e a fundação de Universidades.

Este mesmo monarca fez valer em Portugal um documento legal que já vigorava na Espanha: a Lei das Sete Partidas. Esta era uma exposição jurídica de caráter enciclopédico, inspirado, basicamente, no direito romano e no direito canônico que tinha em vistas suplantar os costumes e o chamado "direito velho".

Assim, o início da história codificada do direito português é o início da luta contra o direito privado que existia em detrimento do direito público. Este passou a ser formado baseado no renascimento do direito romano (que foi propiciado pelas universidades que surgiam) e pela utilização do direito canônico como direito subsidiário e, como fonte de aprendizado do modo de feitura de códigos e leis.

Foi no reinado de D. Diniz que o serviço judiciário foi reestruturado com a criação do cargo de juiz e introduziu o cargo de Procurador do *Concelho* que tinha a atribuição de cuidar dos interesses públicos (o que faz com que alguns autores considerem este como sendo o gérmen do Ministério Público).

A Era das Ordenações:

As Ordenações Afonsinas

A primeira compilação de fato com características eminentemente portuguesas, nasceu com este intuito mesmo, ser portuguesa, diferenciando-se da legislação espanhola.

As Ordenações Afonsinas são divididas em cinco livros: o primeiro é relativo aos regimentos dos cargos públicos (régios e municipais) compreendendo o governo, a justiça, a fazenda e o exército; o segundo é sobre Direito Eclesiástico, jurisdição e privilégios dos donatários, as prerrogativas da nobreza, e o estatuto dos judeus e dos mouros; o terceiro livro diz respeito ao processo civil; o quarto é de direito civil, englobando o direito das obrigações e contratos, o direito das coisas, o direito de família e sucessões; o quinto e último livro aborda o direito penal e o processo penal.

A Estrutura Judiciária colocada pelas Ordenações Afonsinas contava com Magistrados Singulares e Tribunais Colegiados de segundo e terceiro grau de jurisdição, além de magistrados com funções específicas postos acima dos Tribunais Colegiados.

Os Magistrados Singulares eram:

Os Juízes Ordinários: estes não eram bacharéis em direito, eram eleitos pelos "homens-bons" da Câmara Municipal.

Os Juízes de Fora: bacharéis em direito, nomeados pelo rei, podiam substituir os juízes ordinários.

Os Juízes de Órfãos: sua competência era o julgamento de causas referentes aos interesses de menores, inventários e tutorias.

Os Juízes de Vintena: eram os juízes de paz nas localidades com até vinte famílias.

Os Almotacéis: que passaram a ter por função a apreciação de litígios sobre servidão urbana e crimes praticados por funcionários corruptos.

Os Juízes de Sesmaria: cuja função era o julgamento de questões envolvendo terras.

Os Juízes Alvazis dos Avençais e dos Judeus: que tinham por obrigação dirimir questões havidas entre funcionários régios e entre judeus.

Os Tribunais Colegiados - Segundo Grau de Jurisdição eram assim compostos:

Desembargo do Paço: tinha como objetivo apreciar questões cíveis relativas à liberdade do indivíduo, tais como graça, perdão, indulto, privilégios etc.

Conselho da Fazenda: a sua função precípua era a de solucionar litígios acerca de arrecadação de tributos.

Mesa da Consciência e Ordem: responsável pela apreciação dos recursos dos demais juízes. ‘

O Tribunal Colegiado – 3º grau de jurisdição - era a Casa de Suplicação, que era a terceira e última instância da justiça portuguesa com competência delimitada.

Era do rei o mais alto cargo da Justiça, visto que ele era o Governador da Casa da Justiça na corte, que era o mais alto e principal Ofício da Justiça.

As Ordenações Afonsinas têm muita influência do direito Canônico, muitas vezes, inclusive, tem-se a utilização da palavra "pecado" como sinônimo da palavra "crime". Isto gera, mais que uma simples confusão de termos, uma consequência imediata, não importa somente a materialidade do crime, mas, também, a intenção do acusado, porque, como pecado, é assim que se mede a culpa do indivíduo e é através desta aferição de intenção que se pode graduar a pena, se assim for possível dentro da lei.

#### As Ordenações Manuelinas

As Grandes Navegações e os avanços tecnológicos e filosóficos do período faziam mudar a mentalidade, as coisas tinham que ser mais velozes, o mundo era maior que o Mediterrâneo e o contato era um pouco mais fácil. Como não querer dar mais agilidade também à legislação? O estilo em que foi escrita a Ordenação Afonsina era rebuscado e com uma linguagem muito mais próxima do Castelhana que os Portugueses agora gostariam de ter.

Assim, em 1505, cinquenta e nove anos após a promulgação da Ordenação Afonsina, D. Manuel, chamado "o Venturoso", mandou revisá-la e a revisão acabou por gerar uma nova Ordenação, a Ordenação Manuelina, de 1521.

A Ordenação Manuelina é diferente da Afonsina, porque foi feita em estilo "decretório", ou seja, a redação é em decretos, como se fossem todas normas novas, independentemente de serem, e muitas vezes o eram, novas formas de leis vigentes. Em contrapartida as duas ordenações assemelham-se porque partem do pressuposto que quando algo não está previsto deve ser consultado o direito romano, ou seja, ambas mantêm o direito romano como subsidiário.

Na Ordenação Manuelina fica claro que ainda não havia a diferenciação entre crime e pecado e que alguns pecados eram tão graves para esta sociedade que a pena não fazia distinção de pessoas, além de ser aplicada também para a descendência do indivíduo que cometeu o delito, neste caso a pena seria a de "morte em vida", considerada uma das mais cruéis criadas pelo ser humano, a Pena de Infâmia. Reunindo todas estas características pode-se tomar o caso da sodomia:

"Qualquer pessoa, de qualquer qualidade que seja que pecado de sodomia por qualquer guisa fizer, seja queimado, e feito por fogo em pó, por tal que jamais nunca do seu corpo, e sepultura possa ser havida memória, e todos os seus bens sejam confiscados pela Coroa de Nossos Reinos, posto que tenha ascendentes ou descendentes: e mais pelo mesmo caso seus filhos e descendentes. ficarão inábeis, e infames, assim propriamente como os daqueles que cometem o crime de lesa Majestade contra seu rei e senhor. "

É dada a D. Manuel, o Venturoso, a qualidade de ter exigido, com maior ímpeto a formação acadêmica de direito para aqueles que trabalhavam com a Justiça, em seu reinado, os Juízes de Fora eram obrigatoriamente advogados formados, mas, apesar disso, ou por causa disso dirão os críticos, a fama dos operadores do direito não era das melhores.

Com o passar do tempo novas leis foram sendo elaboradas, umas alteravam dispositivos da Ordenação, outras revogava-os parcialmente, outras ainda somente esclareciam o texto.

Tendo em vista a menoridade do herdeiro do trono, D. Sebastiao, seu regente, D. Henrique incumbiu Duarte Nunes Leão de compilar as leis posteriores, o que foi feito sendo aprovado em 1569. Alguns autores denominam esta legislação de Compilação de D. Duarte Nunes Leão, outros a chamam de Código Sebastião.

D. Sebastião, que assumiu o trono aos quatorze anos em 1571, foi criado por Jesuítas e era um adolescente com uma tipicidade perigosa para um monarca absolutista: ele desejava ser herói e, em certa medida, por alguns séculos, o foi para muitos.

Em 1578, ele saiu de Portugal à frente de um exército de 18.000 homens para tentar fazer o que considerava seu destino, combater os infiéis - no caso, os muçulmanos - e disseminar a fé cristã. D. Sebastião perdeu a batalha de Alcácer-Quibir no norte da África e seu corpo nunca foi encontrado. O problema era que ele não tinha filhos, o que abriu uma séria crise dinástica.

Quando um monarca não tem herdeiros diretos em linha descendente, são procurados outros parentes e o homem mais próximo em parentesco pode assumir o trono. Assim foi no caso de Portugal, D. Henrique, tio-avô de D. Sebastião ascendeu ao trono, mas veio a falecer sem herdeiros visto que, embora não seja impeditivo, ele era Cardeal. Assim, desta forma abriu-se uma crise dinástica, porque não havia herdeiros diretos.

Vários "candidatos" apresentaram-se para a sucessão, o mais forte foi o rei de Espanha, Filipe II, neto de D. Manuel e supremo chefe de uma das maiores forças militares da época. Por este último motivo, todos os pretendentes ao trono português perderam suas possibilidades e Filipe tornou-se, ao mesmo tempo, rei da Espanha e de Portugal, é a chamada União Ibérica.

Foi no reinado de Filipe II que foi promulgada a Ordenação Filipina, em 1603, o mais duradouro documento jurídico tanto da história de Portugal quanto do Brasil.

A Ordenação Filipina segue a técnica da compilação revisando também um pouco das normas contidas na Ordenação Manuelina, que foi uma de suas principais fontes ao lado da compilação de Duarte Nunes Leão (ou Código Sebastião).

A estrutura judiciária da Ordenação Filipina é um pouco mais complexa que a das anteriores e, já que esta esteve em vigor em

Portugal e no Brasil por tanto tempo. A quantidade de juízos singulares aumentou e proliferaram as funções específicas de cada um, os Tribunais Colegiados do segundo e terceiro graus de jurisdição também seguiram o mesmo caminho.

Como exemplo:

A pena de morte é considerada a mais cruel de todas elas, dentre ela, a "morte civil", o indivíduo mesmo vivo, não tem direito algum, vive como se não mais vivesse. Em alguns casos, o culpado do delito era morto (no caso morte cruel) e seus filhos teriam como herança a morte civil.

### O Período Pombalino

Enquanto em alguns países o Iluminismo agiu como elemento perturbador da ordem estabelecida em outros foi utilizado para reforçar o absolutismo e assim o foi com Portugal. O rei D. José II (1714-1777) nomeou como secretário de Estado o homem que reformaria o Estado Português dando mais estabilidade a este e modernizando-o, era Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal.

Outro fato importante foi a transferência da capital do estado do Brasil, de Salvador para o Rio de Janeiro. A obra de Pombal que talvez chame mais a atenção na História do direito foi a que modernizou a ordem jurídica portuguesa. Esta modernização deu-se de dois modos, primeiro houve a edição da Lei da Boa Razão de 18 de agosto de 1769, que reformulava a estrutura jurídica do direito.

O segundo modo foi a reforma dos Estatutos das Universidades, esta foi feita após o estudo de uma Comissão o que gerou a Carta de Lei de 28 de agosto de 1772, que introduziu as cadeiras de Direito Natural, História do Direito Romano e do Direito Pátrio, Direito Público Universal o Direito das Gentes. O estudo do direito pátrio era o que ensinaria a interpretação e a execução das leis, um marco para a época.

As Constituições Portuguesas

Portugal iniciou seu "caminho constitucional", um tanto tortuoso depois da situação gerada pela invasão da França Napoleônica e da transferência da Família Real Portuguesa para o Brasil.

Os Portugueses, insatisfeitos, fizeram uma revolução em 1820 e formaram um governo: a Junta Provisional do Governo Supremo do Reino que, já em dezembro do mesmo ano, mandou fazer uma eleição de deputados para as Cortes Extraordinárias Constituintes, convocadas para Lisboa.

O primeiro passo das Cortes foi o de aprovar o projeto de Bases da Constituição Portuguesa em março de 1821. Os constituintes parecem ter querido apresentar os princípios que norteariam a substituição da antiga legislação pelo - inspirados nos ideais iluministas da Revolução Francesa - novo "pacto social", indicando a base da Constituição que seria feita.

Sobre estas bases foi elaborado o projeto de Constituição que, após muitos debates, foi promulgado em 23 de setembro de 1822 e em outubro do mesmo ano foi jurada por D. João VI. Tem como fontes a Constituição Espanhola de 1812 e inspira-se na Constituição Francesa de 1791 e na de 1795, assim encontramos ideais iluministas como a soberania nacional, a separação de poderes e a liberdade política.

Em novembro de 1822, as potências da Santa Aliança (reunião de países que visava refazer, conforme seus interesses, a Europa após Napoleão) resolveram intervir na Espanha e acabaram por invadir este país e restaurar a monarquia absolutista. Animados com estes fatos portugueses contrários a qualquer limitação do poder real, inclusive opositores de qualquer constituição, promoveram uma revolta que ficou conhecida como "Vila Francada" liderada pelo Infante D. Miguel - irmão de D. Pedro I do Brasil - que revogou a constituição e restaurou o absolutismo.

Com a morte de D. João VI, tendo em vista e desconfiança no Brasil, D. Pedro abdicou do trono português em favor de sua filha de sete anos, Maria da Glória que deveria, como condição para a abdicção,

casar-se com o tio D. Miguel e que em Portugal uma nova Carta Constitucional fosse jurada.

A nova carta, a Constituição de 1826, chamada por muitos de Carta Constitucional simplesmente, foi feita no modelo que já havia sido aplicado no Brasil. Sua principal fonte foi a Constituição brasileira de 1824, desta forma podemos ver o Poder Moderador também nesta Constituição.

D. Miguel aclamou-se rei e em 1828 a Carta foi anulada e iniciou-se um período de guerra civil que somente iria terminar em 1834, com a derrota de D. Miguel para D. Pedro, que abdicara no Brasil, e com a morte daquele. A Carta Constitucional voltou a vigorar.

Uma revolta, chamada Setembrista, obrigou D. Maria II a retornar com a Constituição de 1822 ao mesmo tempo que uma nova Constituição era elaborada. Em abril de 1838, Portugal tinha uma nova Constituição.

Em 1842 um golpe de Estado restaurou a Carta Constitucional de 1826 que permaneceu até 1910 ano da Proclamação da República em Portugal, com revisões em 1852, 1885 e 1896.

A República foi proclamada em 5 de outubro de 1910, no mesmo dia organizou-se um governo provisório que estabeleceu as regras para as eleições para deputados constituintes. A Assembleia Constituinte reuniu-se a partir de abril de 1911, sendo promulgada a Constituição em agosto do mesmo ano.

As principais fontes deste texto constitucional são a Constituição Republicana brasileira de 1891 e a Constituição de 1822. Exerceu também considerável influência no texto constitucional de 1911 o programa do Partido Republicano Português.

Por sucessivas leis de 1919, 1920 e 1921, a Constituição foi sujeita a alterações, sendo as mais importantes: o direito concedido ao presidente da República de dissolver as Câmaras; a regulamentação escrita dos poderes do Governo durante o período de dissolução do Congresso; a

aprovação das bases da reforma da administração ultramarina, no sentido de uma larga autonomia.

Em 28 de Maio de 1926 deu-se nova revolta militar, que instituiu outra vez a ditadura. O Decreto de 9 de junho de 1929 dissolveu o Congresso da República, altura em que cessou de fato a vigência da Constituição de 1911, que somente veio a ser substituída pelo texto constitucional que entrou em vigor em 11 de abril de 1933. A atual Constituição de Portugal foi promulgada em 1976 após a reinstalação da democracia.

## 9. BRASIL COLÔNIA. BRASIL REINO. BRASIL IMPÉRIO<sup>10</sup>.

### Brasil Colônia

Primeiros habitantes do Brasil – ÍNDIOS – Sem lei (nos moldes europeus).

Não tinham escrita.

Não eram cristãos.

O casamento era preferencialmente avuncular (tio materno com sobrinha). Era permitido casamento fora da tribo, mas o noivo era obrigado a prestação de serviços aos pais, tios e irmãos da noiva.

Casar-se e divorciar-se era um ato simples.

Permissão da Poligamia e poliandria.

### Os tratados antes do Brasil

Território Brasileiro era disputado por Espanha e Portugal.

Tratado de Toledo (1480) - que dava a Portugal a exclusividade de águas e terras ao sul das Canárias.

Bula Inter Coetera (1493) - o Papa Alexandre VI expediu a Bula Inter Coetera, que dava domínio aos Espanhóis, a pedido do Rei Católico (Fernando e Isabel), de todas as ilhas e terras firmes descobertas ou não, que não fossem possuídas por outro Príncipe Católico antes do Natal de 1492.

Tratado de Tordesilhas (1494) - Portugal não fica satisfeita e pressiona a Espanha e assinam o tratado, sendo, tudo que estivesse a 370 léguas a oeste das Ilhas Cabo Verde seria espanhol e a Leste, de Portugal (todo o Atlântico Sul).

Por fim, medo de invasões, guerras, descoberta de ouro e prata, o Pau-Brasil, Portugal começa a colonizar o Brasil.

---

<sup>10</sup> Nunes, Rizzato Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa / Rizzato Nunes. – 14. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

A montagem de um aparato jurídico

Portugal traz para a colônia os princípios de sua administração, com organização e atribuições políticas, administrativas e judiciárias semelhantes às da metrópole, seguindo a legislação metropolitana. 1548, criação do Governo Geral.

Como auxiliares dos Governadores foram instituídos ainda três cargos, cada qual com Regimento próprio:

**Provedor Mor da Fazenda** - que cuidava de organizar a cobrança de impostos e prover cargos;

**Capitão Mor da Costa** - com atribuições de defesa

**Ouvidor Mor** - com função jurídica administrativa.

Obs.: Tais funções muitas vezes se misturavam, não se trata de uma divisão como agora entre os 03 (três) poderes.

Outras funções Judiciárias

**Ouvidor** - além das funções administrativas cabia-lhe conhecer e julgar: por ação nova ou por avocação a seu juízo, os processos cíveis e criminais em que fossem partes interessadas juízes alcaides, procuradores, tabeliães, fidalgos, abades, priores ou pessoas gradadas; suspeições de juízes e as causas em que este se desse por impedido; as causas da competência dos juízes de fora, das cidades e vilas situadas a duas léguas ou menos da sede da comarca; agravos dos juízes ordinários e de fora e as apelações dos juízes ordinários nas causas que não excedessem sua alçada.

**Juiz Ordinário ou da Terra** - eleito entre os homens bons (homens considerados de "maior valor") tinha como função: processar e julgar processos cíveis e criminais; onde não houvesse juiz de órfão deveria exercer também as atribuições deste; processar e julgar, sem recurso, juntamente com os vereadores as injúrias verbais ou, singularmente, mas com recurso quando o caso tratasse de fidalgo ou cavaleiro; julgar as apelações e agravos das decisões dos almotacéis.

**Juiz de Vintena** - eleito anualmente pela câmara de vereadores na base de um juiz para cada 20 habitantes, distante uma légua pelo menos da sede, cabia-lhe: julgar em processo verbal, sem apelação nem agravo as questões de pequena monta, excluindo-se as relativas a bens imóveis e infrações a posturas municipais.

**Almotacéis** - em número de dois para cada município competia-lhes: questões sobre servidões urbanas e nunciações de obras novas.

**Juiz de Fora** - era nomeado pelo poder central e substituída o juiz ordinário nas causas cíveis cujo valor não ultrapassasse mil réis nos bens móveis e nas localidades de até 200 casas, bem como como tinha a competência para causas de bens móveis com valor de até 600 réis e bens imóveis até 400 réis.

**Juiz de Órfãos** - eleitos ou nomeados se o município possuísse mais de 400 vizinhos e cabia-lhe processar e julgar inventários, partilhas, causas decorrentes deles ou em que fosse parte deles menores ou incapazes, assim como as causas envolvendo tutela e curatela.

Para o segundo e terceiro grau de jurisdição o órgão máximo era a Casa de Suplicação, com sede em Lisboa. Outros eram o Desembargo do Paço, a Casa do Porto, a Mesa de Consciência e Ordens, o Conselho Ultramarino, a Junta de Comércio, o Conselho do Almirantado, o Tribunal da Junta dos Três Estados, o Régio Tribunal ou Fazenda e o Tribunal do Santo Ofício.

Brasil Reino

A Convenção Secreta de Londres – 1807 – imposição da transferência da Monarquia Portuguesa para o Brasil.

A chegada da corte e a abertura dos portos.

A Criação do Banco do Brasil – Emissão de moeda e custeio para o governo de D. João.

A Justiça no Período de D. João

O Governo regente fundiu os dois principais Tribunais Portugueses, o Desembargo do Paço e a Mesa da Consciência sendo então instituída a "Meza do Desembargo do Paço, e da Consciência e Ordens", isto sem acabar com os tribunais já existentes em Portugal. Era composto por um Presidente e desembargadores nomeados. Também por deputados da Meza da Consciência que se reuniam todas as manhãs de dias úteis.

Em 10 de maio de 1808 criou-se o cargo de intendente Geral de Polícia, superior aos juízes criminais, a quem se poderia recorrer em caso de prisão para investigação. (Um juiz de garantias).

#### A criação do JUIZ CONSERVADOR DA NAÇÃO BRITÂNICA

D. João cria a mais estranhas "anomalias jurídicas" que se tem conhecimento na Idade Moderna e Idade Contemporânea, o Juiz conservador da Nação Britânica:

Esse juiz deveria ser luso-brasileiro, mas era escolhido pelos ingleses residentes no Brasil e somente ele poderia julgá-los.

Obs.: Tal juiz já existia em Portugal, criado pelo Rei Afonso V em 1450.

#### Elevação á condição de Reino Unido

Com a família real no Brasil, não éramos mais somente Colônia, mas também não éramos independentes. Necessidade de elevar à condição de reino, mas isso traria impacto, porque assim seríamos igual a Portugal. Mas, como todas as decisões saiam daqui (família real estava aqui), já éramos vistos como Reino na Europa.

Em 16 de dezembro de 1815, com aval legal da Lei Portuguesa, tomamo-nos Reino Unido.

#### BRASIL IMPÉRIO

##### A Independência do Brasil e a Constituinte de 1823

Em 23 de maio de 1822, antes da Independência, sugeriu-se a convocação de uma Assembleia Geral das Províncias do Brasil para ver

a situação do Brasil junto à Portugal e examinar as condições das leis portuguesas e sua aplicação no Brasil, propor emendas e/ou alterações. Porque tudo isso?

A obediência às Cortes Portuguesas e a possibilidade de volta do Brasil à condição de Colônia.

Em 3 de junho de 1822 foi convocada a Constituinte, (3 meses antes da "independência", mas somente em 3 de maio de 1823 que se deu a abertura à essa Constituinte. Houve grande perseguição aos jornais (com censura e até fechamentos) para represar qualquer ideia que não fosse do próprio imperador e seus aliados. D. Pedro I aceitava a constituinte, desde que digna do Brasil e dele. A Constituinte funcionaria, não por direito próprio, mas enquanto fiel ao sistema monárquico.

O anteprojeto foi feito por uma comissão de 6 deputados. Continha 272 artigos.

A eleição seria em 2 turnos. A capacidade eleitoral se dava pela renda da pessoa, mas não medida em dinheiro e sim com base no preço de uma mercadoria de consumo corrente, a farinha de mandioca, daí chamada de "Constituinte de Mandioca".

Os eleitores de primeiro grau deveriam ter renda mínima equivalente a 150 alqueires de farinha de mandioca, eles elegeriam os eleitores de segundo grau que para sê-lo deveriam ter renda mínima de 250 alqueires de farinha de mandioca.

Estes últimos elegeriam deputados e senadores que, para candidatarem-se a tais cargos deveriam ter renda correspondente a quinhentos e mil alqueires, respectivamente.

O que deu errado?

Feita por Brasileiros, o anteprojeto valorizava a representação nacional.

Ainda, o veto do Imperador aos projetos aprovados pela Câmara (feita pelos brasileiros), seria apenas de caráter suspensivo e não definitivo. Por fim, as forças armadas estariam sob as ordens do Parlamento e não do Imperador. Assim, a não concordância de D. Pedro

l do veto apenas suspensivo feria os brios absolutistas do monarca e de seus aliados.

Alegando que a Assembleia Constituinte estava trazendo graves perigos à Nação (sua libertação do julgo do próprio Imperador), este dissolve a Assembleia e cria uma comissão da sua própria confiança para fazer a Constituição.

Constituição Outorgada de 1824

Composta por seis ministros e quatro membros escolhidos pelo Imperador, a Constituição foi outorgada.

Atenção:

**Constituição Outorgada** - não há vontade popular em sua elaboração, ela é imposta unilateralmente por quem está no poder, sem consulta popular.

**Constituição Promulgada** - expressa a vontade popular, representada através de uma Assembleia Constituinte, que a elabora com intuito democrático.

Alguns Pontos da Constituição de 1824

Art. 3º O seu governo é monárquico, hereditário, constitucional e representativo.

Art. 10. Os Poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

Poder Moderador?

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes políticos.

Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo o o exercita pelos seus ministros de Estado.

Art. 101 - O Imperador exerce o Poder Moderador (...)

6º - Nomeando e demitindo livremente os ministros de Estado

Art. 45. Para ser senador requer-se:

1º) Que seja cidadão brasileiro e que esteja no gozo dos seus direitos políticos.

2º) Que tenha a idade de quarenta anos para cima.

3º) Que seja pessoa de saber, capacidade e virtudes, com preferência os que tiverem feito serviços à Pátria.

4º) Que tenha de rendimento anual, por bens, indústria, comércio ou empregos, a soma de oitocentos mil réis;

No âmbito jurídico:

Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo e o exercita pelos seus ministros de Estado.

São suas principais atribuições: (...)

12) Expedir os decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das leis;

Art. 151. O Poder Judicial é independente, e será composto de juízes e jurados, os quais terão lugar assim no cível como no crime, nos casos, e pelo modo, que os códigos determinarem.

Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo e o exercita pelos seus ministros de Estado.

São suas principais atribuições: (...)

3º Nomear magistrados.

Hoje em dia, algumas garantias institucionais são imprescindíveis para que se considere o Poder Judiciário como independente. São elas: independência orçamentária, vitaliciedade, irredutibilidade de subsídios e inamovibilidade.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma.

O Código Criminal de 1830

No Código Criminal de 1830 existia a divisão entre as partes geral e especial. Seus 313 artigos são distribuídos da seguinte forma em seu corpo:

I - dos crimes e das penas, arts. 1º a 67;

II - dos crimes públicos, arts. 68 a 178;

III - dos crimes particulares, arts. 179 a 275;

IV - dos crimes policiais, arts. 276 a 313.

## 10. A REPÚBLICA VELHA E A CONSTITUIÇÃO DE 1891. A ERA VARGAS – 1930 A 1946. A CONSTITUIÇÃO DE 1937.

### A REPÚBLICA VELHA E A CONSTITUIÇÃO DE 1891

Um fato histórico importante: A abolição dos escravos.

A monarquia privilegiava os “Barões do Café”.

A monarquia já não atendia aos interesses de parte da população, principalmente, latifundiários.

O golpe militar e o nascimento da REPÚBLICA.

O Governo Provisório e a decretação do Regime Republicado.

O país tem um novo nome: Estados Unidos do Brasil.

Fim da Constituição de 1824 e o início de uma “Ditadura Militar”.

A família real foi banida por decreto e várias pessoas presas.

A criação da Comissão Militar de Sindicâncias e Julgamentos, um tribunal de exceção, que poderia condenar até a pena de morte.

Quem poderia ser condenado?

Quem conspirasse com a República;

Quem promovesse por escrita ou atos a revolta civil e a indisciplina militar;

Quem tentasse subornar ou aliciar soldados e oficiais contra os valores republicanos;

Quem exprimisse falsa ou subversivas expressões contra a República;

Quem, usando da embriaguez, insubordinasse os soldados.

O Governo Provisório nomeou uma Comissão de juristas, chamada “Comissão dos Cinco” que, a partir de janeiro de 1890 começou a elaborar o projeto constitucional.

Deodoro da Fonseca convoca as eleições para a Assembleia Constituinte em 22 de junho de 1890.

Todos os brasileiros puderam votar? Não.

Tinha direito a voto, Brasileiros, em uso dos seus direitos civis e políticos que soubessem ler e escrever.

Vejamos alguns pontos da nova Constituição.

Art. 1º - A Nação brasileira adota como forma de governo, sob o regime representativo, a República Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se. por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil.

Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

## DO PODER JUDICIÁRIO

Poder Dual – Judiciário Federal e Judiciário Estadual

Art. 62. As justiças dos Estados não podem intervir em questões submetidas aos tribunais federais, nem anular, alterar, ou suspender as suas sentenças, ou ordens. E, reciprocamente, a justiça federal não pode intervir em questões submetidas aos tribunais dos Estados, nem anular, alterar ou suspender as decisões ou ordens destes, excetuados os casos expressamente declarados nesta Constituição.

Art. 55. O Poder Judiciário da União terá por órgão um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República, e tantos juízes e tribunais federais, distribuídos pelo país, quantos o Congresso criar.

A utilização de JURISPRUDÊNCIAS.

Art. 59, §2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais e, vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos tribunais federais, quando houverem de interpretar leis da União.

**JURISPRUDÊNCIA<sup>11</sup> - Reunião das decisões tomadas num tribunal no âmbito do direito: a jurisprudência existe para suprir deficiências legais. Ação que consiste na interpretação das leis tomadas em julgamentos anteriores, fazendo com que as mesmas sirvam de fundamento para causas análogas.**

---

<sup>11</sup> Disponível em: <https://www.dicio.com.br/jurisprudencia/>

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

§ 3º Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

Art. 72,

§ 4º: A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

§ 21. Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da

legislação militar em tempo de guerra.

Com a eminência de uma nova Constituição, havia a necessidade de reformar o Código Criminal de 1830. Em outubro de 1890, foi implementado um novo Código Penal. Contudo, este sofreu muitas críticas. Tentou-se reformar o código em 1910, 1912, 1913 e 1927. Também era necessário um Código Civil.

De 1912 até 1915 o código foi debatido na Câmara e em 1º de janeiro de 1916 foi sancionado, vigorando até 2002.

Era Vargas – 1930 a 1946

Primeiro impacto na economia do Brasil – Primeira Guerra Mundial (1914 até 1918)

Moeda desvalorizada. Dificuldade de importação.

Segundo impacto na economia do Brasil – Quebra da Bolsa de Nova Iorque (1929)

Acabou com a base que mantinha o lucro dos grande cafeicultores.

Revolução de 1930 – Washington Luis (paulista) não indica um sucessor mineiro – Política do Café-com-Leite.

Cresce o movimento de oposição e morre o seu líder, João Pessoa.

Washington Luís fica isolado até ser deposto, assumindo o Governo Provisório Getúlio Vargas.

Decreto 19.408 organizou a Corte de Apelação do Distrito Federal e a ORDEM DOS ADVOGADOS BRASILEIROS.

Art. 17. Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo.

Decreto 21.076 - O Código eleitoral de 1932 (voto a partir dos 18 anos)

A Revolta Constitucionalista de 1932 – Estado de São Paulo versus Governo Federal

05 de abril de 1933 – Convocada a Assembleia Constituinte.

Publicada em 16 de julho de 1934 a Nova Constituição.

Vejamos alguns pontos importantes:

Art. 5º Compete privativamente à União:

XIX - legislar sobre:

a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual; registros públicos e juntas comerciais.

Autonomia dos Estados e Municípios

Art. 7º Compete privativamente aos Estados:

I - Decretar a Constituição e as leis por que se devam reger (...)

Art. 13. Os municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse (...)

A Constituição de 1934 estabeleceu como órgãos do Poder Judiciário:

Art. 63. São órgãos do Poder Judiciário:

a) a Corte Suprema;

b) os juízes e tribunais federais;

c) os juízes e tribunais militares;

d) os juízes e tribunais eleitorais.

Art. 73. A Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze ministros.

"Art. 108. São eleitores os brasileiros de um ou de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei.

Por fim, nas Disposições Transitórias:

Art. 4º - Será transferida a Capital da União para um ponto central do Brasil. O Presidente da República, logo que esta Constituição entrar em vigor, nomeará uma comissão que, sob instruções do Governo, procederá a estudos de várias localidades adequadas à instalação da Capital. Concluídos tais estudos, serão presentes à Câmara dos Deputados, que escolherá o local e tomará, sem perda de tempo, as providências necessárias à mudança. Efetuada esta, o atual Distrito Federal passará a constituir um Estado.

## A CONSTITUIÇÃO DE 1937

As duas correntes da Europa pós Guerra: Fascismo e Comunismo.

No Brasil comunistas e fascistas tentaram tomar o poder entre os anos de 1935 e 1936. Houve grande propaganda de temor contra o comunismo, colocando medo na população, fato aproveitado por Getúlio Vargas. Vargas decreta o Estado de Sítio e tenta montar um golpe para permanecer no poder (seu mandato acabaria em 1937). O congresso impede Getúlio de renovar o Estado de Sítio.

Em 10 de novembro de 1937, alegando necessidade de colocar fim às agitações, Getúlio Vargas denunciou uma suposta tentativa de golpe por parte dos comunistas, o chamado Plano Cohen, ele decreta o fechamento do Congresso e anuncia uma nova constituição, é o chamado **Estado Novo**.

Ocorre que a Constituição já estava pronta, elaborada por Francisco Campos!

A Constituição de 1937, também foi chamada de Polaca, por sua identificação com a Carta Polonesa de 1935, influência da Constituição Portuguesa de 1933, da italiana fascista *Carta Del Lavoro* e da Castilhistista de 1891.

Essa foi uma Constituição de Ditadura porque todo Poder era do Executivo Federal!

Art. 73. O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País.

Vargas ficaria no poder até que fosse realizado um plebiscito, que nunca aconteceu! Levando em consideração o plebiscito que nunca aconteceu, o Legislativo - federal, estadual e municipal - durante a Ditadura Varguista jamais existiu, porque assim indicava o artigo 178 das Disposições Transitórias da Constituição de 1937:

Art. 178. São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras municipais. As eleições ao Parlamento Nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187.

## 11. BRASIL: DE 1946 À DITADURA MILITAR E A REDEMOCRATIZAÇÃO<sup>12</sup>.

Brasil apoia as potências liberais na II Guerra Mundial, mas aqui o Estado tinha muitas características fascistas. Como explicar um Estado com tantas características fascistas que envia seus cidadãos para lutar e morrer contra o fascismo, em defesa dos ideais antiautoritários?

Em 1943 esgotara o prazo para o plebiscito para legitimar a Constituição de 1937 e muitos exigiram uma maior participação popular. Vargas havia prometido redemocratizar o país, mas, não cumpriu. Começou a agitação pela redemocratização.

Vargas permite partidos políticos (PTB – Partido Trabalhista Brasileiro e PSD – Partido Social-Democrata). Entretanto, o Presidente manobrava para manter-se no poder.

Como a Constituinte somente poderia reunir-se após a eleição presidencial marcada para dezembro de 1945, trabalhistas e comunistas (com ideologia anti-imperialista) lançaram a campanha conhecida como “queremismo”: “queremos Getúlio”.

Com o tempo o grito dos que apoiavam Getúlio Vargas mudou, passaram de “queremos Getúlio” para “Constituinte com Getúlio” desejando, portanto a continuidade de Vargas no poder começando a Constituinte antes da eleição presidencial.

Em 29 de outubro de 1945, Getúlio foi obrigado a abandonar o poder e transmitiu-o ao judiciário. Estava encerrado o Estado Novo.

### Constituição de 1946

Em setembro de 1946 é aprovada a versão final da nova Constituição, contudo, sua base foi a Constituição de 1934.

### Características

---

<sup>12</sup> Garcia, Gustavo Filipe Barbosa Introdução ao estudo do direito : teoria geral do direito / Gustavo Filipe Barbosa Garcia. – 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015.

Mantido o Presidencialismo como forma de governo.

Inseriu a figura do Vice-Presidente da República (art. 79)

O poder Legislativo voltou a ser composto pela Câmara dos Deputados e Senado (extinto na Constituição de 1937).

No Poder Judiciário

Retomou a autonomia do Poder Judiciário dando novamente aos membros do próprio judiciário o poder de eleger seus dirigentes e organizar-se internamente.

Definiu de forma mais objetiva:

Justiça Militar (art. 108)

Justiça do Trabalho (art. 122)

Justiça Eleitoral (que ainda seria composta por juízes da justiça comum, que durante um tempo teriam a outorga jurisdicional para para funções eleitorais).

A Ditadura Militar

João Goulart foi deposto por uma Revolta Militar.

Para alguns autores, dentre eles Nelson Werneck Sodré, entendem que a Ditadura começou pelo Ato Institucional n. 1, (AI-1) e não pelo Golpe de Estado.

Assim, os Atos Institucionais estariam acima do Poder Legislativo de uma Constituição.

Os militares então tomaram para si o poder de legislar, inclusive de modificar a própria Constituição de 1946 sempre que desejassem.

O que foi modificado?

Art. 1º - São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato.

Art. 2º - A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República, cujos mandatos terminarão em trinta e um (31) de janeiro de 1966, será realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional,

dentro de dois (2) dias a contar deste Ato, em sessão pública e votação nominal.

Art. 10. No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos.

O AI-2 e o ataque ao Poder Judiciário.

A justiça, composta por membros concursados da sociedade civil, tinha (e tem) como objetivo a manutenção da lei e do Estado de Direito e isso, com certeza, não era (e não é) o que interessava (interessa) aos militares no poder (ou qualquer poder autoritário).

Por fim, perde o Poder Judiciário a competência de julgar os atos praticados pelos "revolucionários".

Art. 19 - Ficam excluídos da apreciação judicial:

I - Os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste.

A ditadura Militar – O AI-5

Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

§ 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios."

No Judiciário...

"Art. 6a Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.

§ 1º - O Presidente da República poderá, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das Polícias Militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.

Art. 10. Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e economia popular.

Brigadeiro Oswaldo Terra de Faria assim se pronunciou acerca do assunto:

O mais grave erro do período militar foi, sem dúvida, a decretação do AI-5. Não deveríamos ter adotado um ato de força que anulou os direitos dos cidadãos e as instituições e, ainda, por tempo indeterminado. (Apud CONTREIRAS, Hélio. Militares: confissões. 3. ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1998. p. 93).

A volta da Pena de Morte:

Baixada ainda em 69 o AI-14, o art. 1º, § 11 estabelecia:

§ 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de Guerra Externa, psicológica, adversa, ou Revolucionária ou Subversiva nos termos que a lei determinar...

Mais 11 Atos Institucionais foram decretados depois do AI-5.

## A REDEMOCRATIZAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A greve dos metalúrgicos de São Paulo exigindo melhores salários – o início.

O modelo ditatorial ficou extremamente impopular.

Final do ano de 1983 iniciou-se uma campanha intitulada “Diretas já!”, com auge em abril de 1984.

A Emenda Dante de Oliveira – proposta de emenda constitucional para restabelecer as eleições diretas.

O governo ditatorial intimidou os parlamentares e derrotaram a emenda.

Indiretamente, foi eleito pelo Colégio Eleitoral (Câmara Federal e Senado Federal) em 1985, com 480 votos, o primeiro presidente civil depois de duas décadas de ditadura.

Eleito, Tancredo Neves não chegou a assumir (ficou doente, vindo a falecer em 21 de abril de 1985) assumindo seu vice, JOSÉ RIBAMAR FERREIRA ARAÚJO DA COSTA SARNEY!

#### A Constituinte de 1987

A CONSTITUÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Constituição Cidadã! Direitos individuais assegurados!

O artigo 5º!

Liberdade de expressão (art. 5º, inciso IX),

Reunião (art. 5º, inciso XVI),

Privacidade (art. 5º, inciso X),

inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inciso XI),

Inviolabilidade de correspondência (art. 5º, inciso XII).

Direitos Sociais - Art. 6º

Direitos políticos – Art. 14

Organização dos Poderes – Art. 44

Da ordem econômica e financeira – Art. 170

Da seguridade social - 194

No judiciário...

O Judiciário voltou a ter independência (Título IV, Capítulo III), com autonomia funcional, administrativa e financeira, bem como as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade.

## 12. PRINCÍPIOS E NORMAS JURÍDICAS<sup>13</sup>

### CONCEITO

A conceituação dos princípios está relacionada ao começo ou início de algo. São os pontos considerados iniciais para um determinado assunto ou questão. O termo tem origem do latim *principium*, que significa "origem", "causa próxima", ou "início".

Toda interpretação só é bem-feita se não desprezar nenhum princípio. Ele é real, palpável, substancial, e por isso está presente em todas as normas do sistema jurídico, não podendo, por consequência, ser desprezado.

Os princípios constitucionais situam-se no lugar mais alto do nosso sistema jurídico e deve fazer incidência em todo o sistema.

### Um erro de interpretação na forma de interpretação

Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, ou seja, a Lei de "Introdução às Normas do Direito Brasileiro", traz o modo geral para interpretação das demais normas. Em seu Art. 4º traz para o sistema jurídico um critério interpretativo que, aparentemente, remete o princípio para essa longínqua exceção aplicativa.

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Mas, qual o erro?

A legislação acabou por induzir os operadores do direito a pensar que os PRINCÍPIOS vêm sempre por último no ato interpretativo, quando, na verdade, ele é sempre o primeiro. Não se aplica o direito em detrimento aos princípios. Ele não é inferior à analogia e aos costumes jurídicos.

Logo...

---

<sup>13</sup> Nunes, Rizzato Manual de introdução ao estudo do direito : com exercícios para sala de aula e lições de casa / Rizzato Nunes. – 14. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017

O intérprete tem que buscar sempre nos princípios (escritos e não escritos) a melhor interpretação ao caso concreto (em caso de lacuna da lei).

Os princípios constitucionais

Constituição – Lei maior no nosso ordenamento jurídico. Seus princípios dão estrutura e coesão à todo os sistema jurídico.

Imaginemos a situação em que um mandamento constitucional tem pluralidade de sentidos, como resolver?

Uma aparente antinomia entre os textos normativos da Constituição, deverá ser resolvida pela aplicação do princípio mais relevante no contexto.

Vamos a um exemplo:

A dignidade da pessoa humana

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III — a dignidade da pessoa humana.

Sigam o raciocínio:

É proibido o tráfico internacional de drogas, sendo considerado como fator para aumento de pena:

Lei 11.343/06

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

**MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. TRATAMENTO DE EPILEPSIA À BASE DE CANABIDIOL. REAL SCIENTIFIC HEMP OIL (CANABIDIOL). AUSÊNCIA DE REGISTRO DO MEDICAMENTO NA ANVISA. AUTORIZAÇÃO DE IMPORTAÇÃO**

**OBTIDA NO ÓRGÃO FEDERAL COMPETENTE COM PRAZO DE VALIDADE POR UM ANO.** APLICAÇÃO DA SÚMULA 35 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. 1. O conjunto probatório dos autos demonstra não apenas a indispensabilidade do tratamento prescrito à paciente, menor e substituída processualmente pelo Ministério Público, mas, também, de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. 2. No caso da substituída, as provas pré-constituídas revelam que apresenta quadro de encefalopatia epilética, com crises epiléticas tônicas associadas a um atraso global do desenvolvimento, ataxia global e deficiência intelectual grave (CID G 40.8), fazendo-se necessário o uso do medicamento denominado Real Scientific Hemp Oil (Canabidiol), conforme receita médica constante dos autos. Trata-se de medicamento não registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). 3. O remédio exige autorização especial da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por meio do Ofício 38/2017 COCI/GPCON/GGMON/DIMON/ANVISA, permitindo que a substituída importe, de forma excepcional, produto à base de Canabidiol, em associação com outros canabinóides, com validade de um ano. 4. ORDEM CONCEDIDA. (...) (TJGO, Mandado de Segurança ( L. 8069/90 ) 5127236-28.2017.8.09.0000, Rel. ORLOFF NEVES ROCHA, 1ª Câmara Cível, julgado em 08/05/2019, DJe de **08/05/2019**)

As normas

Não pode jogar bola depois do almoço!

Toda nossa vida é repleta de placas indicativas, sendo que umas mandam e outras proíbem ter certo comportamento. Muitas destas placas indicativas são constituídas por regras de direito.

Há sempre uma lógica!

Imaginem a seguinte regra “mantenha-se em silêncio” nas proximidades de local onde se disputa partida de tênis; A mesma regra

se mostraria ilógica e nunca seria aceita se colocada nas arquibancadas de um estádio de futebol.

É uma regra de conduta social; sua finalidade é regular as atividades dos sujeitos em suas relações sociais. A norma jurídica imputa certa ação ou comportamento a alguém, que é seu destinatário.

São basicamente de três modalidades: de proibição, de obrigatoriedade e de permissão.

De Proibição –

É proibido fumar neste estabelecimento!

Proibida a entrada de pessoas estranhas!

De Obrigatoriedade –

É obrigatório o uso de crachá de identificação para a entrada neste setor!

Mantenham-se em fila!

De Permissão –

É permitido som automotivo!

Permitido retornar!

Normas mistas:

Podem apresentar mais de uma característica:

Código Civil Brasileiro, Art. 1.517 - O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar-se, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

PORTANTO, PERCEBE-SE QUE HÁ NORMAS MORAIS E NORMAS SOCIAIS.

Ordenamento jurídico

Como regra geral, ordenamento jurídico é terminologia utilizada como sinônimo de direito positivo. Sob esse diapasão, integram o ordenamento todas as normas jurídicas legislativas, judiciais, consuetudinárias e convencionais.

Mas, tem hierarquia?

A Pirâmide de Kelsen

No campo do Direito as normas jurídicas têm uma hierarquia. Trata-se de um princípio geral que está presente nos sistemas jurídicos da maioria dos países. Neste sentido, a pirâmide de Kelsen permite entender o ordenamento hierárquico do sistema legal.



#### Características da Norma

**Imperatividade** - a norma jurídica típica será um comando legal, portanto, imperativo. Essas normas são uma proposição que não se apresenta como verdadeira ou falsa. Indicam, apenas, que certa conduta fica sujeita à sanção.

Ex.: Art. 121 do CPB – Matar alguém. Pena: de 06 a 20 anos. Obs.: Essa característica não está presente em todas as normas.

**Hipotecidade** - a regra de direito é um juízo hipotético do qual decorrem certas consequências. Miguel Reale (1981:95): “O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória.”

**Generalidade e abstração** - não deve regular um caso em particular, mas todas as situações fáticas que se subsumem à sua descrição.

É abstrata porque prescreve uma conduta; geral porque se destina a um número indeterminado de pessoas. Na generalidade das normas está a garantia do tratamento igualitário e imparcial.

Art. 5º, inc I da CRFB/88 - I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Nesse mesmo sentido então, pode-se definir a lei como sendo **Heterogenia** ou **heteronomia** - prevalece independentemente de os destinatários desejarem cumpri-la. A norma é, portanto, indiferente à vontade individual.

### 13. CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS, DIREITO SUBJETIVO E OBJETIVO E PÚBLICO E PRIVADO<sup>14</sup>.

Quanto à hierarquia

a) Normas constitucionais – A Constituição espalha no sistema toda sua influência. É o chamado princípio da constitucionalidade, que obriga a que todas as outras normas de hierarquia inferior estejam conforme seus fundamentos, sob pena de se tornarem inconstitucionais e deixarem de pertencer ao ordenamento jurídico.

b) Leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos e resoluções, medidas provisórias. (IMPORTANTE, NÃO HÁ HIERARQUIA)

b1) Leis complementares – As leis complementares têm como função tratar de certas matérias que a Constituição entende devam ser reguladas por normas, cuja aprovação exige controle mais rígido dos parlamentares.

b2) Leis ordinárias - São elas fruto da atividade típica e regular do Poder Legislativo. Como exemplos de lei ordinária temos: o Código Civil, o Código de Processo Civil.

b3) Leis delegadas – As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

b4) Decretos legislativos e resoluções – Cabe ao poder legislativo.

b5) – Medidas provisórias - Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias;

---

<sup>14</sup> Nunes, Rizzato Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa / Rizzato Nunes. – 14. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017

c) Decretos regulamentares - É ato do Poder Executivo e deve ser baixado para regulamentar norma de hierarquia superior, como, por exemplo, a lei ordinária. O decreto regulamentar deve apenas detalhar certas formas ou fórmulas, bem como apontar e normatizar caminhos para o fiel cumprimento da lei que ele visa regulamentar, facilitando sua execução e aplicação. Não pode, portanto, ampliar nem restringir o conteúdo normativo da lei cuja regulamentação lhe cabe.

d) Outras normas de hierarquia inferior, tais como portarias, circulares, etc. - As baixadas por órgãos da Administração Pública, como as portarias dos Ministérios, as circulares do Banco Central, os despachos dos vários órgãos etc.

Quanto à natureza de suas disposições

- a) Normas jurídicas substantivas - Substantivas ou materiais, são as que criam, declaram e definem direitos, deveres e relações jurídicas. São, por exemplo, as normas do Código Civil, Código Penal, Código de Defesa do Consumidor, etc.
- b) Normas jurídicas adjetivas - adjetivas ou processuais, são as que regulam o modo e o processo, para o acesso ao Poder Judiciário. São, por exemplo, as normas do Código de Processo Civil, do Código de Processo Penal, etc.

Quanto à aplicabilidade

- a) Normas jurídicas autoaplicáveis - autoaplicáveis as normas que entram em vigor independentemente de qualquer outra norma posterior. Apresentam todos os requisitos necessários, entrando em vigor na data de sua publicação ou dentro dos prazos estabelecidos. A maior parte das normas jurídicas aqui se enquadra.
- b) Normas jurídicas dependentes de complementação - são as que expressamente declaram sua necessidade de complementação por outra norma. Art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais

Transitórias: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”

- c) Normas jurídicas dependentes de regulamentação - designam geralmente que órgãos do Poder Executivo definirão e detalharão sua aplicação e executoriedade.

Quanto à sistematização

- a) Constitucionais - dispostas num único corpo legislado, são postas por um poder constituinte para controlar e validar todas as outras normas do sistema.
- b) Codificadas – são as que constituem um todo orgânico de normas relativas a certo ramo do Direito e são fixadas numa única lei. Citem-se como exemplos o Código Civil (CC), o Código Penal (CP), o Código de Processo Civil (CPC), o Código Tributário Nacional (CTN), etc.
- c) Esparsas ou extravagantes – são aquelas editadas isoladamente para tratar de temas específicos. Por exemplo, a Lei do Inquilinato, a lei que criou o FGTS, a que instituiu o salário-família etc.
- d) Consolidadas - são as que resultaram da reunião de uma série de leis esparsas que tratavam de determinado assunto, o qual era por elas amplamente regulado. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS).

Quanto à esfera do Poder Público de que emanam

- a) Federais.
- b) Estaduais.
- c) Municipais.

DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO

O DIREITO OBJETIVO

O DIREITO OBJETIVO é entendido como o conjunto de normas jurídicas que prescrevem condutas e regulam a vida em sociedade, formando o ordenamento jurídico. É entendido como a “norma da ação humana, isto é, a *norma agendi*”.

Ex.: CCB - Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

### O DIREITO SUBJETIVO

O DIREITO SUBJETIVO, por sua vez, refere-se ao direito que a pessoa apresenta, quanto a certa relação jurídica, o qual decorre de norma jurídica assim prevendo.

Assim, o direito subjetivo é o poder, ou seja, a prerrogativa que a pessoa (no caso, o titular do direito subjetivo) tem de obter certo efeito jurídico, em conformidade e em razão da previsão de norma jurídica nesse sentido.

Vamos ao mesmo exemplo:

Ex.: CCB - Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Trata-se da faculdade conferida ao indivíduo de invocar a norma a seu favor, ou seja, da faculdade de agir sob a sombra da regra, isto é, a *facultas agendi*.

### RELAÇÃO JURÍDICA E SUJEITO DE DIREITO



Relação jurídica é a relação social na qual a norma jurídica incide, tendo em vista a sua importância para a vida em sociedade.

## Direito Público e Privado

No **DIREITO PÚBLICO** existe uma relação vertical entre o Estado e o indivíduo, ou seja, há uma hierarquia na qual o Estado é superior ao indivíduo porque representa os interesses da coletividade contra interesses individuais.

O Estado possui esse *status* superior porque está velando pelos direitos de todos, já que representa os interesses do povo, e os interesses coletivos sempre pesam mais que os individuais. As leis dentro do direito público são imperativas, ou seja, não existe opção de escolha: todos estamos sujeitos a elas.

Público	Interno	Direito Constitucional Direito Administrativo Direito Tributário Direito Processual Direito Penal Direito Eleitoral Direito Militar
	Externo	Direito Internacional Público

Já no **DIREITO PRIVADO** ajuda a organizar as relações e interesses entre partes em suas vidas privadas. Nesse caso, ambas as partes

envolvidas estão em condições de igualdade, uma não é superior à outra.

Essas partes podem ser indivíduos ou até mesmo de um lado pode estar uma pessoa e do outro o Estado. Porém, mesmo se o Estado estiver envolvido, não está em uma posição de superioridade.

Privado	Interno	Direito Civil Direito Empresarial
---------	---------	--------------------------------------

#### 14. A LINDB (PARTE INICIAL) – LEI DE INTRODUÇÃO AS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO<sup>15</sup>

DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942.

A VALIDADE DA NORMA JURÍDICA

Norma jurídica só é válida quando criada segundo os critérios já estabelecidos no sistema jurídico:

- respeito à hierarquia, que tem como ponto hierárquico superior a Constituição Federal;
- aprovação e promulgação pela autoridade competente;
- respeito a prazos e *quorum*;
- conteúdo de acordo com as designações de competências para legislar.

A VIGÊNCIA DAS NORMAS JURÍDICAS NO TEMPO

<sup>15</sup> Nunes, Rizzato Manual de introdução ao estudo do direito : com exercícios para sala de aula e lições de casa / Rizzato Nunes. – 14. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017.

A vigência é uma qualidade da norma relativa ao tempo de sua atuação.

Está ligada à validade, mas com ela não se confunde, porque uma norma válida pode ser promulgada, porém não estar ainda em vigor.

Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

§ 1º - Nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada.

O período de tempo existente entre a publicação oficial da norma jurídica e sua entrada em vigor é denominado *vacatio legis*.

Ex.: LEI Nº 14.071, DE 13 DE OUTUBRO DE 2020 - Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para modificar a composição do Conselho Nacional de Trânsito e ampliar o prazo de validade das habilitações; e dá outras providências.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.

#### Correções da norma na *Vacatio Legis*

Se, durante a *vacatio legis* ocorrer nova publicação oficial da norma jurídica visando unicamente a corrigir erros materiais e falhas de ortografia, os prazos de 45 dias (do art. 1º, caput) e de 3 meses (do § 1º do art. 1º) começam a contar-se novamente.

§3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.

#### APÓS A VACATIO LEGIS

Quando a publicação com a finalidade de correção é feita relativamente a norma jurídica já em vigor, esta é considerada como norma nova.

§ 4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

O término da vigência

Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

O término da norma jurídica temporariamente vigente ocorre quando seu próprio texto dispõe a data de seu fim (por exemplo, as leis de incentivos fiscais que vigoram por certo período de anos, ou por um exercício, leis relacionadas a regulamentação de situações excepcionais, como por exemplo estado de guerra, de sítio, de calamidade pública, etc)

Em outros caso, a norma jurídica normalmente tem caráter permanente, só perdendo sua vigência quando é revogada.

A revogação das leis

Revogar significa tirar de vigor uma norma jurídica, mediante a colocação em vigor de outra mais nova.

A revogação está dividida em:

- a) "ab-rogação", que é a supressão total da norma jurídica anterior;
- b) "derrogação", que torna fora de vigência apenas parte da norma jurídica anterior — um só capítulo, uma só seção, um só artigo, um único inciso, apenas um parágrafo, ou mesmo parte deles.

São dois os critérios que conduzem à revogação:

- a) o hierárquico;
- b) o cronológico.

**Critério Hierárquico:** uma norma jurídica somente pode revogar outra se pertencer ao mesmo plano hierárquico ou for de plano hierárquico superior à norma jurídica a ser revogada.

**Critério Cronológico:** a norma jurídica nova revoga a antiga.

A revogação pode ser expressa ou tácita.

Art. 2º, § 1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

A Revogação será **expressa** quando a nova norma jurídica, revogadora, declara qual ou quais normas jurídicas anteriores ou, ainda, quais aspectos — capítulos, artigos etc. — de normas jurídicas anteriores estão sendo revogados.

CPC/15 - Art. 1.072. Revogam-se: [\(Vigência\)](#)

I - o [art. 22 do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937](#) ;

II - os [arts. 227](#) , caput, [229](#) , [230](#) , [456](#) , [1.482](#) , [1.483](#) e [1.768 a 1.773 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 \(Código Civil\)](#) ;

III - os [arts. 2º](#) , [3º](#) , [4º](#) , [6º](#) , [7º](#) , [11](#) , [12](#) e [17 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950](#) ;

IV - os [arts. 13 a 18](#) , [26 a 29](#) e [38 da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990](#) ;

V - os [arts. 16 a 18 da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968](#) ; e

VI - o [art. 98, § 4º, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011](#) .

A revogação será **tácita ou indireta**, em contrapartida, quando não declarar quais as específicas normas jurídicas revogadas, tornando todas aquelas — ou parte delas — que forem incompatíveis com a nova norma jurídica revogadas ou quando a nova norma regular inteiramente a matéria de que tratava a norma anterior.

**LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. - Código de Processo Civil.**

§ 2º - A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Impropriamente chamado de critério de revogação. Na verdade, a especialização não implica exatamente revogação, mas normatização nova de certo setor, que passa a ser regulado por norma jurídica específica.

Isso pode gerar antinomia entre as leis.

Art. 528 § 3º do CPC/15 - Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o

pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

Art. 19 da Lei 5.478/68. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.

Da repristinação (que significa restituir-se ou retornar ao valor ou estado primitivo)

§ 3º - Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Repristinação da norma jurídica seria, então, fazer retornar à vida uma norma já revogada, pelo fato de a norma revogadora ter perdido a sua vigência.



Cláusulas jurídicas que não podem ser revogadas

São as inseridas na Constituição Federal como “cláusulas pétreas”, isto é, que são definitivas, ou seja, revogadas, de forma alguma. A única alternativa para revogá-las é elaborar por inteiro nova Constituição Federal.

Art. 60 da CRFB/88 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I — a forma federativa de Estado;

II — o voto direto, secreto, universal e periódico;

III — a separação dos Poderes;

IV — os direitos e garantias individuais

## A VIGÊNCIA DAS NORMAS JURÍDICAS NO ESPAÇO

As normas jurídicas têm seu campo de abrangência limitado por espaços territoriais, em nível nacional, pelas fronteiras do Estado, o que inclui sua extensão de águas territoriais e as ilhas aí localizadas, os aviões, os navios e as embarcações nacionais, as áreas das embaixadas e consulados etc., bem como o subsolo e a atmosfera.

Art. 3º - Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE DOIS CARGOS PÚBLICOS (MUNICIPAL E ESTADUAL) JUNTAMENTE COM UM MANDATO ELETIVO DA CÂMARA DE VEREADORES. TESE DE DESCONHECIMENTO DE PROIBIÇÃO LEGAL. INADMISSIBILIDADE. CONDOTA ILÍCITA DEMONSTRADA. SANÇÕES PARCIALMENTE ALTERADAS. 1. **Rejeita-se a tese de desconhecimento da ilegalidade na acumulação de dois cargos públicos mais mandato eletivo da Câmara de Vereadores, porque de acordo com o art. 3º do Decreto-lei federal nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 - "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece".2(...)** (TJGO, APELACAO 0023119-37.2014.8.09.0110, Rel. ITAMAR DE LIMA, 3ª Câmara Cível, julgado em 24/04/2019, DJe de **24/04/2019**)**

Da obrigação do Judiciário de decidir.

Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º, inc. XXXV da CRFB/88 - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

Ato jurídico perfeito é o ato praticado em certo momento histórico, em consonância com as normas jurídicas vigentes naquela ocasião. Ou seja, é o ato já consumado, pelo exercício do direito estabelecido segundo a norma vigente ao tempo em que ele foi exercido.

Por exemplo, antes de 1977, o regime legal de bens no casamento, no Brasil, era o da comunhão universal. Quem se casou até aquele período, sem qualquer ressalva, o fez no regime legal de comunhão universal.

Após 1977, com a mudança na lei, o regime legal passou a ser o da comunhão parcial. Quem se casou antes, praticou ato jurídico perfeito. A lei nova não atinge aquela situação jurídica.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Direito adquirido, como o nome sugere, é o que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e/ou à personalidade do sujeito de direito.

Por exemplo, uma lei garante aposentadoria por tempo de serviço ao trabalhador após 35 anos de serviços. Certo cidadão trabalhou 36 anos e ainda não se aposentou. Requerendo ou não a aposentadoria, ele já tem direito adquirido de se aposentar, pois já se verificou concretamente a hipótese legal para a aquisição do direito: o trabalho por 35 anos.

Suponhamos que, após esse trabalhador ter adquirido o direito de se aposentar (que se incorporou à sua personalidade aos 35 anos de serviços), surja nova lei dizendo que a aposentadoria só será possível aos 40 anos de serviço efetivo. Nesse caso ele não seria atingido pela lei nova: pode simplesmente aposentar-se.

Não se deve confundir direito adquirido com expectativa de direito. Esta é a mera possibilidade de aquisição de direito, que, dependendo da implementação de certas circunstâncias, ainda não se consumou.

Vamos ao exemplo já citado, com a lei permitindo que o trabalhador se aposente após 35 anos de serviços.

Agora diferente: que o empregado tenha prestado serviços por 34 anos. Ele ainda não pode aposentar-se, pois só terá direito (adquirido) de fazê-lo um ano depois (com 35 anos de trabalho). Surge nesse interregno de um ano que lhe falta uma nova lei que estipula a concessão da aposentadoria após 40 anos de serviço efetivo. Nesse caso, tal trabalhador não poderá aposentar-se. Ele ainda não tinha direito adquirido quando surgiu a lei nova, mas tão somente expectativa de direito.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Não caber mais recursos significa que já se percorreram todas as instâncias recursais possíveis dos tribunais superiores ou que já não pode ser apresentado recurso, porque o prazo para seu ingresso transcorreu sem que houvesse sido interposto.

**Por exemplo: “A” ingressa com ação judicial contra “B” pleiteando indenização** pelos danos que este causou em seu veículo num acidente de trânsito. “B” contesta a ação, dizendo que não teve culpa pelo acidente. Na instrução do feito (fase processual da colheita de provas), “A” prova por testemunha que “B” foi o responsável pela colisão, e, em contrapartida, “B” não consegue demonstrar o contrário. O juiz julga a

ação procedente, isto é, dá ganho de causa a “A” e manda “B” pagar o valor correspondente aos danos ocasionados no automóvel.

A sentença do juiz tornar-se-á coisa julgada se “B” não entrar com o recurso cabível (o de apelação). Se ingressar com o apelo, o tribunal superior irá julgar o caso novamente e, caso exista no feito possibilidade jurídica, poderá haver depois desse julgamento recurso à Superior Instância (STJ e/ou STF). Após esgotados todos os recursos, a decisão judicial fará coisa julgada.

## Referências

AZEVEDO, A. C. do A. **Dicionário de nomes**, termos com conceitos históricos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 119.

**Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica.../ Maria Helena Diniz. – 25. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 406 – 409.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao estudo do direito**: teoria geral do direito / Gustavo Filipe Barbosa Garcia. – 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015.

**História do Direito Geral e Brasil 5ª Ed.** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**: com exercícios para sala de aula e lições de casa / Rizzatto Nunes. – 14. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017.

Sítio de internet. **Disponível em:**

<https://www.dicio.com.br/jurisprudencia/>

**TJGO**, Mandado de Segurança ( L. 8069/90 ) 5127236-28.2017.8.09.0000, Rel. ORLOFF NEVES ROCHA, 1ª Câmara Cível, julgado em 08/05/2019, DJe de **08/05/2019**).

**TJGO**, APELACAO 0023119-37.2014.8.09.0110, Rel. ITAMAR DE LIMA, 3ª Câmara Cível, julgado em 24/04/2019, DJe de **24/04/2019**)

Venosa, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas / Sílvio de Salvo Venosa – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2016.

