

AS MIGRAÇÕES DO DIREITO ROMANO

José Nicolau dos Santos

Professor da Faculdade de Direito e da Faculdade de Filosofia da Universidade do Paraná

A COMUNICABILIDADE DO DIREITO NO PENSAMENTO DE CÍCERO E COULANGES

Todos os povos antigos tiveram o seu Direito, nascido dos costumes locais, e aprimorado pelo ideal ético-religioso da comunidade, geralmente expresso nas máximas dos seus filósofos ou em codificações legais ditadas por um chefe, rei ou sacerdote. Na velha China o Direito e a Religião têm bases na doutrina filosófica de *Láucio* e *Confúcio* (século VI antes de Cristo), mas os costumes anteriores obedeciam às prescrições da primitiva doutrina do Céu (*Varuna*) que se presume *imigrada* de Tibet. Aliás o *Código de Manú* (Índia) desígnia os chineses como *árias* emigrados daquela região. (1).

Por sua vez o Código de *Manú*, ou mais explicitamente, *Manava — Dharma — Sastra* (Coleção de Leis de Manú), não significa também obra de um legislador histórico, mas uma personalidade mítica (o primeiro homem nascido de Brahma) que ordena por meio da razão (*manas*, em latim *mens*). Também *Minos*, primeiro legislador de Creta, “é um homem divinizado ou uma divindade humanizada”, como informa Aherens. E *Menés*, o primeiro legislador egípcio e fundador da dinastia faraônica não ultrapassa à figura de um símbolo.

(1) Enrique Aherens — *História del Derecho* — Ed. Impulso, B. Aires, 1945, pag. 73.

Não é por simples coincidência que os três primeiros legisladores de Índia, Egito e Creta têm nomes semelhantes: *Manú*, *Menés*, *Minos*. Também o direito e a religião dêsses povos têm pontos de analogia. Ora, como os decênvicos romanos foram buscar na Grécia a inspiração para as suas leis, e como a Grécia foi buscar no Egito os elementos para constituir a base de sua reforma legislativa, não é de admirar que o Egito tenha, por sua vez, permutado suas instituições jurídicas com outras civilizações ocidentais, principalmente a Índia. Daí a concordância de muitos institutos jurídicos entre Roma, Grécia e os povos distantes do Ocidente.

Poucas e breves referências documentarão as nossas asserções sôbre as intensas *migrações do Direito*, mesmo na Antiguidade, com tôda a carência das facilidades de comunicações de que hoje o mundo desfruta. Por exemplo, Fustel de Coulanges documenta: “A necessidade de satisfazer à religião combinada com o desejo de salvar os interesses de uma filha única, fez descobrir ainda outro subterfúgio. Sôbre êste ponto o Direito Indú e o Direito Ateniense deram-se as mãos maravilhosamente. Lê-se nas leis de Manú: — Aquêle que não tem filho varão pode encarregar sua filha de lhe dar um filho a quem tomará como seu, para que êste em sua honra realize a cerimônia funebre. — no Direito Indú esta criança herdará de seu avô como se fora seu filho. Em Atenas deu-se exatamente o mesmo... o seu herdeiro não seria nem a filha nem seu genro mas o *filho da filha*”.

Ora, esta disposição incomum da vocação hereditária a ficção legal do neto ser filiado pelo avô revela que os gregos importaram uma instituição jurídica indú, pois não é crível uma simples coincidência de soluções legais nêsse sentido. Ainda Fustel noticia como precisão outras analogias: “O antigo Direito Indú não conhecia o testamento. O Direito Ateniense até Sólon, proibiu-o de maneira absoluta”. E mais: “O Direito Grego, o Direito Romano e o Indú, que derivam das crenças religiosas, concertam-se em reputar a mulher sempre menor”.

Por tudo isto, seria de crer que o emérito historiador francês participasse da opinião, quase generalizada entre os juris-

tas, de que o Direito Antigo se vem *transmitindo*, não só de *geração em geração*, no mesmo país, através do *tempo*, que é a *história* mas ainda se *transferindo de povo para povo*, em países diferentes, isto é, no espaço, que é a *geografia*. Contudo, a exemplo, de Vico, Fustel acredita na *criação original do Direito* no seio de uma nacionalidade, reputando as analogias por ventura existentes entre as instituições jurídicas de países diversos como oriundos das mesmas crenças religiosas. Diz o historiador: “Este princípio (a religião excluindo da herança as filhas, para não divorciar a propriedade do culto ancestral) impôs-se de igual modo entre os legisladores indús, os da Grécia e os de Roma. Os povos tiveram as mesmas leis, não que as recebessem por comunicação entre si, mas por todos tirarem as suas leis das mesmas crenças” (2)

Não parece apresentar Fustel o melhor argumento para justificar a analogia das legislações distanciadas. O velho Cícero, com sua autoridade de profundo conhecedor das leis romanas, já obstava que a *Lex Duodecim Tabularum*, se não era cópia servil e integral da legislação grega de Sólon, por conter também o direito consuetudinário do seu povo, pelo menos em alguns textos não disfarçava uma *transposição quase literal*. Diz o jurista antigo: “Enquanto as demais coisas que se mencionam nas Doze Tábuas, de diminuir os gastos e as lamentações do funeral, foram transladadas, com pequena diferença, das leis de Sólon”.

Cícero atesta ainda: “*Lei que quase com as mesmas palavras puseram nossos decênviros na décima tábua*, porque o rito suntuoso das três capas e a maior parte das coisas são de Sólon. O ritual dos lamentos foram expressados, na verdade, com as mesmas palavras — As mulheres não se arranhem as faces, nem tenham *lessum* por causa do funeral”.

Curioso, neste texto, é a aplicação da palavra *lessum*, que o próprio Cícero acha intraduzível no corpo da XII Tábuas e, para interpretá-la *recorre ao sentido da legislação grega de*

(2) Fustel de Coulanges — A Cidade Antiga — Ed. Teixeira, Lisboa 1950 Vol. I, págs. 103|123.

Sólon, de onde se transladara a referida lei. Diz o orador romano: "Conheceis as coisas seguintes, porque aprendemos desde meninos, como um verbo necessário, as XII Tábuas... Reduzido, pois, os gastos (da cerimônia fúnebre) a três capas, sapatos de púrpura e dez flautistas, suprime também a lamentação: — As mulheres não se arranhem as faces, nem por causa do funeral tenham *lessum*. Os velhos interpretes, Sext. Elio, L. Acilo, manifestaram não entender bastante isto, mas suspeitavam algum gênero de vestimenta fúnebre. L. Elio disse que *lessum* era como uma lamentação fúnebre, segundo significa a mesma voz o que julga ser mais verdadeiro, porque a lei de *Sólon* veda isso mesmo". (3)

Vemos, portanto, que a *migração das leis* não se processava somente com a cópia mais ou menos literal do seu sentido. O traslado ia além: as próprias palavras ininteligíveis eram por vezes transpostas. Outro curioso exemplo deste caso nos é fornecido pelo costume da esposa romana dizer ao esposo, por ocasião das suas núpcias: *ubi tu Gaius ego Gaia*, expressão que se interpreta, mas não se traduz, segundo noticia Revillout que lhe propõe um sentido aproximativo: "Na parte do formulário latino que nos foi conservado, a esposa dizia ao esposo: *Ubi tu gaus et ego gaia* (onde tu és o senhor eu sou a senhora com o mesmo nome, os mesmos direitos e os mesmos deveres)". (4).

Contudo, Clovis Bevilacqua faculta-nos uma explicação mais sugestiva a êsse respeito, por onde podemos verificar claro exemplo de uma *migração* da lei, mesmo acompanhada de palavra sem possibilidades de tradução conveniente. Escreve o mestre pátrio: "Conta Plutarco que, na solenidade do casamento romano, era costume a mulher enunciar a célebre frase: *ubi tu Gaius ego Gaio*. Não se sabia bem a significação dessa frase. No entanto, na solenidade do casamento religioso, a frase ia-se repetindo, inconscientemente. Mas quem leu

(3) Marco Tulio Cicero - De las Leys — Ed. Far., B. Aires 87, 90.

(4) Eugène Revillout - Les origines égyptiennes du Droit Civil Romain, Ed. Genthner — Paris, 1912, pag. 3

livros bramânicos, sabe que a mulher era considerada, na Índia, como *dyaia*, porque, dizem os livros sagrados, parece que o homem nasce nela uma segunda vez. Naturalmente, os romanos haviam perdido o sentido dessa expressão, que, não obstante, sobreviveu, com uma forma que se aproximava da latina. Creio que esta explicação satisfaz, por que encontramos, na história das línguas fatos muito semelhantes... O que acabo de dizer parece-me suficiente para ficar assentado que o *Direito Romano não é produto original*". (5)

Não há que se negar, nêstes casos citados, que o espírito *de imitação* se manifesta com integridade. A maior parte das *migrações* do Direito, porém, não se explicam consoante a clássica teoria de Tarde. Os fatores que promovem as transposições parciais do Direito de um povo para outro residem quase sempre na *analogia das condições geográficas*, conforme evidenciaremos além.

A COMUNICABILIDADE DO DIREITO NA DOCTRINA DE REVILLAUT, VICO, SAVIGNY E CLÓVIS.

Pela influência que teve o Direito Romano sobre quase todas as legislações dos Estados Modernos, sua gênese e sua expansão geográfica têm sido bem estudadas pelos historiadores. Quase passo a passo podemos hoje acompanhar as suas transformações no *tempo* e as suas peripetias no *espaço*.

O *Jus Civile*, que se indigitava restritamente como sendo o *jus proprium civium romanorum*, não é, com certeza uma criação original do gênio latino. Os romanos tiveram, e isso é inegável uma habilidade incomum de assimilar as instituições jurídicas de outros povos europeus, africanos e asiáticos adaptando-as, por um procedimento dogmático e formalista excessional, às condições naturais do seu meio político e às exigências próprias de uma sociedade fortemente centralizada e militarizada. Num período favorável de evolução, os juristas do

(5) Clóvis Bevilacqua — Estados Jurídicos — Ed. F. Alves, Rio 1916, págs. 63.

Latium souberam separar o Direito da Religião, o *Jus* do *Fas*, e, assim, transmitir às civilizações do futuro um sistema jurídico que, *aparentemente novo e original*, não esconde contudo em sua ossatura mais íntima o vestígio das *importações* estrangeiras.

Ainda hoje há quem pense, como Vico, que o Direito Romano é criação genuína do pensamento quiritário, porém documenta o contrário e vai surpreender, na primeira legislação profana de Roma, na celebrizada “Lei das Doze Tábuas”, do ano de 451 anterior à Era Cristã, preceitos que já haviam firmado vigência na vida jurídica de outros povos antigos, especialmente na Grécia e no Egito. Revillout (*Les rapports historiques et légaux des Quirites et des Egyptiens*) chega mesmo a conclusão, julgada exagerada por Cunha Lobo, de que: “no *corpus juris* dos romanos, nada existe que seja verdadeiramente romano”.

Contestando a tese do professor de Direito Egípcio da Escola Louvre que os *decênviros* romanos nada mais fizeram do que copiar a legislação de outros povos, Cunha Lobo admite a possibilidade de uma *unidade do sentimento jurídico*, ao lado da *variabilidade das leis no espaço*, em consequência de fatores vários inclusive das condições geográficas. E nos diz textualmente: “O Direito é uma *ciência*, exatamente porque o objeto de suas leis é o mesmo em toda a parte e, si essas leis *variam*, é porque devem ser formuladas em obediência às injunções do *meio* (raça, cultura, religião, condições geográficas, etc.) e às das necessidades do *tempo*”. (6)

Estamos de pleno acordo com o antigo e ilustre professor da Universidade do Brasil no sentido da existência de um sentimento *universal* do Direito com base na natureza espiritual do homem, por toda a parte idêntico, pois as pequenas variedades raciais não contradizem, antes afirmam a unidade da espécie humana. Entretanto, o ideal de uma *Justiça Una*, como diria Pascal, não evita a variabilidade das legislações para as

(6) Conf. Abelardo Saraiva da Cunha Lobo — Curso de Direito Romano — Vol. I — História — Ed. A. Pinto Rio, 1931, pág. 157

diferentes *regiões geográficas* do mundo, consequência, sobretudo, da ampla *diferenciação telúrica* que nelas se verifica. A Geografia explica melhor do que os demais fatores jurígenos, a variedade das leis no *espaço* e no *tempo*. O Direito Positivo, contido na forma da *lei* ou do *costume* é, porém, um *Direito* contingente, que nem sempre encerra um teor de Justiça Universal, inata na alma humana e contido no *Direito Natural*, por tãda a parte idêntico, mas nem sempre assegurado pelo Estado. A *Geografia* elabora, sem dúvida, uma grande parcela do Direito Positivo e legislado, consoante as premissões que já tivemos oportunidade de expor em um ensaio anterior. (7) Contudo, o Direito considerado como ciência universal *não impede que as leis migrem ou sejam imitadas* de povo para povo. As *instituições jurídicas* nascem de *necessidades locais* ou *mesológicas*. A Ciência do Direito as investiga, não as cria. Consequentemente, se há exagero na afirmativa de Revillaut de que “*não há nada de romano no Direito Romano*”, sentimos dissentir de Cunha Lobo, na afirmativa de que “as leis formuladas pelos romanos... revelam uma instituição *sui generis*, fecundíssima, *peculiar a êsse povo*”. Aliás é o próprio mestre pátrio, quem nos vai doravante guiar os passos na rota histórica das migrações que o Direito Egípcio realizou até a capital dos Césares.

Preliminarmente, notemos também que Clóvis Bevilacqua coloca-se numa posição equidistante entre Vico e Revillout, por um lado afirmando que “o Código Descenviral é puramente uma consolidação dos costumes romanos” porém assinalando: “Os romanos reconheciam que, na formação do seu direito, influíram, consideravelmente, povos estranhos, entre os quais sobressaíam os gregos”. Diz ainda o mestre pátrio: “Certamente o Direito Romano não é uma criação original. Muito longe disso, há palavras que estão denunciando influência estranha: As palavras *hypotheca*, *anticresis*, *emphyteusis*, indicam influências gregas”. (8)

(7) José Nicolau dos Santos — Fundamentos da Geografia Jurídica — in Revista da Foc. de Direito da Univ. do Paraná, n.º 2 1954.

(8) Clovis Bevilacqua — Estudos Jurídicos — Ed. F. Alves, Rio, 1916, págs. 62,63

Por sua vez o já citado Eugène Revillout, conhecedor do Direito Antigo, em outra obra de paciente investigação científica revela-nos que a fonte dessas obrigações reais poderão translodar-se para além da Grécia e do Egito, firmando-se nas civilizações da Assíria e da Caldéia: “Os velhos bilingues recolhidos no palácio de Assurbanipal e remontando à mais remota antiguidade colocam a anticrese na própria raiz do Direito Oriental... Já no Código de Hamurabi a propriedade pessoal aparece nitidamente”.

Assim, pois, o grande conhecedor do Direito Egípcio insiste e em reafirmar as conclusões dizendo-nos novamente: “É preciso renunciar, em particular, a ver nos Romanos os *inventores* do que quer que seja” (9)

Pela sua posição singular de um dos maiores pioneiros da Filosofia do Direito, João Batista Vico tem sido objeto de estudos modernos, especialmente na parte em que se refere o velho mestre italiano a hipótese da *comunicabilidade do Direito*. Vico acredita, talvez por zelo às tradições peninsulares de Roma das quais a Itália se faz herdeira, ser o Direito Romano criação original e pura do gênio legislativo do seu próprio povo.

A obra fundamental de Vico, “*Scienza Nuova*”, publicada em 1725, fez discípulos famosos especialmente neste sentido de justificar a doutrina do mestre napolitano na sua *dúplice e irreconciliável afirmativa*: I) “O Direito Natural das nações tem nascimento particular entre os povos, sem que eles nada importem dos outros”. II) “Há entre o Direito estatuido por vários povos semelhanças ou identidades preexistentes”. (10).

O moderno jurista italiano Giorgio Del Vecchio tem dedicado à explicação e justificação da doutrina de Vico páginas de excelente argumentação, tanto no corpo de seus tratados de “Filosofia do Direito”, como também numa monografia titulada

(9) Eugène Revillout — *Les origines égyptiennes du Droit Civil Romain* — Ed. Genther, Farias, 1912 pág. 7,50

(10) Giambattista Vico — *Ciencia Nuova* — Ed. El Colegio de Mexcio — 1941, Vol. I., págs. 185|188.

“Comunicabilidade do Direito e doutrinas de Vico”. Sente-se porém, que o atual mestre de Roma tem por vezes dificuldade de clarear essas teoricas jurídicas que tão de frente negam ou obscurecem fatos históricos comprovados. Escreve Del Vecchio: “Encontramos as mesmas instituições em povos diferentes, entre os quais, segundo está verificado, não houve contratos ou conhecimentos mútuos, — sem que alguns dêles, como Vico afirmou em momentos de intuição genial — tivesse do outro tomado o exemplo... Fora destas uniformidades naturais, independentes de qualquer forma de comunicação, verificam-se outras, devidas ao fenômeno histórico da influência dos povos... Um povo pode assimilar o Direito de outro, fazê-lo seu, aditando-lhe elementos de sua própria criação oportuna...”

Note-se agora que não há contradição entre esta *comunicação histórica* e a *uniformidade natural* do Direito. Por outro lado, a *comunicabilidade* é não só possível, mas também frutuosa, porque há no fundo uma *identidade* no espírito humano” (11)

A argumentação doutrinária é convincente e poderia ser resumida numa tese mais aceitável: nem todo o Direito Nacional é fruto de *importação do Direito Estrangeiro*. Cada nação também cria, principalmente em consequência das suas condições *geográficas específicas*, acrescentamos aqui, um Direito próprio, ou assimila e transforma as instituições estranhas, imprimindo-lhe o cunho dos seus caracteres psicológicos.

Tudo isto é verdade. Acontece, porém, que Vico admite que *os povos criam originariamente seu Direito Nacional* sem que de uns de outros “*tomem o exemplo*”. A tese ainda poderia continuar defensável até aqui. Contudo, diante deste pressuposto, e conforme a exposição de Del Vecchio, Vico vai além dos fatos históricos concretos e a eles opõe “a negação da origem grega da Lei das XII Tábuas, e, em geral, a exclusão *a priori* de toda cessão ou comunicabilidade histórica, salvo para reconhecer semelhanças ou identidades preexistentes”. Por isso, Del Vecchio

(11) G. Del Vecchio — Filosofia do Direito — Ed. Saraiva São Paulo, 1948, Vol. I, pág. 34

prenota: "O êrro de Vico é sòmente haver exigido em dogma o primeiro fato (semelhanças originais e espontâneas no Direito de todos os povos) e de ter em seguida excluído o segundo (a comunicabilidade do Direito, inclusive a migração das leis gregas para Roma), que, entretanto, não está em contradição com êle, mas é mais uma consequência e um complemento". (12)

Tese análoga a de Vico, pela desconexidade entre a teoria e a realidade dos fatos, é a sustentada pela "Escola Histórica do Direito", com a chefia de Gustavo Hugo e Savigny. Baseia-se também esta escola em um postulado apriorístico e fundamental, inspirado no historicismo filosófico de Schelling e Hegel. O Direito consoante Savigny e seus prosélitos alemães, é uma emanção do "espírito nacional", ou seja, é criação do *Volksgeist*. Seu laboratório natural é "a consciência jurídica popular". Mora nos costumes, na prática viva de cada povo. As leis e os códigos de certa forma deformam o Direito espontâneo da alma nacional, por incapazes de retratá-los com maior fidelidade. As leis, são, por vezes, verdadeiras fossilizações do Direito, por incapazes de acompanhar o dinamismo das transformações dos costumes populares, o Direito vivo e sentido de uma sociedade que evolui. O Direito apresenta semelhanças com a linguagem, que é construída natural e insensivelmente pela alma do povo.

Este fundamento *a priori* de um Direito histórico e essencialmente nacional, nato do povo, está, porém, em desacôrdo com a própria pátria de Savigny. Na Alemanha, como em quase tôda Europa, penetrou o Direito Romano e ali esteve vigente longo período mesmo na época em que viveu Frederico Carlos de Savigny (1779 - 1816). Clovis noticia: "As leis romanas, ao lado das *leges barbarorum*, vigoraram na Europa durante muito tempo... As leis bárbaras diversificaram en-

(12) G. Del Vecchio — La communicabilité du Droit et les doctrines de Vico — Introduction à l'étude du Droit Comparé — Coletânea em honra de E. Lambert) — Ed. Pichon — Paris, 1938, pág. 583.

tre si; o Direito romano, longamente, lutou para se impôr na Alemanha; mas, afinal no século XVIII, foi adotado, como lei geral, direito comum, e sob esta condição se manteve, até nossos dias, até 1900, quando entrou em vigor o Código Civil atual". (13)

Embora considerasse o Direito uma floração folquelórica, uma emanção espontânea da alma nacional, não deixou de ser Savigny um dos maiores mestres da interpretação do velho Direito Romano, importado e instalado em sua pátria. E a Escola Histórica, para ser coerente com sua própria doutrina, haveria de ser incoerente com a realidade histórica, vedando os olhos para não divisar a *migração* intensa das leis alienígenas dentro de sua própria casa.

ROTEIRO DO DIREITO ROMANO

Talvez seja exagerada a afirmativa de Revillout de que "nada existe de verdadeiramente romano, no *corpus juris* dos romanos". Mas não menor exagero põe Vico, porém, na negativa de que Roma deixa de fazer qualquer empréstimo jurídico à Grécia. Também pode ser exagerada a concepção intransigente de jurista Romagnosi: "A História não fornece nenhum exemplo verdadeiro de uma civilização *nativa*, originária e própria, mas menciona somente a civilização *dativa*, quer dizer comunicada e posta em evidência por meio ou de contactos, ou de conquistas, ou de *Tesmophores*". (14) Não sem exagero, contudo é o presuposto da Escola Histórica do Direito, com Hugo Savigny supondo o Direito um produto nato, espontâneo e particularista do "espírito de um povo".

O Roteiro do Direito Romano é suficientemente conhecido dos historiadores, que lhe marcam a caminhada, não só do Egito à Grécia e desta Roma, como também a sua expansão e a sobrevivência pelas estradas do mundo, em épocas sucessivas, na Europa como na América, durante o fastígio e após o declínio do Império cesarista.

(13) Clovis Bevilacqua — Op. cit., pág. 77.

(14) Conf. Del Vecchio — Op. cit. pág. 594

A mais antiga e completa codificação das antigas leis romanas é, sem dúvida, a “Lei das XII Tábuas”, cujo nome varia, por vezes, na indicação dos historiadores e dos seus comentáristas: “*Lex duodecim tabularum*, *Duodecim Tabulae*, *Lex decemviralis*, ou ainda pura e simplesmente *Lex*. Esta *Lei*, cuja origem se prende à exigência de um “direito escrito” feita pelos plebeus aos patrícios afim de extinguir o arbítrio dos magistrados, certo contém, em grande parte, os costumes então vigorantes no território latino, ou sejam as fontes primárias do Direito, que a magistratura quiritária interpretava e aplicava, criando outra fonte: a *jurisprudência* ou *res judicata*.

Diz bem Cornil: “As fontes do Direito Privado de Roma foram, durante longo tempo, exclusivamente costumeiras... Na verdade, a tradição faz remontar ao período real a promulgação das *Leges Regiae*, que teriam sido reunidas por um pontífice, Gaius Papirus...” Contudo, comenta o professor de Bruxelas: “Em verdade, as prescrições das pretendidas *Leges Regiae* não são outra coisa que preceituações de ordem religiosa (*fas*)... É, pois, infinitamente provável que elas não fossem jamais leis propriamente ditas, votadas pelos comícios curiais”. (15)

Assim, portanto, avulta na origem do Direito Romano, como nova e autorizada fonte, a celebrada “Lei das XII Tábuas”, que data do ano de 451 antes de Cristo. Esta lei esteve exposta no forum *pro rostris* durante vários decênios, mas foi afinal destruída pela invasão dos gaulezes, cêrca do ano de 390 antes de Cristo. Seus dispositivos ou fragmentos foram, porém, conservados na memória do povo, que os repetia e fixava. Cícero dizia havê-la aprendido desde a infância. E assim, a velha e fragmentada *Lei* pôde formar o futuro *Jus Civile* dos Romanos, através dos exegetas e comentadores, sendo lembrado entre os primeiros o Consul Sextus Aellius (199 antes de Cristo), e entre os mais celebres o jurisconsulto Gaius, na metade do século II depois de Cristo.

(15) Georges Cornil — Ancien Droit Romain — Le problème des origines — Ed. Sirey, Paris, 1930, pág. 2 3

O Código das *Duodecim Tabulae* é, portanto, para Roma um equivalente das mais remotas legislações orientais: o *Código de Hamurabi*, da Babilônia, o *Código de Manú*, da Índia, o *Código de Amasis* (554 antes de Cristo), do Egito. Teria sido, porém, essa fonte do Direito Romano, a vetusta “Lei dos XII Tabuas”, que Tito com simpatia chama “*corpus omnis romanis juris*”, uma criação original do gênio latino, ou uma simples transposição de leis adventícias? Os juristas e historiadores Vico e Coulanges, preferem responder afirmativamente à primeria indagação. Os historiadores e juristas Revillout e Cornil, à segunda.

Cornil expõe: “Antes de ser procedida a designação dos *decenviri legibus scribundis*, três comissários (triunvirs) teriam sido enviados à Grécia (ou talvez sómente na Grande Grécia), para aí estudar as *leis gregas* (legislação de Sólon?)”. (16) Enquanto Cornil ainda manifesta suas dúvidas a respeito, Revillout é mais incisivo: “os romanos não são os inventores do que quer que seja”. Para êle a ossatura do *Jus Civile* veio do Egito, numa *migração* que teve como rota intermediária a Grécia de Solon. Escreveu Revillout vários livros para documentar a sua tese (*Les rapports historiques et légaux des Quirites et des Egyptiens, Les origines égyptiennes du Droit Civil Romain*) e não se satisfaz em mostrar que não sòmente as “XII Tábuas” recepcionaram o Direito Grego e Egípcio, mas ainda que desde sua fundação Roma costumava realizar empréstimos de instituições jurídicas alienígenas: “O que é bem certo — escreve Revillout — é que o Direito, após a legislação de Numa, relaciona-se singularmente aos que nós encontramos então vigorante no Egito”. (17)

Para o ilustre professor de Direito Egípcio da Escola do Louvre não há dúvida que também na “época classica” os juristas romanos estiveram com seus olhos voltados em dire-

(16) George Cornil — Op. cit. pág. 24.

(17) Eugène Revillout — *Les origines égyptiennes du Droit Civil Romain* — Ed. Genthener, Paris 1912, pág. 2.

ção ao Império das pirâmides. Mas seus mais flagrantes empréstimos dão-se por ocasião da Lei das XII Tábuas e ainda posteriormente a ela.

O romanista pátrio, Cunha Lobo, a propósito, também esclarece: "É sabido que dois anos antes da chegada à Atenas da embaixada romana (comissão do decenvirato) o grande historiador Heródoto leu ao povo, reunido nos Jogos Olímpicos, os primeiros livros de sua História, nos quais traçou os mais elevados elogios ao rei *Amasis*, como legislador, o que, naturalmente, provocou, de parte dos juristas, novas consultas ao seu Código, para estabelecer a comparação entre as suas disposições e as leis de *Sólon*. E exatamente quando êstes estudos estavam na ordem do dia, chegaram os romanos e aproveitaram-se também das pesquisas e comentários dos juristas atenientes, levando-os por sua vez para Roma"... Seja porém como for, o que nos parece fora de dúvida é que, para a organização das dez primeiras tábuas, os Decênviros recorreram, com auxílio de *Hermodoro*, à legislação de *Sólon* e de *Amasis*, além das leis régias e dos costumes que vinham sendo observados durante os dois séculos e meio de *realeza* e meio século de *regime republicano*. Mas, cumpre observar que, não obstante esta quádrupla categoria de fontes, pensamos, como o professor Revillout, que a contribuição de *Sólon* foi relativamente secundária e, até certo ponto, simplesmente *intermediária* entre a legislação egípcia (*Bachoris* e *Amasis*) e a legislação da República Romana (*Lei das XII Tábuas*)." (18)

Verificado que o *Corpus Juris Civilis* da gloriosa civilização romana foi buscar no Egito, através da Grécia, seus mais preciosos elementos de constituição, nada mais interessante do que completarmos êsse *velho roteiro* do Direito Romano com as *novas migrações* que de Roma êle conseguia empreender para a conquista do mundo jurídico ocidental.

(18) Abelardo Saraiva da Cunha Lobo — Curso de Direito Romano, Vol. I, História, Ed. A. Pinto, Rio, 1931, págs. 156, 157.

MIGRAÇÕES DO DIREITO ROMANO

Ihering inicia o seu “Espírito do Direito Romano” com uma preciosa síntese de toda a história quiritária: “Três vezes Roma ditou leis ao mundo e serviu de laço de união entre os povos. Primeiro, pela unidade do Estado romano na plenitude do seu poderio. Depois, pela unidade da Igreja, na queda do Império. Finalmente pela unidade do Direito, ao ser adotado o de Roma na Idade Média. A importância da missão de Roma na História resume-se naquilo que representa o triunfo da *idéia de universalidade* sobre o *princípio das nacionalidades*”. (19)

De fato: recordemos que quando o Estado romano perdeu a sua unidade, até então obtida e mantida pela força das armas e pela autoridade do Império, aquela velha civilização não pereceu de todo, encontrando outra unidade na *crença*.

Constantino, convertido ao catolicismo, no início do Século IV, adotou o Cristianismo como religião do Estado. Cantu informa: “Constantino queria apoiar sua nova política sobre uma religião nova. Roma podia ser considerada como a metrópole do politeísmo... Povo e patrícios o viram, cheios de despeito e escandalizados, desprezar quanto tinham de sagrado. Ele, contudo, longe de assustar-se, resolveu desligar-se daquela raça, em quem as pretensões orgulhosas igualavam a cobardia, e transferir a sede do Império para um lugar onde não houvesse memórias que afrontar, ritos que cumprir, campas a venerar”. (20)

Esta resolução de Constantino tem uma importância sensível para o estudo das *migrações do Direito*, pois representa a transladação do *focus* legislativo de Roma para Bizâncio, foco jurígeno que vai se tornar depois autônomo com a divisão do Império, sob Teodósio, e portanto, mudar o Direito Romano, repentinamente, em Direito Grego. Bizâncio foi de fato o

(19) R. Von Ihering — El Espirito del Derecho Romano, Ed. Rev. Occidente, Buenos Aires, 1947, pág. 13.

(20) César Cantu — História Universal — Ed. F. L. Gonçalves Lisboa, Vol. VI, págs. 35, 36.

local escolhido, por suas vantagens topográficas, para nela ser edificada a nova Capital. Situa-se na Trácia e era uma região conhecida primeiro sob o nome de Ligos. Chamou-se Bizâncio quando se fez colônia grega. Elevada à condição de capital do Império, tem seu nome mudado para Nea-Roma, mais tarde ainda para o de Constantinopla, em homenagem a seu fundador. Curiosa é, sem dúvida, a particularidade histórica, conforme a tradição, de ter Constantino, depois de haver escolhido o sítio próprio, traçado com a ponta de uma lança o sulco perimetral da *futura* metrópole, revivendo assim aqueles mesmos ritos romanos que êle procurava reformar.

Quanto Teodósio repartiu o Império Romano entre seus filhos Arcádio e Honório, coube ao primeiro o *Império do Oriente*, também conhecido como Império Bizantino, que abrangia as província de Calcedônia, Ponto, Trácia, Dócia, Síria, Ásia Menor e Egito. A outra parcela, o *Império do Ocidente*, ficou com Honório, tendo a capital em Roma e circunscrevendo as províncias de Espanha, Itália, Gália, Bretanha, Nárica, Panônia e Dalmácia.

Tanta importância histórica se deu a esta dicotomia política, efetivada ao fim do Século IV, ou mais precisamente, no ano de 395, que convencionalmente ela ficou marcando o fim da Idade Antiga. Bizâncio, entretanto, teve uma projeção cultural e jurídica maior do que Roma. Isto se explica pela duração maior da parcela grega do Império sobre a parcela latina. Enquanto Roma caiu no ano de 476 em poder dos hérulos, sob a chefia de Odoacro, que se faz então "Rei da Itália", Bizâncio perdurara ainda por um milênio. A queda de Constantinopla em poder dos turcos verifica-se em 1453. Também êsse feito, por sua importância histórica, é tido como marco final da Idade Média.

Êste fracionamento definitivo do Império, efetivado por Teodosio, em 395, teve, contudo, antecedentes que bem evidenciam o intercâmbio jurídico entre Roma e Nova Roma, ou Bizâncio. Diocleciano (284 - 305) não satisfeito com o título já usual de *Imperador*, quiz adornar a sua figura soberana com a indicação de que era um verdadeiro proprietário do Estado:

Dominus. Então noticia Mommsen: “A soberania se organizou tomando por modelo, não o principado até então existente, mas o tipo oriental do Xá de *Pérsia*, com todo o aparato de que se rodeavam os monarcas ao se apresentarem em público”. Com essa migração de uma tão longínqua forma de govêrno, vinda do oriente, os monarcas romanos puderam ditar uma ordem de sucessão mais arbitrária, como convinha a um absolutismo bem copiado”. E Mommsen prossegue: “Do que se fez um uso predominante foi da co-soberania. Mas, ainda que esta co-soberania não envolvesse necessariamente a repartição do Estado entre os co-soberanos, contudo usual era repartí-lo. Em regra o monarca nomeava ao monarca, e depois que o Estado foi repartido entre os co-soberanos, o sobrevivente nomeava ao colega”. (21)

Essa bipartição dos poderes do Estado Romano, essa diarquia que decentraliza o Império, tem sua explicação lógica na extensão geográfica que êle havia atingido e na carência dos meios de comunicação rápida e eficiente. A primeira consequência jurídica da iniciativa, comenta Cruet: “Foi então que o *Direito Romano*, emigrado para Bizâncio com os imperadores, começou a falar grego”.... (22) O segundo efeito, também de natureza político-jurídica foi a criação de *dois focos* jurígenos, perfeitos e equivalentes. Sendo a lei a vontade pessoal do imperante (*voluntas principis suprema lex est, conforme o postulado absolutista*) era natural que as duas vontades paralelas da corôa de Roma e do trôno de Bizancio tivessem igual jurisdição num Império teòricamente indiviso. E é isto que se verfiica, segundo nos testemunha Mommsen: “Diocleciano organizou a co-soberania de modo que fôsse uma soberania fracionada... Esta divisão não fez em verdade desaparecer por completo a totalidade antiga. O *Imperium Romanum* continuou existindo, segundo a concepção da época, como *uma unidade, dividindo-se* porém, em parte do Oriente (*pars Orien-*

(21) F. F. Mommsen — *Derecho Publico Romano* — B. Aires, 1948, pág. 479.

(22) Jean Cruet — *A Vida do Direito*, Ed. F. Alves, Rio, pág. 38.

talís e parte do Ocidente (*pars Occidentalis*)... A legislação continuou sendo também comum, não só quanto às antigas normas de Direito, mas ainda no que se refere às disposições dadas nessa época, pois cada um dos co-soberanos antepunha, a todo decreto seu, também o nome do outro participante na Soberania. *Todo o decreto dado em cada uma das metades do Estado tinha ou devia ter valor também na outra*". (23)

É, sem dúvida êste um dos melhores exemplos de como o Direito migra, inclusive mudando de *língua* sem mudar de conteúdo. Aherens observa: "Bizâncio recebeu o *Jus Italicum* e e com êle quase todos os foros e privilégios da antiga capital. Continuou sendo, não obstante, o latim, por muito tempo, a *língua oficial* do Direito... Quando em 476 o Império do Ocidente foi vencido pelos germanos, sob o mando do Odoacro, o *Direito Romano, transplantado do solo, que lhe era próprio, a um país grego em seus principais elementos, e privado das raízes internas que o alimentavam, pôde só subsistir em forma de coleção, a maneira de fruto desprendido e solto: por isto é esta época também a das compilações*" (24)

De qualquer forma, como bem disse Cruet, "*o Direito Romano começou a falar grego*", isto é, expandiu-se pela velha terra onde, séculos antes, os decênviros o foram buscar. Também imperou sobre o Egito, transformado em província romana, naquêle mesmo Egito do faraó Amasis, cujo Código inspirou, através de Sólon, a legislação romana das Doze Tábuas. Não há dúvida que as leis migram com mais intensidade do que as línguas e outros elementos da cultura humana.

Um jurista de mérito, como Ihering, observa e proclama esta verdade fundamental: "A língua, as artes, os costumes, em suma, a civilização de um povo, sua individualidade ou nacionalidade são produtos de inumeráveis ações exercidas pelo mundo exterior ou dos seus *empréstimos*. Poderia o Direito fazer uma exceção? Esta seria a consequência a que conduz a

(23) F. Mommsen — Op. cit. pág. 482.

(24) Enrique Ahrens, Op. cit. pág. 163.

Escola Histórica, quando sustenta que o Direito não se desenvolve senão no seio da nacionalidade. Não poderíamos, então, introduzir o júri ou o governo constitucinal porque não nasceram entre nós? Seria o mesmo que não comer laranjas porque não são amadurecidas em nossos bosques." (25)

O problema liminar do Geografia Jurídica não é, pois, constatar as *migrações das leis*, de que em todos os tempos e lugares colhemos exemplos inequívocos. Para o geojurista esse problema reside em constatar as *formas* e as *causas das* transposições do Direito de povo para povo, prefixar as possibilidades de sua assimilação em um novo ambiente sociogeográfico.

O geógrafo brasileiro, professor Everardo Backheuser, da Pontifícia Universidade Católica, já teve oportunidade de analisar, com erudição e eficiência, a distribuição geográfica das línguas, considerando as possibilidades de sua expansão ou do seu isolamento dependentes de fatores antropogeográficos múltiplos, mas identificáveis: nível de cultura de cada época e de cada povo, situação física e política dos países em que elas são faladas.

O mesmo método geográfico pode e deve ser aplicado aos fatos jurídicos. O próprio princípio enunciado pelo mestre patrio e por ele denominado "Lei antropogeográfica do nível de cultura ou do momento histórico" (26) não só se aplica ao estudo evolutivo dos fenômenos da Geografia Linguística mas também, com idêntica exatidão, aos fenômenos que se encampam no âmbito da Geografia Jurídica.

ASSIMILAÇÃO E REPULSÃO DO DIREITO ROMANO E CÓDIGO DE NAPOLEÃO

Tem razão em proclamar Cruet: "Há nos anais da Humanidade, dois prodigiosos exemplos de *imitação jurídica*: a

(25) R. Von Ihering — Op. cit. pág. 15.

(26) Everardo Backheuser — Língua, Situação Geográfica e Nível de cultura — in Rev. Verbum, Rio, 1944, Fomo I, pág. 56

expansão do Direito Romano, e irradiação do Código de Napoleão". (27) A nossa atualidade jurídica mundial ainda conserva com nitidez o traço dessas influências pujantes de Roma antiga e de Paris moderno. Mas, de certa forma, as duas influências foram antagônicas e irreconciliáveis: a primeira acentuando-se nos países de Direito Costumeiro, a segunda nos que deram preferência ao Direito Codificado. Esta, portanto, sempre se opondo àquela.

O Direito Romano, já vimos, de longa data teve a facilidade de migrar para quase toda a Europa, norte de África e Ásia Menor, em virtude da própria extensão geográfica do vetusto Império. Cruet, portanto, põe em evidência a força intrínseca da migração do Direito Francês, codificado em 1904, por inspiração de Bonaparte, dizendo: "A irradiação mundial do nosso Código Civil é um fenômeno mais extraordinário ainda do que a expansão relativamente limitada do Direito Romano. Nós levamos nossas leis não só à Itália, à Suíça, à Alemanha, à Bélgica, à Holanda, mas ainda à Rumânia, ao Egito e até ao Japão. O nosso Código foi mais longe do que as nossas armas, e mesmo onde as nossas armas o impuseram foi pelo seu prestígio pacífico que sobreviveu ao nossos domínio passageiro... E depois é preciso conceder ao Sr. Gabriel Tarde que, *se os povos se imitam, é também um pouco pelo prazer de se imitar*". (28)

O jurista francês, entretanto, não vê na teoria da *imitação* o móvel dominante das *migrações das leis civis francesas*. Mostra-nos que, por toda a parte onde penetrou essa influência, o caminho já estava aplainado pelo desnível entre o Direito daquelas nações e a realidade social viva e exigente, que se regiam por normas antiquadas, ainda rescendendo o formalismo romano. A França de Bonaparte sentiu, antes dos demais Estados, essa distonia entre a lei e a sociedade. Faricou então um Direito novo, ou pelo menos acentuadamente renovado,

(27) Jean Cruet — Op. cit., pág. 306

(28) Jean Cruet — Op. cit., pág. 308.

e exportou-o. Sua aceitação foi imediata e enorme, porque todas as nações necessitavam, naquela época, evoluir juridicamente, isto é, tutelar as novas necessidades sociais criadas por um *meio antropogeográfico* renovado através dos tempos, em virtude da incessante *interação* do homem com a natureza, cuja análise constitui o objeto específico da Geografia Humana.

A *imitação maciça* do Código de Napoleão foi, entretanto, provisória: destinava-se a atualizar um Direito Nacional caduco e impraticável. O nacionalismo jurídico logo reagiu contra o Direito importado de Paris, como também em oposição ao Direito expandido de Roma. “O Direito de outro país pode ser menos estrangeiro a um povo do que as disposições caducas do seu próprio Direito”, acentua Cruet (29)

Com a assimilação do Código de Napoleão, geralmente os países europeus puderam substituir o então vigente Direito Romano, cujos institutos milenários estavam, por certo, antiquados. Isto sucedeu, por exemplo, com a Itália e com os Países — Baixos. No Egito se destinou a remogar o também velho e cristalizado Direito de Mahomet, incapaz de evoluir, porque o “Corão” era intocável e a palavra do profeta era a única fonte dos princípios éticos.

A Holanda desde cêdo, isto é, desde 1838 teve o seu próprio código. No Japão o Código de Napoleão esteve em vigor de 1870 a 1890, isto é, no período em que aquele Império saiu do seu isolamento milenar e tomou contacto com a civilização ocidental, preparando, depois, sua própria legislação. A simples *imitação* é, pois, um processo provisório de promover a evolução do Direito nacional. É um recurso, por vezes necessário, mas sempre indesejado, porque se opõe ao natural orgulho regionalista dos povos.

O jurista belga Edmond Picard, que Ihering acertadamente julga uma das mais robustas mentalidades da sua época, não considera, a exemplo de Tarde, o fenômeno da *imitação* como causa genérica da expansão das leis no espaço e de uma

(29) Jean Cruet — Op. cit., pág. 310

consequente evolução do Direito. A imitação é, para Picard, apenas um fator entre os demais: caráter das raças, meio geográfico, doutrina dos mestres, atavismo jurídico, progenismo, técnica judiciária, densidade da população, forças sociais. E, assim, diz-nos o professor de Bruxelas: "O Código de Napoleão pôde, sem inconvenientes, ser impôsto na região renana e na Bélgica, e subsistir durante muito tempo depois da separação, porque se tratava de nações no fundo, de origem fraternal, apesar de tôdas as futilidades da galofobia e da germanofobia... *Os povos só assimilam o Direito que pode dimanar dêles próprios*"...

Acentúa ainda mais o Professor Picard: "Tarde, no seu engenhoso livro intitulado *Les Transformations du Droit*, liga à imitação, como fator da evolução, uma importância grande, talvez exagerada. Opinião análoga foi emitida por Sumner Maine nos seus *Études sur l'Ancien Droit* e por Le Bon em *L'Homme et les Sociétés*... Esta mímica jurídica, êste relativo hipinotismo, esta cópia, quando bem aplicada, é, parece, apenas o reconhecimento instintivo de instituições conforme ao sentido íntimo do povo imitador, já realizadas e tornadas viáveis por um povo da mesma raça, mais avançado na sua evolução... A imitação tem, às vezes, dado lugar a singulares aberrações por parte dos teóricos maníacos, como por exemplo a tentativa de aplicação do Código Civil de Napoleão a um povo de raça mongólica, os japoneses! Mas na legislação contemporânea da raça euro-americana fez-se importante emprêgo do *Direito Comparado* como base metódica da imitação" (30)

Picard, como se vê, admite a possibilidade do fenômeno psicológico da imitação do Direito, condicionando-o, porém, a similitude do caráter da raça, fato biológico que sôbre aquêle prima. Contudo, em um ensáio anterior (31) já tivemos oportunidade de aceitar o ponto de vista do comparatista pátrio, Ilmar Pena Marinho, que prefere distinguir a uniformização

(30) Edmond Picard — O Direito Puro — Ed. Bertrand — Bastos, Lisboa, págs. 252, 277.

(31) José Nicolau dos Santos — Direito Comparado e Geografia Jurídica — Rev. Faculdade de Direito do Paraná, vol. III, 1955, pág. 370.

espontânea do Direito da uniformização artificial, preparada pela técnica jurídica. Dissemos então que aquela é fácil, em razão de convir a *meios geográficos idênticos ou análogos* (florestas, saavanas, desertos) que ditam ou sugerem necessidades econômicas e culturais também semelhantes ou equivalentes. A segunda é simplesmente impraticável.

Nêste ponto convém evocar ainda Picard, que sobrepondo o fator biológico *raça* ao fator psicológico *imitação*, também não deixa de aludir ao fator geográfico *meio*, sem dúvida, para nós, o mais ponderável de todos. Escreve Picard, nêste ponto diretamente influenciado pelo *Esprit des Lois* de Montesquieu: “O *meio* caracteriza-se por alguns elementos principais que influem no hábito corpóreo e cerebral assim como nos costumes, isto é, na maneira de ser geral e habitual de um povo. Desde então o *Direito*, *emanação* dêstes costumes, sempre em estreita relação com êles, é por êles influenciado”. E depois de evidenciar o papel de vários agentes geográficos (clima, topografia, litoral, floresta, solo) conclui o professor de Bruxelas: “*Tôda a configuração tão variada do solo, tôdas as influências do céu, dos meteoros, refletem-se na organização jurídica*, quer para lhe introduzir especialidades legislativas, quer para modificar as modalidades. Muitas das leis ou regulamentos não têm razão de ser senão nestas diferenças. Quantas coisas do Direito Russo não têm razão alguma de ser no Brasil e recìprocamente”. (32)

Tudo isto significa que as *migrações* do Direito só se podem efetivar entre *regiões geográficas semelhantes*. As leis, como tudo, exigem possibilidades de *aclimação*. O simples “*prazer de imitar*”, por si, não justifica as migrações jurídicas. Casos históricos de *repulsão* ao Direito Romano podem ainda comprovar esta nossa afirmativa.

O professor de Paris, Olivier-Martin, conta-nos que a França, no século XI, reagiu contra a *expansão* do Direito Romano, afim de que não suprimisse por completo o Direito Con-

(32) Edmond Picard — Op. cit. pág. 251

suetudinário e local. Disserta o referido jurista: "O progresso do Direito Romano no Meio-dia, nascido do ensino universitário, inquietou o Rei de França. Para dificultar novos progressos em regiões de Direito costumeiro, Filipe Augusto solicitou ao Papa Honório III e obteve d'ele, pela célebre decretal *Super specula* de 1219, a interdição do ensino do Direito Romano na Universidade de Paris. Ele se prevenia, assim, na sua Capital, dos perigos dum ensino imperialista e defendia útilmente o Direito costumeiro contra uma influência romana maciça. Pouco depois o ensino do Direito Romano foi autorizado em Orleans e assim um sábio equilíbrio foi mantido entre o apetite de saber da época e a *necessidade de proteger a tradição costumeira*". (33)

Dá-nos notícias Martins Júnior de que em Portugal, na sua Universidade de Coimbra, o Direito Romano também teve os seus dias de glória, com carinhosa recepção, e dias nublados, de repulsa e menosprezo. Escreve o antigo professor do Recife, relatando fases dessa luta entre os adetos do romanismo e do nacionalismo jurídico português: "Vilanova Portugal e Cândido Mendes... consideram a reforma estatutária do Marquês de Pombal como a *revanche* do Direito Romano contra a lei nacionalista da *bôa razão*; o último pensa ser esta lei sacrificada pela de 1772 na subalternidade imposta ao Direito pátrio, *vis-a-vis* das leis civis e canônicas... Eles exageram a *reação anti-romanista* da Lei da Bôa Razão. O jurista português chega a afirmar que aquela lei proscreveu o Direito Romano... Só assim pode justificar o seu dito de que o *Direito Romano tornou a ser adotado nos Estatutos da Universidade de Coimbra*... entretanto já tivemos ocasião de verificar que a Lei de 18 de agosto de 1769 manteve o Direito Romano como *subsidiário* do Pátrio, explicando apenas a *boa razão* a que ele se devia submeter". (34)

(33) Olivier Martin — Histoire du Droit Français — Ed. Dallaz. Paris, 1951, pág. 92.

(37) Martins Júnior — História do Direito Nacional Cooperat. Edit. Pern. 1941, pág. 115.

A controvérsia entre os autorizados historiadores do Direito, referente a maior ou menor intensidade da *repulsão* nacional ao romanismo jurídico não invalida a nossa tese de que as leis não são *imitadas* por simples tendências psicológicas inatas. Elas *imigram*, natural e espontaneamente, quando as condições geográficas de um povo assim o sugerem ou determinam.

O próprio Martins Júnior, naquela mesma obra citada, procura reagir contra o demasiado lusitanismo do Direito brasileiro, visível ainda na sua época. E, assim, comenta: “Consequentemente nós, os brasileiros, temos — porque devíamos ter *ex-vi* de condições históricas um *Direito de origem peregrina*, de procedência estrangeira, alienígena. A obra de nacionalização dêsse aparelho jurídico *tem se feito morosamente* e levará algum tempo ainda a consumir-se. Trabalhem para que as *adoções e os empréstimos*, até hoje feitos, formem quanto antes um todo homogêneo e compacto, *correspondendo dignamente ao meio físico e social* em que êle tem de agir e evoluir”. (35)

NAUKRATIS EMPÓRIO COMERCIAL E MERCADO DE LEIS

As mais modernas conquistas do Direito, as que nos parecem mesmo um fruto original da mentalidade jurídica do nosso século, por vezes aparecem como instituições vetustas, como antighalhas ou reminiscências soberbas de povos que viveram a milênios, sendo difícil indigitar com precisão seus gênios criadores, porque elas demonstram também haverem migrado de região para região. Assim, por exemplo, o atualíssimo Direito Trabalhista, cuja conquista e universalidade parece datar do Tratado de Paz de Versalhes, assinado em 1919, tem vestígios certos e inconfundíveis na mais remota antiguidade.

Vejamos, por exemplo, a *legislação do salário*, cuja conquista temos acreditado geralmente ser um resultado do intenso in-

(35) Martins Júnior — Op. cit., pág. 145

dustrialismo do século passado, abrindo as agruras da questão social, das permanentes discordâncias entre patrões e empregados. O salário fixado por lei, entretanto, é velho. Tiveram-no os gregos, que possivelmente se inspiraram nos egípcios, e êstes por sua vez na velhíssima legislação da Babilônia.

Sobre a Grécia, noticia Glotz que a intervenção do Estado se faz sentir para a imposição de um *salário máximo*, que embora desfavorecendo a classe operária constitui um marco inicial de evolução para se atingir ao moderno conceito de *salário mínimo* legalmente instituído. Diz o professor da Sorbone: “Num único caso vemos a autoridade impor um salário: os astínomos proibem as flautistas, as harpistas e as citaristas de levarem mais de duas dracmas, e, no caso de vários clientes disputarem entre si a mesma mulher, será tirada à sorte; mas trata-se de uma medida de mera polícia”.

A fixação dos salários, num plano máximo e intrasponível, estava, porém, regulado pelo direito consuetudinário, cuja força nivelava a todos, indistintamente, como bem acentua Glotz, ao analisar a economia grega do V século antes de Cristo: “Não devia ser sensível a diferença entre o mestre e os companheiros, bem como entre os operários qualificados e os braçais: o salário era uniformemente de uma dracma por dia, tanto para o carregador de andaimes como para o arquiteto e o escultor”. (36)

Com referência ao Egito, dá-nos ciência Chagas Franco da aspereza que ali se projetava na questão social e na fixação do salário: “Entre o povo, os operários reunidos em corporação tinham chefes que os representavam e os tentavam proteger junto às autoridades. Havia os *mestres* dos alfaiates, dos sapateiros, ou dos ourives. Os operários do mesmo mister estavam reunidos na mesma rua ou no mesmo bairro e trabalhavam sob a direção de seus mestres... Todos os anos um grande número de homens que se consideravam livres eram reclamados em no-

(36) Gustavo Glotz — História Econômica da Grécia — Ed. Cosmos, Lisboa, 1948, págs. 243 e 155.

me do Faraó. Tratava-se de trabalhar nas terras do rei ou dos senhores *por meio de mediocre retribuição*". (37)

Tratava-se, pois, de um tipo de *salário máximo*, como na Grécia, embora ridículo e injusto, para beneficiar o rei e as classes feudais do Egito, que tinham o domínio de quase todo o território. Havia no Egito, como na Europa medieval e moderna, as *corporações de ofício*, germes dos futuros *sindicatos* de classe, com seus *mestres* encarregados da defesa dos interesses comuns. Os salários prefixados ainda constituíam uma vantagem, porque havia também no império nilótico a instituição dos trabalhos forçados ou *corvéas*, que tanto deslustram o feudalismo europeu, principalmente o francês.

Êsses salários de lei, embora regulados injustamente pelo seu nível *máximo*, ao contrário do que hoje se procede, estabelecendo-se a legalidade do seu *mínimo*, estavam também propostos e inscritos pelo célebre Código de Hamurabi muitos séculos antes de Cristo, conforme nos atesta Clóvis: "Os contratos são regulados com certas minúcias no Código de Hamurabi. Há um capítulo determinando o preço do aluguel do animal, de carros e de barcas. Os *salários* dos operários e artesãos, pedreiros, alfaiates, carpinteiros, estão fixados em artigos de lei." (38)

No velho Egito das primeiras dinastias faraônicas o salário deve ter sido impôsto, sob um aspecto legal, tendendo a regulamentá-lo, pelo interesse da sociedade, para manter a harmonia entre suas classes. Por isso a instituição do *salário fixo* deve ter sido importado de Babilônia pela Grécia. No Egito, ao madrugarem de sua civilização, a fixação do salário decorre mais diretamente do interesse do Estado, isto é do Faraó, como *empresário* particular, desde que quase as principais atividades agrícolas, industriais e comerciais eram por ele exercidas.

Chagas Franco bem nos esclarece: "Com efeito milhares de plebeus trabalhavam na construção e na conservação dos

(37) Chagas Franco — Dos Clãs aos Impérios — Ed. F. Franco, Lisboa, págs. 52, 59.

(38) Clóvis Bevilacqua — Op. cit., pág. 19

templos, dos palácios é muito principalmente das vastas necrópoles egípcias. Todos êsses monumentos reclamavam os arquitetos, os escultores, os pintores, os canteiros, os pedreiros para sua edificação, a sua ornamentação e o seu mobiliário". (39)

Depois de um salário fixo e deficiente, imposto legalmente pela vontade soberana do Estado, em seu próprio proveito, conheceu o Egito Ptolomáico, resultante das conquistas de Alexandre, um salário fixo e regulamentado, mas retransmitido ao país pela Grécia. Sobre o fato discorre Glotz: "A situação dos trabalhadores varia consoante os países e os ofícios. Terrível é a condição dos forçados e das suas famílias nas minas da fronteira núbia... dos próprios operários livres submetidos a uma disciplina rude pelos *regulamentos grego-egípcios*. Nas oficinas do rei, nos estabelecimentos arrendados, o pessoal de fiscalização é numeroso... Há um dia de repouso em cada dez dias... O nível dos salários encontra-se reduzido a um quarto do que prevalecia na Ática no século IV. O trabalho à tarefa sofre uma transformação idêntica". (40)

O tipo de salário regulamentado faz-se, pois, pelo nível *máximo*. Contudo não foi desconhecido nessa época a idéia do *salário mínimo* e justo. É ainda Glotz quem noticia: "A situação do operário egípcio não teria sido, portanto, muito má, se os seus chefes cumprissem sempre os compromissos tomados. Infelizmente os diretores de oficinas reais e os empresários cometiam tôdas as espécies de abusos. Num édito, Evergeto II teve de proibir na tecelagem o trabalho a *salário inferior ao da tabela*" (41)

Por sua vez os hebreus não conheceram os tipos de salários regulamentados. Contudo, a questão social teve entre eles soluções adequadas, que anteciparam muitas conquistas atuais

(39) Chagas Franco — O Vilo e a Civilização egípcia, Ed. F. Franco, Lisboa, pag. 79.

(40) G. Glotz — Op. cit. pág. 314.

(41) G. Glotz — Op. cit. pag. 315

da classe obreira. Assim, por exemplo o *repouso hebdomadário* deve ter migrado dos israelitas para os romanos, pois no século II o poeta Juvenal satirizava seus concidadãos por haverem copiado êsse costume judeu, isto é, o descanso semanal no Sábado. Os egípcios admitiam um dia de repouso em dez, mas os babilônios usam um dia por semana para tal fim, como os hebreus.

O Talmud judaico prescreve ainda normas de proteção aos acidentes no trabalho, recomendando sua indenização. A jornada de trabalho contado de sol a sol, suspensa aos sábados e dias santos, devendo ser paga exclusivamente em *moéda*, jamais em *espécie*. Interessante é prenotar aqui que o próprio termo *salário indica* um pagamento em espécie (*o sal*) conforme nos indica sua etimologia.

Por tudo isso bem pode concluir Goldstein (41) que Israel há trinta séculos já antecipava normas de conduta ética para harmonizar o conflito social, colocando-se em plano muito superior às legislações de Grécia e Roma.

Verifica-se por êste pequeno extrato de notas ligeiras que o Direito Trabalhista tinha transposição de normas esparsas de um povo a outro, que o assimilava conforme sua maior ou menor conveniência. Não há uma perfeita sequência na *migração* das leis, mas isto se explica ainda pelo encontro direto das civilizações ocidentais e orientais, naquêlê histórico porto franco e cosmopolita de *Naukratis*, empório de comércio e navegação fundada pelos gregos do Mar Egeu, provindos das ilhas de Mitilene e Samos, que em território egípcio desejavam entreter contactos com os povos estrangeiros de África e Ásia, permutando seus produtos. O Faraó Ahmés II (Amasis) concedeu permissão para o entreposto, e assim *Naukratis* foi uma soberania engastada na soberania faraônica, constituindo uma pequena e importante República, tendo por govêrno um *timarkos* (*timé*, honra — *arkos*, magistrado), que sempre primou pela tolerância política, civil e religiosa para com a multidão

(41) Goldstein — Derecho Hebreo, pág. 207.

de súditos que continuamente se entrecruzava com outra multidão de estrangeiros, aí chegados para o comércio marítimo, num exemplo dignificante de que o ódio das raças nem sempre predominou na Antiguidade.

Sob o ponto de vista econômico o Faraó Amasis foi um estadista de larga visão incrementando o comércio internacional, sempre tão cerceado pelos preconceitos de uma xenofobia latente ou aguda. Dêle faz irrestrito elogio o historiador Glotz: "Quando Amasis subiu ao trono (569 antes de Cristo), os gregos tiveram motivos para esperanças ilimitadas. O soberano fazia tudo para lhes agradar. Permitiu aos samios comerciar no grande Oásis. Depois tomou uma medida capital: concentrou os gregos do Egito, em *Naucrátis*. Passou assim a existir no Delta uma cidade administrada à grega, com as suas nações agrupadas em volta de um santuário e de um *empório*... Naucrátis não tardou a tornar-se o primeiro mercado do Egito e um dos primeiros do mundo antigo" (42)

Sob o ponto de vista jurídico, Naucrátis foi o grande mercado de idéias e Amasis o máximo corretor de civilizações favorecendo, pelo encontro num mesmo centro cosmopolita, a permuta de legislações diversas. O internacionalista argentino Estanislau Zeballos teve a oportunidade de traçar o elogio de Amasis (Justícia Internacional Positiva), considerando-o o fundador "da liberdade do comércio e da *compenetração das legislações*" Também outro jurista platino, Capdevila nos dá seu julgamento sobre o velho empório grego-egípcio, caminho certo e seguro das mais intensas migrações do Direito Antigo. Diz o citado autor: "Notável foi, sem dúvida, a importância de Naucrátis. Ainda acresce considerar o modo direto com que *influi no direito dos decênviros*. Em Naucrátis, por outro lado, *aproxima-se o Direito Indú com o Direito de Roma*. Esta última asseveração não necessita ser provada: de sobra conhecemos as *vinculações da Índia com o Egito*. Ali estão, como testemunhos eloquentes, suas religiões paralelas, a filosofia que lhes foi comum. Ali estão, através dos desertos, os caminhos das caravanas". (43)

(42) G. Glotz — Op. cit., págs. 107, 116.

(43) Arturo Capdevila — El Oriente Jurídico — Ed. Lopez, Buenos Aires, 1942, pág. 114.

Nestes pequenos e rápidos exemplos *sôbre o fenômeno antropogeográfico das migrações das leis*, inútil, por evidente, será ressaltar que êle decorre de um outro fato antropogeográfico: o comércio internacional.

De fato, Heródoto, o pai da História, fala com entusiasmo do Faraó Amasis, abrindo o empório marítimo de Naukratis ao comércio exterior e também de leis trabalhistas copiadas através dêle, pelos legisladores gregos ao grande legislador egípcio. São informes de Heródoto: "Amásis é visto entre os egípcios como o autor da lei que obrigava a cada um em particular a declarar, em presença de seu respetivo *Nomarca*, o modo de viver e o ofício que exercia, sob pena de morte para quem não o fizesse, ou não praticasse justa e legítima profissão. *Esta lei, adotada dos egípcios, impôs o ateniense Sólon a seus concidadãos*, e sendo considerada muito louvável e justificada continua mantida por aquêlo povo em todo seu vigor. Como sincero amigo dos gregos, não se contentou Amásis em conceder muitos mercês a alguns indivíduos desta nação, mas facultou a todos que desejaram habitar o Egito a cidade de Naukratis para nela fixarem seu estabelecimento". (44)

OS FATORES GEOGRÁFICOS NAS MIGRAÇÕES DO DIREITO

Quando emitimos as bases de uma interpretação geográfica do Estado e do Direito, em um ensáio anterior (45), tivemos oportunidade de afirmar que o Estado, como o Direito, germinam e evoluem em consequência da conjunção de vários fatores, aparentemente dispersivos e diferenciados, mas que na realidade possuem um denominador comum (ou se quisermos uma relação de causalidade mais intensa) que é, sem dúvida, o *fator geográfico*. Dissemos, então com ponderáveis argumentos, que seria preferível considerarmos os fatores atuantes

(44) Heródoto — Los nueve libras de la História Ed. Salvá, Barcelona, 1955, Vol. I, pág. 229, 230.

(45) José Nicolau dos Santos - Fundamentos da Geografia Jurídica Rev. da Fac. de Direito do Paraná, n.º 2, 1954.

tes na vida social e geralmente referidos: políticos, econômicos, jurídicos, religiosos, psicológicos, etc. — como planos mais especificados de um mesmo substrato comum a todos, que é a motivação *telúrica*. Tais fatores são, na realidade, complementados pela Geografia: geopolíticos, geoeconômicos, geojurídicos, georeligiosos, geopsíquicos.

A observação mais paciente das causas que atuam na permuta das legislações através do espaço, isto é, das *migrações do Direito* demonstram que as condições geográficas análogas ou dissemelhantes podem, respetivamente, favorecer ou dificultar a intercomunicação dos institutos jurídicos.

As duas mais celebradas legislações da Antiguidade, o velho Código industânico de Manú e o velhíssimo Código babilônico de Hamurabi, apesar da proximidade geográfica dos dois povos, não apresentam recepções mútuas e intensivas das normas jurídicas que prescreveram. Vamos, entretanto, encontrar vestígios do Direito Indú engastados na legislação romana, além dos mares (a instituição do *filho da filha*", que é adotado pelo avô sem filhos varões, por exemplo) ou vamos identificar lá mesmo, em Roma, traços do Direito Babilônico (o instituto da *anticrese*, por exemplo). Contudo os dois países mais próximos, Índia e Caldéia, foram ávaros entre si, negando-se à permutação mais intensiva de suas leis. O motivo reside na profunda diferenciação dos meios geográficos em que viviam os dois povos, muito mais do que na diversidade de suas raças e das suas religiões.

Foi ao contemplar essa diferenciação entre a vida jurídica dos indús e dos caldeus que Von Ihering, de puro jurista, como nos dá exemplo com sua obra "A Finalidade do Direito", tornou-se insensivelmente um *geojurista*, ao escrever a sua "Prehistória dos indo-europeus", onde a sua frase: "*o solo faz o homem*" poderia ser subscrita pelo mais ardoroso adeto de um determinismo geográfico irresistível, como Frederico Ratzel ou Vitor Cousin.

Invocamos aqui o testemunho de um jurista: "Em outra oportunidade, escreve Capdevila, explicamos com a doutrina, de Von Ihering o porque dêste crescimento institucional assombroso (contido no Código de Hamurabi), que tanto *contras-*

ta com a vida jurídica da Índia. Se o ário é *pastor* e não teve metrópole, o babilônio soube ser *agricultor*, e, assim sendo, *sedentarizou-se, erigiu a cidade*, rodeou-a de um recinto fortificado. Fê-la baluarte e moradia. Assim foi como Babilônia chegou à plenitude e à tôdas as consequências sociológicas que trazem consigo o luxo, o refinamento, a galanteria". (46)

Eis uma explicação do jurista argentino perfeitamente enquadrada nas mais pacíficas teorias da Geografia Humana. Os denominados "quadros climático-botânicos", conforme Josué de Castro, Aroldo de Azevedo, Gicovate ou Lucien Félvire (47) ou as chamadas "*classes de influências geográficas*", na terminologia precisa de Delgado de Carvalho (48), têm por objetivo simplificar num restrito grupo de "regiões geográficas", típicas e bem diferenciadas, as consequências econômicas, políticas e sociais que cada uma delas particularmente possibilita. Tais são as referidas regiões ou quadros mesológicos: florestas tropicais, florestas frias e temperadas, saavanas ou estepes, desertos e tundras árticas.

Ora, o pastoreio que sugere uma vida de semi-nomadismo é próprio das regiões de campos, saavanas ou estepes, mas também sugere a vida *agrícola*, que é sedentária e possibilita a construção de cidades. O homem têm, pois, a possibilidade de escolha entre os dois gêneros de vida. Mas essa escolha está ainda adstrita à contribuição de outros fatores geográficos (espaço, posição, natureza do solo, topografia, regime de águas, etc.), que afinal colaboram para sua decisão final. Em Babilônia, a planície e o curso de seus rios contribui para que a agricultura prepondere. Na Índia, os acidentes topográficos isolantes motivam a continuidade rudimentar da vida pastoril. Da diversidade geográfica decorre naturalmente uma diversidade de jurisprudência.

(46) Arturo Capdevila — Op. cit. pag. 145

(47) Lucien Félvire - La terre et l'évolution humaine - Introduction géographique à l'Histoire - Ed. Albin, Paris, 1922, pag 151.

(48) C. Delgado de Carvalho - Geografia Humana, Política e Economia, Ed. Nac. São Paulo, 1938, pag. 29.

Capdevila elucida a propósito: "O primeiro impulso dessa gente (babilônios) havia sido a dedicação à agricultura, com o que muito rápido a primitiva cabana transformou-se em casa de pedra. Na Índia não foi assim. A *montanha* impede ali o bom labor agrícola. De outra parte, faz-se desnecessário a fortaleza, pois que ela é natural. Ambas as circunstâncias retardam sem término a aparição da verdadeira cidade. Muitas aldeias há, cidade nenhuma. O contrário havia de suceder aos babilônios. O chão, ao mesmo tempo que oferecia grandes extensões para a vida agrícola, impunha a necessidade de fundar cidades muradas para a defesa. O pensamento de um errante pastor se dispersa e se vai derramando. No agricultor, e sobretudo no habitante da cidade, concentra-se.

Conclui Von Ihering: — Portanto, o solo respectivo é que fez deles aquilo que enfim chegaram a ser. — O pastor, por força das coisas é um nômade. Não será sua a obra grandiosa da civilização. Será outro quem a realize. Quanto ao babilônio, carecendo de madeira e de pedra, ou tendo que ir buscá-las muito longe, cose a argila e fabrica o ladrilho. O asfalto é seu recurso — A indigência foi assim uma bênção para o semita, diz Ihering". (49)

Cremos ser interessante notar que esta última sentença extraída de Ihering por Capdevila é em seu sentido literal o divulgado conceito antropogeográfico — podemos dizer quase uma lei — que se pode enunciar com precisão: as regiões extremas, que tudo dão ao homem ou que lhe negam tudo, não são as que mais estimulam o progresso e a civilização. Tais são conclusões que podemos extrair da observação dos gêneros de vida nas florestas tropicais (a coleta e a extração do que a natureza abundantemente oferta) e do comportamento humano nas regiões de desertos ou de tundras gélidas (onde a coleta de escassos produtos da natureza, a caça e a pesca, obrigam a um nomadismo ativíssimo).

Aplicamos de propósito a palavra *estímulo* porque, para os historiadores Arnold G. Toybee e Vicens Vives (50), nem a

(49) Arturo Capdevila - Op. cit., pág. 141

(50) Vicens Vives - Geopolítica - Ed. Teide, Barcelona, 1950, págs. 79, 97.

raça, nem o meio geográfico, como fatores isolados e preponderantes, podem explicar a civilização. Sòmente o “choque funcional” entre o homem e a terra dá o necessário “estímulo” ao progresso. Este é o resultado das ações e reações recíprocas entre raça e meio. Observemos, contudo, que a natureza não deve ser nem excessivamente áspera, a ponto de desestimular tôdo esforço ou esperança, nem excessivamente pródiga, aniquilando, pela conquista da riqueza fácil, o instinto da previdência, que é também uma das molas propulsoras do progresso.

OS FATORES GEOGRÁFICOS NA ASSIMILAÇÃO DO DIREITO ALIENÍGENA

Ao realizarem suas migrações, as leis, como o próprio homem ou como alguns elementos culturais que igualmente migram para regiões diferenciadas, devem sofrer as adaptações ou melhor as *assimilações* naturais de seu novo ambiente geográfico. Por vezes as assimilações transformam a norma jurídica tanto em seu enunciado como em seu conteúdo, dificultando a identidade de sua origem e o roteiro da sua perigração.

Essas *transformações do Direito no espaço* têm, não raro, explicação suficiente na mutação do ambiente, para onde são transpostas as novas leis. Assim, por exemplo, Fustel de Coulanges, que vê sempre na *religião* o fator jurígeno do Direito, informa: “A velha religião estabelecia diferenças entre o filho primogênito e o segundogênito. O primogênito, diziam os antigos Árias, foi procriado para o cumprimento do dever com os antepassados, os outros nasceram do amor... O primogênito era pois o herdeiro dos hinos, o continuador do culto, e o chefe religioso da família. Da *crença* derivava uma regra de *direito*: só o primogênito herdava os bens. Assim diz o velho texto que o último redator do Código de Manú insere ainda em seu Código: — O primogênito toma posse de tôdo o patrimônio, e os outros irmãos vivem sob a sua autoridade, como viveram sob a autoridade do pai. — O filho mais velho adquire a dívida para com os antepassados. Deve pois herdar tudo. O *Direito*

Grego derivou das mesmas crenças religiosas do Direito Indú: não admira, pois, encontrarmos ali também originariamente, o direito de primogenitura" (51)

Ora, êsse direito atribuído ao primogênito, que segundo Fustel lastra-se num *fundamento religioso*, promove diversos institutos jurídicos correlatos: a inalienabilidade e a indivisibilidade da propriedade doméstica, a sucessão legal e intestada, a impenhorabilidade do solo sagrado da família, correspondente responsabilidade pessoal pelas dividas, etc. Entretanto, o mesmo direito de primogenitura deixa entrever um preciso *fundamento geográfico*, se notarmos que êle generaliza-se ou prepondera nas *sociedades sedentárias, onde a agricultura substituiu a atividade nômade do pastoreio*. O solo é necessário á família porque é seu elemento essencial de vida, subsistência e contituidade. A propriedade imóvel, que Gonela bem denomina "o território da família", deve ser por isso inalienável. O Direito antigo esforça-se em dificultar a venalidade das terras e sua fácil transmissão. Há um interesse público, na velha *Polis*, cuja economia é fundamentalmente *agrícola*, de que ninguém se desfaça de sua terra, nenhuma família venha a ser privada de seu lar ou território. A concepção religiosa da *sacralidade e inalienabilidade do solo*, que só se extingue na legislação de Sólon, representa um freio juridico-religioso para pressionar com maior vigor um interesse *geo-econômico*.

Fácil é observar que nas grandes regiões geográficas de *saavanas ou estepes* outras concepções religiosas são invocadas para assegurar o direito inteiramente opôsto ao da primogenitura, direito que os franceses denominam de *juveigneur*, isto é conforme nosso brasileirismo expressivo, o direito do caçula, do filho mais moço.

Tarde comenta a propósito: "Dir-se-á, acaso, que o *direito de primogenitura* foi uma fase universal e necessária do regime sucessório?... Desconhece-se o mundo semítico... O oposto ao direito de primogenitura, o direito do *juveigneur*, existiu entre os germanos, entre os celtas, entre os *tártaros*

(51) Fustel de Conlanges — Op. cit. vol. I, pág. 117.

nomades e em outros povos"... (52) Qual explicação para essas duas concepções jurídicas tão contraditórias entre, si, senão o fator predominante da Geografia. Onde o homem é sedentário e agricultor, a *primogenitura se impõe* e a religião a confirma. Onde o homem é nômade ou transhumante, onde ele é caçador guerreiro, ou se faz pastor itinerante, então a natureza justifica o instituto da sucessão preferencial do mais jovem. A topografia acidentada e as florestas compactas do solo germânico e gaulês, restringia o crescimento dos seus grupos humanos, isolava-os, e justificou a sociedade instável e móvel dos primeiros tempos. A extensão imensa das planícies, nas civilizações semitas indicava o pastoreio e o semi-nomadismo como modo conveniente de vida, fragmentando as associações humanas, impelindo-as para a conquista de novas pastagens e fundações de outros pousos.

O jurista e antropogeógrafo Montesquieu dá-nos uma interpretação satisfatória a respeito, ressaltando o *fator geográfico do nomadismo* como justificativa plena do direito de *juveigneur*: "O padre Duhalde diz que entre os tártaros, o herdeiro é sempre o *menor dos varões*. A razão é que os filhos maiores, a medida que estão em idade própria para o *pastoreio*, ausentam-se de casa com a quantidade de gado que lhes dá seu pai e vão formar *outra vivenda*. Não permanecendo na casa paterna senão o menor dos filhos que é o herdeiro natural". (53)

Mas as relações do homem com a terra mudam continuamente, pelas ações e reações recíprocas entre êsses dois agentes da civilização. Quando mudam essas relações e forma-se um novo *momento histórico*, as instituições jurídicas podem também variar como as crenças religiosas que as solidificam. Um exemplo dêste caso é o que notamos em Grécia e Roma, quando a *primogenitura* decái, porque os fatos antropogeográficos, ou melhor, *geo-econômicos da indústria e do comércio* superaram a primitiva *atividade agrária* e exigem a maior mobilidade venal de todos os bens domésticos, inclusive o solo.

(52) Gabriel Tarde — Op. cit., pág. 105

(53) Montesquieu — L'Esprit des lois, pag. 243.

Na Índia, como bem lembra Fustel de Coulanges, o Código de Manú prescreve que “o primogênito toma posse de todo o patrimônio”, herda tudo, porque herda também a perpetuidade do culto para com seus antepassados. Acredita o historiador, dêsse modo, que a Religião forma o Direito. Mas nessa mesma Índia, que oscilava, pela variedade das condições geográficas do seu clima, da sua vegetação e da sua topografia, em zonas ora apropriadas à *agricultura e ora ao pastoreio*, vale dizer, ao sedentarismo e à mobilidade do homem, também a lei de Manú oscila em favorecer ora à primogenitura, com a indivisibilidade patrimonial, e ora à partilha igual dos bens, quando os herdeiros convinham em viver separados.

É Capdevila quem nos informa: “O individualismo acentua-se com o tempo. No campo, as tribos se desagregam em grandes famílias independentes, enquanto nas cidades estas grandes famílias, compostas por várias gerações, reduzem-se à sua célula elementar de marido, mulher e filhos. *A lei aspira precisamente a que se multipliquem os lares.* Pela morte do pai, os irmãos podem viver juntos ou separados, *manter os bens em comum ou dividir os pecúlios.* Este último caso é o que prefere a lei. Verdade é que não há na preferência mais do que *uma razão religiosa.* Multiplicar os lares é multiplicar os santuários e isto por si favorece ao brâmane: — Ao viver separados multiplicam-se os deveres piedosos, por isso é ato de piedade viver separadamente”. (54)

Capdevila, como Fustel, acredita, pois, que a *religião* fundamenta ora a primogenitura e a indivisão do patrimônio doméstico, ora a igualdade da partilha e o desmembramento da propriedade. Acreditamos, porém, que a religião seja a cúpula, não a base. É afeito, não causa. Reconhece apenas a existência de um *fato geográfico* inadiável: o direito de primogenitura é incompatível com a mobilidade de uma sociedade *pastoril*, impelida ao movimento, à obtenção de mais amplo espaço.

Por tudo isto, tem razão em assegurar Clóvis: “Já tive ocasião de aludir às *diferenças* morais entre os diversos povos da *mesma estirpe ariana*... Ihering (jurista alemão, em seu

(54) Arturo Capdevila — Op. cit. pág. 55.

livro "Pre-história dos indo-europeus") as explica pela *influência do meio físico*, e Demolin (geógrafo francês, em sua obra "Como a migração criou o tipo social") nos dá uma outra forma da mesma idéia, afirmando que é o caminho seguido pelos povos, que determina a diversidade das raças. Certamente os povos que seguiram o caminho das estepes, como os tártaros e os mongóis, hão de *afeiçoar a alma diferentemente* dos que se alojaram pelas *margens do mediterrâneo*". (55)

Assim, pode concluir o jurista pátrio que algumas instituições jurídicas "não tinham condições para se propagar fora do meio social onde surgiram", porque "não encontraram *meio próprio* senão onde se formaram". E o jurista brasileiro se faz também antropogeógrafo, perfilhando aqui as concepções geográficas de outro emérito jurista alemão: "A tese de Ihering de que *o solo faz o povo*, de que, em cada povo a *diferença* de cultura deve pôr-se, exclusivamente, a cargo de sua pátria, pode ser exagerada, mas entendida em termos, reduzida a limites racionais, é profundamente exata." (56)

(55) (56) Clovis Bevilacqua — Op. cit., pág. 59, 32.