

CONTRIBUIÇÕES PARA A HISTORIA DO DIREITO

INTRODUÇÃO

As ideias rudimentares do direito são para o jurisconsulto o que as camadas primitivas da terra são para o geólogo: contêm potencialmente todas as formas que o direito tomará mais tarde.

SUMNER MAINE

Esta idéa da justificação da força pessoal creando e protegendo seu campo de acção por si mesma é o extremo ultimo em que pôde começar a formação do direito.

JHERING.

Eu cheguei á convicção de que a unica base segura para a jurisprudencia do futuro será encontrada em uma sociologia geral apoiada exclusivamente nos dados da experiencia.

HERMANN POST.

I

Os materiaes de que dispomos ainda são insufficientes para levantarmos do pó das tradições esquecidas ou adultéradas a evolução ascencional e curvelinea do facto juridico, com aquella impavida segurança, com a precisão scientifica do naturalista á traçar, atravez das camadas geologicas, com a ponta dos silex e das ossadas fosseis, a obscura e lenta phylogenia das especies animaes.

Entretanto já temos certas posições bem determinadas que nos poderão servir de ponto de apoio nesta longuissima viagem.

Cumprer de deixar ao lado o caminho largo e profusamente illuminado da historia, onde a cada momento esbarramos ora com um vulto altivo e venerando de apostolo ou de sabio, ora com um criminoso audaz e feliz cujos actos de perversidade formam lendas e epopeas ; cumprir, abandonando os Estados civilisados, irmos pedir ás velhas usanças, ao formalismo absoleto, as credences populares, o segredo dessas primeiras instituições juridicas que presidiram aos agrupamentos primitivos. D'ahi remontaremos pela India, Grecia e Roma, até a rúbra floração dos tempos modernos.

Não ha muito escrevia eu : « Tomando por guia os vestigios dispersos e conservados pela historia, pela tradição ou pelas religiões, um espirito indagador poderia subir o longuissimo curso das affinidades juridicas até esse momento decisivo para o futuro da especie humana, em que a nobre raça aryana, compellida pela estreiteza do *habitat* e pelo grupo mongol deslocou-se dos planatos do Thibet ou das margens do mar Aral, em direcção do Occidente e das regiões meridionaes.

« Uns trinta séculos antes de Christo, essa raça já havia descoberto o fogo, falava uma lingua harmoniosa e abundante, conhecia os metaes, fundara a familia, respeitava a autoridade patriarchal dos chefes de tribus e possuia uns rudimentos de justiça.

« As diversas correntes migratorias, em que ella se dispersou foram levando consigo a lingua, as idéas, os costumes e as instituições que, desde então, começaram a trilhar caminhos divergentes, sem comtudo eliminarem totalmente certos indicios da comunidade originaria.

« Este gigantesco trabalho de reconstrucção do pensamento e das formas juridicas, a sciencia ha de executal-o, como já levantou, tão affoita quanto brillantemente, a arvore genealogica das linguas. Então, acima de toda duvida ficarão provadas a natureza organica do direito e sua origem polyphyletica, serão indicados seus crusamentos, seus casos de hereditariedade, atavismo e sobrevivencia, em certas regiões do globo ; n'uma palavra, toda a sua evolução phylogenetica e ontogenetica. (1)

E' a execução desse programma que agora emprehendo.

(1) *Estudo de Direito e Economia Politica*. Recife.—1886—pags. 219-220.

Que eu saiba, foi o Dr. Tobias Barreto quem primeiro observou que o direito, como facto historico, devia offerecer esta duplicidade de aspecto em sua evolução.

Certamente a tarefa é por demais pesada e difficil para que a possa levar á fim, com a largueza e exactidão de detalhes que seriam para desejar.

Só ambiciono esboçar o assumpto. Si o conseguir, ficarei plenamente satisfeito.

Mas este programma necessita ainda ser completado. As instituições juridico-sociaes dos povos arianos attestam um periodo de civilisação já adiantado. Só o estudo das populações selvagens e dos mais antigos precursores do homem civilisado poderá preencher o quadro.

Esse primeiro estadio representa o elemento homogeneo e confuso, a cepa vetusta e bronca de onde filharam os bace-los que vão formar novas familias, succedidas por outras mais novas, diffundidas e multiplicadas segundo o preceito biblico. Sua ausencia produziria o effeito de uma horrenda mutilação. Figurae uma estatua sem pés, um monumento sem alicerce.

O homem, antes de ser basco, semita, hottentote ou cafre, teve necessariamente de ser o homem, o *homo primigenius*, o animal distincto dos simios pela estação vertical e pela articulação da palavra, o typo do genero á que pertencemos todos, qualquer que seja o colorido de nossa cutis, a conformação e espessura do nosso craneo, o aspecto morphologico de nosso systema piloso. Estudando um fructo da civilisação humana é dever procurar-lhe as primeiras manifestações até ás eras recuadas em que a lei do polymorphismo não veio ainda differenciar os homens em muitas especies, sub especies, raças e sub-raças, si é que o genero humano provém de um só typo ancestral e não de muitos, como é talvez mais provavel.

Mas, seja um ou sejam muitos os progenitores do homem, o problema é sempre o mesmo para este estudo que, se afigurando adminicular, é a base das construcções posteriores.

Depois do homem primitivo, deparamos com as especies superiores do quadro taxinomico de Fr. Muller e Hæckel ou com as grandes raças da classificação proposta por Marselli. (2)

(2) Hæckel—: *Hist. de la Creation*, trad. par Ch. Letourneau. Paris—1874 : vingt-troisieme leçon. N. Marselli — *Le grandi razze dell'umanità*, Torino e Roma - 1880 : parte seconda. Marselli firma-se na linguagem; Hæckel começa por apoiar-se nos cabellos e distingue 12 especies humanas, depois toma por guia a linguistica e distingue as divisões destas especies em raças.

Deixando seguir o curso de suas evoluções divergentes onze das raças humanas, acompanharei o rastilho deixado pela duodecima. Não me occuparei, de um modo directo, pelo menos, com os papuas, hottentotes, negros, cafres, australia-nos, arcticos, mongões, americanos, dravidianos e rubianos. E' a grande raça que espalhou os trophéos de sua victoria e os monumentos de sua civilisação pelas margens recortadas do Mediterraneo, que mais particularmente solicitará minha attenção e ainda será preciso destacar da raça mediteranea o grupo dos indo-europeus ou arianos. Assim chegaremos a esta victoriosa cultura occidental que tanto nos distancia dos agrupamentos tardigrados, que formam a juncta de couce da humanidade.

II

Aqui surge uma grave questão. E' a theoria do monophyletismo ou do polyphyletismo applicada á genealogia do direito humano.

Friedrich Muller e os linguistas de maior auctoridade actual opinam que os grupos linguisticos tiveram cada um sua origem espontanea, independente, isolada.

E' um ponto assentado. E, tomando a linguagem por guia na classificação das especies humanas, grande numero de antropologistas concluíram egualmente pela multiplicidade na origem dellas.

Me parece tambem inconcusso que a idéa polyphyletica é a unica applicavel ao direito. E não somente por ser isso uma consequencia necessaria da pluralidade de origem no genero humano e nas linguas por elle faladas. Além disso, e principalmente, porque é um phenomeno que, embora tenha, e effectivamente eu creio que tenha, precursores mesmo fora da familia hominal, é, em sua essencia, um producto

E' ainda uma questão das que se chamam abertas, esta da taximonia das raças humanas.

Hovelacque, em seu instructivo livrinho—*Les races humaines*—descobre o lado fraco das diversas classificações e estabelece, com todo criterio que : « o mais simples, o melhor, é tomar por base, pesando-os bem, os differentes elementos de classificação, » mas si foi feliz nas observações criticas, não me parece tel-o sido na tarefa mais difficil da reconstrucção desse ponto de debate. Le Bon (*Civilisations de Inde*), por sua vez lembra outros elementos para a classificação das raças que elle julga superiores aos caracteres anatomicos e á lingua : são os caracteres moraes. « Elles são a expressão da constituição mental de um povo, constituição dependente da es-

da associação e da cultura do animal perfectivel por excellencia.

Lombroso, Lacassagne e Ferri emprehienderam ir buscar as raizes embryogenicas do crime nos organismos inferiores, plantas e animaes. Nessas mesmas regiões afastadas, onde Martius e Rabeno foram encontrar elucidações para a Economia Politica e Houseau para a psychologia.

Os bons resultados colhidos mostram que bem acertada foi a idéa dessa remota excursão.

Não seria, pois, fora de proposito que, transpondo as barreiras da humanidade, fossemos estudar a embryogenia do direito, a começar pelas associações dos animaes considerados inferiores, mas somente debaixo do ponto de vista humano, segundo a observação de Theodore Wechniskoff. Acresce que algumas dessas organizações associativas offerecem muitos pontos de semelhança com as nossas. Pode-se mesmo dizer que existe ahi um phenomeno correspondente ao direito objectivo sob a forma de costumes imperiosamente obrigatorios. E tambem não lhes poderemos negar a face subjectiva do direito, senão a idéa, ao menos o sentimento juridico, vendo os combater denodadamente, immolar-se pela defesa de seus nucleos associativos, de seus graneis de inverno, de suas cidadelas. Essa modalidade superior da irritabilidade, da sensibilidade hyperphysica só a conhecem o homem e esses pequenos seres intelligentes que vivem em aggremações sociaes como elle. E' verdade que o homem sente as offensas ao seu direito, ao direito de outrem e ao direito geral, e os animaes inferiores parece que são apenas impellidos pelo instincto de defesa social e individual. Falta-lhes muitissimo para preencher a noção do facto juridico. Tambem o grito não é a palavra; mas, sem duvida é o ponto inicial de uma serie de lentissimas transformações que fizeram destacar, da escala dos sons, o som articulado, o phonema. E assim como não podemos concluir pelo monophyletismo linguistico constactando que a linguagem humana começou por ser o grito rouquenho e guttural do selvicola e é uma simples metabole do uivar do lobo e do ladrar do cão, tambem não devemos estadeiar no monophyletismo juridico pela pobrissima razão de que tambem as vespas e as termi-

— — —
tractura anatomica especial do cerebro, muito delicada para ser hoje apreciada por nossos instrumentos. »

O que é certo, á meu vêr, é que todos esses complicados elementos devem ser considerados n'uma boa classificação das raças.

tas conformam sua conducta pelas injuncções que as necessidades da vida em commum impõem de modo irresistivel.

Acresce que o direito humano não pode ser absolutamente um simples desdobramento progressivo, sem solução de continuidade, ininterrupto de quasquer normas sociaes inferiores, que são consequencias innilludiveis, fatalisações do associacionismo, onde quer que elle surja. O direito humano tem um character proprio indubitavelmente; o que se affirma é que equivale e corresponde ás instituições que encontramos em estadios menos elevados da evolução do ser como diria um pantheista darwinisante. Foi lá que se debuxaram os primeiros esboços do direito, como é lá que em peregrinação descencional iremos deparar com as radículas de quasi todos as artes e, o que é mais, de quasi todos os sentimentos humanos. As artes de formar e dirigir os exercitos nas batalhas, de construir cidades, de cultivar as plantas uteis, serão invenções exclusivas da intelligencia humana? Sel-o-ão igualmente a domesticação dos animaes, as distincções de classes sociaes, a escravisação dos inimigos? Esse delicado phenomeno physico-psychico, que faz á noite nos floridos baldões desmaiarem as Julietas, que suggere os doudos heroismos das almas apaixonadas, é a manifestação, em outra esphera, do mesmo principio que desata as flores no prado para o hy-meneu das plantas e que aguça nos animaes as rudezas do apetite sexual.

Já foi dita com muitissima propriedade que o amor material não deixava de ser um nobre sentimento porque uma cadella o possue. (3)

E' ainda o prejuizo anthropocentrico em suas ultimas pe-

(3) Não quiz propositalmente pedir, a esta justificação, os argumentos colhidos pelos sabios na observação da vida e costumes dos animaes inferiores. Não posso porém resistir ao desejo de lembrar os factos seguintes que me parecem decisivos. Lacassagne nos fala de uns elephantes que são repellidos do grupo dos seus parceiros como nós afastamos do corpo social os malfatores. Forel o grande entomologista, narra-nos casos de verdadeiras rebeliões das formigas fuscas escravas das amazonas e a execução consequente das rebeldes cujas cabeças são esmagadas entre as mandibulas serrilhadas das vencedoras, que as apertam como tenases de ferro! Finalmente, Lombroso cita-nos casos de animaes criminosos natos com anomalias do craneo, assassinos por antipathia, por excessos de raiva, por paixões, por amor e, o que é mais, nos informa de casos de associação de malfatores entre os animaes. E não falo agora das cegonhas ciumentas que, movidas por esse impulso a que nós damos o nome de sentimento de honra, massacravam inexoravelmente as femeas culpadas, segundo diz-nos Houseau.

quices que cerra os sobrolhos, n'uma colera inutil, ao ver essa aproximação dos phenomenos sociaes humanos com os phenomenos sociaes de outro qualquer genero. E' preciso comprehendere o direito, não como um facto do homem, porém sim como um facto social, o facto que torna possível a co-existencia humana. Os direitos não são aureolas illuminando os individuos para regalo proprio.

Creou-os a collectividade para assegurar suas condições da vida e desenvolvimento. Tanto isto é certo que a grande massa dos Direitos antes de serem individuaes foram comuns, isto é, da associação. Ora, si a sociedade não é um privilegio do homem, que admirasi em alguma outra descobrimos algo de semelhante ao nosso Direito?

Em apoio ao que deixo affirmado posso ainda lembrar estas sensatas palavras de Schiattarella: « Os que fazem sciencia, não astrologando em seus gabinetes, mas estudando e meditando o livro da vida, poseram fóra de qualquer duvida que a maior parte das especies animaes possui quasi todos os nossos sentimentos moraes: affeição da prole, o amor filial, a fidelidade conjugal, o amor do elogio, a generosidade, o sentimento do dever, o sacrificio em prol da communidade, etc.; e do mesmo modo possuem os sentimentos que costumamos chamar immorales: o odio, o orgulho, o resentimento o desprezo, etc. (4).

Não menos decisivas são as affirmações seguintes do grande sociologo inglez: « As formigas consideram como uma propriedade collectiva as galerias que constroem, os adytos pelos quaes nellas se penetra e os objectos que alli depositam. Certos animaes carnivoros tem os seus territorios de caça que defendem *unguibus et rostro* contra a invasão de novos concurrentes. Os nossos cães domesticos possuem, em grão elevado, este sentimento e o manifestam de cem maneiras. » (5).

Mas nada disso impede que o Direito humano apresente um caracter proprio, que lhe dê um aspecto novo e o constitua um producto superior da evolução dos povos, pois que o ho-

Nada disso é o direito nem offensa ao direito como o conhecemos sob a forma exclusivamente humana, porém, alguma cousa que se lhe assimilha, que é seu equivalente n'uma ordem inferior e só uma forte preocupação de nossas prerogativas realengas o poderá desconhecer.

(4) R. Schiattarella - I presupposti del diritto scientifico - 2ª ed. - Palermo - 1885 - p. 31.

(5) Principes de Sociologie - trad. de Panglais por M. E. Cazelles. - tome troisieme.

mem é, sem contestação, o animal que mais longe levou a organização social. E' forçoso insistir e turrar sobre esta idéa, polindo-a, clarificando-a, para que a incompetencia não a possa perveter, nem a possam achincalhar a risota e as malsinações de certa critica. E' forçoso insistir e repisar, para que a malignidade não deturpe estas idéas, aliás simplissimas e que não encerram em si nenhuma heresia contra os postulados da sciencia hodierna.

Em conclusão, o Direito, por isso mesmo que é um producto das necessidades sociaes reflecte, em sua origem, sua organização e sua vida, as divergencias que distanciam, entre si, os diversos nucleos associativos que o crearam, uma vez que estas divergencias não sejam puramente superficiaes e secundarias. Assim, até as diversas raças ou sub-raças humanas que têm uma feição cultural dissimilhante, nos costumes, nas artes, nas industrias, nos conhecimentos scientificos, possuem direitos tambem dissimilhanes. Si a civilização humana é polymorpha, o direito que a reflecte e a estimula deve ser necessariamente polymorfo.

Afastadas assim estas difficuldades que não passam de futilissimas nugações da chicana philosophante, pois que não poderam os juristas perder de todo o vazo antigo, e lançados os primeiros fundamentos desta construcção, é tempo de enfrençar com embarços mais serios, proseguindo, sem mais tardança, n'esta viagem que promette ser longa mais não sem interesse, espero eu.

Si caminhos mal trilhados nos têm de retardar a marcha de quando em vez, largas perspectivas se desdobrarão a curtos trechos onde a vista repousará em jubilo e o espirito recobrará alento e coragem.

Mas, antes de entrarmos na historiação do Direito, convem-me deixar assentado, em traços rapidos, o seu conceito.

III

(6) Todos os phenomenos da natureza formam a elação intermina de uma cadeia e se podem reduzir á modalidades do movimento, das energias da materia em acção.

Considerada debaixo deste ponto de vista a sociedade se

(6) Algumas das considerações que se vão seguir não passam de condensação muito rapida do que escrivi n'outro livro (*Estudos de Direito*, pag. 113 a 133), aqui incluídos para encaminhamento de idéas.

revela como um phenomeno natural, nascido das condições mesmas da evolução.

Uma vez formada a sociedade, trava-se dentro de seu seio um duplo combate. Externamente a sociedade tem de defender, palmo á palmo, o solo em que pousa, momento por momento, o escuar de sua existencia. Internamente os individuos têm de lutar cada um contra cada um e contra todos; mas como a divisão dos officios estractifica a sociedade em diversas classes, é, finalmente, entre estas que a luta mais ordinariamente se empenha.

Da victoria ou do equilibrio das forças sociaes combatentes surge o Direito como a resultante das solicitações divergentes.

O equilibrio dos interesses antinomicos é necessariamente instavel. Quando a situação das classes muda, por acrescimo ou diminuição de energia, renova-se o combate.

E', pois, a luta o factor principal do Direito. Ella o creou, e ella o mantem. O resultado da luta ha de ser necessariamente conforme aos interesses da sociedade, porque, se formando ella em virtude da colligação de diversas parcialidades que visam a consecução de um fim commun, si entre estas parcialidades surgem conflictos, é natural que tenha auxilio da maioria aquella cujo interesse coincidir com a utilidade geral (7).

Este apoio vem decidir a sorte do combate; e, assim, vae a sociedade, pouco a pouco, harmonizando os interesses desenhcontrados, equilibrando as forças antagonicas, submettendo as divergencias particulares a uma direcção synergica, sancionando o resultado da pugna pela fixação do Direito.

Para a satisfação deste mister a sociedade vae gradualmente organisando as suas forças coactivas que um dia se transformam na instituição do Estado, cuja função precípua consiste em cobrir os interesses com o amicto santo do Direito, após havel-os assegurado e protegido.

Quando as sociedades se organisam em Estados, suas forças coactivas se acham concentradas em certos pontos, d'onde, nas ocasiões proprias, se fazem sentir prompta e efficaçmente. E' o poder publico considerado em seu conjuncto.

Mas o poder publico tem necessariamente limites que o circumscrevam á seu campo de acção, deve ter principios que

(7) Of. R. von Jhering-Der Zweck im Recht, I, 2 Auf Leipzig
---1884 pgs, 291 a 298.

o guiem, regras que pautem e determinem suas funções.

Estes principios, estas regras, são o mesmo Direito, cujo nascimento elle presidiu e assegurou; o que importa dizer: são os—interesses geraes dominantes.

São estes os principaes, porém não os unicos factores do Direito.

O meio cosmico e social, as tradições nacionaes, a variação das necessidades, produzindo o progresso das artes, das sciencias e das industrias, são para o Direito, como para as linguas, uma causa permanente e vigorosa de variações e selecções. A estes devemos accrescentar outros factores, como as conquistas, o contacto com os povos cultos, as relações commerciaes, os phenomenos economicos, o modo porque são comprehendidos os nexos causaes que vinculam as cousas entre si, os prejuizos, as crenças religiosas, os methodos logicos, os jurisconsultos, os professores e até a imitação.

Para firmar melhor as idéas cumpre definir o que seja Direito.

Acceitarei a concepção formulada por Jhering, que satisfaz á todas as exigencias scientificas. “O direito, diz elle, é o conjuncto das condições existenciaes da sociedade coactivamente asseguradas pelo poder publico.” *Recht ist der Inbegriff der mittelst äusseren Zwanges durch die Staatsgewalt gesicherten Lebensbedingungen der Gesellschaft im weitesten Sinn des Wortes* (8).

Esta definição tem o alto merito de não desprender-se, de não separar-se do grande drama da vida em acção, de indicar a função especial e a finalidade do direito no organismo social.

Considerada anatomicamente, a estrutura do direito é um aggregado de institutos que, por sua vez são aggregados systematicos de normas.

Parece que o primeiro momento da formação do direito em seu inicio devera ser a norma, isto é, uma regra pela qual os homens deviam pautar seus actos na convivencia mundana.

Effectivamente assim é, segundo a nossa logica juridica actual; mas a historia natural do direito nos revela que a fixação da norma foi precedida não só por uma serie de phenomenos embryogenicos em que a força individual desempenhava a função de *nisus formativus*, como pelas sentenças

(8) Jhering Ob. cit. pag. 511.

dos juizes patriarchaes, dos tribunaes domesticos, dos chefes guerreiros.

O primeiro destes periodos é o menos disciplinado, e os phenomenos de feição juridica por elle produzidos são ainda muito indecisos ; mas, ainda assim, bastante vigorosos para fundarem o direito e para deixarem nelle impressos os seus traços indeleveis.

O periodo das sentenças, já mais disciplinado, foi posto em evidencia pelos trabalhos de S. Maine.

A tradição romana recorda que, nos tempos originarios, tudo era decidido pelo *judicium regis*, e nos livros de Homero não se encontra a palavra *nomos* (lei), » mas o direito é indicado pela palavra *Themistes*, ordem ou sentença, e pela palavra *themis*, costumes, e Maine affirma que os *themistes* eram, em Homero, juizes inspirados por motivos pessoais e não por um costume precedente. » Estas sentenças, generalizando se, foram constituindo o costume juridico.

Compreende-se perfeitamente que estes tres momentos successivos não se substituíram de um modo completo desde logo. E' antes acreditavel que por longo tempo subsistissem simultaneamente, mas que a tendencia disciplinadora, a ordem que dirige a evolução do cosmos, fosse impellindo a transformação das forças e indisciplina das collidentes do primeiro periodo nas regulamentações dos periodos seguintes.

IV

Creado o costume juridico, não se destacou, de chofre, o direito, da massa geral homogenea das normas sociaes, e nós encontrámo-lo, a esse tempo, quasi sempre confundido com preceitos religiosos e outros, mas começou pouco a pouco a integrar-se a parte, a constituir um mundo distincto, o que lhe foi mais facil de conseguir quando de costumeiro passou a etapa superior da legislação escripta.

Pelo que acabo de affirmar se reconhecerá que não podemos, sem uma certa reserva, nos conformar com os termos absolutos da doutrina pregada por Hermann Post, na parte em que ensina que « os ultimos fundamentos do costume e do direito são os mesmos » sendo o direito « simplesmente uma ramificação do costume. »

« E' com a evolução gradual do estado, accrescenta o ju-

rista philosopho, que o direito começa a separar-se mais accentuadamente do costume. » (9)

Entendo que ha costumes juridicos e costumes não juridicos. Os primeiros se originam pela forma que ficou indicada, isto é, pela generalisação das sentenças patriarchaes que se fundam nos interesses e na opinião dominante na sociedade primitiva, interesses e opiniões que se mantêm e preponderam desenvolvendo maior grão de energia do que seus contrarios e por estarem de accordo com as necessidade geraes. Quanto aos costumes não juridicos, si pertencerem à moral, poderão ser auxiliares e supplementares do direito, si forem de outra categoria, serão indifferentes ao direito. Creio, portanto, que é confundir noções distinctas identificar o costume em geral com o direito, quando o que é certo somente é que o direito atravessou uma phase consuetudinaria.

Não obstante esta divergencia em que me colloco em relação ao illustre pesquisader tedesco, reconheço que sua theoria sobre *os fundamentos do direito* encerra muitos principios verdadeiros.

Assim, pensa elle, com bons fundamentos e de harmonia com os dados da sociologia moderna, que o direito « tem sua base na estructura morphologica dos aggregados sociaes e nas relações de expansão em que se acham os homens, uns para com os outros, e os aggregados sociaes inferiores, para os que estão mais altamente collocados. » E desse modo de ver tira uma definição accetavel do phenomeno juridico que comprehendendo « como o modo de ser (*die Ordnung*) de um circulo de organização social por meio do qual se conservam em equilibrio os individuos e os aggregados sociaes em que os mesmos individuos se reúnem. » (10)

Ainda acredita elle que o direito não nos apparece somente como phenomeno social, mais tambem como phenomeno psychico, sendo cada homem dotado de uma consciencia juridica que o impulsiona para a conformação de seus actos com a lei e que tende continuamente a alargar a esphera do direito vigente. O complexo harmonico de todas as consciencias juridicas individuaes constitue um reflector da intuição juridica de cada epocha e ao mesmo tempo um factor po-

(9) Hermann Post— *Die Grundlagen des Rechts* — Oldenburg— 1884, pag. 18. Este ponto é fundamental na obra de H. Post, que nelle insiste por muitas vezes. A' pag. 31. por exemplo, affirma que nos estadios primitivos da historia, direito e costume não se distinguem.

(10) Hermann Post—Op. p. 19.

deroso do desenvolvimento juridico, pois que o direito, considerado sob este ponto de vista interno, se mostra como uma exigencia da vida psychica geral de um circulo de organização social.

Esta consciencia não é um outro nome da ideia innata do justo. Ella se forma lentamente com o desenvolvimento de cada individuo e de cada grupo associativo. Desde os primeiros annos de sua existencia que o homem se acha sob a disciplina do governo domestico, depois que attinge uma idade mais adiantada, entra na vida social sob a disciplina das leis positivas, dos costumes e de todas as normas reguladoras da conducta humana. Assim se forma em cada individuo uma adaptação instinctiva ao viver em commum; é a esta adaptação que Post dá o nome de consciencia juridica.

Estas observações são exactas e muito instructivas para a verdadeira comprehensão do direito considerado em seu aspecto social e em seu aspecto psychico de idéa e sentimento. Nós havemos de voltar sobre este assumpto quando fallarmos do senso moral ou juridico que é essa mesma aquisição ou adaptação de que nos falla H. Post, mas que elle estudou de um modo captivante e original.

V

Nas paginas deste livro o leitor ha de ter occasião de ver o surgimento das leis desde os seus primeiros especimens. Entretanto me parece conveniente esboçar aqui, em traços ligeiros, uma generalisação historica do apparecimento e evolução das primeiras regras juridicas. Quaes as primeiras leis que o costume originou ou que os legisladores promulgaram, as politico-sociaes ou as civis e individuaes.

Parece incontestavel que as injuncções do direito civil vieram a tona muito antes de suas congeneres politicas, porque as leis de organização social suppõem um Estado constituido e já mais ou menos consciente de suas funções; porque as relações individuaes são as que se fazem sentir mais cedo, creando os elos que vão constituir a comunidade, o *clan*, a nação; e porque ao menos no direito aryano, mesmo quando os povos ainda viviam em aggremações meramente familiares já se proferiam sentenças em tribunaes, já o costume se impunha imperioso. Somente um ramo do que actualmente constitue direito publico—o criminal, é contemporaneo des-

sas primeiras leis civis, com as quaes, aliás, andava em completa confusão.

Por essas considerações e pelos motivos que espontarão naturalmente na parte especial deste livro, acho que tinha razão o benemerito Goguet em dizer que os regulamentos relativos aos bens particulares, as leis penaes, as formalidades do casamento e o estabelecimento de um culto publico, foram tanto quanto podemos conjecturar, os primeiros objectos de que se occuparam os legisladores. » (11)

A esta asserção de Goguet devemos, entretanto, fazer uma restricção quanto ás leis de culto publico que supõem uma igreja constituida em sociedade independente do Estado. O que se deve dizer é que as imposições religiosas andavam immiscuidas com todas as normas de conducta.

O chefe de familia, entre os aryas, é o sacrificador religioso e o juiz. E assim por toda parte.

O direito de propriedade immovel, que começou por ser a posse temporaria do solo por parte da tribu, enquanto havia o que extrair d'elle ou enquanto era possivel defendel-o dos ataques do inimigo, se foi perpetuando com a introdução da agricultura, até especialisar-se para cada familia e depois para cada individuo. A propriedade movei se definiu mais cedo, mas em contrario, era mais sujeita a ser espoliada.

A partilha das terras, á que deu lugar a cultura do solo, foi da maxima importancia para a evolução do direito. Macrobio julgava de valor social tão grande esse facto que a elle attribua o nascimento do direito, da jurisprudencia : — *ita que ex agrorum divisione inventa sunt jura*. E o citado Goguet diz que, si percorrermos os annaes de todos os povos civilisados, veremos as leis civis nasceram ao mesmo tempo que a agricultura. O que é incontestavel é que essa industria, sobre a qual ainda se apoiam as sociedades modernas, foi a causa originaria de muitos eventos que transformaram completamente a engrenagem dos corpos sociaes.

As leis reguladoras das affeições sexuaes e das relações de familia devem ser consideradas tambem como fundamentais, pela acção que exerceram sobre o individuo e sobre a sociedade. Muito cedo os povos se lembraram de regular essas relações, começando por submeter a união do homem com a mulher á certas ceremonias e solemnidades. Depois

(11) A. Yves Goguet — *De l'origine des lois, des artes et des sciences* - 6 édition, Paris 1820 vol. 1 pag. 24

tratou-se de prover ao sustento e educação da prole, de determinar os graus de parentesco, de firmar os direitos e deveres dos esposos, enfim, de organizar juridicamente os laços que prendem entre si os membros de uma família.

Um outro ramo do direito que vai fincar suas raízes nos tempos mais remotos é, como já ficou dicto, o direito criminal que, como direito tutelar e sancionador dos mais, apparece com as primeiras normas, obrigatorias, quer religiosas quer profanas, embora fosse puramente complementar, então, do direito civil, com o qual andava ainda ligado. Sua primeira manifestação disciplinada é o talião, pois que a vingança desordenada, tumultuosa, que tinha por unica medida a irascibilidade do offendido, é apenas o phenomeno psychico que a sociedade amoldou e dirigiu para constituir a justiça penal.

Muitos povos selvagens applicam a chamada lei de *Lynch*, que os hebreus observavam assim como todos os povos no estado de civilisação em que elles se achavam.

Não tentarei uma prova detalhada do que acabo de afirmar. Lembrarei apenas que o talião foi um principio ainda seguido pelos romanos ao tempo da lei das XII taboas, como se collige do § 7.º tit. 4.º das *Intitutas Justinianeas* e como o diz claramente o celebre fragmento d'aquelle velho codigo : *si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*.

E mais que os versiculos 19 e 20 do Levitico cap. XXIV constataam a existencia do mesmo principio entre os hebreus; « O que ferir a qualquer de seus compatriotas, assim como fez, assim se lhe fará : quebradura por quebradura, olho por olho, dente por dente. Qual fôr o mal que tiver feito, tal será constrangido a soffrer. »

Em grau superior de civilisação, na Grecia de Homero, na Germania de Tacito, a vingança e o talião são substituidos por uma composição ou indemnisação. Em Homero, lemos estas palavras de Ajax, que são muito significativas :

« Recebe-se a composição pelo assassinato de um irmão ou de um filho ; o assassino continúa entre os seus e o offendido indemnizado se apasigua e renuncia a seu resentimento ». A palavra empregada n'esta passagem da grandiosa collecção das rapsodias hellenicis, é *poiné* que em Homero e Herodoto significa a satisfação por um delicto. Tacito encontrou o mesmo costume entre os germanos. *Luitur homicidium certo armentorum acpecorum numero recipit que sa-*

Em Gregoire de Tour, certo individuo atreve-se a dizer a outro: Tu me debes dar graças a Deus porque eu te matei os parentes; porquanto, por meio da composição que recebeste, o ouro e a prata abundam em tua casa » (12). O mesmo facto se observa nos tempos primitivos de Roma, como o demonstrou Jhering.

Este periodo das instituições penaes, que é o periodo familiar, foi, com o andar dos annos, substituido pela administração da justiça por parte do Estado, entrando, á principio, a religião, o *fas*, com a sua acção concurrentemente com o Estado, depois deixando ao crime sómente o seu caracter secular de offensa ao direito. Perdeu a justiça o seu caracter primitivo de justiça privada, para tornar-se a manifestação coercitiva da auctoridade publica legalmente constituída. No periodo primario ella deveu sua existencia á energia individual do offendido, depois, porém, de consolidada, pouco de deixar de lado, por desnecessaria, essa energia, porque o Estado substituiu o individuo, na comminação da pena.

Mas, nos casos de necessidade e legitima defeza, vemos resurgir a mesma situação juridica dos tempos originarios.

Creado o direito, começou elle a reagir sobre a sociedade, tornando-se um dos principaes factores de sua evolução moral, corrigindo, transformando, adaptando o homem ao meio social, creando o chamado senso moral. E' este um dos resultados mais importantes da accção das normas juridicas sobre o homem. Effectivamente, a reproducção ininterrupta e prolongada das mesmas ordens e das mesmas prohibições afeiçoam o caracter humano, de modo a repugnar certas acções e á ser espontaneamente levado á pratica de certas outras, pois que a hereditariedade, como elemento conservador da evolução, transmite, de geração á geração, os habitos, os costumes, as idéas adquiridas.

D'ahi o alto valor educacional do direito, que só póde ser bem aquilatado por quem percorrer o seu longuissimo curso através dos eventos que ora abrilhantam ora obscurecem a historia da conquista do planeta telurico pelos descendentes d'essa grosseira raça que talhou os silex de Thenay.

O senso moral e seu congenere o senso juridico se avigoram de mais em mais á proporção que a sociedade se vaeculturando, de modo a transformar a psychologia humana, de

(12) *Histoire*, apud Littré--- *La science au point de vue philosophique*, pag. 336.

acordo com as condições da vida social, pela criação de inclinações e impulsos desinteressados ou guiados por um interesse de ordem superior. Esta adaptação psychica, oriunda das continuas modificações que ao homem impõem as disciplinas juridicas, dá lugar a que se acredite em uma idéa innata ou, si preferirem, absoluta do direito, quando, na realidade, não ha mais do que uma aquisição transmittida pela herança, um habito tendendo á fazer-se instincto, um sentimento que a vida social gerou e desenvolve no individuo. Tal sentimento é sufficientemente vigoroso, na actualidade, para nos obrigar a propender para o lado do que é justo, mesmo á despeito das solicitações contrarias de outras forças psychicas mais individualistas. E' ainda elle que se nos apresenta sob a forma do principio de equidade, nessas occasiões em que a consciencia de cada um ou de todos, por estar em uma phase evolucional superior á lei, protesta contra a estreiteza de seu dispositivo e procura ampliar-lhe o alcance ou se rebela com impetos de indignação si é impraticavel a dilatação exigida.

Se tem longamente dissertado sobre a equidade, dando afinal a um phenomeno psychico dos mais elementares, um torvo aspecto de mysterio impenetravel. Me parece, porém, que a questão se resolve a um modo de agir do sentimento moral ou juridico, ou da consciencia juridica, como quer Hermann Post, que esclarecido pelas operações fundamentaes da intelligencia (a percepção da differença e da simillhança) estabelece a equação moral entre dous ou mais factos, um comprehendido na lei e os outros não. Razão, pois, tinha Littré quando affirmava que o juizo primitivo de igualdade $A=B$ se encontra no fundo de nosso conceito de equidade.

VI

O direito, nos primeiros momentos de sua evolução e mesmo, uma vez por outra, em periodos ulteriores, foi secundado pela acção poderosa do elemento religioso. O *fas* trazia os seus mysterios, as suas maldições, para cercar de maior prestigio moral os edictos do *jus*.

E' um facto incontestavel que o espirito de religiosidade foi um poderoso agente da evolução juridica. Sua acção foi dupla. Por um lado a religião, impondo-se como condição vital á sociedade e ao individuo, exigiu prerogativas e garantias especiaes para seus representantes, para seu culto, para todas as suas manifestações externas. Por outro lado,

associando-se aos institutos juridicos, insufflou-lhes uma força mais actuante, apresentando-os sob o aspecto sagrado de mandamentos divinos. Sem esse auxilio, as normas juridicas teriam difficilmente prevalecido nesses tempos obscuros em que a intelligencia não descobria as vantagens das limitações que o direito impunha á liberdade, em que a fraquissima cohesão dos corpos sociaes e em que a embryonaria organização do poder publico eram embaraços para a applicação exacta e efficaz do elemento coactivo, garantidor da vida juridica.

E' por isso que houve uma phase em que as determinações emanadas do direito humano andavam confundidas com as prescripções religiosas, em que as leis eram revestidas do character mystico de decretos de um ser divino, inspirador dos juizes e dos legisladores.

Só a um deus podemos conceder o titulo de primeiro creador das leis, nos diz Platão. Vishnú, o velho theo-jurista da India, nos mostra a theoria da transmigração das almas produzindo o effeito de uma pena juridica e ao mesmo tempo de punição religiosa. « Os criminosos do mais alto grão entram, successivamente, nos corpos de todas as plantas. Os que peccaram mortalmente entram no corpo dos vermes e dos insectos. Os que são culpados por offensas menores entram nos corpos dos passaros. Os criminosos do quarto grão entram nos corpos dos animaes aquaticos. Os que commetteram um crime punido com a perda de sua casta entram nos corpos dos amphibios. »

Não é occasião asada para reproduzir d'estes exemplos que apenas são aqui invocados para comprovação de um aserto. E, si fosse mister invocar maior numero d'elles, nada melhor encontraria do que as ordalias em suas diversas especies e os duellos juridicos.

Mas não se prolongou de um modo indefinido a acção auxiliar do elemento religioso. Outros órgãos sociaes, os reis, as assembléas, os tribunaes seculares, se libertam da acção sacerdotal, não de chofre, mas pouco á pouco; o direito se desprende das fachas mythologicas e liturgicas que o envolviam, deixou as religiões, os preceitos de seu rito e da moral religiosa e se integrou á parte, adquirindo, com a selecção occasionada pelo tempo e pelos contactos sociaes, a bella eurythmia de sua organização artistica e scientifica.

(Continúa).

DR. CLOVIS BEVILAQUA.
