

DISCURSO INAUGURAL

DO

**CURSO DE HISTORIA DO DIREITO**

**No anno 1896**

PROFERIDO PELO LENTE CATHEDRATICO

DEZEMBARGADOR D<sup>e</sup>. AURELIANO DE S. E. O. COUTINHO

---

*Meus Senhores.*

Depois da reforma por que passou o ensino nas Faculdades de Direito, é a primeira vez que tenho a honra e o prazer de subir a esta cadeira. Sejam, pois, as minhas primeiras palavras a traducção dos votos que espontaneamente brotam do meu patriotismo, para que essa reforma surta todos os beneficos effeitos que teve em vista o legislador.

Enunciou uma grande verdade quem proclamou que nada valem as leis sem os costumes, porque, effectivamente, ellas produzem seus salutaes effeitos mediante o concurso dos cidadãos. Sem esse concurso, ahi está para demonstral-o a experiencia de todos os

dias, a lei se reduz a uma regra morta, a uma formula esteril, desde que á malicia de uns e á connivencia de outros jámais falham meios de illudir o rigor das sancções legaes ou de burlar os intentos do legislador. A Inglaterra, o paiz classico da liberdade, a terra onde a segurança individual garantida pelas leis se traduz em esplendida realidade, só attingiu o acume do respeito á magestade das leis porque allí cada cidadão vota fervente culto á legalidade e, quanto póde, presta concurso á execução das prescripções legaes.

Assim, pois, eu vos concito a que todos, mestre e discipulos, envidemos o mais perseverante esforço para que a nova reforma possa erguer o ensino do direito á altura das necessidades de nossa querida patria.

Tenho como certo que entre essas necessidades avulta e sobresae o apuro da cultura juridica, porque não ha uma só das relações da vida, publica ou privada, que se possa subtrahir ao influxo, ao imperio do direito. Na sua vastissima comprehensão se contém todos os vehiculos da civilisação e todos os interesses da humanidade.

E vós, Snrs., lembrai-vos que por breve tempo tereis de occupar esses bancos, onde vos precedeu a grande maioria dos timoneiros que têm regido os destinos de nossa patria, e que aqui se preparam para navegações de longo curso nesse oceano intermino do direito, que espraia suas ondas beneficas sobre todos os departamentos da humana actividade. Lembrai-vos que em breve tempo, nas azas do merecimento, podereis ter ascendido ás cumiadas sociaes e ás tremendas responsabilidades que ellas sóem acarretar. Nesses postos de responsabilidade a ignorancia do direito

será mais do que um desastre e um vexame, será um crime de lesopatriotismo, cujas consequências têm uma força de irradiação incalculável.

E não se me diga que o estudo que ora vamos juntos encetar não tem applicação directa e immediata na solução das mil quotidianas questões da vida practica. Não ha sciencia alguma que paire unicamente nos dominios da especulação e não projecte alguma influencia util, mais ou menos lata, sobre o meneio da vida. D'ahi a verdade, sempre proclamada, do conhecido proverbio: *saber é poder*.

Quanto á historia, essa, foi já denominada mais particularmente a mestra da vida. E' um proficuo roteiro que a inquirição do passado vai levantando sobre a esteira, sombreada ou lucida, do mesmo passado.

Em particular, a historia do direito nos desvenda a acção benefica e incessante desse poderoso factor da civilisação, que acompanha o homem na sua marcha progressiva para o ideal da perfectibilidade. E' a luz de um pharol que se projecta do alto e de longe para aclarar os caminhos, e, não raro, para salvar a náu açoitada pelas borrascas, quando ella vai caminho de perdição de encontro ás syrtes temerosas do oceano.

Foi por se ter mal observado as instituições da cidade antiga que se pretendeu revivel-as; e essa erronea apreciação da liberdade dos antigos bastou para pôr em risco a liberdade dos modernos, como disse Fustel de Coulanges, por uma reminiscencia do famoso discurso proferido por Benjamin Constant, em 1819, no Atheneu Real de Paris, sobre a liberdade dos antigos comparada com a dos modernos. Nesse discurso o illustre publicista demonstra, com a maior originalidade, que nas condições da vida moderna a liberdade deve constar do gozo tranquillo da indepen-

dencia privada, não podendo nós, os modernos, ter a compensação, que os antigos reputavam sufficiente, de uma participação activa e constante no poder colectivo.

Assim, foi pelo estudo da historia do direito publico nas republicas antigas que Benjamin Constant deduziu as suas theorias sobre a organização dos poderes publicos e enfeixou em duas palavras de espirito um programma inteiro de liberalismo: «Limite-se a autoridade a ser justa; o cidadão se encarregará de ser feliz.»

Sobre fornecer-nos as mais aproveitaveis lições para a elaboração do direito a constituir, o estudo que vamos iniciar, nos subministrará abundantes luzes sobre o direito constituido.

Com effeito, que mais poderoso auxiliar para esclarecer o texto morto das leis do que as excavações feitas sobre sua origem, sobre as necessidades que ellas vierão satisfazer e sobre os males que procuraram obviar?

Eis ahí porque o grande Cujacio, que seguiu as pégadas de Alciato para introduzir os estudos historicos na litteratura juridica, legou-nos uma phrase que eu quizera gravada em vossa memoria e entalhada em vossa convicção: «A Historia é um anzol de ouro com que se póde pescar nas profundesas do direito.»

Permittindo-me um parenthesis, não de todo inutil, crede-me, Snrs., são insondaveis essas profundesas. Eu, quanto mais mergulho nellas os olhos do espirito e tento devassal-as pela meditação paciente e pelo estudo assiduo, mais reconheço que o verdadeiro jurisconsulto é antes um homem ideal do que uma realidade tangivel; quanto mais encanecido no estudo, na prática e no ensino do direito, tanto mais me convenço de

que aos grandes cultores da nossa sciencia conferimos hyperbolicamente o qualificativo de juriconsultos, como os homens primitivos, n'um deslumbramento e exagero de admiração, davam o nome de semi-deuses aos heroes de portentosas façanhas. Tão largo se me afigura o quadro do direito, que o designio de abrangel-o por inteiro no rapido decurso da vida de um homem parece-me empresa semelhante á de um desatinado que se lembrasse de fechar na cavidade de uma concha a immensidade dos mares.

Dizendo-vos isto não preciso mais dizer-vos quão assoberbado me sinto ao peso das difficuldades inherentes á regencia desta cadeira.

Preciso animar-me com um conceito de Seneca, que eu outr'ora escrevi no meu gabinete de estudo e que me ficou insculpido na memoria:

*«Nihil tam arduum, neque tam difficile quod non humana mens vincat et in familiaritatem adducat assidua meditatio»*

O bom desempenho da minha tarefa reclama imperiosamente o conhecimento, estreitamente entrelaçado, de duas vastas e difficeis sciencias — o Direito e a Historia. Ser bem versado em qualquer desses dous ramos de conhecimentos já daria para encher de justo desvanecimento um homem de estudo.

Cada uma dessas formosas e dilatadas provincias do saber humano conta cultores que nos legaram o fructo de suas elocubrações, como base e ponto de partida para as nossas. Mas são por demais escassos os elementos de estudo sobre o consorcio destas duas disciplinas, formando o quadro de uma nova sciencia, por isso que as investigações têm até hoje recahido mais sobre a historia do direito particular de cada

nação do que sobre a historia geral do direito. Existem, sim, dispersos os elementos da analyse, mas a synthese ainda não foi feita por algum desses espiritos de elevado porte que abrem nos horisontes da sciencia um sulco luminoso por onde se norteiam os outros espiritos.

Pelo que toca ao nosso direito patrio, sobem de ponto as difficuldades, desde que ainda ninguem se incumbiu de colligir, em fórma scientifica, os elementos esparsos da sua historia.

O nosso direito, certamente, tem uma historia, como um dos mais energicos factores da civilização brasileira. Somente, ninguem ainda escreveu essa historia.

*Magnus ab integro seculorum nascitur ordo.* Porém de entre a pleiade dos nossos talentos ainda não se levantou um coordenador para fazer brotar alguns jorros de luz sobre a massa confusa dos factos e das fontes. E foi por isso que quando eu tive de inaugurar aqui o curso de Historia do Direito Nacional, parodiando a celebre phrase de Luiz 14, declarei aos meus discipulos de então que o compendio era eu.

Mais de um obstaculo, e entre elles o meu estado de saúde durante quasi todo o anno findo, tolheram-me de compendiar em fórma didactica as minhas notas de estudo, para maior facilidade do ensino, até que algum espirito de quilate superior ao do meu quizesse e pudesse seguir o velho conselho horaciano: *faciant meliora potentes*: A' cadeira da Historia do Direito Nacional, e da qual eu tinha sido o primeiro cathedrático nesta Faculdade, acaba de ser addicionado o ensino da Historia do Direito, que andava annexo ao da cadeira de Philosophia do Direito. Esta alteração não póde deixar de modificar e de adiar em sua reali-

sação aquelle meu projecto, até mesmo porque no corrente anno lectivo, em virtude de uma disposição transitoria da nova lei, caber-me-á somente fazer o curso de Historia do Direito Nacional, desde que os meus actuaes discipulos já estudaram na primeira série juridica—e presume-se que já conhecem—a Historia do Direito em geral.

Tive necessidade, entretanto, de organizar desde já e em breve trecho de tempo o programma de ensino da Historia do Direito em geral, pondo em contribuição os conhecimentos de que eu dispunha sobre esta materia, os quaes terão necessariamente de ser remodeládos e aperfeiçoados pelo preparo quotidiano que exige o curso escolar.

Portanto, não querendo e não devendo fazer obra de fanqueria, não poderei offerer á luz publica um compendio sobre as materias da minha cadeira antes de um ou dois annos de ensino, que me habilitem a discernir as culminancias do assumpto, que devem entrar n'um compendio, e o melhor caminho de lustral-as.

A idea do justo, progressivamente reflectida pelo espirito humano e por este progressivamente actuada no tempo e no espaço: eis o que é a Historia do Direito. A successão do tempo e o ideal de perfectibilidade produziram o modo cada vez mais aperfeiçoado por que a humanidade concebeu e actuou aquelle ideal do justo, assim como a variedade do espaço, isto é, as influencias mesologicas, importaram a variedade dos modos por que os differentes povos conceberam, e traduziram, pelos costumes e pelas leis, o sobredito ideal; engendrando-se assim o direito particular de cada sociedade. E', pois, perfeitamente scientifico o alvitre que ora se tomou de reunir n'uma só

cadeira o ensino da historia geral do direito e o da historia particular do direito brasileiro. O ensino, que até aqui se fazia, da historia geral do direito, juntamente com o de philosophia do direito, é que não me parecia muito justificavel. Desde que a Philosophia do Direito expõe o que elle deve ser, a Dogmatica, o que elle é e a Historia, o que elle tem sido, a ordem natural para o ensino das disciplinas juridicas não pôde deixar de ser a exposição do Direito ideal—*Philosophia do Direito*—a exposição do direito concretizado nas leis positivas—*Dogmatica do Direito*—e, finalmente, a exposição do direito como elle tem sido progressivamente concebido e actuado pelo espirito humano no tempo e no espaço, isto é, a *Historia do Direito*, considerado este como concepto scientifico e como realidade historica, na marcha geral da civilisação e na progressiva evolução juridica de cada povo em particular.

Por estas linhas geraes, que acabo de traçar, da Historia do Direito podeis já bem aquilatar o dilatado e formoso horizonte que ella desdobra aos olhos de um espirito verdadeiramente pesquisador. Por equal, podereis aquilatar a cadeia de embaraços que se oppõe ás perquisições, desde que o direito é coévo da humanidade, e uma série de phenomenos juridicos é anterior ao periodo chamado historico; sendo certo que o Oriente é o berço da civilisação do nosso planeta e só recentemente começou-se a levantar o véo que envolvia a historia do Oriente; sendo certo que, como observaram, accordes, Fustel de Coulanges e Summer Maine—esses dous batedores ou precursores da sciencia historico-juridica—o eixo da sociedade antiga e do seu direito era a familia patriarchal, e o eixo da sociedade moderna é a concepção do Estado, com as tendencias de absorpção e alargamento que



Leroy Beaulieu assignalou n'uma das suas obras — *L'Etat et ses Fonctions*;—sendo certo que a applicação do methodo inductivo aos phenomenos sociaes requer a maior circumspecção, porquanto os selvagens que observamos hoje nem sempre, ou quasi nunca, representam o typo do homem primitivo, senão o resultado de uma mescla de civilisação deturpada e transfigurada por uma série de migrações, que ainda hoje não estão scientificamente conhecidas ou historicamente averiguadas; sendo certo que, finalmente, a intelligencia dos phenomenos juridicos suppõe o conhecimento dos outros phenomenos sociaes, multiplos e complexos, de cuja confluencia aquelles phenomenos brotaram.

Acredito que o illustre lente que regeu até aqui a cadeira de Philosophia e Historia do Direito, cujo merito reconhecido dispensa meus encarecimentos, não terá podido fazer os dous cursos durante o anno lectivo, attentas a vastidão das duas materias e a escassez do tempo. Devo confessar-vos, Snrs., que eu sentir-me-ei enleiado na mesma difficuldade quando tiver de expor dentro de curto prazo as duas materias que ficaram a cargo desta cadeira. Receio que a superficialidade do ensino possa vir a ser o resultado inevitavel da necessidade, que me será imposta, de esgottar o programma de ambas as materias, quando é certo que escasseia o tempo para o ensino completo de uma só dellas.

O programma que eu tracei resente-se desta consideração quanto á estreitesa do tempo; isto é, a generalidade das theses foi determinada pela impossibilidade, que se me deparou, de aprofundar convenientemente a analyse, de modo a acompanhar passo a passo o desenvolvimento historico de toda a nossa vida juridica em cada um dos ramos do direito publico e privado, sondando toda a nossa vida cons-

titucional, todas as nossas instituições publicas, e descendo depois ao estudo, sob o ponto de vista historico, das relações de direito privado no tocante ás pessoas, cousas e acções, ao direito de familia e de successão, ao direito judiciario, civil e criminal.

Descobrir em cada um de seus delineamentos a contextura inteira de institutos juridicos que o passado nos legou, prendendo cada um desses delineamentos ás idéas dominantes nas differentes épocas e revelando uma lei de continuidade e de progresso nas successivas modificações que lhes deram a sua indole actual, seria um triumpho brilhante da analyse—quicá superior ás minhás forças intellectuaes e phisicas—mas seria tambem—e principalmente—um ensino sobremaneira fecundo. Impossibilitado de seguir á risca esse roteiro, o mais proveitoso de todos para o ensino, adstringir-me-ei a expor, em largas syntheses, a nossa evolução juridica, á maneira de quem se alça custosamente ás cumiadas de empinada serrania para alcançar, por um lance d'olhos geral, as muitas bellezas que se estadeam na planura. Absorto na contemplação do bello conjuncto, o ascencionista só de vez em vez detem e afunda o olhar n'alguma moita mais verdejante ou mais frondosa, n'algum curso d'agua que recebe mais copioso tributo dos ribeiros que serpeam na devesa. Tratarei tambem de imitar o tal ascencionista.

Obedecendo a esse plano, deverei acompanhar o nosso desenvolvimento juridico, estudando syntheticamente a formação do direito portuguez até sua codificação, o character que elle offerece nas chamadas *leis extravagantes*, nomeadamente na legislação josefina, ou antes, pombalina, seguindo-o a vôo até a época da nossa independencia, depois de expôr os contornos do regimen colonial e as consequencias, sociaes e juridi-

cas, que promanaram da elevação do Brasil a Reino Unido. De caminho, estudarei os moldes da nossa organização politica, administrativa e judiciaria, os codigos que possuímos e as principaes leis referentes ao nosso direito privado.

Como vêdes, adoptei o methodo synchronico. Mas, sinão fôra a estreiteza do tempo, eu prefereria,—a exemplo de Schulte na historia do Direito allemão— pelo menos quanto ao direito privado e quanto ao direito judiciario, adoptar o methodo chronologico, que me habilitaria a seguir a marcha evolutiva de cada principio e de cada instituto de direito privado, desde a sua formação embryonaria, no direito romano, canonico e wisigothico, até á sua contextura actual no nosso direito.

Esse estudo não poderia deixar de ter lacunas, já pela deficiencia de dados, a que me tenho referido, e já, tambem, em virtude de minha propria deficiencia; mas incontestavelmente elle seria de grande alcance práctico, descortinando-nos por inteiro a indole e a natureza intima de cada instituto juridico, que o methodo synchronico apenas nos deixa entrever com uma luz diffusa mais ou menos brilhante.

Assim, por exemplo, util, instructivo e animador tentamen seria sondarmos o movimento evolutivo da instituição servil entre nós, desde a época da introdução desse virus no nosso organismo social até á convenção de 23 de novembro ae 1826—que equiparou o trafico á pirataria—até o inicio e sequencia gradual do movimento emancipador que terminou a 13 de maio de 1888, dia em que o sol da liberdade dardou sua offuscante luz sobre a cabeça de todos os habitantes do Brazil. Aos nossos olhos se desdobriariam as phases varias da porfiada luta que se travou, a proposito da escravisação dos indios, entre

o interesse sordido, por parte dos colonisadores e os princípios de humanidade, por parte dos Jesuitas. Veríamos as hesitantes cortes, portuguezae castelhana, ora extenderem, ora retirarem um braço protector sobre a liberdade dos miseros selvícolas, até que, depois de muitas marchas e contra-marchas, de muitos e clamorosos abusos, foi desferido o ultimo golpe na servidão, mesmo temporária, dos indios, pela lei de 27 de Outubro de 1831, que os considerou como orphãos, entregues aos respectivos juizes para lhes applicarem as providencias da ordenação L. 1.<sup>o</sup> Titulo 88.

E foi lentamente percorrida a estrada do libertamento das duas raças, não obstante a propulsão libertadora imprimida por differentes bullas pontificias. Essa lentidão vem quasi abonar o conceito pessimista de Portalis, o qual pensava que no decurso de muitos seculos a historia só offerece a promulgação de duas ou tres leis boas. Mas a verdade que devemos reconhecer, proclamada por Cesar Cantú, é que o passado é uma série de emancipações vagarosas, difficeis, dolorosas, porém certas.

E é esse effectivamente o espectaculo que nos depara a historia do direito, mostrando-nos sempre lenta, mas sempre certa, a substituição do reinado da força pelo da Justiça—esses dous pólos entre os quaes oscilla a sociedade, deixando-se vencer por um ou por outro, no pensar de Bacon: *In societate aut vis aut lex viget.*

Posso até antecipar-vos que uma das generalisações que veremos brotar da historia do direito é essa continuidade de movimento progressivo, tendo como derradeira méta ou como ideal a realizar o predomínio da Justiça sobre a força, isto é, a victoria da Liberdade.

Aquillo que, de relance, acabámos de verificar no tocante á instituição servil podêriamos, por egual, verificar em relação á *patria potestas*, á condição da mulher ou a qualquer outro instituto juridico.

Que enorme distancia vai do —*jus vitæ et necis*— do primitivo direito romano para as linhas geraes do patrio poder constituídas pelo direito justinianêo! Que differença entre a condição da mulher nas sociedades primitivas do oriente e de Roma e a que lhe contere o *Fuero-Juzgo*, codigo romano-gothico do 7.º seculo, onde, morto o pai, toca á mãe o direito de consentir no casamento do filho!

Assim, sempre por uma influença lenta, por um embebedimento continuo, a Justiça se insinúa, se alastra, se propaga e termina por se implantar sobre as ameias onde campeava a força. Essas victorias da Justiça, lentas, porém certas, traduzem na historia o direito ou o encarnam n'um resultado sublime: a paz.

A paz entre os individuos, por meio do respeito devido á sua personalidade; a paz entre as nações, por meio do respeito consagrado á sua autonomia: eis o reinado do direito como um ideal que o progresso da civilisação tende a realizar. Bem razão tinha, pois, o propheta Isaias, quando proclamava que a paz seria o fructo da justiça: *Et erit opus justitiæ pax.*

E' bem certo que fartas vezes a força alça o collo triumphante, e o direito, recalçado e foragido na consciencia humana, só se revela por uns protestos que parecem vãos, mas que perturbam as orgias da força triumphante e preludiam o canto de victoria final da Justiça. Outras e muitas vezes é do seio das instituições que representam toda a brutalidade da força que brota a pujança do direito, assim como surgem montanhas colossaes do seio dos mares, por uma elaboração lenta e ininterrupta de minusculos orga-

nismos. E não foi o que se deu com o regimen feudal, a enthronisação do direito da força? Nesse tronco carcomido infundiu o christianismo sua seiva inexgotavel, fazendo brotar, como viçosas flores, a chamada—*Tregua de Deus*, a defeza da mulher e dos fracos pela cavaleria e a constituição do poder publico como uma magistratura paternal, instituida por interesse da collectividade, em vivo contraste com a soberania dos barões feudaes, que apenas representava a força e o interesse dos donos do solo.

Vico, encarando os recúos da civilização ou os desfallecimentos da Justiça subjugada pela força, ensinou que o progresso humano caminhava em ciclos de regresso. Não discutirei aqui essa concepção do autor da *Scienza Nuova*. Dir-vos-ei apenas, que esses eclipses temporarios não amortecem a minha crença na victoria definitiva da Justiça no theatro da historia, porque eu sou d'aquelles que divisam sempre, atravez das linhas confusas dos factos, a sombra augusta e protectora da Providencia, collaborando a seu modo com a liberdade humana para a realização dos destinos da humanidade. Para mim, devo dizel-o sem receio e sem hesitação, omittida a idéa de Deus, o mundo dos factos cosmicos e o mundo dos factos historicos ficam vazios e inexplicaveis; sem essa idéa os desvarios das paixões, os caprichos e o guante do despotismo, attestados pela historia de todas as gerações humanas, saltar-me-iam de invencivel desalento e levar-me-iam a conceber o direito como o escabello ou como o sophisma da força victoriosa.

Mas, repito, é inabalavel a minha fé na victoria da Justiça sobre a força, da Liberdade sobre o despotismo. Como o illustre e insuspeito Laurent, professor da universidade de Gand, o ninho do livre pensamento na Belgica, eu penso e digo convicto:

*«L'histoire, quand elle sera écrite au point de vue du gouvernement providentiel, sera un enseignement de liberté!»*

E imbuído dessa mesma fé no predomínio da Justiça estava o grande Thiers, quando terminou um dos seus monumentaes trabalhos historicos com esta consoladora predicção: «A Liberdade ainda não veio, mas virá!»

Não esqueçamos, porém, que a Liberdade tem uma força de expansão immensa e incoercível, de sorte que a ninguem é dado por-lhe balisas e prede-terminar-lhe os limites. Quero dizer que taes limites variam com as circumstancias e condições de cada momento historico, como as miragens do deserto que mudam de aspecto conforme a diversidade de posições de quem as busca e se enleva na sua contemplação.

E, pois, Snrs., quando vos convencerdes de que a liberdade inculpida nas tabuas da lei perde as cores de fascinante miragem para assumir as cores de uma realidade viva, agradecei á Providencia esse altissimo beneficio e trabalhai para que elle se perpetue de uma a outra geração. Os nossos posteros sentir-se-ão felizes no regaço da paz—essa filha de leis justas e lealmente executadas; sentir-se-ão felizes por não carecerem volver olhos cheios de saudade e labios cheios de benções sobre a sua extincta liberdade, que é a situação mais miseranda a que um povo póde ser condemnado.

Si quizerdes assim fixar a adquirida liberdade e acarear as benções dos posteros, tende em memoria e ponde em práctica este conselho da Regencia Provisoria de 1831, n'uma proclamação dirigida aos brasileiros, depois do sete de Abril:

«Somos livres, sejamos justos.»

E disse.