



APPLICAÇÕES DO DAWRINISMO AO DIREITO

RW

I

Em nome da sciencia, não se ergue mais hoje o venabulo da critica para ferir directamente a theoria da evolução.

O que, as vezes, surge, nos acampamentos scientificos, são modos differentes de comprehendel-a. Uns suppõe que a evolução é universal e una, crêem outros na sua multiplicidade. Por mim penso que essa multiplicidade de formas evolucionaes se desvanecerá, por inteiro, quando forem melhor comprehendidas muitas obscuridades que toldam ainda certos ponctos onde o espirito necessita apoiar-se para olhar mais longe atravez do kosmos. A evolução é uma só; mas a intelligencia humana, tolhida ás vezes pelos processos analyticos, arreceia-se de tentar uma synthese geral que não seja desfeita no dia seguinte.

Teria a sciencia penetrado com o seu progresso num verdadeiro impasse, si espiritos ousados não rompessem com esses vãos temores, e, transpondo os valles escurentados pelo nevoeiros, não fizessem a luz da synthese scientifica toucar, de claridades fulgidas, os cimos das grandes cordilheiras.

Vem de molde repetir as palavras de Spencer :

«Quando dividimos a evolução em astronomica, geologica biologica, psychologica etc., pode até certo poncto, acreditar-se, que a extensão da mesma lei de metamorphose em todas as divisões da evolução é uma pura coincidencia. Mas quando reconhecemos, nessas divisões, grupos artificiaes arranjados para facilitarem a aquisição do conhecimento, quando consideramos as diferentes existencias ás quaes se referem essas divisões como partes do kosmos, vemos, ao mesmo tempo, que elles não são partes separadas da evolução, unidas pela posse de certos caracteres communs, porém uma evolução que se opera por toda parte, do mesmo modo» (1).

Porém si a evolução é uma, si por toda parte, em todos os dominios do universo, em qualquer momento do tempo, ella se opera do mesmo modo como nos diz o egregico philosopho, é licito acreditar que a theoria darwinica ha de nos dar a chave da evolução juridica, assim como nos deu da evolução das especies e a da evolução das linguas.

«Como judiciosamente fez observar Sylvio Romero, já não é mais licito, em nossos dias, falar de uma sciencia da natureza e de uma sciencia do homem, como de cousas antitheticas. Similhante antinomia foi dos grandes embaraços ao espirito scientifico dos velhos tempos. A intuição evolucionista de nossa epocha atravessou essa barreira e arredou este empecilho» (2).

Foi por assim pensar que em uma de minhas *Licções de legislação comparada*, asseverei eu: «Como nas especies e nas linguas, no direito se observa o elemento da lucta que selecciona e revigora. Como nas especies e nas linguas, o di-

(1) *Primiers principes*, p. 488, da trad. de Cazelles.

(2) *Ensaio de philosophia do direito*, p. 1.

reito envolve, transformando-se e variando, sob a acção do meio, da lei do polymorphismo, e de outras causas diversas, que, no direito são principalmente sociaes, e entre as quaes sobresaê a imitação. Como nas especies e nas linguas, encontram-se no direito, organs atrophizados e phenomenos de persistencia e atavismo. Como nas especies e nas linguas, é possivel remontar o curso da evolução juridica até os seus inicios, embora se deparem numerosas lacunas nos direitos extinctos, elos quebrados e perdidos de uma corrente soterrada pelo volver dos acontecimentos e dos seculos» (3).

As observações que se vão seguir foram escriptas a modo de ligeiro e desalinhado commentario ás affirmações que acabam de ser transcriptas.

Cumpre reconhecer que applicações da theoria darwinica ao direito já têm sido feitas muitas vezes, a começar pelo grande Jhering em sua tam celebre e tam bella conferencia sobre a *A lucta pelo direito*, e sem esquecer o intrepido Tobias Barreto que lhe divulgou as doutrinas entre nós. Houve até um momento em que o lardo darwinisante ameaçou de tomar rancidas muito boas paginas de investigação juridica, por vir de má procedencia ou por ser inhabilmente empregado. Entretanto não se fez, que eu saiba, uma applicação systematica do darwinismo aos phenomenos da evolução juridica.

Conscio da ignorancia que me a ferrolha na jaula da incompetencia, não tenho a pretensão de descortinar campos inexplorados.

Mas não me furtarei ao prazer de apresentar aos jovens que se iniciam no estudo do direito

(3) Licção VII da segunda edição.

estas notas, para que elles porsí verifiquem a possibilidade de adaptar-se o darwinismo á interpretação dos phenomenos da evolução juridica, lamentando somente, que um estudo exhaustivo do assumpto já não tenha sido feito por quem possuisse as qualidades que uma tal empreza requer.

II

Hereditariedade e tradição. Phenomenos de sobrevivencia e atavismo

Os principios geraes sobre os quaes repousa a theoria transformista de Darwin e Haeckel são : a *lucta* pela existencia e a *adapção* que produzem uma *selecção natural* ; a *hereditariedade* que, transmittindo á posteridade as qualidades adquiridas, consolida a *selecção*, e, produzindo a divergencia dos caracteres ou o *polymorphismo*, lança as bases da *variação* (4).

Como é na hereditariedade que se depuram e, por assim dizer, se ossificam as acquisições da victoria no conflicto vital, e da adapção, por ella encetarei esta revista.

A hereditariedade juridica foi constatada por Spencer em termos bastante claros. Notou o sociologo inglez que as levas de emigrantes que se destacam de um centro populoso levam para a patria de eleição os usos, costumes e institutos juridicos existentes na patria de origem, quer se tracte de um povo selvagem, como os bechuanos,

(4) Parece-me inutil indicar as fontes da theoria aqui indicada, tam numerosas são ellas. Vejam-se, além da *Origem das especies* do proprio Darwin, a *Historia da Creação* lições VII a XI, e os demais livros de Haeckel ; o *Darwinismo* de Ferrière ; o *Transformismo* de Lanessan ; e os *Phenomenos vitales* do Dr. Egas Muniz (cap. VI e VIII).

quer de um povo culto, como os inglezes transportados para America (5). Eis uma das feições da hereditariedade juridica. Outra é a que melhor se denominará de *tradição, de costume*, egualmente posta em evidencia pelo philosopho evolucionista.

Para pôr deante dos olhos do leitor a hereditariedade juridica, seria talvez bastante remetel-o á *Sociologião* de Spencer, e apresentar-lhe o bello capitulo que a este assumpto consagra D'Aguaño em sua preciosa *Genese e evoluzione del diritto civile* (6); porém prefiro destacar alguns exemplos corroborativos das eruditas explicações dos dois escriptores citados.

Não vejo mais eloquente exemplo de hereditariedade juridica do que esse que nos apresenta a familia indoeuropéa. Aqui a genealogia das raças confirma-se pela historia evolucional das linguas, e reflecte-se na filiação dos institutos juridicos como demonstram os estudos de S. Maine, F. de Coulanges, Carle, Jhering, Leist e diversos outros.

Do direito dos aryas primitivos brotaram as legislações visivelmente aparentadas dos hindús, na India, dos slavos, dos germanos, dos celtas, dos romanos e dos gregos, em toda a Euroba. Modificando-se e divergindo essas legislações por força da acção mesologica, foram mais tarde arrastadas a novos encontros parciaes, a fusões, que determináram formas novas na vida do direito. Essas formas novas a que me refiro deram-se pela Europa em tres zonas distinctas: uma ao sul, onde a feição romana do direito ob-

(5) *Principes de Sociologie*, III, p. 668, da trad. franceza de Cazelles.

(6) Pag. 118 segs. da 1.ª ed. italiana,

teve sensível preponderancia ; outra ao centro, ou que os elementos diversos se equilibráram ; e outra ao norte, onde a influencia romana echoou mui fracamente.

Descoberta e colonizada a America, o direito portuguez, o hespanhol e o inglez foram transportados com os colonos para esta parte do mundo, accrescentando assim élos novos á cadeia da filiação.

Eis ahi a hereditariedade juridica em uma de suas mais brilhantes manifestações. Considerada, porém, sob outro poncto de vista, ella é o *costume*, a *tradição* dos usos dos antepassados.

Ninguem ignora que o direito antes de concretisar-se na lei escripta, foi simplesmente o *costume* ; porém ainda hoje a tradição é um dos elementos essenciaes á vida do direito, Sem falar no cunho proprio que cada povo consegue dar aos mesmos institutos, o qual resulta precisamente da tradição nacional, quero recordar que o direito romano reconhecia força legal no *uso* (7) ; que as nossas *ordenações* mandam observar os *usos e estylos*, na ausencia de leis escriptas (3, 64) ; e que os usos commerciaes constituem, para nós, legislação mercantil subsidiaria (Reg; 737, art. 2).

Tudo isso é tradição, tudo isso é visivelmente herança de formas, institutos e conceitos juridicos.

E si duvidas fossem possiveis, veriam provar-nos essa transmissão hereditaria os curiosos phenomenos de sobrevivencia, de atavismo e de organs atrophados. Reservando os ultimos para

(7) Ex non scripto jus venit quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur. (Inst. 1, 2 § 9).

depois, aponctarei alguns casos de sobrevivencia, de residuos, como chamou Jhering, de *survival*, como os appellidou Tylor, ou de persistencia como preferem outros dizer.

E' nos livros de Jhering que se pode colher abundante messe de exemplos desta especie (8). O *far* era uma especie de grão conhecido pelos romanos, desde os primeiros tempos em que arroteáram campos. Depois traváram relações com outras especies; porém, na celebração solemne do casamento religioso, somente o *panis farreus* era admissível.

Ainda nas ceremonias nupciaes vê-se apparecer a *hasta celibraris*, attestando que houve uma epocha afastada, na quel eram desconhecidas as tesouras e mesmo as facas, circumstancia que obrigava o noivo a cortar com a pezada e rude lança, as sedosas madeixas da mulher que escolhera para companheira na aspera travessia da existencia. As visitas domiciliarias, effectuadas para o descobrimento de objectos roubados, exigiam que o buscante despisse as suas vestes de homem culto para cobrir-se exclusivamente com o estreito mandil de couro (*licium liteum*), porque essa era a vestimenta unica dos primitivos aryas, ao tempo em que foi inventada a instituição do varejo em hypotheses taes.

Em todas as legislações, encontram-se factos semelhantes, que, muitas vezes, se consideram, erroneamente porem, como symbolismo (9). Entre todas offerece mais farta meda a legislação ingleza; mas ao menos residuos nominaes se podem colher em quaesquer outras. Residuos no-

(8) *Espiritu del derecho romano*, III, p. 221—230; *Prehistoria de los indo-europeos*, p. 23—27.

(9) Jhering mostra que se deve fazer differença entre o *residuo*, o acto meramente *symbolico* e o *representativo*.

minaes são, por exemplo, a *hasta publica*, a vara do juiz, e outras expressões tam frequentes em nosso processo, com os quaes podemos reconstruir algumas paginas apagadas de nossa historia juridica.

Não é somente na terminologia do direito patrio que se deparam formas residuaes, mas tambem, claramente accentuadas, em muitos dispositivos essenciaes, á cujo imperio temos de curvar-nos obedientes, para comprovação de que não era sem razão que Augusto Comte affirmava serem os vivos de mais em mais governados pelos mortos.

Os herdeiros que se não acautelam acobertando-se com o *beneficio de inventario* ou com o da *abstenção*, arriscam-se a responder pelos encargos da herança, *ultra vires*, além da porção de vantagens por ella trazida. Essa responsabilidade que transpõe os limites do acervo hereditario não é outra cousa mais do que uma persistencia do modo de agir no tempo em que o patrimonio era commum dentro da familia, passando para os sobreviventes os lucros e perdas havidas durante a administração do *de cuius*. Esses institutos que remontam a um passado longiquo, ostentam, as vezes, uma vivacidade admiravel.

Mas alguns de origem mais recente conseguem tambem insinuar-se num corpo de leis, ficando nelle raizes tenazes de avulsão diffieil. São exemplos desta especie: 1.º a necessidade da copula qara que se dê, entre conjuges, a communhão de bens (10); 2.º a prefereneia dos primogenitos e dos varões, na successão dos prazos vitalicios (11).

Uma outra ordem de phenomenos que se liga

(10) Ord. 4, 46 § 1; dec. 181 de 24 de Jan. de 1890, art. 57.

(11) Ord. 4, 36 § 2.

muito de perto a essa de que acabo de occupar-me é a das reversões ou atavismo. A cadeia da hereditariedade, em vez de prender um dos elos ao seu immediatamente superior, desdobra-lhe o diametro, e fal-o volver a tempos mais remotos. Na evolução do direito tambem se revelam frequentes essas irregularidades.

Certamente não me quero referir a hypothese lombrosiana de que o criminoso é um producto atavico na evolução ethico-juridica, mas poderia recordar a resurreição de penalidades que pareciam desapparecidas do arsenal de onde a sociedade retira as armas com que rebate as investidas do crime. E viria de molde lembrar os barbaros lynchamentos tão frequentes hoje na America do Norte. Entretanto prefiro circumscrever-me ao direito privado, para apresentar apenas dois exemplos de reversão atavica. Fornecer-me-á o primeiro o direito de successão entre os conjugues. No direito romano decemviral, a esposa sob a *manus* marital era chamada á successão *loco filiae*, e o marido nada tinha que herdar de sua mulher, porque essa nada possuia de proprio. O direito successorio da esposa desapareceu com os casamentos livres; mas logo interveio a solitudine do pretor, e a successão do conjugue morto foi deferida ao sobrsvivo, todas as vezes que aquelle não deixasse cognados em condições de *bonorum possessio*. Mas tornando-se difficil, com as reformas de Justiniano, a successão dos conjugues, o imperador resolveu attender á precariedade da situação das viúvas, e em favor dellas, quando pobres e indotadas, firmou um direito hereditario sobre o patrimonio do marido. A *quota uxoria* consistia no usufructo sobre uma certa porção da herança, quando os herdeiros eram filhos, e numa quarta parte da propriedade, quando os herdeiros pertenciam a outra classe.

O marido, porém, pobre ou rico. devia contentar-se com a *bonorum possessio unde vir et uxor*.

A inovação de Justiniano diluindo-se com certas prescripções do direito gdrmanico, subsistiu melhorada em algumas legislações, como a hespanhola e as hespano-americanas, e deappareceu totalmente em certas outras, como a portugueza e franceza que mantiveram o principio pretoriano, dando-lhe porém mais efficacia.

Eis, porém, que, ao imperio de mais sabias doutrinas, a consciencia juridica se aclara, e nota-se um movimento legislativo no sentido de retocar o direito de successão entre os conjuges. Os dois esposos são em geral equiparados; porém, si repararmos em que esse direito hereditario será, em alguns casos, simples usufructo, e, em outros, plena propriedade, (12), si attendermos a que a quota hereditaria varia segundo a qualidade dos herdeiros (13) não poderemos deixar de reconhecer que nesta agitação das aguas placidas do direito, volve á flor da terra o germen lançado pelo grande legislador romano, apoz tantos seculos de repouso nas camadas profundas da evolução do direito occidental.

O segundo exemplo pedil-o-ei de preferencia ao direito patrio. A ordenação, 4,76 § 1 considera vigente, no direito portuguez, o instituto romano da *cessão de bens*; mas, sobrevindo a lei de 20 de Junho de 1774 § 19, suppozeram alguns que tinha desaparecido a *cessão de bens*, porque a consideravam como um simples remedio juridico

(12) Cod. civil italiano, arts. 753 e segs. ; lei franceza de 9 de Março de 1891 ; cod. civ. de Zurich, art. 899 e segs ; hespanhol, arts. 834 e segs.

(13) Cods. citados em a nota anterior, e mais o do Chile. art, 1172- 1180 ; da Argentina, arts, 3570-3576.

para evitar a prisão por dividas. Entretanto, quando se imaginava que o instituto estava morto e soterrado, surge-nos elle revigorado e forte com o dec. de 24 de outubro de 1890.

Exemplos semelhantes podiam ser encontrados nos diversos ramos do direito civil; mas é desnecessario invocal-os agora.

Com os casos de *survival* e de atavismos offerecem notaveis similhanças as de *orgams rudimentares* ou *atrophizados*. Assim como serpentes ha providas de um lobo de pulmão que não funciona, o feto da baleia ostenta uma fila de dentes que hão de desapparecer na idade adulta, certos coleópteros escondem, sob o forte tegumento de elytrós soldados, umas pobres azas que jamais se expandirão ás caricias do sol ou da brisa, assim tambem ha, no direito, *orgams* sem vida, sem funcção, que teimam em perpetuar a vida inutil.

Merecem esta classificação todos aquelles edictos legaes que o uso de facto invalidou, mas que subsistem nas colleccões ou nos codigos. Eguamente apresenta a feição de *orgam atrophiado* a realza nas monarchias constitucionaes representativas do molde inglez.

Não faz muito tempo, escrevia o conde de Norvins, a proposito do longo e fecundo reinado da rainha Victoria, umas judiciosas observações que justificam plenamente esta ultima asserção. Transcrevo-as, para que sirvam de commentario a these affirmada.

« Os louvores dirigidos á rainha por seus subditos, realmente entusiasticos, ponderava o conde, têm, de alguma sorte, um caracter negativo. Acclamáram-na menos pelo que fez do que pelo que recusou fazer. Seu mais bello titulo de gloria está em se ter mantido estrictamente na lettra e no espirito da constituição britanica, nos termos da qual, o *soberauo reina e não governa*.

Apenas sua iniciativa se fez sentir no dominio da caridade pessoal. Porém, no inicio de sua vida, permanecerá simplesmente a discipula obediente de lord Melbourne ; durante o casamento, a do principe Alberto ; depois do seu casamento, a respeitosa observadora das decisões e da vontade do parlamento. E parece que esta constatação, feita certamente em elogio de quem soube tornar-se digna della, apparece como uma bem amarga critica da propria instituição da realleza (14).

Eis ahi, o melhor rei é justamente aquelle que melhor consegue diminuir a sua actividade, annullar a sua personalidade, apassivar se, reduzir-se á condição de simples ornato que ainda satisfaz ás exigencias do fetichismo politico. O ideal é o rei madraço, possuidor de todas as virtudes anodinas e femeninas. E', pois, a realleza um orgam que se atrophiou, por ter, uma apoz outra, perdido todas as funcções que era chamado a exercer.

Contendo-me, porém, na orbita do direito privado, poder-me-ia soccorrer ás multiplas hypotheses de leis mortas pelo desuso, porque, como disse Jhering, « um principio legal que perdeu sua força não merece mais esse nome, é uma roda gasta que não serve mais no mechanismo do direito, e que pode ser d'elle retirada sem desarranjar-lhe a marcha » (15).

Melhor parece-me, entretanto, abrir as ordenações philippinas, no titulo 46 § 2 do livro quarto, e mostrar aquelle matrimonio presumido que produz a communhão dos bens dos conjuges, como se estivessem casados segundo os preceitos do direito canonico.

(14) *Revue des revues*, 1897; n. 12, p. 605.

(15) *Le combat pour le droit*, trad. Meydieu, p. 28.

« Outrosim serão meieiros, diz o código philippino, no lugar citado, provando que estiveram em casa teúda e manteúda, ou em casa de seu pae ou em outra, em publica voz e fama de marido e mulher, por tanto tempo, que, segundo o direito baste para presumir matrimonio entre elles » (16). Esses casamentos presumidos não são outros si não os casamentos civis que o direito romano conheceu e em Portugal foram frequentes até o tempo do D. Manoel. Para a subsistencia delles era sufficiente o accordo das vontades das partes e assentimento dos paes. A intervenção saccerdotal era dispensada.

Mas, acceitas as determinações do concilio tridentino, para a celebração dos casamentos, e não sendo legaes aquelles que não fossem pautados por suas prescripções (lei de 8 de Abril de 1569), entenderam os civilistas patrios que só por inadvertencia poderiam ter os philippistas mantido aquella disposição contradictoria, do casamento por simples cohabitação e fama. « Era, portanto, *uma disposição morta*, que nunca vigorou entre nós nem podia vigorar depois da reforma do concilio tridentino, » segundo observa Candido Mendes (17), no que é acompanhado pela generalidade dos escriptores que se occuparam do assumpto, excepção feita de Alexandre Herculano que via nesse dispositivo uma consagração do casamento civil.

Mas si, como parece indubitavel, estamos deante de um edicto sem funcção e sem vida, que foi escripto depois mesmo de legalmente extincto, não é phantasia affirmar que, começando por ser

(16) Vide mais : ord. 3, 59 § 2 ; T. de Freitas, *Consolidação*, art. 100.

(17) *Cod. Philippino*, nota 1 a p. 824, 2.^a coiumna.

um caso de persistencia, passou á categoria de organ atrophiado ou rudimentar, da mesma forma que o são as mammas incapazes de secretar o leite ou os olhos recobertos de espessa tapagem que intercepta os raios luminosos, como se observa nas toupeiras.

III

Lucta e selecção

A influencia da lucta sobre o desenvolvimento do direito já foi bellamente exposta por Rudolf von Ihering em um dos mais fecundos momentos de seu poderoso genio. Entretanto ainda o assumpto apresenta aspectos que não entraram no campo de observação do insigne jurista, porém que, por serem reaes, devem ser recordados agora.

O systemas juridicos luctam entre si, como os povos e como os individuos. Vêm á luz e procuram viver; mas, para que não succumbam, devem desalojar os que occupam o lugar onde apparecem, e defender-se para que outros não os expulsem como elles expulsáram os seus predecessores. Esta é a historia de quasi todos os povos.

Vejam-se quanto regimens juridicos passaram pela peninsula iberica, com as invasões e conquistas successivas, desde os phenicios, gregos, carthaginezes e romanos até os godos e os arabes rechassados afinal pelo elemento nacional refugiado nos alcantis das Asturias!? E é interessante ver, com que tenacidade essas legislações, combatidas umas pelas outras, se aferram á vida. O codigo wisigothico por exemplo, que representa um tractado de paz realisado entre os princi-

pios collidentes do canonismo, do romanismo e do germanismo, depois de imperar sobre as populações romano-godas da Iberia, foi rebaixado de sua categoria de lei, de expressão da soberania, com a invasão dos sarracenos. Mas o velho código decahido não se resignou como relegação que lhe infligiam, e, não podendo lutar ás claras, refugiou-se nas consciencias dos vencidos, enraizou-se nos cortumes, transformou-se de lei escripta em direito consuetudinario, de modo tal que no momento do refluxo dos invasores, elle achava-se vivaz e forte, sob a sua nova feição, dominando as relações juridicas nos diversos estados que iam surgindo do solo iberico reconquistado aos estrangeiros por tanto tempo dominadores.

O direito romano se tem sabido conservar, lutando vigorosamente contra os elementos nacionaes que lhe são adversos. e onde não penetrou como elemento constitutivo da normalisação juridica, tem conseguido ser acatado como principio scientifico.

O código civil francez, depois de uma marcha victoriosa atravez das nações que o iam acceitando como lei ou como modelo de lei, começou a encontrar elementos adversos que contrariáram suas tendencias de expansibilidade, e que, dia á dia mais fortes, vão fazendo-o recuar das dilatadas raias onde o tinha levado o impulso imitativo.

Esta luta entre os systemas juridicos, como a luta entre as normas legaes, como a luta para a realisacão do direito, dão em resultado a *selecção*, porque tambem, neste dominio, não somente o esforço revigora, como tambem são os mais aptos e os mais energicos os que vencem. E o resultado da seleccão sendo conservado pela tradição, o direito desenvolve-se, transforma-se pelo estímulo da luta.

Eis grosseiramente esboçado o assumpto, ao qual seria ainda necessario addicionar alguma observação sobre a acção do clima sobre o direito. Mas não faria mais do que amontoar conjecturas inverificaveis, si me internasse por esse caminho, que a sciencia ainda não illuminou convenientemente.

CLOVIS BEVILAQUA.

