

# Juriogenia

J. M. GOMES COUTINHO

As idéias rudimentares do direito são para o jurisconsulto o que as camadas primitivas da terra são para o geólogo: contêm potencialmente as formas que o direito tomará mais tarde. (Summer Maine).

As questões de origem, que são de difficilima solução, implantaram discórdia no domínio da cogitação filosófica.

A origem do cosmo foi explicada por dois sistemas principais, tendo cada um dêles apresentado ancenúbios com a marcha evolutiva da filosofia.

Xenofanes, beseado-se nos postulados: — **nada sai de nada, nada pode voltar a nada**, — deu como autor do mundo e de sua infinita extensão um princípio eterno, absoluto, imutável, imaterial, perfeito, único — Deus.

Essas idéias sistematizadas por Sócrates, Platão, Aristóteles, seguidas por Santo Tomás, Descartes, Leibnitz e Locke, serviram de coluna ao dualismo.

Demócrito de Abdera, discípulo de Leucipo, fundando-se nos axiomas: — **nada sai de nada, nada pode voltar a nada, tudo o que é tem a sua razão e a sua necessidade**, — concebeu o universo como uma multidão imensa de átomos, que, adaptando-se uns aos outros, se movimentam através do tempo eterno na infinidade do espaço. Dessa filosofia, que fôra organizada por Epicuro, consolidada por Lucrécio e de outros sistemas de menor importância, proveiu a concepção monís-

tica do Universo, consoante a doutrina de Grove, Meyer, Joule, Helmholtz, Haeckel, Noire, Hartmann, Strauss e Dühring, firmada no princípio da evolução de Kant, Goethe, aplicado à biologia por força do transformismo experimental de Lamarck, Baer, Darwin, Wallace.

Como no campo da cosmologia, as causas genéticas atinentes aos estudos sociológicos dividem e subdividem as opiniões dos sábios.

Sobre o *nisus formativus* da família e da sociedade entrechocam-se as correntes explicativas.

O mesmo se dá quanto ao direito.

A juriogenia fez aparecer muitos sistemas jurídico-filosóficos, que têm sido classificados sob variados critérios.

Vanni reduziu todos êles a dois únicos: — um que se estriba na experiência e o outro que está fóra da órbita dessa, compreendendo o primeiro as doutrinas realista, histórica, positiva e utilitária, e o segundo abrangendo as teorias teológica, intuitiva, de direito natural, de direito racional. Apesar de ser uma boa classificação em dados pontos de vista, ressenete-se de certos defeitos. Não faz convenientemente o uso dos elementos intrínsecos. Funda-se em um critério falso.

Carle fez a sua classificação, encarando o direito sob triplice modalidade: a) como ciência, sendo representado pelas escolas positiva, histórica e racional; b) como lei, compondo-se das escolas utilitária, dos juristas e dos moralistas; c) como poder, compreendendo as escolas individualista, social, do contrato social.

O demérito da classificação de Carle consiste em ser moldada na arbitrariedade, que lhe tira o cunho científico.

Tôdas as escolas de direito, disse Tobias Barreto, são reductíveis a três intuições precípuas: — filosófica, histórica e naturalista.

O douto direitoista e filósofo brasileiro pisou em um ter-

reno completamente fraco.

O golpe de síntese, que, com gesto de independência, se dignou dar não se reveste da túnica da impecabilidade.

A denominação de filosófica à primeira escola é absolutamente injustificável.

A filosofia tem modernamente duplo conceito: — 1.º) a unificação das ciências particulares; 2.º) a perquirição relativa a assunto que ainda não constitui o objeto de uma ciência.

“Filosofia jurídica é a ciência que, nos dando uma vista de conjunto sobre as várias manifestações do fenômeno jurídico, estuda as condições de seu aparecimento e evolução e determina as relações existentes entre êle e a vida humana em sociedade”.

Fica patente, à luz dos dois últimos períodos, que a escola histórica e a naturalística, são também filosóficas, visto como seu objetivo consiste em explicar a gênese e a filogenia do direito.

Edmond Picard, o mestre que soube escrever o *Droit Pur* sob os preceitos da estilística, resumiu tôdas as doutrinas, todos os sistemas em relação à origem do direito, a duas escolas unicamente, apresentando cada uma debaixo de tríplice forma: —

1.<sup>a</sup> — Do direito arbitrário, ou escola de vontade, compreendendo: a) a teológica; b) a autocrática; c) do contrato social.

2.<sup>a</sup> — Do direito cósmico, ou da naturalidade, abrangendo: a) a espiritualística; b) a histórica; c) a positiva.

Posto que reconheça a culta inteligência, o talento de observação, o espírito luminoso do mestre exímio, tenho, deixando à parte a modéstia, a franqueza de dizer que a classificação aludida não resiste aos embates de uma crítica judiciosa.

As escolas histórica e positiva não podem ser colocadas ao lado da espiritualística, que corresponde à teoria do direito racional, ou à velha doutrina do direito natural de Bellime e Ahrens .

As duas primeiras acham-se em relação à última em plano diametralmente oposto.

Seus prógonos e epígonos jamais “sustentaram que o direito existe em potência, sob forma apriórica, latente, “larvada” por assim dizer independentemente de toda a sociedade humana e que esta é apenas uma ocasião de realizá-lo, de pô-lo em prática, de fazê-lo sair do estado potencial para fazê-lo passar ao estado positivo”, como pensa Picard.

Nunca admitiram que o direito fosse anterior e superior à sociedade, à humanidade, tivesse os fóros de idéia inata, nem existisse na natureza no estado potencial, permanente, indestrutível e de **substância flúida**.

Ambas estão no domínio do relativo, do aposteriorismo, adaptam-se à verdadeira concepção do universo e regem-se pelo método científico.

É verdade que o direito tem um elemento natural. Convém, porém, que se observe que êle, sendo um fenômeno complexo, possui outros elementos, tais como o cultural, nacional, social, etnológico e psicológico.

A palavra natural não se emprega nêsse caso na acepção de “coisa **a priori**, eterna, absoluta, anterior e superior, à experiência, inata”. Assim, nem significa um produto nascido espontaneamente do mundo exterior, da natureza, nem uma aspiração emanada da razão. Tem o sentido de autônomo, independente da vontade do legislador, do sumo poder, de originado livremente no seio da sociedade, como uma força viva, um fenômeno histórico, que, equilibrando, regularizando interesses em luta alcança o **modus vivendi**.

Enfim, toda a classificação de Picard peca pela base.

Fôra feita sem serem tomados na devida consideração os processos metódicos, sob os quais se deve encarar cada uma das escolas, razão porque uniu coisas antitéticas.

Gropali fez um admirável e útil quadro relativamente à classificação das escolas de direito, tomando a origem dêsse como ponto de partida. Seu esquema não merece a denominação de trabalho perfeito, pois não chega a unir as doutrinas jurídicas a escolas, faz distinções que se não justificam, é redigido de maneira que as teorias congêneres não se podem enquadrar no sistema matriz. Avantaja-se, entretanto, a todos os que foram aludidos atrás. Tem mais encadeamento sistemático.

Para o trabalho de Gropali satisfazer o fim para que fôra delineado, faz-se indispensavelmente preciso que sofra alterações consistentes em aumento, diminuição, substituição, deslocação de teorias e palavras.

Combinando-se êle nas suas linhas gerais com o que de mais útil apresentam as outras sínteses classificadoras já aludidas, tem-se uma classificação metódica.

É o que se intenta efetuar, reduzindo as doutrinas a três escolas, que se subdividem:

I — O direito origina-se ou de uma potência anterior e superior ao homem, ou de um poder que está acima da sociedade, ou de um contrato feito pelos homens confederados em agrupamento social.

É a escola da vontade ou do arbítrio, que se divide em :

1) teológica ; 2) autocrática ; 3) do contrato social.

1.<sup>a</sup>) Segundo a escola teológica, o direito, revestindo-se de misteriosidade, emana da mente e da vontade divina, de quem depende a sua conservação e reforma.

Assim pensavam os povos primitivos.

Nas civilizações primevas, como no Egito, na Grécia, Judéia, Índia, Roma e Gália, os consultores jurídicos e os juizes

saiam da classe sacerdotal. Na Grécia, quando os juizes iam proferir sentenças recebiam inspiração da deusa Têmis; la eram tidos como divinos os oráculos pronunciados por sacerdotes ou sacerdotisas.

Em Atenas o direito emanava de Júpiter, na Lacedemônia, de Apolo. “Menés attribuia suas leis a Hermes ; Licurgo abroquelou-se com a autoridade de Apolo; Zalmoxis vangloriou-se dos conselhos que recebia de Vesta” (Clovis — Direito e Economia Política).

Moisés, legislador dos Hebreus, recebera no alto do Sinai as tábuas da nova lei, obra preparada pelos Eloins por mando e inspiração de Jeová.

Em Roma o jus não se distinguia do fas.

Os primeiros legistas eram os sacerdotes, áugures e pontífices. Sextos Papiros, considerado como o mais antigo jurista da pátria do povo rei, pertencia à classe sacerdotal, no seio da qual se punha em destaque como suma autoridade.

Numa Pompílio induziu os romanos de que, nos bosques de Aricia, confabulava com a ninfa Egeria, de quem recebia instruções. Só depois de suficientemente vulgarizados “ a fórmula das ações e o calendário judiciário”, publicados no tempo de Apius Claudius, formou-se a classe dos jurisconsultos independentes da dos sacerdotes, graças aos proveitosos ensinamentos feitos públicamente po Tiberius Coruncanius sôbre a sistematização doutrinária do direito.

A Escola teológica não ficou apenas no campo teorético, efetivou-se, tomou carácter de realidade na sociedade humana.

Exemplificam isso a antiga monarquia francesa, as guerras religiosas.

“O rei, segundo ela, era representante de Déus sôbre a terra, participava de muitos de seus atributos; não podia errar, não podia fazer o mal, que quando se desenrolava sôbre

as nações, a culpa era do povo, que não seguia à risca as prescrições dos seus naturais senhores.

Pensavam assim os absolutistas do direito divino”.

Essa escola, seguida por Sócrates, Santo Agostinho, Santo Tomaz, Suarez, de Bonald, Stahl, Oudot, Tapareli, sendo a priori, dogmática, absoluta, não tem razão de ser por contrariar verdades gerais, princípios científicos.

2.<sup>a</sup>) À luz da doutrina autocrática, patrocinada por Trasymacho, Hobbes, de Maitre, Bismarck, Carlyle, o direito origina-se da vontade humana individual, ou coletiva.

Sinonimiza força, significa geralmente o meio de satisfazer os interesses de quem governa, de quem se acha investido do poder.

Puro engano !

O direito não quer dizer força e nem nasce dela. É justamente o contrário: — a **eliminação da força**.

Se êle fosse a força, como querem os patronos da escola autocrática, só os fortes, os poderosos, os déspotas empunham o bordão de comando, eram os senhores da terra. Os fracos sofriam quotidianamente o azorrague da tormenta, morriam constantemente às mãos de carrascos de caras patibulares, não gozavam as garantias legais. O mundo era uma necrópole. Dominava o cesarismo. O leão enfeixava tôdos os direitos.

3.<sup>a</sup>) A escola do contrato social, defendida por Locke, Rousseau, ensina que os homens se reuniram em sociedade por meio de um contrato, que estabelecia as cláusulas e condições precisas, a fim de que entre êles se firmasse a paz e se harmonizassem os interesses. A origem do direito, portanto, vai ser encontrada no contrato e depois de organizada a sociedade.

Essa escola já tem alguma cousa de real: torna indispensável à existência do direito o elemento social. Funda-

se, porém, em um fato meramente fantástico e quimérico. Peca pela artificialidade.

Exerceu grande influência em Roma, onde, ao princípio, para que os cidadãos tivessem direitos, necessidade havia que êsses fossem consentidos e garantidos pelo povo reunido em comício, e equipado como se tivesse de seguir para a guerra.

Contra o estrangeiro, para quem não se permitia o contrato, e o romano para quem fôra rompido o contrato, tudo podia ser empregado, visto como a êles não assistia a garantia de nenhum direito.

II — O direito deriva-se da natureza, ou emana de faculdade humana. É a escola inatista, que se divide em: 1.<sup>a</sup>) natural; 2.<sup>a</sup>) racional.

1.<sup>a</sup> O direito, segundo a escola natural, nasce “das supremas exigências da natureza”. Essa teoria apareceu na Grécia.

Hípias e Prodico, Protágora e Gorgia, diziam que o direito se derivava “de um estado originário da natureza”, o qual, na conformidade do pensar dos dois primeiros, implantava entre os homens paz e felicidade inexcedíveis, razão porque êsses lhe almejavam a volta, e, na opinião dos dois últimos, era determinado por discórdias e ódios.

Sócrates aceitava a teoria do direito natural, que mereceu as simpatias de Platão e Aristóteles.

Em Roma, onde dominava o princípio da exclusividade nacional, o direito natural custou a ter ingresso.

Havia lá apenas o **jus civile**. Tempos depois, apareceu o **jus gentium**. Formou-se então uma dicotomia jurídica, que passou a ser uma tricotomia com o aparecimento e com a incorporação do **jus naturale**, graças a Ulpiano.

Cícero acreditava na existência da justiça absoluta, do direito natural, que foi ressurgido no século XVI por Oldendorp e Heming, e, no XVIII, rejuvenescido por Grotius, que,

sendo acompanhado por Puffendorff, Leibnitz, Thomasius, deu como origem das leis que regem a sociedade e o estado "a natureza social do homem".

2.<sup>a</sup> A teoria do direito natural, estudada por todos os lados, criticada e achincalhada por talentos robustos e zombeteiros, modificou-se consideravelmente.

A sua última transformação foi denominada teoria racional, que, defendida por Kant, Wolf, Hegel, Fichte e Schelling, faz derivar o direito da razão humana superior e preexistente à sociedade e à lei, sendo modernamente orientada pela corrente sociológica de Lilla, Lasson e Dahn.

Para alguns filósofos o direito deriva-se da consciência. Nenhuma importância apresenta essa teoria, que não passa de uma modalidade da precedente.

As escolas da vontade e a inatista mereceram de muitos escritores a denominação genérica de dogmática, que melhor se justifica do que a de filosófica, aceita por Tobias. Segundo elas, que se achavam no domínio do apriorismo ideológico, ou ontológico, pelo qual a ciência se fazia dedutivamente, de cima para baixo, o direito era divino, eterno, absoluto, arbitrário, artificial, inato, anterior e superior à experiência, à sociedade e à lei.

III O direito deriva-se "das relações da causalidade natural, marcando particular importância a ação dos fatores físicos, etno-antropológicos, psicológicos e sociológicos".

Chama-se escola naturalista — fonte de muitas teorias, que se diferenciam umas das outras em certas particularidades, no exagêro dêsse ou daquêle fator, das quais se citam como principais: a sócio-psicológica de Ardigó, Giuseppe, Wandt, Carle e Miceli; a econômica de Marx, Engels e Loria; a sociológica de Stein, Ihering, Schäffle; a etnológica de Maine, Post, Gumpłowicz.

Divide-se em: 1) histórica; 2) positiva.

1.<sup>a</sup> Viu-se que à luz das escolas arbitrária e inatista o direito emana da vontade divina ou humana, ou da razão, tendo assim sua origem em “um centro abstrato colocado” fóra do homem ou no próprio homem, do qual surgem tôdas as instituições jurídicas, independentemente da evolução histórica da vida dos povos.

Os direitistas, desprezando a concepção do mundo, viam o fenômeno jurídico só pela face exterior, artificial e arbitrária.

O saber moderno exigia, porém, para o direito uma nova orientação, uma feição científica.

Theodoro Mutter, Carl Erdmann fizeram sentir a imprescindível necessidade de ser reformada a instrução jurídica, aplicando-lhe outro método, dando-lhe diferente sistema. Montesquieu e Vico, afastando a divindade, a razão, deram nova explicação ao direito.

Vico interpretou-o pela história, e segundo os mitos que participaram do influxo das idéias modernas com Kreuse e Kuhn, e também pela linguagem convenientemente estudada por Humboldt e Bopp.

Bentham, epígono de Demócrito, fundando o direito e a moral, no interesse geral bem entendido, prega o utilitarismo. Afirmou no fim do século XVIII que encontrara os seus modelos de método mais nos livros de física, história natural e medicina, do que nos de direito.

Assim se foi preparando o advento do historicismo, segundo o qual o direito é um fenômeno histórico, um produto da cultura, uma criação humana.

A nova instituição, que colocara o direito em “um lugar próprio no sistema orgânico das ciências”, veio com a aplicação do método histórico naturalístico e da lei da evolução ao fenômeno jurídico.

A escola histórica nasceu da discussão havida entre

Savigny e Tibaut, em a qual o primeiro sustentava a não utilidade de codificação e o segundo batia-se em sentido contrário.

Savigny foi seu verdadeiro fundador, seu chefe. Hugo, Eichorn, Puchta seguiram-na. Segundo ela, que pôs dique ao racionalismo desenfreado, o direito é um produto da história, nasce e desenvolve-se naturalmente, sem esforço, sem luta, conforme as necessidades próprias à coexistência social.

Aparece lenta, subtil e livremente através da história, havendo conexão entre êle e os fatos sociais.

“O direito”, disse Savigny, “foi creado primeiramente pelos costumes e pelas crenças populares, em seguida péla jurisprudência, todavia, sempre por uma fôrça interior e tácitamente ativa, e nunca pelo arbítrio de qualquer legislador”.

Vê-se que o direito não se diferenciava do costume, nos primeiros tempos, nascia dêle, que por sua vez emanava dos hábitos dos consociados, da consciência popular.

Depois a divisão do trabalho deu lugar ao aparecimento das classes sociais. Surgiram então os juristas e os legisladores, “aos quais compete o formular e fixar em leis as aspirações e as exigências da consciência dos povos”.

A escola histórica tem real merecimento. Concebe o direito como produto relativo, de conceito dinâmico, formado lentamente através da história, tendo conexão com tôdos os fatos sociais.

Brugi, que lhe reconhece tôdas essas qualidades, atribui-lhe êstes defeitos :

1.º) O exagero da espontaneidade na produção do direito.

2.º) A indeterminação da oficina de que saiu o direito, isto é, a consciência popular.

Ela é incompleta, porque:

- a) suas investigações versaram apenas em relação ao direito romano e ao germânico;
- b) não estudou convenientemente os fatores sociais;
- c) não deu o preciso desenvolvimento ao princípio da historicidade.

Teve outra orientação com Charles Conte e Romagnosi, Puchta, Blutschili e Huntze, que aplicaram ao direito os princípios basilares de história, filosofia geral, fisiologia e psicologia.

2.<sup>a</sup> Os adeptos da escola positiva não seguiram pelo mesmo trâmite. Uns adaptaram-na ao positivismo francês, outros ao darwinismo.

Ihering, a quem cabem as honras de chefe, fundou-a, servindo-se das generalizações spencerianas e das teorias de Darwin e Haeckel.

A doutrina darwinica fez-se sentir em todos os ramos dos conhecimentos humanos. Exerceu influência não somente na mecânica celeste, como também na social.

Os corpos celestes chegaram à harmonia, que hoje reina admiravelmente entre eles, devido às duradouras lutas, que, dando lugar a catástrofes, choques, abalos e despedaçamentos de astros, consistia em “um processo constante de eliminação das irregularidades primitivas”.

O mesmo acontece à ordem que se nota na sociedade, teve a luta como causa.

O *struggle for life* — magna lei da criação animada — manifestado como instinto de conservação, penetrou na arena da sociedade.

Ihering transportou a luta darwinica para o direito, que como afirma ele “é um produto íntimo e regrado da história” e que “não se desenvolve pacificamente por um processo lento e gradual (escola histórica), mas entre os atritos da luta, entre os contrastes sociais”.

Sendo uma criação natural, um produto da cultura, um fenômeno humano, o direito rege-se pelas leis gerais do organismo social.

Apareceu como um equilíbrio de interesses, que se chocavam e como garantias da coexistência humana.

Passou, conforme diz Post pelas seguintes fases: —

1.º) direito inconsciente e instintivo procedente de casos isolados;

2.º) formação do costume pela generalização dos casos;

3.º) formação da lei.

A sua origem, depois de Spencer, Schaeffle, Lilienfeld e Hermann Post, fundaram a sociologia na biologia, está nos instintos de conservação e reprodução, que na sociedade correspondem às tendências de todos átomos, ou sistemas organizadores, consistentes elas na conservação e desenvolvimento da existência deles, e na limitação da expansão daqueles que a rodeiam.

Das duas tendências referidas resulta o **modus vivendi social**.

Sendo o homem um animal gregário, para que pudesse persistir a vida em comum, sem grandes perturbações da ordem, teve restrita a sua atividade e refreios os seus impulsos individuais. Daí veio o direito — proteção de interesses bem entendidos.

A escola positiva, patrocinada por Ihering, Maine, Post, D'Aguiar, completa e corrige a histórica.

Segundo ela, o direito é um produto natural da associação humana, dinâmico, "sujeito às leis da causalidade e da condicionalidade", e que se desenvolve, desde os primeiros tempos da humanidade, como função e integração dos demais fenômenos sociais.

Manáus, setembro de 1918.