

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

MICHAEL DIONISIO DE SOUZA

O DIREITO CANÔNICO E A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA

CURITIBA
2011

MICHAEL DIONISIO DE SOUZA

O DIREITO CANÔNICO E A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, da Faculdade de Direito do Setor Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca

CURITIBA
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

MICHAEL DIONISIO DE SOUZA

O direito canônico e a cultura jurídica brasileira.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

RICARDO MARCELO FONSECA

Orientador

LUÍS FERNANDO LOPES PEREIRA

Primeiro Membro

SÉRGIO SAID STAUT JÚNIOR - Direito

Privado

Segundo Membro

DEDICATÓRIA

A Deus.

AGRADECIMENTOS

Após entrarmos na faculdade começamos a crescer rumo a um lugar sem volta chamado vida adulta. Essa “vida de gente grande” é acompanhada por duas características que a impedem de demonstrar qualquer tipo de fraqueza ou dependência, tornando, assim, os agradecimentos algo que deve ser pequeno, ou nem existir. Contudo, seria impossível para mim, após tantas dificuldades, não agradecer às pessoas que fizeram possível esse momento, e foram muitas.

Primeiramente meus pais, exemplos reais de amor e doação. A faculdade, caminho quase natural para muitos, para mim, foi um caminho de esforço e desprendimento por parte de meus pais. Esforço, porque muito suor e lágrimas foram derramados para que meus pais pudessem dar a mim aquilo que não tiveram, a oportunidade de cursar um curso superior. Desprendimento porque hoje estou prestes a terminar meu curso superior, e farei isso antes de meus pais, e isso só é possível porque durante muitos momentos de sua vida eles abriram mão de estudar para que eu me encontrasse aqui.

Por tudo isso meu primeiro agradecimento irá para minha mãe, modelo de dedicação e amor, que mesmo sem ter como maior característica nenhum atributo tipicamente materno, é a melhor mãe do mundo; e meu pai, que sempre muito sério e dedicado, me mostrou o que há de mais precioso na vida, e que, mesmo sem saber voar, é meu super herói.

Agradeço também às minhas irmãs, Karen e Kelly, minhas companheiras na sala de aula da vida, que durante todo esse tempo sempre estiveram ao meu lado, dando-me segurança e carinho. Sei que para que esse sonho se tornasse realidade, elas também abriram mão de muitas coisas.

Obrigado ao Partido Acadêmico Renovador (PAR) e aos paristas pelos 5 anos de companheirismo e militância. Foi o PAR, enquanto único partido de esquerda com real poder de mudança, que permitiu que os sonhos militantes pudessem virar realidade, possibilitando um movimento estudantil real e verdadeiro. Aos paristas que ficam, força e coragem para combater uma realidade nada fácil, e a mim, que vou, a satisfação de a partir de então, ser um eterno parista formado.

Como já dito, são inúmeras as dificuldades que encontrei durante o curso, e uma das maiores foi o medo de não conseguir dar conta do novo. Desde que entrei

na faculdade, a cada novo ano que começava, carregava de forma silenciosa um forte medo de não conseguir, e cada dificuldade parecia ser um indício de que eu realmente não conseguiria. Mas o medo não contava com o Doze, grupo de companheiros e amigos que resolveu se unir para estudar, aprender e tirar dúvidas sobre as mais diversas matérias. Aos integrantes do Doze, meu muito obrigado, pois foi o carinho e a ajuda de vocês que me fizeram ter força para enfrentar o medo e vencê-lo. Meu diploma, com certeza, deveria ser dividido em doze partes, mas como cada um ganhará o seu, vou deixá-lo inteiro.

Não poderia deixar de lembrar dos queridos e inseparáveis amigos que durante 5 anos de faculdade sempre estiveram ao meu lado. Obrigado Mauricio, Luize e Thais.

Ao meu orientador, professor Ricardo Marcelo Fonseca, um profundo agradecimento por sua paciência. Aliás, o professor Ricardo, nesses 5 anos, já foi meu professor, diretor, chefe e orientador, mas, sem sombra de dúvida, meus maiores agradecimentos não são por nenhum desses cargos. Meus maiores agradecimentos ao professor Ricardo Marcelo são por seu companheirismo, por sua constante ajuda, por sua paciência em 4 anos de orientação e por seu carinho. É muito difícil entrar na faculdade sem ter a mínima idéia do que se encontrará, e no meu caso, eu não tinha ninguém que pudesse, ao menos, me preparar. Foi o professor Ricardo, que de forma um pouco desavisada, tomou para si essa missão, sendo mais do que um orientador de pesquisa, um amigo e orientador da vida. É sempre bom lembrar que tenho muito orgulho de ter sido seu aluno e orientando. Ricardo, muito obrigado por tudo.

Aos mestres de minha vida, que de forma mais horizontal e próxima, foram fontes de muitos ensinamentos em minha vida acadêmica. Refiro-me a Rogério Tostes, grande amigo, que com sua inigualável seriedade e dedicação à pesquisa, me mostrou que cada palavra deve ser cuidadosamente pensada para cada caso; a Oriana Balestra, que me ensinou que não basta sermos pesquisadores, temos que ser pesquisadores felizes; a João Paulo Arrosi, grande incentivador de minhas pesquisas e planos, e que mesmo sendo bastante desligado do mundo, esteve presente em momentos muito importantes em minha trajetória acadêmica; e para fechar o grupo de estudos do *Kantorowicz*, Bruno Lorenzetto, desconfiado e

provocador amigo que sempre tem uma citação de Hannah Arendt no bolso para (tentar) solucionar qualquer problema.

Não poderia esquecer de agradecer os sempre presentes doutores e amigos Walter Guandalini Jr. e Luís Fernando Lopes Pereira, companheiros de viagens e aventuras. Ao Walter pelas sempre sábias palavras de amizade e pela confiança que sempre depositou em mim pessoa e nos meus trabalhos, ao professores Luis Fernando, meu agradecimento pelo companheirismo e preciosos ensinamentos a todo tempo e em todos os lugares.

À Comunidade Jerusalém pela acolhida, presença e ensinamentos. Ter o privilégio de ter duas famílias não é para qualquer um, por isso mesmo, agradeço a Deus todos os dias por fazer parte dessa família e por ter a cada membro como irmão. Cabe aqui um agradecimento especial ao Robert, nosso fundador, por sua cativante vida e sabedoria, em todos os aspectos, e também ao casal de afilhados, Richard e Fernanda, que entre conversas e risadas, me ensinam da forma mais verdadeira possível como me tornar um virtuoso adulto.

À Juliana, minha aimee, pelos anos de companheirismo, pela paciência, pelo carinho e pelo amor. Quanto mais de Juliana eu tiver em mim, melhor eu serei.

Os cristãos não se distinguem dos demais homens, nem pela terra, nem pela língua, nem pelos costumes. Nem, em parte alguma. (...) Habitam pátrias próprias, mas como peregrinos: participam de tudo, como cidadãos, e tudo sofrem como estrangeiros. (...) Encontram-se na carne, mas não vivem segundo a carne. Moram na terra e são regidos pelo céu. (...) São desonrados, e nas desonras são glorificados; injuriados, são também justificados. Insultados, bendizem; ultrajados, prestam as devidas honras. (...) Numa palavra, o que a alma é no corpo, isso são os cristãos no mundo. (...) A alma habita no corpo, não é, contudo, do corpo; também os cristãos, se habitam no mundo, não são do mundo. (...) Provada pela fome e pela sede, a alma vai-se melhorando; também os cristãos, fustigados dia-a-dia, mais se vão multiplicando. Deus pô-los numa tal situação, que lhes não é permitido evadir-se.

(Trecho da carta à Diogneto –Séc. II)

RESUMO

O direito brasileiro trazia em seu antigo regime várias características comuns ao direito pré-moderno Português. Acontece que esse direito, no século XIX, vai sofrendo progressivamente um processo de “modernização”, sobretudo calcado em concepções iluministas e jusnaturalistas. Tal processo é particularmente acentuado a partir da independência política, quando o direito brasileiro passa a não se confundir, ou a se confundir cada vez menos, com o direito Português. O liberalismo “à brasileira” buscou uma trilha que distancia a conformação da instância jurídica nacional das raízes portuguesas fortemente fincadas no “antigo regime”. Tal processo, porém, pode ter as raízes buscadas ainda mais remotamente, em 1769, a “Lei da Boa Razão” que previa a extinção do Direito canônico das decisões “que não envolvessem pecado”. Essa “lei” nos mostra a vontade do Estado Iluminista Português – na época de Marquês de Pombal -, de impor uma “modernização” e estatalização das fontes formais do direito. Todavia, por meio de pesquisas em fontes primárias pode ser visto que essa tentativa não foi muito bem sucedida no Brasil, uma vez que os documentos do século XIX, bem como as revistas de discussão jurídica da época, mostram que mesmo um século após a edição da “Lei da Boa Razão” eram comuns as referências ao direito canônico em fundamentações de nossos tribunais. Uma vez constatada a presença do direito canônico, é importante entender essa influência, buscando saber no que exatamente esse direito influenciou, permitindo compreender se o direito da Igreja foi mesmo uma opção e contraponto ao direito moderno. Todos esses elementos foram trazidos atentando-se a contextualização dos oitocentos, bem como respeitando a complexidade do processo de modernização jurídica brasileira.

Palavras chave: Cultura jurídica brasileira, direito canônico, codificação.

SUMÁRIO

1.0	INTRODUÇÃO.....	11
2.0	O DIREITO CANÔNICO E A PASSAGEM DA PRÉ-MODERNIDADE À MODERNIDADE JURÍDICA.	14
2.1	NATUREZA DO <i>IUS COMMUNE</i> EUROPEU.	14
2.2	O DIREITO CANÔNICO E SEU LUGAR NO <i>IUS COMMUNE</i>	21
2.3	A RUPTURA JURÍDICA MODERNA EUROPÉIA E A EMERGÊNCIA DA LEGALIDADE “LAICA”.....	29
3.0	A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA RUMO À MODERNIDADE E O DIREITO CANÔNICO.	38
3.1	A PRÉ-MODERNIDADE JURÍDICA BRASILEIRA: O <i>IUS COMMUNE</i> TUPINIQUEM.	38
3.2	O SÉCULO XIX NO DIREITO BRASILEIRO: UM MOMENTO DE TRANSIÇÃO E CRISE.....	49
3.3	O DIREITO CANÔNICO NO DIREITO BRASILEIRO OITOCENTISTA.....	56
4.0	CONCLUSÃO.....	66
5.0	REFERÊNCIAS	70

1.0 Introdução

O presente trabalho busca ocupar-se em compreender um pouco mais a cultura jurídica brasileira, dando destaque para sua relação com o direito canônico. Assim, mesmo que de forma simples e limitada, a missão trazida nessa pesquisa é justamente compreender a influência e as desavenças que o direito canônico trouxe à cultura jurídica nacional.

Como o direito canônico teve seu grande auge durante a idade média, foi preciso, primeiramente, entender o meio em que ele se fortaleceu, buscando compreender o que se entendia por direito no medievo, bem como suas formas de manifestação. Foi o estudo do medievo que permitiu entender o meio em que foi vivido o *ius commune* (*direito comum*), uma época em que a sociedade mantinha estreita relação com o direito, de tal forma, que nada, ou quase nada, possa ser encontrado de semelhança entre o *ius commune* e o sistema jurídico a qual estamos submetidos.

Uma vez entendido que o direito canônico era fortemente usado no *ius commune*, foi preciso atravessar o oceano e desembarcar em terras brasileiras para verificar se o direito canônico, ou mesmo toda a lógica do *ius commune*, também foi usado em nosso país.

Essa pergunta, para ter uma boa resposta, precisa passar pelos vários momentos político/jurídico de nosso país. Por isso, primeiramente foi analisado o Brasil Colônia que, juridicamente ligado à metrópole, trazia vários elementos da ordem jurídica européia, sendo a influência e a participação do direito canônico na composição da justiça uma delas. É claro que o direito do século XVIII brasileiro já era carregado de especificidades, desse modo, por mais que possamos encontrar várias semelhanças com o direito europeu, poderemos encontrar ainda mais diferenças que a ordem jurídica colonial brasileira apresentava em relação à européia, o que nos mostra a realidade de um direito brasileiro já no século XVIII.

Além disso, foi no século XVIII que pode ser identificado a chegada de uma forte carga iluminista à forma de governo e à organização jurídica, sendo Marquês de Pombal o grande nome dessa investida em nome da luz. Com a criação das universidades e a independência brasileira, aliado a essa influência iluminista e

jusnaturalista que perdurou, o século XIX, cada vez mais, mostrou um Brasil com rumo jurídico próprio.

Foi no século XIX, também, que a ordem jurídica brasileira passou a ter uma circulação cada vez maior do direito culto, fortalecendo aquilo que chamamos de cultura jurídica brasileira. Isso, aliado a um direito cada vez mais brasileiro e menos português, resultou em uma realidade jurídica bastante complexa, em que existia uma circularidade cultural bastante grande entre a lógica pré-moderna e a lógica moderna.

Por falar em influências modernas, foi no século XIX que o mundo pode ver o maior produto jurídico da modernidade, o Código. Contudo, o Código não chegou a ser feito no Brasil durante esse século, diferentemente do que aconteceu em vários países, incluindo em países vizinhos da América Latina, o que possibilitou, ou potencializou, ainda mais a circulação jurídica entre o pré-moderno e o moderno, possibilitando a permanência e o uso do direito canônico.

Essa permanência do uso direito canônico no século XIX é bastante interessante, uma vez que ainda no final do século XVIII o Estado já tentava afastar o uso desse direito dos tribunais. Além disso, a própria lógica jurídica moderna era avessa a presença do direito canônico, defendendo a idéia de um monismo jurídico por parte do Estado e uma secularização do direito.

Se a modernização jurídica exigia que o direito canônico fosse afastado, a lógica jurídica anterior necessitava dele para compor a justiça, e foi justamente a convivência dessas duas idéias que tornou o século XIX um século juridicamente tão importante.

Dizer que o direito canônico exercia influência sobre a cultura brasileira do século XVIII e XIX, já não traz tanta novidade, é preciso saber em que pontos o direito da Igreja pode ter influenciado a cultura jurídica brasileira. Essa pergunta fez com que se tornasse importante a análise ordenamental do direito canônico, bem como a representação jurídica extra-estatal, além da análise de alguns de seus institutos como a *equitas* e *interpretatio* que não só geraram influências, mas também contrapontos à existência e à lógica jurídica moderna.

Dessa forma, é a compreensão de todos esses elementos que possibilitará uma real compreensão do verdadeiro papel desempenhado pelo direito canônico na

cultura jurídica brasileira, seja enquanto influência, ou mesmo enquanto um contraponto.

2.0 O direito canônico e a passagem da pré-modernidade à modernidade jurídica.

O ambicioso título, que busca identificar o surgimento e o uso do direito canônico na história, necessariamente precisa de uma contextualização do meio onde esse se desenvolveu, a Idade Média, pois foi nesse período que o direito canônico “*nasceu, se nutriu, amadureceu e se definiu*”¹.

Além disso, para que se identifique uma passagem, é preciso ter conhecimento daquilo que passou, para que se vejam as diferenças, ou permanências, geradas pelas mudanças. Por isso, tão importante quanto compreender o surgimento do direito canônico é entender o ambiente jurídico no qual aconteceu, o *ius commune*.

Como toda mudança busca novidade, também é necessário demonstrar quais eram as proposições, em relação ao direito canônico, do novo sistema jurídico emergente. Exige-se, ainda, a compreensão de como a modernidade via a presença desse direito canônico, tão comum na vida jurídica da pré-modernidade. Para tanto, nada mais esclarecedor do que olhar para o período de transição entre a pré-modernidade e a modernidade, pois é nesse momento que as inseguranças, dúvidas e derrotas desse novo sistema se dão.

Para dar conta do propósito acima exposto, esse ponto foi dividido em alguns subitens, a fim de melhor esclarecer qual foi o papel do direito canônico na passagem da pré-modernidade à modernidade jurídica.

2.1 Natureza do *ius commune* europeu.

A clara preocupação com a cultura jurídica europeia e mais especificamente com o *ius commune* não é por acaso. Ao falarmos de pré-modernidade, inevitavelmente precisamos esticar nossos olhos para além-mar, mais especificamente para os colonizadores desse continente, os europeus. Isso porque

¹SARTORI, Karina. Formação e codificação do direito canônico na Idade Média. In: LUPI, João; DAL RI JUNIOR, Arno (orgs). Humanismo Medieval: *caminhos e descaminhos*. Ijuí: Unijuí, 2005. p 211.

não podemos entender o que é nossa nação sem entender o projeto² ao qual essa nação esteve vinculada antes de se tornar independente.

Dentro dessa história europeia, como nosso próprio subtítulo adianta, o que mais chama atenção e mais será explorado é o chamado *ius commune*, mas antes de explorá-lo é preciso compreender melhor o que foi o campo jurídico, ou mais especificamente a cultura jurídica³, antes do advento da modernidade.

Primeiramente, é preciso identificar essa tal cultura em relação a outras culturas jurídicas existentes. A sociedade europeia se insere dentro do que se usou denominar “Ocidente”, sendo uma civilização com valores e conceitos jurídicos que lhes são peculiares.

O termo “Ocidente” costuma ser usado para qualificar o conjunto de culturas que partilharam a herança da antiga Grécia e Roma. Por sua vez, o termo “Oriente” é usado para indicar os Estados islâmicos, Índia e Extremo Oriente. No entanto, a diferenciação que mais nos interessa quanto ao Ocidente não é nem a geográfica, tampouco essa distinção dada acima. A diferenciação mais interessante é aquela dada por Harold Berman que afirma que o Ocidente é o território “*concernente à Igreja Católica, que nos primeiros séculos coincidia com o Império Romano*”,⁴ e que

²Para não ser traído pelas palavras é necessário esclarecer que a palavra projetar aqui não significa uma intenção macro de planejamento, como se houvesse um plano rígido a ser seguido na colonização, com caminhos e metas planejadas. Essa palavra, na verdade, busca mostrar que aqueles que aqui vieram colonizar projetavam suas vidas aqui e que essa projeção não fugia dos padrões já vividos nas metrópoles europeias.

³Esse termo, como muitos termos dentro desse trabalho, está cheio de significado e carrega décadas de discussão, tendo grandes historiadores e historiadores do direito que se debruçaram sobre ele. Assim, com o recorte feito nesse trabalho, bem como a falta de tempo e espaço para entrar ou explorar a discussão acerca da expressão “cultura jurídica”, nada mais justo do que trazer as conclusões e afirmações feitas acerca do tema por alguns desses autores. Para Wolkmer, “entende-se (...) “cultura jurídica” como a totalidade das representações padronizadas da (i)legalizadas na produção e na representação das ideias, no comportamento prático dos agentes operantes e nas instituições de decisões judicial, transmitidas e internalizadas no âmbito de determinada formação social” (Wolkmer, Antonio Carlos. Cenário da cultura jurídica moderna na América Latina, In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). História do direito em perspectiva: *do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 203); e de forma mais completa nos ensina Ricardo Marcelo Fonseca que “a cultura jurídica brasileira é um fato histórico antropológico que se dá a partir dos elementos (humanos, doutrinários, sociais, econômicos, e etc.) presentes na sociedade brasileira dessa época e dentro de aparatos institucionais localizáveis dentro das vicissitudes históricas brasileiras” (FONSECA, Ricardo Marcelo. Os Juristas e a Cultura Jurídica Brasileira na segunda metade do século XIX. In: Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 35, 2006, págs.339/371. p. 340.).

⁴BERMAN, Harold J. Direito e revolução, *A formação da tradição Jurídica Ocidental*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 12.

na Idade Média “o Ocidente pode ser identificado simplesmente como os povos da cristandade ocidental”⁵.

Essas afirmações sobre a formação do Ocidente nos ajudarão a compreender um pouco mais o ambiente pré-moderno europeu, além de contribuir no entendimento do período medieval, fazendo-nos abandonar, desde já, pré-conceitos sobre a antiga ordem medieval, que não nos permitem entender o ambiente em que o Direito estava imerso.

Essas considerações são importantes, mas ainda mais importante é discussão em relação ao ambiente em que o direito pré-moderno ocidental surgiu. A realidade anterior à modernidade não só era diferente, como exige de nós um grandioso esforço para entendê-la de forma não anacrônica e tendenciosa. Isso porque o ponto central da discussão gira em torno do ente que nos é mais presente em nosso direito contemporâneo, o Estado⁶, ou da ausência dele.

Essa importância advém justamente de uma inexistência de um poder político central, como é o Estado moderno que conhecemos, o que naturalmente gera um direito também diverso em razão do papel determinante e único que o Estado Moderno desempenha em nosso direito contemporâneo. Mas algum poder político da Idade Média pode ser chamado de Estado? O professor Paolo Grossi nos adianta os riscos de falar de Estado na Idade Média porque,

“podemos transplantar a noção de “Estado” na civilização medieval, que é em seu máximo grau sociedade de sociedades, porém com o risco de graves equívocos, já que é arriscado olhar a Idade Média com olhos que não consigam depor as lentes de análise da Modernidade: a imagem não pode deixar de sair deformada.”⁷

Mas como poderíamos depor essas lentes modernas? Esforçando-nos para conseguirmos pensar em uma sociedade sem um ente político, ou mesmo jurídico, central como o Estado que conhecemos. Seria uma sociedade sem ente político e jurídico? Na verdade o esforço não é em admitir uma sociedade sem um ente

⁵ BERMAN, 2006, p. 13.

⁶ É bom lembrar que “O Estado é um certo modo de conceber o poder político e suas funções” (GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale. Roma: Laterza, 2003 (a). Tradução livre. p. 46), mas não a única.

⁷ GROSSI, Paolo. O Direito entre o Poder e o Ordenamento. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p 23.

político central, mas sim uma sociedade com vários entes políticos, uma sociedade plural com uma grande complexidade social⁸.

É preciso admitir uma sociedade que não precisou da figura centralizadora de que nós precisamos, que foi *“distinta e completa”*⁹, e que mesmo as figuras “centrais” existentes juridicamente não possuíam igualdade com nosso Estado. O príncipe medieval, como forte exemplo, poderia

*“estar munido da máxima efetividade de poder, (poderia) também chegar a uma latitude degeneradora de tirania, mas sempre lhe faltará a psicologia que leva o Soberano moderno a querer disciplinar todo o social e, conseqüentemente, também o jurídico”*¹⁰.

Sendo assim, mesmo as figuras de poder existentes no período medieval não podem ser comparadas com o poder concedido pela modernidade ao Soberano.

Dessa forma, *“o direito medieval expressa a globalidade, mas também a complexidade da sociedade, e expressa – através dos usos – na imensidão dos seus particularismos, em um pluralismo que tende a valorizar as microentidades, do momento em que as germinações consuetudinárias, impregnadas de factualidade, nascem no particular, o afirmam e o garantem”*.¹¹

Ora, se a figura que hoje tem o monopólio sobre o Direito, o Estado, nessa fase de nossa história não tinha o protagonismo jurídico que tem atualmente - o que para mentes viventes do século XXI traz uma grande confusão - como pode existir Direito sem existir Estado? Não só existia direito, como *“a Idade Média (é) uma civilização intimamente jurídica”*¹², de tal modo que a sociedade pré-moderna, mesmo sem Estado tal qual o concebemos, não só tinha direito, como um direito comum a sua existência e organização. Nas palavras do professor Paolo Grossi *“a sociedade medieval é jurídica, porque se realiza e se salvaguarda no direito; jurídica*

⁸ GROSSI, 2010, p 41. Em outra obra o mesmo professor afirma que *“a civilização medieval não sentiu a necessidade de preencher o vazio deixado pelo desmoronamento do edifício estatal romano; não sentiu nem poderia sentir”* (GROSSI, 2003, Tradução livre. p. 45.).

⁹ GROSSI, 2003 (a). Tradução livre. p. 10.

¹⁰ Id., 2010, p 25.

¹¹ Ibid., p 29.

¹² Ibid., p 19.

é sua constituição mais profunda e nela está seu caráter essencial, seu elemento último".¹³

Além disso, é preciso entender que essa ausência traz diversas implicações no cotidiano jurídico da comunidade, modificando muito o direito e suas relações. Paolo Grossi nos alerta sobre o direito produzido e vivido em uma sociedade sem Estado, afirmando que:

*“a ausência do Estado tira do direito a sua ligação com o poder e a sua função de controle social, torna-o livre para se aproximar dos fatos primordiais – naturais, sociais e econômicos -, para tentar ordená-los num pleno respeito à sua natureza”*¹⁴

A análise do direito pré-moderno torna-se, pelos motivos acima expostos, bastante trabalhosa: não há mais uma única figura a ser pesquisada, mas sim várias realidades que seguem uma ordem, sem, contudo, perderem suas peculiaridades e sua autonomia¹⁵. É justamente essa realidade plural aliada aos aspectos ocidentais que faz surgir o assim denominado Direito Comum Europeu, a *“experiência jurídica dos países do continente europeu do início do século XII até o fim do XVIII”*.¹⁶

Essa *“experiência profundamente original”*¹⁷ corresponde a uma realidade plural, fortemente influenciada pelas compilações romana e canônica, com forte protagonismo da Igreja Católica Romana¹⁸. Em face dessa realidade, somos

¹³ GROSSI, 2003 (a), Tradução livre. p. 14.

¹⁴ GROSSI, Primeira Lição Sobre Direito. Rio de Janeiro. Forense, 2006. p. 43.

¹⁵ O professor Paolo Grossi em sua obra “O direito entre o poder e o ordenamento” afirma que a noção central do direito medieval é justamente a autonomia, o que é bem diferente da noção moderna de soberania. Ter a noção de que aquela sociedade medieval era formada por “ordenamentos autônomos” é indispensável, uma vez que a sociedade era plural. Ir de encontro com outras realidades, necessariamente exige de nós pesquisadores o conhecimento de novos significantes e significados.

¹⁶ CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa: *le fonti e il pensiero giuridico*. Milão: Dott. a Giuffrè, 1982. Tradução livre. p. 95. Aprofundando um pouco mais está afirmação Paolo Grossi afirma que *“o direito medieval não é apenas o direito aplicado no período que vai dos séculos V ao XV d.C; é um conjunto de escolhas inconfundíveis daqueles unicum histórico que é a civilização jurídica medieval e que, como modo singular de sentir e de viver o direito, constitui a experiência jurídica medieval, com uma estrutura de sustentação unitária sob as mais variadas manifestações. Uma estrutura de sustentação, uma realidade sólida ainda que não revelada, mas certamente não uma abstração”*. GROSSI, 2003 (a), Tradução livre. p. 26 e 27.

¹⁷ Grossi, 2006, p. 43.

¹⁸ CAVANNA, 1982, Tradução livre. p. 99. O grande professor italiano afirma que *“as obras nas quais se reconhecem as atividades doutrinárias e prática da jurisprudência inserem-se nas fontes de conhecimento do direito comum, entre as quais estão em primeiro lugar as compilações romana e canônica. E, enquanto qualificação de fontes de produção do direito comum deve-se, pois, taxativamente atribuí-las ao Império e a Igreja”*.

impelidos a admitir um ordenamento que, embora autônomo, segue uma ordem, e mesmo dentro dela, mantém suas especificidades. Isso porque *“sem um controle central robusto o direito se particularizou, tornando-se voz fiel de uma sociedade fragmentada em uma transbordante articulação comunitária”*¹⁹, ou seja, o Direito e a vida das pessoas estavam intimamente ligadas, sem a presença de intermediários.

Essa tão intrigante ordem, que gera o ordenamento, não está nas mãos de ninguém, está para além do poder e do querer humano, devendo, nas palavras de São Tomás de Aquino ser *“um ordenamento da razão voltado ao bem comum, proclamado por aquele que possui o governo de uma comunidade”*²⁰. Por isso, sobre o direito medieval, afirma o professor Paolo Grossi:

“o resultado que se manifesta em toda em toda a sua tipicidade histórica é um resultado que não está nos projetos de um Príncipe, que não sai da sua cabeça, que não explicita as vontades benéficas ou maléficas, mas de qualquer modo potestativas, que não é controlado como se fosse uma marionete, que não é manobrado para beneficiar o Príncipe. Esse direito tem sua Onticidade, pertence a uma ordem objetiva, está no interior da natureza das coisas onde se pode e deve-se descobri-lo e lê-lo”.²¹

Fica claro, portanto, que nenhum direito escapa a essa lógica ordenada de realidade, ainda que conserve sua autonomia. Entretanto, para a modernidade e seus sistemas, é um problema entender a relação entre direito romano-canônico e o direito local escrito ou consuetudinário²², sobretudo porque pensar em hierarquia de fontes seria pensar em Estado, e pensar em um Estado seria um desastre²³.

Dentro de um ambiente tão diverso, onde os papéis de grande importância jurídica não estão reunidos em um único lugar, evidencia-se que os atores envolvidos nas relações jurídicas também têm funções e pesos diferentes. O professor Adriano Cavanna nos adianta afirmando que existe uma necessidade de discutir com intensidade o papel do jurista medieval na formação do direito comum não só em relação à sua criatividade, mas também em relação à sua autoridade, chegando a afirmar que, dentro da experiência jurídica, o verdadeiro sujeito ativo é o

¹⁹ GROSSI, 2006, p. 44.

²⁰ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica. Questão 90. Artigo 4.

²¹ GROSSI, 2006, p. 47.

²² CAVANNA, 1982, Tradução livre, p. 95.

²³ GROSSI, 2010, p. 31 e 33.

doutor, o jurista²⁴. Desse modo, *“a atenção está totalmente voltada para o intérprete e para sua fértil atividade, por ser a única capaz de traduzir os valores da constituição oculta, da ordem jurídica fundamental, em regras de vida presentes e eficazes”*.²⁵

Com a união de todos esses elementos – por vezes tão custosos de entender – surge um direito que teve grande influência do Direito Romano e do Canônico, um direito que não precisou da figura juridicamente egocêntrica do Estado e que não utilizava da hierarquia de normas - tão pouco da lógica sistêmica.

Fruto de sua época, o *ius commune* exige toda essa contextualização para tornar possível sua existência em nossa história. Essa complexa rede nos faz entender que

*“o pluralismo da Idade Média, pluralismo efetivo pela ausência de estorvantes sujeitos estatais, permitiu e viabilizou a convivência entre esses dois estratos, aquele inferior assim chamado *iura propria* – os direitos das autonomias locais - e aquele superior do *ius commune*”*.²⁶

Afirma Cavanna que *“a concessão do direito comum qual um direito universalmente aceito, com certos critérios sistemáticos, de uma pluralidade de ordenamentos positivos (aspecto normativo do direito comum) não exaure o efetivo fluxo do conceito”*.²⁷ Isso devido à complexidade que o conceito *ius commune* traz consigo, mas o florentino professor Paolo Grossi não desiste de tentar explicar de forma mais clara esse sistema que chama de

“majestoso sistema jurídico universal elaborado sobre a plataforma romana e canônica por uma classe muito determinada de juristas (professores, doutores, práticos), patrimônio científico presente em todas partes, fornecendo esquemas interpretativos, invenções técnicas, solução para os muitos casos não previstos no âmbito local pela miopia dos legisladores”.²⁸

²⁴ CAVANNA, 1982, Tradução livre. p. 100.

²⁵ GROSSI, 2003 (a), Tradução livre. p. 15.

²⁶ Id., 2006, p. 45.

²⁷ CAVANNA, 1982, Tradução livre, p. 97.

²⁸ GROSSI, 2003 (a), Tradução livre. p. 54.

O chamado *ius commune* tem como característica ser universalmente subsidiário, implicando na não anulação dos outros direitos, mas sim complementa os direitos próprios e locais (*iura própria*). Além disso, o *ius commune* é totalmente tecido doutrinariamente, ou seja, é construído pela doutrina, e é derivado da recuperação do *Corpus Iuris Civilis*, recuperado pelos juristas italianos na alta Idade Média, e da malha canônica acumulada por toda a Idade Média.

Esse mergulho, mesmo que raso, nas discussões e afirmações existentes sobre o período medieval e seu direito, o *ius commune*, é imprescindível para que se possa dar continuidade ao desenvolvimento do que aqui foi proposto. É a partir da compreensão do papel do *ius commune* que a participação do Direito Canônico em nossa cultura jurídica poderá fazer sentido.

2.2 O Direito Canônico e seu lugar no *ius commune*.

Quando compreendemos o cenário político-jurídico da Idade Média, conseguimos abrir nossa visão para algo distinto do que vemos e conhecemos hoje, e somente assim a tentativa feita por esse trabalho pode ser atingida.

Como já foi dito, falar de Ocidente é falar de território sobre a influência do cristianismo, influência essa que não se limitou a poucos aspectos da vida medieval, mas esteve presente, como Paolo Grossi gosta de chamar a atenção, sobre todo plano cultural ²⁹. O Direito também fazia parte dessa cultura, tendo sido influenciado pelo cristianismo e pela Igreja Romana.

A religião que a partir do século IV tornou-se religião oficial do Império Romano trouxe consigo toda uma gama de conceitos e ordens. Em razão de sua origem hebraica, o cristianismo trouxe consigo os mandamentos do povo hebreu, além de retirar das sagradas escrituras muitas regras a serem seguidas. Os cânones extraídos do “*Velho e nome Novo Testamento, (foram) apresentados aos fiéis como receptáculos da palavra de Deus. Esses textos compõem a ius divinae constitutionis*”, ³⁰ ou simplesmente *Ius Divinum*³¹.

²⁹ GROSSI, Paolo. Diritto Canônico e Cultura Giuridica. In: Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 32, 2003(b), págs. 373/389. Tradução livre. p. 373.

³⁰ SARTORI, 2005, p. 200.

³¹ BERMAN, 2006, p. 181.

Esse Direito Divino era o centro, o núcleo máximo do direito canônico. Por ser retirado dos mandamentos e lições bíblicas, tornou-se a base de todo o direito canônico, ainda mais tendo em vista que desse Direito derivavam tantos outros direitos importantes para a convivência humana.

Talvez não seja fácil vislumbrar um Direito retirado de um livro que claramente não tem intenção jurídica, contudo, “*o direito divino não é um amontoado de vagos preceitos morais, mas sim de precisas prescrições jurídicas*”.³²

Deixando de lado a fonte sagrada do *Ius Divinum*, toda essa vocação jurídica acontece porque, para além de ordens e sanções, o direito divino se ocupa, dentre outras coisas, com a fé, a salvação dos fiéis, a missão da Igreja e do próprio Direito, independente da forma, tornando o *Ius Divinum*, em relação ao direito canônico, “*o mais alto princípio do Direito*”³³.

Para além do direito extraído das sagradas escrituras, com o passar do tempo, a Igreja Católica passou a editar novas regras através de seus líderes – os bispos, com destaque especial para o bispo de Roma, o Papa. Essas regras foram se amontoando, surgindo cada vez mais regras e recomendações para os cristãos.

No entanto, as regras da Igreja ou cânones, como eram chamadas, começaram a ter discordância entre si. Com o passar do tempo e a mudança dos bispos e dos papas, as recomendações e regras mudavam, a tal ponto que se tornou muito difícil saber o que realmente deveria ser feito em determinadas ocasiões.

Nesse cenário, um monge de Bolonha chamado Graciano escreveu, no século XIII, um livro intitulado “*Uma Concordância de Cânones Discordantes*”³⁴, uma “*consolidação de um imenso complexo de fontes heterogêneas e muitas vezes discordantes em uma compilação orgânica e unitária*”³⁵. Fruto de seu tempo, esse livro é considerado por alguns como “*o exemplo mais destacado do papel da dialética escolástica na formação da Ciência Jurídica Ocidental*”³⁶. Isso porque a forma usada por Graciano para extrair a concordância das discordâncias era muito

³² GROSSI, Paolo. *Aequitas Canonica*. In: Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 27, 1998, págs.379/395. Tradução livre. p. 392.

³³ COING, H., apud., GROSSI, 1998, p. 392.

³⁴ Nome original: *Decretum Concórdia discordantium canonum* e continha 3.823 textos. CAVANNA, 1982, Tradução livre, p. 80 e 81.

³⁵ CAVANNA, 1982, Tradução livre, p. 80.

³⁶ BERMAN, 2006, p. 181.

parecida com aquela usada por São Tomás de Aquino em suas Sumas teológicas³⁷. A professora Karina Sartori explica como a compilação foi dividida:

“Graciano de desenvolvimento a sua ação priorizando as fontes provenientes da Sagrada Escritura e dos Cânones Apostolorum, os livros oficiais da Igreja (...); cânones conciliares orientais e ocidentais, ecumênicos e locais, europeus e africanos, Cartas de Papas e obras dos Padres da Igreja e de escritores eclesiásticos, como Agostinho, e ainda muitas fontes leigas, como o Código Teodosiano e a compilação de Justiniano”³⁸

Cumprir destacar que referido livro, por muitos chamados de primeiro Código de Direito Canônico, não era oficializado pela Igreja Católica, *“permanecendo privado”³⁹*, mas devido ao seu brilhantismo e utilidade - além de uma natural pluralidade jurídica medieval que permitiu seu uso-, foi largamente utilizado até mesmo pela hierarquia da Igreja, sendo uma forte *“pilastra da consciência medieval”⁴⁰*. A força e o uso da obra de Graciano, mesmo sem a aprovação ou oficialização pelo poder da Igreja, evidenciam outra característica do medievo: o crédito era dado aos textos não por sua autoridade, mas sim por serem justos⁴¹.

A partir desse momento, o Direito Canônico passa a ter mais importância para esse trabalho, tendo em vista que, além de pretender *ser “o único ordenamento normativo para toda a cristandade”⁴²*, ele se torna:

“o primeiro tratado jurídico abrangente e sistemático da história do Ocidente”⁴³. Esse decreto *“abriu novos e amplos horizontes metodológicos à ciência jurídica canônica conquistando um prestígio imenso e tornando-se objeto de ensino universitário, bem como de uma grande literatura canônica”⁴⁴*.

³⁷ Para chegar na resposta pretendida São Tomás de Aquino colocava todas as possibilidades de assertivas como resposta, desconstruindo de forma racional as erradas e logicamente exaltando a correta. Da mesma forma Graciano choca os cânones discordantes, desconstruindo as ideias ou interpretações incorretas e exaltando a reta interpretação através de seus comentários (CAVANNA, 1982, Tradução livre, p. 80.)

³⁸SARTORI, 2005, p. 203.

³⁹ Ibid, p. 204.

⁴⁰ CAVANNA, 1982, Tradução livre, p. 78.

⁴¹ GROSSI, Paolo. Mirológicas jurídicas da modernidade. Florianópolis: Boiteux, 2ª ed., 2007. p. 38.

⁴² CAVANNA, 1982, Tradução livre, p. 78.

⁴³ BERMAN, 2006, p. 181.

⁴⁴ CAVANNA, 1982, Tradução livre, p. 81.

Igualmente importante ao que representou, em termos gerais, o trabalho de Graciano, foi toda uma bagagem de discussões e toda uma doutrina construída em torno dessas compilações. Ora, o que implicaria ter essas compilações? Qual era a força que essa “novidade” e suas conclusões trariam à vida daqueles que estavam sobre seu jugo?

Para aqueles que tratam o trabalho de Graciano com importância, por se tratar de um código, ou algo parecido com o que viria a ser um código, é preciso pedir atenção. Isso porque, embora as compilações de Graciano passassem a trazer de forma escrita as conclusões acerca do que era correto, esses cânones, frutos da concordância, não devem ser vistos como leis, ou algo similar.

Mesmo que se possam encontrar recomendações escritas, não eram normas gerais a serem aplicadas como as leis modernas viriam a ser. Primeiramente, porque a mentalidade da época não permitia que se atribuísse a um texto a força normativa que a modernidade atribuiu; segundo porque dentro da doutrina canônica medieval existia a figura da *aequitas canonica* que, antes mesmo de atribuir força de obrigação aos textos, já se preocupava com a aplicação individual dos cânones. Segundo Paolo Grossi,

“podemos definir a equidade canônica como a justiça do caso concreto, mas em um sentido totalmente particular e peculiar: que olha para o indivíduo pecador, trazendo a exigência irreprimível de evitar a desordem do pecador, afastando sua salvação eterna”⁴⁵.

Desse modo, não era na força vinculante da síntese que residia o avanço em se ter as compilações, mas na própria síntese dos cânones, cujo papel estava a serviço do serviço prestado pelo próprio Direito, qual seja, contribuir na salvação do indivíduo. Contudo, a forma ou a afirmação não poderiam, nunca, se sobressair à necessidade do caso concreto, de tal sorte que, se o cânone, quando aplicado, atrapalhasse o indivíduo na busca de sua salvação, deveria ser afastado. Aqui se encontra a forte característica do *ius commune*, qual seja, a “*disponibilidade de sacrificar a rigidez das formas a fim de que o direito seja ordenamento adequado e não restrito*”.⁴⁶

⁴⁵ GROSSI, 1998, Tradução livre. p. 390.

⁴⁶ Id., 2006, p. 47.

Dentro desse contexto, é necessário também ver como se dava a interpretação dos textos que surgiam, em especial, aqui, as compilações de Graciano. Para entender o poder atribuído ao texto, é preciso ter em mente a forma como era lido, forma essa chamada de *interpretatio* medieval. Figura marcante do medievo, merece atenção tendo em vista toda a amplitude de seu significado. Contextualizando, explica Grossi,

“O direito comum se encarna e se identifica na interpretatio. O que quer dizer duas coisas: que tem uma dimensão essencialmente científica, é produto da ciência: que a ciência, enquanto interpretatio, não o produz sozinha, fantasiando, mas elabora a partir dos fundamentos e presa a um texto de autoridade. O direito comum se expande e combina-se sempre em dois momentos incidíveis, o momento de validade representado pelo Corpus iuris civilis e pelo Corpus iuris canonici, e o momento de efetividade, representado pela construção doutrinal (e somente secundariamente judicial e notarial). A ciência jurídica em questão não é pensável sem o texto a interpretar, mas o texto não pode ser considerado senão como uma insubstituível referência formal. Não esqueçamos que a interpretatio é declaração, mas também integração, correção, modificação do texto, e que ela tem dois objetos diante de si: formalmente o texto, substancialmente os fatos. Ela é, portanto, mediadora entre os dois. Nessas vesses, é criativa e construtora de direito”⁴⁷

É nesse cenário, com a crescente influência das compilações de Graciano que, segundo Adriano Cavanna, surgem os dois maiores problemas políticos daquele tempo: *“a questão da relação entre o império e a Igreja e da recíproca relevância dos dois ordenamentos normativos, civil e canônico”⁴⁸*.

Como os dois ordenamentos tendiam à universalidade dessa ordem jurídica, começaram a surgir teorias sobre o papel de cada uma delas. A conclusão demonstra um tempo jurídico totalmente distinto do contemporâneo, pois a própria ideia de universalismo era diversa à ideia de universalismo moderno. A conclusão sobre esse impasse foi que havia um *“ordinatio ad unum* entre os dois ordenamentos supremos, eram dois poderes mas independentes e soberanos, cada

⁴⁷ GROSSI, apud., CAPPELLINI, Paolo. Direito Comum. Espaço Jurídico. Joaçaba, vol 9, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/425/174>
Acesso em: 14/07/2011. p. 81 e 82.

⁴⁸ CAVANNA, 1982, Tradução livre, p. 54.

um com sua própria e distinta *iurisdictio* e produtos respectivos de dois corpos normativos, canônico e civil”⁴⁹.

“O direito canônico não teve a intenção de regulamentar isoladamente a conduta humana. Essa tarefa sempre foi compartilhada com o *jus civile*”,⁵⁰ o que nos leva à conclusão sobre a necessidade desses dois ordenamentos universais e independentes entre si, separados por *iurisdictio* diversa, mostrando como a pluralidade fazia parte da mentalidade medieval. Ora, ao afirmar que a convivência desses dois ordenamentos era possível “*porque diversa é a esfera de atuação dos dois sistemas de norma, uma temporal e uma espiritual*”⁵¹, Cavanna evidencia uma sociedade inteiramente construída sobre os mesmos conceitos, sobre a mesma ordem. Isso porque, para que se admita a necessidade de outro ordenamento, é preciso admitir que seu ordenamento –seja o canônico ou o civil - não se basta em si mesmo, não é completo a todos os acontecimentos. E mais ainda, ao se admitir *iurisdictio* diversa, sendo um temporal e o outro espiritual, faz-se necessária a concordância entre a existência e a função daquilo que se chama temporal e o que se designa espiritual. Por esse motivo, Cavanna afirma que “*a concessão unitária dos dois direitos se alimentava através de uma consideração integralmente cristã da existência do homem*”⁵², sendo essa consideração que permitia o acordo sobre a existência e utilização do direito.

Longe de ser uma discussão simples e rápida, a discussão sobre a função espiritual e temporal esteve presente durante todo o período medieval, não só em relação ao campo jurídico, mas também em relação àquilo que se costumou chamar “*teologia política medieval*”⁵³. Isso porque para haver essa divisão pressupõe-se poderes diferentes: ao tratar de direito civil e direito canônico, deixamos implícito o poder secular e o poder espiritual.

Como bem mostra Kantorowicz, nem esses poderes políticos são bem definidos durante a Idade Média. Tal dado se explica tendo em vista que existem

⁴⁹ Ibid., p. 54.

⁵⁰ SARTORI, 2005, p. 211.

⁵¹ CAVANNA, 1982, Tradução livre, p. 55.

⁵² Ibid., p. 79.

⁵³ Destaque para a obra de Kantorowicz, *Os dois corpos do rei*, que traz como a formação dos entes políticos temporal e espiritual estiveram umbilicalmente ligadas, sendo embasadas, por vezes, nos mesmos fundamentos, de tal forma que mesmo quando eram colocados em figuras opostas (espiritual X temporal), mesmo ali, se influenciavam de tal modo que uma foi um pouco da outra no medievo.

“infinitas inter-relações entre a Igreja e o Estado, ativas em todos os séculos da Idade Média, produziram híbridos em ambos os campos. Empréstimos e trocas mútuas de insígnias, símbolos políticos, prerrogativas e honrarias sempre se realizaram entre os líderes espirituais e seculares da sociedade cristã.”⁵⁴

Torna-se, então, possível perceber como era complexo o ordenamento jurídico devido à coexistência do direito civil e do direito canônico – sem contar os direitos locais -, o que também demonstra a complexidade do cenário político/cultural, uma vez que nesse campo não havia somente uma autoridade, pois encontrávamos além das autoridades temporais, também as autoridades espirituais. Isso nos mostra que, embora a Idade Média traga a divisão entre direito civil e canônico, essa divisão não era absoluta, sendo necessário ter em mente que o direito canônico influenciou o direito civil mesmo quando ambos eram os ordenamentos jurídicos máximos existentes. As trocas de insígnias e símbolos demonstram que, a despeito da referida divisão, o direito civil tinha um pouco de direito canônico e vice-versa.

No campo jurídico, *“essa indissolúvel coordenação, essa ideia de uma superior conciliação (também chamada pelos canonistas de specialis coniunctio), foi designada pelos juristas medievais mediante a célebre expressão ultrumque ius”⁵⁵*, o uso do direito canônico e direito civil dentro do *ius commune*.

Essa relação entre o direito civil e canônico, chamado *ultrumque ius*, ajudou a consolidar o direito dos cristãos. Se analisarmos a ordem jurídica da época, poderemos ver que o direito canônico tinha muito poder por ser fundado nas sagradas escrituras. Além disso, o direito canônico trazia algo de diferente em relação ao direito romano, o poder de renovação e mudança que se dava através dos concílios e decretos.

Longe de haver uma intenção de se afastarem ou se anularem, foi justamente a relação entre o direito canônico e o direito romano que fortaleceu o uso de ambos os direitos, sendo que o direito canônico foi *“consolidado pelo encontro da técnica*

⁵⁴ KANTOROWICZ, Ernst H. Os dois corpos do rei: *um estudo sobre teologia política medieval*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 125.

⁵⁵ CAVANNA, 1982, Tradução livre, p. 55.

romana com os princípios teológicos”.⁵⁶ Além disso, segundo Adriano Cavanna, ao aplicar os princípios da teologia moral, os canonistas acabavam por fazer o que seria a continuação do direito romano⁵⁷. Assim, a própria vivência do medievo acabou por aproximar e consolidar o uso e o enraizamento desses dois direitos, fazendo surgir o chamado processo romano-canônico.

Esse talvez inconcebível sistema híbrido denota, mais uma vez, a realidade de um período pré-moderno plural, e a explicação dada esse sistema, segundo as lições do professor Cavanna, é a seguinte:

“A esse rito judiciário (existente a partir do século XII) se dá verdadeiramente o nome de processo romano-canônico: romano por uma parcial terminologia, pela recorrência as fontes *giustinianeias*, as quais, do século XII em diante, derivaram os conceitos fundamentais: canônico pela notável inovação proveniente das disposições pontificias(...)”⁵⁸.

Ao se buscar o papel do direito canônico nessa ordem, mais especificamente no *ius commune*, vê-se uma influência que vai desde o surgimento do direito canônico, passando por sua construção jurídica – construção essa que se ateve à lógica jurídica medieval e plural -, que aconteceu através das relações entre o direito canônico e civil – uma vez que esses eram grandes pilares do *ius commune*- e desembocou na coexistência de fontes e conceitos. Assim,

“pode-se afirmar, então, que o direito canônico, como atualmente se apresenta, seja fruto do processo de desenvolvimento ocorrido na idade medieval e, sem dúvida alguma, um dos frutos mais relevantes, um dos frutos mais relevantes da cultura jurídica desse período histórico.”⁵⁹

Isso nos permite concluir que o direito canônico está tão dentro do *ius commune* quanto o *ius commune* está dentro do direito canônico, pois foi o relacionamento entre a ordem e o(s) direito(s) que deu origem ao *ius commune*.

⁵⁶ Ibid., p. 83.

⁵⁷ Ibid., p. 84 e 85.

⁵⁸ CAVANNA, 1982, Tradução livre, p. 86.

⁵⁹ SARTORI, 2005, p. 211.

2.3 A ruptura jurídica moderna européia e a emergência da legalidade “laica”.

Todo esse complexo cenário plural nem sempre teve total aprovação. Com o passar do tempo, muitas foram as propostas que buscaram mudar a realidade jurídica medieval, na tentativa de uma *“ultrapassagem do racionalismo medieval para o voluntarismo da nova era”*⁶⁰. Algumas com mais adeptos, outras com influência mais restrita, essas teorias e movimentos resultaram, após muitas sístoles e diástoles, no que se designou chamar de modernidade.

Podemos encontrar o início de toda essa mudança *“na revolução do século XIV (pois é aqui) que começa concretamente o processo edificador da modernidade”*⁶¹. Essa mudança ocorre devido ao surgimento do humanismo, que, segundo Grossi,

“é humanista e individualista a rotação política que, liberando-se dos decrépitos universalismos eclesiais e imperiais, aponta para uma nova individualidade, qual seja o sujeito forte o ‘Estado’, ensimesmando naquele modelo de homem que é o novo príncipe”.⁶²

Outro movimento, já no século XVIII, com muitos adeptos, é o iluminismo, o qual trouxe muitas mudanças ao mundo jurídico. *“O iluminismo jurídico não é outra coisa senão o prosseguimento, no itinerário da modernidade, do grande projeto jusnaturalista, e também a sua finalização no nível das fontes do direito”*.⁶³

No campo do Direito, o iluminismo trouxe muitas novas formas de ver a organização jurídica. Se em tempos medievais, o cenário era plural e sem hierarquia, o pensamento iluminista começa a tentar imprimir uma centralização e hierarquização das normas, dando força ao “Estado” e à figura de seu representante, o Príncipe. Essa mudança tem implicações no mundo político e jurídico, fazendo surgir uma *“nova perspectiva de relação entre poder político e*

⁶⁰ GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). *História do direito em perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008. p.19.

⁶¹ GROSSI, 2008, p. 20.

⁶² Ibid., p. 20.

⁶³ Ibid., p. 22.

ordem jurídica”,⁶⁴ de tal sorte que, aos poucos, tenta-se superar um cenário de ordem jurídica, dando força ao poder político.

Tal mudança, como já adiantado, acaba ocorrendo devido ao fortalecimento da figura central do “poder estatal”. É através das ideias iluministas que *“lentamente, mas incessantemente, emerge uma nova figura do príncipe, e também uma nova conexão totalmente nova entre ele e o direito”*⁶⁵. Esses acontecimentos são devidos ao fato de que o Príncipe *“sofre um processo de liberação, liberando-se das velhas limitações medievais”*.⁶⁶ As amarras sobre um direito que não estava nas mãos de ninguém, mas estava para ser descoberto – tais quais os ensinamentos escolásticos –, caíram.

Sem sombra de dúvidas, muitas foram as mudanças propostas para que o Príncipe pudesse ascender a esse *status* de tanto poder em relação à ordem jurídica, fazendo com que o poder político se sobressaísse em relação ao jurídico. Foram justamente as ideias iluministas que permitiram isso.

*“O novo Príncipe, o príncipe moderno, nasce ali (com o iluminismo), e é ali que começa a transfigurar-se com relação à velha e refutada imagem medieval: o seu poder não se identifica mais com a iurisdictio, que é certamente uma síntese protestativa, mas que encontra o seu fulcro no ius dicere, ou seja, em um poder da valência judicial; e desse poder o núcleo não aparenta, não é mais a velha equitas, no fazer justiça de acordo com a fórmula muito típica da realeza”*⁶⁷

Não é por acaso que muitos foram os parágrafos tentando explicar a ordem jurídica medieval, pois se não se conseguisse entender aquele espaço sem hierarquia e com um cenário jurídico complexo, em que o político não prevalecia sobre o jurídico, não seria possível entender que houve a mudança, ou a tentativa de mudança, com a qual o político se sobressaiu em relação ao jurídico. Importa essa compreensão porque é aqui que a estrutura medieval começa a ser superada (pelo menos em teoria – psicologicamente).

Com a mudança, a estrutura jurídica medieval fica abalada, porque se antes o Direito não tinha dono, agora é o Príncipe que *“pretende criar ele mesmo o direito no*

⁶⁴ Id., 2007, p. 34 e 35.

⁶⁵ Ibid., p. 35.

⁶⁶ GROSSI., 2007, p. 35.

⁶⁷ Id., 2008, p. 22.

próprio Estado, propondo-se cada vez mais, num lento, longo, mas contínuo itinerário, como condutor iuris, como legislador".⁶⁸ O Príncipe passa a ser Soberano⁶⁹.

Como a preocupação desse trabalho é toda essa tentativa de mudança em relação ao direito canônico, fica claro que a primeira consequência é a resistência "*ao velho pluralismo de fontes*", o que faz com que aquela ordem plural, na qual se fazia presente o direito canônico, deixe de existir. Tudo isso em nome da Soberania do Direito produzido pelo Príncipe.

Se, dentro de um campo em que todas as fontes mantêm um respeito e uma *iurisdictio* própria, uma das fontes começa a derogar a si mesma maior poder, fica claro que o equilíbrio deixa de existir e aquela que tem mais poder político passa ter mais poder também juridicamente. Com isso, a ordem jurídica que antes era plural começa a se simplificar, em outras palavras, se a paisagem jurídica do período medieval era complexa, "*a paisagem jurídica da modernidade é simples, aliás simplicíssima*"⁷⁰. Isso porque o cenário jurídico passa a ter um único emanador, o Estado.

Como primeira consequência desse monismo, as outras fontes do Direito, como o direito canônico, passam a perder força para o direito que vinha do poder político central, fazendo com que uso de algumas figuras do direito perdesse o sentido.

Como já exposto no ponto anterior, a relação jurídica medieval entre o direito civil e canônico era como a relação entre o eterno e o secular. Por mais que os dois direitos tendessem à universalidade, as compilações canônicas, uma vez apoiadas nas leis advindas de Deus, tinham um caráter de eternidade, enquanto as compilações civis, apoiadas na forma de organização do homem, estavam sujeitas ao tempo, sendo denominadas seculares.

O chamado direito secular, tendo em vista que a figura do Príncipe desempenha então papel central na formulação do Direito, passa a estar hierarquicamente acima do direito advindo da organização religiosa. Contudo, esse poder não foi a única causa de diminuição do uso do direito canônico, pois junto com

⁶⁸ Ibid., p. 23.

⁶⁹ Ibid., p. 23.

⁷⁰ GROSSI, 2008, p. 24.

a modernidade ascendeu-se uma forte ideia de secularização que contribuiu para a noção de que o direito canônico não seria mais necessário ao cenário jurídico.

Além de chegar inflando os poderes do Príncipe, a modernidade, em relação ao plano cultural e jurídico, apresenta-se *“não só como riqueza ou como uma simples novidade alternativa, mas chega como superação irreversível, de todas as formas de pensamento anterior”*.⁷¹ Como segundo agravante, havia o discurso da modernidade que não colocava o direito advindo do Estado acima do direito canônico simplesmente pelo poder que o Príncipe passa a ter, mas também porque a secularização era algo necessário, vez que a ordem anterior deveria ser superada.

Como forma de comparação, o professor Luigi Lombardi Vallauri diz que *“se o moderno é uma bactéria, a secularização é a infecção (...) que afeta o organismo social”*⁷², porque a argumentação e a busca de uma secularização também foi necessária para que a modernidade conseguisse hierarquizar as fontes jurídicas, rebaixando os cânones e exaltando a lei que vinha do Estado.

O que se encontra é justamente o estatalismo.

*“O protagonista do ‘moderno’ é o Estado. É o Estado que quer dizer o monismo jurídico, quer poder dizer que o velho pluralismo jurídico medieval e pós-medieval está eliminado, enquanto se consolida uma forte ideia e sempre mais dominante que quase prende o aspecto de uma articulação silogística: o direito deve ser expressão da vontade geral, e vontade geral é somente aquela que nos vem ofertada na lei, única fonte de qualidade superior, mas porque a lei é a vontade do sujeito detentor do poder soberano, o resultado é um rígido estatalismo ou, em termos culturais, um rígido monismo jurídico”*⁷³.

Quanto a uma possível reação contra a secularização, cabe ressaltar que a secularização não era necessariamente uma coisa ruim, porque *“em um primeiro sentido o Evangelho se secularizava, isso é, se faz saeculum”*⁷⁴ no dia-a-dia do

⁷¹VALLAURI, Luigi Lombardi e DILCHER, Gerhard. Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno. Milão: Giuffrè, 1981. Tradução livre. p 37.

⁷²VALLAURI, 1981, Tradução livre. p 45.

⁷³GROSSI, Paolo. Diritto Canônico e Cultura Giuridica. Quaderni Fiorentini 32. Milano. Dorr. A. Giuffrè: 2006. Tradução livre. p. 375/376.

⁷⁴VALLAURI, 1981, Tradução livre. p. 48.

povo. Além disso, uma secularização não faria com que o poder recaísse necessariamente sob a forma do príncipe⁷⁵.

Por isso, à primeira vista, não haveria razões para lutar contra a secularização, porque ela poderia, *“do ponto de vista cristão, ser sinal relativamente positivo”*⁷⁶. Contudo, a secularização acabou por ser considerada como *“a passagem ao mundo pós-cristão”*⁷⁷, contribuindo no entendimento de que o Estado deveria ser o único emanador do Direito, e a Igreja, com seu direito canônico, não poderia mais ser colocada em igualdade com os textos legais emanados do Estado.

Um terceiro ponto que contribui na tentativa de afastar o uso do direito canônico é que a técnica moderna passa a se proclamar *“como único programa ou modelo de conhecimento válido”*⁷⁸, fazendo com que técnicas anteriores, como a do direito canônico, não mais pudessem ser usadas, por já estarem ultrapassadas.

Dessa forma, em relação ao direito canônico, a modernidade vai se arquitetando, de tal maneira que suas afirmações passam a ter força, e seus anseios vão sendo, cada vez mais, alcançados.

Além do esforço para se tornar a única fonte do direito, o próprio direito passa a ser comunicado de forma diversa àquela da Idade Média.

*A “comunicação do direito: (passa a ser) regras abstratas, ou seja, não contaminadas pela facticidade cotidiana, regras gerais e rígidas, que não se dobram as circunstâncias particulares e pretendem ter uma projeção unitária prescindindo do caráter móvel e acidentado do terreno histórico, que podem e devem ter uma imobilização escrita num texto de papel impermeável à mudança e refratário à incidência do desgaste histórico”.*⁷⁹

Surge, dessa nova forma de comunicação do direito, o que talvez seja o maior produto da modernidade jurídica, *“filho do jusnaturalismo iluminista, o Código”*⁸⁰. No decorrer da história, muitos trabalhos foram chamados de código, no entanto, o

⁷⁵ Ibid., Tradução livre. p. 48.

⁷⁶ Ibid., Tradução livre. p. 49.

⁷⁷ Ibid., Tradução livre. p. 49

⁷⁸ VALLAURI, 1981, Tradução livre. p. 38.

⁷⁹ GROSSI, 2008, p. 27.

⁸⁰ Id., 2006, P. 94.

código que surge da modernidade é um código diferente, é “o Código símbolo, o Código mito”⁸¹. Sobre o código moderno, Paolo Cappellini afirma:

“A primeira característica comum dos códigos modernos que salta aos olhos é que eles se distinguem de todas as tentativas precedentes de reescritura e ‘racionalização’ do direito vigente, em vista do fato de que eles não visam consolidar, ordenar, melhorar (...) ou desenvolver sob o signo da continuidade o direito persistente (...) mas tem, muito mais, a intenção de viabilizar uma replanificação integral de toda a sociedade mediante um reordenamento integral de todo o sistema normativo”⁸²

Desse modo, o Estado, além de passar a ser o único emanador do Direito, modifica totalmente a forma de emitir esse direito. A partir do momento em que o direito passa a vir em forma de códigos, o campo jurídico se torna planejado⁸³. A codificação destaca-se pelo “nível formal, porque se apresentam como códigos sistemáticos, dominados por uma ordem intrínseca, o que lhes dá, aos nossos olhos, um aspecto ‘arrumado’ que contrasta com o plano arbitrário dos códigos anteriores”⁸⁴.

O código se configura, assim, como o momento no qual a modernidade jurídica se consolida teoricamente. Primeiramente, por conseguir atribuir poder jurídico inigualável ao Estado e, em segundo lugar, porque passa a atribuir ao direito sua cara, submetendo-o às suas técnicas. Dessa forma, segundo a técnica moderna, “o código devia ser completo, formar um sistema fechado de normas, logicamente concatenado, justificável segundo o princípio científico da utilidade”⁸⁵.

Segundo todas essas propostas, o código buscava ser “fonte unitária, garantidora do caráter unitário da entidade-Estado; fonte completa, sem lacunas, portanto, fonte exclusiva”⁸⁶.

Há todo um esforço para atingir o mundo jurídico pretendido pela modernidade, sendo perseguidos muitos fatores, mas, segundo Grossi, existem

⁸¹ GROSSI, Paolo. Apud., CAPPELLINI, 2007, p. 17.

⁸² CAPPELLINI, Paolo. Sistema Jurídico e Codificação. Curitiba: Juruá, 2007. p. 17/18.

⁸³ CAPPELLINI, 2007, p. 18.

⁸⁴ HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. Florianópolis: Boiteux, 2009 (a). p. 329.

⁸⁵ Ibid., p. 330.

⁸⁶ CAPPELLINI, 2007, p. 18.

“três fatos determinantes que inauguram e marcam o moderno, (a) ter causado uma incompreensão total em relação ao direito canônico: um pouco por responsabilidade da Igreja que fazia uma ordem interior de caráter, sobretudo, disciplinar e cimentando o fechado muro da sociedade eclesial; (b) um pouco porque a sociedade secularizada desconfiava de um direito malcheiroso de padres, de sacristia, de velhos, do medievo; e, por fim, (c) porque o Estado que se erguia como único produtor do direito, voluntariamente ignorava o direito canônico”⁸⁷.

A ascensão da ideia de código fez desaparecer duas figuras importantes do ordenamento jurídico medieval, a *interpretatio* e a *aequitas* canônica. Não há mais espaço para a construção do direito através da interpretação. Um código que pretende ser fechado em si mesmo não permite a edificação do Direito por meio da interpretação, tal qual acontecia na ordem jurídica medieval.

Já a *aequitas* canônica, com a ascensão da modernidade jurídica, deixou de fazer parte do dia-a-dia do direito. Se a lógica jurídica passa a exigir técnica, forma e poder para emanar o direito, buscando exclusividade legislativa, não há que se falar em preocupação com o caso concreto. A igualdade deixa de ser *aequitas*, porque passa a considerar todos iguais perante a lei, não buscando mais justiça na aplicação do caso concreto.

A *aequitas* não deveria mais ser aplicada em nome de um Estado secularizado, onde passa a haver “o domínio das garantias formais”⁸⁸. Além disso, é preciso entender que a positivação do direito não exclui automaticamente o uso da *aequitas*, vez que “a igualdade canônica não se opõe ao direito e nem mesmo ao direito positivo”⁸⁹. Sendo assim, não foi a positivação, ou os códigos, que fizeram com que a igualdade canônica usada no medievo fosse afastada, mas sim “o rigor iuris, o culto formal da norma”⁹⁰.

“É o Estado moderno que persegue a aequitas buscando expeli-la para fora do ordenamento jurídico ou, pelo menos, de minimizá-la; e não sem razão em um sistema de garantias formais (...). Igualdade, aqui, significa exteriorização, uma

⁸⁷ GROSSI, 2003 (a), p. 376.

⁸⁸ GROSSI, 1998, Tradução livre. p. 383.

⁸⁹ Ibid., p. 392.

⁹⁰ Ibid., p. 392.

*perigosa brecha aberta para fora do muro da cidadela jurídica. No ordenamento canônico é totalmente o contrário: a igualdade canônica realiza uma perfeita auto integração, fazendo concreta correspondência entre os dois níveis que marcam o planeta jurídico da Igreja*⁹¹.

Foi sim necessário todo esse esforço, entre poder e teorização, para que o Estado passasse a ser o único emanador jurídico e para que o ordenamento canônico não pudesse mais ser usado, bem como muitas de suas formas de ver e interpretar o Direito.

Com a mudança do cenário jurídico, a atuação dos personagens envolvidos também se altera. Se a pré-modernidade dava grande importância ao trabalho do jurista, a modernidade acaba por diminuí-lo bastante. O *doctor iuris*, do medievo, cede lugar ao juiz que passa a ser o aplicador por excelência do direito⁹². Com essa mudança, *“o judiciário é o protagonista por excelência da trama judicial e suas intenções também o são”*⁹³, ou seja, o juiz e suas intenções conseguem força e legitimidade para atuar segundo a técnica jurídica trazida pela modernidade, em que a força jurídica é somente o Estado.

Embora houvesse várias codificações, *“o seu ápice secularizante definitivo (ocorreu) na experiência revolucionária francesa cristalizada por Napoleão, no Code Civil de 1804”*⁹⁴.

“Em outras palavras, para o historiador do direito, podem existir e existem muitos “códigos”, para os quais pode ser convencional e inócua o emprego de um vocábulo unitário, mas somente um é o Código, que rompe em um determinado momento histórico, fruto de uma autêntica revolução cultural que bate em cheio e devasta os fundamentos consolidados do universo jurídico; justo por sua carga incisiva, justo por ser também e sobretudo uma ideia, o Código pode sofrer uma transposição, e, a partir do plano terrestre das fontes comuns do direito, vir a encarnar um mito e um símbolo. Porque, de fato, o Código quer ser um ato de ruptura com o passado: não se trata de uma fonte nova ou de um novo modo de conceber e confeccionar com profundidade e amplitude a velha ordonnance real; trata-se, ao contrário, de um modo novo de conceber a produção do direito, e, desse modo, o inteiro

⁹¹ GROSSI, 1998, Tradução livre. p. 391.

⁹² GROSSI, 2006, p. 96.

⁹³ NARVÁEZ H., José Ramon. Cultura Jurídica: *ideas e imágenes*. Cidade do México: Porrúa, 2010. p. 13.

⁹⁴ CAPPELLINI, 2007, p. 17.

problema das fontes, assim como o problema primário da conexão entre ordem jurídica e poder político.(...) “o primeiro e verdadeiro Código, o Code Civil (...)”⁹⁵.

Foi justamente o Código Civil Francês que inaugurou um código com “C” maiúsculo na história. Ápice de toda uma construção que teve início ainda no século XIV, o Código do século XIX logrou reunir todos os atributos confeccionados pela modernidade.

Acontece que, embora o ser humano tenha o instinto de simplificar e resumir o passado, formando algo como uma linha reta e certa, na busca por uma história completa e séria, é preciso levar em conta a complexidade da sociedade. Por isso, cabe analisar *in locus* o verdadeiro resultado da ascensão moderna.

A contextualização de todos esses acontecimentos é essencial para que entendamos o sistema jurídico que desembarcou em nosso continente juntamente com os colonizadores, ainda que, mesmo esse sistema pré-moderno, não tenha ocorrido em terras tupiniquins da mesma forma que se deu na Europa. Além disso, o surgimento e desenvolvimento do humanismo, iluminismo e modernidade também aconteceram de forma diferenciada em nosso país.

Por isso, ao tratar de pré-moderno e moderno, e até mesmo da influência do direito canônico em ambos, no Brasil é preciso contextualizar e contestar como essa passagem se deu.

⁹⁵ GROSSI, 2007, p. 89/90.

3.0 A Cultura jurídica brasileira rumo à modernidade e o direito canônico.

Nossa cultura jurídica, um oceano de distância da européia, precisa ser estudada. Como já dito por grandes juristas, é preciso uma análise da cultura jurídica brasileira, vez que, embora o Brasil tenha sido colonizado por europeus e guarde semelhanças jurídicas em razão disso, muitas são as peculiaridades encontradas entre nosso direito e o direito europeu.

Essa análise necessariamente deve passar pelo período no qual a produção jurídica vinha de juristas com formação na Europa, seja em Coimbra ou na França, e éramos uma colônia. Necessário, portanto, levar em consideração a composição do cenário jurídico no século XVIII brasileiro.

Ainda, é preciso ver como o século XIX brasileiro reagiu às idéias iluministas do século XVIII e as tentativas de modernização jurídica imposta pelo governo. Esse século é de bastante importância, pois em seu início tivemos as primeiras faculdades jurídicas no Brasil, dando início a um processo de formação local dos juristas, que até então precisavam ir estudar na Europa; além disso, foi no século XIX que o Brasil se tornou independente de Portugal, passando a tomar suas primeiras medidas, enquanto Império, sobre o Direito.

Com a ascensão desse novo Império é que devemos averiguar se a ordem jurídica persistia plural ou se já entrara na lógica iluminista, de acordo com a qual deveriam emanar somente do Estado as normas jurídicas.

Uma vez analisada a Cultura jurídica brasileira rumo à modernidade, é preciso ver qual o papel desempenhado pelo direito canônico nessa cultura. Tal análise somente será possível através da análise das discussões doutrinárias da época, bem como da legislação e da jurisprudência. Tudo isso porque, em uma ordem jurídica plural, na qual o político não se sobrepõe ao jurídico, uma visão sobre os acontecimentos políticos não é suficiente, é preciso, também, uma pesquisa sobre o campo jurídico para indicar quais foram os caminhos traçados em nossa cultura jurídica.

3.1 A pré-modernidade jurídica brasileira: o *ius commune* tupiniquim.

A pergunta que nos resta após a análise do *ius commune* europeu é a seguinte: o que acontecia em terras brasileiras na pré-modernidade? Será que o ambiente era juridicamente parecido com aquele europeu, ou será que nossa pré-modernidade jurídica nada tinha de parecido com o que se chamou *ius commune*?

Para que possamos chegar a uma resposta, necessário averiguar se os traços que identificam o *ius commune* estavam presentes na vida da colônia portuguesa além mar.

Como já dito, o Ocidente tem como grande diferencial a influência cristã, através da Igreja Católica. A presença da Igreja no Brasil é notoriamente conhecida, vez que seus agentes (bispos, companhias, padres e etc.) tiveram grande participação na colonização portuguesa. Por isso, ao se analisar a cultura do Brasil no período colonial, devemos analisar “*primeiramente o referencial religioso e o político*”⁹⁶.

Quanto ao poder da religião, aqui representado pela Igreja romana, poderíamos falar bastante sobre o poder político por ela exercido. Por mais que não se possa falar que a Igreja teria chegado ao novo continente antes da figura política da coroa, é possível afirmar que a Igreja que chegou juntamente com a coroa portuguesa era muito mais organizada⁹⁷. Foi graças a essa organização que a Igreja conseguiu tanto poder na história de nosso país, seja estando a serviço da colonização, seja estando a serviço da pregação do evangelho.

Por mais que essa influência política seja importante, não é com ela que nos preocupamos em primeiro lugar nesse trabalho, mas sim com a influência jurídica. Isso porque aquilo que Edgar da Silva Gomes chamou de “*dança dos poderes*”⁹⁸, ou seja, a constante mudança entre quem tinha mais poder entre o poder secular e a Igreja na história do Brasil, mostra a disputa política que esses dois travaram em nossa história. Contudo, em um momento de pré-modernidade jurídica, o direito era

⁹⁶ WEHLING, Arno; WEHLING, *Maria José C. M.* Formação do Brasil Colonial. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 4ª ed., 2005. p. 285.

⁹⁷ O professor Harold J. Berman ao tratar da revolução Papal mostra como a Igreja foi sempre mais organizada do que o poder político secular, devido as suas definições de hierarquia e poder organizacional anteriores, chegando até a afirmar que o primeiro estado moderno seria a Igreja. Independente de concordar com a afirmação, ela mostra que a Igreja na Idade Média era mais organizada do que os poderes seculares.(BERMAN, 2006).

⁹⁸ GOMES, Edgar da Silva. *A dança dos poderes: uma história da separação Estado – Igreja no Brasil*. São Paulo: D'escrever, 2009.

autônomo, e por mais que sofresse influência do poder político, esse não se sobressaía, precisando o direito de uma análise também autônoma.

Por esses motivos, torna-se necessário analisar o referencial, ou os referenciais, presentes na vida jurídica da colônia, de modo que, é a partir da análise do conjunto de referências que circundou a vida do Brasil colonial, que conseguiremos montar o quebra-cabeça do que foi a vida pré-moderna em nosso país.

Com os olhares voltados para o campo jurídico, vemos que a pré-modernidade tupiniquim, no século XVI, estava sobre a influência, ou jurisdição, das chamadas ordenações afonsinas e posteriormente manuelinas⁹⁹. Essas ordenações não exprimem ainda a vontade de um Estado moderno, pelo contrário,

“mesmo considerando as altas culturas na América, seu traço histórico mais distintivo é a multiplicidade, uma vez que, no início do século XVI, quando se iniciou as conquistas, haviam ocorrido sucessivas dominações de povos, justapondo-se experiências jurídicas que correspondiam a situações históricas diversas”¹⁰⁰.

Mesmo ao analisarmos as ordenações, podemos ver que estavam mergulhadas em uma lógica jurídica medieval, na qual o poder político não estava acima dos outros e a secularização, enquanto superação do cristianismo, não estava presente. Como podemos ver no Livro II, Título XLVIII, das Ordenações Afonsinas:

“Quando nosso Senhor Deos fez as criaturas assim razoaveis, com aquellas, que carecem de razom, non quis que duas fossem iguais, mas estabeleceo, e hordenou cada hua sua virtude, e poderio de partidos, segundo o grao em que as pôs: bem assy os Reys, que em logo de Deos na terra som postos a reger e governar o povoo nas obras ham de fazer, assy de Justiça, como de graça, ou mereces devem seguir o exemplo daquello, que elle fez, e hordenou, dando, e distribuindo nom a todos por sua guisa, mais a cada hum apartadamente, segundo o grao e condiçom, e Estado de que for”¹⁰¹

⁹⁹ WEHGLING, 2005, p.14.

¹⁰⁰ WEHGLING, 2005, p. 16.

¹⁰¹ Ordenações afonsinas.p. 120.

Essa passagem mostra a ideia de corpo, de coletivização, típicos do medievo, porque a sociedade não era vista como igual, e *“até o século XVIII, o direito português estava inserido na sociedade estamental”*¹⁰².

Ao analisar esse trecho das Ordenações Afonsinas, Danielle Regina Wobeto de Araújo afirma que

“a sociedade corporativa e natural reflete a pluralidade política e jurídica que valoriza os fenômenos coletivos; que apenas mira o indivíduo como parte de grupos e os seus direitos e deveres como reflexos do estatuto (“foro”) dos grupos no qual está integrado; que considera o poder como algo originalmente repartido – e não apenas delegado ou dividido – por múltiplos corpos sociais cada qual portador da autonomia política e jurídica exigida para o desempenho de sua função social”.¹⁰³

Isso nos mostra que o monarca ainda não desempenhava o papel de soberano. Ele compartilhava o campo de atuação com outros corpos, sendo mais um na produção do Direito, e não o único. Desse modo, *“além das ordenações, vigiam no Brasil colonial as normas do direito canônico, do direito romano (subsidiariamente nas decisões judiciais), a jurisprudência metropolitana e colonial, e os costumes”*¹⁰⁴.

Essa pluralidade ocorreu nas várias ordenações, porque além das ordenações Afonsinas (vigentes até 1514), tivemos as Ordenações Manuelinas (1514 a 1603) e Filipinas (1603 em diante), as quais buscavam regular, por parte da coroa, a ordem jurídica.

Todas essas Ordenações buscavam desempenhar seu papel dentro da ordem jurídica, não tendo pretensão de monopolizar a produção do Direito. Podemos ver isso ao analisarmos que, além das ordenações, o direito canônico¹⁰⁵ e mesmo os direitos locais faziam parte da vida jurídica do Brasil colonial¹⁰⁶. Além

¹⁰² WEHGLING, 2005, p. 303.

¹⁰³ ARAUJO, Danielle Regina Wobeto de. A almotaxaria e o direito na vila de Curitiba (1737-1828). Dissertação de mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011. p. 51/52.

¹⁰⁴ WEHGLING, 2005, p. 313.

¹⁰⁵ Além do direito canônico, merecem destaque as produções locais que, dentro da lógica jurídica medieval, buscavam adaptar as leis canônicas ao novo continente. Como grande exemplo dessas produções está a “constituição primeira do arcebispado da Bahia”, que segundo seus próprios escritos, foi feita “considerando Nós (os arcebispos) que as ditas Constituições de Lisboa se não podiam em muitas coisas acomodar a essa tão diversa região” (VIDE, Sebastião Monteiro da. Constituições primeiras do arcebispado da Bahia. São Paulo: Edusp, 2010.).

¹⁰⁶ WEHGLING, 2005, p. 303.

disso, a realidade jurídica colonial “*estava longe da racionalidade que os juristas do século XVIII defendiam*”¹⁰⁷.

“O objetivo desse corpo legal, portanto, não deve ser confundido com o movimento codificatório do século XIX, que reduziu ao Estado, um ente estranho e superior à sociedade, o poder de legislar, de conformar por meio da lei. De modo geral, as Ordenações tinham as seguintes características: assistemática; abertura e reconhecimento de outras fontes jurídicas, especialmente, aos costumes; normas dirigidas a organização do reino e não a vida privada da população; normas que não representavam a vontade do soberano, mas a razão natural”.¹⁰⁸

Mas o que acontecia para além dessas fontes? Quais eram os direitos para além das Ordenações? “*Na prática, no momento de aplicação do direito pelos tribunais o direito real acaba enquadrado na doutrina do ius commune e no âmbito local cedia perante as práxis locais*”¹⁰⁹. Desse modo, em relação ao *ius commune*, interessa-nos a ação do Direito canônico, e em relação a ordem jurídica nacional, interessa-nos a práxis local.

Na Idade Média, a *iurisdictio* dava o papel de atuação do direito civil e do direito canônico na ordem jurídica, distribuindo a cada um a possibilidade de perseguição da justiça em seu campo de atuação, mas essa divisão também englobava o poder jurídico local, dando-lhe força para perseguir o que era justo.

*“Iurisdictio é a posição de poder de um sujeito ou um ente, enquanto dotada de iurisdictio, uma cidade, pode organizar-se juridicamente, dotar-se de um ius proprium, fazer justiça. Certamente o poder supremo, a iurisdictio pleníssima, é do imperador. A iurisdictio, entretanto, não é uma totalidade exclusiva, mas uma cadeia composta por muitos anéis. Se apenas o imperador possui a plenitude do poder, isto não impede que entes hierarquicamente inferiores disponham de uma sua iurisdictio, de uma esfera de autonomia que coincide com as efetivas capacidades auto-ordenantes do ente singular”*¹¹⁰

¹⁰⁷ WEHGLING, 2005, p. 303.

¹⁰⁸ ARAUJO, 2011, p. 76.

¹⁰⁹ Ibid., p. 75.

¹¹⁰ COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia*: Ensaio de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 129.

A conclusão é que as localidades desempenhavam papel importante na ordem jurídica brasileira do período colonial, justamente porque a elas era confiada, nesse cenário jurídico complexo, certa autonomia na perseguição e efetivação da justiça. Com essa ordem jurídica, *“todas as periferias institucionais do Estado pré-moderno, por terem vida jurídica autônoma quanto ao centro, continuavam vivendo sob a égide de um direito próprio que não era dado, mas que estava, preexistente na natureza, e que encontrava na tradição a prova de seu valor”*.¹¹¹

Dentro dessa forma de poder local, destacam-se os juízes ordinários e as câmaras municipais. Tendo em vista que a forma de atuação e a força de cada câmara variam de acordo com a época e o local¹¹², não é possível uma análise geral mais profunda. Contudo, é preciso entender que em relação à ordem jurídica, as câmaras desempenhavam importante papel. As próprias ordenações davam esse poder às câmaras municipais. Nas Ordenações, os magistrados municipais tinham competência concedida¹¹³.

Quando se afirma que no Brasil colonial o *ius commune* esteve presente, conseqüentemente, como já visto, afirma-se que o direito canônico esteve presente, como a influência de toda a Igreja. No Brasil, no período colonial, o direito canônico era um dos direitos que faziam parte da ordem jurídica, *“especialmente em assuntos de família”*¹¹⁴. Mas para além da óbvia composição do *ius commune*, a influência do direito canônico se deu porque *“(...) de todos os poderes que então coexistiam, a igreja é o único que se afirma com bastante eficácia desde os âmbitos mais humildes, cotidianos e imediatos -como as famílias e as comunidades- até no âmbito internacional (...)”*¹¹⁵.

Em um período no qual o direito é um fato social, estar presente em todas as camadas da sociedade dá força às suas conclusões e definições. O direito tinha que expressar aquilo que a comunidade entendia por justiça e, como a comunidade era fortemente cristã, *“a justiça não poderia deixar de ser concebida como uma expressão da vida social e política permeada de religiosidade”*¹¹⁶.

¹¹¹ ARAUJO, 2011, p. 50.

¹¹² WEHGLING, 2005, p. 49.

¹¹³ Ibid., p. 62.

¹¹⁴ WEHGLING, 2005, p. 303.

¹¹⁵ HESPANHA, António Manuel. O Direito dos Letrados no Império Português. Florianópolis: Boiteux, 2006. p.187

¹¹⁶ WEHGLING, 2005, p. 27.

Assim como na Europa, aqui também tivemos a influência do iluminismo, cujo grande personagem, já no século XVIII, foi Marquês de Pombal¹¹⁷ que, através de seus atos, busca ingressar na modernidade copiando os modelos dos países europeus. Para Pombal, era necessário espelhar-se no modelo e nas ações cultas e civilizadas para obter progresso¹¹⁸. As chamadas ações cultas eram justamente aquelas que davam força às pretensões do Estado Moderno, quais sejam, o monismo jurídico por parte do Estado e laicização.

Para o professor Hespanha, o período pombalino, teve a influência

“do “textualismo (=anti doutrinarismo, digitum ad fontes intendere) do humanismo; da sistemática do racionalismo; das novas ideias sobre a função do direito romano da escola alemã do usus modernus pandectarum; do individualismo e do contratualismo das escolas jusracionalistas, com grande influência na reconstrução de muitos sectores do direito privado; das inovações, sobretudo em matéria de direito público e ciência da administração, da cameralística alemã e do humanitarismo italiano em matéria de direito e processo penal”¹¹⁹.

Como a sociedade era profundamente cristã e estava acostumada com a reprodução de sua organização, Marquês de Pombal tratou de modificar a educação. Primeiramente, antes mesmo do que se designou chamar de reforma educacional de Pombal, embora com grandes consequências na educação, em 21 de julho de 1773, pela *bula Dominus ac Redemptor*, a Companhia de Jesus foi extinta, o que culminou na expulsão dos jesuítas de todo território Português¹²⁰.

Para a colônia, expulsão dos jesuítas poderia significar o fim do ensino, uma vez que *“a educação dos jovens era docilmente confiada a Companhia de Jesus”¹²¹*. No entanto, *“criaram-se as “aulas regias”, com professores que seriam nomeados*

¹¹⁷ “Pombal governou Portugal de 1750 a 1777, tendo sido responsável por uma nova visão do papel do Estado e do revigoramento da política mercantilista monopolista, com maior centralização administrativa, controle do orçamento, da polícia e da Justiça” (Mota. Carlos Guilherme. In: FERREIRA, Gabriela Nunes e MOTA, Carlos Guilherme. Os juristas na formação do estado-nação brasileiro. Do século XVI a 1850. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006. p. 53)

¹¹⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo . A modernização frustrada: a questão da codificação civil no Brasil do século XIX. In: Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro. (Org.). Manual de Teoria Geral do Direito Civil. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 14.

¹¹⁹ HESPANHA, 2009 (a), p. 338.

¹²⁰ MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. A legislação Pombalina: *alguns aspectos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 35.

¹²¹ Ibid., p. 33.

pelo governo, ostentando status de nobreza".¹²² Além da mudança nos "ensinos menores", houve também a mudança no ensino jurídico, buscando modificar os textos bases, dando mais peso aos textos que condiziam com a "evolução" que o Estado vinha sofrendo¹²³. O que ocorreu foi a substituição da lógica e dos métodos dos jesuítas por livros inspirados em doutrinas mais recentes¹²⁴.

Esse ato de Pombal claramente busca tirar o ensino das mãos da Igreja e colocá-lo nas mãos do Estado, tudo isso porque ele estava *"preocupado com a desatualização e atraso de Portugal no mundo, sobretudo a falta de quadros profissionais e abusos da Igreja"*¹²⁵, e seria *"a atualização das mentes, a partir da reforma do sistema de educação escolar e a reforma da Universidade de Coimbra"*¹²⁶ que mudaria esse quadro.

Ora, ao querer um Estado diferente daquele que há séculos estava em vigor, é preciso treinar pessoas para ocupar esse novo modelo de Estado. Como afirma Arno Wehling e Maria José Wehling:

"Atente-se para o fato de que a finalidade da reforma pombalina dos 'estudos menores' não era atender à população em geral (como era, até certo ponto, a jesuítica e como seria a liberal), mas preparar uma elite necessária aos fins econômicos e políticos desejados pelo Estado, através de poucas escolas bem aparelhadas"¹²⁷

Se espantosa foi a atitude de Pombal ao expulsar os jesuítas de seus territórios, mais espantosa ainda foi a sua obra de maior impacto, a Lei da Boa Razão, assinada por D. João I. Espantosa porque buscava, na afirmação do Estado através da lei, a obtenção do Estado moderno. Em meio à pluralidade, com a Lei da Boa Razão, o que ocorreu é que um dos entes passou, segundo ele mesmo, a ter mais poder jurídico sobre os outros, *"esvaziando competências que pertenciam aos demais corpos da sociedade"*¹²⁸, quebrando a ordem até então existente. Sobre a Lei da Boa Razão, afirma Antônio Manuel Hespanha:

¹²² WEHLING. Formação do Brasil Colonial. P 303.

¹²³ HESAPANHA, 2009 (a), p. 338.

¹²⁴ MOTA, 2006, p. 51.

¹²⁵ Ibid., p. 49.

¹²⁶ Ibid., p. 53.

¹²⁷ WEHLING, 2005, p. 298.

¹²⁸ ARAUJO, 2011, p. 69.

“O exemplo dessa remodelação das fontes tradicionais do direito é, em Portugal, a “Lei da Boa Razão” (19.08.1769), à qual, por isso, não pode deixar de ser conferida o maior significado político. Como se saberá, a Lei tinha por fim modificar, com um súbito radicalismo, o quadro das fontes de direito, tal como resultava das Ordenações do reino, desde o século XV, alterando as hierarquias estabelecidas entre a lei e o direito de origem doutrinal e jurisprudencial.”¹²⁹

Sobre esse trecho, duas afirmações chamam a atenção. Primeiramente, a vontade que se tem de mudar algo através da lei, o que mostra que a *“Coroa deixou de se remeter a uma “administração passiva”, (deixou) de se manifestar principalmente pela justiça, visando apenas manter a ordem jurídica tradicional dada para um “administração ativa”, criadora de situações políticas novas, de sua própria realidade”¹³⁰*. Em segundo lugar, a palavra súbito, a qual demonstra, além da proatividade jurídica, um ideário de necessidade de modificação, deixando a ordem jurídica de ser descoberta e passando a ser criada, sendo esse criador, evidentemente, o Estado que buscava emergir. Sobre esse tema, afirma Breezy Ferreira que,

A “Lei da Boa Razão” transferiu a doutrina dos juristas para as mãos da legislação, centralizando, portanto, a atividade legislativa na figura do soberano, dando maior legitimidade ao direito pátrio, nesse caso, o direito português (Ordenações e leis esparsas), em detrimento do direito subsidiário, vale dizer, os costumes e o direito romano, que deveriam ser utilizados somente em caso de lacuna da lei, conforme a boa razão, e, ainda, com a supressão das glosas de Acúrsio, comentário de Bártolo e as opiniões dos doutores, bem como a aplicação do direito canônico nos tribunais cíveis, visando, também, direito e juristas a um controle mais estrito da coroa. Tal política desenvolve-se em três fontes de reforma – a da legislação,¹³¹ a do sistema das fontes de direito e a do ensino do direito.”

Muito se pode falar sobre a Lei da Boa Razão, no entanto, importa-nos mais para o presente trabalho o que essa lei trazia em seu item 12, no qual *“reservou o*

¹²⁹ HESPANHA, António Manuel. Hércules Confundido, *Sentidos improváveis e Incertos do Constitucionalismo Oitocentista: o caso português*. Curitiba: Juruá, 2009 (b). p. 38.

¹³⁰ ARAUJO, 2011, p. 69.

¹³¹ FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica. Dissertação de mestrado em direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008. p. 31.

*uso do direito canônico exclusivamente para ‘matéria que traga pecado’, excepcionando os casos em que o pecado não apareça às hipóteses em que ‘os Sagrados Cânones determinem o contrario’.*¹³²

*“Com a Lei da Boa Razão (...) a tradição jurídica é sujeita a severa crítica; é reafirmado o caráter apenas subsidiário do direito romano, cuja recepção é sujeita à triagem da “boa razão”; bane-se (...) o direito canônico nos tribunais civis; procura se limitar a competência normativa (assentos) nos tribunais; remete se, em matérias estratégicas na “modernização” da sociedade e do Estado, para a legislação das “Nações christãs, iluminadas, e pollidas”.*¹³³

Pombal buscou justamente inibir, ou mesmo proibir, o uso de outros direitos que não aqueles vindos da Coroa. No caso do direito canônico, esse ainda poderia ser usado, mas com duas regras: a primeira era nos casos de pecado ou que envolvesse a fé. Fugindo da questão do que se enquadraria ou não em uma questão de fé, é preciso lembrar que a sociedade medieval era fortemente cristã, ou seja, teocêntrica, e se Deus é o centro da vida, talvez quase todos os acontecimentos, se não todos, estariam ligados a questões relacionadas à fé. A segunda regra era que mesmo nos casos de fé ou pecado o cânon não poderia contrariar uma ordem da Coroa, que se mostrava, desse modo, mais forte.

Importante lembrar, com essa contextualização, que a Lei da Boa Razão é do final do século XVIII, século esse que, em terras brasileiras, é fortemente marcado pela pré-modernidade. A Lei assinada por Dom João I tenta justamente mudar esse cenário jurídico plural.

Como forma de reforçar o afastamento do direito canônico da vida jurídica de Portugal e suas colônias, além do argumento da força política através da lei, a secularização, ou a necessidade dela, também esteve presente na administração de Pombal. Ora, para conseguir ascender, a modernidade europeia também precisou do discurso da secularização.

A tentativa de fazer o sacro - aqui se enquadra, também, o direito canônico – ser afastado em nome de um progresso necessário, associando o sagrado a algo

¹³² CABRAL, Gustavo C. M.. A lei da boa razão e as fontes do direito: Investigações sobre as mudanças no direito português do final do antigo regime. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010. p. 6115.

¹³³ HESPANHA, 2009 (a), p. 338.

ultrapassado também ocorreu em Portugal, culminando na interpretação de que “*todo e qualquer acto praticado por um padre jesuíta (após a expulsão dos jesuítas e a edição da Lei da Boa Razão) passou a ser ostensivamente mau*”¹³⁴. Em uma visão mais política, “*o resultado foi que a Igreja passou a viver sob duro controle do Estado, até a Inquisição tornou-se serviço do Estado*”¹³⁵.

Embora muitos possam afirmar que “*a mentalidade racionalista do Marquês de Pombal possibilitou-lhe ombrear na primeira plana de homens de Estado verdadeiramente úteis ao século da ilustração*”¹³⁶ e que a legislação criada por ele trouxe “*um espírito aberto para o progresso*”¹³⁷, muitas são as dúvidas sobre o real impacto dessa lei na cultura jurídica brasileira dos séculos seguintes.

Isso porque se trata de uma vontade por parte do Estado que não havia sido manifestada anteriormente. No cenário jurídico pré-moderno, a pluralidade era algo arraigado, necessário para o quebra cabeça chamado justiça. É por isso mesmo que o *ius commune* era marcado pela *iurisdictio*, em que cada direito e cada localidade contribuía para a formação da justiça. No mínimo, essa manifestação causou espanto para aqueles que não eram adeptos, ou nem mesmo conheciam as teorias sobre a vontade monista do Estado moderno em ascensão.

Justamente por conhecer o cenário que a Lei da Boa Razão quis modificar, e por entender a composição do *ius commune*, torna-se difícil imaginar que referida lei tenha entrado em vigor rapidamente na ordem jurídica tupiniquim. Ainda mais quando se tem afirmações dizendo que no plano das mentalidades, eram ainda dominantes na época iluminista, as pesquisas sobre a religiosidade, ou mesmo a religiosidade jurídica¹³⁸.

Ora, se até mesmo os juristas mais identificados com o absolutismo pleno do “despotismo esclarecido”, reconheciam uma ordem cósmica, presididas por valores absolutos como a fé¹³⁹, e se o próprio Marquês de Pombal estava submetido ao

¹³⁴ MARCOS, 2006, p. 33.

¹³⁵ MOTA, 2006, p. 64.

¹³⁶ MARCOS, 2006, p. 24.

¹³⁷ Ibid., p. 12.

¹³⁸ WEHGLING, Arno; WEHLING, Maria José C. M. Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 27.

¹³⁹ Ibid., p. 35.

clima tridentino e jesuítico¹⁴⁰, admitir uma fácil e simples superação do direito canônico na cultura jurídica brasileira não é muito razoável.

O que temos aqui é precisamente a tentativa de ascensão do Estado moderno, através da legislação pombalina, em meio a uma ordem jurídica plural, tal qual o *ius commune* medieval. Sendo assim, segundo a história oficial, a partir do ano de 1769, com a edição da Lei da Boa Razão, e o ambiente iluminista capitaneado por Marquês de Pombal, o direito canônico teve seu uso diminuído em nome de uma “Boa Razão”, que dava ao Estado moderno poder e confiança para estar acima das outras fontes do direito.

No entanto, a história oficial provavelmente está equivocada, e como “*a experiência histórica da formação do Estado nas Sociedades periférico-capitalistas da América Latina assume determinadas particularidades heterogêneas*”¹⁴¹, torna-se necessária a análise do que ocorreu em terras brasileiras após a edição da Lei da Boa Razão e da tentativa de ascensão do Estado moderno.

3.2 O século XIX no Direito Brasileiro: um momento de transição e crise.

O subtítulo adianta um pouco do que a pesquisa nos permitiu compreender. O século que segundo a chamada “*história tradicional*”¹⁴² seria o século de solidificação das ideias iluministas quanto ao Direito concretizado através de seu maior fruto jurídico, o Código pode ser, na verdade, um século de transição e crise, de acordo com as fontes para além das grandes fontes oficiais.

O século que sucedeu as ações de Marquês de Pombal, para grande parte do mundo, foi o momento em que o Estado conseguiu ascender ao posto de único emanador do direito, concretizando, através do Código, os ideais Jusnaturalistas e iluministas¹⁴³. É nesse século, também, que “*a burguesia já se instalou no poder*”¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Id., 2005, p. 299.

¹⁴¹ WOLKMER, Antonio Carlos. Repensando a questão da historicidade do estado e do direito na América latina. In: NEDER, Gizlene. História & direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 66.

¹⁴² FONSECA, Ricardo Marcelo. O positivismo, “historiografia positivista” e história do direito; In: Argumenta: revista do programa de mestrado em ciência jurídica da FUNDINOPI. Jacarezinho, p.143-166, 2009 (b). p 155.

¹⁴³ CAPPELLINI, 2007, p. 17.

¹⁴⁴ FONSECA, 2009 (b), p. 143.

Como já dito, o primeiro Código com “C” maiúsculo, que realmente atendia à “*radicalidade desse conceito*”¹⁴⁵, foi o famoso “Code Civil”, o Código de Napoleão, datado de 1804. Segundo Cappellini,

*“O Code Napoléon é uma Constituição civil (burguesa) porque isso não é – não somente e não exclusivamente – um código (com a letra minúscula) do direito civil (isto é, privado), mas sobretudo e fundamentalmente um Código (com letra maiúscula) da sociedade civil, justamente com a finalidade de estruturar essa sociedade, de revelá-la a si mesma, de organizá-la e consolidá-la definitivamente”*¹⁴⁶.

Após a criação desse Código - devido ao grande trabalho de difusão das ideias que lhe dão força - aconteceu por todo o mundo o que se designou chamar de “*onda codificadora*”, tornando o debate sobre codificação onipresente em toda a Europa¹⁴⁷. Essa codificação buscava através dos Códigos um “*modelo de planificação no campo jurídico*”¹⁴⁸.

Desse modo, a codificação passa a se espalhar pelo mundo, e “*em 1811 é editado o código civil austríaco (ABGB), em 1865 o italiano, em 1867 o código português, em 1889 o espanhol, entre tantos outros códigos importantes*”¹⁴⁹. Contudo, é importante lembrar que o Código não necessariamente foi acolhido de braços abertos pelas nações, havendo, por vezes, resistência às implicações que a codificação traria.

A mais famosa resistência foi aquela feita pela Escola Histórica Alemã. Mesmo com essa “*onda codificadora*”, a Escola Histórica Alemã “*reagiu contra a ideia de que o Estado e o seu direito (legislado) pudessem ser a única forma de manifestar a identidade política e jurídica de uma nação*”¹⁵⁰, valorizando, assim, as formas tradicionais e espontâneas de organização política e jurídica.

Por tudo isso, podemos concluir que a ideia de código ganhou bastante força após o Code de Napoleão, expandindo-se por vários continentes. Além disso, embora essa influência fosse deveras forte, a Escola Histórica Alemã é a prova de

¹⁴⁵ Id., 2011, p. 13.

¹⁴⁶ CAPPELLINI, 2007, p. 18.

¹⁴⁷ FONSECA, 2011, p.14.

¹⁴⁸ CAPPELLINI, 2007, p. 18.

¹⁴⁹ FONSECA, 2011, p. 14/15.

¹⁵⁰ HESPANHA, 2009(a), p. 383.

que o Código e todas as suas mudanças não foram sempre aceitas, precisando cada Estado, ou nação, verificar em que medida o monismo jurídico e o Código foram, ou não, aceitos nos oitocentos, pois cada um reagiu de forma diferente a esses acontecimentos.

Mas por que somos impulsionados a acreditar que, a partir do Código de Napoleão todas as fontes ao redor do mundo passaram a aderir rapidamente, e sem resistência, à ideia de Código, tal qual foi forjada pela burguesia ascendente? Mais especificamente quanto ao caso português, por que nos é vendida a ideia que desde que Pombal editou a Lei da Boa Razão, buscando a ascensão das ideias iluministas, Portugal e suas colônias entraram em um caminho retilíneo desaguando no positivismo jurídico que temos nos dias atuais?

Essa visão quase automática que nos é posta se explica porque, juntamente com a modernidade, ascende não somente uma nova forma de ver o Direito, através do positivismo jurídico, mas uma nova forma de ver a história, o positivismo histórico¹⁵¹, através do qual se *“tem uma forma de se aproximar do conhecimento, de captar o objeto, que lhes é comum e, diga-se de passagem, muito típica do modo de ver o mundo no século XIX”*¹⁵².

O professor Ricardo Marcelo Fonseca nos ensina que o positivismo tem, de forma simples, três grandes pressupostos epistemológicos. Para o positivismo a realidade é dotada de exterioridade, sendo a realidade exterior ao sujeito; o conhecimento é a representação do real, o conhecimento é capaz de abarcar o objeto em sua integralidade; e há uma dualidade entre fatos e valor, os fatos pertencem à ordem do objeto e os valores, à ordem do sujeito¹⁵³.

A história positivista tem *“uma verdadeira obsessão pelos documentos oficiais, estatais, públicos, de cartórios, porque esses documentos revelariam, sem desvios ou enganos (e de modo direto) os fatos (como visto acima, para o positivismo o cientista deve ater rigorosamente aos fatos, aos objetos)”*¹⁵⁴. Diante disso, podemos ver que a história positivista passa a ser uma história que olha de cima, pois a ela interessam somente os grandes documentos oficiais, e impositiva,

¹⁵¹ Sobre o assunto, recomenda-se: FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito. Curitiba: Juruá, 2009 (a).

¹⁵² FONSECA, 2009(b), p. 136.

¹⁵³ FONSECA, 2009(b), p. 43/48.

¹⁵⁴ Ibid., p. 156.

pois busca exprimir exatamente o que aconteceu, busca mostrar a totalidade dos acontecimentos.

Acontece que o positivismo histórico, segundo Hespanha,

“hegemônico na historiografia europeia do século XIX”¹⁵⁵, acabou por produzir uma história que dava força ao próprio positivismo. Desse modo, essa historiografia acaba por “projectar sobre o passado categorias sociais e mentais do presente, fazendo do devir histórico um processo (escatológico) de preparação da actualidade”¹⁵⁶.

A história positivista produziu justificativas e explicações que a tornassem incontestável. Tudo isso aconteceu com vários passos, primeiramente para conseguir se sobrepor às outras ideias foi preciso teorias que tornassem necessário e aguardado os avanços iluministas e jusnaturalistas, para solidificar a conquista jurídica burguesa foi preciso um mecanismo que transforma a história em uma linha reta, a qual cada dia estaríamos mais a frente em termos de evolução do que o dia passado, e mais atrás do que o dia que há de vir.

O positivismo histórico, através de suas regras, pressupostos e resultados, acabou por convencer de que se tem o melhor direito que se poderia ter, resultando o passado jurídico em um passado pior e superado, e o futuro, o aperfeiçoamento do positivismo jurídico. Com isso, a linha histórica jurídica é reta e nos leva sempre a uma evolução.

Voltando a falar sobre a ordem jurídica do século XIX, é preciso contextualizar a história nos moldes positivistas, em busca de respostas que correspondam à vida jurídica do Brasil no século XIX, sem supervalorizar as grandes fontes formais, mas analisando para além dessas, o pensamento jurídico e *“o direito efectivamente aplicado”¹⁵⁷.*

A análise do direito na América deve ser feita levando-se em consideração *“a cultura política e jurídica latino-americana como reflexo das diferenças histórico-*

¹⁵⁵ FONSECA, 2009(b), p. 155.

¹⁵⁶ HESPANHA, António Manuel (org.). *Justiça e Litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 51.

¹⁵⁷ HESPANHA, António Manuel. *Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo*. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 39, 2010, págs.109/151. p. 111.

*estruturais e contradições*¹⁵⁸. Isto devido ao fato que, desde as ações de Pombal, o poder político central deixa de exprimir a sociedade e passa a moldá-la segundo um dever ser. Ao falar do Estado na América-Latina, o professor Wolkmer afirma:

“o Estado não é produto de uma Sociedade nacional e politicamente organizada, tampouco criação exclusiva de uma classe economicamente dominante, mas sim o próprio Estado é artífice que irá materializar e definir os grupos sociais e as formas de sociedades nacionais existentes”

Cabe verificar, ao tratar do século XIX no Brasil, como a sociedade jurídica reagiu a esse Estado, forte ator jurídico e candidato a único ente do qual emana o direito.

Ao falar de século XIX e vida jurídica, necessário lembrar que foi somente no início do século XIX, mais especificamente em 1808, que o Brasil teve seus primeiros cursos superiores, o que significa que *“a elite intelectual e política brasileira, no final do século XVIII e início do seguinte, continuava estudando em Coimbra, de onde saíam formados majoritariamente em direito e medicina”*¹⁵⁹. O resultado desse distanciamento dos cursos superiores, e principalmente do curso de direito, era a pouquíssima circulação de direito culto no Brasil colonial.¹⁶⁰

A criação das primeiras universidades em território brasileiro contribuiu para a possibilidade de um direito diferenciado da Metrópole, mas o diferencial veio efetivamente com os cursos jurídicos – um em Olinda, posteriormente transferido para Recife, e outro em São Paulo-, *“podendo-se dizer que é somente a partir daí que vai se formando, de modo lento e gradual, uma cultura jurídica (no sentido de uma tradição letrada) tipicamente brasileira”*¹⁶¹.

Foi nesse mesmo século que o Brasil deixou de ser uma colônia e passou a ser independente. No ano de 1822, houve o *“acontecimento que teria assinalado o rompimento definitivo dos laços coloniais e políticos”*¹⁶². Sem entrar no mérito ou em uma análise mais profunda da independência brasileira - que se deu de forma ímpar, *“a independência foi um dos momentos históricos cruciais do prolongado processo*

¹⁵⁸ Wolkmer, 2006, p. 65.

¹⁵⁹ WEHLING, 2005, p. 299.

¹⁶⁰ FONSECA, 2011, p. 16.

¹⁶¹ Ibid., p. 22.

¹⁶² OLIVEIRA, Cecília Salles. 7 de setembro de 1822. In: BITTENCOURT, Circe (org.). Dicionário de datas da história do Brasil. São Paulo: Contexto, 2007. p. 207.

*de lutas políticas (não necessariamente populares) que resultou na construção do Estado nacional e da nação na primeira metade do século XIX*¹⁶³.

A independência política brasileira tem uma grande importância jurídica, pois *“pode-se dizer que o direito brasileiro, até o momento de sua independência política (em 1822) confundia-se com o direito português”*.¹⁶⁴ Assim, a partir da independência o direito brasileiro, longe do vínculo colonial, tomava rumos progressivamente diferenciados do direito português.

Acontece que *“no momento da independência brasileira o direito era “experimentado” sobretudo através dos poderes descentralizados, poderes locais, numa estrutura permeável à pluralidade das manifestações jurídicas”*¹⁶⁵. Desse modo, mesmo no século XIX, o direito brasileiro se mostrava plural.

*“Logo após a independência do Brasil, ocorrida em 1822, o novo governo (...) promulga a lei de 20 de outubro de 1823 que determinou que continuassem em vigor as Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821”*¹⁶⁶

A citada lei busca amparar a recente nação que não tinha nenhum código produzido, mas logo depois, no ano de 1824, com a constituição do império, determina *“em seu artigo 179, n. XVIII a “necessidade de se organizar, quanto antes, um código civil e um criminal, fundado em sólidas bases de Justiça e Equidade”*¹⁶⁷, buscando dar corpo legislativo a nova nação.

Como já dito, ao analisarmos a Constituição do Império, poderíamos concluir que tão logo tivemos um Código Civil, como os códigos que surgiram ao redor do mundo nesse século. No entanto, não foi isso o que aconteceu, vez que *“esse dispositivo foi cumprido apenas parcialmente”*¹⁶⁸ – O Código Criminal foi promulgado em 1830.

Sem o Código Civil, *“a antiga colônia continuará a aplicar a velha legislação herdada dos tempos coloniais”*¹⁶⁹. O que é mais interessante é que o Brasil

¹⁶³ OLIVEIRA, 2007, p. 209.

¹⁶⁴ FONSECA, 2006, p. 344.

¹⁶⁵ Id., 2011, p. 18.

¹⁶⁶ FONSECA, 2011, p. 18.

¹⁶⁷ Ibid., p. 18.

¹⁶⁸ Ibid., p. 18.

¹⁶⁹ Ibid., p. 19.

continuou a usar a legislação da época colonial por mais tempo que a própria metrópole, vez que Portugal editou seu Código Civil no ano de 1867, e o Código Civil brasileiro veio a ser promulgado somente em 1916¹⁷⁰.

Embora o Código Civil não fosse promulgado, mesmo com as tentativas, *“houve uma série de importantes adventos legislativos ao longo do Império”*¹⁷¹, mas nenhum deles consegue fazer do Império um período judicializado¹⁷².

Ainda que alguns queiram ver o século XIX brasileiro como um século judicializado, o que se tem realmente é a *“renitência de estruturas arcaicas nas próprias instituições político jurídica”*¹⁷³. Sobre a política brasileira no Império, José Murilo de Carvalho nos ensina que o Estado brasileiro sofria de macrocefalia, tendo cabeça grande e braços curtos¹⁷⁴, ou ainda a administração imperial *“tem cabeça enormes e quase não tem braços (...) cuja circulação não chega às suas extremidades”*¹⁷⁵. Isso nos leva a conclusão de que nem se quisesse, o Brasil conseguiria, devido às limitações, ser um país judicializado.

Mas por que a ordem dada pela Constituição Imperial de criar um Código Civil não foi cumprida? Ricardo Marcelo Fonseca coloca três fatores em razão dos quais o Brasil não teve, no século XIX, um Código Civil promulgado,

*“A primeira se encontra na ausência de uma tradição culta do direito logo nos anos que se seguiram a independência do Brasil (...); o segundo foi o fato de que o incipiente direito letrado brasileiro da segunda metade do século XIX, malgrado não tivesse sido infenso a influência francesa, sofreu muito mais impacto da cultura alemã (...) e terceiro fator é a ausência de uma “vontade codificadora” no império brasileiro”*¹⁷⁶

Devido a esses pontos, e tantos outros, *“por razões complexas, o código acabará por não ser realizado, nem no Império (que terminará em 1889) e nem no século XIX”*¹⁷⁷, diferentemente do que aconteceu em outros países da América-

¹⁷⁰A aplicação das ordenações filipinas teve vigência em nosso país do ano de 1603 até o ano de 1916 (FERREIRA, 2008, p. 29.).

¹⁷¹ FONSECA, 2011, p. 18.

¹⁷² WEHLING, 2004, p. 85.

¹⁷³ FONSECA, 2011, p. 19.

¹⁷⁴ CARVALHO, José Murilo de. A construção da ordem e teatro de sombras. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 4ª d., 2008. p. 323.

¹⁷⁵ Ibid., p. 137/142.

¹⁷⁶ FONSECA, 2011, p. 22/24.

¹⁷⁷ Ibid., p. 14.

Latina que tiveram, ainda no século XIX, a promulgação de seus códigos. O que acaba ocorrendo em nosso país é “*um momento de transição, em que o desejo de modernização está enfrentando fortes estruturas arcaicas muito próprias de nossas idiossincrasias coloniais*”¹⁷⁸.

Não é simples afirmar que o século XIX brasileiro se trata de um século ligado ao antigo regime, demandando uma busca nas fontes “rasteiras”, verdadeiramente ligada ao dia-a-dia da população do Império. Contudo, Tulio Ascarelli, grande jurista italiano, é mais ousado, apontando como marca curiosa da legislação brasileira o fato de termos carregado até a segunda década do século XX um Direito visivelmente marcado pelas características do medievo.¹⁷⁹

Todavia, mesmo passando por um século cheio de crises e de forte transição, com influências medievais em sua cultura jurídica até o século XX, junto com a manutenção das leis portuguesas, o Brasil conservou vigente a Lei da Boa Razão, de Marquês de Pombal. Vale dizer, por mais que o século XIX seja marcado por grande pluralidade e por uma ordem jurídica que é tendenciosa a pluralidade, que é necessário descobrir se o Direito Canônico foi mesmo afastado dos tribunais, como pretendia Pombal – vez que sua lei teve um século para ser absorvida-, ou se o uso do Direito Canônico se manteve na ordem jurídica e nos tribunais brasileiros.

3.3 O Direito canônico no Direito Brasileiro oitocentista.

A construção feita até o presente momento nos permite afirmar que o cenário jurídico brasileiro dos séculos XVIII e XIX era um cenário jurídico plural. Quanto ao século XVIII, era preciso verificar se o direito aqui vigente era um direito tal qual aquele encontrado na Europa, qual seja, o *ius commune*. Já a análise do século XIX exigiu a identificação da ascensão do positivismo jurídico, que causou, devido ao choque entre o antigo regime e a modernidade¹⁸⁰, uma realidade jurídica de crise.

Uma vez identificada a pluralidade jurídica do século XIX, como o próprio trabalho propõe, cabe nesse ponto indicar o papel do direito canônico na ordem de traços medievais em pleno século XIX. Essa busca se faz necessária tendo em vista

¹⁷⁸ Ibid., p. 15.

¹⁷⁹ ASCARELLI, Túlio. Apud., FONSECA, 2007. p. 81/83.

¹⁸⁰ FONSECA, 2011 p. 14.

alguns pontos. O primeiro é a vontade do Estado de se tornar a única fonte do direito, o que faz do direito canônico, que advém da Igreja, um não direito; o segundo é o discurso secularizante que veio juntamente com as ideias iluministas, exigindo a superação do cristianismo, e obviamente também do seu direito, em nome do progresso; o terceiro é a materialização dessas ideias através da Lei da Boa Razão, cujo escopo era colocar em prática a superação do direito canônico, afastando seu uso da maioria das matérias.

Inicialmente, faz-se necessário ressaltar as influências do conhecimento canônico difundido no direito brasileiro, e até mesmo ocidental. Exemplo disso é que muito se podia falar sobre a influência do direito canônico, ou até mesmo de toda a filosofia católica cristã, no direito penal e processual penal. Antes do código penal e do processual penal, anteriores ao código civil, devido à influência do *ius commune*, o direito canônico era grande fonte do direito penal e processual penal. Isso porque, além de o código ter parte específica para crimes e penas, com a inquisição, essas foram matérias muito usadas e discutidas por todo o mundo.

Além disso, é preciso lembrar que a criação de um código, como foi o primeiro código penal brasileiro de 1830 e o processual penal de 1832, não exclui a influência do direito canônico nesses direitos, vez que muitas matérias foram incorporadas e recepcionadas por esses códigos.

Mesmo considerando toda a influência que o direito canônico teve nos mais diversos ramos do direito enquanto normas, considera-se como parte mais importante aquela que recai sobre todo o pensamento jurídico ocidental. O Professor Paolo Grossi afirma que o direito canônico contribuiu para a criação de uma mentalidade jurídica, tendo como proposição central o próprio Direito Canônico, e não somente como uma regra fixa, mas como uma mentalidade jurídica típica e cheia de peculiaridades, constituída de ciência e práxis.¹⁸¹ Desse modo, embora as pontuais influências que o direito canônico tenha sobre o direito brasileiro do século XIX, a mentalidade jurídica que o próprio direito canônico ajudou a forjar, durante séculos em todo o ocidente, configura a parte mais importante dessa influência.

Como já foi dito, o século XIX trouxe muitas mudanças em nosso país, como, por exemplo, a independência brasileira. Essa independência trouxe uma nova

¹⁸¹ GROSSI, 2003(b), p. 377.

constituição e com ela vieram novas exigências, numa tentativa de encaixar o direito pátrio nos eixos modernos, o que se demonstra, pelo menos em parte, pela exigência da criação dos códigos penal e civil.

No entanto, uma característica política da Constituição Imperial nos é de grande valor: *“na primeira e única constituição do período imperial brasileiro – 1824 – ficou estabelecida a exigência de uma religião oficial do Império do Brasil – a católica apostólica romana”*¹⁸². Isto demonstra que *“a Constituição Imperial adotou o catolicismo como a religião oficial do Império”*¹⁸³, como se infere de seu artigo 5º,

Art. 5. “A religião católica apostólica romana continuará a ser a religião do império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo.”

Essa opção política vai contra a tendência mundial, pois os outros países deixaram de se vincular à religião católica, em razão dos *“movimentos revolucionários na Europa do final do século XVIII e início do século XIX (que) marcaram o início de uma ruptura entre o antigo regime de alianças trono-altar”*¹⁸⁴. Com isso, o recente Estado brasileiro demonstra a íntima ligação de seu projeto de nação com o projeto religioso do padroado¹⁸⁵.

Outra consideração importante é que Marquês de Pombal também tentou modernizar Portugal e suas colônias reformando o ensino, bem como o ensino jurídico. Contudo, a tentativa de formar um exército para seus planos de modernização enfrentou bastantes dificuldades em relação ao direito da Igreja, vez que, ainda no final do século XIX, era possível encontrar um ensino jurídico nas faculdades brasileiras *“com forte carga de pensamento religioso”*¹⁸⁶.

Essa manutenção, mesmo que política, demonstra a necessidade de um olhar especial sobre os acontecimentos do Brasil imperial, que mais uma vez, mostram resistência à “modernização mundial”. Embora não possamos afirmar que o político tenha já aqui total poder sobre o jurídico, com certeza aquele o influenciava, e essa manutenção da religião católica como religião oficial do Império não foi diferente.

¹⁸² GOMES, 2009, p. 71.

¹⁸³ FERREIRA, 2008, p. 63.

¹⁸⁴ GOMES, 2009, p. 16.

¹⁸⁵ Ibid., p. 57.

¹⁸⁶ FERREIRA, 2008, p. 45.

Essas considerações são muito importantes para que possamos vislumbrar o cenário jurídico dos oitocentos, mas é preciso, também, analisar as influências que o direito canônico continuou exercendo na ordem jurídica do século XIX. A influência sobre o direito penal e processual penal foi somente lembrada, recaindo sobre o direito civil e seus institutos uma melhor exemplificação do que foi a influência do direito canônico no direito brasileiro do século XIX.

Primeiramente, podemos apontar a influência que o direito canônico teve no direito possessório no Brasil. *“Ao estudar as principais obras de Direito Civil da época, mais especificamente os manuais (...) que tratam do Direito das Coisas e da posse, observam-se referências constantes ao direito romano, ao direito canônico, bem como inúmeras citações e referências às Ordenações Filipinas.”*¹⁸⁷ Um exemplo dessa influência é trazido pelo nome da obra de Antonio Joaquim Ribas da segunda metade do século XIX, *“Da posse e das ações possessórias segundo o direito pátrio comparado com o direito romano e canônico”*¹⁸⁸, em que *“o autor elabora as suas ideias tendo como ponto de partida exatamente o direito romano e o direito canônico”*¹⁸⁹.

Como já adiantado em pontos anteriores, era comum o direito canônico ter peso maior em determinadas matérias em relação ao direito romano por dois motivos. O primeiro é a possibilidade de renovação através das autoridades eclesiásticas, que permitia a renovação do direito canônico, enquanto o direito romano não se renovava, sendo, no máximo, anotado ou glosado; o segundo ponto é a força da instituição Igreja Católica que acabava difundindo seu uso.

Pode-se ver que o Direito Canônico também teve mais peso na formação da matéria de posse. Ainda no século XIX, Rui Barbosa afirma:

“É, pois, no direito canônico, cuja influência histórica na legislação pátria não podem ocultar os mais decididos romanistas, a que tantas vezes se referem as Ordenações, e que durante séculos desfrutou a autoridade de subsidiário ao civil, é no direito canônico, não no romano, por ele vencido nessa parte, ao menos entre nós, que se acham as fontes

¹⁸⁷ STAUT JUNIOR, Sérgio Said. A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916. Tese de Doutorado em direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. p. 129.

¹⁸⁸ RIBAS, Antonio Joaquim. Apud., STAUT JUNIOR, 2009, p. 131.

¹⁸⁹ STAUT JUNIOR, 2009, p. 130.

*imediatas da jurisprudência possessória na tradição portuguesa.*¹⁹⁰

Essa parte da obra de Rui Barbosa busca mostrar como os canonistas, e o próprio direito canônico, foram importantes no que tange à evolução do direito de posse, e embora reconheça a importância também dos romanistas, afirma que “*o direito civil contemporâneo em matéria de posse não é o que a jurisprudência romana herdou à Idade Média, mas o que as instituições seculares dos tempos modernos herdaram do direito canônico.*”¹⁹¹

A discussão travada não só por Rui Barbosa, mas por muitos civilistas dos oitocentos, mostra que o Direito Canônico, embora proibido em seu uso, continuava como forte fonte para a doutrina da época. O pensamento jurídico não havia conseguido admitir um direito advindo somente do Estado, e mesmo que desse pudesse emanar, deveria, necessariamente, passar por uma grande discussão que trazia o direito canônico como fonte do que seria justo.

A influência do direito canônico em relação ao direito possessório não era encontrada somente na doutrina. Através da pesquisa realizada pelo professor Sergio Said Staut Junior é possível concluir que “*O direito canônico, apesar de formalmente proibido pela Lei da Boa Razão em tribunais seculares, era utilizado com frequência em questões possessórias, tanto na doutrina como na jurisprudência*”¹⁹². Essa afirmação mostra algo para além do pensamento jurídico, atingindo a própria estrutura do Estado.

Na utilização do direito canônico nos tribunais, é possível perceber que a Lei da Boa Razão, embora pretendesse, não era vista como a lei moderna, de tal forma que sua proibição não era utilizada por aqueles que em nome do reino aplicavam a justiça, os juízes.

Se o direito possessório já é o suficiente para vislumbrar o quanto o direito canônico ainda era usado no cenário jurídico oitocentista, existe uma matéria que deixa essa influência e uso muito mais robustos, o direito matrimonial. Isso porque “*o casamento é uma instituição que é regida não apenas por leis civis e eclesiásticas,*

¹⁹⁰ BARBOSA, Rui. Apud., STAUT JUNIOR, 2009, p. 52/53.

¹⁹¹ BARBOSA, Rui. Apud., STAUT JUNIOR, 2009, p. 84.

¹⁹² STAUT JUNIOR, 2009, p. 171.

*mas por hábitos, costumes, tradições; reflexo do contexto em que vivem os contraentes.*¹⁹³

Essa tão forte influência no direito matrimonial não continuou a ocorrer sem resistências, vez que *“houve, a partir da Independência, uma crescente produção legislativa regulando as mais diversas relações privadas em nosso país”*¹⁹⁴, e muitas dessas produções legislativas vinham com *“uma proposta de uma visão laica de mundo”*¹⁹⁵

Essa busca por modernização pode ser vista nas palavras de Tobias Barreto:

*“O que se quer, e o que importa principalmente, é fazer o direito entrar na corrente da ciência moderna, resumindo, debaixo dessa rubrica, os achados mais plausíveis da antropologia darwinica. E isto não é somente uma exigência lógica, é ainda uma necessidade real para o cultivo do direito; porquanto não há nada mais pernicioso às ciências do que mantê-las inteiramente isoladas”*¹⁹⁶

Quanto à regulamentação do casamento em nosso século XIX, sem a promulgação do Código Civil nacional, eram as ordenações Filipinas que dispunham sobre o tema. Sobre isso, escreve Breezy Ferreira:

*“Ao disciplinar o casamento, as Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 47) admitiam o matrimônio realizado sob as determinações do Concílio de Trento”*¹⁹⁷, e, também, *aquele realizado apenas com o consentimento dos nubentes na presença de testemunhas, ainda que não houvesse intervenção alguma da autoridade eclesiástica, disciplina que durou até o ano de 1827, quando foi editado o decreto de 3 de novembro”*¹⁹⁸.

Com isso é possível perceber não apenas a presença do direito canônico, mas também a existência de uma pluralidade jurídica quanto ao tema.

¹⁹³ LEMOS, Carlos Cesas. O Casamento no Paraná, séculos XVIII e XIX. Dissertação de mestrado em história, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1987. p.81.

¹⁹⁴ FERREIRA, 2008, p 52.

¹⁹⁵ Ibid., p. 45.

¹⁹⁶ BARRETO, Tobias. apud., FERREIRA, 2008, p. 56.

¹⁹⁷ “de acordo com as determinações do Concílio de Trento, a Igreja firma sua posição no sentido de que o matrimônio deva ser realizado na presença de, pelo menos, duas testemunhas, perante a autoridade do sacerdote, com fundamento na noção de sacramento”. FERREIRA, 2008, p 59.

¹⁹⁸ FERREIRA, 2008, p. 56.

Para além do concílio trentino, a primeira obra jurídica nacional que se ocupava do tema casamento não veio do Estado, mas sim da própria Igreja. Buscando adaptar as constituições vindas do bispado de Lisboa, e tendo como diretriz o Concílio de Trento, ainda no século XVIII, as “Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia”¹⁹⁹, em seu Livro I, trouxeram as diretrizes do casamento em terras brasileiras.

O Império irá editar sua primeira lei sobre o casamento somente em 1827, com a edição do já citado decreto de 3 de novembro, isso porque não houve qualquer menção acerca do casamento na Constituição Imperial²⁰⁰. Esse decreto nada mais fez do que oficializar as orientações do Concílio de Trento como regras para os casamentos realizados em terras brasileiras, tornando inválidos os casamentos realizados em desacordo com as exigências trazidas pela Igreja. Isso nos mostra *“a grande influência que a igreja sempre exerceu na vida da sociedade brasileira, inclusive como substituta do Estado”*²⁰¹.

Esse decreto mostra a visão que se tinha nos oitocentos acerca do poder legislativo do Estado. Ao invés de chamar para si a responsabilidade de legislador do direito matrimonial o Império acaba por dar peso às recomendações e exigências da Igreja. Essa atitude nos move, inevitavelmente, a perguntar se o Estado poderia fazer algo diferente disso, ou seja, se nesse momento o Estado, ao invés de legitimar o que já vinha ocorrendo, – o uso das regras da Igreja -, poderia, através de um decreto ou lei, impor modificações a essa realidade. Apontando para uma resposta, Breezy Ferreira, afirma,

*“Assim, portanto, durante o período colonial, apesar de existir a legislação (Ordenações) regulamentando a constituição do matrimônio, consubstanciado nas Ordenações e decretos legislativos, verifica-se, também, a influência das leis canônicas, quais sejam, o Concílio de Trento e as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, apesar de não haver, ainda, a obrigatoriedade da realização do matrimônio de acordo com as suas prescrições.”*²⁰²

¹⁹⁹ VIDE, 2010.

²⁰⁰ FERREIRA, 2008, p. 63.

²⁰¹ Ibid., p. 60.

²⁰² FERREIRA, 2008, p. 61.

Essa afirmação das regras canônicas para o casamento não ocorria por ocasião de um acordo político, mas sim devido a uma interpretação da ordem jurídica. Era a Igreja, segundo uma ótica jurídica plural, a competente para ditar regras para o casamento, “*não cabia ao Estado impor, através de normas legais, as condições de validade do casamento, assim como o ritual para sua celebração*”²⁰³. Muitas foram as tentativas de se discutir a regulamentação do casamento através das leis do Império, mas nenhuma teve grande aplicação.

Sobre a realidade jurídica dessa época, mais interessante do que a opinião atual sobre esse momento histórico, são a opinião, as discussões e as análises feitas pelos juristas do próprio século XIX. Podemos vislumbrar tal análise através de uma revista que teve início ainda no século XIX, mais especificamente em 1873, chamada “O Direito”. Essa revista é bastante importante porque esteve em circulação por grande período, diferentemente de outras revistas cuja duração não permite uma análise de maior tempo.

Essa revista era de circulação nacional, periodicidade trimestral e se ocupava de questões relacionadas à doutrina, legislação e jurisprudência. A partir dela, é possível analisar o último quarto de século dos oitocentos, vez que seu período de vida vai do ano de 1873 até meados do século XX. Nessa revista, podemos encontrar “*toda a legislação, jurisprudência referente a quase todos os casos jurídicos controvertidos e profícuos ensinamentos em numerosos artigos de doutrina. É o *Direito* um repositório de leis, julgados e doutrina, em que se acha solução pronta e fácil para quase todas as dúvidas*”²⁰⁴.

De forma numérica, é possível ver como as normas da Igreja continuavam sendo usadas na jurisprudência como fontes formais ainda no século XIX, demonstrando como o direito da Igreja, em terras tupiniquins, foi usado enquanto fonte formal em nossos tribunais até o final do século XIX. Com isso, podemos concluir que não só a história política entre Igreja e Estado no Brasil se “arrastou” até o final do século XIX, mas também a jurídica, mostrando que o século XIX jurídico brasileiro ainda resistia plural

²⁰³ CHAVES, Antônio. Apud., FERREIRA, 2008, p. 64

²⁰⁴ MONTE, João José do. O Direito. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 61, p. 499-506, anno XXI, maio a agosto, 1893. p. 321.

Mas a boa relação, ou aparente boa relação, entre Igreja e Estado teve fim: em 1889 é proclamada a república em nosso país, efetivando a separação entre Igreja e Estado²⁰⁵.

O decreto 181, o qual buscou dar fim à influência canônica no casamento, dispunha que:

Art. 108. Essa lei começará a ter execução desde o dia 21-05-1890, e dessa data por diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil se forem de acordo com suas disposições.

Parágrafo único. Fica, em todo caso, salvo aos contraentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e cerimônias prescritas para a celebração do matrimônio pela religião deles.

Ao analisarmos a realidade do Estado enquanto legislador da matéria do matrimônio, *“percebeu-se uma insistente celebração dos casamentos unicamente católicos, atitude essa de oposição e resistência ao decreto nº 181 de 1890, bem como de incentivo à sociedade a não observância das prescrições civis acerca desse decreto.”*²⁰⁶ Ainda que se possa atribuir esse acontecimento a uma suposta resistência elaborada por parte da Igreja, ela parece muito mais uma naturalidade com uma ordem plural por parte da população.

Como o decreto acabou não sendo muito efetivo, *“visando dar maior efetividade ao Decreto nº 181, e coibir tal prática pelos membros eclesiásticos, o Estado editou o decreto nº 521, de 26 de junho de 1890,”*²⁰⁷ proibindo a celebração religiosa antes da civil.²⁰⁸ Com isso, o Estado buscava ter mais controle sobre o casamento.

²⁰⁵ FERREIRA, 2008, p. 78.

²⁰⁶ FERREIRA, 2008, p. 80.

²⁰⁷ Decreto nº 521: Que ao princípio de tolerância consagrado no decreto nº 181 de 24 de janeiro último, que permite indiferentemente a celebração de quaisquer cerimônias religiosas antes ou depois do ato civil, tem correspondido uma parte do clero católico com atos de acentuada oposição e resistência à execução do mesmo decreto celebrando o casamento e aconselhando a não observância da prescrição civil; Quer, por esse modo, não só se pretende anular a ação do poder secular, pelo desrespeito aos seus decretos e resoluções, como ainda se põe em risco os mais importantes direito da família, como são aqueles que resultam do casamento; Que o casamento, em virtude das relações de direito que estabelece, é celebrado sob a proteção da república; Decreta: Art. 1º O casamento civil, único válido nos termos do artigo 108 do Decreto 181, de 24 de janeiro último, precederá sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejam solenizá-lo os nubentes.

²⁰⁸ FERREIRA, 2008, p. 80.

Vale ressaltar a atitude do Estado buscando ter seu decreto seguido. Ora, um Estado que busca ter efetividade de um decreto editando outro decreto é claramente moderno, ou pelo menos tenta sê-lo.

Essa atitude de tornar o casamento de competência exclusivamente do Estado trouxe muitos impactos na vida do povo que, segundo Rodrigo da Cunha Pereira,

“permanecia prestigiando somente o casamento religioso, configurando, assim, verdadeiras uniões estáveis, na medida em que, com a instituição do casamento civil como único válido, a partir do decreto nº 181, o casamento realizado na igreja não era mais considerado válido”²⁰⁹.

Essa constatação mostra, mais uma vez, o quanto o povo não estava acostumado com as leis, ou até mesmo, a lógica moderna, continuando a viver segundo o justo e o correto ao qual estavam habituados, qual seja, o justo composto pelo pluralismo jurídico. Tudo isso *“pode ser compreendido pela forte raiz deixada por um direito não formal, anti-legal e resistente à modernização”²¹⁰.*

²⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha apud., FERREIRA, 2008, p 78.

²¹⁰ FERREIRA, 2008, p. 84.

4.0 CONCLUSÃO

O direito canônico, desenvolvido e fortalecido durante a Idade Média, carrega consigo marcas pré-modernas até os dias de hoje. Marcas essas que só fazem sentido dentro de um cenário único e próprio chamado medieval.

Sendo assim, o direito canônico cresceu em uma época teocêntrica, com forte influência da Igreja Católica, em um “mundo” em que o político e o jurídico vivam de forma horizontal, não sobressaindo em força nenhum em relação ao outro, sem a presença de um Estado e com uma realidade jurídica que pulverizava suas fontes. A esse sistema jurídico foi dado o nome *ius commune*.

Em meio a tudo isso se fortalece o direito canônico, um direito que embora tenha pretensões universais, jamais teve pretensões de ser o único ordenamento a regular a vida das pessoas, e justamente por ter uma lógica ordenamental, o direito canônico, conviveu de forma bastante harmoniosa com o direito romano e os direitos locais. Aliás, foi a relação entre o direito canônico e o direito romano, relido no período medieval, que criou o “*ultrumque ius*” (de um lado o direito romano e sua tradição e organização, de outro, o direito canônico e seu constante poder de novidade), amplamente utilizado durante séculos.

Essas constatações tornaram possível a compreensão de porque o direito canônico era tão utilizado durante o período medieval. Uma vez que não se preocupou de forma central com o poder político, e sim com o jurídico, a simples afirmação de que seu uso era difundido porque a Igreja exercia grande poder político nessa época não é o suficiente, e nem consegue expressar com clareza o verdadeiro uso do direito canônico. Sendo assim, a razão do uso do direito canônico se explica a partir da análise do meio jurídico, por isso, não foi simplesmente a força política da Igreja que fez com que direito canônico fosse amplamente usado e sim a composta visão de composição de justiça do *ius commune*.

Em uma realidade em que o direito carrega estreitos laços com a comunidade, de tal forma que faz com que ela se torne intimamente jurídica, sua idéia de justiça é extremamente importante. Dessa forma, o direito canônico era usado porque era importante parte do quebra-cabeça chamado justiça.

Foi justamente enquanto parte importante na composição de uma justiça complexa que o direito canônico chegou a terras brasileiras. É claro que de forma

diferente, uma vez que a realidade jurídica brasileira não pode ser igualada a realidade jurídica européia, trazendo consigo muitas especificidades. Contudo, o cenário complexo de justiça continuava existindo e exigindo a presença canônica.

Ainda no século XVI podíamos ver essa realidade através das ordenações afonsinas, e posteriormente, com as ordenações manuelinas, em que a sociedade era tratada de forma estamental e plural, e o uso do direito canônico era previsto.

Longe de uma racionalidade moderna, o Brasil colonial teve uma realidade jurídica bastante plural, pois além das ordenações, era comum o uso de outras fontes jurídicas, como o direito romano, o direito canônico, a jurisprudência metropolitana, a jurisprudência colonial e o costume.

Acontece que o século XVIII brasileiro, em que as ordenações ainda vigiam, começou a ver um movimento de modificação do direito que buscou transformar essa realidade plural. Tendo como grande nome Marquês de Pombal, esse movimento iluminista buscou igualar Portugal e suas colônias a outros países “mais avançados”. Segundo o Próprio Pombal, era preciso superar esse cenário jurídico plural, em nome de um Estado juridicamente forte e de uma realidade laica.

Buscando alcançar esse objetivo, Marquês de Pombal realizou muitas reformas, principalmente na educação, e passou a editar “leis” que buscavam uma Metrópole mais “iluminada”.

Foi em meio a esses anseios que Pombal editou, ainda no século XVIII, a famosa “Lei da Boa Razão” que buscava esvaziar as competências jurídicas dos demais corpos da sociedade, e fazia isso em nome de uma boa razão, de uma evolução.

Em relação ao Direito Canônico, a “Lei da Boa Razão”, reservou o uso exclusivamente para matérias que envolvessem pecado, e mesmo assim, desde que jamais contrariasse disposição da coroa. O direito canônico deveria ser praticamente extinto dos tribunais, havendo uma laicização jurídica, o que segundo alguns ocorreu, de tal forma, que o século XIX não teve influência alguma do direito canônico.

Por falar em século XIX, foi nesse século em que o cenário político foi bastante conturbado e o cenário jurídico viveu um momento de transição e crise. Tivemos a tardia criação, no início do século, dos primeiros cursos de direito;

tornamo-nos independentes em 1822 e passamos a construir uma cultura jurídica cada vez mais própria e única.

Acontece que segundo a “Lei da Boa Razão”, essa cultura jurídica seria construída sem a presença do direito canônico, mas não foi o que aconteceu. O direito canônico continuou a ser usado em nossa realidade jurídica oitocentista.

Primeiramente podemos ver essa influência na doutrina. Muitas são as obras e discussões encontradas no século XIX que partem do direito canônico ou usam o direito canônico enquanto substrato jurídico de suas teses, mostrando que o direito canônico continuava presente na cultura jurídica brasileira desse século através da circulação do direito culto.

Além disso, foi possível encontrar a presença do direito canônico também nas estruturas jurídicas estatais. Provando a total ineficácia da “Lei da Boa Razão” ao tentar afastar a presença do direito canônico dos tribunais, pois, durante grande parte do século XIX, os juízes e cortes continuavam fundamentando suas teses no direito canônico, usando, por vezes, o direito da Igreja acima do direito estatal. Assim, de forma diferente àquela usada nos séculos passados, mas ainda presente, o direito canônico continuava contribuindo no alcance da justiça.

Acontece que o direito canônico não serviu somente de influência ao direito, cada vez mais próximo do direito moderno, presente no século XIX. O direito da Igreja também serviu de contraponto ao direito que se modernizava, contribuindo ainda mais para uma realidade autêntica de nossa cultura jurídica.

Em primeiro lugar podemos falar sobre a função ordenamental da esfera jurídica canônica. Mesmo com o passar dos séculos, o direito canônico continuou defendendo a composição entre direito civil, canônico e local para conseguir alcançar um direito justo. Desse modo, a lógica de ordem, e não de sistema, exigia um cenário plural de fontes do direito.

Em segundo lugar temos a função extra-estatal do direito canônico. Se o iluminismo e modernidade pregam um direito que somente tem como emanador o Estado, isso faz com que o direito canônico deixe de ser um direito. Ora, se o único que pode produzir direito é o Estado, o direito canônico tornar-se-ia um não direito, acontece que o direito canônico continuava sendo requisitado e usado, mesmo estando para além do Estado, forçando assim, a admissão de que o direito canônico era importante, mesmo não vindo do Estado.

Temos, também, a existência de uma lógica de equidade canônica, que coloca o caso concreto acima das abstrações. Claramente distinta da igualdade formal pregada pelas correntes modernas, e solidificada pelos Códigos, a *aequitas* canônica busca a igualdade no caso concreto, de tal forma, que regra alguma, poderia estar acima da justiça *in locu*. Com ela, todo e qualquer texto ou código passa a ser parcial, não podendo jamais conter o suficiente para ser a única fonte de direito.

Esses três pontos acima se mostraram mais do que influências em nossa cultura jurídica nacional, e se mostraram, também, um contraponto à lógica moderna do século XIX. Por isso, é possível afirmar que a forte presença do direito canônico também contribuiu para que o século XIX brasileiro não tivesse um código civil.

Assim, podemos dizer que mais do que uma simples influência, o direito canônico desempenhou um papel fundamental na historiografia jurídica brasileira, servindo de contraponto às idéias modernas, de tal forma, que foi um dos fatores (não o único) que fez com que o Brasil não tivesse um código que regulasse as questões privadas nos oitocentos. A força da função ordenamental canônica, da função extra-estatal e dos institutos canônicos como a *aequitas*, foram mais fortes que o Código no século XIX brasileiro.

5.0 REFERÊNCIAS

ANTA, Marcelino Cabrerros de. **Derecho Canónico fundamental**. Madrid: Co. Cul. S.A., 1960.

ARAUJO, Danielle Regina Wobeto de. A almotaçaria e o direito na vila de Curitiba (1737-1828). **Dissertação de mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, 2011.

ASCARELLI, Túlio. **Osservazioni de diritto comparato privato brasiliano**. Milano: Giuffrè, 1952.

BERMAN, Harold J. **Direito e revolução, A formação da tradição Jurídica Ocidental**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BITTENCOURT, Circe (org.). **Dicionário de datas da história do Brasil**. São Paulo: Contexto, 2007.

CABRAL, Gustavo C. M.. **A lei da boa razão e as fontes do direito: Investigações sobre as mudanças no direito português do final do antigo regime**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010.

CANCE, Adriano; ARQUER, Miguel de. **El Código de Derecho Canónico**. Barcelona: Liturgica Española, 1933.

CAPPELLINI, Paolo. **Direito Comum**. Espaço Jurídico. Joaçaba, vol 9, n. 1, jan./jun. 2008.

Disponível em:

<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/425/174>

Acesso em: 14/07/2011.

_____. **Sistema Jurídico e Codificação**. Curitiba: Juruá, 2007.

CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico**. Milão: Dott. ^a Giuffrè, 1982.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem e teatro de sombras**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 4^a d., 2008.

COSENTINO, Francisco Carlos. **Governadores gerais do Esatdo do Brasil (séculos XVI-XVII): Ofíco, regienos, governação e trajetórias**. São Paulo. Annablume, 2009.

COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia: Ensaio de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.

ELIAS, Norbert. **A sociedade da Corte**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **O processo Civilizador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. 2 v.

FEITLER, Bruno. **Nas malhas da consciência: Igreja e Inquisição no Brasil**. São Paulo: Alameda e Phoebus, 2007.

FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica. **Dissertação de mestrado em direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, 2008.

FERREIRA, Gabriela Nunes e MOTA, Carlos Guilherme. **Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro. Do século XVI a 1850**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura Jurídica Brasileira e a Questão da Codificação Civil no Século XIX. Site: <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/9415/6507> . Acesso em: 16/11/2007.

_____. **A modernização frustrada: a questão da codificação civil no Brasil do século XIX**. In: Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro. (Org.). Manual de Teoria Geral do Direito Civil. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, v. , p. 13-34.

_____; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). **História do direito em perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009 (a).

_____. **O positivismo, “historiografia positivista” e história do direito**; In: Argumenta: revista do programa de mestrado em ciência jurídica da FUNDINOPE. Jacarezinho, p.143-166, 2009 (b).

_____. **Os Juristas e a Cultura Jurídica Brasileira na segunda metade do século XIX**. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 35. Milano. Dorr. A. Giuffré: 2006.

FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Feranda; GUVÊA, Maria de Fátima. **O antigo regime nos trópicos: adinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2ª ed., 2010.

GAUDEMET, Jean. **Storia del diritto canonico: Ecclesia et Civitas**. Roma: San Paolo, 1998.

GEROSA, Libero. **A interpretação da lei na Igreja: Princípios, paradigmas e perspectivas**. São Paulo: Loyola, 2005.

GHIRLANDA, Gianfranco. **O direito na Igreja: mistério de comunhão**. Aparecida: Santuário, 10 ed., 2007.

GOMES, Edgar da Silva. **A dança dos poderes: uma história da separação Estado – Igreja no Brasil**. São Paulo: D'escrever, 2009.

GROSSI, Paolo. **Aequitas Canonica**. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 27. Milano. Dorr. A. Giuffré: 1998.

_____. **L'ordine giuridico medievale**. Roma: Laterza, 2003 (a).

_____. **Diritto Canônico e Cultura Giuridica**. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 32. Milano. Dorr. A. Giuffré: 2003(b).

_____. **Primeira Lição Sobre Direito**. Rio de Janeiro. Forense, 2006.

_____. **Miologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Boiteux, 2ª ed., 2007.

_____. **O Direito entre o Poder e o Ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HESPANHA, António Manuel. **O Direito dos Letrados no Império Português**. Florianópolis: Boiteux, 2006.

_____. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Boiteux, 2009 (a).

_____. **Hércules Confundido, Sentidos improváveis e Incertos do Constitucionalismo Oitocentista: o caso português**. Curitiba: Juruá, 2009 (a).

_____. **Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo**. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 39. Milano. Dorr. A. Giuffré: 2010 (a).

_____. **A política perdida, Ordem e Governo Antes da Modernidade**. Curitiba: Juruá, 2010 (b).

_____. **Imbecilias: As bem aventuranças da inferioridade nas sociedades do Antigo Regime**. São Paulo: Annablume, 2010 (c).

_____. (org.). **Justiça e Litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

HOLANDA, Sérgio Buarque de Holanda. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 26 ed., 2002.

KANTOROWICZ, Ernst H. **Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LE GOFF, Jacques. **A civilização do ocidente medieval**. Bauru: Edusc, 2005.

_____.; SCHMITT, Jean Claude (orgs). **Dicionário Temático do ocidente medieval**. Bauru. Edusc. 2006. 1 v.

_____; SCHMITT, Jean Claude (orgs). **Dicionário Temático do ocidente medieval**. Bauru. Edusc. 2006. 2 v.

_____. **História e Memória**. Campinas: Unicamp, 4ª ed., 2010.

LEMOS, Carlos Cesar. **O Casamento no Paraná**, séculos XVIII e XIX. Dissertação de mestrado em história, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1987.

LIMA, Mons. Maurílio Cesar de. **Igreja e Direito: introdução à história do Direito Canônico**. São Paulo: Loyola, 1999.

LUPI, João; DAL RI JUNIOR, Arno (orgs). **Humanismo Medieval: caminhos e descaminhos**. Ijuí: Unijuí, 2005.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **A legislação Pombalina: alguns aspectos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2006.

MECCRELLI, Massimo; SOLIMANO, Stefano. A Colloquio con Paolo Grossi, in: **Forum Historiae Iuris**, mar. 2007, p. 4.

MONTE, João José de. **O Direito: revista de legislação, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: v. 61, p. 499-506, anno XXI, maio a agosto, 1893.

NARVÁEZ H., José Ramon. **Cultura Jurídica: ideas e imágenes**. Cidade do México: Porrúa, 2010.

NEDER, Gizlene. **História & direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

Ordenações Afonsinas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

REGO, Raul. Mensagem de Abertura do Colóquio Internacional - Pombal Revisitado in **Pombal Revisitado**. Lisboa. Essampa Universitária: 1984.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento jurídico**. Florianópolis: Boiteux, 2008.

STAUT JUNIOR, Sérgio Said. A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916. **Tese de Doutorado em direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, 2009.

VALLAURI, Luigi Lombardi e DILCHER, Gerhard. **Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno**. Milão: Giuffrè, 1981.

VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições primeiras do arcebispado da Bahia**. São Paulo: Edusp, 2010.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C. M. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; _____. **Formação do Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 4ª ed., 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 2007.

_____ (org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 5ª ed., 2010.