

José Caeiro da Matta

Alumno do quarto anno juridico

PESSOAS SOCIAES ADMINISTRATIVAS

(Principios e theorias)

COIMBRA
IMPrensa DA UNIVERSIDADE
1903

PESSOAS SOCIAES ADMINISTRATIVAS

(Principios e theorias)

José Caeiro da Matta

Alumno do quarto anno juridico

PESSOAS SOCIAES ADMINISTRATIVAS

(Principios e theorias)



COIMBRA
IMPrensa DA UNIVERSIDADE
1903

*Dissertação para a 7.^a cadeira
da Faculdade de Direito na
Universidade de Coimbra.*

Publicação auctorizada pela portaria de 23 de abril de 1903,
que veio tornar effectivo o preceito do artigo 30.º da Reforma
dos Estudos da Universidade, de 24 de dezembro de 1901.

AO

Illustrissimo e Excellentissimo Senhor

DOUTOR ANTONIO LOPES GUIMARÃES PEDROSA

DIGNISSIMO LENTE CATHEDRATICO DA FACULDADE DE DIREITO

NA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

O. D.

O auctor.

PREFACIO

Por uma honrosa distincção do illustre professor da cadeira de direito administrativo e do Conselho da Faculdade de Direito, é hoje entregue á publicidade este nosso trabalho, elaborado em cumprimento de um dever escolar.

Como se os limites estreitos das nossas forças não bastassem para as imperfeições de um estudo de tão subtil delicadeza, a avolumal-as veio o pouco tempo de que, entre as exigencias de uma frequencia diaria, nos era licito dispôr.

Quasi nullas foram as modificações feitas ao nosso primitivo trabalho: áparte algumas ligeiras alterações, principalmente na partição do assumpto, sae elle sem a reforma que exigia um estudo feito nas condições referidas.

A personalidade juridica, apesar de attributo natural do individuo e não mera criação do legislador, nem sempre foi reconhecida a todos os homens.

Inspiradas no mais rigido opportunismo, as leis romanas emquanto por um lado a negavam a uma classe inteira de individuos (L. 22, *D. de reg. juris*), concedendo-a a outros com restricções (L. 17, § 1.º, *D. de poenis*; L. 13, *D. quod vi aut clam*), reconheciam, por outro lado, a capacidade civil a seres ficticios, privados de existencia physica (*D. lib. XLVII, tit. 22.º, de collegiis et corporibus*).

No direito moderno, em que foi proclamada a personalidade juridica universal, tambem razões de conveniencia social a mantêm a respeito das pessoas collectivas.

Duas categorias distinctas de pessoas, pois, se nos deparam: uma, vastissima, que abrange todos os homens — pessoas naturaes ou physicas; outra, menos extensa, que comprehende os entes moraes — pessoas juridicas ou sociaes. O nosso trabalho entra no dominio das ultimas.

E como o estudo da pessoa social importa, além da determinação prévia da sua origem, o conhecimento da sua natureza e a investigação do seu modo de ser como entidade juridica, assim, de uma breve introdução sobre a génese da personalidade juridica, trataremos, em capitulos distinctos, do character da

pessoa social e da noção do direito — característica fundamental da pessoa social sob o aspecto que nos interessa.

Para um capítulo final reservamos o estudo, em especial, das pessoas sociaes de character administrativo.

INTRODUÇÃO

- SUMMARIO : — 1. — Nexo organico entre o individuo e a sociedade ; o direito como a mais alta expressão das relações entre aquelle e esta.
2. — Genése da consciencia juridica. O direito — producto immediato da actividade do espirito do povo.
3. — Personalidade juridica e personalidade psychologica : evolução da ideia do direito correlativamente ao desenvolvimento psychico do individuo.
4. — O estado — organização juridica da sociedade. Simultaneidade da formação da sociedade e do estado.

1. — Dois termos se encontram sempre frente a frente no estudo das cousas sociaes e humanas, diz CARLE (1) : o individuo e a sociedade. Cellula da sociedade e sua base organica (2), o individuo vive por ella e para ella ;

(1) *La vida del derecho en sus relaciones con la vida social*, vers. de GINER DE LOS RIOS e FLORÉZ LLAMAS, t. I, pag. 1.

(2) RENÉ WORMS (*Organisme et société*, pag. 113), fórmula o problema : «Le rôle qui joue la cellule dans l'organisme, appartient-il dans la société à l'individu, ou bien à une assemblage d'individus, famille ou couple ?»; COMTE, (*Système*

o homem é um ser que tem por natureza o instincto e por educação o gosto da sociabilidade, e, traduzindo esta tendencia, surgem-nos, desde onde a historia alcança, agrupamentos sociaes em que elle insinúa os seus sentimentos, exprime as suas ideias e cumpre os seus actos.

A personalidade individual acha-se assim como que transplantada para a sociedade; esta é, como nota um escriptor (1), «como uma personificação mais vasta e grandiosa da mesma personalidade individual, uma personalidade em grande, posto que não se concretize em uma individualidade physica, que cáia sob a acção dos sentidos».

E desde que consideramos o individuo *organicamente* ligado á sociedade, força é admittir a existencia de relações, de laços de ordem não só material mas espirital (2), que prendam uns aos outros os individuos, de maneira a formarem um todo cohesivo e unitario.

Se no mundo physico existem leis que presidem á combinação dos corpos, no mundo moral ha leis que regem a reunião dos individuos. Em toda a communnidade humana se encontra o germen e o instincto da

de politique positive, t. II, pagg. 180 e segg. e 264 e segg.), SPENCER (*Principes de sociologie*, t. II), LEROY-BEAULIEU, (*L'État moderne et ses fonctions*, pagg. 31 e segg.), COMBOTHÉCRA (*La conception juridique de l'État.*, pagg. 51 e segg.), VIDA (*La familia como célula social*, pagg. 51 e segg.), etc., recusam ao individuo a qualificação de elemento immediato da sociedade: a cellula do organismo social é a familia.

(1) GIUSEPPE CARLE, obr. cit., t I, pagg. 2-3.

(2) Toda a vida espirital do individuo, diz SCHÆFFLE, é essencialmente social...

ordem: não ha, no estado transitorio de desordem e de anarchia, nas luctas e convulsões que agitam a sociedade, outro fim que não seja o da realização da ordem, outra cousa que não seja a fluctuação e efferescencia dos elementos que entre si se relacionam e combinam.

Vinculum humanæ societatis — na expressão do DANTE, o direito representa a mais elevada expressão das relações individuo-sociaes: «o sentimento do justo refere-se a todos os actos que na consciencia moral do individuo são indispensaveis á conservação da sociedade; mantém intacta a esphera exigida pelo individuo para o desenvolvimento normal das suas forças e para a satisfação das suas necessidades; provoca o respeito pelas espheras semelhantes, em que se movem os outros individuos e determina a defêsa dos outros, quando as suas espheras de acção sejam invadidas» (1).

2. — «L'esprit du peuple et l'esprit de l'époque sont l'esprit du droit» — escreveu VON IHERING (2). Como a planta que, nada absorvendo, aparentemente, do exterior, se nutre, todavia, das substancias que encontra na terra e na atmosphaera, assim o direito encontra os seus elementos de vida no mundo, onde tem as suas raizes, e na atmosphaera em que se desenvolve.

Abstrahindo da evolução dos sentimentos sexuaes, que são a causa determinante da primeira fórma de aggregação humana — do super-organismo primordial,

(1) GIUSEPPE D'AGUANO, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, pagg. 93 e 107.

(2) *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. par O. DE MEULENAERE, t. I, pag. 45.

circumstancias variadissimas existem que levam o homem a reunir-se aos seus semelhantes ; e, manifestando-se a necessidade da coexistencia social e conjunctamente uma certa tendencia organica para a solidariedade entre os individuos componentes do aggregado, surgem desde logo, mais ou menos confusos, o sentimento e a ideia do direito — sentimento e ideia do que é conforme e do que é contrario ás necessidades da vida social : — a consciencia etico-juridica apresenta-se, pois, como um producto espontaneo da vida social.

O instincto reflexo da *sympathia*, — condição primaria e indispensavel de todo o aggregado social, pela communicação contagiosa das emoções, dos desejos e das ideias e o instincto da defêsa, a reacção contra o damno causado — essa especie de justiça selvagem, como lhe chamou BACON, são a raiz biologica das ideias de direito e de justiça. Em todo o individuo existem duas especies de emoções : o desejo do prazer e a aversão á dôr (1) ; a este dualismo psychologico corresponde a noção do direito.

O organismo juridico é, pois, uma formação do organismo moral, por meio do qual se liga a todos os organismos anteriores : « a desintegração e differenciação juridica, diz o Sr. DR. ABEL ANDRADE (2), move-se a dentro de leis, em rhytmico parallelismo com as phases da consciencia individual, fórmulas do organismo physiologico, definição de sentimentos altruistas, estadios do organismo, consciencia e poder social ».

Tal é a origem natural do direito. A sua funcção

(1) PAULHAN, *Psychologie des phénomènes affectifs*, chap. 1.^{er}

(2) *A vida do direito civil*, parte 1.^a, opusculo II, pagg. 19 e 20.

consiste em adaptar os individuos ao meio social, determinando as condições da sua coexistencia.

A moderna orientação sociologica banii do campo scientifico as theorias dos philosophos inglezes, que, apresentadas por BENTHAM e levadas ás suas ultimas consequencias por BAIN (1) e STUART MILL (2), sustentam que o conceito do justo deriva da affirmação das normas legislativas por parte do poder social, doutrina que levaria á consagração do arbitrio do legislador, ao mesmo tempo que converteria o povo num elemento passivo da obra legislativa (3).

Considerar o direito como uma obra artificial, mero producto da arbitrariedade subjectiva, desprezando por completo os dados objectivos e necessarios para attender só á pura reflexão abstracta é, na imagem d'um escriptor, uma pretensão chimerica que se pôde comparar á do philosopho que quizesse decretar a constituição do corpo humano.

No sentido favoravel á escola ingleza se pronuncia, todavia, um dos mais originaes pensadores da actualidade : GUMFLOWICZ (4).

(1) *Les émotions et la volonté*, pagg. 255 e segg.; SPENCER, *Principes de psychologie*, t. II, pag. 625 e segg.

(2) *L'utilitarisme*, pagg. 24 e segg.

(3) VACCARO, *Les bases sociologiques du droit et de l'État*, pagg. 446-459; LOCKE, *Essay on civil government*, §§ 135-142; COGLIOLO, *Filosofia del diritto privato*, pagg. 19, 23 e segg.; ARTURO BRUCHI, *Le basi naturali della politica e del diritto*, pagg. 81 e segg.

(4) *Sociologie et politique*, pagg. 147 e segg.; *Derecho politico filosofico*, trad. de PEDRO DORADO, pag. 94; SR. DR. MARNOCO E SOUSA, *Lições de direito politico*, pagg. 11 e 12; VON IHERING, *Zweck im Recht*, pagg. 215 e segg.

3. — Com o progresso da civilização alargam-se e desenvolvem-se as relações sociaes-juridicas; o direito vae-se *organizando* á medida que o sentimento juridico gradualmente se expande.

«Ora, desde que o individuo tem um sentimento vago do que é ou não justo e segue inconscientemente as regras de conducta que se affirmam na sociedade, igualmente elle reconhece em si mesmo uma certa *pretenção* para actuar nos limites do justo; reconhece-se como um *subjectum juris* e exige dos outros respeito pela sua actividade. O individuo começa a conceber a propria personalidade juridica quando sabe que tem direitos a exercer e que aquelles, a quem está associado, devem respeitá-lo no exercicio d'esses direitos» (1).

O homem, abstractamente considerado, não tem direitos; o direito presuppõe, como diz ORLANDO (2), a coexistencia de homens associados, e, como a sociedade não se constitue plenamente num dado momento, mas vae soffrendo transformações successivas atravez dos tempos, no sentido do progresso, assim o conceito da personalidade juridica, que tem a sua base na personalidade psychologica — derivação das condições do meio social, vae-se affirmando e desenvolvendo á medida que a sociedade progride.

Desnecessario se nos afigura, depois do que dissémos, a subsequente observação de SCHIATTARELLA (3) sobre a genése da personalidade juridica: o direito não é

(1) GIUSEPPE D'AGUANNO, obr. cit. pagg. 148.

(2) *Primo trattato di diritto amministrativo*, t. I, pag. 5.

(3) *Saggio di un concetto scientifico della personalità giuridica*, in D'AGUANNO, obr. cit., pag. 149.

um producto da sociedade civil, como o entendiam os romanos—*persona est homo statu civili praeditus*, como não é uma faculdade juridica immanente, absoluta e imutavel no dizer dos philosophos do direito natural, mas um mero producto da convivencia social, que, na sua transformação constante, obedece ás leis geraes da evolução (1).

4.—A sociabilidade humana, affirmámos, é um facto natural e necessario: *duce natura congregantur homines*.

As relações a que a coexistencia social dá origem, não poderiam, porém, subsistir, se não se creasse uma

(1) Se a personalidade juridica é, como deixamos dito, uma fôrma evolutiva da personalidade psychologica, claro é que, em virtude do desenvolvimento psychico da especie humana, todos os individuos humanos são revestidos d'essa personalidade. É assim que as legislações de todos os paizes consagram o principio de que a personalidade juridica se adquire pelo nascimento. Se é certo que, em rigor, a capacidade juridica só existe quando o individuo attinge um grau relativamente adiantado de desenvolvimento intellectual, não deixa de ser, todavia, acceitavel a presumpção de que o individuo comece a ser um *subjectum juris* desde que nasce em condições de viabilidade (e ainda mesmo desde que é concebido), porisso que bem se poderá dizer que nelle existe *em potencia* essa personalidade.

Já assim o entendiam os romanos: *conceptus pro nato habetur quoties de commodis ipsius partus quaeritur*.

Cod. civ. port., artt. 6.º, 110.º, 1479.º, 1776.º § un., 1777.º e 1824.º; *Cod. civ. franc.*, artt. 725.º, 135.º e 314.º; *Cod. civ. ital.*, artt. 724.º 236.º e 888.º; *Cod. civ. allem.*, de 1896, § 10.º; *Cod. civ. austr.*, § 22.º; *Proj. do Cod. civ. hesp.*, art. 107.º; *Cod. civ. hesp.*, artt. 29.º, 30.º e 627.º

situação, por assim dizer, *regulada*, uma subordinação que mantenha em equilíbrios os elementos sociaes. A sociedade politica corresponde, pois, a uma necessidade permanente da vida humana — a da existencia em *commum*, necessidade que foi satisfeita, diz POSADA (1), segundo os meios que possuía cada epocha; consiste na coordenação dos elementos constitutivos da comunidade, tendendo á subordinação d'esta. Esse elemento coordenador, esse órgão integrador do organismo social, na expressão de SPENCER, é o estado.

«O povo adquire o sentimento da sua unidade e comunidade internas, escreve BLUNTSCHLI (2); tende a tornar-se nação; procura uma fôrma correspondente, e a tendencia intima do homem, a sua sociabilidade origina uma organização interna do todo, que se traduz pelo Estado... O Estado é o todo organico, a ordem para a perfeição da vida *commum* em todas as cousas publicas».

O Estado, a mais alta expressão da comunidade politica, surge como um effeito natural e necessario da vida social; é uma consequencia do direito supremo que assegura e tutela a existencia da sociedade, como ente colectivo, do direito que considera a sociedade organicamente constituida com regras obrigatorias.

ORLANDO, definindo o Estado como a organização juridica da sociedade (3), implicitamente affirma a contemporaneidade da formação da sociedade e do

(1) *Théories modernes sur les origines de la famille, de la société et de l'État*, pag. 115.

(2) *Théorie générale de l'État.*, trad. por A. DE RIEDMATTEN, 3.^a ed., pag. 235.

(3) *Principii di diritto costituzionale*, pag. 22.

Estado — opinião seguida por POSADA (1), SUMNER MAINE (2), MEUCCI (3), BLUNTSCHELI (4), PALMA (5), FERRARIS (6), FERRI (7), AHRENS (8), VALENTIN (9), etc., pronunciando-se assim contra a doutrina dos escriptores que, como VON IHERING (10), HAURIUO (11), COGLIOLO (12), RENÉ WORMS (13), sustentam a posterioridade da ordem politica á social (14).

Sociedade, direito e Estado são coevos : a sociedade não podia subsistir sem um *quid* que actúe sobre ella com o fim de a regular em um ou outro sentido, sem uma regra que se imponha coercitivamente aos individuos, como esta de nada serviria se não houvesse um poder que lhe conferisse a força exterior, elemento inseparavel da ideia do direito. Como diz FERRI (15), a

(1) Obr. cit., loc. cit.

(2) *Études sur l'histoire des institutions primitives*, chap. I.

(3) *Instituzioni di diritto amministrativo*, pag. 28.

(4) Obr. cit., pagg. 17 e 91.

(5) *Corso di diritto costituzionale*, t. I, pagg. 102 e segg.

(6) *Saggi di economia e statistica e scienza dell'amministrazione*, pagg. 12-17, apud COMBOTHECRA, obr. cit., pag. 38.

(7) *Sociologie criminelle*, pag. 337.

(8) *Cours de droit naturel*, t. I, pagg. 256-258 e 311 e segg.

(9) *La persona social*, pag. 3.

(10) Obr. cit., t. I, pagg. 105 e 225.

(11) *Précis de droit administratif*, pag. 6.

(12) Obr. e loc. cit.

(13) Obr. cit., *passim. praec.*, pagg. 45, 251 e segg.

(14) VACCARO, obr. cit. pagg. 446 e segg., escreve : « Il faut voir une erreur dans l'opinion, tant de ceux qui croient que le droit naît en même temps que l'État, que de ceux qui pensent qu'il est contemporain de la famille patriarcale ».

(15) Obr. cit., pagg. 537. Cf. DE GREEF, *Introduction à la sociologie*, t. II, pagg. 282 e segg.

sociedade e o Estado são substancialmente a mesma cousa, considerada sob dois aspectos differentes: a sociedade é o organismo colectivo considerado sómente como associação bio-psychologica de individuos; o Estado é a sociedade considerada na sua organização juridica.

CAPITULO I

SUMMARIO : — 5. — Conceito philosophico de pessoa.

6. — A pessoa no sentido juridico. Evolução historica da personalidade juridica. O atomismo individualista e a substantividade do ser social ; ideias dominantes na actualidade.

7. — Problema da personalidade social : seus antecedentes historicos. Soluções divergentes. O criterio organico como meio de determinação da personalidade dos entes collectivos.

8. — As necessidades humanas—fundamento da personalidade social.

5. — A palavra *pessoa*, no sentido philosophico geral, importa a ideia de ser que subsiste e vive por si, com espontaneidade e energia proprias ; mas esta substantividade do ser, applicavel ao individuo em geral, não o caracteriza especificamente.

A consciencia é a nota caracteristica fundamental do individuo humano ; consiste, como diz WUNDT (1),

(1) *Physiologie psychologique*, t. II, chap. XV : MAURICE DE FLEURY, *L'âme du criminel*, pagg. 21-39. Não sendo este o objecto do nosso trabalho, preterimos o interessantissimo

em uma como que duplicação interna dos seres pessoas, em uma penetração íntima de nós mesmos, totalmente estranha aos outros seres.

Mas personalidade não supõe só a consciencia, que tanto é predicado do homem como dos protistas de CARUS e HAECKEL: no *processus* da evolução psychica, a consciencia chega a um grau superior e synthetico que se traduz, não por uma nova faculdade, mas por um novo modo de ser que, exclusivo do homem, estabelece uma separação radical entre elle e todos os outros seres — a razão.

Os estudos comparados da psycho-physiologia mostram-nos que só ao homem é dado elevar-se acima do horizonte immediato, individual e sensível a que vive acorrentado todo o outro animal, qualquer que seja o lugar por elle occupado na escala zoologica: o homem representa a unidade superior do processo biologico.

E a razão, dizem pelas mesmas palavras dois escriptores (1), é precisamente o que faz d'um ser **uma pessoa**, até ao ponto de se reputarem identicos estes dois termos: pessoa e ser racional.

Pessoa é, portanto, todo o homem enquanto capaz

estudo das theorias que, sobre a consciencia, se encontram nos trabalhos que têm apparecido desde FICHTE e LEIBNITZ a RICHET e DUVAL, passando por REID e STEWART, HAECKEL e HARTMANN, HELMHOLTZ e WUNDT. Que grande progresso se não observa no estudo da physio-psychologia, como o entendiam SPURZHEIM e SCHHELLING, em comparação com as novas theorias que, á luz do criterio scientifico positivo-evolucionista, desabrocharam na ultima metade do seculo XIX!

(1) OTERO VALENTIM, obr. cit., pag. 3; FRANCISCO GINER, *Estudios y fragmentos sobre la teoria de la persona social* pag. 15.

de elevar-se á racionalidade distinctiva do nosso ser : *rationalis natura individua substantia*, como definiu S. Thomás (1).

Mas a pessoa apresenta em si mesma uma estranha dualidade: «todos somos al por el hombre y este hombre», diz expressivamente um escriptor, e, d'aqui, d'esta submissão forçada do individuo ao genero, provém a designação de sujeito (*subjectum*, de *subjicio*) com que se designa o homem, emquanto concreto, empirico, sensivel.

6. — A ideia de pessoa, no sentido technico-juridico de tal expressão (2), liga-se á de sujeito de direito,

(1) AHRENS define pessoa o ser racional, existente por si ; KANT e STUART MILL, o ente a quem se reconhece a capacidade de lhe serem imputados os proprios actos ; KRAUSE E RODER — o ser consciente de si mesmo : VON IHERING e ZITELMANN — o ser dotado de vontade ; SCHLEIERMACHER — a posição da razão, identica a si mesma, em uma existencia particular ; ROSMINI e Vigliarolo — o ser racional, entendendo por razão o principio supremo de actividade, etc.

(2) Em principio, toda a pessoa juridica é o *representante* d'um individuo, sob o ponto de vista do exercicio de direitos: d'ahi o uso da palavra *persona* (de *per* e *sonus* — som, d'onde *personare* — resoar, sobresair, pôr em evidencia, que mais tarde serviu para designar o individuo que conseguia, *disfarçando*, imitar uma personagem que se procurava evidenciar o termo grego *prosopon* tem significação analogá) mascara, *disfarce* usado pelo actor, *representando* uma personagem. O symbolo vem do direito romano: a cabeça, considerada como a séde da capacidade e personalidade jurídicas, originou a *caput*; a mão, séde da força physica activa, a posse juridica (*manus*); a mascara (*persona*) é a imagem da pessoa: assim, como uma mascara, o herdeiro *representa* a pessoa do *de cujus*. AULI

isto é, de ser susceptível de direitos subjectivos proprios.

Reconhecendo que á consideração do sujeito fornece auxilio efficaz a investigação doutrinal da personalidade juridica, é pelo estudo d'esta que começaremos.

Se, lançando os olhos para o passado, procuramos esboçar a evolução historica da personalidade juridica, assistimos a uma continua transformação que, no sentido d'uma maior latitude, se vae operando nos direitos do individuo. O reconhecimento da personalidade juridica é o resultado de uma lucta de muitos seculos, periodo immenso que, enchendo a historia, se liga pelas suas raizes remotas ás infimas fórmulas de aggregação social, vindo terminar na idade moderna, que representa o triumpho da ideia do direito.

As desigualdades sociaes, sancionadas pelo direito antigo, tiveram o seu termo na obra niveladora da Revolução; a declaração dos direitos do homem proclamou a egualdade juridica universal, firmada hoje em todas as legislações.

Mas, para que seja completo o desenvolvimento da personalidade humana, na esphera juridica, ha de elle corresponder aos dois aspectos que essencialmente a determinam: o individual e o social — o reconhecimento da personalidade humana na sua manifestação individual e o reconhecimento completo e reflexivo dessa mesma personalidade nas suas manifestações collectivas.

GELLII, *Noctes Atticae*, lib. v, cap. VIII; VON IHERING, obr. cit. t. III, pagg. 259 e segg.; COMBOTHECRA, obr. cit., pagg. 68 e segg.; GIORGIO GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, t. I, pag. 18 e nota 2.

A ideia de direitos pertencentes a agrupamentos humanos é tão fundamental como a de direitos pertencentes a seres isolados. Sociedade alguma pôde conceber-se sem a existencia de certos direitos attribuidos a collectividades, e se, chronologicamente, os direitos das collectividades são tão antigos como os do individuo, em importancia desde muito cedo os excederam.

O atomismo individualista que, identificando o ser com o individuo, não reconhecia realidade senão a este, atravessa um momento de crise, cujas consequencias se traduzirão, porventura, na negação absoluta da individualidade.

Pensadores da mais varia procedencia e escola, como HEGEL e LILIENFELD, KRAUSE e COMTE, JÆGER e RENAN, SCHAFFLE e TAPARELLI, TIBERGHIEU e SPENCER, consideram como indiscutivel a substantividade do ser social.

A concepção organica impõe-se e será, porventura, por meio d'ella que a theoria da personalidade social, ainda tão vacillante e insegura, achará uma base definitiva que a ponha ao abrigo das aggressões do liberalismo classico, representado ainda pela maioria dos jurisconsultos e dos politicos.

Mas não antecipemos ideias e vamos ao problema que nos occupa: só o homem constitue o que juridicamente se chama pessoa? Têm personalidade os organismos sociaes? Terá scientifica justificação a existencia das entidades denominadas pessoas sociaes (1)?

(1) Pessoas collectivas (COMAS, GRACIA e PAREJO), abstractas (COLMEIRO), incorporeas (MIRAGLIA), mysticas (VANTHÉR), ficticias (WINDSCHEID, ORBAN), civis (MOLINARI, LAURENT e

No caso affirmativo, são ellas uma pessoa real ou ficticia ?

7. — Os antecedentes historicos do problema, iniciado na esphera juridica, remontam a GAIO e ULPiano e, porventura, a ARISTOTELES, dominado naquelles o aspecto civilista, nestes o social-politico, e, talvez, nesta dualidade de criterios, perpetuada até aos tempos modernos, alliando-se a isto a diversidade de processos empregados, partindo uns da analyse das instituições positivas, começando outros por estabelecer certas bases mais ou menos geraes para, por meio d'ellas,

MAYNZ), juridicas (LABAND), moraes (GIORGI, FIORE e HEIS-SER), sociaes (Sr. DR. GUIMARÃES PEDROSA, AZCÁRATE, e GINER) — são expressões commumente empregadas como synonymas.

É evidente a confusão que resulta do emprego de algumas d'estas expressões, demasiado extensas umas, outras em extremo restrictas. No direito classico de Roma eram usuaes as expressões : *collegium*, *corpus*, *universitas*, e, menos vulgarmente, *corporatio*. d'onde provém a designação de *corporati*, dos tempos da decadencia. Na Edade Media : *corpus*, *collegium* ou *societas collegiata*, além das designações especificas de *congregatio*, *concilium*, etc. Legislação actual : pessoa moral, (*Cod. civ. port.*, artt. 32.º, 37.º, e 1679.º; *Cod. civ. ital.*, artt. 2.º, 293.º, 1060.º e 2114.º; *Proj. do Cod. civ. hesp.* de 1851, art. 33.º; *Cod. civ. austr.*, art. 286.º); pessoa juridica (*Cod. civ. chileno*, art. 545.º, *Cod. civ. argent.* liv. I, tit. I, *Proj. do Cod. civ. hesp.* de 1882, art. 26.º, *Cod. civ. hesp.*, cap. III, tit. II, liv. I, *Cod. civ. allem.*, secção III, liv. I, *Cod. civ. do Huguay*, art. 21.º, *Cod. civ. de Guatemala*, art. 44.º).

Os codigos francez e belga não empregam denominação especial.

Vej. OTERO VALENTIN, obr. cit., pagg. 92-160; GIORGI, obr. cit., pagg. 62-64; MICHOD, *La notion de la personnalité morale*, pag. 1, nota 1.

explicar essas mesmas instituições, se deva ver a origem remota das discordancias que se notam nos escriptores que se occupam da materia.

Divergentes são as soluções dadas ao assumpto; reunil-as-hemos em grupos distinctos, segundo o character positivo ou negativo das suas conclusões.

A) No systema que dá solução negativa ao problema da existencia das pessoas sociaes, enfileiram-se os escriptores allemães BRINZ, BEKKER, DEMELIUS, MAX SEYDEL, DIETZEL, FITTING, RUMELIN e VAN DEN HENVEL (1).

Uns, sectarios da theoria dos direitos sem sujeito, partem da noção do sujeito do direito, distinguindo nelle duas situações distinctas: a *Genuss* e a *Verfügung* — a disposição e o gôso. Ao contrario do gôso, que pôde pertencer a um ser destituido de vontade — pessoa ou cousa, a disposição só se encontra no individuo dotado de *querer*; poder-se-ha, porém, dizer que aquelle constitue um verdadeiro sujeito de direito?

BEKKER responde negativamente. A pretensão de erigir em principio axiomatico a affirmação de que não ha patrimonio sem sujeito, o que leva evidentemente á necessidade de crear uma pessoa ficticia, sempre que não seja o individuo humano esse sujeito, cae ante a consideração de que um patrimonio pôde pertencer não só ao homem (*ad aliquem*), mas a cousas, a um fim (*ad aliquid*); é este fim que tem sido erro-

(1) MICHOD, obr. cit., pagg. 19-28; COMBOTHECRA, obr. cit., pagg. 78 e segg.; GIORGI, obr. cit., t. I, pagg. 30-33; SR. DR. MARNOCO E SOUSA, obr. cit., pagg. 40 e 41.

neamente personificado, ligando-se a personificação ao que nelle havia de mais visível.

Outros, collocando-se num campo diametralmente opposto, attribuem todos os direitos ás pessoas physicas: «a personalidade dos seres moraes só existe apparentemente, escreve VAN DEN HEUVEL (1); uma analyse mais profunda permite demonstrar que ella não passa d'um mero artificio dos juristas». Com effeito, as pessoas juridicas não são, fundamentalmente, senão *associações* sujeitas a um regimen especial; analogamente ao que succede na fórmula typica da associação — a sociedade commercial, em que todos os effeitos da pretendida personalidade civil se reduzem, em ultima analyse, á ideia de que o fundo social se considera pertencente ao ser moral — sociedade, tambem nas associações a que nos referimos os bens que se reputam a ellas pertencentes são na realidade propriedade dos membros que as compõem. Simplesmente esta differença: a submissão a um regimen especial, privilegiado.

O idealismo, o espirito metaphysico allemão, o excesso do philosophismo no campo do direito (2), levando á concepção d'uma theoria que sustenta a possibilidade de uma *existencia real* sem um sujeito a que pertença, deixa numa situação precaria os direitos das pessoas sociaes.

Se é certo que, estando esses direitos ligados a um fim, o estado não poderá apoderar-se dos bens senão

(1) *De la situation légale des associations sans but lucratif*, pag. 35.

(2) «La traccia della scienza nostra è fuor — di strada!» exclama FERRARIS.

sob condição de os applicar a tal fim, não é menos verdade que, desde que o estado é o unico que tem por missão administrar esses bens, póde á sua vontade desvial-o do fim a que foram destinados, dando-lhes differente applicação. Corollario de semelhante doutrina seria o poder discricionario do estado sobre todos os patrimonios que têm um destino superior á utilidade particular do individuo: o monopolio do estado em relação a todo o objecto de utilidade geral ou collectiva.

Demais, é absolutamente illogico pretender achar direitos sem um sujeito a que pertençam; se, como veremos, o direito subjectivo não é senão um interesse juridicamente protegido, a existencia d'um sujeito fica logicamente necessaria, por isso que um interesse suppõe sempre um interessado.

Tambem não procedem os argumentos dos escriptores que representam a segunda corrente d'este systema. Não nos vêem porventura, os factos demonstrar que a constituição das pessoas sociaes não obedece de fórma alguma ao fundamento consensual que toda a associação pura e simples suppõe? Supprimir a pessoa social em beneficio das pessoas physicas é esquecer que ha, nas collectividades dotadas de verdadeira personalidade, um interesse differente da somma dos interesses individuaes.

B) Dividem-se as opiniões dos escriptores da solução positiva.

Para uns, as entidades juridicas collectivas devem ser consideradas como pessoas meramente ficticias; outros vêem nellas todos os caracteres de uma pessoa real e concreta.

α) Simples *nomen juris*, no dizer de BARTHOLO, a pessoa social é para os representantes da escola da personificação (*Personifications-theorie*), não uma realidade, mas uma nova abstracção, facilmente explicavel pela tendencia irresistivel da natureza humana para personificar os seus conceitos. Todo o direito suppõe um sujeito em que elle resida e, se nas pessoas sociaes falta um individuo que seja o sujeito do direito, necessario é creal-o : *personae vicem sustineat*.

É a ideia expressa por LAURENT (1): «Á la voix du législateur un être sort du néant et figure sur un certain pied d'égalité, à côté des êtres reales créés par DIEU. C'est-à-dire que tout est fiction dans cette conception, le législateur seul peut créer des personnes civiles».

LABAND, HEISE, MUHLENBRUCH, WINDSCHEID, GERBER, PUCHTA, SANTA MARIA DE PAREDES, ROSLER, VON IHERING, ARNDTS, GIERKE, UNGER (2), romanistas e germanistas, são os representantes d'esta modalidade do systema da ficção que, formulado por HEISE, veio a receber o seu maior incremento com os trabalhos de MUHLENBRUCH e SAVIGNY. A personalidade dos corpos

(1) PASCUALE FIORI, *La personalidad moral del Estado*, pag. 4.

(2) VON IHERING, que accêita as conclusões d'esta escola, parece, todavia, inclinar-se para a dos direitos collectivos quando affirma que a pessoa social é *mera apparencia*; as pessoas e os sujeitos reaes são, diz, os individuos isolados que a constituem, unicos capazes de se dirigirem a um fim; aquella é só a fórmula especial em que estes, os verdadeiros interessados, manifestam as suas relações com o mundo exterior.

Vej. GIORGI, obr. cit., t. I, pagg. 22-27; SR. DR. MARNOCO, obr. cit., pag. 42.

collectivos é fictícia; procede do meio social, mas a titulo de ficção, por isso mesmo que não encontra nenhuma base real no interior dos seres corporativos.

O infundado da theoria da personificação transparece nas proprias palavras d'este ultimo escriptor: «O estado, o ente maximo d'entre os collectivos, é a *fôrma corporea* da comunidade intellectual da nação, a sua manifestação organica» (1). Como diz o SR. DR. MARNOCO E SOUSA (2), esta theoria não resolve o problema, porisso que com a personificação reconhece-se claramente que a pessoa não existe, sendo necessario creal-a, chegando-se assim a dar corpo ao nada. Assim se explica tambem como a maior parte dos seus sectarios viesse a cair na theoria dos direitos sem sujeito. Se a existencia d'um direito não se comprehende sem um sujeito que seja o seu titular, não se explica esta existencia, attribuindo-a a um sujeito ficticio: pelo contrario, o que implicitamente se confessa é que não existe sujeito real.

Neste systema a pessoa social, unidade ideal e ficticia, é considerada como absolutamente independente das pessoas phycas que a manifestam no exterior, esquecendo-se que nenhuma pessoa social é concebivel sem os membros phycos que formam o seu *abstractum* e que a solução do problema só a póde dar uma theoria que saiba conciliar a unidade da pessoa social com o caracter de collectividade que ao mesmo tempo é. Demais, esquece-se a função que o legislador desem-

(1) Obr. cit., t. I, pagg. 22 e segg.

(2) Obr. cit., loc. cit.

penha nas relações sociaes: o legislador não cria, simplesmente regula as relações sociaes (1).

β) A theoria da realidade. — Para nos servirmos da designação que ao systema foi dada pelos seus iniciadores (REALITATSTHEORIE) tem sido interpretada diversamente pelos escriptores que, collocando-se sob pontos de vista differentes, e adoptando processos diversos, concordam, todavia, num ponto fundamental: os seres collectivos têm uma personalidade real, uma existencia concreta.

Mas, emquanto uns, como ZITELMANN e MEURER, KUNTZE, FÖRSTER e MIRAGLIA (2), erigem a vontade em sujeito do direito (WILLENSTHEORIE), outros, d'entre os quaes se destacam SALKOWSKY e BESELER (3), reconhecem no ente colectivo a unidade juridica substancial; outros, emfim, ligam-se ao conceito da sociedade como organismo para d'ahi deduzirem a personalidade dos entes collectivos.

É esta ultima a que mais fóros de scientifica tem conquistado, defendendo-a escriptores como BLUNTSCHLI,

(1) A theoria da representação (Personenrolle) não é mais do que um aspecto especial da que fica indicada. RANDA e BÖHLAU attribuem á pessoa social, não uma verdadeira personalidade, mas uma *representação* da personalidade. A pessoa social não é, na realidade, senão uma massa de bens, um patrimonio que só juridicamente se considera como tendo um sujeito humano: não é uma pessoa, mas faz-se-lhe desempenhar o papel de pessoa.

(2) OTERO VALENTIN, obr. cit., pagg. 61 e segg.: ZITELMANN *Concetto e natura delle persone giuridiche*, in «La legge». 1881, pagg. 680 e segg.; GIORGI, obr. cit., t. I, pagg. 34 e segg.,

(3) GIORGI, obr. cit., loc. cit.

GIORGI, SCHÄFFLE, CIMBALI, LILIENFELD, HÄCKEL, ESPINAS, HALLWALD, etc. (1).

1) Embrenhando-se em uma demonstração obscura, baseada em fórmulas bebidas em KANT, ZITELMANN recorre á unidade, principio que domina todas as sciencias e todos os organismos, para explicar a existencia das pessoas collectivas. A incorporalidade é a nota característica das pessoas sociaes, reunião não de homens mas de vontades.

A vontade é o sujeito do direito, porque este nada mais suppõe que o poder de querer; ora, se o ser colectivo é constituído por pessoas, isto é, por vontades, entre as quaes se observa o principio da unidade, traduzido na communidade do fim, como não reconhecer a qualidade de pessoa a esse ser colectivo — organismo distincto das partes componentes e que têm a qualidade commun a cada um d'elles?

As ideias hegelianas de que a vontade é o fundamento da personalidade e de que o direito só considera no homem a vontade, desconhecem esta verdade de que o direito não é feito para uma entidade abstracta e metaphysica, mas para o homem real.

Não é a vontade separada do homem que constitue o sujeito do direito, mas o homem na associação humana em que essa vontade existe.

Ainda partindo da vontade, considerada como base

(1) DE GREEF, *Le transformisme social*, pagg. 180-307; CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile*, pag. 21; GIORGI, *obr. cit.*, *loc. cit.*

da personalidade, HAURIU e IELLNEK (1) procuraram demonstrar a realidade da pessoa social. Não são, todavia, fundamentalmente identicas as theorias d'estes dois escriptores. Assim, enquanto HAURIU introduz na sua theoria, como substancial, a ideia da realidade do phenomeno da representação, que assenta sobre o facto real da fusão da vontade de representantes e representados — origem da vontade collectiva suprema e dominadora, IELLNEK, assignando ás entidades collectivas, como caracteristica essencial, a unidade, ideia meramente subjectiva, originada em nós pela presença de um aspecto commun — o do fim, deduz d'ella a personalidade, e, como esta ideia não exprime senão a capacidade de ser sujeito de direito (elemento volitivo), essas entidades devem necessariamente possuir uma vontade.

Mas se, no mundo physico, os actos volitivos são manifestações da vontade individual, no mundo juridico são-o da vontade collectiva. O ponto de contacto das theorias d'estes dois escriptores, está, pois, na consideração da vontade como uma realidade social.

Não é impeccavel a doutrina exposta.

Com effeito, se a HAURIU se póde objectar que a pretendida *união real* de todas as vontades não passa, em dados casos, v. g., nos agrupamentos politicos, de uma mera ficção, do systema do segundo escriptor poderemos dizer que tambem elle leva á theoria da ficção, porisso que, não demonstrando que as pessoas

(1) HAURIU, *Leçons sur le mouvement social*, pagg. 133 e segg. ; IELLNEK, *System der subjektiven öffentliche recht*, pagg. 13 e segg.

sociaes tenham uma vontade propria, implicitamente se affirma que é por uma concepção natural do nosso espirito que lhe attribuímos a vontade das pessoas physicas.

Não é sem razão que PREUSS diz que admittir a theoria de IELLINEK não é senão acceitar a theoria da ficção, expressa em termos differentes.

2) Analogamente a SALKOWSKY, BOLZE vê o sujeito da pessoa collectiva no conjuncto de individuos que compõem a *universitas*, considerada esta não como uma unidade, mas como uma pluralidade e considerados os individuos exclusivamente como membros da pessoa social (1).

Como escreve VALENTIN (2), «não ha nesta doutrina personalidade independente dos que constituem a pessoa social, de fórma que, se desaparecerem os individuos que a formam, deixa de existir tal personalidade; tudo se reduz a que esses individuos gosem de uma communnidade, de uma vantagem. Tal a consequencia pratica que resulta da sua analyse». Não ha na pessoa social outro ser nem outro sujeito além dos individuos: a reunião de individuos constituidos em *corpus* é a verdadeira unidade pessoal. É, como se vê, uma reacção contra a theoria idealista da escola hegeliana; os pensadores inspirados por esta tendencia procuram antes de tudo achar a realidade da pessoa social, identificando-a com a de seus membros e fugir de entidades ideaes, abstracções e ficções.

(1) É a theoria denominada *dos direitos collectivos*.

(2) Obr. cit., pagg. 1 segg.

3) a) Affirma BONELLI (1) que á escola dos publicistas allemães se deve a introdução do criterio organico nas sciencias sociaes.

Mas, se é, effectivamente, á luz d'esse conceito que escriptores como BLUNTSCHLI pretenderam demonstrar a personalidade dos seres collectivos, necessario é dizer que por vezes e, porventura, nos pontos fundamentaes, d'elle se afastam sensivelmente.

O estado, pessoa social por excellencia, é a fôrma corporea da communidade intellectual da nação, a sua manifestação organica, a «incorporação de toda a sociedade humana», e se a pessoa é uma substancia, que tem vontade propria e possui orgãos por meio dos quaes exterioriza essa vontade, o estado — a pessoa social, é uma entidade que tem igualmente vontade e é dotado de orgãos mediante os quaes exprime a sua vontade juridica.

Nem pôde levantar duvidas o reconhecimento do estado e dos outros entes collectivos, como sujeitos de direitos: as *universitates personarum* são «seres collectivos humanamente compostos e ordenados»; ora, se a sua base são os individuos, como não reconhecer nellas a existencia de direitos?

Mas este conceito da personalidade não transcende a esphera do direito publico: as entidades collectivas derivam a sua existencia do estado, pois que é por obra d'elle, por sua concessão, que elles gosam de personalidade (2).

(1) IN GIORGI, obr. cit., t. I, pag. 40, nota 3.

(2) «Lo Stato, la Provincia, il Commune, diz GIORGI, esercitano principalmente *diritti publici*».

Tal doutrina deriva de um conceito erroneo: a anachronica separação do direito publico e privado (1). Não ha na esphera social direito que se possa considerar exclusivamente publico ou privado. Assim como ao homem, ao individuo, estudando-o como sujeito de direito, não podemos comprehendel-o sómente no direito publico, sem deixar determinadas muitas das suas relações; assim como se vê manifestar e vivificar a sua personalidade em todas as espheras que real ou imaginariamente possam comprehender-se nas suas relações sociaes e juridicas; assim a pessoa social não póde ser determinada na totalidade das suas possiveis relações, se a considerarmos em uma d'essas espheras, cujos limites não poderão assignar-se.

Mas ha mais, e é que ás pessoas sociaes se liga commummente a ideia precisamente contraria: os entes collectivos são pessoas juridicas quando *utuntur jure privatorum*.

GIORGI, acceitando a doutrina dos publicistas, reconhece a sua deficiencia no que respeita ás *fundações*; estas (institutos publicos ou de utilidade publica — entre nós, *istituti* ou *enti morali* — na Italia, *établissements publics* ou *d'utilité publique* — em França, *Instituten* ou *Stiftungen*, *Austalten* — na Allemanha) representam sempre um serviço, um dever social e, consequentemente, um interesse publico legitimo, um direito do aggregado humano juridicamente organizado.

(1) ADOLPHO POSADA, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, pag. 72 e segg.; DE GREEF, *Introduction à la sociologie*, t. II, pagg. 357 e segg.; AHRENS, obr. cit., t. I, pagg. 278 e segg.; VON IHERING, *La lucha por el derecho*, pagg. XLI e segg.

Mas tambem GIORGI chega a conclusões inaceitaveis, quando assigna o primeiro logar entre os requisitos extrinsecos das pessoas sociaes «alla erezione legale, ossia all'autorazione, ora implicita e indirecta, ora explicita e esteriore del potere SOVRANO, che imprime all'ente collettivo il soggetto visibile dell'unita giuridica patrimoniale *adversus omnes*».

É tambem a conclusão de MICHOU.

b) A observação dos factos manifesta-nos simplesmente a existencia de instituições ou individuos associados. O homem isolado não existe e aqui o antigo erro em que incorriam todos os que consideravam como sujeito do direito o individuo humano *in abstracto*, fazendo das instituições, em que o individuo evidencia a sua actividade, pessoas ficticias, sem se ter em conta que o direito é uma regra de actos sociaes e que estes são impossiveis enquanto o individuo não se reúne aos seus similhantes, constituindo formações collectivas, necessarias para assegurar condições e satisfazer necessidades que transcendem as proporções das condições e necessidades meramente individuaes.

As sociedades, diz SCHAFFLE, approximando-se de FOUILLÉE, formam um reino proprio: o pessoal-social. O conceito de pessoa social não deve ser entendido como synonymo de corporação, associação. etc., mas de sujeito socialmente activo, qualidade que tanto corresponde ao individuo como ás sociedades. É o conceito de SCHIATTARELLA (1).

Partindo do realismo de KRAUSE e do criticismo kan-

(1) APUD GINER, obr. cit., pag. 91.

tiano de DE LANGE e HELMHOLTZ, um auctor escreve: «o corpo social apparece como um conjuncto de massas inorganicas, organicas e espirituaes, que constitue o mais alto grau de todas as manifestações do mundo e com o qual nada póde comparar-se no reino vegetal nem no animal. Mas neste não existe verdadeira associação, que só é possivel mediante um vinculo ideal e real dos individuos, raças e nações entre si. Só o homem é por natureza um ser social: nenhuma especie animal alcança uma communhão universal de vida entre os seus individuos, nem, portanto, uma mera personificação progressiva e historica».

Assim tambem se exprimem TRENDLENBURG (1) e CIMBALI (2), se bem que este ultimo escriptor se pronuncie no sentido de conceder uma mais larga importancia á personalidade individual.

ESPINAS (3) considera a sociedade como um verdadeiro animal, caracterizando-se por possuir uma consciencia semelhante á do individuo, e, se aquella se acha como que diffundida pelos membros do grupo, este vem a ser por sua vez uma consciencia collectiva, em que se funda a pluralidade de consciencias particulares, dispersas pelas cellulas. Mais ainda: não só são reaes as sociedades como conjuncto de phenomenos regulares, mas até como consciencias que existem em si e por si mesmas, devendo por isso ser incluídas entre as mais altas realidades.

(1) «O individuo por si não é pessoa, senão considerado no todo ético».

(2) Obr. cit., pag. 20.

(3) *Les sociétés animales*, pagg. 26 e segg.

É a theoria organica que, de facto, nos póde guiar na determinzção da personalidade dos entes collectivos.

Por esta caracteristica affirma-se não só a realidade mas a personalidade das sociedades animaes e humanas.

Deve, todavia, notar-se que, rompendo com as conclusões a que logicamente poderia levar a sua doutrina, ESPINAS acaba por frizar, analogamente a SPENCER, que a sociedade é um simples organismo physiologico.

Affirmando, com IELLINEK (1), MEUCCI (2), PREUSS e DR. MARNOCO e SOUSA (3) e contra VON KRICKEN (4), COMBOTHECRA (5), GAREIS e SANTI ROMANO (6), o alto valor do criterio organico como elemento auxiliar do estudo da personalidade dos entes collectivos, é á luz d'esse criterio que procuraremos resolver o problema.

Na humanidade não só o individuo é um *ser*: toda a comunidade de individuos, reunidos para realizar um dado fim, mediante a sua cooperação reciproca, representam um verdadeiro organismo (7), com exis-

(1) *System* cit., pag. 20.

(2) Obr. cit., pag. 174.

(3) Obr. cit., pag. 38.

(4) VON IHERING, obr. cit., t. 3.º, pag. 43 a 44, nota 16.

(5) Obr. cit., pag. 144 a 145.

(6) Obr. cit., pagg. 59 e segg.

(7) A essencia da theoria organica é o organismo. O organismo é uma união de partes heterogeneas formando um todo dotado de vida. Ha uma unidade na pluralidade : a penetração da unidade pela pluralidade cria o organismo. A simples pluralidade é alguma cousa de inorganico, uma justaposição. A simples unidade é uma massa incoherente, inarticulada. Cada parcella organica subordina a sua existencia á existencia do conjuncto. Cada membro está tão ligado aos outros mem-

tencia propria, substancialmente diverso de cada um dos seus membros e ainda da simples somma de todos elles. A compenetração de pensamentos, affectos e aspirações leva á criação de um fundo homogeneo de ideias, emoções e tendencias, que não é a simples resultante mechanica dos elementos individuaes, mas um producto organico de forças que entre si se combinam, sob a acção das necessidades communs.

Toda a sociedade — realidade subsistente por si mesma — fôrma, pois, um ser, um organismo vivo. São tão ideaes ou tão reaes o ser individual como o ser social: *ser*, substancia, é todo o termo que tem em si mesmo a sua propria realidade.

Mas a sociedade não só tem consciencia — um ser, mas tem personalidade — uma pessoa. O conceito da pessoa não se applica só ao homem: «do mesmo modo que, na distincção que cabe fazer entre o ser fundamental humano e o sujeito sensivel que a representa, se pôde dizer que nunca esta obra em seu nome exclusivo, mas como órgão d'aquelle, como expressão do seu ser racional, como representação, em summa: tambem na pessoa social, a esta primeira representação inherente a cada homem, se une a do todo social em seus membros. O conceito da representação em ambos os casos é o mesmo: o da gestão de fins e interesses

bro que nenhum d'elles poderia ser subtrahido sem que a cohesão de todo se altere. Na realidade, a cellula social é um individuo no sentido naturalista da palavra. Mas a concepção e a essencia de organismo não variam, quer se trate de uma cellula, de um conjuncto de cellulas, do homem ou d'uma comunidade. É assim que as pessoas sociaes são uma essencia organica.

de um sujeito por outro, cujos actos produzem os seus naturaes effeitos para o representado, como se proprios fossem» (1). E se entendermos por alma, como os psychologos actuaes, com WUNDT á frente, o principio intimo da connexão de todos os phenomenos, acções e reacções do sujeito com o mundo exterior, não podemos evidentemente negar a sua existencia em todo o sujeito social.

Facilmente demonstravel a existencia d'uma vontade collectiva. Os homens representam no organismo social o mesmo papel que as cellulas no organismo individual: no homem, como na sociedade, as volições formam-se pela acção reciproca das cellulas, acção que é determinada pela estrutura do organismo, junctamente com as influencias do meio ambiente.

Assim, da noção do organismo derivará logicamente a de personalidade: se todo o organismo tem a susceptibilidade, o poder de se *determinar*, deve *ipso facto* ser considerado como uma pessoa.

Desapparece assim o valor da argumentação de MICHOUDE e FOUILLÉE (2), de que de nada servirá a theoria organica se não conseguirmos provar mais do que a simples analogia dos organismos sociaes e dos seres vivos.

É com razão que escreve CHIRONI (3): «L'idea di organismo avivato dalla volontà dà l'esistenza *di fatto* alla corporazione considerata qual persona, ne costituisce il sostratto».

(1) GINER, obr. cit., pag. 45.

(2) MICHOUDE, obr. cit., pag. 32; FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, pag. 222.

(3) *Personalità giuridica delle associazioni*, pagg. 9 e segg.

8. — O homem, individualmente considerado, é insufficiente para prover á satisfação das suas necessidades; assim as pessoas collectivas representam uma condição de existencia do individuo humano. Porisso tambem já ROSMINI e AHRENS affirmavam como essencial á natureza humana a dupla existencia individual e social, como KANT já havia entrevisto a necessidade da cooperação.

Analysemos a natureza do homem social e juridica; prescrutemos os seus modos de actividade e ver-se-ha que elle, obedecendo a uma lei fatal, tende a concretizar a sua actividade, contrahindo e alargando relações com os outros individuos; e, nestas manifestações da sua personalidade, apparece-nos a personalidade do homem colectivo, isto é, de aggregado, associações, grupos — cujos elementos componentes são os individuos. A sociabilidade e as necessidades que a determinam explicam e justificam, pois, a formação e constituição das pessoas collectivas.

CAPITULO II

Subjectividade juridica das pessoas singulares e collectivas

§ 1.º

A ideia do direito

SUMMARIO : — 9. — Indicação do plano que seguimos.

10. — Variabilidade da noção de direito e as tres escolas predominantes na philosophia juridica :

- a) Theoria da vontade ;
- b) " do interesse ;
- c) " mixta.

11. — Theoria que adoptamos ; sua justificação.

9. — Vimos a base psychologica da personalidade juridica ; mas, se a personalidade humana é o sujeito de todo o direito, não fórma a sua essencia (1): o direito

(1) Para alguns, sendo o homem o unico ser de direito, a essencia do direito identifica-se com a personalidade ; a este direito subjectivo chamaram originario, porque comprehende em si os demais, é o attributo que qualifica todo o direito. Tal doutrina levaria, como nota PRISCO, a identificar o direito com a liberdade, pois que a auctoridade da personalidade humana tem o seu complemento na liberdade...

subjectivo é «una potestad moral inviolable, y la personalidad humana constituye la subsistencia completa de la natureza humana; y nada más conforme al orden natural, primero es el ser y despues la facultad (1)».

Esta a ordem logica que seguimos. Esboçada a genese da personalidade juridica e conhecida a natureza da pessoa social, vem a proposito indicar o que seja o direito — attributo fundamental da pessoa humana.

10. — Não nos prenderemos com a analyse minuciosa da noção de direito, tal como tem sido apresentada pelas escolas que de todos os lados nos surgem, variadas como a indole, o genio do povo e a orientação dos escriptores: ALIGHIERI, GROCIO, HOBBS, LOCKE, SPINOSA, KANT, TRENDLENBURG, THIBAUT, MACKELDEL, SEUFFERT, MUHLENBRUCH, INGENHEIM e ROSMINI (2), etc. representam tendencias diversas, que FOUILLÉE faz corresponder a um dos tres momentos principaes que a historia e a psychologia dos povos nos apresentam na evolução da ideia do direito. É o fundamento subjectivo do direito o que neste logar consideraremos.

a) Theoria da vontade. — KANT (3) e ROUSSEAU (4),

(1) OTERO VALENTIN, obr. cit., pag. 6.

(2) FOUILLÉE, *L'idée moderne du droit*, 4.^a ed., pagg. 2 e segg. e 27 e segg.; WAUTRAIN-CAVAGNARI, *Ideal del diritto*, pagg. 16 e segg.; VON IHERING, obr. cit., IV, pagg. 317 e segg. e notas (486-487); COGLIOLO, obr. cit., pag. 39 e nota 1.

(3) CARLE, obr. cit., t. II, pagg. 30 e segg.; AHRENS, obr. cit., 1.^o, pagg. 37 e segg.; KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, pag. 45; SPENCER, *Justice*, pagg. 309-312.

(4) *Du contract social*, 1.^o I, ch. 2.^o, 4.^o e 6.^o

collocando o fundamento do direito na autonomia da vontade humana, não lhe assignando outro fim senão o de garantir o exercicio da vontade livre, foram os precusores da theoria que, mais tarde, devia predominar na philosophia do direito.

Mas um e outro, definindo o direito — o conjuncto de condições que limitam as liberdades para tornar possivel o seu accordo, não conseguiram elevar-se, como nota VON IHERING (1), acima da manifestação externa do direito. HEGEL (2), rompendo com o doutrinarismo kantista, que considerára o individuo como tendo em si mesmo o direito, subordina a vontade individual á social: a substancia do direito é a vontade, mas esta subdistingue-se em vontade do individuo e vontade da nação. As acções justas são aquellas em que o espirito individual se identifica com o espirito da nação. As ideias de KANT e HEGEL foram traduzidas, numa fórmula menos metaphysica, pelos escriptores modernos que, como KIERLUFF, ARNDTS, SINTENIS, PUCHTA, HELFFERICH, SAVIGNY, WINDSCHEID, ZITELMANN, GIERKE (3), etc., apresentam um conceito de direito subjectivo que pôde consubstanciar-se nesta fórmula, se bem que ella se adapte mais exactamente ás ideias de WINDSCHEID e GIERKE e ainda de ARMANNI e HEIMBERGER (4): um poder attribuido a uma von-

(1) Obr. cit., t. IV, pag. 317.

(2) *Histoire de la philosophie*, IV, pag. 293; VON IHERING, obr. e log. cit.

(3) LONGO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, pag. 14; MEUCCI, obr. cit., pag. 129; SANTI ROMANO, *Primo trattato* cit., pagg. 121 e segg.

(4) Apud SANTI ROMANO, obr. cit., pagg. 121 e 122, notas. HEIMBERGER define: die auf ein Gut oder Interesse gerichtete

tade pelo direito objectivo, uma faculdade de querer (Willensmacht) reconhecida pelo direito (1). É a ideia de LONGO: «una facultà (*potestas agendi* dos romanos, *Befugniss* dos allemães) qui compete ad una persona, giusta una norma del diritto obiettivo».

Colloca-se, segundo este conceito, a substancia do direito subjectivo na vontade individual, a do direito objectivo na vontade geral (2). A vontade é o fim final de todo o direito; capacidade juridica e capacidade de querer tornam-se termos equivalentes; o direito apparece como um fragmento circumscripto da substancia da vontade, como uma parcella da vontade geral tornada concreta e viva na pessoa privada.

Mas d'este modo, diz MICHOD (3), «indica-se sómente a consequencia do direito subjectivo, não o seu fundamento e a sua razão de ser. Tal noção envolve a ideia de que a vontade livre é o fundamento do di-

durch (STAATSLICHE) Anerkennung geschützte menschliche Willensmacht».

(1) WINDSCHEID modificou mais tarde o primitivo conceito. Inspirando-se em THON, emendava: a vontade imperante no direito subjectivo é sómente a vontade do ordinamento juridico, não a vontade do titular... Mas com razão notam FADDA e BENSA que, quando se admite que o poder coercitivo da regra juridica é determinado pela ordem juridica e não pela vontade do individuo, não se concebe como se possa ainda sustentar o poder da vontade como elemento substancial do direito subjectivo.

(2) DERNBURG (*in Combothecra*, pag. 11): direito no sentido objectivo é a vontade geral; no sentido subjectivo — a participação nos bens da vida, garantida por uma regra de direito.

(3) Obr. cit., pag. cit. 29.

reito e de que a ordem juridica não tem outro objecto além do de proteger as suas manifestações, impedindo que ellas vão offender a liberdade dos outros». Se a vontade fosse o fim do direito, perguntaremos com VON IHERING, de que valeriam os direitos nas mãos de pessoas sem vontade? Se capacidade juridica e capacidade de querer são cousas identicas, como se explica que todas as legislações positivas reconheçam nos menores, por ex., não só o lado puramente humano da personalidade, mas a mesma capacidade matrimonial?

É desoladora e anti-humanitaria a conclusão a que chega HELFFERICH (1): «Là où la volonté comme tel est dormante, il n'existe point de droit véritable... et si la loi protège la volonté juridique même chez l'enfant, chez l'insensé, ce n'est point parce que ces personnes ont un droit à cette protection, mais parce que la loi peut à son gré déterminer et modifier la capacité personnelle».

Note-se mais: no proprio ser juridico por excellencia — o homem — não é a vontade em si mesma que é protegida. Na verdade, o direito não sanciona igualmente todos os actos volitivos, porque o que elle protege não é o acto em si mesmo, mas o seu conteúdo. Basear o direito unicamente na liberdade que se deve deixar á vontade é condemnar-se a respeitar todas as suas manifestações, desde que não offendam a liberdade d'outrem, e nenhuma sociedade se póde fundar sobre esta ideia exclusiva.

(1) *Die Kategorien des Rechts*, apud VON IHERING, t, IV, pag. 322. Contra a asserção de HELFFERICH protesta a legislação de todos os paizes.

A protecção da lei só se estende até onde essa protecção não represente um obstaculo á existencia e desinvolvimento da sociedade.

B) *Theoria do interesse.* — Originada na escola utilitaria de BENTHAM e, porventura, em KRAUSE e continuada por STUART MILL e SPENCER, apparece-nos uma outra theoria, que proclama o interesse como o fundamento do direito.

As ideias que em França levaram á Declaração dos direitos do homem vieram contrapôr-se á doutrina utilitaria, que tenderia a fazer do individuo, como nas antigas sociedades, o simples escravo do interesse geral.

Effectivamente, se a utilidade é a base e medida do direito, qual a garantia que no Estado utilitario os direitos do individuo encontrariam contra esse mesmo Estado?

Por que meio os utilitaristas conseguiriam o respeito pelos direitos dos outros? Á fórmula de CLIFFORD — o bem do individuo em geral não se distingue do bem gera, responderá FOUILLEÉ (1): «mais je ne suis pas, moi, l'individu en général, je suis tel homme particulier, ayant son intérêt particulier et exclusif».

Um dos maiores escriptores da Allemanha moderna, VON IHERING, formúla assim a sua theoria, seguida por ROSMINI, ROMAGNOSI e ROGUIN e que STAHL (2) já entrevira: — o sujeito do direito é aquelle a quem a

(1) *L'idée moderne du droit*, pag. 189.

(2) VON IHERING, obr. cit., 1.º, pagg. 318 e segg.; MICHOD, obr. cit., pag. 48; ROGUIN, *La règle du droit*, pag. 85, apud MICHOD.

lei destina a utilidade do direito. Os direitos não existem, como queria WINDSCHEID, para realizar a ideia da vontade juridica abstracta, mas para garantir os interesses da vida; a utilidade, o interesse, e não a vontade, são a substancia do direito. Mas, se o interesse é o elemento essencial do direito, este, para se concretizar, para se effectivar, necessita que a lei o proteja: os direitos são interesses juridicamente protegidos. É preciso, todavia, não ligar á palavra interesse a ideia exclusiva de valor pecuniario; os bens de natureza moral representam interesses de ordem superior que a lei não póde deixar de proteger e garantir (1).

A fórmula de VON IHERING, argumenta-se, não é absolutamente exacta. De facto, se o direito subjectivo se resume afinal em um interesse que a lei protege, não poderemos legitimamente dizer que nos encontramos em face d'um direito subjectivo quando consideramos, por exemplo, o interesse dos desvalidos a receber soccorros da assistencia publica, nos paizes cuja legislação não admite o principio do direito pessoal á assistencia ou o interesse dos particulares em usufruir as vantagens que lhes proporcionam certas partes do dominio publico, v. g., logradouros communs? Ora, ninguem affirmará que taes interesses constituam o que se chama direitos subjectivos, como ninguem sustenta que a lei reconhece a qualidade de pessoa juridica, a não ser indirectamente, aos individuos que

(1) CHERCHENEVITSCH concorda com VON IHERING: direito subjectivo é a possibilidade de realização d'um interesse — possibilidade que é determinada pelo direito objectivo.

invoquem tal interesse, precisamente porque esses interesses não podem reclamar a protecção legal.

São, diz MICHOUX, simples interesses garantidos pelo efeito reflexo d'um direito pertencente ao Estado ou a outra pessoa, a que se deu a designação de direitos reflexos; não são, na realidade, verdadeiros direitos. Para que haja direito é necessario que se possa invocar uma protecção directa e immediata. Demais, tal conceito do direito subjectivo envolve o reconhecimento do poder despotico do Estado, visto que ao arbitrio d'este ficará o determinar os interesses que julga deverem ser garantidos.

Que validade tem o direito, pergunta um escriptor, se elle é inconcebivel fóra da segurança juridica, do apoio da auctoridade(1)? Suppunhamos, com STENGEL, que um industrial pretende construir uma fabrica de tecidos, facto que representa a concretização de planos economicos do industrial, de interesses que a lei protege; antes da necessaria auctorização, onde um direito subjectivo?

C) *Theoria mixta*. — Os defeitos de que, apparentemente, enferma a theoria do interesse levaram alguns escriptores a integrar numa nova definição de direitos subjectivos os elementos essenciaes das theorias antecedentemente expostas. São numerosos os apostolos da nova doutrina: IELLINEK (2), SANTI ROMANO (3), MI-

(1) BEUDANT, *Le droit individuel et l'état*, apud MICHOUX, pagg. 49.

(2) *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pagg. 42 e segg.

(3) *Primo trattato cit.*, loc. cit.

CHOUD (1), HAURIU (2), BENARTZIK, KARLOWA, ROSIN, FILOMUSI, GUELF, (3), etc. Julgamos opportuno fazer preceder a exposição d'esta theoria da critica feita pelos seus defensores ás theorias apresentadas. Argumenta-se contra a theoria da vontade :

- a) O poder reconhecido á vontade pela lei (direito objectivo), ainda que consequencia necessaria do direito subjectivo, pôde em muitos casos aproveitar, não ao titular do direito, mas a um terceiro ;
- b) A vontade, ainda que elemento essencial da ideia do direito, é, todavia, um elemento secundario, por isso que não é a causa do direito, nem necessariamente reside no seu titular ;
- c) O direito não protege incondicionalmente todos os actos volitivos : d'entre as manifestações da vontade, a lei só sanciona as que não representam um obstaculo ás condições de existencia e desenvolvimento social e ao ideal que o legislador formou da ordem e da justiça.

Contra a theoria do interesse :

- a) É impossivel eliminar completamente da ideia do direito o elemento vontade ;
- b) Observa-se a existencia de interesses que, pro-

(1) Obr. cit., pagg. 45 e segg.

(2) Obr. cit., pagg. 108-111 e nota a pag. 108.

(3) CHIRONI, obr. cit., pagg. 9 e 19, notas.

tegidos por acção reflexa (direitos reflexos), não são, todavia, direitos.

Vontade e interesse são, pois, isoladamente, insufficientes para caracterizar o direito subjectivo; na conjuncção d'esses dois elementos procura MICHOUX a noção precisa: «interesse d'um homem ou grupo de homens, juridicamente protegidos por meio do poder reconhecido a uma vontade de o representar e defender».

HAURIOU, porém, reconhecendo que os direitos subjectivos não são *interesses brutos* e que a sociedade não dá a sua chancellia a todas as pretensões, mas só protege aquellas que se conformam com o typo ideal do individuo racional, procura frizar que a redução do interesse ás proporções d'um direito harmonico com esse typo ideal é obra do proprio sujeito. Assim para este escriptor a definição precisa e completa seria a que considerasse o direito subjectivo como «um interesse juridicamente protegido por meio do poder reconhecido á *vontade do sujeito* de o representar». É, na expressão de um dos sectarios d'esta escola, um feliz connubio da theoria de VON IHERING, que só apresenta o lado substancial da noção, com a de WINDSCHEID, que põe em relevo só o lado psychologico.

11. — Nem sempre o eclecticismo brilha pela prudencia. Os defensores d'esta theoria esqueceram que, ligando-se á ideia da representação, iriam fatalmente cair nesta conclusão: a de não reconhecer ás pessoas sociaes a personalidade real; todavia, se exceptuarmos HAURIOU, todos estes escriptores sustentam a existencia real e concreta das pessoas sociaes. A theoria da vontade

sustenta uma opinião que, acceitavel como ideal, en-
contra, todavia, a sua condemnação nos factos; a ex-
clusão da coacção do conceito do direito subjectivo é
um erro que a escola de ROMAGNOSI e VON IHERING
admiravelmente anathematizaram.

Semelhante theoria liga-se principalmente ao lado
psychologico da noção do direito, esquecendo, como
acertadamente diz SANTI ROMANO, que o poder de
querer não póde ser considerado como elemento espe-
cifico do direito subjectivo, porisso que se encontra
egualmente em todas as demais espheras da activi-
dade humana.

Exceptuamos a definição de IELLINEK de que o di-
reito subjectivo é «o interesse protegido mediante o
reconhecimento da vontade individual»; mas não será
esta definição perfeitamente reductivel á da escola de
VON IHERING, que perfilhamos? Não significará o
mesmo garantir a lei um interesse ou reconhecer a
vontade individual? A lei, protegendo um interesse,
reconhece uma vontade; reconhecendo uma vontade
protege um interesse. A missão do direito não é senão
garantir o interesse; nisto consiste o verdadeiro papel
da vontade.

A sociedade baseia-se indiscutivelmente sobre o al-
truismo: o egoismo só póde levar á concepção hobbe-
siana, que é a negação da sociedade. Mas egoismo e
altruismo actúam e reagem constantemente entre si, e,
assim, o homem é solicitado ao mesmo tempo por duas
forças oppostas. No triumpho do altruismo sobre o
egoismo reside o progresso social; desenvolvimento
da ordem, na phrase de COMTE, este só é possivel
com a maxima solidariedade entre os homens, que uni-

camente pôde provir do sacrificio do egoismo individual. Impulsionado, pois, em duas direcções differentes, o homem, ser livre, desenvolve a sua actividade num duplo sentido, e o direito, garantia dos actos do individuo, traduz necessariamente essa dualidade. Estão, portanto, em lucta dois direitos differentes, que protegem interesses egualmente diversos; mas, do facto de ser a sociedade uma condição da existencia do individuo, resulta a necessidade de renunciar a uma parte do bem estar pessoal a favor da collectividade e d'ahi o predominio da vontade e interesses geraes sobre a vontade e interesses individuaes (1).

Os direitos não existem, pois, para realizar a ideia da vontade juridica abstracta, e aqui o erro da theoria do contracto social (2); mas para garantir os interesses do individuo, parcella do interesse geral. A vontade apparece-nos assim subordinada ao interesse: na verdade, o individuo só pôde *querer* o que seja harmonico com o interesse de todos. Nem d'este modo se pôde admittir antinomia entre os direitos do individuo e da sociedade: numa expropriação por utilidade publica, por ex., em que o interesse do individuo parece em desaccordo com o interesse geral, tal desaccordo não existe: a lei que ordena a expropriação é a traducção

(1) É a ideia de BLACKSTONE de que o individuo para gosar dos beneficios do Estado renunciou a uma parte da sua liberdade «as the price of so valuable a purchase». A vontade do Estado é, diz SANTI ROMANO, em substancia, a vontade do homem...

(2) *Du contract social*, par J. J. ROUSSEAU. liv. IV, ch. I; liv. II, ch. IV. Vej. tambem VON IHERING, no t. I, pagg. 211 e segg.

da vontade geral (1), na qual está comprehendida a vontade do expropriado, e, se, como dissémos, o egoismo deve sempre ceder o passo ao altruismo, ainda aqui o direito objectivo, protegendo um interesse, reconhece ao mesmo tempo uma dupla vontade: a da sociedade — directamente, indirectamente a do individuo.

(1) A vontade do individuo, diz COMBOTHECRA, ou tenha um fim de individualidade ou tenha um fim de sociabilidade, é sempre uma vontade individual...

§ 2.º

Direitos publicos subjectivos

- SUMMARIO : — 12.** — A theoria dos direitos publicos subjectivos e os seus sectarios : breve exposição e critica.
- 13.** — Applicação do criterio de VON IHERING ao direito publico.
- 14.** — Distincção fundamental entre direitos subjectivos publicos e privados.
- 15.** — A subjectividade juridica das pessoas sociaes.

12. — Se bem que as considerações expostas se refiram mais particularmente ao direito privado, a noção da personalidade juridica e do direito subjectivo tem, pelo seu conteúdo, uma tal generalidade, que necessariamente se applica aos institutos de direito privado e de direito publico : a concepção do direito induz esta universalidade.

O exercicio dos direitos individuaes realiza-se tanto no dominio publico como no privado ; ha direitos que só se exercem na vida publica, como o direito de voto, como outros ha que só respeitam á vida privada, v. g. os direitos de familia, outros ainda que participam simultaneamente das duas esferas antecedentes. Mas

poder-se-ha admittir, na esphera do direito publico, a existencia de direitos subjectivos pertencentes a outra pessoa que não seja o Estado? Prende-se a solução da questão á theoria denominada dos direitos publicos subjectivos.

Iniciada por GERBER (1), a theoria dos direitos publicos subjectivos representa uma dupla reacção: reacção contra as theorias metaphysicas dos philosophos do direito natural, que procuravam integrar os direitos publicos individuaes nos limites do direito natural e que da França se haviam estendido para além do Rheno, por obra de PÜTTER, e HÄBERLIN, e reacção contra a escola ingleza que, dominada pelo espirito *representativo*, ameaçava levar de vencida as ideias politicas da Allemanha.

Quando ainda faltava á consciencia juridica do povo allemão, passado o periodo revolucionario de 1848, uma clara e segura determinação, GERBER veio com a sua obra, diz um escriptor (2), construir um systema que o futuro devia fazer triumphar e tornar a pedra angular do direito publico do imperio germanico.

Vê-se bem aonde poderia levar a doutrina de GERBER: ao doutrinismo radical dos francezes oppôs elle (e nisto vae a confirmação d'uma lei tantas vezes provada—a reacção correspondendo á acção) este conceito, derivação logica da provecta theoria de WINDSCHEID e GIERKE, como ella fôra entendida na Allemanha:

(1) *Ueber öffentliche Recht*, 1852, in MEUCCI, obr. cit., pag. 129; LONGO, obr. cit., pagg. 5 e segg.; SANTI ROMANO, obr. cit., pagg. 133 e segg.

(2) LONGO, obr. cit., pag. 5.

os direitos subjectivos são exclusivos do Estado e os subditos — para quem só ha deveres perante o Estado — não podem invocar senão os direitos que este directamente ou indirectamente lhes confere. Aceitando as ideias de ALBRECHT, que concebera o Estado como uma comunidade autonoma, a cujo interesse geral os particulares estão subordinados, GERBER aceita o lado objectivo e corrige o aspecto subjectivo, determinando o sujeito juridico a quem compete o direito de soberania e attribue-o a uma ideal personalidade do Estado, ao organismo vital e espiritual constituido pela comunidade.

Nos dominios do direito publico só ha uma vontade — a do Estado, um só direito subjectivo — o do soberano.

O direito subjectivo privado importa uma pura submissão de um objecto á vontade de uma pessoa, e a livre determinação da personalidade humana é o centro de todo systema dos direitos subjectivos privados. Passemos para o direito publico e, aqui, toda a materia a elle subposta é de facto estranha e independente da vontade individual e repousa sobre uma base objectiva e independente d'aquella — a ideia do Estado, tal como é regulada pelo direito objectivo.

Que vale, na verdade, perante o Estado, a vontade, o interesse, o poder individual — os direitos publicos individuaes, emfim, desde que elle pôde arbitrariamente concedel-os ou retiral-os? Não nos mostra, demais, a historia a cada passo, a existencia de Estados, cujos cidadãos são absolutamente privados de direitos?

É certo que SANTI ROMANO procura contestar o character negativo radical das conclusões de GERBER e

da sua escola (1) sobre os direitos publicos subjectivos; LONGO encarrega-se, porém, de destruir tal affirmação. «Tra queste norme del diritto publico obiettivo da un lato, e gli individui dell'altro, diz, si possono istituire soltanto dei punti di contatto...; il GERBER ha cura de osservare che la volontà individuale resta sempre estranea a questi rapporti, che non si tratta se non di norme obiettive di diritto le quali non si trasformano già in diritto subiettivi, ma hanno puramente esempliquement «un punto di contatto» (Berührung)...».

Abraçada por SCHUPPE, KOBBER, GOEPPERT e BORNHAK (2), e, parcialmente, por ZACHARIA, LABAND, ULBRICH, UNGER e LÖNING (3), esta theoria soffreu plena contestação por parte de MENER, SCHULZE, SANTI ROMANO e LONGO, cuja bem fundamentada critica summaríamos.

Effectivamente, acceita provisoriamente a definição que de direito subjectivo apresenta LONGO, pergun-

(1) *Primo trattato* cit., pagg. 115 e segg. Seguimos as ideias de LONGO, quasi integralmente acceitas por IELLINEK na sua obra. Liga-se a questão aos denominados direitos reflexos. Para SANTI ROMANO não ha antithese entre os direitos subjectivos e os direitos reflexos, como o entendeu GERBER; a expressão *Reflexrecht*: equivale substancialmente a est'outra — *Gegenrecht*: serve simplesmente para designar os direitos subjectivos do cidadão, não originários e naturaes, mas reflexos, isto é, derivados do direito de soberania do Estado. Contemporizando, diz, porém, SANTI ROMANO: é certo que, algumas passagens parecem negar a existencia dos direitos publicos subjectivos, e mais abaixo: não se deve confundir a negação de alguns direitos com a negação de todos...

(2) SANTI ROMANO, pag. 111, nota.

(3) LONGO, obr., pag. 10; MUNCCI, obr. cit., pag. 129; SANTI ROMANO, pag. 116, nota 2.

tamos com este escriptor: se o direito subjectivo é uma faculdade que a lei concede ao individuo, porque não concluir que, se essa lei (direito objectivo) faz parte do direito publico, a faculdade por ella attribuida constituirá um direito publico subjectivo? As restricções que, segundo GERBER, a vontade individual soffre quando se entra na esphera do direito publico, tem equipollente no direito privado; poder-se-ha negar que certos direitos, v. g., o patrio poder, representam verdadeiros *deveres*, subtrahidos á livre determinação do sujeito? Admitta-se com GERBER que o conteúdo de certos direitos — o de liberdade de imprensa — por ex., é negativo, emquanto o seu alcance é o de impedir á auctoridade do Estado a sua ingerencia naquella esphera de relações; não estará, porventura, em condições identicas um dos mais importantes direitos subjectivos privados — o de propriedade? «Na theoria de GERBER, diz um escriptor (1), só ha isto de verdadeiro: que os varios direitos da liberdade não devem ser concebidos de modo absoluto, porquanto não têm materia ou objecto determinado, e são antes presumpções de direito, cuja limitação depende de todo o complexo das leis publicas e privadas».

Decisivo e altamente scientifico o argumento de SANTI ROMANO (2): a doutrina referida, collocando o cidadão na condição de verdadeiro objecto, implicitamente affirma a inexistencia de uma relação juridica entre elle e o Estado; uma pessoa isolada, no meio de individuos não pessoas, poderá exercer

(1) MEUCCI, obr. cit., loc. cit.

(2) *Primo trattato* cit., pagg. 117, 156 e 157.

sobre elles a sua força, mas nunca será um sujeito de direito.

13. — Recebe plena confirmação no direito publico a theoria que defendemos. LONGO hesita quando procura applicar esse criterio ao direito constitucional, e SANTI ROMANO, calcando as ideias de MATTIROLO, sustenta que a definição de VON IHERING não pôde applicar-se em toda a sua plenitude nos dominios do direito publico, preterindo-a pela de IELLINEK.

O direito subjectivo é, dissémos, o interesse juridicamente protegido, um interesse garantido por uma norma objectiva de direito e tutelado por uma acção, e, desde que não restrinjamos o interesse á utilidade pecuniaria, ao interesse patrimonial, como faz SARWEY (1), facil é de ver que, estendendo-se elle a toda a utilidade economica e moral, abraçando todas as manifestações do direito individual, não pôde deixar de affirmar-se a subjectividade ao direito publico, de-

(1) SARWEY distingue entre interesses ideaes e patrimoniaes, negando que aquelles possam, em rigor, considerar-se como direitos subjectivos. É o resultado da doutrina dos escriptores allemães para reduzir ao minimo os direitos publicos subjectivos, tendencia que, todavia, não foi traduzida no *Projecto do Codigo civil allemão*, que admite os chamados *ideale Rechte*. Justamente escreve SANTI ROMANO: «fonte di diritti pubblici... sono... quegli interessi che il cittadino ha, non come individuo fornito di bisogni economici, ma *uti civis*». Poder-se-ha dizer que é diverso o direito de que gosa o individuo que faz profissão da caça, d'aquelle que o faz por *diletantismo*?

Vej. LONGO, obr. cit., pag. 16; MEUCCI, pag. 130; SANTI ROMANO, pag. 123 e nota 4.

vendo até ser esta a conclusão, como diz MEUCCI: a todo o direito publico objectivo deve corresponder o direito subjectivo.

O supremo regulador da actividade do Estado é o direito, o seu fim a garantia dos interesses individuaes e collectivos. Norma objectiva e interesse protegido — eis as duas condições necessarias para a existencia do direito subjectivo.

No direito constitucional, como no administrativo, as duas ramificações primordiaes do direito publico, a asserção é confirmada; e, se bem que LONGO hesita, como dissémos, em affirmar a realidade de tal criterio no campo do direito constitucional, baseando-se em que, sendo inseparavel o elemento da *acção* da noção positiva do direito subjectivo, é impossivel invocar este direito quando nos encontraremos frente a frente dos poderes publicos, é, todavia, certo que a generalidade dos escriptores se pronuncia em contrario de tal doutrina (1).

Na esphera do direito administrativo, quer tenhamos em vista as relações entre o Estado e as pessoas phisicas e sociaes, que desempenham funcções publicas, quer consideremos as relações que, eventualmente, se

(1) Na propria legislação positiva vêem-se consignados preceitos que destroem as hesitações de LONGO. Vid. Carta Constitucional, artt. 41.º, § 1.º, 103, 104 e 105; Lei de 24 de julho de 1885, artt. 1.º e 7.º; Lei de 3 de abril de 1896, art. 6.º; *Cod. penal*, artt. 143, § un., 141-161.º; Lei de 15 de fevereiro de 1849; Lei constitucional franceza de 25 de fevereiro (art. 6.º) e 16 de julho (art. 12.º) de 1875. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, pagg. 166, 196 e segg.; MEUCCI, obr. cit., pag. 131; LONGO, pagg. 17 e segg.

estabelecem entre a administração e os cidadãos, a theoria dos direitos publicos subjectivos tem plena applicação. Com effeito, todas estas relações são reguladas por um complexo de normas objectivas que, attribuindo uma defesa juridica no interesse de um sujeito, o transformam num verdadeiro direito publico subjectivo.

Nem o contrario se poderia admittir : todos os actos realizados pelo Estado para a consecução dos seus fins, para que possam considerar-se obrigatorios, *devem* ser conformes ao direito, o que não leva, é claro, a excluir a presumpção de que, em certos casos, o não sejam ; justo é, pois, que o direito publico reconheça aos cidadãos um meio de fazerem valer os seus interesses, permittindo-lhes accionar a administração quando ella exorbite no exercicio das suas funções ou desconheça os direitos do individuo.

Podendo, porém, a actividade administrativa referir-se a dois fins differentes — a tutela do direito e a promoção do bem estar social, necessario é accentuar que, em relações á actividade juridica, limites se nos deparam á eventual existencia de um direito subjectivo : nenhum direito subjectivo poderia surgir contra a acção da auctoridade administrativa, quando se tratasse, por ex., da realização de um fim immediatamente imprescindivel á manutenção da ordem publica (1).

(1) Sobre a antithese entre interesse e direito : DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, §§ 190 e segg. ; ORLANDO, *Princ. cit.*, pagg. 290 e segg. ; MEUCCI, *obr. cit.*, pagg. 121 e segg. ; VIVIEN, *Études administratives*, pagg. 121-127 ; LONGO, pagg. 30-43 ; CARDON, *La giustizia e l'amministrazione*, pagg. 3-13.

Não contestamos que o direito publico subjectivo, estando subordinado ao conceito do Estado e dos seus fins, soffra limitações; mas limitar não é excluir a faculdade subjectiva. Não é realmente compativel com a existencia do poder publico a susceptibilidade, por parte dos particulares, de suspender a sua acção com o pretexto de uma violação do direito individual protegido pela lei, mas a obediencia aos actos e ordens da administração não póde excluir a protecção assegurada ao direito individual.

De facto : se o poder publico tem o direito de obrigar os individuos a obedecer ás suas imposições, tambem a estes assiste o direito de recorrer aos órgãos judiciaes para que seja estabelecida, por uma sentença formal, a contradicção da vontade soberana e do direito do individuo.

Isto no campo do direito *positivo*, porque nos limites estrictos do direito *objectivo* inconcebivel é a existencia d'essa antinomia, d'esse contraste entre a vontade do Estado e os direitos dos individuos, não sendo a norma objectiva mais do que a traducção da vontade geral que o Estado protege e garante (1).

Nem colhe o argumento de que invocar direitos contra o Estado é admittir implicitamente uma restricção á soberania; estabeleça-se a indispensavel dis-

(1) Nem todos os direitos subjectivos têm a mesma força juridica: alguns direitos subjectivos não são concedidos egualmente a todos os individuos (os direitos politicos não são reconhecidos ás mulheres), outros não são juridicamente protegidos senão por processos especiaes (exemplo o direito de suffragio pelo processo de revisão da lista eleitoral, etc., Lei eleitoral de 26 de julho de 1899, artt. 95-99).

tincção entre o Estado — *todo* soberano, na sua unidade organica, no conjunto das suas manifestações concretas, e o mesmo Estado considerado limitativamente num dos seus aspectos, em uma d'essas manifestações, e concluir-se-ha que, se o individuo não pôde, no primeiro caso, affirmar direitos contra o Estado, perante o qual só pôde mostrar uma attitude passiva, nada impede que, em presença de um dado poder do Estado, concentradas as suas funções fundamentaes em órgãos mechanicamente separados, elle possa fazer valer os seus direitos.

14. — Procuremos precisar a distincção fundamental entre direitos subjectivos publicos e privados. Originada no direito romano, esta distincção manteve-se até nós por uma forte tradição juridica, que nos transmittiu a doutrina que, collocando o direito publico em antithese ao privado, assigna por objecto ao primeiro o Estado e ao segundo as relações entre particulares(1). Mas este conceito é inaceitavel: puramente historico, não corresponde ás exigencias scientificas.

Insufficiente, por meramente formal, o criterio de THON e STENGEL(2) baseado na natureza do tribunal a quem compete a decisão das questões, como insufficiente se nos afigura o que, confundindo conceitos distinctos, considera como caracteristica essencial do di-

(1) *D. I-1, 1, § 2.º*, ULPIANO: *jus publicum est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem spectat*. Vid. BIAGIO BRUGI, *Introduzione enciclopedia alle scienze giuridiche e sociali*, pag. 130.

(2) ORLANDO, *Princ. de dir. cost.*, pag. 124.

reito publico o ser elle tambem um dever publico : assim PALMA, ORLANDO, BLUNTSCHLI (1).

IELLINEK contrapõe á definição do direito subjectivo privado que conhecemos, este conceito exclusivo do direito publico : a faculdade de pôr em movimento normas juridicas no interesse individual (2). Assim, emquanto no direito privado o Estado não faz mais do que reconhecer, proteger e dar importancia juridica a *faculdades naturaes*, no direito publico é o proprio direito (objectivo) que cria e reconhece faculdades que, *naturalmente*, não existem. TEZNER e HEIMBERGER pulverizaram a doutrina de IELLINEK, que tem em SEYDEL um decidido sectario, e a que aquelle mesmo auctor não hesita em juntar esta vacillante explicação : o criterio substancial consiste, rigorosamente, em que o direito subjectivo privado é conferido *principalmente* no interesse individual, emquanto o publico o é principalmente no interesse geral.

Por vezes attende-se para tal distincção ao character voluntario ou obrigatorio, á alienabilidade ou inalienabilidade do direito, como fazem GABBA e BRUNIALTI (3); outras, tem-se em vista a norma de que o direito

(1) ORLANDO, obr. cit., pag. 37 ; PALMA, obr. cit., vol. III, pag. 17 ; BLUNTSCHLI, *Le droit public général*, pagg. 1-3 ; *Primo trattato* cit., pagg. 149 e 191-198.

(2) Obr. e log. cit. «Im subjektiven Privatrecht ist, diz, Dürfen und Können stets vereinigt. Das subjektive öffentliche Recht bat immer nur ein Können zum Inhalt. Wollenkönnen ist das formale Criterium des öffentlichen, Wollendürfen des privatrecht — lichen Auspruchs».

(3) SR. DR. ABEL ANDRADE, *Commentario*, pag. CXVV ; ORLANDO, *Primo trattato*, pag. 126.

deriva, chamando-se ao direito publico ou privado segundo essa norma entra pela sua indole nos dominios do direito publico ou na esphera do direito privado: é a doutrina de MEUCCI e BRONDI (1).

HAURIU (2) opina: os direitos individuaes, faculdades essenciaes cujo livre exercicio é assegurado ao individuo tanto a respeito do poder publico como dos outros homens, denominam-se publicos ou privados, segundo se consideram em relação ao regimen do Estado, de que são um elemento constitutivo ou em relação ao individuo que d'elles gosa. Os direitos publicos são direitos reconhecidos ao individuo perante o Estado e garantidas pela constituição.

Contrario á opinião que acabamos de expôr é o conceito de SANTI ROMANO, que vê naquella o defeito de excluir da categoria do direito publico muitos direitos que têm o seu fundamento noutras leis.

Assim, para este escriptor, como para KIRCHMAN e FILOMUSI-GUELF (3), é necessario attender aos sujeitos: o direito privado diz respeito ao individuo e o publico ao cidadão, aquelle ás pessoas e este ao Estado. Para que a relação juridica seja de direito publico é necessario que o Estado intervenha como soberano; os casos em que elle intervém sem essa qualidade entram nos dominios do direito privado.

Poder-se-hia perguntar se tal criterio é applicavel quando se trata de direitos publicos dos cidadãos.

(1) MEUCCI, obr. cit., pagg. 190 e segg. e 277; ORLANDO, obr. cit., pag. 129, nota 2.

(2) Obr. cit., pagg. 54 e segg.

(3) Apud COGLIOLO, obr. cit., pag. 114; SR. DR. ABEL ANDRADE, *Commentario* cit., pag. CXXIV.

SARWEY e CARDON (1) estabelecem o seguinte criterio differencial: todos os direitos subjectivos que não são direitos patrimonias e direitos de familia não são do direito privado, mas constituem direitos publicos subjectivos. Ao contrario do direlto privado que é a parte da ordem juridica que determina e limita a livre vontade dos particulares em todas as relações que respeitam aos seus interesses privados, o direito publico subjectivo é a norma reguladora das relações que surgem de duas vontades antinomicas: a dos particulares e a do soberano.

Criterio que nada resolve, como o anterior, é o apresentado por COGLIOLO (2): em toda a norma de direito revela-se simultaneamente a utilidade tanto do Estado como dos cidadãos. O interesse publico e privado são, pois, correlativos; o ser uma lei publica ou privada não depende de se referir a um interesse de preferencia a outro, mas da se referir a um, primeiro do que a outro. É, porventura, tambem a opinião de COMBOTHECRA (3).

Para D'AGUANNO é necessario attender á indole e ao fim das relações juridicas, e, tomando para base este criterio distinctivo, devemos considerar direito publico o que diz respeito aos elementos sociaes reunidos em collectividade organica e direito privado o que se refere aos elementos sociaes, singularmente considerados.

O SR. DR. ABEL ANDRADE (4) escreve: «Todo o di-

(1) CARDON, obr. cit., pagg. 13 e segg.

(2) Obr. cit., pagg. 113-115.

(3) Obr. cit., pag. 86.

(4) *Comment. cit.* pagg. CXLXXI e segg.

reito representa uma garantia dos cidadãos em qualquer das manifestações da sua actividade; ora, como essa garantia tem effectividade real e positiva com a intervenção do Estado, todo o direito é essencialmente publico».

Distincção nitida e precisa entre direito publico e privado é impossivel traçal-a : observação vulgar mas de grande importancia, no dominio das relações logico-juridicas é a de que a natureza não admite soluções de continuidade. O direito é um no seu fundamento; substancialmente todo o direito é, simultaneamente, publico e privado. «A moderna evolução do direito, diz ORLANDO (1), fez desaparecer o antigo e rigoroso limite entre o *jus publicum* e o *jus privatum*: é característica do direito moderno e especialmente no ambito da sciencia administrativa, ir creando relações *sui generis*, que participem ao mesmo tempo d'um e d'outros dos dois antigos typos classicos de relações de direito publico e privado». A divisão referida é meramente formal, indicando simplesmente os dois pontos de vista principaes sob que cada materia do direito póde ser considerada.

Entre os direitos privados e os direitos publicos não ha senão esta distincção : a de que os direitos privados têm uma relação exclusiva com o particular, emquanto que todos participam dos direitos publicos.

15. — Mas o homem, individualmente considerado, não é a unica pessoa protegida pelo direito. O homem é um ser social; o seu destino só póde ser realizado

(1) *Principii di diritto amministrativo*, pag. 95.

quando elle associe os seus esforços aos dos seus semelhantes.

Isolado em face da natureza, nada pôde só com a sua força individual.

Para que a humanidade chegasse ao grau da civilização que hoje fruimos, foi necessario o trabalho colectivo, incessante, das gerações que nos precederam.

Para que o direito corresponda ás necessidades humanas, para que elle possa dar-nos uma fórmula que traduza o mais exactamente possivel as relações existentes na sociedade, é necessario que não proteja sómente o interesse do individuo, mas garanta tambem e eleve á dignidade de direitos subjectivos os interesses collectivos e permanentes dos agrupamentos humanos.

Reconhecer estes agrupamentos como licitos é reconhecer como digno de ser protegido o interesse que elles proseguem ; é, por consequencia, reconhecer implicitamente a sua personalidade juridica. Da consideração das pessoas sociaes, como taes, do reconhecimento da sua existencia, independentemente da dos individuos que as constituem, com um patrimonio proprio, deriva a necessidade de lhes reconhecer direitos subjectivos.

Na verdade, como justificar a existencia de direitos patrimoniaes sem uma personalidade de que dependam? Mas as pessoas sociaes não gosam só de direitos patrimoniaes, como veremos, mas de direito de ordem muito diversa, cujo fundamento se deve procurar no character especial que as personifica e na sua importancia na vida social.

Não offerece, pois, duvida, que as pessoas sociaes gosam de verdadeiros direitos subjectivos, substancialmente identicos aos que se reconhece ao individuo.

CAPITULO III

Pessoas sociaes administrativas

§ 1.º

Determinação das pessoas sociaes

SUMMARY : — 16. — Noção e classificação das pessoas sociaes; criterios propostos.

17. — Pessoas sociaes de caracter publico.

16. — A noção de personalidade desenvolveu-se no direito romano exclusivamente nos dominios do direito privado e na actualidade vemos ainda essa ideia defendida, entre outros, por DUCROQ (1) e GIORGI (2). Mas era muito diversa da concepção moderna a que os romanos tinham de personalidade.

O patrimonio (res) era então a condição indispensavel para a existencia d'uma pessoa social, como, aliás, succedia para a pessoa physica : aquella tinha, pois, uma existencia objectiva, real.

(1) *Droit administratif*, t. II, n.º 905.

(2) Obr. cit., t. I, pag. 7.

Este character objectivo cedeu o logar ao conceito moderno que, mais expansivo, colloca o fundamento da existencia da pessoa social na ideia de personalidade distincta da dos individuos; como diz VALENTIN, o patrimonio já não pôde ser condição de vida de um ser social, mas só um elemento, um meio necessario ao seu desenvolvimento; a condição juridica necessita da determinação de uma pessoa, da acção do homem, mas, se falta o cunho do homem, não haverá personalidade, porque não haverá acção a respeitár.

Hoje devemos alargar a ideia e ver na noção de personalidade uma noção geral commum ao direito publico e ao direito privado. Todo o direito deve ser ligado a um sujeito capaz de o possuir e exercer, ou por si mesmo ou por meio de representantes, e, se isto é verdadeiro quanto ao direito privado, não o é menos a respeito do direito publico: a ideia de sujeito de direito, isto é, de pessoa, é identica nos dois dominios.

Personalidade juridica é, pois, a capacidade do ente colectivo para exercer direito; este ente colectivo (agrupamento de pessoas physicas), dotado de capacidade juridica e propondo-se a realização d'um fim commum é o que se chama a pessoa social (1).

(1) AUBRY e RAU define: um ser de razão capaz de possuir um patrimonio e de tornar-se sujeito de direitos — obrigações relativas a bens; SAVIGNY: um sujeito de direito creado artificialmente; AHRENS: um conjuncto ideal de pessoas, determinado por um fim licito; SAEZ: entidades que, capazes de direitos e reconhecidos pelo poder publico, têm em vista um fim colectivo; GIORGI: a unidade juridica que resulta de uma collectividade humana ordenada para um ou mais fins de utili-

A actividade humana manifesta-se dentro de organismos sociaes, que traduzem diversos graus de sociabilidade e que constituem dois grupos fundamentalmente distinctos : organismos que condicionam a existencia do individuo e organismos cuja existencia depende de motivos accidentaes, devendo ao homem a sua constituição — organismos necessarios e organismos voluntarios.

Sendo os organismos sociaes o *subtractum* das pessoas sociaes, como a pessoa physica o é da juridica (singular), uma primeira classificação poderíamos apontar de pessoas sociaes *necessarias e voluntarias*.

É a defendida, com differente fundamento, por ZITELMANN e SAVIGNY (1) : o fim não é sufficiente para crear uma unidade, como quer COMBOTHECRA ; é necessario attender-se á vontade consciente das uniões ou a um vinculo de união moral natural.

Temos assim duas classes de entes collectivos, constituida a primeira por uma unidade de pessoas livremente queridas, a segunda por uma unidade de pessoas moraes naturaes.

dade privada ou publica, enquanto é distincta dos individuos que a compõem e dotada da capacidade de possuir e de exercer *adversus omnes* os direitos patrimonias, compatíveis com a sua natureza ; VALENTIN : um ser de existencia natural percebido pela razão, com personalidade autonoma e patrimonio proprio, capaz de contrahir relações juridicas ; LASSON : todo o fim commum ao qual applicam os homens as suas forças physicas e intellectuaes, etc. V. GIORGI, pagg. 58 e segg. ; GINER, pagg. 58 e segg.

(1) Obr. cit., t. III, pag. 375 ; GIORGI, obr. cit., t. I, pagg. 445-448 ; RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche*, pagg. 6 e segg.

Poder-se-ha objectar, porém, que similhante classificação tem o defeito de não abranger todas as pessoas sociaes; os institutos publicos e de utilidade publica occupariam um logar intermedio.

Num ponto de vista differente se collocam GIORGI, MEURER, BERNARTZIK, ARNDTS, LAURENT e SAUZET (1). A classificação das pessoas sociaes deve fazer-se attendendo ao complexo de direitos que pôdem exercer, ao conjuncto de faculdades que lhes são attribuidas: ha, pois, pessoas sociaes de direito publico e pessoas sociaes de direito privado.

Mas tambem esta classificação não resiste á critica, porisso que os seus termos não correspondem a entidades que se excluam, abrangendo, além d'isso, o primeiro grupo pessoas sociaes revestidas de auctoridade, de *imperium*, ao lado d'outras que gosam simplesmente de direitos publicos.

Demais, o exercicio dos direitos publicos não é interdito aos individuos; de que serviria uma distincção entre pessoas juridicas privadas e publicas, fundada sobre uma duplicidade de caracter que é commun tambem ao individuo?

Se, diz GIORGI, em theoria, a classificação é defendivel, se attendermos ao criterio substancial, intrinseco, que a informa, na pratica é inaceitavel; como as sombras de contorno incerto que não permitem precisar onde acabam as trevas e começa a luz, assim tal distincção leva a uma confusão de limites que torna a theoria de difficilima applicação.

(1) LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, pagg. 292 e segg.; BATBIE, obr. cit., t. V, pag. 3; t. I, pagg. 445 e segg.; t. II, pagg. 2 e segg.

A classificação de GIORGI parte da anachronica divisão de direitos em publicos e privados, que de fôrma alguma corresponde a uma differença essencial do conceito do direito, que não exprime espheras juridicas definidas e substancialmente distinctas, que parte do conceito erroneo de que o direito é obra objectiva do Estado a que devem submeter-se os individuos e que, finalmente, é, como diz LEOPOLDO ALÁS (1), de consequencias deploraveis na realidade da vida, porque se torna a divisão escolastica em um sentido que não deve ter.

Criterio mais scientifico e adequado nos parece o que toma para base da distincção das pessoas sociaes o fim que ellas têm em vista realizar.

Na verdade, que criterio mais logico do que aquelle que, partindo d'um elemento fundamental — o do fim — elemento que é a causa determinante da criação d'essas pessoas sociaes, attender aos interesses que ellas procuram satisfazer ? (2).

Denominaremos assim pessoas sociaes de character publico as que se referem a interesses geraes (fim publico), pessoas sociaes de character privado as que têm por fim a satisfação de interesses particulares (fins particulares) (3).

(1) Prol. da trad. hesp. da *Lucha por el derecho* de VON IHERING.

(2) Não que o fim publico e privado se exclúam : a mesma pessoa pôde proseguir ao mesmo tempo um fim privado e um fim publico. Attende-se, porém, ao seu fim predominante. O conceito empirico de HAURIU, que attende aos meios que as pessoas empregam, carece de base scientifica.

(3) A personalidade social presuppõe e exige as seguintes condições : existencia d'um interesse collectivo e d'uma von-

17. — Mas, quaes as entidades collectivas que podem assumir a condição de pessoas juridicas, quaes as que

tade, elemento essencial para que a pessoa possa desenvolver a sua actividade, no exercicio dos proprios direitos; organização previa dos *meios* conducentes ao seu fim; reconhecimento do poder publico (*). a) A existencia d'um interesse colectivo é elemento indispensavel para que a um aggregado se reconheça personalidade juridica. O primeiro interesse que, evidentemente, nos surge é o que respeita á totalidade dos individuos que se acham subordinados a uma auctoridade suprema, que estende a sua acção sobre todo o territorio por elles habitado: é a nação, cujo interesse é representado pela pessoa moral—Estado. Abaixo do Estado encontramos as communas (a que fazemos corresponder, entre nós, o districto, o concelho e a parochia), com interesses collectivos e permanentes que se referem ás necessidades d'uma população que occupa uma dada área territorial, sendo ainda de notar entidades de outra ordem — institutos (associações scientificas, litterarias, religiosas, de beneficencia, etc.) que proseguem egualmente interesses materiaes e duradouros. Para estes, deve, todavia, observar-se que, em muitos casos, a organização do aggregado não se realiza espontaneamente, existindo interesses collectivos e permanentes que o Estado ou por si mesmo representa ou cuja representação elle confia a pessoas sociaes que recebem

(*) As *communiones incidentes* não têm, salvo concessão especial, personalidade juridica. Assim se entendia já no direito romano. Contra a doutrina do *Digesto*, seguida por POTHIER, DOMAT, MERLIN e ZACHARIAE se pronunciou TROPLONG, reivindicando para a sociedade civil a qualidade de corpo moral; esta opinião não logrou, todavia, ser traduzida em legislação alguma. Tal principio não é, porém, extensivo ás sociedades commerciaes: o *Cod. com.*, art. 108.º, diz: «as sociedades commerciaes representam para com terceiros uma individualidade juridica differente da dos associados». Cf. art. 32.º do *Cod. civ.* Vej. tambem artt. 1108.º e segg., 1240.º e segg. e 39.º Sobre os debates que o assumpto provocou na Allemanha, e Italia, GIORGI, obr. cit., I, pagg. 72-102.

devem ser incluídas dentro de cada uma d'estas espécies de pessoas sociaes? Tendo o nosso trabalho por

uma *especial organização*. É o caso das *fundações* (*). b) O aggregado que aspira á personalidade deve ter uma organização capaz de originar uma vontade colectiva que o represente nas relações jurídicas. Mas a função d'essa vontade varia segundo a natureza da entidade a que se refere: no Estado, produz-se espontaneamente, tornando-se a vontade do grupo e o mesmo succede nos aggregados inferiores que se constituem livremente; o mesmo não podemos dizer das pessoas sociaes não voluntarias (associações e fundações) que, se que bem que possuam uma vontade, esta é organizada pela lei e não pelos interessados; é uma vontade artificial, legal, que não nasce do proprio grupo mas provém do exterior. c) A existencia d'um patrimonio é condição essencial da personalidade jurídica. *Universitas distat a singulis*; e esta separação seria inteiramente impossivel se o ente colectivo não tivesse um patrimonio proprio, distincto do dos seus membros. d) Resta-nos fallar do reconhecimento legal—o elemento extrinseco da personalidade jurídica.

Desde que uma collectividade organica se constitue e começa a satisfazer uma necessidade social até que lhe seja attribuida a qualidade de pessoa moral, medeia um periodo de tempo durante o qual a situação d'essa collectividade póde reputar-se analoga á do nascituro, que, segundo todas as le-

(*) Convém fazer distincção entre corporações e fundações. HEISE e SAVIGNY faziam consistir a differença em terem aquelles por *substratum* um aggravado de pessoas physicas, estas um fim util e um patrimonio.

Não existe uma differença qualitativa fundamental entre umas e outras, mas simplesmente representam duas modalidads, dois caracteres diversos da personalidade colectiva. De facto: 1.º corporações e fundações tem egualmente por base uma associação de individuos organizada como entidade jurídica, 2.º só existe differença no modo como nasce e se manifesta o accordo entre o elemento subjectivo e o elemento objectivo do patrimonio e do fim.

objecto as pessoas sociaes administrativas, isto é, pessoas sociaes de character publico, é d'estas que aqui nos occuparemos.

Estado, aggregado de população e territorio me-

gislações, tem, desde que é concebido, direitos que só vêm, porém, a effectivar-se com o facto do nascimento.

Effectivamente, se o facto do nascimento importa para o individuo o reconhecimento da sua personalidade juridica e a retroactividade d'esta até ao tempo da concepção, tambem para a pessoa social o reconhecimento legal implica a determinação da sua personalidade, que se retrotrahe até ao momento da sua constituição de facto.

Mas esse reconhecimento legal varia consoante a natureza da entidade.

Para as entidades collectivas que não têm razão de ser *jure proprio* (e isto só não succede ao Estado), a personalidade juridica considera-se existente em virtude do poder soberano que lhes attribue a personificação sempre que os fins especiaes da associação não contrariem os interesses legitimos e superiores do Estado.

Deve, pois, admittir-se que, em geral, a individualidade das pessoas juridicas provém do poder publico, devendo ser concedida mediante acto da soberania: «l'individualité juridique, diz VAUTHIER, est un attribut parfaitement défini que le pouvoir public a seul le droit de conférer, soit á un corps soit à une institution quelconque; en d'autres termes: une personne morale ne peut exister qu'en vertu d'une concession de l'État». Já DOMAT dizia: «nenhuma associação humana póde erigir-se em corporação em um Estado sem auctorização da soberania».

Nem o facto de o poder soberano *crear* a pessoa social contradiz a sua personalidade real: a personificação é effeito do acto soberano, mas, quando a soberania concede a uma aggregação de homens ou a uma corporação a faculdade de assumir legalmente a condição de pessoa, a personalidade não é uma ficção, porque tem o seu fundamento na individualidade collectiva.

nores que o Estado, institutos publicos e de utilidade publica — taes as pessoas sociaes administrativas (1).

O Estado é, evidentemente, a primeira e a mais importante d'estas pessoas, a pessoa publica por excellencia, a que se acham subordinadas unidades organicas menores, partes fundamentaes ou integrantes d'elle, que transmittem a sua acção e gosam de direitos proprios, proseguindo interesses geraes.

As pessoas sociaes administrativas tõem a sua origem n'uma como que fragmentação da grande personalidade social do Estado, como resultado da acção combinada da centralização e descentralização de funcções.

«O Estado moderno, escreve o SR. DR. TAVARES (2), não é apenas uma reunião de seres simples e juxtapostos, mas um complexo de outros organismos tendo vida propria e individualidade caracteristica, de tal fórma coordenados, que os mais simples elementos participam e concorrem para a vida do organismo inteiro e dos organismos secundarios; o Estado é a integração unitaria d'uma variedade de entes autonomos».

Póde, pois, dizer-se com HAURIOU que o Estado, num sentido amplo, abrange: o Estado *stricto sensu*, aggregados de população e territorio menores que o Estado,

(1) Vej. *Cod. civ. franc.*, artt. 538.º, 910.º, 937.º, 1712.º, etc.; *Cod. ital.*, art. 70.º; *Cod. hesp.*, art. 35.º; *Cod. austr.*, art. 26.º, etc. Sobre as pessoas sociaes administrativas: AUCOC, *Conférences sur l'adm. et le droit adm.*, t. I, pagg. 48 e segg.; BATBIE, obr. cit., loc. cit.; GIORGI, obr. cit., II, pagg. 51 e segg.; MEUCCI, pagg. 131-135 e 173-178; SAVIGNY, II, pagg. 239 e segg.; PERSICO, *Principii di dir. aministrativo*, I, pagg. 245 e segg.

(2) *A freguezia ou parochia como divisão administrativa*, pag. 15.

institutos publicos e de utilidade publica. A administração é, por consequencia, obra não só do Estado mas tambem d'estas entidades.

Mas, enquanto o Estado e as aggregações menores têm uma missão geral de administração, provendo, pelos seus serviços, ás variadas necessidades de uma circumscripção determinada e tendo a seu cargo a applicação geral das leis, os institutos publicos e de utilidade publica têm uma missão de administração especial, não provendo senão a uma só necessidade ou, quando muito, a algumas necessidades, que não são, em todo o caso, communs a todos os individuos e tendo a seu cargo a simples applicação especial das leis.

Os institutos publicos e de utilidade publica occupam um logar intermedio entre as pessoas publicas e privadas; na verdade, nem aquellas entidades entram na ordem rigorosamente governativa do Estado, nem se referem a interesses exclusivamente privados (1).

(1) De facto, diz HAURIOU, os estabelecimentos publicos estão ligados á administração do Estado e distinguem-se por isto dos estabelecimentos de utilidade publica, que são puramente corporativos: mas não ha neste caso senão uma situação de facto e o que a prova é que entre estabelecimentos publicos e de utilidade publica nunca se poudo estabelecer outra differença além d'esta: os primeiros estão ligados de facto á administração do Estado, os segundos não o estão. Por estabelecimentos de utilidade publica devemos entender os institutos a que é conferida a personalidade juridica, por motivo de utilidade publica, sem, contudo, se poderem considerar órgãos da administração publica. Differem dos institutos publicos em que estes são órgãos da administração publica.

§ 2.º

A personalidade do Estado

SUMMARIO: — 18. — Character organico das sociedades humanas.
A personalidade do Estado á luz do critério organico ; dissidencias.

18. — Toda a sociedade humana é um grupo cujos membros cooperam para um fim commum ; não é um mechanismo artificial, convencional, mas uma unidade, um ser vivo — producto espontaneo da natureza humana, da sua constituição essencial e objectiva, um organismo natural.

A unidade do fim e a differenciação cooperativa — taes as características fundamentaes d'esse ser, d'essa unidade biologica, que se chama organismo social.

Mas este não é só uma realidade substantiva, é uma verdadeira pessoa, dotada de consciencia, isto é, de sentimentos e tendencias racionais communs, que desabrocham ao simples contacto dos individuos, reunidos em vista das necessidades a todos extensivos — é um ser de direito, um *estado* (1).

(1) A palavra Estado (do latim *status*) designa, em geral, situação, posição, actualidade concreta de alguma coisa em forma permanente ; é a accepção do *status* romano. No *status*

«O Estado representa, no dizer de GIORGI, a unidade natural do genero humano na individualidade de um povo organizado politicamente sob um regimen de governo e dentro de certos limites territoriaes».

Demonstrada a personalidade das entidades collectivas em geral, demonstrada está a personalidade do Estado, mas os aspectos dignos de reparo por que tem sido criticada tal doutrina força-nos a expôr algumas das theorias que sobre o assumpto tẽem sido formuladas.

A personalidade jurídica do Estado é hoje discutida em todas as escolas: pergunta-se se o Estado deve ser considerado como uma entidade differente da pessoa privada e se a personalidade juridica respeita ao Estado no seu organismo collegial ou se refere ás auctoridades que o representam e constituem os seus órgãos principaes.

Pela theoria da personalidade do Estado, diz SEYDEL(1), eleva-se uma inexacta metaphora á altura d'um principio philosophico-juridico: a personalidade é exclusiva do homem.

Falar, pois, de personalidade a respeito do Estado é desviar a palavra do seu verdadeiro conceito.

LINGG raciocina: a pessoa juridica é o producto da regra do direito, e, se esta presuppõe a existencia do

reipublicae entrevê-se já a transição para o sentido moderno da palavra: *respublica* significa a sociedade ou communidade no povo e *status reipublicae* a situação d'essa communidade, a sua estrutura, a sua organização. A economia da linguagem levou á suppressão da ultima palavra.

(1) STAATSLEHRE, pag. 58, apud COMBOTHECRA, pagg. 77 e segg.

Estado, evidentemente o Estado não pôde ser uma pessoa social na accepção vulgar da palavra.

Não nos cançaremos a repetir os argumentos que GINER, GIORGI e COMBOTHECRA oppõem á doutrina d'estes escriptores.

Admittir, com SEYDEL, a personalidade individual e negar a social — modo de ser d'aquella, é tão logico como affirmar que o Estado é a organização juridica da sociedade, como deixa entrever LINGG, para depois declarar que o direito é producto (por consequencia, *posterior*) d'esse mesmo Estado.

JELLINEK, GERBER, LABAND, BLUNTSCHLI, SAVIGNY, WINDSCHEID, HOLTZENDORFF, CODACCI-PISANELLI, BERNARTZIK, HERZFELDER, FEDOZZI, GIERKE, etc., affirmam, mais ou menos peremptoriamente, a personalidade do Estado. Synthetizemos, por interessante, a theoria de STEIN (1): a sociedade é a unidade de vida estabelecida pelo acto livre da vontade individual, a acção organica livre da communidade humana e esta é uma relação entre individuos, sem corpo nem fórma definida.

A cooperação que resulta da reunião das actividades individuaes leva á consecução de fins para a qual seria insufficiente a actividade isolada de cada individuo: a communidade, participando, pois, dos membros que a compõem, deve ser considerada como um homem em grande, como uma personalidade semelhante á personalidade individual.

Mas ter uma personalidade significa ter, além de

(1) COMBOTHECRA, obr. cit., pagg. 36, 37 e 77. Vej. a vastissima bibliographia do assumpto em GIORGI, t. II, pagg. 53-57; BLUNTSCHLI, obr. cit., pag. 15; JELLINEK, obr. cit., pagg. 56 e segg.

corpo e alma que lhe dá vida, tambem uma força de determinação propria, independente das forças exteriores, isto é, ter vontade.

Esta vontade deve reflectir-se, fóra do seu sujeito, sobre os objectos, phenomenos e forças do mundo exterior, determinando-os e dominando-os.

Este poder reflexo da vontade sobre o mundo exterior chama-se acto : a vontade e o acto constituem juntamente a personalidade, o eu.

A communitade humana, considerada como uma personalidade, tendo o seu eu, tendo a vontade e o acto, isto é, a communitade elevada á personalidade auto-determinada, constitue o Estado.

Para JELLINEK (1) o fim e a vontade são os dois elementos caracteristicos da pessoa.

O Estado, tendo uma vontade unitiva que se determina em vista de um fim, constitue uma verdadeira personalidade.

O ser, a collectividade de seres que possuem um órgão de vontade independente, são pessoas.

COMBOTHECRA (2) escreve : o Estado é uma pessoa, um ser capaz de direitos e obrigações. O corpo *maître-sujet* da pessoa Estado é necessariamente um conjuncto de individuos humanos que têm uma relação commun de direito ; desde então esse corpo é um ser colectivo e, assim, podemos dizer que o Estado é uma pessoa humana collectiva.

Na Italia, onde esta theoria teve serios impugnadores, vemos GIORGI a defendel-a. Na individualidade do Es-

(1) Obr. e log. cit.

(2) Obr. e log. cit.

tado, florescem, diz, uma ao lado da outra, differentes mas não repugnantes, a personalidade politica e a personalidade juridica do Estado.

O Estado não se nos apresenta sempre revestido da auctoridade do *imperium*, mas, entrajando as vestes de um tutor a quem se confia a promoção e desenvolvimento dos interesses economicos do pupillo, apparece-nos como uma pessoa juridica, na accepção restricta da palavra; a personalidade juridica é um complemento essencial do Estado, que não poderia realizar os seus fins se não fosse capaz de contractar, possuir e adquirir como todos os corpos moraes.

LEROY-BEAULIEU (1) admite a theoria da personalidade, com restricções: o Estado não é um órgão creador, é um órgão critico, de generalização, de coordenação, de vulgarização, e é, sobretudo, um órgão de conservação.

Mas falta-lhe uma das mais elevadas manifestações espirituaes: a faculdade creadora.

Resulta d'aqui que o Estado não é a mais alta personalidade, como quer STEIN; é a mais vasta personalidade, mas não a mais elevada, porque lhe falta o mais maravilhoso attributo do homem.

Para BLUNTSCHLI (2) o Estado é a pessoa publicajuridica por excellencia; é um conjuncto de homens constituindo uma pessoa organica e moral sobre um dado territorio, na fôrma de governantes e governados; é, accrescenta a isto HAURIOU (3), uma perso-

(1) *L'État moderne et ses fonctions*, pagg. 53 e 54.

(2) *Théorie générale de l'État.*, pagg. 17 e 275.

(3) Obr. cit., pagg. 391 e segg.

nalidade juridica de duplo aspecto : é uma pessoa privada analoga á pessoa juridica dos particulares, é uma pessoa publica que gosa de todos os direitos do poder publico, comprehendendo nestes os que têm uma natureza pecuniaria.

Mas esta dualidade de aspecto não destroe a unidade da personalidade do Estado : os direitos do Estado como pessoa privada e os direitos do poder publico são indifferentemente exercidos pelos mesmos órgãos administrativos.

«Quando queremos conceber juridicamente o Estado, diz um escriptor (1), não se nos offerece outro meio que revestil-o de personalidade, consideral-o como um sujeito de direitos. É este o unico modo por que se póde justificar e estudar a acção continua que o Estado de facto exerce sobre os cidadãos a elle subpostos na esphera do seu territorio».

Se o conceito nitido e preciso da personalidade juridica do Estado é obra da sciencia moderna, nem por isso elle deixa de ter as suas raizes no direito antigo.

HEISE, MACKELDEY, MÜHLENBRUCH, SAVIGNY, SINTENIS e KUNTZE, puseram em evidencia a personalidade do Estado, segundo o direito romano, e, se a sociedade romano-germanica, creando o regimen feudal, obliterou o conceito da personalidade, apparece-nos desde muito cedo JACOB, BARTHOLO e CINUS forçando por separar a pessoa do *princeps* da do Estado, considerando aquelle como um representante da personalidade do Estado.

Assim, tambem, no seculo XVII, GROCIO, PUFFENDORFF e HOBBS.

(1) SANTI ROMANO, pag. 143.

Mas o reconhecimento completo da personalidade do Estado e a distincção precisa das duas modalidades que elle abrange — o *imperium* e o *dominium* — é obra da revolução franceza.

O Estado é uma pessoa titular dos direitos de soberania e de direito patrimoniaes. Com effeito, se não se admitte isto, como conceber o direito publico, como comprehender uma soberania — *in abstracto* — não pertencendo a ninguem e tendo, comtudo, obrigações?

Aventar-se-ha a ideia, tão seguida hoje na Allemanha, de que taes direitos pertencem não ao Estado mas aos individuos que os exercem?

Não que nos leve a rejeital-a a confusão do direito publico e privado, que d'ahi resultaria, mas um outro argumento se nos apresenta: a impossibilidade de justificar o direito de ordenar e a obediencia que um homem deve a outro homem.

Só se pôde explicar este facto, como nota MICHODU, pela ideia de que este não falla em seu nome, mas em nome da collectividade que representa e que tem direitos superiores aos do individuo isolado.

Demais, a propria unidade do Estado reclama a sua consideração como uma pessoa; o proprio GIORGI deixa transparecer tal ideia quando accrescenta á sua doutrina (a da escola franceza): «non è un bel parlare esatto, ma è quello che corre».

LAURENT, um dos mais ardentes adversarios da personalidade moral, acaba tambem por reconhecer a personalidade do Estado, no campo do direito publico e privado.

D'um modo geral podemos dizer que as attribuições do Estado se reduzem a dois factos essenciaes: a so-

berania e a propriedade, considerando esta ultima palavra como o symbolo dos direitos que se ligam á posse e á administração dum patrimonio.

Visto sob este aspecto particular, o Estado é dotado de uma individualidade juridica, constitue uma pessoa social.

§ 3.º

Os direitos das pessoas sociaes administrativas

SUMMARIO : — 19. — As pessoas sociaes administrativas e os direitos a ellas inherentes; opiniões divergentes.

19. — Para complemento do nosso trabalho, resta-nos tratar da especificação dos direitos das pessoas sociaes administrativas. LABAND (1) distingue entre direitos dos cidadãos e do Estado, attribuindo aos primeiros o direito de protecção no interior do Estado ou fóra d'elle e o direito de participar na sua vida constitucional, reservando para o Estado dois direitos : o direito á obediencia e á fidelidade dos subditos.

STENGEL segue opinião analogá.

LÖNING : Estado, órgãos do Estado e cidadãos—taes os sujeitos dos direitos publicos (2). Segundo a diversidade de objecto, assim os direitos do Estado podem revestir quatro aspectos distinctos : ou se traduz pela prestação de uma cousa em propriedade, ou em uso,

(1) *Primo trattato* cit., pagg. 133 e segg., praec. 156.

(2) Apud SANTI ROMANO, obr. cit., pagg. 133 e segg.; MEUCCI, obr. cit., pag. 135.

ou na prestação de um serviço pessoal ou, finalmente, numa omissão.

Os direitos dos órgãos do Estado reduzem-se, fundamentalmente, ao direito á função, os dos cidadãos ao direito de pertencer ao Estado, de exigir d'elle prestações, ao de participar na soberania publica e aos chamados direitos de liberdade.

HAURIOU (1) começa por distinguir os direitos individuaes ou liberdades individuaes dos direitos ou liberdades publicas, apresentando uma triplice divisão d'estes ultimos: politicos ou civicos, de liberdade e direitos aos serviços do Estado.

A revolução francesa incluiu entre os direitos do homem a liberdade, a egualdade, a segurança e a propriedade, mas, não sendo a segurança e a propriedade senão dois direitos distinctos: a egualdade e a liberdade individuaes, que se manifestam sob as tres fórmulas indicadas.

Para ROSSI (2) e PALMA (3) os direitos publicos integram-se em dois grupos: politicos e publicos *stricto sensu*, entendendo-se por estes os direitos de liberdade.

É a classificação adoptada, entre outros, por ORLANDO, MEUCCI e LONGO, se bem que todos elles divirjam de que cada um d'estes direitos é susceptivel.

MALGARINI e DE GIOANNIS addicionam á classificação de ROSSI uma terceira categoria de direitos publicos, constituida pelos direitos administrativos.

Mais scientifica, na opinião de SANTI ROMANO, a ten-

(1) Obr. cit., pagg. 54 e segg.

(2) *Cours de droit constitutionnel*, l. LXVI.

(3) *Corso di diritto costituzionale*, t. III, pag. 18.

tativa de SEYDEL e JELLINEK (1), não obstante a critica de TEZNER.

Não ha impropriedade na applicação da noção romana do *status* á capacidade juridica, diz JELLINEK.

O direito publico subjectivo, quer do Estado, quer dos cidadãos, tem sempre por fim o reconhecimento de um d'estes *status*, e, segundo o cidadão se encontra na situação subalterna de subdito ou procede livremente numa dada esphera, determinada pelo Estado, que assim assigna uma auto-limitação ao seu direito, ou tem o direito de exigir do Estado o cumprimento de certas prestações, ou, finalmente, é obrigado ou auctorizado pelo Estado a obrar por sua conta e em seu nome, assim esse *status* se póde denominar — *subjectionis, libertatis, civitatis* e *activae civitatis*.

MEYER admitte duas categorias que correspondem substancialmente aos *status* positivo e activo de JELLINEK.

Notam-se graves defeitos a estas classificações, como:

a) O vicio commum da falta de limites precisos entre os varios direitos e da inexactidão de qualquer das classificações expostas ;

b) Defeitos inherentes a cada uma das classificações, como :

1) O character arbitrario da classificação de LABAND, não subordinada a um criterio logico, uno, que possa explical-a, defeito de que

(1) *System* cit., pagg. 76 e segg. e 188 ; *Primo trattato* cit., pag. 137.

enferma tambem a divisão proposta por HAURIOU ;

- 2) A formação de categorias de direitos que, tendo em consideração os criterios adoptados, não se excluem, antes se podem reduzir a dois grupos geraes (LÖNING e LABAND) ;
- 3) O aspecto anti-scientifico da classificação de STENGEL ;
- 4) A variabilidade de conteúdo assignado aos direitos civicos e politicos, como fôram entendidos por ROSSI, PALMA, ORLANDO, etc., e a sua inutilidade tanto para os fins praticos como para os fins theoricos ;
- 5) O incompleto da classificação de JELLINEK, que não abrange os direitos publicos patrimoniaes, havendo, demais, a notar que nem todos os direitos pertencentes ao Estado ou aos subditos são de natureza tal que se possa reconhecer a noção de *status* nas relações a que dão logar.

SANTI-ROMANO (1) propõe a seguinte classificação, largamente desenvolvida : direitos de supremacia, de liberdade, civicos, politicos e publicos patrimoniaes.

Se o direito de supremacia representa uma condição indispensavel da existencia do Estado, trazendo a su-

(1) Obr. cit., pagg. 143-220.

bordinação a elle dos cidadãos, das pessoas juridicas privadas e das administrações autarchicas, que se tornam assim sujeitos não de direitos mas de deveres, o direito de liberdade, característica do Estado moderno, consagra o livre exercicio da actividade humana, subtrahindo á ingerencia do Estado uma dada esphera de actividade (*Staats frei e Sphäre*), onde, como diz COGLIOLO (1), o direito não póde nem deve entrar.

Os direitos civicos, politicos e publicos patrimoniaes resolvem-se ou no goso de cousas publicas ou dos institutos publicos (MEUCCI, GIORGI, STENGEL e PALMA) ou na faculdade de participar na vida constitucional e administrativa do Estado (JELLINEK) ou respeitam não á capacidade juridica mas constituem verdadeiros direitos reaes (BEKKER, MEYER e SARVEY).

Poder-se-ia perguntar se a classificação de SANTI-ROMANO não incorre no defeito commum a muitas das anteriores, de tomar para membros da classificação categorias de direitos que não se excluem.

Não satisfaz, de facto, o criterio distinctivo entre direitos civicos e politicos adoptado por este escriptor.

Pessoas physicas e pessoas sociaes são, dissemos, sujeitos de direito publico e privado.

a) *Estado*. — Podemos reduzir, com MEUCCI, os direitos do Estado a duas categorias geraes: politico-administrativos e patrimoniaes.

(1) *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, pag. 25, Negam a existencia do direito de liberdade: LABAND, MEUCCI, BLUNTSCHLI e STENGEL. Admittem-o: BLACKSTONE, THUDICHUM, HAURIOU e VACCHELI.

Poderá, porventura, conceber-se um Estado destituido de direitos patrimoniaes ?

Póde acaso suppôr-se que o Estado necessite de auctorização especial para o exercicio dos seus direitos necessarios, meios indispensaveis para realizar os fins que determinaram a sua formação ?

Do mesmo modo que todos os poderes e funções publicas são condições necessarias para a existencia do Estado e elementos naturaes da sua vida, assim tambem são condições necessarias da sua vida organica o conjuncto dos direitos patrimoniaes e a capacidade juridica para adquiril-os e exercel-os. É assim que em todas as legislações dos Estados modernos se considera como fóra de toda a duvida a capacidade juridica do Estado para adquirir direitos patrimoniaes.

Mas se o Estado, considerado sob este aspecto, póde ser assemelhado ás demais pessoas sociaes a que competem direitos e capacidade patrimoniaes, por outro lado, d'ellas se distancia enormemente.

É que o Estado, a mais vasta e a mais complexa instituição social, destinada a cumprir todos os fins de utilidade publica, é investido *jure proprio* de todos os direitos e de todas as capacidades indispensaveis para realizar os fins sociaes para que foi constituido. É porisso que SAVIGNY (1) diz que o Estado representa uma figura *sui generis* e substancialmente distincta de todas as outras pessoas sociaes : o Estado, considerado em si mesmo, desde que se constitue, tem de pleno direito a personalidade e a capacidade de exercer todos os direitos publicos.

(1) Obr. cit., §§ 86 e segg.

Personalidade politica e personalidade juridica do Estado integram-se reciprocamente: o fim verdadeiro do Estado é o desenvolvimento das faculdades da nação, o aperfeiçoamento da sua vida, a sua marcha progressiva em harmonia com os destinos da humanidade, e só reconhecendo-se ao Estado a capacidade de possuir, contractar e adquirir, tal fim se poderá realizar.

«Negare allo Stato la capacita ai diritti civili, sarebbe lo stesso che escluderlo dal campo dove sono necessitate a vivere tutte le umane colleganze, e togliergli la vita economica richiesta non solo come sussidio, ma come fatto integrale e cumprimento per la conservazione del corpo sociale e per il pieno conseguimento dai suoi fini» (1).

O Estado, reveste, pois, um duplo character.

É o órgão de poder publico e um ser capaz de exercer direitos privados, tem o *imperium* e o *jus subjectionis* com todas as prerogativas que o acompanham e o *dominium* com todas as obrigações patrimonias (2).

(1) GIORGI, obr. cit., t. 2.º pag. 44. Sobre a capacidade patrimonial do Estado: GIORGI, t. II, pagg. 36 e segg. e t. III; FIORE, DESPAGNET, etc.

(2) *Imperare*, diz JELLINEK, é a essencia das funcções do Estado a respeito do sujeito, mas está no character juridico do *imperium* obrigar os sujeitos fóra da sua vontade e, por assim dizer, d'uma maneira unilateral.

É a doutrina opposta á que seguimos e que vemos professada por MAX SEYDEL, LINGG, SOKOLSKI, etc.

A Declaração dos direitos do homem (art. 3.º) já dizia: «le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation; nul corps, nul individu, ne peut exercer l'auctorité qui n'en émane expressément» e, pela bocca de ROBESPIERRE e

b) *Aggregados de população e territorio menores que o Estado*.—Tambem a estes se não pôde negar a subjectividade juridica, nem é ella limitada aos direitos patrimoniaes.

Nem a subordinação hierarchica e a ausencia de autonomia leva, como alguns pretendem, á negação do exercicio dos direitos politico-administrativos por parte d'estas entidades: o organismo, a dependencia hierarchica influem nas condições de exercicio do direito mas não excluem esse direito nem a subjectividade ou personalidade da entidade que o gosa (1).

«O Estado soberano, escreve JELLINEK, transmite direitos de soberania a uma outra comunidade politica e torna-a assim Estado não-soberano, cuja característica é, por consequencia, a de possuir um direito proprio derivado».

Se o Estado é a personalidade publica, cujo fim

DUPORT, a Convenção advogava: «A soberania reside no povo, em todos os individuos do povo».

A soberania não reside nos individuos, mas no corpo inteiro da nação, dotado de vida propria, distincta de todas as existencias individuaes e passageiras de que ella se compõe.

Os titulos de aquisição do dominio patrimonial por parte do Estado são: accessão, occupação, successão legitima e testamentaria, doação, adjudicação nos processos executivos communs, contractos, prescripção, expropriação por utilidade publica e por dividas de impostos, successão de Estado a Estado, successão do Estado a pessoas sociaes supprimidas, etc. *Veja. Cod. civ. port.*, artt. 37.º, 3.º, 382.º § unico, 516.º, 1969.º etc. Nem no *Cod. civ. italiano*, nem no francês, nem no espanhol se acha expressamente enumerado o Estado entre as pessoas sociaes.

(1) É denotar que em França os *arrondissements* e os *cantões* — circumscripções administrativas — não têm personalidade.

geral é nacional, a *communa*, abrangendo nesta designação generica as differentes unidades organicas administrativas (1), é a personalidade publica tendo em vista a realização dos interesses locais no interior do Estado.

As *communas* gosam dos direitos de pessoa privada, sem necessidade de concessão especial por parte do Estado, qualquer que seja a latitude da sua especialidade administrativa: o goso d'estes direitos deriva da propria noção de personalidade juridica.

Para os direitos de poder publico a questão liga-se intimamente ao estudo, por mais de um motivo interessante, da centralização e descentralização administrativa.

Preterimol-o, todavia, pela necessidade de não alargar mais este trabalho, contentando-nos simplesmente em accentuar que tudo se passa praticamente como se estes direitos fossem uma concessão do Estado (2).

c) *Institutos publicos e de utilidade publica* (3).—Differentes dos antecedentes são os direitos d'estas pessoas administrativas.

Distinguem-se das anteriores em que, ao contrario d'estas, que são encarregadas de serviços e funções communs a todos os membros do Estado, aquellas correspondem a necessidades que, embora collectivas,

(1) No technicismo moderno, a palavra *communa* é preferida para significar o corpo moral do municipio. GIORGI dá-lhe a accepção lata em que aqui a tomamos.

(2) Vej. *Cod. adm.*, de 4 de maio de 1876, artt. 4.º e 416.º; *Cod. civ. port.*, artt. 37.º, 382.º § unico e 516.º

(3) Na doutrina francesa: institutos semi-publicos os de utilidade publica.

não são extensivas a todos os individuos que compõem o Estado.

Porisso estes institutos, que gerem serviços publicos especiaes, não respeitando á generalidade dos cidadãos, não deveriam ser considerados como organizações administrativas do Estado e tendem naturalmente a afastar-se d'esta situação para se tornarem organizações corporativas.

Mas a *ratio publica* não se lhes póde reputar inteiramente estranha, ainda que os corpos moraes nelles comprehendidos não entrem rigorosamente na esphera governativa do Estado: cooperam com a administração central, não nos fins sociaes de primeira necessidade, mas para dados fins de interesse geral, abraçando uma esphera vastissima de serviços da mais varia natureza, mas commungando todos do mesmo intuito generico: o desenvolvimento material e moral da sociedade, o aperfeiçoamento do homem, considerado não tanto como individuo mas como membro do aggregado social (1).

Os institutos publicos e de utilidade publica, obra

(1) A distincção entre institutos publicos e de utilidade publica, sendo admittida em principio, é muitas vezes difficil de determinar na pratica; ha categorias duvidosas de institutos a respeito dos quaes não é facil assentar se são ou não órgãos da administração.

É uma questão que se resolve pelos circumstancias de facto, tendo em conta elementos diversos, como a tradição, as tendencias centralizadoras ou descentralizadoras, o espirito de que o instituto está animado, etc. — Na categoria dos institutos publicos e de utilidade publica encontram-se as misericordias, hospicios, asylos, escolas, monte-pios, universidades (a nossa não gosa de personalidade), etc,

da administração os primeiros, os segundos de particulares, estão, pelo seu fim, ligados á administração; ha como que uma especie de justaposição d'estes institutos á administração, de que resultam ao mesmo tempo privilegios e incapacidades.

Uns e outros, não gosando, em principio, de privilegio algum de poder publico, salvo concessão especial, fruem, todavia, determinadas garantias: uns e outros têm capacidade patrimonial, podendo livremente exercer direitos privados (1).

Concluindo, podemos assentar que :

- 1.º — As pessoas administrativas são pessoas juridicas ;
- 2.º — A sua personalidade juridica apresenta-se-nos sob um duplo aspecto -- publico e privado ;
- 3.º — Esta personalidade não absorve, todavia, toda a sua individualidade administrativa.

(1) HAURIOU, obr. cit., pag. 213.

INDICE

Prefacio	Pag. IX
----------------	------------

INTRODUÇÃO

1. — Nexo organico entre o individuo e a sociedade; o direito como a mais alta expressão das re- lações entre aquelle e esta.....	13
2. — Genése da consciencia juridica. O direito — pro- ducto immediato da actividade do espirito do povo	15
3. — Personalidade juridica e personalidade psycho- logica : evolução da ideia do direito correla- tivamente ao desenvolvimento psychico do in- dividuo	18
4. — O estado — organização juridica da sociedade. Simultaneidade da formação da sociedade e do estado	19

CAPITULO I

Natureza da pessoa social

5. — Conceito philosophico de pessoa	23
6. — A pessoa no sentido juridico. Evolução historica	

	Pag.
da personalidade juridica. O atomismo individualista e a substantividade do ser social ; ideias dominantes na actualidade.....	25
7. — Problema da personalidade social: seus antecedentes historicos. Soluções divergentes. O criterio organico como meio de determinação da personalidade dos entes collectivos.....	28
8. — As necessidades humanas—fundamento da personalidade social.....	45

CAPITULO II

Subjectividade juridica das pessoas singulares e collectivas

§ 1.º

A ideia do direito

9. — Indicação do plano que seguimos.....	47
10. — Variabilidade da noção de direito e as tres es- colas predominantes na philosophia juridica : a) Theoria da vontade ; b) " do interesse ; c) " mixta.....	48
11. — Theoria que adoptamos ; sua justificação	56

§ 2.º

Direitos publicos subjectivos

12. — A theoria dos direitos publicos subjectivos e os seus sectarios : breve exposição e critica....	61
13. — Applicação do criterio de VON IHERING ao di- reito publico	66
14. — Distincção fundamental entre direitos subjecti- vos publicos e privados.....	70
15. — A subjectividade juridica das pessoas sociaes...	74

CAPITULO III

Pessoas sociaes administrativas

§ 1.º

Determinação das pessoas sociaes

	Pag.
16. — Noção e classificação das pessoas sociaes ; criterios propostos	77
17. — Pessoas sociaes de caracter publico	82

§ 2.º

A personalidade do Estado

18. — Caracter organico das sociedades humanas. A personalidade do Estado á luz do criterio organico ; dissidencias	87
---	----

§ 3.º

Os direitos das pessoas sociaes administrativas

19. — As pessoas sociaes administrativas e os direitos a ellas inherentes ; opiniões divergentes.....	95
---	----

ERRATAS PRINCIPAES

Pag.	Lin.	Onde se lê	Leia-se
x	22	assim, de uma breve	assim, depois de uma breve
14	14	consideramos	consideremos
18	18-19	sociedode	sociedade
23			adicione-se a inscripção: Natureza da pessoa so- cial
25	26	evidenciar	evidenciar ;
27	31	VANTHÉR	VAUTHIER
28	5	dominado	dominando
»	29	<i>Huguay</i>	<i>Uruguay</i>
29	10-11	VAN DEN HENVEL	VAN DEN HEUVEL
»	14	a Genuss	o <i>Genuss</i>
32	4	nova	mera
34	3	A theoria da realidade. — Para nos servirmos...	A theoria da realidade, para nos servirmos...
39	7	determinadas	indeterminadas
42			Colloque-se o primeiro pe- riodo a seguir ao que termina: simples orga- nismo physiologico.
45	15	aggregado	aggregados
52	21	gera	geral
55	2	FILOMUSI, GUELFÍ	FILOMUSI-GUELFÍ
64	10	esemplicement	e semplicemente
»	11	KOBBER	KÖBLER
»	24	<i>Reflexrecht :</i>	<i>Reflexrecht</i>
»	33	MUNCCI	MEUCCI
»	»	pag.	pag.
73	3-4	não são do direito privado	não são do dominio do direito privado
81	10	torna	toma
83	19	reconhecimento	reconhecimento
»	27	aggravo de pessoas	aggregado de pessoas
87	19	extensivos	extensivas
96	4	fundamentalmente	fundamentalmente

A entrar no prelo :

Problemas financeiros (Dissertação para a 8.^a cadeira da faculdade de Direito).

A condição legal das ordens e congregações religiosas em Portugal, desde 1834 (Dissertação para a 10.^a cadeira da faculdade de Direito).