

O DIREITO PUBLICO

E A SUA RECONSTRUÇÃO SCIENTIFICA

(Introducção ao estudo do direito publico e constitucional)

A actividade scientifica contemporanea que abriu ás sciencias sociaes um periodo de renovação fecunda pela approximação da sociologia ao direito, pela investigação positiva dos phenomenos sociaes substituindo as vagas especulações abstractas pelos processos da observação, da classificação e da inducção — não conta na esphera do direito politico os mesmos successos triumphaes que a consagram em outros dominios daquellas sciencias.

Foi o direito penal que primeiro e mais largamente recebeu a torrente das novas idéas.

Apesar dos thesouros de intelligencia, de subtileza e de actividade que os antigos criminalistas — na phrase de P. Dorado — despenderam para determinar *juridicamente*, segundo os principios immutaveis do direito natural e as exigencias da justiça absoluta o *quantum* de pena, de vingança e de retribuição mereceria o facto criminoso — o direito penal classico, profundamente abalado nas suas bases, cedeu o logar ás modernas concepções do delicto e da pena, essencialmente diversas das primitivas.

O crime foi estudado no individuo e na sociedade; os criterios anthropologico e psychologico illuminaram o primeiro caminho; o sociologico — o segundo.

A anthropologia criminal, filha da alta Italia, possui os seus tres grandes evangelistas — Lombroso, Ferri e Garofalo; a criminalogia italiana, exuberante de riquezas, desdobra-se já em bom numero de doutrinas e de escolas como, entre outras: as theorias atavicas que comprehendem o atavismo pre-humano de Sergi e o moral de Colajanni; as doutrinas pathologicas de Virgili e Marro que estudam especialmente a epilepsia e a degenerescencia; a theoria da criminalidade collectiva de Scipio Sighele, etc.

Na França e na Belgica contam-se os trabalhos de Baratier, Lacassagne, d'Aubry e outros sobre a degenerescencia; na Inglaterra, as theorias de Galton, d'Ellis, etc.; na Allemanha as criticas de Fleschig e Virchow; na Austria — Benedikt, Ebing e na Russia — Tarnowsky e o conhecido Dostoyewsky. (1)

A sociologia criminal propriamente dita com as suas tres correntes — normal, socialista e anarchista — tem cultores como Tarde, Durkeim e Fouillée, entre os francezes; Poletti, Vaccaro e outros na Italia; Schaeffle, Vargha, Litz, na Austria e na Allemanha; Steinmetz, na Hollanda, etc.

Se a nova escola penal não se pode dizer totalmente isenta de exaggeros, tambem já não se pode contestar o character de verdade scientifica que revestem as suas grandes linhas nem a rapida fortuna que enflora a renovação do direito criminal e penitenciario.

As proprias tendencias espiritualistas, seriamente combalidas pelas irradiações de fatalismo e de materialismo que a anthropologia criminal projecta principalmente na Italia, procuram accommodar-se, tanto quanto possivel, á nova phase da sciencia e, em vez de combatel-a, interpreta-a de accordo com o seu ideal de justiça.

« Pode-se estudar o criminoso na sua natureza, costumes, habitos, instinctos e paixões sem cahir-se —

(1) Quiros. *Las nuevas teorías de la criminalidad.*

como acontece com a escola positivista — no materialismo e definitivamente no fatalismo ». (2)

Entretanto não são novos os estudos sobre o homem delinquente mesmo pela face scientifica em que é encarado pela moderna anthropologia criminal.

No seculo 17 já Samuel Fuchsius foi, diz G. Antonini, « um precursor de Lombroso, procurando no aspecto physico um indicio da constituição moral do individuo e attestando assim que a orientação da nova escola anthropologica fora adoptada ha seculos. (3)

E' evidente que se não deve exaggerar a importancia do trabalho de Fuchsius nem consideral-o senão relativamente ao ambiente scientifico do tempo em que foi escripto.

« Os estudos sobre este assumpto constituíam apenas trabalhos isolados sem orientação scientifica definitiva e não trouxeram á sciencia contribuição importante. Ha vinte annos sómente foi conseguido resultado apreciavel porque applicou-se a taes investigações um methodo mais effcaz, transformando-as então em um ramo especial da sciencia. Com effeito, a applicação do methodo positivo ao estudo da sociologia devia necessariamente chamar a attenção para a personalidade do sujeito do direito considerado do ponto de vista dos caracteres somaticos e produzir como consequencia uma revolução no modo de considerar as sciencias repressivas ». (4)

Assim, é ao methodo, á applicação dos processos de investigação e demonstração empregados pela moderna sociologia que deve a nova escola penal a sua systematisação scientifica.

(2) B. Andrade. *Estudio de anthropologia criminal espiritalista*. Pag. 38.

(3) *Un precursore di Lombroso nel secolo XVII*. Archivio di Psichiatria, Scienze Penali ed Antropologia criminale. Vol. 17, pag. 409.

(4) Baca e Vergara. *Studi de antropologia criminale*. Trad. do hespanhol na Bibliotheca Anthropologico-Juridica, pag. 7.

Lombroso iniciou o movimento no campo anthropologico; Ferri demonstrou a necessidade de applicar o methodo positivo á sciencia da criminalidade.

Ainda assim, quando este publicou a sua « Sociologia Criminal », todos se recordam que « *inconcludente putiferio si sollevo in Italia ed all' estero* ». (5)

A uns afigurou-se que a nova designação era um producto da mania innovadora ou do que se chama— com esse sarcasmo *hors de saison* a que se referia Alfred Lambert — *nevrose do scienticismo da moda*; a outros, espiritos valiosos esses como Vani, pareceu que a mudança de direcção e de methodo em um ramo da sciencia não auctoriza por si só a mudança de nomes consagrados pelo uso.

Era essa uma resistencia natural e explicavel pelo conceito de Spencer que toda a adaptação existente è um obstaculo a uma adaptação nova e mais perfeita.

E assim, na phrase de Ferri, findou com Carrara e com os mais illustres representantes da escola classica o cyclo glorioso iniciado por Beccaria.

A economia politica, sciencia precursora da sociologia, vacilla e taceia sem as luzes desta ultima sciencia e Gumpłowics (6) o demonstra a largos traços estudando o motivo das acções economicas e a theoria da divisão do trabalho estrictamente ligada á concepção sociologica da marcha da humanidade.

O desenvolvimento e a organização industriaes da sociedade moderna, a accentuação da desigualdade natural das classes, a substituição da antiga aristocracia rural por uma plutocracia de homens de negocio, o poderio quasi incontrastavel das grandes associações e dos *trusts*, fizeram da questão economica o centro absorvente de todas as attenções e inspira-

(5) A. Tortori. *Sociologia e diritto commerciale*. Vol. I, pag. 3.

(6) Ann. de l'Institut Intern. de Sociolog. Vol. I, pag. 93.

ram a pensadores como K. Marx e Loria a idéa de que os phenomenos de ordem economica constituem o centro da sociologia e são os reguladores de todos os problemas sociaes.

Para Marx — o modo de producção da vida material domina, em geral, o desenvolvimento da vida social, politica e intellectual.

Na vida organica o phenomeno basico é o phenomeno da nutrição; na vida social ha um outro phenomeno que, em virtude dos modernos estudos, foi perfeitamente assimilado ao da nutrição organica e de tal fôrma que um illustre philosopho denominou a sciencia que d'elle se occupa « sciencia da nutrição social »; é o phenomeno economico. (7)

D'ahi a supremacia hodierna que se attribue ao factor ou problema economico e a tendencia para explicar todos os factos politicos com o estudo dos phenomenos economicos como faz Loria na sua conhecida obra « Theoria economica della costituzione politica » e como fazem outros.

Loria procura demonstrar que as mudanças e revoluções que affectam o poder politico dependem da predominancia de uma destas tres causas economicas : renda, lucro do capital e salario.

Tarde e outros combateram esta these; mas as discussões a que até muito recentemente deu logar demonstram a preocupação universal que despertam os phenomenos economicos.

Consequencia della é o posto secundario, o quasi abandono em que parece vegetar a sciencia politica propriamente dita.

Ora, nem os factores economicos operam exclusivamente — porque grandes factos politicos se devem a causas de ordem moral, como as correntes religiosas e outras, nem a sociologia e a sciencia economica se confundem e se annullam uma pela outra.

(7) V. Mellusi. *La funzione economica nella vita politica*, pag. 1.

Mas a orientação dos estudos economicos amplia-se e eleva-se quando esclarecida pelos principios da sociologia de modo que os phenomenos economicos são, na phrase de Worms, conferidos com os demais phenomenos sociaes de ordem intellectual, politica, juridica ou outra.

Ainda nestes dominios cabe portanto ao methodo positivo o papel de principal factor do progresso scientifico.

Relativamente ao direito administrativo, colho na « *Revue de Sociologie*, » o seguinte, em referencia á obra de Di Bernardo (*La publica amministrazione e la sociologia*): « A sciencia da administração publica estudada como um dos mais notaveis e interessantes phenomenos da evolução social ; as regras do direito adminstrativo sob o ponto de vista sociologico tal é o fim da obra de Di Bernardo. E' da sociologia que a administração tira a sua força, a sua auctoridade e, por assim dizer, a sua popularidade. A sociologia dá á administração uma vitalidade e uma direcção novas. O problema é : achar as leis em virtude das quaes os phenomenos da administração se succedem no tempo, o que quer dizer — dada uma sociedade, achar as leis administrativas que convenham a esta sociedade, e as modificações que devam soffrer quando a sociedade se modifique. »

As mesmas tendencias podem ser observadas no desenvolvimento do direito internacional. « A razão humana e social desenvolvida procurou na independencia respeitada de cada povo apoiar-se antes na justiça real que na legalidade formal e na coacção. Foi uma socialidade superior que fundou o direito internacional, que é portanto sociologico por excellencia. (8)

— O direito privado, por sua vez, não escapa á acção do moderno espirito reformador. « Il di-

(3) C. Ferrari. *La sociologia e il diritto internazionale*.

ritto civile non deve essere qualche cosa di monumentale posto al fuori della vita sociale, e, dovendo seguirne gli aspetti diversi, nei diversi momenti cambia le sue norme per legge di adattamento ». (9)

Contra a intangibilidade do direito civil que Ferri, penalista, combateu desde 1882 ao assumir a sua cadeira na universidade de Viena, Vadalá Papale assim se exprimia nas columnas do « Filangieri » : « Os codigos até hoje consideraram homens e instituições sobre o aspecto individualistico e solitario, emquanto que homens e instituições se agitam no meio da vida social, resultado da lucta de tantas forças, de tantas relações que imprimem um certo character a determinadas epochas. O codigo deve acompanhar o movimento da vida social.

E' por isso que um estudo acurado de todos os phenomens economicos, politicos e sociaes deve ser continuadamente feito para que o codigo, em todo o seu organismo, possa nelles inspirar-se. (10)

No direito commercial é conhecida a tentativa, sem grandes resultados aliás, feita por Papa d'Amico no sentido de construir uma theoria juridico-sociologica do commercio, tentativa que nada mais era do que uma forçada applicação ao commercio do systema organico de Schaeffle.

Alfredo Tortori estuda o fundamento economico e a função social do direito estendendo as suas investigações ao direito privado em genero e intensificando-as relativamente ao direito commercial.

« E contemporaneamente mentre ferve tra i dottinari il lavoro di critica per la ricostruzione degli istituti commerciali vigenti sulla base dei progrediti, mutati de accresciuti rapporti economici, un nuovo soffio anima di una nuova vita gli studi dei giuristi ; é la necessitá che imperiosamente si fa sentire di una *teoria sociologica del diritto commerciale*. E scrive il

(9) Chironi. *Sociologia e diritto civile*.

(10) Tortori, *Sociologia e diritto commerciale*. Vol. 1 pag. 255.

Marghieri : Le relazioni commerciali sono divenute una parte essenziale ed indispensabile del movimento sociale. Non potrebbe oggi esistere consorzio sociali del quale il commercio non fosse il principale fattore.» (11)

E Papa d'Amico dá a este principal factor do consorcio social o nome de *orgão* e delle relativamente á sociedade, estuda a physiologia e a funcção social.

Vê-se portanto que nos dominios do direito privado ensaia-se tambem um trabalho de reconstrucção que consiste, no dizer de Tortori, em fazer penetrar por luz directa naquelles dominios os raios vivificados que o espirito sociologico soube tirar da collisão entre os velhos e novos interesses, do attrito entre as antigas e novas formas economicas, do debate vigoroso entre os velhos e novos modos de entender-se a liberdade, a responsabilidade e a justiça.

Não é outro o nosso escopo nestas linhas senão o de constatar o movimento de approximação entre a sociologia e o direito em geral assignalando a menor actividade que se observa na esphera do direito publico e constitucional, approximação util e fecunda que Balicki (12) reputa um facto consummado.

Pela circumstancia de ter sido lento e difficil tal movimento, observa aquelle escriptor, nem por isso é menos effcaz e as contribuições reciprocas que mutuamente se dão as sciencias moraes e juridicas de um lado e a sciencia social de outro, permitem entrever-se em futuro proximo, uma união ainda mais intima. Tal união consistirá necessariamente em uma unificação synthetica dos principios de ambas as sciencias e em uma classificação racional dos phenomenos correspondentes. (13)

Entretanto a nova sciencia, apesar de seus meritos incontestaveis, não conseguiu vencer totalmente as

(11) Tortori. *Sociologia e diritto commerciale*, V. I, pag. 59.

(12) Balicki *L'Etat comme organis. coercitive de la société politique*, *Introd.*

(13) Balicki, *LEtat comme organis. coercitive de la société politique*, *Introd.*

desconfianças e incredulidade de grande numero de jurisconsultos.

Será o direito absorvido pela sociologia ? Esta sciencia de formação recente e que desde os seus primordios accentuou-se como coordenadora das sciencias sociaes particulares não deverá absorvel-as na sua esphera mais vasta e comprehensiva ?

Worms, para demonstrar que a sociologia e o direito podem viver autonomicamente lado a lado sem prejuizo reciproco mas, até mutuamente apoiando-se, estuda a evolução do direito nos dous ultimos seculos, egual evolução das sciencias sociaes em geral, e a formação da sociologia e suas relações com o direito. (14)

Nos primeiros annos do 18.^o seculo os jurisconsultos, magistrados, advogados não cogitavam de attribuir ao direito outra missão alem da de resolver as pendencias entre particulares do modo mais consentaneo com a lei escripta e os costumes existentes. Era a *pratica* diaria do pretorio.

O desenvolvimento dos estudos do direito publico deu logar a noções menos estreitas. Grotius funda o direito das gentes; as constituições estrangeiras foram objecto de estudo e especialmente a da Inglaterra inspirou a obra de Montesquieu.

A natureza da sociedade civil e do Estado fornecia a Rousseau e aos encyclopedistas o thema das doutrinas em voga. Estas investigações deram aos juristas a idéa de uma ordem juridica differente daquella a que estavam habituados salientando as imperfeições da lei e fazendo germinar o desejo de modificá-la. Beccaria e Filangieri — foram, no direito criminal, os apostolos desta renovação.

O seculo 19 inaugurou-se com uma obra de codificação — imperfeita sem duvida, porém, grandiosa. Admittiu-se então que a concepção do direito de-

(14) Worms, *La sociologie et le Droit*, Rev. Int. de Sociologie, janeiro, 1895, pag. 35.

veria envolver não somente a *pratica* judiciaria mas tambem a *arte* juridica — a da legislação.

A estes dous aspectos — que correspondem a funcções legitimas e necessarias, a *pratica* e a *arte*, o seculo findo juntou um terceiro, creando o que é propriamente a *sciencia* juridica. O direito se lê nos textos sem duvida, disseram Savigny e sua escola; mas antes existia na consciencia do povo para o qual esses textos foram formulados. O mais interessante para o jurisconsulto não é applicar a lei se está escripta ou concorrer para redigil-a se o não está; é conhecer e penetrar as razões profundas que fizeram que o costume de que a lei é filha fosse adoptado pelo povo que a applica. Assim o que importa no conhecimento da lei é menos o seu presente e mesmo o seu futuro do que o passado. D'ahi a historia da legislação nacional. Mas, ao estudo isolado da legislação de cada paiz, era necessario superpôr uma synthese pela comparação, estudando-se no espaço as instituições que eram estudadas quanto ao tempo e examinal-as nas suas transformações conforme os logares, climas, raças, etc.

Ampliado assim, pelo exame da historia e comparação das nações, o estudo do direito tornou-se verdadeiramente uma *sciencia*.

Evolução parallela desenvolvia-se em outros ramos dos estudos sociaes. Em materia de ordem economica os physiocratas substituem o empirismo exclusivo por certas normas superiores, formulas de reforma e de acção: era a arte economica. Mas, o dogmatismo da escola cujas maximas deveriam ser applicaveis em todos os paizes e em todos os tempos, foi substituido por um estudo de observação e de inducção; procurou-se conhecer o que é e não o que deveria ser.

Factos analogos se encontram em materia religiosa, na evolução da esthetica e mesmo na politica. O empirismo politico, unico systema conhecido desde a idade média, foi substituido por theorias abstractas: a do autoritarismo de Machiavel e Hobbes; a do

liberalismo com Bodin, Locke, Montesquieu. Esta ultima doutrina toma dous aspectos: o liberalismo utilitario dos inglezes e o liberalismo racionalista dos francezes. A historia vem depois como um novo factor, transformar as controversias anteriores. A sciencia das instituições politicas toma então logar ao lado das demais.

Apenas nascidas, estas sciencias approximaram-se. Um mesmo espirito — o espirito historico, o espirito de comparação no tempo e no espaço, animava a todas. D'ahi resultou a idéa de que todas as sciencias sociaes particulares deveriam ter sua synthese em uma sciencia social mais geral a que Augusto Comte deu o nome de sociologia. Esta sciencia tem por processos a observação, a classificação, a inducção ; isto a distingue ao mesmo tempo da arte e da pratica. E' essencialmente uma sciencia synthetica. Quer porém se a considere como synthese das sciencias sociaes particulares, quer como a somma destas sciencias, ella não prejudica a autonomia scientifica do direito.

No primeiro caso é evidente que o direito, que se occupa de uma face isolada da sociedade, não se poderá confundir com a sociologia que pretende estudar os differentes aspectos das diversas sociedades mas de um modo summario e tendo em consideração os phenomenos mais salientes. No segundo caso ainda a sciencia do direito subsistiria como a sciencia economica, como a politica, etc. como ramo da sociologia e poder-se-hia chamar então sociologia juridica. Isto, porém, seria uma mera questão de terminologia.

«A propria philosophia do direito, cujo campo é tão vasto que chega a fazer duvidar-se de que seja ella a propria sociologia, tem certos caracteres, certos problemas, certos methodos technicos particulares que não pertencem a nenhuma outra sciencia social. E o direito não é toda a vida social mas antes a parte central della, a mais rigida, e sem a qual não poderia manter-se o edificio social» (15).

(15) G. Carle, *La sociologia e la philosophia del diritto*. Na *Riforma Sociale* — Vol. XI, pag. 105.

Para bem estudar-se uma instituição jurídica é necessario conhecer as suas causas de ordem material e moral, assim como para conhecer-se o espirito de uma legislação é necessario possuir-se uma noção do espirito geral do povo que a applica, porque a organização jurídica depende da organização social. «A sociologia classifica e explica os factos sociaes, descobrindo as suas leis geraes; a sua relação com as outras sciencias sociaes é a mesma que existe entre a biologia e as sciencias naturaes particulares». (16).

« Na minha opinião, diz Carle (17), a sociologia, ainda que não definitivamente formada, teve logo o merito de contribuir para a orientação das sciencias sociaes particulares impedindo que estas, nas suas investigações exclusivas, perdessem de vista o intento final para o qual deveriam convergir seus esforços ».

Esta nova orientação no estudo dos phenomenos sociaes faz-se amplamente sentir nas sciencias sociaes particulares e no direito privado, como vimos.

Entretanto — nota Deslandres (18) — « quando se aborda o estudo da sciencia politica, a primeira impressão que se experimenta é a de um semi-abandono. Os catalogos juridicos regorgitam de livros sobre o direito privado; a economia politica alimenta por si só livrarias em plena actividade; a sciencia social nascida de pouco tempo constitue uma bibliotheca cujas obras succedem-se de mez a mez; o direito administrativo, o direito internacional publico, o direito criminal — não são menos ricos em trabalhos de toda a sorte. Em face destas riquezas o direito

(16) Balicki, *L'Etat comme organisation coercitive de la société politique*, pag. 15

(17) G. Carle — Op. cit.

(18) M. Deslandres. *La crise de la sciencia politique*. Na *Rév. de Droit Public*. Vol. 13, pag. 5.,

constitucional parece um desherdado ; è como um galho atrophiado do tronco vigoroso das sciencias politicas que contêm aliás tantos ramos luxuriantes.»

« Não possuímos nem na Italia nem no estrangeiro uma verdadeira escola de sociologia politica, diz Majorana (19).

Ha sem duvida grande numero de monographias, mas muito resta ainda a fazer-se para determinar o methodo e para reunir os materiaes basicos que mais tarde, quando a elaboração doutrinaria estiver amadurecida, possam servir a uma mais solida reconstrucção racional. O convencionalismo de algumas velhas theorias, como, por exemplo, a das fórmulas de governo e da divisão dos poderes permanece quasi indiscutido. No direito publico, ao passo que existe uma verdadeira *escola juridica*, não se manifesta senão uma simples *tendencia sociologica*.»

Não ha duvida que os phenomenos politicos são dos mais complexos que a sciencia pode estudar.

A este motivo — fundamentalmente verdadeiro — attribuem de Greef e outros a separação transitoria entre o empirismo juridico e politico e a sociologia.

Mas o caracter vario e complexo dos phenomenos não pôde ser um obstaculo para a sciencia ; constituirá quando muito uma difficuldade mais ou menos consideravel na applicação pratica dos resultados obtidos.

O physico, como diz Starcke, não pôde prever onde cahirá a pedra de um edificio que desmorona ; a complexidade das forças em acção é demasiado grande para a sua observação e combinações. E se o physico começasse por levantar taes problemas, jamais fundaria a sciencia. Não foi assim que procedeu ; pelo contrario, deixou de lado taes phenomenos excessivamente complexos para limitar-se a observar os factos elementares em que as forças agem em condições determinadas.

(19) A. Majorana. *Teoria sociologica della Costituzione Politica*, pag. 2.

Quando as sciencias phisicas iniciaram as conquistas que mais tarde foram tão brilhantes e gloriosas, homens da sciencia sentiram-se esmagados pela variedade dos phenomenos a estudar e encararam com pronunciado septicismo a possibilidade de obtenção dos resultados e fins que tinham em vista.

Exactamente em virtude da complexidade do seu objecto é que o direito politico deve beber a sua orientação na larga fonte de uma sciencia que estuda, observa e classifica os factos sociaes nos seus grandes caracteres geraes.

Evidentemente, diz C. de Lestrade, não se pôde esperar que a sociologia preste enormes serviços ao que se chama politica quotidiana. Aquella é uma sciencia. Enuncia verdades e não é nem com sciencia nem com verdades, que se embaraça a politica de toda a parte; mas ao lado dessa politica *au jour le jour*, existe a sciencia politica que pôde ir ao campo cultivado pela sociologia effectuar uma larga colheita.

Ninguém desejará que a sociologia se venha misturar com as luctas do que os gregos chamavam nobremente *Agora* e do que, entre nós, é a praça publica. Ella será disso preservada pela sua propria essencia e se apparecer nesses torneios modernos será como o sol para os alumiar.

A sociologia tem uma utilidade tão immediata quanto a pôde ter uma sciencia. «A arte da navegação existia muito antes que a astronomia a viesse aperfeiçoar; construíam-se casas antes da invenção da geometria; os homens governavam-se e eram governados muito antes que se falasse em sociologia.

Mas assim como ninguem nega que o conhecimento das leis astronomicas proporciona ao navegante uma segurança que antes não tinha, que a geometria permite ao engenheiro economisar tempo e esforço conseguindo mais seguro resultado — como pretender-se que a politica não deva ser orientada pela sociologia que lhe mostrará a natureza dos aggregados que ella deve guiar, as forças que deverá

empregar? Certamente a sociologia não ensinará em casos determinados qual o partido a tomar. Esse é o papel da arte e não da sciencia.

Mas dará ao homem d'Estado os elementos da sua decisão, como a anatomia e a physiologia fornecem ao medico os elementos da therapeutica. Um dos homens mais celebres da Inglaterra escrevia em 1895: D'ora avante, nenhum estudo politico poderá ser apprehendido sem o auxilio da sociologia. (20)

A sciencia politica não pode portanto permanecer extranha ás correntes do movimento scientifico, principalmente na actualidade em que se assignala, como phase da evolução social, a chamada crise do Estado moderno.

Como o direito penal, como a economia politica, como as outras sciencias sociaes, o direito publico será reconstruido sobre as largas bases sociologicas.

E a primeira pedra dessa reconstrucção é o methodo que, na phrase de Deslandres, venha substituir por uma sciencia digna de tal nome as especulações muitas vezes incertas dos escriptores politicos.

« Não ha para uma sciencia senão um principio de vida e de efficacia : — o *methodo*. E' com effeito o methodo que attrahe os espiritos para a sciencia fazendo-lhes entrever nos chãos dos factos a ordem futura e os guia, mostrando-lhes o fim a attingir e o caminho que a elle conduz. (21)

II

Desde muitos seculos, diz Mosca (22), no espirito dos pensadores, surgiu a idéa de que os phenomenos sociaes que viam desenvolver-se, não eram meros accidentes, nem a manifestação de uma vontade so-

(20) C. de Lestrade. *Introd. aos Principes de Sociologie de Giddings.*

(21) Deslandres. Art. cit.

(22) Mosca. *Elementi di Scienza Politica.*

brenatural e omnipotente — mas antes o effeito de tendencias psychologicas constantes que determinam a acção das massas humanas.

Trabalhos de investigação foram feitos desde Aristoteles, para chegar-se á descoberta das leis e modalidades que regulam a acção destas tendencias e os estudos assim feitos subdividiram-se e especialisaram-se.

Modernamente os escriptores de direito publico, embora interpretando e commentando leis positivas, são levados sempre á investigação das tendencias geraes em que estas leis se inspiram.

Os resultados colhidos, já o dissemos, não são, neste ramo das sciencias sociaes, comparaveis aos obtidos em outros. Mais geralmente dominam aqui as theorias racionalistas e as justificações mais ou menos philosophicas dos diversos typos de organização politica.

A grande diversidade dos methodos aconselhados e empregados não pode conduzir senão á incerteza e cada vez mais nos afastará da correcta precisão dos conceitos fundamentaes que Gerber julga innegavelmente necessaria.

Esta falta de rigor e de orientação fez dizer a Stein que em taes condições não será possivel uma verdadeira sciencia de direito publico que não poude ainda estabelecer um principio juridico de firmeza absoluta. «Ha centenas de annos, diz elle, não se conhece o caso de dous tratados de direito publico approximadamente eguaes no systema e no methodo.»

Duas grandes escolas, notaveis pela doutrina e pelo valor scientifico dos seus sustentadores — apresentam ao direito publico a base de sua necessaria reconstrucção.

São as que pugnam pelo methodo *juridico* e pelo methodo *sociologico*. A primeira tem partidarios como Laband, Stein, Gneist, Gerber, etc. e é por excellencia a escola dos publicistas allemães; a segunda é vigorosamente defendida por toda pleiade

dos modernos sociologos que, entendem, como Gumpowicz, que a politica jamais será sciencia sem o apoio e a direcção da sociologia.

Bastam, para que fiquemos ao par do movimento de renovação scientifica que affecta o direito publico, o estudo desses dous methodos e o exame comparativo das vantagens e defeitos respectivos.

Haveria ainda a examinar o methodo metaphysico ou dogmatico que tão largamente dominou na sciencia politica e que parte de verdades fundamentaes absolutas para explicar e orientar a sociedade politica. Entre este e o methodo juridico ha estreitissimas affinidades.

Bem definiu Liard (23) os processos do dogmatismo politico quando descreveu-lhe o mechanismo: « *Prendre un pied sur la realité sensible mais pour s'élancer loin d'elle, d'un bond rapide, vers un monde d'idées nécessaires, faire de ces idées la realité véritable ou tout au moins le principe premier des phénomènes, les investir d'une certitude absolue, et expliquer par elle, sans recourir à l'expérience, les choses du monde sensible...* »

Assim as verdades moraes e politicas approximam-se da verdade mathematica.

Do axioma da liberdade deduziu Rousseau o contracto social. Dada a definição da democracia, diz Vacherot, deduzo della todas as consequencias para a sociedade, para o Estado e para o governo.

A experiencia e a realidade protestam? Que importa?

O conceito da liberdade é, na phrase de Kant, um conceito da razão pura.

A famosa theoria da separação dos poderes publicos, como ainda hoje é entendida e explicada, é filha desta escola.

Se, na realidade da vida politica, domina em certo regimen o poder legislativo, clama-se contra a cri-

(23) *La science positive et metaphysique*, pag. 47.

se universal do parlamentarismo — incluída a Inglaterra — e, como diz Majorana (24) repete-se a phrase vulgarmente expressiva: « *ramai la luna de miele dei Governi parlamentari è tramontata, da un pezzo.* »

Si prevalece o poder executivo com a sua ingênita propriedade de expansão e como sóe acontecer no regimen presidencial — é contra o absolutismo e o arbitrio pessoal que as queixas se formulam e dahi, como entre nós, as aspirações indefinidas a hybridismos salvadores na organização politica e um vago desejo ingenuo de *sahir dist*.

Mas que importa o desequilibrio pratico se a separação independente dos poderes é o supremo axioma da organização politica?

As constituições politicas repousam na razão. Dahi, como diz Lastarria, o defeito das constituições que esquecem a sociedade quando tratam de organizar o Estado, deixando de lado a organização natural daquella. (25)

« Comquanto fortemente influenciados nas suas combinações pelas circumstancias historicas, os nossos constituintes, diz Deslandres (26) foram, mais do que os de qualquer outro paiz, os interpretes da razão pura.

Não se pode acreditar que esta base racional constantemente attribuída ás nossas instituições — tenha sido uma das causas da sua instabilidade e não é certo que a França foi sempre o paiz em que se poz mais frequentemente em questão a propria forma de governo?

Por antithese — se as instituições inglezas se nos apresentam como monumentos inabalaveis, que receberam sem duvida retoques profundos no decurso dos seculos mas ficaram sempre de pé — não é por-

(24) Majorana. *Il governo parlamentare all'inizio del secolo XX.* « *Riforma Sociale* » vol. 11 pag. 317.

(25) Lastarria, *Leçons de politique positive*, pag. 24).

(26) Deslandres *Op. cit.*

que ellas tiveram a sua base na tradição de que procederam em vez de apoiarem-se na pura razão ?

Observe-se ainda a constituição federal norteamericana, com seu seculo de existencia já transposto, dotada de extraordinaria estabilidade. Ella tambem não foi uma obra da razão; foi, na phrase de Curtis, a filha das circumstancias; impunha-se como resultado necessario dos factos.»

Bastam, quanto ao methodo dogmatico, as observações que aqui ficam.

— O exame critico do methodo juridico, a que o prestigio da sciencia allemã confere um logar de honra no estudo dos phenomenos de ordem politica é consideravelmente facilitado pelo conhecimento do methodo dogmatico, dadas as affinidades intimas que, como vimos, existem entre ambos os processos.

Se o methodo dogmatico funda-se em verdades primordiales e absolutas e d'ellas deduz as regras sociaes de applicação universal, o methodo juridico procede do mesmo modo, deduzindo da ordem juridica, por meio da logica e da razão pura, regras egualmente universaes.

Preexistem a toda organização politica, dictados pela razão, conceitos juridicos geraes. Não comprehendendo, diz Laband, que se censure o methodo dogmatico pelo facto de empregar elle as deducções logicas em vez de valer-se das investigações historicas ou das considerações politicas »

Esta identidade de defeitos entre o methodo dogmatico e o juridico torna applicaveis a este as criticas justificadas feitas ao primeiro.

«A escola juridica, diz Majorana (27), lamentando as incertezas, a elasticidade, a confusão das theorias do direito publico e consequente empirismo das conclusões — não espera outro remedio senão o que re-

(7) A. Majorana — *Teoria sociologica della costituzione politica*, pag. 2

sulta do revigoramento do senso juridico. «E observando, não sem inveja, a admiravel elaboração do direito privado, aponta o como exemplo a ser imitado. — Procura, portanto, em toda doutrina politica (porque é sempre essencialmente politico o objecto do direito publico) estabelecer a rigorosa correlação entre faculdade e obrigação, a necessidade da sancção, todo o conjuncto emfim de condições em que vive a idéa do direito. Funda-se assim um direito publico meramente abstracto — que não deve, na phrase de Laband, «nivelar-se com a litteratura politica do jornal.»

Ha no direito privado grande numero de principios que podem ter applicação em dominios mais vastos do que o que é rigorosamente circumscripto pelas relações exclusivas que aquelle direito rege.

«Sem duvida, diz Larnaude (28), o direito privado contém numerosos principios que não são tanto de direito privado como principios geraes de direito; mas é com a maior circumspecção que se os póde transportar para o direito publico mesmo despojando-os daquillo que os prende especificamente ao direito privado. As theorias juridicas do direito privado visam relações cuja substancia é de natureza diversa, nq maior numero de casos, da das relações do direito publico. Houve uma epocha em que o direito publico esteve inteiramente impregnado do direito privado — foi a idade media.

E' crível que se faça progredir o direito publico fazendo-o voltar a essa orientação?... Nunca se deve esquecer a grande differença que separa e sempre separará o Estado e geralmente os seres collectivos, do individuo e que portanto sempre separará as theorias do direito publico e as do direito privado.»

Com relação á applicação universal de principios a que chega o methodo juridico da mesma fôrma que o dogmatico accrescenta Larnaude (29): «Não es-

(28) F. Larnaude — *Introd. à trad. franceza de Laband. Le-droit public. de l'Empire Allen.and* — 1. vol., pag. 13.

(29) Larnaude — *Introd. cit. à obra de Laband.*

tou convencido como Laband da universalidade e do encadeiamento racional e logico dos principios geraes do direito que aquelle escriptor parece entender ser de todos os tempos e de todos os logares.

Esta universalidade não me parece indiscutivel senão quando se trata dos processos logicos que a dialectica juridica utiliza. Quanto ao direito em si, é essencialmente relativo e contingente e seus principios apresentam sobretudo o character da variabilidade. Sem duvida adaptam-se algumas vezes a situações novas ou nellas se os procura introduzir á força. Quando os nossos antigos legistas trabalhavam obscura e pacientemente na reconstituição progressiva do poder régio, applicaram a situações novas principios, theorias e argumentos juridicos que não haviam sido feitos para ellas; assim fazem hoje os legistas allemães. E quando ao imperio allemão succeder uma nova fôrma politica, os sucessores de Laband não procederão de modo diverso do que usou o seu illustre predecessor ».

O novo codigo civil allemão, obedecendo á orientação geral desta escola, mereceu de Kovalewsky a seguinte critica:

« A noção da interdependencia intima e constante entre o direito e a evolução economica, social e politica. ficou visivelmente extranha aos auctores do novo codigo cuja base principal é constituida pelas Pandectas de Justiniano com as interpretações com que o dogmatismo allemão as amplia e por vezes deforma. (30).

Menger, defendendo o projecto do codigo contra os que o censuraram pela ausencia total de um character social, respondia que tal defeito existe realmente, mas esse é o defeito de todo o direito allemão e não exclusivamente do direito civil allemão.

30. M. Kovalewsky — *Droit comparé, ses methodes et son rapport avec la sociologie*. Nos *Annaes do Inst. Int. de Sociologie*; vol. 6, pag. 118.

Segundo Laband, o methodo juridico applicado ao direito publico consiste no seguinte processo :

Em presença do systema constitucional de um paiz deve-se 1.º, analysar as relações juridicas que constituem o seu direito publico ; 2.º, estabelecer-se precisamente a natureza juridica de taes relações ; 3.º, por um movimento ascencional de generalisação — descobrir os principios juridicos mais geraes a que são ellas subordinadas ; 4.º, emfim, por um movimento contrario, deduzir dos principios descobertos as consequencias que delles decorrem porque uma vez obtidos os principios geraes é preciso desenvolver as suas consequencias.

Já notámos o erro do methodo dogmatico quando applicado em obra constituinte, defeito de que resulta o completo esquecimento da verdadeira constituição social quando se trata de organizar o Estado vasando-o em moldes creados pela pura razão.

O methodo juridico conduziria ao mesmo resultado porque o seu ponto de partida — noções juridicas superiores — não produziria senão um typo abstracto de instituições politicas regidas pela logica inflexivel.

« O Estado seria simplesmente o sujeito do direito publico », como o define Meyer.

De resto, pergunta Deslandres (31) « que vêm a ser os conceitos juridicos superiores — fundamento racional do methodo juridico ? Onde se elaboram ? Se o regimen de parlamentos (32) é um desses conceitos — existia elle ha apenas dous seculos ? Não foram as praticas da Inglaterra que o desenvolveram ?

A Allemanha é um Estado federal : ora a noção fundamental do Estado federal é a egualdade dos Estados particulares e independencia do organismo colectivo relativamente aos órgãos componentes ; entretanto o Imperio allemão repousa inteiramente na hegemonia prussiana. Onde está o racionalismo do systema politico allemão ?

(31). Artigo citado.

(32). Melhor diria « Representativo ».

A logica das instituições politicas? Seria preciso, para que ella existisse, que as instituições dos povos fossem o producto da vontade humana guiada pelas luzes da razão pura, mas ellas são principalmente o resultado dos factos, os productos da historia e se a vontade humana tem parte na sua formação, isto se dá, não por inspiração da logica mas das circumstancias historicas, das condições presentes, das tradições antigas e das experiencias realizadas».

As instituições politicas não são invariaveis nem no tempo nem no espaço ; pelo contrario, hão de adaptar-se constantemente ás novas condições oriundas da evolução social. Mas a sciencia politica guiada pelo methodo juridico não poderá aconselhar senão instituições immutaveis filhas de principios abstractos superiores aos factos, muito embora o mais profundo desequilibrio venha estabelecer-se entre a constituição social existente e a constituição politica legal.

Uma constituição politica é tanto mais duravel quanto maior for a sua plasticidade. A constituição norte-americana é classificada por Bryce entre as do typo rigido, mas exactamente porque foi modificada e desenvolvida não só por emendas legislativas, mas ainda pelos usos e costumes e por largas interpretações. «E se ella resistiu, diz aquelle escriptor (33), é porque foi submettida a um systema de transformações constantes, comquanto pouco perceptíveis ás vezes, que a adaptaram ás necessidades de uma nova epocha.

«E esta adaptação é principalmente necessaria nos paizes novos em que os homens e as circumstancias mudam mais rapidamente do que na Europa e onde, em virtude da egualdade das condições sociaes, a alavanca das novas idéas trabalha com mais força na massa inteira da nação» (34).

Ora, façamos uma constituição politica deduzida, com o rigor logico do methodo juridico, dos princi-

(33) Bryce — *La Republique Americaine*, trad. franc. vol 1.^o, pag. 551.

(34) Bryce — *Op. cit.*, pag. 511.

pios abstractos superiores que devem reger a ordem jurídica, e teremos um regimen de pura phantasia que os primeiros embates da experiencia farão desmornar.

Não é portanto no methodo juridico que encontraremos os elementos necessarios á reconstrucção scientifica do direito publico.

A escola juridica não pode porém ser de todo abandonada na sciencia de que tratamos. «O direito constitucional, diz Majorana, é sem duvida materia social e politica, mas tambem juridica e o direito tem aqui uma grande importancia *formal*. A *technica* constitucional é essencialmente juridica. Se o objecto desse direito é filiado ás mais largas determinações sociaes e politicas, o modo pratico de traduzil-as em acto é dado pelo direito» (35).

Eliminado, como processo exclusivo, o methodo juridico, temos a considerar o methodo sociologico.

Quaes são, porém, os processos logicos de investigação e de demonstração que formam o conjuncto do methodo sociologico ?

Podem ser elles precisamente determinados ?

Exactamente, a primeira das objecções que correntemente são oppostas ao valor do methodo sociologico, consiste em dizer-se que não ha processo scientifico uniforme nas investigações da sociologia.

Adversario do emprego deste methodo na sciencia politica, Deslandres (36) reúne nas suas demonstrações os mais valiosos dos argumentos até hoje levantados contra o methodo sociologico.

« Este methodo, diz elle, não é facil de ser estabelecido com precisão porque, comquanto os sociologos sejam unanimes e claros em aconselhal-o, são contradictorios e obscuros quando tratam de expol-o e infieis ás suas regras quando chega o momento de adoptal-o. E' verdade que um delles (Durkeim) apresenta como desculpa o facto de terem os sociologos até o presente se

(35) Majorana *Op. cit.*, pag. 11.

(36) Deslandres — *Artigo citado*, pag. 252.

preoccupado muito pouco em caracterizar e definir o methodo que applicam no estudo dos factos sociaes... Que confiança pode inspirar um methodo que os seus adeptos não proclamam senão para o trahir?»

Entretanto não ha razões para considerar-se o methodo sociologico como um conjuncto de processos vagos, indefinidos e sem caracteres geraes que o especifiquem; o simples estudo comparativo dos methodos dogmatico e juridico, até hoje applicados no estudo do direito publico, deixa ver que o methodo sociologico afasta-se desde logo e fundamentalmente daquelles outros processos logicos.

Resalta como primeira evidencia que o methodo sociologico não pode ser um methodo *a priori*. « Este methodo, diz Palante (37), podia ser empregado em uma epocha em que a sociologia estava subordinada á metaphysica ou á moral. Hoje isso não acontece. Não se pode cogitar nos estudos de sociologia senão do methodo de observação com os differentes processos que o compõem. Quanto á applicação deste methodo e o mechanismo de seus processos, são cousas que ficam ao espirito de cada investigador e pode muito diversificar segundo os problemas estudados. »

O proprio Deslandres reconhece que ha uma idéa geral sobre a qual estão de accordo *todos* os sociologos; é que se as sociedades e os phenomenos sociaes constituem uma ordem de cousas e de phenomenos particulares, que são objecto de uma sciencia especial, esses phenomenos não differem dos outros que podemos observar na natureza, são ligados entre si por uma relação inflexivel de causalidade, obedecem a um determinismo rigoroso e por consequencia a sciencia que delles se occupa é uma sciencia positiva que, pela observação e pela inducção, procura determinar as leis que os regem.

« Sobre todos os pontos, diz ainda Deslandres, não se vê entre os sociologos senão opposições, bata-

(37) Palante — *Précis de sociologie*, pag. 18.
R. F. — 6

lhas, explicações contradictorias; ha quasi tantas sociologias como sociologos. »

Pouco vale esta objecção contra a sociologia como sciencia.

« Questa (a sociologia) si dice, non è ancor giunta ad una linea di verità, sulla quale i diversi scrittori si accordino; al contrario, i sociologi sono tuttavia casellati in una moltitudine di scuole dissonanti. Ma in realtà una simile accusa può avventarsi con pari ragione contro molte altre scienze, della cui solidità e rilevanza niuno oserebbe certo dubitare. Per es; anche in economia politica le opinioni degli scrittori discordano, anzi talora sono in antitesi opposta. Nel diritto penale la scuola classica combatte contro la scuola positiva. Nè la contesa è meno irruente nella orbita delle scienze fisiche e naturali. In biologia, Lamarck, Darwin, Weismann, Naegeli, Roux, Cope sono campioni di altrettante dottrina per più lati diverse ed opposte. Lo scisma penetra perfino nelle matematiche, ove la geometria non euclidea (fondata sulla esclusione del noto teorema, che la somma dei tre angoli di un triangolo è eguale a due retti) minaccia i secolari dogmi d'Euclide. Ora niuno vorrà trarre da codesti dissidi interiori argomento contra la vitalità delle discipline a cui referiscono. Sono appunto questi dissidi il sintoma più infallibile de vita.

Guai quando le scienze possono assomigliarsi a quelle *torri del silenzio*, che s'ergono nelle deserte pianure dell'India, ed a cui se appendono i cadaveri per lasciarli in pasto ai corvi ed agli avvoltoi! guai quando le scienze divengono dei mausolei del pensiero, a cui se appendono dei dogmi scheletriti, perché silenziosamente li roda la critica eunuca di pochi glossatori! » (38)

Responde brillantemente esta bella pagina de Loria aos que fazem dos desaccordos entre sociologos

(38) A. Loria — *Il compito della sociologia*. Rif. Sociale. Vol. X, pag. 854.

arma decisiva contra a constituição scientifica da sociologia.

« Todas as semanas, diz Lestrade (39) na Academia das Sciencias, vemos dous chimicos, dous physicos empenhados nas mais vivas controversias. O trabalho delles será por isso menos scientifico e menos pertinente á physica ou á chimica? »

O methodo dogmatico ou metaphysico presidiu por longo tempo ao desenvolvimento do direito publico e ainda hoje é applicado e defendido. Entretanto sobre o alcance das verdades absolutas que constituem a fonte de todos os principios — não estão de accordo os philosophos da escola.

Vacillam quanto aos proprios principios de identidade e de causalidade que são entretanto os fundamentos da logica. E o defeito capital deste methodo está, menos na divergencia assignalada, do que no processo em si de deduzir de um principio absoluto todas as consequencias que, contrariem ou não a realidade dos factos, terão de ser applicadas como normas universaes a que devem obedecer os organismos politicos em geral.

Nas actuaes luctas methodologicas em materia de sociologia, diz Stein, vejo os signaes de uma força e de uma vida scientifica florescente. Ninguem se bate por mumias. A rhetorica, por exemplo, que era outr'ora o centro da educação publica e hoje sciencia quasi morta, não mais nos agitará com uma polemica sobre o methodo. Mas a sciencia a mais moderna — a sociologia — está hoje cheia de vida e por isso cheia de luctas.

A propria historia, uma das sciencias mais antigas, soffre actualmente uma crise methodologica. Não ha pois razão para exígir-se rigorosamente um passaporte scientifico á sociologia — sciencia recente — quando a historia o não tem agora.

(39) *Annales de l'Inst. Int. de Sociologie*. Vol. 2.^o, pag. 89.

Applicar ao direito publico os processos geraes da sociologia é observar, descrever, classificar e mesmo experimentar, sempre que possivel.

Toda a sciencia visa o conhecimento do real, diz Worms (40); ora os primeiros dados sobre o real não podem ser obtidos senão pela observação.

Foi a observação o primeiro processo das sciencias. As mathematicas e a astronomia devem seus progressos fundamentaes á *observação directa* (41) : os seus processos foram processos inductivos; a deducção não foi possivel senão accessoriamente, graças á anterioridade natural e historica da constituição positiva daquellas sciencias. A observação directa nem por isso deixa de ser o seu methodo proprio.

Uma vez conhecidos certos factos, o espirito os approxima e agrupa em séries; a classificação foi portanto a segunda phase de todos os estudos (42). Depois, a regularidade com que os phenomenos se apresentaram em uma ordem identica, conduziu os homens á idéa de que existiam entre os factos relações invariaveis, leis universaes e immutaveis. Procurar essas leis, eis a inducção. Emfim achadas as leis, o raciocinio tirou proposições novas, umas vezes submettidas e outras subtrahidas á verificação da experiencia: foi a deducção.

Todas as sciencias passaram ou devem passar, por estas phases. Naturalmente, porém, aquellas, cujos objectos são mais simples chegam á perfeição primeiro que as outras, cujos objectos são mais complexos, por isso que os elementos a estudar são em menor numero nas primeiras que nas segundas. Ora, os objectos mais simples são os das sciencias mathematicas. Vêm em seguida as sciencias physico-chimicas: ás noções numericas accrescenta-se a noção do

(40) Worms — *Rev. de sociologie*. Vol. 1.º, pag. 14.

(41) Greef — *Lois sociologiques*, pag. 53.

(42) Worms — *Op. cit.*

movimento e suas fôrmas. O objecto das sciencias biologicas occupa o terceiro logar e em ultimo somente — o das sciencias sociaes (43).

Estas grandes linhas do processo scientifico permanecem sejam quaes forem as regras de detalhe e devem ser applicadas ao direito publico.

Que se observem os factos sociaes, considerando-os como *cousas* e afastando todas as prenoções (Durkeim); que se considere a sociedade como um organismo e se lhe applicuem, por analogia, as leis physiologicas a que obedecem os seres vivos (Schaeffle, Spencer, Worms, etc.); que se applicue o processo descriptivo e historico (Barth) ou o methodo classificante. (Steimnetz), ou o psychologico abstracto (Simmel), ou o psychologico concreto (Nordau), estes diversos processos não têm separações absolutamente irremediaveis.

« A sociologia, diz Palante, está ainda no seu primeiro periodo, quando o investigador tem maior necessidade de liberdade. Devem ser evitadas disciplinas tyrannicas em excesso e as regras por demais minuciosas que certos sociologos entenderam de traçar » (44).

As divergencias sobre o methodo, como observa Starcke, existem principalmente em virtude de confusão da questão methodica com a da verdade de certas theses geraes. O combate entre os physiologistas, os psychologos e os biologistas é sem duvida de uma grande importancia; mas ahi estão em jogo os resultados e não os methodos da sociologia.

Uma das questões mais interessantes que separam os sociologos é a do *organismo* social; entretanto, quer esta escola, quer a que lhe é opposta, adoptam ambas a observação como processo primordial.

(43) Worms — *Op. cit.*

(4) Palante — *Précis de sociologie*, pag 13.

« A ligação entre o emprego do methodo de observação e a concepção do organismo social é menos estreita do que pensa Lilienfeld » (45).

Sem duvida que não se pôde representar a sociedade como um organismo sem que se lhe applique o mesmo methodo de estudo que aos organismos. Mas este methodo se imporia mesmo que não fosse admittida a referida comparação. Com effeito, o processo de observar e experimentar, classificar os factos e induzir as suas leis para deduzir mais tarde as applicações—deve ser forçosamente applicado no estudo de todos os seres, seja qual for a sua natureza. Isso se faz no exame dos astros e dos mineraes que entretanto não são organismos e isso se deve fazer no estudo das sociedades, ainda que se não as considere como seres vivos.

O methodo de observação em sociologia é, portanto, *independente da theoria da sociedade organismo* (46).

Assim a classificação, a experimentação e a inducção não são prejudicadas pelas dissensões, por assim dizer, internas que separam as diversas escolas.

Não tratamos, porém, de estudar aqui o methodo que deva adoptar a sociologia geral e sim a vantagem da applicação dos processos sociologicos ao estudo do direito publico que assim se libertará do dogmatismo juridico ou metaphysico.

O direito publico tem por objecto o aspecto da vida social em que, como diz Picard (47), se revela a solidariedade do conjuncto e o mechanismo colectivo das sociedades transparece com as suas forças ineluctaveis, exigindo um concurso de esforços para o estabelecer e conduzir.

(45) Worms — *Annales de l'Hist. Int. de sociologie*, vol I, pag. 61.

(46) Worms — *Annales de l'Hist. Int. de sociologie*, vol. I, pag. 61.

(47) Picard — *Le droit pur*, pag. 143.

Tudo o que organiza juridicamente taes esforços collectivos, seja no conjunto social total (Estado ou Nação), seja nas aggregações politicas secundarias (provincias, municipios, etc.), pertence ao direito publico ou direito *civico*, como o chamaria aquelle escriptor.

Ora, não é possível estudar-se o Estado nem a composição social da nação sem se recorrer ás investigações da sociologia.

« A menos que se admitta ainda, diz Lestrade, que a humanidade obedece a um código divino, promulgado antes que ella nascesse e onde ficaram formuladas de modo palpavel as regras do bem e do mal—é difficil conceber-se o que sejam os direitos naturaes do homem e seus deveres impostos pela natureza.

Como apreciar as instituições humanas si as não se pôde aferir por esta pedra de toque para sempre quebrada?

E' a sociologia que nos indica o caminho a seguir, mostrando-nos que ha leis immutaveis de mechanica social, como ha leis invariáveis de mechanica celeste » (48).

Si estas leis—como observa Lester Ward (49), não são exactas no mundo social como no mundo material—não pôde então existir uma verdadeira sciencia da sociedade.

Isso mesmo reconhecem os proprios adversarios do methodo sociologico na sciencia politica quando dizem como Deslandres (50): « Sendo verdade que o methodo sociologico applica os verdadeiros processos da sciencia positiva—observação, classificação, inducção, e que renunciar a elles é recorrer á imaginação, ao raciocinio *a priori* e á deducção, partindo de noções não obtidas primeiramente pela observação dos

(48) C. de Lestrade — *Annales de l'Inst. Int. de Sociologie*, vol. 3, pag. 229

(49) L. Ward — *Annales de l'Inst. Int. de Sociologie*, vol. 7, pag. 164.

(50) *Revue de droit public*, vol. 13, pag. 385.

factos — abandonando o methodo sociologico não renunciaremos a fazer obra scientifica no sentido rigoroso da palavra? Porque não reconhecê-lo? A tomar-se a palavra sciencia no sentido restricto, devemos declarar que a sciencia politica, não edificada pelo methodo positivo, não será uma sciencia »,

Sem duvida que ha uma differença de complexidade entre os phenomenos sociaes e a acção dos corpos physicos. « Admitto, diz Ward, que essa differença pareça existir, do ponto de vista superficial, mas ella não é sensivelmente maior do que a que existe entre certas sciencias que toda a gente reconhece como taes, mesmo entre algumas das sciencias puramente physicas, como entre a astronomia e a meteorologia ». Neste caso, é claro que a differença consiste exclusivamente no grau de conhecimento que possuímos das causas dos phenomenos e ninguem duvida de que os phenomenos atmosphericos os mais caprichosos sejam effeitos de causas physicas invariaveis que é impossivel ou difficil descobrir.

Assim deve acontecer tambem relativamente ás acções individuaes, comquanto não possamos conhecer-lhes as causas occultas; e alguns grandes pensadores, como Kant, por exemplo, que ninguem classifica como determinista, claramente o affirmaram (51).

Considere-se o direito publico nas suas fontes, no seu objecto, e em todo o conjuncto das relações sociaes que elle rege e ver-se-ha que — muito mais que no campo de acção do direito privado — o methodo sociologico é indispensavel como processo no estudo do direito publico onde as relações juridicas são eminentemente sociaes.

Em grandes linhas syntheticas, Angelo Majorana (52) o indica.

Em geral, diz elle, as fontes do direito são a lei e os usos e costumes. Com o progresso da socieda-

(51) L. Ward. Op. cit.

(52) *Teoria Sociologica della costituzione politica.*

de assume a lei superior importancia. Convem, porém distinguir o direito publico do privado. Por necessidade dos factos, os costumes conservam no primeiro uma tenacidade de subsistencia e uma largueza de applicação incomparavelmente maiores que no segundo.

Ainda hoje — depois que o principio da codificação entrou na consciencia universal e depois da instituição em quasi todos os paizes civilizados de parlamentos que têm o encargo de fazer leis — ha uma grandissima parte do direito publico inteiramente regulada pelos costumes:

« Isto, continúa Majorana, é particularmente verdadeiro no direito constitucional que ensina como a vida dos grandes poderes do Estado (mais quanto ás funcções que quanto aos órgãos) está em grande parte entregue ás contingencias mutaveis da politica.

Ora, se a propria lei escripta — *communis rei-publicae sponsio* — é um phenomeno social de primeira ordem (presumindo-se da parte do legislador a personificação e a representação da consciencia publica), que dizer do costume? Não é verdade que neste a consciencia publica manifesta-se directamente sem intermediario algum? O estudo d'elle não é, antes de tudo, um estudo de psychologia social? » (53)

Bryce, estudando o desenvolvimento, pela tradição, das constituições ingleza e norte-americana, nota que o costume é, em todos os departamentos, uma força productora das leis e desenvolve particularmente a sua actividade no que diz respeito á conducta pratica do governo. « Na sociedade moderna, diz elle, os accordos e convenções são tão indispensaveis ao bom funcionamento da constituição ingleza como os principios estabelêcidos no Bill dos Direitos. Os accordos são simplesmente usos estabelecidos desde longo tempo que nenhuma lei sanciona e muitas ve-

(53) Majorana Op. cit., pag. 6.

zes impossiveis de ser formulados de modo preciso e que entretanto são ás vezes tão imperativos que a sua violação prejudicaria tão gravemente um homem d'Estado ou um ministerio, como a violação de uma lei. Alguns traços essenciaes do governo norte-americano — traços a que elle deve principalmente o seu character geral — não estão sancionados nem pela Constituição nem pelas leis, mas repousam unicamente no costume e na tradição.

O costume, e sómente o costume, priva os electores presidenciaes do direito que lhes dava a Constituição de escolher o magistrado supremo

O Presidente não é reeleito mais de uma vez, embora a Constituição não contenha restricção alguma a este respeito. O Senado renunciou ao seu poder incontestado de recusar approvação ás nomeações de ministros feitas pelo Presidente » (54).

Exemplos como estes podem ser colhidos em larga messe, não sómente nos regimens politicos da Inglaterra e dos Estados Unidos mas em todos os outros, inclusive o do nosso proprio paiz.

Considere-se ainda o direito publico de um outro ponto de vista de capital importancia — o dos sujeitos do direito.

« No direito privado, diz Majorana, é licito talvez fazer uso das abstracções que dissemos ser um dos defeitos da escola juridica. Não tanto no que se refere aos direitos de familia, como nos direitos reaes e nas obrigações, é licito representar os sujeitos do direito de um modo impessoal, como pôde fazel-o um algebrista que representa os valores abstractos por meio de letras. Um vendedor, um proprietario, um emphyteuta, etc., serão sempre os mesmos em qualquer relação de tempo ou de espaço. A nórma juridica pôde ser prestabelecida como uma formula algebrica. Pode-se desejar na lei civil uma maior elasticidade e um maior reconhecimento das questões de

(54) Bryce. Op cit., pag. 551, vol. I.

facto; mas devemos confessar que o *typo* dessa lei conduz a determinações abstractas em que a relação é prestabelecida e fixa. Mas se o *typo* do direito civil é esse, muito diverso é o do direito publico. As abstracções não são possiveis neste. Um rei, um ministro, uma assembléa, um publico official e mesmo um simples cidadão — não podem ser considerados como valores abstractos constantes, na sua comprehensão generica. Devem, ao contrario, ser encarados com grande elasticidade em virtude da sua propria natureza. »

O sujeito do direito privado é, de necessidade, um individuo que, deante de si, não tem senão individuos. Mas o sujeito do direito publico, ainda que seja um simples cidadão, é um individuo que enfrenta com o Estado.

As relações politicas (e dessa natureza são sempre as relações de direito publico) presumem necessariamente o Estado. Ora, quando está em questão o Estado, elle envolve todo o conjuncto dos associados politicamente, o que quer dizer uma massa *dynamica*. Como é possivel impor a esta condições prestabelecidas de modo uniforme e constante ?

« Quando não ha senão individuos em face de individuos (como no direito privado), continúa Majorana, é natural que a auctoridade do Estado a todos se imponha e a lei defina as relações de direito a que todos se devem submeter.

Mas quando o Estado a si proprio deve impor leis e responder pela observancia dellas, elle, de certo modo, apparece como juiz e parte ; entra em questão como sujeito de direito que tem deante de si — senão contra si — outros sujeitos de algum modo eguaes a elle. Certamente permanece como grande força; d'ahi a lei que d'elle emana impõe-se, mas na applicação desta é indispensavel uma certa latitude. Ora, sómente as investigações sociologicas podem collocar-nos em posição de avaliar as diversas situações que os sujeitos de direito são constran-

gidos a assumir e as diversas consequencias dellas ». (55)

Outra theoria fundamental em direito publico que a sciencia do direito não pode por si só elaborar — porque depende dos criterios politico, moral e economico — é a da opinião publica. « Sem que nenhuma lei escripta a reconheça; sem que a lei consuetudinaria nella imprima o caracter de estabilidade e de uniformidade que os proprios costumes têm; sem que nella se possa reconhecer um aspecto concreto ou se a possa attribuir á determinadas pessoas ou grupos de pessoas — a opinião publica tem sempre extrema efficacia e reveste muitas vezes o caracter de sujeito do direito. Só a sociologia a pode bem estudar ». (56)

A opinião publica é, na phrase de Montalcini, a primeira força do organismo constitucional; nasce da sociedade e reflecte os seus elementos moraes e mentaes formando uma parte do que Giddings (57) chama o espirito social. O resultado primario da associação é uma evolução do espirito individual, diz este ultimo escriptor; o resultado secundario é uma evolução do espirito social.

A formação do espirito social, as correntes de opinião e as suas tendencias, que tão poderosamente influem no desenvolvimento e no modo de ser dos organismos politicos—não podem ser estudadas por meio de outros processos que não sejam os que a sociologia aconselha.

São phenomenos socio-psychicos que não obedecem nem se explicam por determinações *a priori* e que devem ser estudados pela observação do meio e dos factos sociaes antecedentes — pelo methodo positivo, em summa.

São portanto investigações meramente sociologicas visto que pertencem á sociologia « a analyse dos

(55) Majorana. Op. cit., pag. 8

(56) Majorana. Op. cit.

(57) Giddings. *Principes de Sociologie*. Trad. Franc. pag. 125.

caracteristicos geraes do phenomeno social e o estudo das leis geraes da evolução da sociedade». (3)

A' luz deste methodo — uma nova elaboração doutrinaria abrangerá quasi toda a materia do direito publico e constitucional — como principalmente as que se referem á soberania, á divisão dos poderes publicos, ás formas politicas, á representação etc.

Como rapido exemplo, basta-nos considerar a somma immensa de trabalhos e doutrinas que a theoria da soberania inspirou acompanhando a evolução das idéas e as correntes do espirito social. Ainda hoje a estudam os publicistas considerando-a de um ponto de vista meramente racional e reputando a soberania, como diz Combothecra (58), como sendo a qualidade de uma força suprema material ou immaterial ou mesmo em parte material e em parte immaterial.

Todas as escolas — quer a do direito divino, quer a da soberania do povo ou da nação, do Estado ou da razão, estudam o problema sob o aspecto de saber-se em quem deva residir a soberania e não em quem effectivamente ella resida; ou, na phrase de Majorana, em vez de se occuparem da soberania de facto ou do poder em acto, como se diria com Guizot, tratam da soberania de direito ou do poder em potencia; em vez da soberania *imperante ou derivada* encaram a *originaria*.

« Do ponto de vista sociologico, continúa aquelle escriptor, o trabalho parece mais modesto; restringe-se á verificar *em linha de facto*, como o supremo poder é assumido, exercido, mantido ou perdido. Não quer isto dizer que nos deva preoccupar somente a manifestação exterior dos phenomenos. Si assim devesse ser, muito facil se tornaria a tarefa; bastava dizer-se que em uma monarchia despotica, por exemplo, o supremo poder é exercido pelo rei; em um

(3) Idem. *Province of Sociology*, pag. 2.

(58) *Revue de droit public*. vol. 8, pag. 241.

governo parlamentar, pelo chefe do Estado e pelas duas Camaras, etc. Mas seria, como vimos, a manifestação apparente dos phenomenos a que não nos podemos restringir sem incorrer no erro logico de considerar o effeito sem a causa, o movimento sem o motor.

Os reis (constitucionaes ou não), os parlamentos, os comicios e em summa todos os investidos do poder publico, presuppõem sob si forças sociaes em nome e no interesse das quaes trabalham conseguindo por isso assumir áquelle poder. Não basta notar-se que os chefes de Estado, os parlamentos, etc., se impõem; cumpre conhecer *porque* uns delles e não outros governam e *como* exercem o poder desta e não daquella forma. Aparecem então ao estudo phenomenos sociaes complexos que apresentam simultaneamente o aspecto moral, economico, juridico e que tomam especificamente a forma politica. Não devem portanto ser estudados sinão com o methodo sociologico».

Temos até aqui considerado este methodo comparando-o com o juridico e o dogmatico que principalmente dominaram e dominam no direito publico.

Procedendo por exclusão, chegaremos aos mesmos resultados, tendo em vista outros methodos aconselhados, como o comparativo e o historico.

« Se Rousseau, diz Deslandres, foi o grande antepassado do dogmatismo politico contemporaneo, Montesquieu foi o iniciador do estudo e emprego das leis comparadas.

A comparação é para Montesquieu o instrumento de penetração, que lhe permite analysar a natureza das instituições, descobrir-lhes os principios e as causas, fazer brotar do chaos de factos innumeros o « espirito das leis». O methodo comparativo foi nas suas mãos um methodo de comprehensão e da penetração das cousas mas não um methodo de reforma. Não procura um ideal á realizar. (59)

(59) *Revue de droit public*. Vol. 17, pag. 48.

Foi posteriormente a Montesquieu que a comparação das leis e instituições, a experiencia dos povos como fonte de axiomas politicos — serviram de base a idéas e propostas de reformas politicas. E' no conjunto das legislações dos povos que a moderna escola comparatista vae procurar o ideal a realizar.

Resumiremos as principaes objecções que Deslandres fundadamente oppõe ao methodo comparativo. Este processo conduz-nos á imitação do que existe e as instituições que existem fundaram-se e desenvolveram-se em virtude de influencias diversas que não a imitação pura e simples. Aconselhar que se imite uma instituição é reconhecer que essa instituição fundou-se e caminhou por força de causas occultas, tendencias, aspirações, resultado dos ambientes em que vivemos e que nos dirigem.

Assim, mostra Deslandres, para que o methodo comparativo funcione é necessario que antes e sem auxilio d'elle já se haja elaborado o que deve ser imitado. « O methodo limita-se, portanto, a procurar entre o que foi constituido — *sem elle* — o que ha de melhor para propol-o aos que ainda não o obtiveram. Mas esse « melhor », esse modelo a imitar, dá-nos o methodo comparativo o *criterium* para distinguil-o ? Não. (60)

E Deslandres o demonstra estudando os criterios que inspiraram Tocqueville e Laboulaye quando recommendaram o modelo norte-americano, e os esforços de Le Play procurando nos elementos da prosperidade de um povo o almejado criterio.

Instituições politicas transplantadas de um paiz para outro correm o grande risco de se opporem a um temperamento nacional que lhes seja contrario. E' esta uma das causas em virtude das quaes as imitações do estrangeiro do dominio politico são particularmente aventurosas...

(60) Deslandres — *Rev. cit.*, pag. 70.

Ha ainda um facto que torna vã a imitação das instituições politicas. São as perpetuas transformações que ellas soffrem.» (61)

Os factos contrariam, de seu lado, o systema da imitação.

E' um facto notavel, observa Larnaude, que o povo cujo direito publico mais tem influido sobre o dos outros povos e foi o mais copiado e o mais reproduzido — o povo inglez — nada imitou das outras constituições. De resto, em parte alguma verificou-se um desenvolvimento mais estrictamente nacional.

Os americanos do norte copiaram em magna parte a constituição ingleza e hoje não ha talvez systemas politicos mais differentes do que as instituições inglezas e as americanas; as primeiras obtendo o governo do parlamento e repousando em uma collaboração e fiscalização dos dous poderes; as segundas — com um executivo de origem popular, com poderes profundamente separados e independentes.

«E, conclue Deslandres, é certo que as leis politicas devem ser inteiramente apropriadas ao povo para o qual são feitas; só em virtude de um extraordinario acaso as leis de uma nação poderão convir a outra.»

Não ha duvida, portanto, que o methodo comparativo, como processo principal, é inefficaz. — Não quer isto dizer que seja sem importancia o estudo comparativo das instituições nem que ao methodo sociologico repugne tal estudo que pôde aliás ser considerado como um elemento da observação.

O methodo historico é, na opinião de Orlando, uma applicação particular do methodo inductivo ás sciencias juridicas. «Fundada por Savigny, mas com pontos de vista particulares, a escola historica não teve certamente nem o desenvolvimento que lhe é necessario, nem as applicações de que é capaz. Dahi uma certa indeterminação em algumas das suas no-

(61) Deslandres — *Rev. cit.*, pag. 76.

ções essenciaes que os adversarios da escola censuram como defeitos inherentes e inseparaveis de seus principios. » (61)

Adepto do methodo historico, mostra Orlando que, no estudo das organizações politicas, é elemento basico o estudo historico do desenvolvimento das varias racas humanas. Emquanto que, entre certos povos barbaros, as organizações politicas primitivas parecem dominar, fôrmas mais complexas e mais adeantadas são attingidas pela raça que supera todas as outras. A primeira organização politica — ensina-o a historia — teve por base a familia constituida como um pequeno todo organico e posteriormente a convivencia de varias familias deu logar á tribu, clan, etc., até o apparecimento do Estado.

« Assim, esta simples consideração historica demonstra-nos que o Estado apparece como um effeito natural e espontaneo de uma evolução historica. » (62)

Da mesma fôrma que o processo comparativo — os estudos historicos são para a sociologia um elemento precioso de investigação.

Fustel de Coulanges, entendendo que a historia é a sciencia dos actos sociaes, affirma que ella é a propria sociologia; Giddings caracteriza de um modo geral o methodo da sociologia, considerando esta como sciencia concreta, *descriptiva*, *historica* e *explicativa* e mostrando que os que estudam uma sciencia social devem estar familiarisados com os methodos historico e comparativo nas suas fôrmas qualitativa e quantitativa (63). *

Não tomaremos o encargo de repetir aqui a demonstração, tantas vezes feita, de que a sociologia não se confunde com a historia.

« Uma é tarefa do historiador que estuda e interpreta os factos, outra a do sociologo que estuda as influencias geraes que agem na producção dos estados

(61) Orlando. *Principii de diritto costituzionale*, pag. 23.

(62) Orlando — *Op. cit.*, pag. 25.

(63) Giddings — *Principes de sociologie*, pag. 51.

sociaes. assim como as combinações concretas a que chegam e as fôrmas de mentalidade social que determinam. Póde todavia acontecer que o historiador — um Michelet, um Carlyle ou um Taine — restaurem a mentalidade de uma época ou de um periodo historico. Fazem então um trabalho de psychologia social e de sociologia. » (64)

Voltando ao estudo da applicação exclusiva do methodo historico no direito publico não nos parece que possa elle servir á reconstrucção da sciencia; bastam-nos, á demonstração deste asserto, as seguintes palavras de Groppali na sua discussão com Ardigo a proposito do materialismo historico : (65)

« A' especulação abstracta, á reconstrucção geometrica de idéaes juridicos puramente intellectuaes e regidos, fôra e acima dos phenomenos — pelas formulas do incondicional e do absoluto, a escola historica oppõe — guiada por um sentimento profundo da realidade — o methodo de investigação paciente e minucioso, o desenvolvimento natural e espontaneo do direito no seio das sociedades sob o impulso da consciencia do povo e a concepção das sociedades e do direito, como phenomenos reaes submettidos, como os demais phenomenos, ás leis eternas da causalidade e da condicionalidade. Todos reconhecem a valiosa acção que esta escola exerceu na orientação da philosophia do direito, transformando-a radicalmente e subtrahindo-a definitivamente ao dominio arbitrario da metaphysica para fazel-a passar ao dominio da sciencia positiva. Mas, apesar de todo o seu valor, a escola historica tem defeitos incontestaveis. Nota-se primeiramente que no fundo da doutrina de Savigny esconde-se uma tautologia ignorada: admittindo-se a derivação do direito — por um processo desconhecido — da consciencia popular, nada se chega a explicar;

(64) Palante — *Op. cit.*, pag. 11.

(65) *Rev. Int. de Sociologie* — Vol. 7, pags. 13 e 14.

afastando-se a questão e evitando-se a explicação do phenomeno, chega-se a uma explicação que precisa por sua vez de ser explicada.

Com effeito — si não nos satisfizermos com a pura verbiagem nesta questão da genese do direito e se procurarmos no concurso das causas os elementos componentes do phenomeno, veremos manifestamente o quanto a consciencia popular nos apparece como mysteriosa desde que não conheçamos as condições que a determinaram e as forças que a compõem e diversamente dirigem, conforme os logares, os tempos e os povos.

E si a escola historica— affirmando o character dinamico e evolucionista do direito— oppõe-se energicamente ás theorias metaphysicas dominantes que o concebem como uma resultante da natureza do homem abstractamente considerado, é certo que ella tambem lança as bases de uma nova metaphysica, objectivando a consciencia juridica do povo em uma entidade naturalmente irreductivel aos dados da experiencia.

Esta longa citação dispensa-nos de insistir sobre o valor do methodo historico como director principal dos estudos de que nos occupamos, sem negar, entretanto, a esse methodo as suas grandes vantagens, principalmente na dynamica social, como diz De Greef (66), que pôde, em virtude d'elle, constituir uma verdadeira philosophia politica da historia.

Entretanto, diz Simmel, (67) «i fenomeni di questi campi (os factos historicos) sono comprensibili soltanto nell'azione reciproca e nella cooperazione dei singoli, nella somma e nella sublimazione di innumerevoli contributi individuali, nella personificazione di energie sociali in formazioni che stanno e si sviluppano al di là dell'individuo. La sociologia quindi, in rapporto alle scienze esistenti, sarebbe un *metodo*

(66) *Lois sociologiques*, pag. 61.

(67) *Riforma Sociale* — Vol. IX, pag. 630.

nuovo, un principio euristico a fine di penetrare nei fenomeni di tutti quei campi per *una nuova via* ».

E' este novo caminho — que consiste em adoptar-mos como processo basilar o methodo objectivo da sociologia — que nos pôde levar á reconstrucção scientifica do direito publico.

No desenvolvimento dos nossos estudos (1) melhor será apreciada a vantagem do methodo indicado.

Não são idéas novas estas, mas, como diz Carlos Cattaneo, « si a poucos espiritos é dado descobrir verdades novas, todos podem vulgarizal-as e facilitar-lhes o desenvolvimento.

David M. Campista.

(1) O presente artigo constituiu, com pequenas modificações, a prelecção inaugural do curso que professa o auctor na Faculdade.