

As leis da imitação no dominio do Direito

SUMMARIO :—1.º O instincto da imitação, sua acção sobre o Direito. 2.º Elle não explica, por si, o nascimento do factio juridico. 3.º Conclusões de Tarde. 4.º O Direito costumeiro é uma generalisação das *themistes*; o periodo anterior da força physica. 5.º Povos creadores e povos imitadores; divisão de Kenkle; direito romano, canonico, francez, allemão, italiano, inglez, norte-americano. 6.º Idionomia e allotrionomia. 7.º Combinação terciaria do Direito. 8.º Analogia e homologia.

Nessas obscuras regiões crepusculares d'alma, onde se agitam as impulsões instinctivas, se póde destacar uma que Wundt denominou *instincto de imitação* e que é propria somente aos seres que vivem em sociedade. (1)

(1) « Em todos os animaes que vivem em grupos ou em bandos, diz o psychologo allemão, constatamos que certos movimentos executados, gritos de chamado e de aviso se propagam, se espalham.

Os novos imitam as acções de seus velhos paes. (*Psychol. Phys. Cap. XVIII*). Na creança, o primeiro sorriso apparece como um phenomeno sympathico, associado, quando alguem ri diante della; a percepção de movimento de outras pessoas excita o prazer de operar movimentos de locomoção. » E, como este cita Wundt muitos outros factos (Op. cit. caps. XXI e XXII).

O valor desse instincto para o desenvolvimento intellectual de todos os animaes que vivem em sociedade e principalmente do homem é dos mais notaveis, porque armazena e transmite a experiencia adquerida anteriormente sem o dispendio de tempo e de esforços para obtel-a, e, desse modo, o progresso mental se effectua com celeridade maior.

Este instincto da imitação que exerce consideravel acção sobre todos os phenomenos da ordem social, desde a linguagem até a religião, desde a educação até as operações commerciaes, se mostra actuando, já desenvolvido e aperfeiçoado, sobre a evolução dos institutos juridicos, sobre a sua propagação e reproducção.

Não devemos dar uma proeminencia desarrazoada a esta impulsão natural, como fez Tarde, que, apreciando-a em seus multiplos aspectos, os denomina de leis da imitação. (2) Porém é impossivel desconhecer que ella age poderosamente sobre a vida em commum. Pode-se ainda affirmar que na evolução do direito, ou, melhor, na sua proliferação e propagação, ella apparece como constituindo um caso especial da lei em virtude da qual o movimento avança pelo ponto onde ha menor resistencia a vencer.

2 E' assim que se me afigura explicavel a acção imitativa, tam commum, tam generalisada na vida do direito como na dos outros phenomenos sociaes. Esta acção, convém notar, não é tal que possa, por si, explicar o nascimento do facto juridico; nem se concebe que podesse haver transformação si ella dominasse exclusiva ou mesmo preponderantemente. A imitação presuppõe, necessariamente, uma espontaneidade, uma originalidade, um facto inicial qualquer, sobre que se applique. Sua acção é, pois, essencialmente secundaria, derivada, subsequente.

3. Porém, si Tarde deslumbrou-se com sua idéa, alargando, além de seus limites naturaes e logicos, o campo de de acção das leis da imitação, por outro lado, no que diz respeito ao direito, podiam se exigir mais algumas explanações que se me afiguram inferencias immediatas da theoria.

O inelyto philosopho e critico (e melhor critico do que philosopho) mostrou irrecusavel, lucidamente que:

a) A evolução do direito familiar, para o nacional, atravez de phases intermedias diversas, se opera por effeito da

(2) G. Tarde, *Les lois de l'imitation, etude sociologique*, Paris, 1890. De pags. 340 a 354 se occupa este auctor da imitação em attinência com a legislação.

imitação (concurrentemente com outros factores, accrescenta-se) que por varios degráos successivos tornou possível a unidade do dominio legislativo. E' um caso desta observação geral a transição dos direitos costumeiros das provincias da França para o direito nacional francez por força da imitação contagiosa, «pela inclinação a tomar por modelo as innovações legislativas e judiciarias de Paris.

Para indicarmos exemplos que mais de perto nos toquem, podemos dizer que a predominancia da forma republicana nos governos das tres Americas deve muito ao contagio da imitação. Esta imitação, porém, não se diz que fosse inconsciente copia de um modelo cujo valor era desconhecido. Estou convencido de que ella significa o reconhecimento das vantagens obtidas por outros povos com a forma republicana e o desejo consequente de tentar essa via para fugir aos gravames de uma situação deprimente.

b) As constituições fabricadas (a expressão è de Tarde) e os codigos novos aspiram a espalhar-se, propagando se pouco a pouco pela circumvisinhança, transpondo as fronteiras do paiz e as dos continentes. O exemplo do *Codigo Napoleão* e da lei *Torrens* são bem escolhidos para demonstrar-se a verdade da these. O direito civil das nações latinas, com raras excepções, e muitas legislações de povos germanicos adoptaram o código civil Francez, ora com largas modificações, ora copiando quasi litteralmente, ora tomando para si o citado código de um modo completo, como fez, por exemplo, a Belgica.

Ultimamente se tem procurado reagir contra essa corrente, mas è incontestavel que ella ainda perdura forte e dominante, apesar de alguns codigos modernos se mostrarem superiores ao Francez como trabalho juridico. Quanto à lei *Torrens*, sabem todos que ella se tem generalizado de um modo tão rapido como ainda não acontecera com outro qualquer invento juridico.

E podiam ser multiplicados estes exemplos. As leis secularizando o casamento, depois da Revolução franceza, se foram popagando a principio lentamente, em seguida com celeridade, a ponto de hoje existirem em todos os paizes cultos, mesmo n'aquelles em que as tradições religiosas maiores obstáculos lhes oppuzeram. As constituições dos Estados brazileiros, com raras excepções, se modelaram pela Constituição Federal, as leis organicas das magistraturas estadaes e dos municipios se fizeram por imitação mais ou

menos fiel de um typo julgado digno de preencher as necessidades do momento.

c) Uma vez predomina o habito de imitar os antigos, os maiores, tomando-os por guias, respeitando suas vontades, suas crenças, seus costumes; outras vezes a moda é acompanhar os inventos contemporaneos, o que se dá sempre que estes são sufficientemente inventivos para fazerem empallidecer as instituições antigas. No Brazil o elemento tradicionalista é commummente sobrepujado pelo innovador, o que perturba a consolidação do character, das instituições, o que tolda e falseia a consciencia nacional e individual nos momentos mais graves, fazendo-a vacillar na escolha do que é justo, no discernimento do que é conveniente.

4 São observações exactas que poderiam receber maior desenvolvimento e a que se poderiam addicionar outras. Assim é admittido hoje, depois das laboriosas investigações de Sumner Maine, que o direito costumeiro se constitue pela generalisaçã das sentenças dos patriarchas e dos chefes primitivos (*themistes*); ora, para que essa generalisação se effectuasse, foi preciso que esses juizes imitassem a outros, occetando seu modo de ver e julgar. Em um periodo anterior o direito era um acto de força, da vontade que se sabia impor e defender. Estes actos de energia tiveram imitadores, mesmo porque correspondiam a uma concordancia das necessidades individuaes com as sociaes.

5 Tambem é facil notar que a imitação de uns povos a outros pode dividil-os em duas categorias: a dos creadores, isto é, d'aquelles cujas faculdades inventivas são bastante desenvolvidas e poderosas: e a dos imitadores, aos quaes fallecem essas faculdades ou nos quaes ellas são pouco activas. Mas esta classificação, convem notar, não deve ser entendida de modo a suppor-se que os povos da primeira categoria têm por funcção exclusiva crear, emquanto que os da segunda limitam-se unicamente a copiar-lhes as produções. A classificação é feita somente debaixo do ponto de vista da preponderancia das facaldades.

Poderiamos aqui fazer applicação d'aquella divisão da especie humana que fez Henrique Kenkle e de que nos fala Tobias Barreto em seus *Traços de litteratura comparada*: povos solares ou o lado diurno da humanidade; povos planetarios, ou o seu lado nocturno; e povos de transição ou o seu lado crepuscular; grupo este que se subdivide em povos que se levantam e povos que decahem.

« Somente aos povos solares, dizia Tobias Barreto nos

dando noticia da theoria de Kenkle, é que pertence o trabalho cultural do espirito humano, encavado sobretudo pelo seu lado intimo, no puro dominio das idéas e dos sentimentos. Só elles por conseguinte possuem uma *litteratura*, no rigoroso sentido da palavra, um immenso capital circulante de riquezas ideaes, que fecundam e vivificam o trabalho dos outros povos » (3).

Tambem no dominio da produção juridica ha povos que, embora assimilem theorias e instituições alienigenas, ostentam um opulento conjuncto de creações originaes, cujo brilho e magestosa imponencia provocam, nos outros, o desejo de tomal-os por guia. São os povos solares de Kenkle, os povos creadores, como preferi denominal-os neste caso particular da elaboração do direito humano. Roma foi o sol mais fulgente que ja illuminou o mundo juridico. Mesmo depois de extincta como nação, ainda a luz de sua cultura juridica é fecunda fonte de vida em todo o occidente, quer se reproduzindo e se propagando por todo elle quer illuminando as obscuridades abstrusas dos direitos nacionaes.

Em um estudo de legislação comparada, sobre tudo de legislação occidental, não se poderia omittir o direito romano, porque, alem de sua perfeição logica e artistica, elle se nos imporia por considerações historicas que não devem ser menospresadas. Porem, como o direito romano não é um producto genuinamente indigena, mas antes uma combinação, uma elaboração de elementos exóticos, á legislação comparada convem indicar esses elementos assim com os desenvolvimentos que elles tiveram em outros meios.

Depois do direito romano, deve ser contemplado o canonico que aspirou a ser um seu succedaneo. Embora sua influencia fosse muito inferior e alem disso se tenha quasi esgotado, entrou elle para a formação dos direitos occidentaes modernos, mormente em certos capitulos, e, portanto, não pode ficar em olvido. E' um astro de terceira ou quarta grandeza que se apagou no firmamento juridico, mas cuja posição deve ser assignalada para se comprehender melhor o equilibrio do systema planetario a que pertence.

Dos direitos vigentes, occupam lugar saliente e projectam luz propria o francez, o allemão e o italiano, mormente nas relações do direito privado, o inglez e o americano, principalmente nas relações do direito publico. Em rigor, um estudo de legislação comparada podia limitar-se a

(3) *Jornal do Recife* de 7 de Julho de 1887, n. 151.

esses povos que se podem considerar os creadores. Mas convem para attender o ponto em que se colloca o observador, por um lado e por outro ter em vista que os povos imitadores modificam muitas vezes as instituições que adoptam, e, muitas outras offerecem produções perfeitamente autochtones que devem ser conhecidas. Estas considerações nos levariam a estender o campo de observação alem do circulo dos povos inventores, ainda que ponderações de ordem pratica, relativas á utilidade do estudo de legislação comparada, não nos forçassem a dar esse passo.

Mas seria tornar obscuro e quasi insuperavel este estado, si, sem escolha e sem methodo, accumulassemos umas sobre as outras todas as legislações. Tomando por ponto de partida o direito de uma nação dada, devemos remontar a suas fontes proximas e remotas, confrontal-o com o dos povos mais cultos e com o d'aquelles que se acham em contacto mais directo com ella, e com o d'aquelles que conseguiram dar certo desenvolvimento especial a institutos que nella ja existem ou que convem serem assimilados.

6 Nos povos creadores, o direito é accentuadamente tradicionalista embora progressivo, porque a imitação como que se dobra sobre o passado, onde vae encontrar modelos que, expostos a nova luz, vão produzindo consequencias que originariamente não parecia conterem. Alem disso esses povos são dotados de uma poderosa energia de criação e selecção juridica. Esta preponderancia do elemento tradicional, indigena, alliada a energia productora nas legislações desses povos viris e fecundos pode ser designada pelo nome de *idionomia* (4), nome que indica a propriedade, peculiar a essas nações, de produzirem, por impulso proprio, as leis a que se submettem. Melhor do que as outras sabem extrahir dos phenomenos geraes da coexistencia as regras que a devem manter e fortificar.

Nos povos imitadores, as legislações resentem-se de um sabor exotico, de estrangeirismo. Apresentam um certo cunho de artefacto importado, porque a energia productora é demasiadamente limitada, e por isso a imitação volve-se, de preferencia, para o exterior de onde recebem essas nações a fecundação de suas faculdades legislativas.

(4) Esta palavra se encontra nos dictionarios gregos significando o estado d'aquillo que é governado por leis particulares ou por suas proprias leis. E', pois, o termo proprio para designar o facto a que allude o texto.

Essa preponderancia de elementos alienigenas nas legislações desses povos que, por antithese aos da primeira categoria, poderíamos denominar femininos, me atrevo, em falta de outro vocabulo, denominar *allotrionomia* (5) para indicar essa propriedade de assimilação de leis extranhas, essa necessidade que têm certos povos de completar seu cabedal juridico, tomando de emprestimo o que outros evocaram: do calos das aspirações para a claridade da existencia real, da forma adequada, da actuação efficaz.

7. Entretanto, como a imitação jamais exclue totalmente a criação, nem esta aquella, observa-se em todos as legislações dos povos que já transpuzeram as raias da selva-geria, uma liga de direito nacional ou proprio com direito de outro ou de outros povos, segundo certas condições historicas e contactos de natureza amistosa ou hostil.

Todo direito moderno, podemos affirmar, é uma combinação terciaria—de elementos geraes ou universaes, elementos nacionaes ou propios e elementos estrangeiros.

Os elementos geraes, são tambem estrangeiros, mas, como se encontram servindo, por assim dizer, de nucleo central a todas as legislações de um certo grupo de povos ou mesmo de muitos grupos, que os herdaram de um tronco commum, parece que devem alinhar-se em uma classe distincta.

Concretisemos estas noções para mais facil apercepção dellas. Na legislação brasileira distinguimos facilmente principios que, nos vindo do direito romano, se reproduzem em todas ou quasi todas as legislações dos povos occidentaes com ou sem modificações, principios de origem mais longinqua que se encontram em todo o grupo aryano, e ainda principios a que obedecem todos os povos da terra que têm um direito rudimentar.

São elementos geraes ou universaes, portanto, e que se acham tam intimamente ligados a nossa vida juridica que os consideramos como propios.

Ao lado desses deparamos elementos que tomamos de emprestimo aos povos contemporaneos, principalmente ao francez no que diz respeito ao direito privado e, agora, ao americano no campo do direito publico.

(5) Os dictionarios contêm o verbo *allotrionomeo*--seguir leis ou costumes estrangeiros. Não é descabida ousadia construir, com os mesmos elementos, um substantivo para nomear o facto que o verbo nos mostra em possibilidade de acção.

Finalmente, apesar de termos muito fraca inventiva juridica, alguma cousa existe em nossa legislação que nos é propria. Colloco nesta classe as modificações e adaptações a que submettemos institutos ou leis que importamos, e as creações legislativas originadas de nossa vida juridica, Não são abundantes os exemplares destas duas especies e muito menos da ultima, porém é possível assignalal-os.

Nosso velho codigo criminal, organizado pela poderosa intelligencia de Benardo de Vasconcellos, contem muitas modificações e adaptações de doutrinas do codigo penal francez e algumas disposições originaes que não encontram similares nos codigos anteriores.

8. Agora que o leitor tem uma idéa das formas e modos pelos quaesa imitação actúa no dominio do direito ,convem que se previna contra uma illusão muito possível, para não confundir phenomenos de ordem e natureza diversas. Essas imitações, ora conscientes e filhas do raciocinio e do calculo, ora inconscientes e oriundas de impulsos quer internos quer externos, não explicam todas as similhanças organicas e funcçionaes dos diversos institutos juridicos que encontramos na humanidade.

Algumas dellas são consequencias immediatas da evolução juridica que, em meios e epochas diversas, é solicitada por necessidades que se produzem e movem-se dentro da estrutura social, que affecta formas analogas nas diversas raças e nos diversos povos.

Dessas similhanças, umas são organicas e nos servem para indicar a genese e a marcha evolucional das diversas especies pertencentes ao mesmo typo juridico e constituem a *homologia* dos orgams. Outras são funcçionaes e nos revelam, fóra dos limites do mesmo typo juridico, como por meio de orgams morphologicamente differentes se obtém funcções equivalentes. E' a *analogia* das funcções (6)

Exemplifiquemos. Tomemos para objecto de nossas observações o grupo de direitos que pode-se chamar aryano ou indo-europeu. Ahi vemos se reproduzirem, nos diversos direitos, orgams taes como o chefe de familia, o rei, as assembléas, perfeitamente homologos, porém cujas funcções se

(6) O direito, que tem a sua anatomia, a sua physiologia, a sua psychologia e a sua morphologia, comporta perfeitamente a applicação das leis de homologia e analogia descobertas por Aristoteles e profundamente estudadas por Gegenbauer em seu *Manual de anatomia comparada*.

vão modificando e deversificando com os logares e com os tempos.

Taes orgams nos indicam a ligação originaria existente entre esses direitos e nos auxiliam a descrever a marcha que a evolução juridica seguiu nesse grupo juridico.

Por outro lado, comparando especies juridicas diversas, pertencentes a typos distinctos, encontramos orgams morphologicamente dissimilhantes, que exercem funcções correspondentes, analogas. A funcção tutelar, de protecção da puericia orphanada, por exemplo, é exercida pela familia exclusivamente, nos primeiros tempos de Roma ; pelo Estado, tendo aliás certas atenções aos direitos dos parentes, no ultimo periodo do direito romano, e entre nós ; pela familia inspeccionada pelo Estado em Portugal, França e Italia ; pelo Estado quasi exclusivamente na Inglaterra e na Suissa.

Estou certo de que essas leis ; de *homologia* e *analogia* não darão no direito todos os resultado que deram á morphologia dos seres organicos, porém esclarecerão muitos pontos obscuros da jurisprudencia que somente agora enveredou por essas regiões ainda mal esclarecida da historias, da anthropologia e da ethnologia applicadas ao direito.

CLOVIS BEVILAQUA.
