

# Uma lecção de direito publico

Conceito do direito. Direito publico  
e privado. Direito Constitucional.

A materia envolvida no primeiro ponto do programma, para o ensino da cadeira, no corrente anno, é de summa relevancia e bem precisa de meditação e de estudo.

Não é cousa facil conceituar o *dircito*, de modo a ser-se entendido, principalmente quando se attende a que faltam aos moços que se dedicam a *esse ramo da sociologia*, conhecimentos das principaes doutrinas philosophicas, em que, sem duvida alguma, a mesma sciencia deve assentar.

Tinhamos, em tempos idos, um curso da sciencia que é a synthese dos conhecimentos humanos, a *philosophia*, como elementar e indispensavel á matricula nas escolas superiores. E porque o progresso a que attingio o espirito humano, demonstrou que a moral, a *sciencia do dever pelo dever*, se estudava na familia e a metaphysi-

ca, a *sciencia do incorporeo e do supra-sensivel*, estava morta, na phrase incisiva e verdadeira de Sylvio Romero, entendeu-se util e necessaria a extincção de um curso regular de logica—*a sciencia do raciocinio*—e de *psychologia*—a sciencia que estuda o homem em suas tres manifestações—*a sensibilidade, a intelligencia e a vontade*.

D'ahi a falsa argumentação dos moços que não sabem onde está o erro de uma conclusão, em face de premissas verdadeiras, ou o defeito da maior ou da menor das premissas de um syllogismo; d'ahi a ignorancia de que a intelligencia nada mais é que o conhecimento resultante das sensações *physicas* ou *moraes* que se recebe e de que a vontade é a resolução que lhe administra esse conhecimento.

Tanto quanto possivel, procuraremos *remediar esse mal*, fornecendo-vos os dados necessarios para que bem possais comprehender a sciencia que vae ser 'objecto dos nossos estudos.

A' parte as modificações que os *dissidentes*, porque os ha em todo o lugar e em qualquer assumpto, têm trazido ás escolas que estudam os *phenomenos sociaes*, em suas diferentes manifestações, podemos reduzir a tres as escolas que conceituam o direito:—*a classica, a historica e a naturalista*.

Vem de uma falsa supposição—qual a de que nós nos originamos de uma vontade extranha, facilmente apercebivel,—a escol *classica*, qualificativo que preferimos aos de *philosophica* ou *racional* com que outros a adjectivam, porque as duas outras escolas tambem são producto dos conhecimentos que a boa razão fornece.

Onde e quando nasceu o *classicismo* ?

Não obstante a opinião do sabio chefe do evolucionismo, o Sr. H. Spencer, de que é no Oriente que devemos procurar o germen de todas as instituições sociaes e, consequentemente, o embrião de todos os organismos politicos, affirmamos, sem receio de controversia, que foi a Grecia o berço da philosophia; ali começaram, no dizer de Puglia, as especulações philosophicas; ali devemos procurar as bases dos modernos systemas philosophicos.

Asserta o notavel professor da Universidade de Messina «que os pensadores gregos não podiam deixar de sentir a influencia das idéas religiosas do Oriente, mas que, *consagrando-se á observação da natureza e, de um modo especial, ao homem e aos phenomenos sociaes*, se affastaram do *mysticismo oriental*. (1)

É com o erudito professor e com o eminente auctor da *vita del diritto* estamos, neste particular, de perfeito accordo.

Não nos permite o espaço de tempo de que dispomos para a explicação das materias contidas no programma de ensino, que analysemos as doutrinas dos philosophos gregos, desde Heraclito até Socrates, com escala pelos principios defendidos e sustentados por Parmenides, Pytagoras, e os sophistas. Basta accentuar que a justiça não era e nem é—«*a ordem absoluta que não existe, e pela qual as cousas absurdas se tornam impossiveis*, como queriam uns, nem—o egual tractamento de todos os homens, *pela multiplicação do egual pelo egual*, como pretendiam outros, e muito menos—*uma emanção da vontade*».

---

(1) Puglia, Filosofia giuridica, pag. 24, edição de 1885.

*de humana e, ao mesmo tempo, de um poder extranho ao proprio homem.* (2)

Para Platão, o direito é— « um principio coordenador das acções individuaes e sociaes para a consecução do bem—».

Foi, pois, este philosopho que partindo da distincção entre *o bem e o mal*, primeiro nos forneceu os principios em que assenta a escola classica, segundo a qual o direito é *anterior e superior á concepção humana, invariavel no tempo e no espaço.*

Para a escola classica—« a natureza impõe aos homens um complexo de preceitos que lhes servem de norma nas variadas e reciprocas relações da vida social, preceitos que presupõem a existencia de um principio, deduzido da razão e fundamento de sua legitimidade, que outro não é que a realidade do justo ou da justiça absoluta—» (3)

Existirá com effeito ou será real, esse principio ou essa lei do justo?

A esta pergunta respondeu pela affirmativa o professor d'esta Faculdade, meu saudoso mestre e amigo, o dr. Silveira de Souza.

Não existe, é pura criação do espirito humano, *esse principio do justo*, invariavel no tempo e no espaço, affirmamol-o convencidamente.

Falsa é a base em que assenta a escola classica e, como consequencia da falsidade d'essa base, são falsas as conclusões a que chega a mesma escola.

O homem não é, em sua organização, um

(2) Carli, La vita del diritto. F. Puglia, Filosofia giuridica. Miraglia, Filosofia del diritto.

(3) Ahrens, Cours de droit naturel, Silveira de Souza direito natural,

animal differente de outros da escala zoologica. E' uma verdadeira tolice pretender-se que, por vontade sobre-natural, seja elle um producto, um composto, de elementos antagonicos—*o material e o immaterial—o corpo e a alma—*, *corpo* que, ás nossas vistas, offerecem animaes outros, *alma* muitas vezes inferior a dos habitantes das regiões selvagens.

O que a escola classica considera privilegio do homem *a alma*, outra cousa não é que o conjuncto de funcções dos órgãos nelle existentes, como em qualquer dos animaes que a escala zoologica nos apresenta.

Como, por consequencia, admittir que tenhamos *ideias que nasçam connosco*, enquanto as negamos aos demais habitantes do globo terraqueo?

Os prazeres que experimentamos; as dores que sentimos, são communs aos outros animaes; ninguem affirmará hoje, de boa fé, que os instinctos, *fataes e invariaveis por sua natureza*,—o de conservação da vida, o de reproducção da especie e até mesmo o de sociabilidade, sejam pontos differenciaes entre o homem e os animaes inferiores. A luta pela conservação da existencia, pela acquisição e posse das femeas, e pela necessidade da coordenação dos esforços para um fim que a todos interesse, não é exclusiva do *rei da criação*; todos os animaes se empenham n'essa luta, e a victoria é a mesma, quer tractemos dos homens, quer dos animaes, outros.

E como á vista do exposto e de accordo com o que observamos, concluir com Ahrens, Jouffroy, Autran ou Silveira de Souza que—*ha um bem e um mal, um justo e um injusto, absolutos para a razão humana?*

Si pela conservação da existencia lutam todos, si pela aquisição das mulheres lutam os homens, do mesmo modo que pela aquisição das femeas se empenham os outros animaes, si em summa, a sociabilidade não é privilegio do homem, porque ha sociedades em outras especies animaes, não sabemos porque devam considerar-se *exclusivas da especie humana e absolutas, em sua concepção, as noções do justo.*

Demais, varia de povo a povo, de nação a nação, e, entre os mesmos povos e nações, *a idéa do justo.*

Basta attender-se a que a propriedade immovel, hoje por todos os povos reconhecida, não era concebida entre os povos primitivos que viam da caça e da pesca e deixavam, escasseados esses elementos de vida, os logares que habitavam, para facilmente concluir-se pela verdade do nosso asserto.

A propriedade immovel, em sua legitima accepção, o direito a uma porção do territorio, que conquistamos ou, por outro modo, adquerimos, era desconhecida dos primitivos povos.

O que se dá com a propriedade, dá-se com os demais direitos que o *classicismo* considera *naturaes* e, portanto, *absolutos e invariaveis, no tempo e no espaço*—Ensina, porem, o simples bom senso que as leis são remedios aos males que affligem uma sociedade qualquer, são resultantes das necessidades sociaes, e, consequentemente, variaveis com as condições do momento e do logar.

Para as escolas *historica e naturalista*, o direito é *um producto da cultura humana* e, como tal, *só na sociedade pode ser concebido*; divergem,

entretanto, as duas escolas quando se tracta do modo de formação do direito.

Não nos parece verdadeiro o conceito do direito que nos administra a escola historica.

Ensina-nos Alexandre Meydiou, um dos funcionarios da diplomacia franceza, na embaixada junto ao governo austriacho, prefaciando o livro—*a luta pelo direito*—com que o sabio jurista R. von Ihering, enriqueceu a litteratura juridica, que a escola historica é filha das circumstancias em que a Allemanha se vira envolvida, nos começos do seculo 19.

São de Paul Gide, professor de Direito na Universidade de Paris, as seguintes palavras: —«A Allemanha livrara se apenas das guerras de Napoleão, quando vio manifestar-se, em todo o paiz, o desejo de uma codificação das leis nacionaes, e um dos legistas de maior nomeada, Thibaut, entregou-se publicamente ao serviço dessa causa. Por sua vez, os principes allemães sentiam a necessidade de, por interesse proprio, manter, tanto quanto possivel, a confusão politica e judiciaria da Allemanha. Contra essa codificação protestou Savigny, sustentando que—o *direito não foi creado nem procurado*, nasceu como a linguagem, desenvolvendo-se, *internamente*, na consciencia popular, e *externamente*, na ordem da vida (4).

Sustentando que—«o direito costumeiro precede á legislação, do mesmo modo que, indicando a normalidade de funcções, a natureza precede aos medicos, cuja intervenção é indicativa de perturbações no estado normal, chegou o notavel auctor da «Posse no direito romano»,

---

(4) R. von Ihering, a Luta, pelo direito, prefacio de Alex. François Meydiou edicção de 1875

á conclusão de que o direito é—«um producto lento e graduado da historia, sendo a legislação alguma cousa de artificial, de mecanico, uma invasão na ordem da natureza»—.

Não é necessario grande esforço para, desde logo, affirmar-se o quanto de inverdade vae na theoria que deixamos ligeiramente esboçada.

Os males sociaes, do mesmo modo que os individuaes, nascem, muitas vezes, de circumstancias de momento e precisam ser, de prompto remediados, e as leis, como dissemos, não são outra cousa que remedios aos males que affligem a sociedade.

Ora, si uma necessidade pode surgir de momento, exigindo uma prompta e energica providencia, como acreditar na doutrina do sabio auctor, da—*historia do direito romano na idade media*—de que o direito é uma segmentação, um producto lento e graduado da historia dos povos?

Contra a escola do notavel romanista allemão, detalhadamente divulgada por Puchta, no livro que escreveu em 1828, revoltam-se as leis que presidiram e presidem ao desenvolvimento da humanidade.

Deixando de lado os dez mandamentos por Moysés edictados no monte Sinaï, segundo a historia israelita, as leis que organisaram o antigo e o novo imperio egypcio e as que fizeram a supremacia assyria e, successivamente, das cidades da Phenicia, *todas filhas de circumstancias de momento*, para estudar as dos primitivos habitantes da Grecia, os Pelasgos, e dos seus irmãos, da raça Aryca, os romanos, chegaremos á conclusão de que o direito, longe de ser um producto de demorada reflexão, de cuidadoso estudo, uma producção lenta e graduada da his-

toria, irrompe, as mais das vezes da consciencia popular.

A historia está cheia de exemplos de leis que são edictadas por exigencias do povo e de outras que não são executadas porque o povo as repelle.

Quando, por exemplo, os plebeus, em Roma lutavam contra as exigencias dos patricios que os alijavam dos cargos publicos e os collocavam, assim, em condições inferiores ás de seus irmãos; quando as *communas* fizeram a reacção conhecida na historia pela *revolta das communas*, contra os que asphixiavam o seu desenvolvimento; quando os francezes se revoltaram contra a desigualdade juridica de 1789 e fizeram a revolução que proclamou os direitos do homem, a liberdade, a egualdade e a fraternidade, fizeram-no em nome dos direitos que lhes assistiam, em contrario aos principios que a propria historia lhes administrava.

A idéa de reacção contra o arbitrio e a prepotencia suppõe necessariamente a da existencia do direito—«Aquelle que é lesado em seu direito, diz Von Ihering, deve resistir: é um dever para consigo mesmo.»

Não tivessem os plebeus a consciencia do seu direito á egualdade civil e politica, não conhecessem as *communas* o asphixiamento para que marchavam; não enxergassem os francezes as desigualdades a que os submettiam, certo não teriam provocado as lutas em que se empenharam, nem obtido as victorias que alcançaram.

Como se forma a idéa do direito, segundo a escola naturalista?

Não são novos os principios em que assenta esta escola,

Martins Junior, o eminente professor d'esta Faculdade, bem cedo roubado ás lettras patrias, affirmou, em um dos seus notaveis escriptos, que Aristoteles, o philosopho grego, era a cabeça philosophica de maior diametro. E disse-o muito acertadamente.

Emquanto a philosophia grega se divertia em discutir—*a existencia de um poder mysterioso, de uma razão universal, de uma ordem absoluta, de proporções numericas*—, o sabio Stagirista invertia o methodo philosophico e, partindo da experiencia e da observação, como nos diz Puglia, para conhecer a razão dos factos, estudava a natureza e a sociedade e, portanto, as leis reguladoras dos phenomenos naturaes e sociaes; para Aristoteles, no dizer do citado professor, a justiça é o resultado da observação dos factos humanos e da leis que os devem governar.

Nem outra podia ser a conclusão do philosopho que, estudando o modo de formação das idéas, chegara á conclusão de que—*nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu*.

Com esse simples conceito, estava por terra o castello que a ignorancia creara em torno do homem; as nossas ideas não nascem comnosco, são o resultado das sensações que rcebemos.

Não escapa a esse axioma a idéa do direito. Temos a idea do nosso direito ante as aggressões ou violações que a elle nos façam ou pretendam fazer, o que não quer dizer que não a tenhamos, na ausencia de qualquer aggressão ou violação actual.

Si por um lado o direito é, pois, uma idéa e um sentimento e portanto objecto do estudo para o psychologo, não escapa por outro lado, ao estudo do sociologo porque é uma clara ma-

nifestação da vida social, um producto da cultura humana.

Abandonar esse conceito para acreditar na invariabilidade do direito, seria admittir a invariabilidade d'essa cultura, negar, portanto, os progressos sociaes, cousa que o simples bom senso repelle.

A sociedade de hontem não é a sociedade em que vivemos, a cultura actual não é a cultura dos tempos passados, as nossas idéas variam de accordo com os avanços que fazemos.

Para a escola naturalista o direito é, consequentemente, um producto da cultura humana, adquirido por meio da luta e variavel como essa cultura.

«Todo o direito no mundo, diz Ihering, foi adquirido pela luta; todos os principios juridicos que hoje vigoram, foram impostos pela luta aos que os não queriam, e todo o direito, o direito de um povo como o de um individuo, presuppõe a reacção contra os que o aggredirem ou tentarem aggredil-o. Aquelle que não reage contra a violação do seu direito é um morto ou um moribundo.»

\*  
\* \*

Não obstante haverem concebido o direito sob um duplo aspecto — a *facultas* e a *norma agendi*, os romanos não conheciam os qualificativos — *subjectivo e objectivo*, com que os allemães distinguiram a *facultas* da *norma*.

Datam de Roma, entretanto, as denominações de *publico* e *privado*, com que se differen-

çavam os dois aspectos que o direito nos apresenta.

Nas Insts. de Just et jure, § 4 está escripto : *hujus studii ducesunt positiones : publicum et privatum. Publicam jus est quod ad statum rei romanæ spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.*

Explicando o texto em questão, disse notavel commentador: — «As nações, consideradas como collectividades, mantêm relações reciprocas; a guerra, a paz, a alliança, as embaixadas exigem regras particulares. O conjuncto d'essas regras forma o direito internacional.

Um povo, considerado como um ser colectivo, tem relações com os membros que o compõem; a distribuição dos differentes poderes, a nomeação dos magistrados, a aptidão para as funcções publicas, os impostos, devem ser regulados por lei. O conjuncto d'essas leis constitue o *jus publicum*. Os particulares, em suas relações individuaes, nos casamentos, nas vendas, nos differentes contractos, em summa, têm necessidade de regras, cujo conjuncto forma o *jus privatum*.»

Por maior que seja o nosso apreço ao grande povo cuja legislação é, ainda hoje, objecto de consultas e fonte subsidiaria do direito das nações cultas; por mais que nos mereçam as opiniões dos commentadores e juristas, em favor d'essa divisão que tem atravessado seculos e mais seculos, não nos podemos deixar de revoltar contra ella.

E o fazemos em face de principios e regras que a sciencia do raciocinio estabelece e que não podem nem devem ser desprezados.

Ensinam os compendios de logica, desde

Mill até Alex Bain, que a divisão é—«indispensavel ordenadora das sciencias, a distribuição de um todo em suas partes.»

Entre as regras a que a divisão deve obedecer, mencionam os compendios, asserta o simples bom senso, está a de que—«*as partes divididas devem ser oppostas e excluïrem-se.*»

Desde o momento que demonstrarmos que ha ramos do direito que não podem ser incluídos em qualquer das divisões, direito publico e direito privado, *exclusivamente*, mas participam da natureza de ambos, chegaremos á conclusão a que chegou Herbert Spencer, contra a classificação de Comte, das sciencias em *abstractas e concretas*. Ha na verdade sciencias que, estabelecendo principios, applicam ao mesmo tempo, objectivam esses principios. Pecca pela base uma divisão em que os membros entram uns pelos outros; pelo menos subsistirá para o espirito a confusão que se pretende evitar, com a separação do todo.

A que ramo do direito, publico ou privado, pertence o direito penal? Ninguem será capaz de dizel-o com certeza e segurança.

Os codigos penaes legislam para os que atacam os direitos individuaes, do mesmo modo para os que attentam contra a ordem publica, contra a segurança interna e externa do paiz.

—«O direito privado, diz Clovis Bevilacqua, o talentoso e erudito professor de nossa Faculdade, traça as normas, dentro das quaes tem de mover-se a actividade das pessoas physicas ou juridicas, isoladamente ou reunidas em agrupamentos, comtanto que, n'esses agrupamentos se tenham em vista os interesses privados,

particulares, sejam physicos, economicos ou ideaes—.» (5)

Mas quaes são esses interesses privados, particulares que se podem separar dos publicos, dos geraes, qual a linha divisoria entre esses interesses, de modo a podermos dizer de antemão si tal ou qual interesse physico, economico ou idéal deva ser regulado pelo direito publico ou pelo direito privado?

Dos interesses physicos ou materiaes dos individuos não se pode alheiar a sociedade politica; pelo desenvolvimento economico do territorio devem empenhar-se os governos; pela consecução dos fins que têm em vista os individuos, dos seus idéaes, em summa, todos, governantes e governados, têm o restricto dever de trabalhar.

Os ataques aos interesses particulares, aos direitos individuaes reflectem-se e não podem deixar de reflectir-se na ordem social. Periga o Estado que abandona o individuo aos seus proprios recursos. A violação hoje ao direito de um, é, pelo menos, uma ameaça aos direitos dos mais. Não ha pois um direito privado completamente distincto, separado do direito publico. Teve rasão Bacon quando affirmou que—o *jus privatum sub tutelã publici manet*.

O direito internacional que os partidarios dessa pretensa divisão collocam entre os ramos do direito publico, contem normas e preceitos em relação aos Estados e outras referentes aos individuos. Onde, em taes condições, enquadrar esse ramo da sciencia que professamos?

Si não é possivel separar os ramos do direito publico dos que devem constituir o direito

---

(5) C. Bevilacqua, Leg. comparada, edição de 1893, pag. 5.

privado, si entram uns pelos outros, a conclusão é que, ante os principios da logica, as partes divididas não são oppostas nem se excluem, não havendo assim—«a distribuição de um todo em suas partes ou elementos componentes»—no dizer dos mestres da sciencia do raciocinio.

Para os partidarios da divisão que combatemos, são ramos do direito publico—o direito constitucional, internacional, administrativo e penal e do direito privado—o direito civil, commercial e processual.

\*  
\* \*

Indaga o programma, em sua terceira parte o que é o direito constitucional, objecto de nosso estudo no anno lectivo.

Não é difficil a resposta solicitada.

Aristoteles affirmou na *Politica* que—«a constituição é o principio de ordenação da auctoridade publica de que emana a soberania»—

Para Luigi Palma, o eminente professor da universidade de Roma, a constituição—«designa a organização da auctoridade do Estado, distribue os poderes politicos, determina onde reside a soberania e, finalmente, prefixa os fins da communhão politica»—No mesmo sentido manifesta-se Rosmagnosi na sua obra *sciencia das constituições*.

Segundo Spencer, a lei—«não é uma força que possa ser vencida por uma força opposta, é a ordem regular com que se conformam as manifestações de um poder ou força.»

Pensa Stein que a constituição outra coisa não é que—«o organismo activo da personalida-

de do Estado, isto é, do soberano, e das funcções legislativas e executivas»—

Assim, pois, o direito constitucional é a parte ou o ramo do direito publico interno que estabelece a forma de governo de um Estado, os direitos politicos dos cidadãos ; é o ramo do direito que estuda—« a organização da soberania ou dos poderes publicos do Estado e da liberdade dos cidadãos »—

Esse simples enunciado, a definição da materia que vae ser objecto das nossas lecções no corrente anno, accentua a importancia desse ramo do direito.

Alguem affirmou que o direito constitucional é o vertice onde vão ter todos os ramos das sciencias juridicas e sociaes.

Na verdade, competindo ao direito constitucional organizar os poderes publicos do Estado e fixar os direitos dos que fazem parte da communhão politica, em suas linhas geraes, delle dependem todos os outros ramos do direito.

A constituição, lei fundamental, lei primaria, estabelece os principios em que assenta a liberdade de todos os cidadãos ; as outras leis, administrativas ou penaes, civis ou processuaes, têm de, forçosamente, partir desses principios, para desenvolvê-los ou regulamental-os, não podendo, de modo algum, contrarial-os. E' por isso que, na tecnologia juridica, são chamadas *leis secundarias*.

DR. VIRGINIO MARQUES.