

Todo organismo natural pode ser estudado ou examinado sob qualquer destes aspectos ou sob todos elles a um tempo: *anatomico* ou *estructural*, *funcional* ou *physiologico*, *morphologico* ou *plastico*.

Uma vez que consideramos o Direito um organismo social *sui generis*, procuremos explicar-lhe a marcha evolutiva, encarando-o n'uma ou n'outra dessas modalidades de sua existencia. E para o caso vertente reduzamos essas modalidades a duas: *anatomo-physiologica* ou *estructural e organica*, e *morphologica* ou *plastica*.

Visto no primeiro desses aspectos como terá evoluído o Direito?

Isto equivale a perguntar: qual o modo de evolução do Direito encarado como organismo activo, dotado de energias funcionaes?

Parece-nos que sob este aspecto a evolução juridica se fez no sentido da evolução universal descripta e defendida por Herbert Spencer no seu profundo estudo sobre *o progresso, sua lei e sua causa* (1): — isto é no sentido da passagem do homogeneo para o heterogeneo. Vejamos:

Nos primordios das sociedades regularmente constituidas a vida collectiva não ostentava o polymorphismo que n'ellas verificamos actualmente. A confusão mais completa, o syncretismo mais absoluto dominavam as instituições sociaes e as relações individuaes; religião, moral, sciencia, arte e industria eram raios de um mesmo circulo, coincidindo e sobrepondo-se uns aos outros. A autoridade que anthropomorphisava Deus ou os Deuses era a mesma que estatua sobre os costumes privados, que dava a explicação do enigma do mundo, que inspirava as

[1] Vid. *Westminster Review*, Abril, 1857, e *First principles*.

creações artisticas e regulava a actividade pratica. Tudo estava como no cáhos biblico: escuro e amorpho.

Abra-se o *Manava Dharma Sastra*, a collecção de leis de Manu, e ver-se-ha que os seus doze livros têm por objecto além da criação, da vocação religiosa, das regras de abstinencia, da penitencia e expiação e da transmigração das almas, o casamento, os modos de aquisição, os deveres dos juizes, as leis civis e criminaes, o direito de successão e os deveres dos agricultores, dos industriaes e dos famulos.

Quadro semelhante nos offerecem o *Zend-Avesta* de Zoroastro, os livros de Confucius, os hieroglyphos egypcios, a legislação de Moysés e o livro sagrado da religião Mahometana — o *Koran*. Em todos esses monumentos do antigo pensar, ha um como sinete anagrammatico da religião, da moral e da arte, entrelaçadas ao Direito, a marcar todas as manifestações da actividade social primitiva.

E' assim tambem na Grecia, em Roma e entre os antigos germanos. São justas as seguintes palavras de Ahrens relativas á antiguidade grega:

«Na Grecia o direito e a lei não se destacaram nunca da ethica... Na theoria e na pratica o direito e a politica são considerados, notadamente por Platão e Aristoteles, como constituindo simplesmente um ramo das sciencias ethicas.»

Realmente as crueis ordenanças de Dracon e os preceitos de Solon e Lycurgo são religiosos e moraes ao mesmo tempo que juridicos.

A seu turno os primeiros legisladores romanos obedeceram á fatalidade historica. O autor que acabamos de citar diz que a primeira época do direito romano tem antes de tudo um caracter religioso (sem ser theocratico



ou sacerdotal) fundando a unidade de toda a existencia e de todas as instituições com a ligação d'ellas á religião. E acrescenta em outra parte de sua obra: «Si remontarmos ao mais antigo desenvolvimento do Direito acharemos uma correlação intima de um lado, do direito privado com o direito publico, e, do outro, dos dois reunidos com a religião e o culto.» (1)

O phenomeno a que alludimos é aliás reconhecido e constatado por todos os historiadores do Direito. G. Rousset, o autor da *Science nouvelle des lois*, escreve a respeito :

«Em sua origem as sociedades são instinctivas e religiosas. O direito como idéa de justiça e de moral confundia-se então e necessariamente com o respeito do Ser que resumia a mais elevada expressão d'ellas.— *Omnis potestas a Deo*; o Direito vem da divindade; o padre é o primeiro legislador.»

P. Cogliolo exprime-se, a proposito do assumpto, da seguinte maneira :

«A sociedade a mais barbara é regida por um complexo não pequeno de normas, as quaes dirigem as acções dos seus membros e as ordenam e coordenam com o escopo inconsciente da utilidade commum. O caracter principal destas normas é de serem todas commixtas e homogeneas, porque só mais tarde se distinguem a religião, o direito, a moral e as outras direcções da conducta social.

Estudando a mesma materia affirma por sua vez B. Brugi :

« N'aquellas longinquas sociedades, ás quaes queiramos remontar, o Direito não se apresenta como um

(1) H. Ahrens:— *Encyclopedia Juridica*; trad. franc. de Chauffard, 2.º vol.

conceito distincto dos outros lados da vida social: ha sim uma homogeneidade da vida primitiva. O Direito confunde-se com o costume, com a moral e com a religião, que envolvem toda a vida do individuo, inclusive os principios juridicos.»

Com relação aos germanos eis o que escreve H. Ahrens:

«Entre os antigos allemães nós vamos achar uma alliança do Direito e da Religião analoga a aquella que encontramos nos tempos primitivos do povo indiano e na velha Roma.»

De todos estes documentos e juizos, verifica-se que no estadio inicial das civilisações o Direito nos apparece visceralmente unido, ou antes confundido, com a religião, a moral e a arte, pelo menos.

Mas gradativamente e dia a dia elle se vae diferenciando, especializando, individuando. Destaca-se pouco a pouco da placenta commum e arroja-se para a vida como um ser independente, autónomo, dispondo de vida propria. Dá-se o caso muito conhecido pelos naturalistas, da reproducção por sisciparidade.

E esta passagem do complexo para o simples, do homogeneo para o heterogeneo não se effectua só a partir da massa syncretica das regras sociaes primitivas até chegar á accentuação do *canon* juridico já especializado ou individualizado.

Primeiramente é o Direito que se separa da Religião, da Moral, etc; a differenciação é então de natureza *heteronomica*. Segue-se, porem, a isto a *differenciação autonómica* do Direito, a evolução que, só nelle e a partir simplesmente delle, se effectua, pela segmentação constante e crescente do respectivo organismo, sob a acção expan-



siva das suas energias intimas e ao influxo do condicionalismo mesologico.

E é assim que da massa primitivamente homogenea e compacta das regras juridicas sahem no correr dos tempos as modalidades diversas do Direito : distinguem-se o Privado do Publico, o adjectivo do substantivo pela separação do *jus* e da *actio* (para nos servirmos da linguagem romana); no Privado o honorario ou doutrinario do stricto, o real do pessoal ; no Publico o Internacional ou externo do interno; etc... Quem compara a rica engrenagem do Direito moderno com o simples mecanismo da vida juridica dos orientaes, dos gregos, ou mesmo dos romanos, reconhece sem esforço a procedencia do nosso asserto.

Pode-se portanto affirmar que no aspecto anatomophisiologico ou estructural e organico, o Direito evolue passando do syncretico para o discreto, do simples para o composto, do homogeneo para o heterogeneo.

Tratemos agora de encaral-o no seu aspecto morphologico ou plastico.

Aqui o problema torna-se menos arduo porque varios escriptores já o tem explorado, havendo um delles chegado o formular precisa e positivamente a lei que buscamos. (1)

Que o Direito pode ter a sua morphologia e que tem realmente uma plastica, não ha mais necessidade de provar, uma vez que o olhamos como um organismo. Mas o que é preciso saber é em que sentido tem-se dado o desenvolvimento das suas formas exteriores, as quaes não podem deixar de se ter transformado, como transforma-se o aparelho organico a que servem.

(1) Vid. Pierre Alex : *Le Droit et le Positivisme*.

Já dissemos que essa indagação não é das mais difficeis, por já terem alguns bons espiritos notado a directriz que tomou o Direito nesse terreno.

Com effeito, vimos ha pouco que entre as leis mais geraes da evolução juridica, Pietro Cogliolo indica a de que «todas as fórmulas se modificam, simplificando-se e passando pelo estadio do *simulata pro veris*.» Pierre Alex provou largamente, por seu turno, que as «fórmulas sacramentaes desaparecem na rasão dos progressos da civilização.»

Não ha, além disso, historiographo-jurista que deixe de assignalar o complicado formalismo do primitivo Direito, em opposição á simplicidade das nossas actuaes regras de processo.

Qualquer dos povos orientaes a que nos referimos quando tratamos do syncretismo inicial, fornece-nos documentos, mais ou menos abundantes, da existencia e predominio do symbolismo e das formulas sacramentaes nos primordios da vida juridica.

Em Roma, porém, é que o facto nos apparece em toda sua nudez, em absoluta evidencia. As Institutas de Gaio nos iniciam no segredo das *legis actiones*, isto é, das cinco fórmulas sacramentaes que na *ordo judiciorum privatorum*, (assim se chamava o processo romano) serviam a todas as necessidades do Direito em acção: a *sacramentum*, a *postulatio*, a *condictio*, a *manus injectio* e a *pignoris capio*.

E' sabido que a este mecanismo processual seguiu-se, em virtude da *Lex Æbutia*, o regimen das *formulae*, ou melhor, o systema formulario propriamente dito, organizado *ad fictionem legis actionum*, e que só no tempo de Diocleciano as *formulae* cederam o



passo ás *cognitiones extraordinariæ*— manifestação ultima do direito processual entre os romanos.

Os tres systemas que ahi ficam indicados, especialmente os dois primeiros, eram eminentemente symbolicos e dramaticos, cheios de actos e palavras consagradas, de formalidades e ceremonias rigorosas, ininfringiveis sob pena de perda da demanda.

E' geralmente citada a este proposito a historia de um homem que viu perdida a acção que intentara contra outro, por ter fallado em *vinhas*, e não em *arvores*, conforme a palavra da lei das XII taboas. (1)

Entre os germanos o formalismo processual não teve a riqueza e a rigidez do romano mas nem por isso deixou de existir e de predominar por largo espaço de tempo.

Quem quizer entregar-se á leitura, entre outros, do magnifico trabalho de R. Sohm — *O processo da lei Salica*, estudando, por exemplo, a marcha da acção fundada em um credito nascido da *fides facta*, verificará que o processo germanico não despresava as formalidades symbolicas. (2)

(1) Gaio descreve assim um processo de reivindicção, no velho Direito Romano: « Qui vindicabat festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem et ita dicebat *hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui*, et simul homini festucam imponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque vindicasset, prætor dicebat *mittite ambo hominem*; illi mittebant; qui prior vindicaverat ita alterum interrogabat *postulo annedicas qua ex causa vindicaveris*: ille respondebat *jus feci sicut vindictam imposui*; deinde qui prior vindicaverat, dicebat *quando tu injuria vindicavisti D. Aëris sacramento te provoco*; adversarius quoque dicebat *similiter et ego te.* »

(2) Vid. *Intuições romana e germanica do processo nos Fragmentos juridico-philosophicos* do autor; pags. 64 e 65.

Outrotanto se podê e deve dizer do velho direito inglez, a respeito do qual observa um notavel professor da Universidade de Oxford:

« Quanto mais remontamos ao passado mais encontramos os povos escravos do formalismo e, como hoje diriamos, sacrificando totalmente o fundo dos negocios á forma. E a historia da Inglaterra não faz excepção a esta regra. Todas as côrtes locaes tinham seus costumes proprios, e nós sabemos que estes costumes eram tão numerosos, tão differentes, que perdia-se a esperança de colleccional-os; assim temos o direito de crêr que elles eram eminentemente rigoristas, artificiosos, e que abundavam em armadilhas absolutamente estranhas ao interesse da causa. » (1)

N'estas condições, e sabido que a processualistica do nosso tempo foge cada vez mais aos symbolos e ás formalidades theatraes — facto que começou a accentuar-se desde que as acções deixaram de ser falladas para ser escriptas,— parece-nos que se pôde ter como certa a lei de Pierre Alex e dizer:

— No aspecto morphologico ou plastico, o Direito evolue pela simplificação crescente e abolição final das formulas sacramentaes.

E a quem pretender objectar, apesar dos factos, que essa lei, denunciando uma passagem do menos simples para o mais simples, parece ir de encontro á lei geral do progresso, isto é, á passagem do homogeneo para o heterogeneo, que aliás se realisa tambem no direito como nós proprios demonstrámos,— responderemos que a opposição entre as duas leis não é senão apparente. Basta obser-

(1) Frederick Pollock: *Introduction à l'etude de la science politique*; Pariz; 1893.



var que a simplificação das formas exteriores do Direito é, no fundo, um processo de diferenciação, de individuação; porque é cousa evidente que, por exemplo, todo o complicado formalismo das *legis actiones* não dava mais do que cinco modos de tornar effectivos os direitos — era um todo syncretico e limitadissimo; — ao passo que o direito processual moderno — especializado, diferenciado — garante quasi a cada direito uma acção propria.

De resto, este nosso modo de ver combina perfeitamente com o do illustre annotador da obra de Pollock, quando escreve:

«Entre os primitivos, reina a principio uma extrema simplicidade de fundo e de fórma; depois a fórma complica-se por força do desejo que se experimenta de fazer entrar nella todas as innovações para salvar a primitiva simplicidade de fundo; afinal resignam-se os homens a differenciar o fundo, o que permite simplificar a fórma.»

## HISTORIA DO DIREITO NACIONAL

### PARTE GERAL

#### EPOCHA DOS ANTECEDENTES

#### CAPITULO I

*Romanos e Germanos. Conceituação divergente do Direito entre elles. — Direito canonico. Sitio historico da confluencia e immixtão das correntes romana, germanica e canonica.*

1 — A legenda da criação na theogonia orphica apresenta *Kronos* a fundir-se com *Chaos* para produzir o «ovo immenso do mundo.» Quando o espirito humano penetra nos escuros dominios da *huriogenia*, (permitam-nos o neologismo) verifica-se que para produzir o «ovo immenso» do Direito moderno foi necessaria a fusão, não de dois, mas de tres organismos creadores: o direito romano, o direito germanico e o direito canonico.

Os dois primeiros elementos do hodierno *kosmos* juridico trazem impressos os caracteristicos de duas raças psychologicamente diferenciadas; o ultimo, porém, não repousa sobre differenças ethnicas; affirma-se, principalmente, pelas suas tendencias internacionaes e geraes, melhor diriamos, universaes.