

PINTO DOS SANTOS BARRIGA

DA VALIDADE DOS
Actos Administrativos
e Regulamentares

TOMO I

Nova técnica e construção jurídica do Estado.

ACTO ADMINISTRATIVO



LISBOA

IMPRENSA DA LIVRARIA FERIN

76, Rua Nova do Almada, 74...

- 1921

Da validade dos actos administrativos
e regulamentares

ANTONIO PINTO DE MEYRELLES BARRIGA

LICENCIADO EM JURIS E ABOGADO

Da Validade dos Actos Administrativos e Regulamentares

TOMO PRIMEIRO

Nova técnica e construção jurídica do Estado

Acto Administrativo



LISBOA

IMPRENSA DA LIVRARIA FERIN

70, Rua Nova do Almada, 74

1921

DISSERTAÇÃO PARA O DOUTORAMENTO EM DIREITO
NA UNIVERSIDADE DE LISBOA

À memoria saudosa do grande professor e amigo

Dr. Ludgero das Neves

Dedica este livro ao pouco que vale
pelo muito que lhe deve.

○ AUTOR

Ole

nome honrado de meu pai,
o maior orgulho da minha vida

PREFACIO

Não quízemos deixar sair este livro sem algumas palavras previas que justificassem a escolha do assunto, o metodo seguido e o plano da obra e em que, sobretudo, dissessemos alguma coisa que nos servisse de desculpa.

Nenhum ramo de direito em Portugal—íamos quasi jura-lo, — tem menos cultores do que o — administrativo. É bem natural é que assim seja.

N'este *mare magnum* de legislação, quem poderá ter a vaidade de se não perder?

Logo de começo quem inicia os seus estudos administrativos luta com a dispersão legislativa, e tanto esta é mais de temer, que o Parlamento abdicou de si no executivo a faculdade de legislar. E, como não lhe parecesse já bastante, vai d'aí, permitiu, ha poucos dias ainda, pela lei 1121, ás camaras municipaes legislar—esse é o termo—sobre assuntos de policia rural.

A nossa justiça administrativa, na dependencia do executivo, pela necessidade de homologação das suas decisões, corta qualquer veleidade que alguma teoria juridico-administrativa possa ter de influir moralmente na apreciação contenciosa dos actos administrativos. Não ha doutrina que resista á instabilidade ministerial e á successão de clientelas.

O *modus* politico que tudo penetrou, inquina, por vezes, já as resoluções do S. T. A. Sem força propria, a jurisprudencia administrativa arrasta-se, n'um papel quasi consultivo em relação ao governo.

E, se algum prestigio ainda tem o contencioso administrativo, mais se deve aos magistrados que o compõem, do que, propriamente, aos poderes legaes de que gozam.

A campanha tem de ser intensa. E' preciso que os nossos tribunaes administrativos venham a ter jurisdicção propria, a submeter a si a administração. Podem pensar os funcionarios em *estatutos*, conseguí-los até, que é para ilusão o seu triumpho. De que lhe servem os estatutos, se a sua violação tem recurso somente e, em ultima analyse, perante, talvez, o proprio que preteriu os seus direitos?!

Lançou em Portugal o Sr. Dr. Martinho Nobre de Mello o grito de alarme; mas, sem a reforma do nosso contencioso, é sobre maus alicerces que se construe a obra. Todas as garantias do estatuto se desfazem diante do recurso administrativo, ao qual pouco lhe falta para ser só de natureza hierarquica.

Para que servem as garantias individuaes, se a maior parte nem regulamentação tem?!

Não ha moralisação administrativa, quando no julgamento dos pleitos administrativos, o executivo pode intervir e impôr, finalmente, o seu modo de vêr.

Existem, é certo, responsabilidades pessoaes contra as auctoridades administrativas, mas que importa isto, n'um paiz em que, de vez em quando, as amnistias amplamente trazem o perdão?

Em Portugal vive-se das Revoluções e para as Revoluções. Os partidos oposicionistas preferem esca-

lar o poder, a tiro de canhão, a pacificamente, alcançar maioria em volta das urnas. Talvez um pouco, por este velho axioma eleitoral, de que quem ganha é quem está no poder.

A vida politica agitada assim, *desconstitucionalisada*, permita-se-me o termo, acarreta as mais descaroadas violações da lei, os mais descabelados atropellos juridicos.

As violencias succedem-se e crescem á medida que se repetem. A violencia puxa a violencia. O nosso meio politico é um fervilhar pestilento de odios. Não ha auctoridadesinha, por esse paiz afora, que não pense logo em exorhitar. São lá em cima as auctoridades monarchicas da revolução couceirista, são cá em baixo os representantes do poder constitucional.

Prende-se sem culpa formada sobre um pretexto politico. D'essas prisões arbitrarías, d'essas prepotências não ha recurso, senão perante os tribunaes administrativos, em que os ministros, mandados ouvir, principiam, por delongar as suas respostas, e acabam, algumas vezes, sem pretextos juridicos, por recusar homologação ás decisões dos tribunaes.

Nem o cidadão nem o funcionario tem garantias no actual estado de cousas. Os seus estatutos tem uma méra força moral.

Em França, nenhum acto do executivo escapa á jurisdição administrativa. Mesmo nos actos discricionarios, o desvio de poder, a incompetencia e o vicio de forma salvaguardam os interesses juridicos dos cidadãos.

Por um lado, a legislação administrativa portugueza com uma marcha vertiginosa — de revogações, de substituições, de disposições novas; — por outro lado, a jus-

tiça administrativa, sem força jurídica propria, submetida ao belo prazer da administração; — que quadro menos propicio a incitar a cultura d'esse direito disperso e quasi intangivel, sem garantias jurisdiccionaes!!

Temos fé, porque somos novos, e sentimos, logo, que o primeiro passo a dar, na sciencia administrativa, é assegurar ao cidadão a justiça a que tem direito, e substituir os recursos administrativos que hoje existem, que nenhuma garantias dão aos administrados, por outros em que embora se atendam os interesses do Estado, se protejam e se garantam tambem os dos individuos.

As liberdades individuaes, em que peze aos tradicionalistas, é genero de importação recente.

O cacete é a expressão genuina do temperamento auctoritario portuguez.

N'este tempo de luta e de sobresaltos, nunca urgia mais de que hoje limitar, a dentro da legalidade, a acção governativa.

Sucedam-se embora os governos, mas imponha-se inalteravel o respeito pela lei.

Levantem-se escandalos sobre escandalos, mas que as leis de responsabilidade não sejam letra morta na administração.

Que cada um, ao menos, se sinta livre e tenha a certeza de que quem quer que seja que tente violar os seus direitos, não o fará impunemente.

A razão de Estado tudo hoje justifica. O acto governamental teoricamente restricto e em numero limitado, estende-se a toda a vida do executivo.

Hoje que o Parlamento por autorizações, a maior parte das vezes, inconstitucionaes, abdicou no executivo

da sua função suprema de legislar, mais se impõe a possibilidade d'um amplo recurso contra todos os actos regulamentares e administrativos.

O Estado portuguez tem vivido continuamente, ha anos a esta parte, no que em sciencia jurídica se chama *«um estado de necessidade»*.

Luctemos pelos nossos direitos, e, sem descansar, mesmo a dentro do regime jurisdiccional em que vivemos, prestigiemos os tribunaes administrativos, de modo que nenhum governo ouse jamais recusar a homologação.

O favoritismo e prepotência politica, de mãos dadas, que nos não assaltem mais na estrada!

Que os recursos d'hoje em diante não sejam um méro e duvidoso expediente!

Honestísimos, na sua grande maioria, são os nossos magistrados, mas é preciso que tenham a coragem, sejam eles administrativos, sejam eles judiciais, de se afazer aos progressos de id de lóra, de apreciar a intenção de quem praticou os actos; e, desde que verifiquem que um outro fim, diverso do de serviço publico, tenha dominado na declaração de vontade dos governantes, inexoravelmente os anulem por excesso de poder, porque excede os seus poderes quem, n'uma intenção diferente d'aquella com que lhe são concedidos na lei, realisa um determinado acto.

N'este regime jurisdiccional, difficilmente tem o cidadão ou o funcionario os seus direitos garantidos, mas que, enquanto uma reforma não vier, todos se unam os que cultivam este ramo de direito, para crear, em roda dos tribunaes administrativos, uma tal aureola de prestigio que nenhum governante se aventure, impunemente, a usar do véto formidavel que uma legislação reaccionaria e archaica lhe confiou.

Propondo-nos tratar d'um assunto de direito administrativo, outro mais candente, mais actual não encontravamos.

Que a nossa obra, ao menos, se outro merecimento não tiver, sirva de grito de alarme, de toque de reunir para todos nós cerrarmos fileiras, seja qual fôr o partido a que pertencamos.

Oposições e governo, todos teem mutuo interesse em resolver a questão, para entrarmos de vez, n'um campo de legalidade, onde a Constituição não seja letra morta e os recursos jurisdiccionaes um méro expediente illusorio.

Creio que não podemos valer-nos de razões mais proprias do que aquellas que aduzimos, na justificação da escolha do problema para assunto da nossa dissertação.

A validade dos actos administrativos e regulamentares envolve em si todo o desenrolar da luta para defesa enérgica, mas legal, dos direitos publicos de cada um.

As condições tipograficas actuaes não nos permitiram a publicação completa da nossa obra.

Este primeiro volume tem um feitiço quasi doutrinario.

Cá fóra, havemos de lutar, vulgarisando a campanha que scientificamente empreendemos, ao publicar este trabalho.

Como conhecer da validade do acto administrativo e regulamentar, sem previamente formar juizo e conceito sobre a elaboração d'esses actos e os seus normaes efeitos juridicos?

Como desprender, isolar o acto administrativo, na

vida do Estado, sem antecipadamente emitir opinião sobre a construção jurídica d'este?

Tal é, em summa, a ideia que inspirou o autor ao escrever e metodisar este trabalho.

Procuramos estabelecer um conceito de direito objectivo, fazer uma applicação da nova técnica jurídica, introduzindo-lhe as modificações que nos pareceram necessarias.

Distinguimos entre o acto-condição estatutario e o prestacionario. Tentamos demonstrar que as situações de prestação podem não se crear por uma manifestação de vontade, mas sim derivar da lei.

No acto subjectivo, fizemos tambem uma distincção equal, demonstrando que, sob o ponto de vista da retroactividade, as situações subjectivas, fossem elas estatutarias ou de prestação, deviam ter uma egualdade de tratamento. Seguiu-se, depois, o delinear do acto-condição subjectivo, a que chamemos acto d'adesão.

Todas essas distincções tem imensa importancia, quer sob o ponto de vista da retroactividade, quer sob o aspecto juridico dos efeitos e vicios das manifestações volitivas.

A declaração de vontade nos actos-condições não pode ter os mesmos requisitos, ser avaliada pela mesma forma que no acto subjectivo, a sua viciação tem de ser apreciada d'outra maneira.

A opinião que offerecemos sobre os actos juridicos, temo-la de ha pouco, mas a experiencia que d'ela já fizemos, — seja dito sem vaidade, mas com orgulho —, robusteceu-a, porque muitos dos casos que a técnica antiga mal resolvia, sobretudo em direito civil, cabem, hoje, perfeitamente dentro da classificação que propomos.

Por exemplo, o casamento que é, quanto ás pessoas, um acto-condição que integra os nubentes no *status*

geral de casados, quanto aos bens, é um acto subjectivo estatutario, convencional, porque cria preceitos juridicos d'applicação restricta.

Este é um dos exemplos mais frisantes que a nova técnica resolve. No regime de bens propriamente dito, não se verifica immediatamente uma obrigação juridica, uma prestação concreta e definida.

Estabelecemos as distincções que, no direito subjectivo, nos pareceram uteis.

Construimos juridicamente o Estado, por vezes, só com elementos nossos. Tentamos uma distincção de funções objectivo e subjectiva, um conceito de função e acto administrativo.

N'este volume esboçamos apenas a teoria juridica geral do acto administrativo.

Reservamos, para outro volume, o exame de cada um dos actos administrativos, formalmente distincto, dos seus requisitos e dos seus efeitos normaes, das irregularidades de que possam enfermar,—reconhecendo-se que a nulidade não é a unica nem a sua melhor sanção—, dos meios de recurso contra essas irregularidades, dos efeitos do caso julgado, e ainda tambem dos meios não jurisdiccionaes de sanar irregularidades juridicas: a confirmação, ratificação, a renuncia, a prescripção e a revogação dos actos incriminados.

Por ultimo, trataremos dos actos regulamentares, dos seus requisitos, dos seus efeitos juridicos, das suas irregularidades, dos recursos que contra elas ha, dos efeitos do caso julgado, etc.

Está exposto o plano do nosso trabalho. O primeiro volume, *malgré nous*, só constará da nova

técnica e construção jurídica do Estado, e do acto administrativo em geral.

O resto da obra temo-lo quasi pronto e com vagar tencionamo-lo imprimir.

Houve talvez audacia n'algumas passagens d'este trabalho, mas nunca houve a vaidade apressada de apresentar soluções novas, nunca discordamos pelo simples prazer de divergir, mas sempre uma intenção mais alta nos guiou. Que isso, ao menos, nos sirva de desculpa.

Resta-nos só, para terminar este prefacio, esboçar o metodo filosofico que nos serviu para elaboração d'esta despretençiosa dissertação.

Vamos empregar n'esta obra um método de observação dos factos o mais positivo, o mais rigoroso, o mais sincero possível. E, quando os factos não puderem elucidar-nos, porque não recorrer á metafisica?

A experiencia intellectual pode fornecer amplos dados, enquanto os factos não se accumularem, e não se aglutinarem em torno de principios comuns, formando a doutrina.

Somos realistas, no verdadeiro sentido da palavra, procuramos nos factos o que eles nos podem dar. Não somos positivistas á maneira de Duguít, *à rebours*, tentando tirar dos factos o que eles não podem oferecer.

Quando teorizamos os factos, não os forçamos a entrar no quadro d'uma doutrina onde não caibam, nem tão pouco desmanchamos theorias para n'elas penetrarem phenomenos isolados e esporadicos. A excepção faz a regra, é velho axioma. As doutrinas são feitas para explicar uma generalidade dispersa de casos, sobre uma forma simples e unitaria, para dispensar a memoria de reter a realidade na sua incomparavel variação, fixando-a mais comodamente em principios geraes.

As teorias são para a realidade o que o teatro é em relação á vida.

A realidade é muito mais abundante, não se apresenta n'uma nitidez tão estricta e impecavel.

Uma teoria jurídica precisa, ao ter verificação social, que os factos não a contradigam.

A teoria, permita-se o termo, é a maneira de trazer a realidade no bolso, de a tornar portatil.

Nos factos sociaes incessantes e mutaveis, é preciso que as doutrinas que os enquadrem, sejam provisórias.

Os phenomenos sociaes vão-se deformando, modificando-se estruturalmente, e, á medida que isto succede, a doutrina que os resumia, já vai deixando de servir. Pouco a pouco, em volta do núcleo que os reunia, outros aglomerados se vão formando, adensando, coagulando.

As doutrinas tem de se renovar constantemente, remoçar, e, n'esse sentido, é que Hauriou afirma: *«il ne faut du nouveau, mais seulement du vieux neuf»*.

Outro vai ser o nosso metodo, vamos observar os factos em si.

Vamos vêr a melhor orientação que os deve disciplinar.

Para que ter o desejo d'esses belos edificios tão sombrios de linhas em que geralmente se encerram os factos e a que se dão os nomes de — teorias?

Quando a realidade tenta albergar circumstancias novas da vida juridica, só tem, reieve-se-nos o termo, o esconso onde as abrigar. Ao primeiro pretexto, larga da mão esses factos que affectam a sobriedade e estética magnifica das suas linhas scientificas.

Outra vae ser repetimos a nossa orientação.

Não procuramos traçar uma doutrina única.

Apresentamos os factos, muito mais modestamente, mas muito mais comodamente, em quantas doutrinas forem necessarias para, sem esforço, os comportar. Em volta das teorias, não nos repugna nada admitir casos isolados, *francs tireurs*, que poucos hoje, muitos amanhã, formem para o futuro — doutrinas.

Mas, se a realidade não tiver ainda fornecido dados, não nos custa intellectualmente supor a realisação d'esses factos, pragmatizando-se assim mentalmente uma teoria. A verdade metafisica é uma verdade, porque pode ter uma pragmatisação, ainda que seja só mental. Se a vida social dinamisar a teoria, renova-se então, e toma um aspecto de verificação pratica. Se os factos não contradisserem a verdade assim obtida por processos intellectuaes, pelo senso comum, para nós, e pela intuição pura Bergson, diremos que a teoria se realisou, se experimentou integralmente.

As teorias, na vida social, tem um efeito incontestavel, é que podem, de momento, não abranger todos os factos sociais existentes, mas são como elementos polarisadores, para que tendem todas as manifestações identicas da existencia colectiva.

Todo o defeito de alguns realistas é não comprehendem que a vida social, dentro de certos limites, pode figurar-se á semelhança e imagem das doutrinas que a cercam.

Façamos metafisica, bem abertamente, mesmo contra os factos, se virmos que do alto das doutrinas que professamos, a realidade pode vir amoldar-se a eles.

Mas, por Deus, que essas doutrinas sejam provisórias, não as deixem estar espedaçadas assim, para que uma *maré viva* de factos não as venha arrancar,

para todo o sempre e fazê-las desaparecer; que ao menos deixem vestígios históricos, para algum erudito se ir ocupando...!

Se Boutroux e H. Poincaré já formularam o problema da contingencia das leis naturaes, como não se havia de pôr o aspecto contingentissimo das leis sociaes.

A contingencia das leis naturaes cifra-se, talvez, melhor dizendo, na contingencia mental de quem constata os factos. A complexidade social essa, então, desorienta de todo o seu observador.

Como fazer a escolha, a estriação dos factos senão metafisicamente, fazendo dos resultados parciaes continuas pragmatizações.

Dizia o escriptor Polaco, com razão, que os juriconsultos são um pouco como *des Messieurs Jourdain* do mundo juridico, fazem continuamente direito sem dar por isso.

Intretem-se a estabelecer o *quid juris* dos problemas juridicos, não se envolvendo por transcendente de mais no *quid est jus*?

Hoje o problema da filosofia de direito preocupa muitos espiritos dos mais illustres entre os cultores da sciencia juridica.

Geny, queixava-se ao publicar a primeira edição das suas «*methodes d'interprétation*» do desfavor com que eram acolhidos os estudos juridicos, da pobreza das investigações filosoficas sobre o metodo que convinha ao direito. Como as cousas mudaram d'então para cá! Ele proprio, na 2.^a ed. do seu livro, completa-o com um epilogo de perto de duzentas paginas consagradas ao

combate doutrinal a favor do método jurídico que propuzera.

Não ha jurista de nome que, entre as duas edições do livro de Geny, não viesse dizer da sua justiça sobre as questões de método jurídico.

Renascia de tudo isto, por ventura, a antiga filosofia jurídica, desacreditada pela difusão do espirito positivista e pelos resultados da experiencia?

Não, não é a experiencia vencida pelas antigas concepções apriorísticas, é a propria experiencia que impõe pontos de vista novos.

A noção de direito é revollvida, e, em torno d'ella, movimentam-se as mais diversas doutrinas.

Procuram tambem os católicos, como Cathrein e nós proprio, enveredar para o caminho da experiencia, revelar a norma de origem divina, a regra jurídica moral emanada de Deus.

O aspecto laico que adoptamos na introdução a este trabalho, podia, sem grandes difficuldades, significar o ponto de vista humano da norma.

A concepção ideal catolica do direito é tão flexivel, tão scientifica que se adapta em plena concordancia com a realidade.

No ponto de vista cristão, o homem só tem um objectivo — a sua vida sobrenatural —, tudo se liga directa ou indirectamente a este fim. Tudo se resume em conhecer e amar a Deus.

O homem é um ser social, não pode viver fóra da sociedade.

Deus combinou tudo na vida colectiva para que os

1. E' o proprio Geny com o seu *justo positivo*, é o *direito-solidariedade* de Duguit, o *direito institucional* de Hauriou, o *direito canon legislativo* de Lambert, o *direito crença colectiva* de Levy, o *direito associativo e social* de Saleties.

finis individuais normalmente não pudessem ser realizados, sem o auxilio dos nossos semelhantes.

Impoz ao individuo que puzesse a sua actividade ao serviço dos seus irmãos, zelando-lhes os interesses, como se seus proprios fossem.

Ha duas formas de colocar a actividade individual ao serviço dos outros homens:— fazer-lhes bem individualmente ou cooperar no progresso social. Não só no progresso actual, mas sacrificando-se as gerações presentes, pelas gerações futuras, porque tanto são nossos irmãos os homens d'agora, como os que hão de vir.

Os fins d'existencia são individuais, mas a sua consecução é que é colectiva.

«Chacun vit pour soi, en vivant pour les autres, puisqu'aux termes du precepte divin, les hommes sont, les uns pour les autres, les artisans et les moyens de leur salut individuel», afirma Gigord.

N'uma palavra, a doutrina jurídica catolica conhece da realidade a um tempo social e individual da norma de direito.

Estabelecida a natureza e fundamento da regra juridica, surge o problema da interpretação, isto é, as necessidades da experiencia movimentam-se e comprimem-se em torno da lei — constatação escripta do direito objectivo.

As codificações do seculo xix tinham adormecido os jurisconsultos n'um somno letargico e dogmatico.

Mas a irreductivel complexidade da vida, impossivel de prevér, não os deixou por largo tempo descansar. Os factos revoltaram-se contra os codigos.

O papel exegético do julgador teve de alargar-se, compreendendo que a sua missão social se não limitava a descobrir a vontade do legislador.

A previsão d'este estaria de certo desconcertada em face da transformação social operada, da especialização do trabalho, da industrialização da produção, da concentração urbana da mão d'obra e da sua constituição em classe, das mil e uma relações novas que surgem sempre, após a elaboração da lei.

A interpretação exegética não resolvia as duvidas que irrompiam dos novos factos.

A interpretação, realizada em torno da vontade do legislador, só seria legitima se as circumstancias não tivessem mudado.

A doutrina de Geny que proclama a livre interpretação, que dá bases teoricas para a adaptação dos casos novos á lei, faz correr serios riscos á auctoridade que emanada d'esta, e dá, á primeira vista, uma impressão de indecisão, que a custo se desfaz.

Proclama bem alto este escriptor que, quando a lei não prevê, é livre a investigação scientifica. Logo que a lei se expresse formalmente, regulando o caso, levanta-se uma barreira inexpugnável a qualquer livre investigação.

Toda a vantagem do metodo que lançou tão audazmente, se esbarrota, em face d'este conceito mesquinho sobre o raio d'ação da actividade judiciaria.

«En soi la loi est l'expression d'une volonté émanée d'un homme ou d'un groupe d'hommes à la lumière de leur intelligence. Par suite et pour lui assurer toute son efficacité, on la doit interpréter suivant la volonté intelligente qui l'a produite, et en se plaçant au moment où elle a été formulée. Aucun autre critérium n'est applicable si on veut rester fidèle à la nature de la loi et maintenir ses avantages techniques. Notamment l'on ne saurait admettre que la loi une fois formée constitue une entité indépendante qui se détacherait de la pensée de son auteur et se développerait à part, suivant un sort propre, de façon que sa

signification pôt changer au gré des circonstances ambiantes et de l'évolution de la vie sociale» (II, 405-406).

Mas então que novidade e que vantagens acarreta a doutrina de Geny? Fóra do limite da lei, é o proprio legislador que ao juiz impõe a livre investigação, visto que este não pode deixar de julgar.

Toda a originalidade que resta a este jurisconsulto, está em fornecer um critério para a descoberta da norma jurídica a constatar e aplicar.

Parece que a interpretação se não devia ater á vontade do legislador, tal como se tinha determinado antes da sua declaração, mas adapta-la ás necessidades quotidianas da vida, compreender a volição no momento objectivo da sua declaração. Era perigosa, talvez, esta doutrina, equiparando a lei a uma formula material, mas era fecunda esta concepção, permitindo ás leis adaptarem-se aos factos.

Deixar morrinhar a interpretação em volta da vontade presumida do legislador, não me parece surtir grandes vantagens.

Estes dois metodos, um de filosofia em geral, e o outro de interpretação, vão ser agora postos á prova, n'esta obra. O futuro dirá como eles se comportaram na sua pragmatização.

De pouco ou nada vale este pequeno trabalho senão como prova de fé, de esperança em melhores dias, de esforço sincero, e, por isto, talvez, quem o lêr perdõe ao autor o reduzido valor com que se apresenta.

Lisboa — Maio de 1921.

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO 1.º

O Direito

§ 1.º **A norma jurídica estática**

1. Problema de Direito.

Geny, no seu belo livro *Science et Technique en droit positif*, escreveu estas palavras auctorisadas que queremos aqui registar para começo do nosso trabalho, no próprio idioma em que as traçou, para não perder com a tradução, parcela sequer de sabor: «La notion du Droit semblerait devoir être familière à l'esprit des jurisconsultes. Le droit n'est-il pas l'unique but de leurs efforts et pourraient-ils raisonnablement en poursuivre la réalisation, s'ils n'en saisissent d'abords, s'ils n'en possédaient pas constamment l'essence? Et, sinon l'ignorance, à tout de moins l'oubli, de ce point fondamentale, explique à lui seule, bien des défaillances de méthode. (Vol. 1.º Obra citada pag. 42-43).

As afirmações do Prof. Geny são hoje, talvez, um pouco exageradas. Estamos já longe do tempo em que *Tarde* na 1.ª edição das suas *Transformations du Droit*, lastimava o abandono a que a especulação filosófica votára a vida jurídica.

D'então para cá, como a ganhar o tempo perdido, a filosofia de direito foi febrilmente revolvida, remexendo-se de *fond en comble*, as noções até ali tidas como assentes.

Sobre o problema do direito no seu complexo desenvolvimento, no exame parcelar dos seus aspectos diversificaram-se as mais contraditórias doutrinas.

Não nos propomos historiar, uma a uma, as correntes teóricas que tentaram explicar o problema. N'uma summa ligeira traçaremos a evolução doutrinal, insistindo mais detidamente sobre as explicações contemporâneas dadas ao ponto que estamos estudando, e que mereceram maior atenção aos cultores de direito, por melhor o focaram na complexidade dos seus aspectos.

No estudo que empreendemos, ha que estabelecer, em primeiro lugar, a existencia d'uma noção do direito, isto é, conhecer da realidade da natureza do direito.

Depois de resolvido este ponto, d'uma forma affirmativa, tem de se dizer do fundamento do direito, do seu objecto ou função, do seu conteúdo, de fazer afirmações sobre a sanção que o acompanha.

Não nos tenta uma luxuosa exhibição de conhecimentos cruditos; as doutrinas d'outrem só servem aqui para se apreciar das posições que tomamos no particular desta questão de filosofia jurídica.

2. Noção do Direito.

O homem vivendo na natureza, mas no estado social, procura servir os seus appetites, as suas paixões, limitadas, é certo, pela inflexibilidade das chamadas leis naturaes, pela resistencia das proprias cousas, mas muito livre ainda, se fossem só essas peias que constrangessem a sua caprichosa actividade.

A incoherência e contradictoria agitação das vontades individuaes, encontra-se disciplinada por normas sociaes; regras de conducta que coagem, sem duvida, mas mais pela possibilidade d'uma sanção do que em si proprias. Normas que podem ser infringidas pelas vontades humanas, incoerciveis, em possível rebelião; regras que interessam as vontades individuaes, mas não as determinam, no sentido philosophico da palavra, e que, portanto, as deixam em pleno livre arbitrio.

Dentro destas normas encontra-se o direito, diferente das outras regras sociaes, pela função que desempenha e pela natureza especifica da sua sanção.

O direito não é um poder atinente, uma qualidade propria, a certas vontades humanas individuaes ou collectivas, de se imporem *qua tal* d'uma maneira permanente ou temporaria a outras; é normativo, porque se dirige, se applica, ao homem vivendo em sociedade, estabelecendo-lhe uma determinada conducta sob uma sanção social coercitiva.

O homem isolado é um mito. O homem enquadra-se em grupos de maior ou menor extensão, organisa-se na familia pelos vinculos de sangue, forma a cidade, a nação, faz parte do sindicato de classe, unido por lla-mes profissionais.

A doutrina individualista que reconhece a determinadas vontades humanas o poder de se imporem a outras, por qualidade que lhes é propria e natural, não é d'hoje; vem de largos tempos.

Em Roma origina e coagula-se em volta do stoicismo. Coaduna-se mal esta doutrina filosofica com a epoca, pouco atreita a individualisar direitos, orientada mais no sentido de os submeter á *cidade*, como tão bem o demonstra Fustel de Coulanges. Revigora-se esta teoria com o Cristianismo. Restringe o seu alcance na idade media, diminuindo o numero dos bene-

ficiados. Cria novos alentos com São Thomaz d'Aquino, Suarez e outros. Mas toda a orientação católica, se individualisa o direito, também lhe estabelece uma origem directa divina. A *cidade antiga* absorvente da actividade individual se substitue a cidade Divina. Com a Reforma laica o direito, procura-se fundá-lo, não sobre um factor religioso, mas sobre uma outra base, a natureza racional do homem.

Esta transformação, iniciada pelo holandez Grocio, seguida por Althusio, Puffendorf, Wolf e Vattel, mais tarde levada a bom caminho por Hobbes e Locke, apresentava em duas hipóteses, em dois princípios: o estado da natureza e do contracto social. Estas hipóteses, estudadas e reforçadas por Montesquieu ou pelos homens da enciclopedia, entre os quaes se destacam Jean Jacques Rousseau e Mably, enformaram a Revolução franceza, contribuíram em grande parte para a redacção das Declarações dos Direitos do homem, bronze imperecível em que ficou gravada a quasi totalidade das ideias da Escola (Jellinek pretende demonstrar que a ideia e o facto da Declaração dos direitos são contrários aos princípios do chamado contracto social; que a origem da Declaração deve filiar-se mais remota e exactamente no famoso «Bill of Rights». Jellinek *La declaration des Droits*, Trad. Pardis, Paris 1902, R. D. P. 1901, II, Boutmy *Études Politiques*, pag. 119, Paris 1907, Duguit *Traité* 1.^a ed., II, pag. 6, R. D. P. 1918, pag. 173 e seg.; Esmein, Pierre Janet, *Histoire des Doctrines Politiques* 2.^a ed., Del Vechio).

As hipóteses a que ha pouco nos referimos, consistiam pouco mais ou menos nisto:

O homem é peia sua natureza livre, independente, isolado; não existe nenhuma autoridade superior á sua vontade individual. Nas lendas da idade d'ouro e na tradição bíblica do estado de inocencia, existe alguma

cousa de semelhante, salvo as proporções de maior exagero nas concepções de Rousseau e dos outros enciclopedistas. Os homens teem direitos, pelo simples facto de ser homens, pela sua eminente dignidade humana, como diria mais tarde Michel. Esses direitos são inerentes á vontade individual, pela mera razão de ser uma vontade humana. Se o homem é livre, livre é a sua vontade, autonoma a sua actividade. Esses direitos naturaes, inatos, são consequentemente imprescriptiveis, inalienaveis. O homem livre e isolado, entrou em sociedade, mas conservou a sua autonomia e correlativamente os poderes que d'ela emergem, os seus direitos. Pelo contracto social, as sociedades humanas formam-se consciente e voluntariamente, acabando-se assim o «estado de natureza». Os individuos ligaram-se e pactuaram no contracto social o sacrificio dos seus direitos, mas só na medida em que isso favorecia o livre exercicio dos direitos de todos e logicamente de cada um dos contractantes.

Do poder metafisico, contractualmente restricto, da vontade individual sacrificada, do direito subjectivo, nasceu a regra de direito, geral, objectiva.

Tal é em summa a doutrina do Contracto Social.

Praticamente inverosimil, teoricamente um rolar de sofismas, atacaveis com facilidade, porque, corolarios d'um axioma, revelada que seja a inexactidão d'este, demonstrada está a de todos eles. No activo d'esta doutrina encontra-se em destaque a influencia social e politica que exerceu, originando a Revolução Franceza, condicionando os movimentos liberaes do seculo passado e limitando, ainda que acanhadamente, os direitos do Estado.

E' uma construção teorica, logica e encadenda, mas praticamente irrealisavel, inverificavel.

A afirmação de que o homem nasce livre e isolado,

é contradictada pela observação directa nos mais notaveis trabalhos d'antropologia e sociologia.

As condições naturaes do homem, psicologicas e fisiologicas, fazem com que este nunca pudesse ter vivido senão em sociedade.

A doutrina, estabelecendo os direitos do homem isolado, abriga no seu seio uma contradição insolúvel, que a arruína, a despedaça. O direito, sendo uma relação entre dois sujeitos, não se pode estabelecer a favor do homem isolado. O Robinson isolado na sua ilha só começa a ter direitos desde o momento em que entra em relações com os outros homens. O individuo só pode ter direitos, quando vive em sociedade e porque vive em sociedade; tudo mais é abstracção.

A doutrina implica como conseqüencia, logico e ineludivel, a egualdade mathematica dos homens, porque tendo todos os mesmos direitos, desde o seu nascimento, devem assim conserva-los. As restricções devem ser eguaes para todos. Só, por este meio, a norma dictada pelo Estado, restrictiva dos direitos individuaes, é direito.

A regra juridica deve ser a mesma no tempo e no espaço, em todos os povos, tempos e paizes, e, porque os direitos inatos do homem se fundam na sua natureza humana, devem ser sempre iguaes. Bem certo é que nunca o homem teve ideia nítida da existencia e extensão d'esses direitos, mas contudo eles existem, pelo menos, sob uma forma ideal, para a consecussão, para a aproximação da qual trabalharam e trabalham todos os legisladores e juriconsultos.

A egualdade absoluta dos homens é abertamente contraria aos factos. A differenciação humana cresce n'uma marcha paralela com o progresso da civilização, ou melhor ainda, a civilização não é senão o acrescer de disparidades, dissemelhanças entre os individuos.

Os homens primitivos eram infinitamente mais parecidos uns com os outros do que os homens modernos; com o evoluir da sociedade cada homem pensa e quer mais cousas; a individualidade humana torna-se mais complexa e, por isso mesmo, mais dissemelhante. O «fait de nature», como lhe chamam os enciclopedistas, não é egualdade humana, é desigualdade.

Mas então como explicam que, com o progresso da civilização, se tenham desenvolvido as ideias igualitárias?

E' talvez um pouco em reacção. Sentia-se muito mais a necessidade de proclamar a egualdade dos homens quando se teve a consciencia clara, nitida, da sua desigualdade. Nas sociedades primitivas homogeneas, para que falar na egualdade, se todos tem as mesmas necessidades? A diferenciação individual acompanha a par e passo o desenvolvimento das ideias de egualdade; os dois factos procedem da mesma origem, a maior individualisação humana.

A egualdade não pode significar identidade, mas egual protecção ao valor individual, identicamente respeitavel nas relações sociaes. Mas esse valor é diferente em qualidade e quantidade de individuo para individuo.

A verdadeira egualdade está, pois, na desigualdade.

Tratar pela mesma forma juridica, creaturas diferentes e em situações diversas n'isso consistiria a desigualdade.

Essa desigualdade, lei natural, justa ou não, não a podemos fazer desaparecer! As sociedades que tenham um sentimento exacto da realidade, não devem levantar o obstaculo vão das suas illusões contra a força d'esse phenomeno natural. A revolta sentimental das nossas sociedades é uma loucura, porque opõe abstrações a factos concretos.

A desigualdade fez o nosso sentimento de justiça.

Tentemos fazê-la desaparecer, não opondo-nos tacanhamente ao seu irresistível embate, mas limando-lhe as suas asperezas, reduzindo-a a dentro dos limites impostos pela conservação social e individual.

Não ha que combater a desigualdade n'uma luta absurda, d'antemão votada á derrota, ha que restringi-la ao mínimo, já que se não pode aniquilá-la de todo.

A' existencia d'um direito ideal, absoluto, identico no espaço e no tempo, opõem-se as realidades positivas. O direito é fenomeno social evolutivo, função da tradição e das condições actuaes de cada povo. O Direito positivo de cada sociedade só se pode comparar com o que merecia a sua situação social. Existe metafisicamente um direito ideal, mas para cada nação e referido ás suas condições de existencia.

Esta hypothese individualista é, portanto, antiscientífica.

A teoria do Contracto Social não é facil de sustentar. O homem isolado não tem direitos, porque lhe falta um elemento eficiente do poder juridico = o sujeito passivo, *tem meros poderes de facto*.

O homem, contractando com força obrigatoria com outros, pela própria ideia do contracto e de limitação forçada de actividade, já devia estar em relações com os outros homens, as quaes por incertas e apagadas que fossem, constituíam as relações sociais; já não era o homem isolado que contractava, era o homem social. Mas demonstramos já que o homem isolado era um mito; mesmo que o não fosse, não tinha direito, e por isso não podia ceder, cousas que não possuía.

Os proprios teóricos do direito natural e das gentes, como Grocio e Burlamaqui que admitem tambem a existencia d'uma regra social e racional, restrictiva dos direitos individuaes, ao lado dos direitos naturaes,

inerentes ao homem pelo facto de ser homem, reconhecem os direitos adquiridos que os individuos conseguem pelo desenvolvimento da sua propria actividade.

Como limitações juridicas dos poderes do Estado, a doutrina individualista explica as negativas, mas não impõe ao Estado deveres positivos, por exemplo, o d'assistencia. (Ver o artigo de Duguit na R. D. P. 1918, pag. 173 em que sustenta que a doutrina de Rousseau, leva á omnipotencia do Estado).

A propria existencia d'uma sociedade implica, pois, necessariamente a realidade d'uma norma de conducta, impondo-se aos seus membros, que só n'essa qualidade tem direitos.

A norma juridica surge condicionada por dois factos; d'um lado, a existencia da sociedade, do outro, a existencia d'uma consciencia humana.

Fichte teve o merecimento de compreender que o homem só tem a noção da sua qualidade humana, quando vive com os outros homens; que a ideia de direito emerge por uma especie de comparação entre a esfera d'acção d'um individuo e a esfera d'acção d'um outro.

Mas essa doutrina, baseando-se em elementos meramente aprioristicos, não explicava o problema do individuo como membro da sociedade, como sujeito de direito. O proprio «eu» para *Fichte* é que formava o seu conceito sobre o «não eu». O «eu», como pensamento puro que é, mal podia formar ideia sobre si, pensar-se a si proprio. A noção do «não eu», do *alter*, só lhe pode ser dada em sociedade, não pela simples razão, mas pela experiencia. O facto da consciencia humana é factor irreduzível e condicional do direito. A formula kartesiana «*Cogito ergo sum*» só serve para afirmação do «eu», mas não explica o conteúdo social do pensamento individual. N'um puro racionalismo o

indivíduo só pode ter a noção da realidade da sua própria existência individual. (Blanchet demonstra que a formula celebre de Descartes tem antecedentes; que a ideia se deve filiar em Santo Agostinho, De Trinitate, x, 10, e em Campanella).

A personalidade humana, de formação a um tempo biologica e psicologica, não é uma cousa passiva, a *taboa rasa* de Condillac, que se deixa enformar pelo meio; mas é uma synthese da hereditariedade e da vida de cada instante. Para ter a noção da sua propria personalidade o homem necessita reconhecer previamente a dos outros. O conteúdo da consciencia humana tem, portanto, uma origem coletiva, social.

A nossa personalidade, como diz Bergson, é a condensação da historia que nós vivemos, desde que nascemos, antes mesmo do nascimento, se assim se pode afirmar, porque trazemos connosco disposições prenataes. Sem duvida nós pensamos só com uma pequena parte do nosso passado, mas é com todo o nosso passado, carreando com ele a inflexão da nossa alma original, que nós desejamos, queremos e agimos.

A consciencia individual é a unica realidade psicologica. A vida mental fragmenta-se em trez ramos da actividade, o *extramental*, ação do mundo exterior sob a vida psychica individual, o *intramental*, ação do proprio espirito sobre si e a *intermental*, ação das consciencias individuaes umas sobre as outras. Essa divisão tripartida e topografica da consciencia, deve-se a *Tarde*. E' pela ação *extramental* que a vida exterior penetra na consciencia individual. E' o espelho em que o homem descobre a sua propria imagem, toma franco conhecimento de si.

No phenomeno psicologico *intermental* dá-se ação das psyches umas sobre as outras; em cada uma das consciencias dá-se uma percepção exterior, mas, diferente

da que opera no mundo das cousas na extrapsicologia. Não é uma ação unilateral, mas bilateral, circular, comunicativa e continua, e é por essa forma que se correspondem umas com as outras, se interfluenciam, se sensibilisam, ponderalisam e dirigem as suas vontades, trocam e modificam os seus pensamentos.

Dentre os phenomenos psychicos uns tem maior, permita-se-me o termo, fluidez, comunicabilidade, outros menos. A vida mental reparte-se funcionalmente, conservando contudo unidade, em affectiva, intellectual e activa.

Os sentimentos, as emoções, pela sua natureza tem maior expansão e afinidade.

Na vida intermental as emoções transmitem-se, socialisam-se com muito maior facilidade.

A vida interpsychologica tem uma fisionomia estrutural complexa, podendo dar-se de individuo para individuo; d'um individuo para uma multidão; d'um agrupamento para com um individuo; d'uma multidão dispersa para com um individuo; d'um individuo para com um publico disperso.

No choque das actividades interpsychologicas, ha como que uma ponderalisação, cada força suggestiva mental procura submeter a outra, adaptal-a.

Essas oposições, qualitativas ou quantitativas, tendem para um equilibrio, para a formação em cada psiche d'um estado de consciencia socialisada.

Não é uma operação, que d'esse modo se realisa, mathematica, algebrica ou arimética, é antes mecânica, geometrica; não são parcelas d'uma soma ou termos d'uma equação, são sobretudo complementos, chamemos-lhe assim, geometricos. Cada estado de consciencia individual em ligação, em relação com outros, sobre uma dada materia, é complementar do que se produz em qualquer d'eles. Não negamos a realidade da con-

sciencia individual, mas afirmamos, contudo, a existencia da vida *intermental*. Esses estados de consciencia, uma vez concretisados, difundem-se, circulam por imitação. Mais uma vez afirmamos que o homem só começa a ter noção de si próprio, quando olha para os outros.

E' pela imitação, que ele se apercebe do movimento e da orientação das suas acções, que ele aprende a conhecer-se, a avaliar do limite das suas forças. E' pela imitação, que o individuo enriquece a sua vida intramental.

A vida da criança, na observação de Baldwin, é que nos dá a medida do desenvolvimento do «eu».

A presença objectiva das cousas, das pessoas e da sua actividade, projecta-se na propria personalidade, movimenta a sua vida intramental. O homem, encasulado hermeticamente dentro da sua vida intramental, isolado e independente, ver-se-hia conduzido á cegueira, ao obscurecimento da consciencia; seria um espelho sem imagem a reproduzir. E', pois, impossivel, sob o ponto de vista psicologico, a individualisação humana total, absoluta, tal como a concebiam os teóricos do direito natural, do contracto social.

As relações sociaes estabelecem-se, insinuam-se, alumiando e dando conhecimento á consciencia individual da sua propria existencia e realidade.

O homem, á medida que se desenvolve, torna-se adulto, sae da fase subjetiva, estatica, para a dinamica, procurando já influir nas outras personalidades, suggestionar, entrar, n'uma palavra, na vida intermental.

A força psicologica é uma força *radiante*, penetrante, uma especie de fluido mental. O homem não é susceptivel de isolamento. Isola-lo, era fazer desaparecer o individuo, porque sosinho não se podia alimentar, era fazer desaparecer a raça, porque lhe impedia

a reprodução. O factor psicologico é contudo elemento principal e eficiente da vida das sociedades.

Não há consciencia colectiva, mas formam-se estados psychicos, complementares, cujos elementos componentes se enformam e tem existencia material, se assim podemos dizer, nas consciencias individuais.

A personalidade juridica, detentora de direitos, surge, tal qual como a personalidade psicologica. A ideia do direito pessoal irrompe como o conceito da consciencia individual. O homem concebeu a ideia dos seus direitos pela limitação forçada que lhe causou o exercicio da actividade autonoma dos outros. A noção de direito ressaltou bruscamente, quando o individuo teve a necessidade de reagir fisicamente, para defender o que na sua vida supunha elementar para a sua propria conservação. Esse estado de reacção, estado volitivo, de intramental passou a intermental, de repetido, limitado, passou, em casos identicos, a formar bagagem na personalidade interpsychica do grupo.

O conceito interpsychologico de justo pragmatico forma-se pelo sentimento egoista de defeza dos interesses individuais, de liberdade pessoal imposta pela força, intelligentemente administrada, e pelos sentimentos altruistas de solidariedade social e de justiça.

Tacs são em resumo as premissas do acto volitivo de coação.

A ideia do justo pragmatico assenta n'estas premissas, e no sentimento da necessidade de proteger a sua realisação, inclusivé pela coação material sancionadora.

A utilização do meio natural pelo homem não é gratuita, faz-se com um determinado esforço intelectual e muscular penoso, que vem a ser o *trabalho*.

Decorre sempre um tempo mais ou menos longo entre o desejo d'uma coisa a sua satisfação, o homem

tem de fatigar-se, antes de ver satisfeita a sua necessidade.

A energia humana, como toda e qualquer energia, segue o sentido da menor resistência, do menor esforço, procura sofrer menos, fatigar-se menos, levar a sua vida, guiada pelo instinto de conservação, no sentido do menor risco. Sente o individuo o seu interesse, que lhe indica a maneira mais facil de viver, de satisfazer as suas necessidades. Se tem a maior força procura esquivar-se ao trabalho, que é a maximo esforço util. Os homens não tendo a mesma aptidão para o trabalho, nas sociedades primitivas, em que ha equação de necessidades, os mais fortes, seguindo a tendencia do menor esforço, procuram explorar essa desigualdade de trabalho.

Mas a força não se exerce mesmo nos primordios da civilização n'uma impulsiva brutalidade; não arranca a cada um o producto total do seu trabalho. Verifica-se uma relação equilibrada e modificante de forças. A maior força age até ao ponto em que a reacção da outra o permita, mas nunca, ou raramente, até sacrificar a existencia da força que explora. Essa *política da força*, para nos servirmos da expressão de Jhering, teve e tem sempre lugar marcado no fundamento do direito. A força pode passar sem o direito, mas o direito não pode passar sem a força. O direito assenta para nós na convicção social da maior força util e justa.

Macht geht vor recht, diziam os alemães, escusado é de afirmar que antes da guerra.

A força, para nós, entendemo-la no seu mais amplo sentido. Não é só força muscular, material, é tambem a força moral, religiosa, economica, intelectual, do numero, etc.

No conceito intersichico do justo dá-se o equilibrio entre o interesse individual, compreendido na mais am-

pla liberdade pessoal, e o interesse coletivo, consciente ou subconscientemente, fixado na solidariedade social, ambos penetrados pelo sentimento de justiça. A norma jurídica é, consequentemente, o equilíbrio entre o interesse e a função.

O interesse individual é o menor esforço na aquisição dos elementos necessários para satisfação das necessidades. A função social que desempenha o individuo é marcada pela solidariedade social, organização coletiva do trabalho, portanto, maior esforço util.

O erro todo de *Duguit* foi conceber o direito como a mera realização da solidariedade social. A solidariedade não é um facto material, mas sim um phenomeno consciente ou subconsciente de interpsicologia.

Desconhece *Duguit* a importancia do factor egoista, interesse individual. O direito não surge tão somente da solidariedade, mas d'uma combinação combatida e equilibrada entre o conceito psichico da solidariedade e do interesse individual.

O menor esforço, lei natural, é estagnação.

O trabalho é maior esforço util; a solidariedade é o menor esforço no trabalho. O maior esforço é o progresso. A necessidade de sofrer menos trouxe os homens ao trabalho, e o menor esforço coletivo levou-os a organisa-lo, consciente ou subconscientemente, no sistema solidariedade. A concepção da necessidade imperiosa da solidariedade arrastou-os a empregar a força, a vencer a resistencia das liberdades pessoas. Lucta d'ordem e economica, o aspero sustentar de vida dos primeiros tempos da humanidade, mas dentro em pouco o principio etico impregnava o direito, suavizava a pugna.

O nosso conceito de solidariedade em pouco difere do de *Duguit*, só neste ponto restricto de considerarmos a solidariedade, um facto da consciencia ou da subconsciencia, um sentimento com verificabilidade pra-

tica, pragmatico, e em destacarmos o interesse individual, em nunca o confundir de todo com a noção da solidariedade.

Procura Duguit, com uma força de pensar muito propria, ainda que seguindo em parte Durkheim, estabelecer as bases da sua teoria da solidariedade social; — a que, ultimamente, para fugir ao descredito que a politica lançou sobre a palavra solidariedade, dá o nome de interdependencia —.

Declarando preemptoriamente esse escriptor que a solidariedade é um simples facto, contradiz-se, pois afirma algures que «la solidarité est une pensée individuelle; elle n'est même une *réalité sociale* que parce qu'elle est une pensée individuelle». (Etud. I pg. 40).

A interdependencia manifesta-se por duas formas; por semelhança ou mecanica, — os membros d'um grupo social tem necessidades identicas, só as podem perfeitamente satisfazer pela vida em comum; por divisão de trabalho ou organica, — os homens tem necessidades e aptidões diferentes, pela troca de serviços asseguram a satisfação d'essas necessidades. Com o progresso, que é differenciação, alarga-se o ambito, o dominio da divisão de trabalho. A divisão de trabalho acresce o grau de socialisação n'um dado agrupamento, e permite uma individualisação maior e mais harmonica.

Parecia, ao primeiro relance, não poder abrir-se um serio antagonismo entre o interesse individual e colectivo, já que, na interdependencia, social aquelle se achava protegido e salvaguardado, mas o interesse individual é, em geral, entendido d'uma forma demasiadamente egoista pelo seu detentor, d'uma maneira pouco pensada, d'um oportunismo acanhado de immediata realisação e proveito.

A má comprehensão do seu interesse de momento,

o seu orgulho nativo de manter livre a expansão de sua actividade, o menor esforço, se a regra de conducta pede a sua cooperação, faz reagir o individuo. O direito é então o equilibrio d'esse estado de facto, é uma luta de interesses. O interesse pessoal subordinado, coagido, entra em relações com o interesse colectivo, depois d'este lhe ter cedido a parte do que reclamava, pela qual ele batalhava.

A interdependencia por divisão de trabalho, provoca, por uma reacção facil de explicar, a formação d'uma nova solidariedade por semelhança.

No meio da diferenciação crescente de aptidões e de necessidades, ha individuos que tem necessidades e aptidões bastante semelhantes. Bem é de ver, que podemos, desde já, de parte as aspirações, os desejos que, apesar da dispariedade crescente dos individuos, são communs a todos. Aqueles a que nos queremos agora referir, são as aptidões e necessidades particulares e determinadas, em íntima ligação com uma especialidade profissional, e que são idênticas em certos grupos humanos.

Formam-se assim sociedades mais restrictas, agrupamentos mais reduzidos. Verifica-se, pois, a dentro mesmo da interdependencia organica uma especie de solidariedade mecanica. N'esse phenomeno assenta o movimento sindicalista profissional — (Para desenvolvimento d'esta materia ver as obras de Duguit, Durkheim e Hauriou citados no nosso indice bibliografico).

A existencia d'uma regra de conducta implicando uma exteriorisação de vontades, a que aquella regra se destinava, n'uma sociedade em repouso absoluto, para figurarmos a hipotese de Duguit, não ha necessidade de tal norma de conducta, porque não se vêem vontades a que se applique.

Uma vontade humana tem direito a ser respeitada,

a ter valor social, para Duguit, quando determinada por um fim de solidariedade. Mas ele só admite consciências individuais ¹, reveladoras do direito. É o próprio ente senhor da vontade, que a acha solidarisante, determinando-se pela forma porque o fez; são os próprios atingidos pelo poder volitivo que a aceitam ou não como manifestadora da interdependência social.

Isto tudo é anarquisante, é dar á norma um suporte individual, torna-la mesmo individual, aniquilar, despedaçar a norma social.

Se a solidariedade não é um facto da consciencia individual, mas um mero facto social, d'ordem quasi material, não se põem as objecções, ha pouco apresentadas; todavia, é de perguntar como é que d'um facto surge o direito, como é que da interdependência irrompe a regra de conducta, que coativamente se impõe aos homens vivendo em sociedade, como ha necessidade de impor coercitivamente esse facto? Porque das duas uma, ou a solidariedade é um facto preexistente e não ha necessidade de o impor, ou não é um facto constante, é contingente, e então tem razão de ser a norma jurídica que protege a sua realisação ².

Dentro do nosso ensaio de teoria não se verifica o problema. A noção, o sentimento da solidariedade sobre determinados factos da vida social são nos dados, melhor revelados, por estados de consciencia, interpsi-

¹ Na nova edição do seu tratado fala a pg. 56 do vol. I, como suporte da norma jurídica da «masse des hommes», contudo, uma leitura atenta das paginas subsequentes, revela-nos um esforço constante d'esse notavel publicista para não abandonar o seu antigo criterio.

² A simples solidariedade, como a entende Duguit, não explica a maior parte das relações jurídicas de familia, o regime das successões, hipotecario, etc.

cologicos, conscientes, ou subconscientes. Só ha necessidade, portanto, de estabelecer coativamente as normas que derijam actos de vontade que tenham um fim de solidariedade, sentido pelas interpsiques.

Para a formação do justo pragmatico, siem da consciencia da solidariedade e do interesse individual, entra o sentimento de justiça, que fundamentalmente é, o que já era na concepção de Aristoteles, dar a cada um o que é seu ou lhe deve pertencer.

A noção de justiça allora nas consciencias de todos os tempos e lugares. A grande guerra foi um tumultuar formidavel em torno da ideia de justiça, que a força teutonica pretendia aniquilar.

Ha duas variedades maximas de justiça, a distributiva, a cada um pelo valor dos seus serviços, — ou melhor, é distributiva a justiça no sentido da sociedade a attribuir encargos ou dar vantagens, em proporção com os merecimentos de cada, n'uma egualdade geometrica. E' cumulativa ou sinalagmatica quando regula as relações dos individuos entre si, com uma egualdade arithmetica.

A noção de justiça não é absoluta, é antes contingente, condicional e relativa aos dados positivos, fornecidos pelas diferenças individuais e de situações; a'uma palavra, a noção de justiça submete-se á propria natureza das cousas. A natureza das cousas cifra-se na totalidade das circumstancias materiais, de facto, que se aglutinam em volta das relações sociais. A's diferenças naturais, irreductiveis não-de corresponder applicações diferentes de justiça, e, consequentemente, de direito; por exemplo, é o que se dá com a diferença do sexo.

Não é só nos dados actuaes e reaes que se verifica a pragmatização d'um ideal de justiça, é tambem na historia, que é, como diz H. Poincaré, a melhor experiencia em sociologia.

O «*summa cuique tribuere*», da nossa formula de justiça tem as mais diversas interpretações.

A interpretação que lhe é dada, n'um certo momento historico pela consciencia colectiva, pelos governantes, constitue a identidade, que se vae arregimentar na elaboração do direito, na suavisão e esclarecimento dos preccitos de solidariedade social.

As concepções individuais e o interesse, colectivo, este baseado na solidariedade social e ambos em principios de justiça, formam, estabelecem um conceito do justo.

Essa noção do justo, como demonstramos, já em si equilibrada, producto d'uma relação, tem de ceder ainda em parte para equiponderação das forças que defendem esses interesses. Forma-se um conceito do justo util, realisavel, pragmatico, em que a maior força impõe o seu criterio até ao ponto de elasticidade, de conservação do de menor poder; porque, então, n'esse ponto terminal, a força mais debil reage, d'uma forma formidavel e acumulada, e, quando vencida, dá um maior gasto de energia á mais poderosa do que o valor do resultado obtido. A luta de força obedece quasi sempre á lei do menor esforço; digo quasi sempre, porque a maior força pode, por uma questão sentimental, querer esmagar *à outrance*, sem utilidade pratica a mais fraca.

A luta de forças: primeiro é material, tem exteriorisação, depois de medidas as forças em pugnas subquentes, torna-se uma mera avaliação já pacifica. O equilibrio que resulta do combate ou d'essa avaliação tem necessidade de se impor, sempre que seja necessario, pela força, ou para nos servir-nos d'uma expressão que entrou em uso corrente, é preciso que a maior força esteja em pé de guerra na paz.

Conglomera-se na consciencia colectiva, com os ou-

tres sentimentos, o d'esse equilibrio material e o conceito do justo, que d'ele resultou, e apparece então a ideia da necessidade de proteger esse objectivo sentimental, por meio d'uma norma de conducta, que se imponha coativamente.

D'este estado de consciencia social sahe uma norma, que conhece os factos, que necessita proteger, até se preciso fór com coação material, que sabe que deve ordenar certas cousas e prohibir outras, mas não tem consigo a maneira directa ou indirecta de execução. E', permuta-se o termo, uma regra em bruto. E' regra normativa para Duguit, o *donné* de Geny, ou ainda a velha «Norm» de Jhering.

E' pelas regras constructivas, termo de Duguit, o *construit* de Thaller e Geny, ou ainda *Der Zwang* de Jhering que se assegura o respeito das regras do direito normativo. São as regras constructivas que organisam os meios de execução, os poderes juridicos adequados, o *Auspruch*, como lhe chamam os alemães, que garante e sanciona, o *donné*, que fixa os casos em que o detentor da maior força, já equilibrada, pode intervir, determina os poderes do mais forte, o effeito e o alcance da sua intervenção.

O suporte da regra juridica normativa é a interpsi- que do grupo, geralmente nacional, reveladora do finito e que intende que deve ser necessario para a sua conservação. O grupo, alem de tudo o mais, detem a força material e moral bastante para impôr os preceitos revelados.

E' quasi a velha ideia da escola historica, de Pacht e Savigny, de Renan, e Jean-Jacques-Rousseau e do proprio Duguit, que parece, na sua ultima obra, convencer-se do erro antigo, ainda que em paginas subsequentes, depois mesmo de falar em actos verdadeiramente sociais, intenda que só ha consciencias

individuaes, interesses estreitamente pessoais, e que, quando se refere a alma nacional, não passa esse facto d'uma simples figura de retorica.

E' nas consciencias individuaes que se dão os phenomenos interpsychicos, mas é nas consciencias com conteúdo socializado, com uma vibração e tonalidade que não lhes é propria, enfim, com caracter diferente d'aquelle com que praticam os seus actos individuaes.

Deixa a consciencia de ter independencia, para ser complementar d'aquellas que abrigam o mesmo sentir, tem o mesmo diapasão.

E como é que se forma o sentimento juridico, a *juristische Geltung* a dentro da vida intermental?

São os *meneurs*, os *flambeaux*, da vida social, que dispõem de maior força persuasiva, de influencia economica, de energia mental, quasi d'um poder de suggestão hypnotico, que revelam, concretisam, difundem esses sentimentos, ainda tenues e apagados, os inventam até.

Nos grupos em que não ha diferenciação politica, a victima da violação do direito reage, sosinha ou com os seus familiares. Desde que se opera a distincção entre os governantes e governados, apenas aquelles interveem, reprimindo a infracção.

A regra constructiva aparece nos primordios da civilização, e coaduna-se bem com a reacção juridica individual.

Sentindo o individuo o seu direito ferido reage, sem se importar com os meios porque reage. Quando começa a desenhar-se a separação entre governantes e governados, a par e passo que ella se torna mais nitida, os meios de reacção vão-se tornando identicos, repetidos, em casos egues. A' reacção anarquica do individuo se substitue a repressão metódica dos governantes, e só assim, com a reacção social, toma a norma o aspecto

constructivo. Os princípios a proteger, a estabelecer, na regra normativa vimos bem quaes eles eram, como e quem os elaborava; na norma constructiva, são os governantes que determinam os processos technicos destinados a dar execução ao «*donné*».

E' a consciencia colectiva, tal como a entendemos e contendo em si o sentimento da necessidade de dar execução ao conceito do justo pragmatico e reputando-se bastante poderosa, para, se preciso for, impôr coativamente a sua noção do justo, — a fonte exclusiva e legitima da regra normativa.

Só por esta forma nasce essa regra normativa, nem a lei, nem o costume, nem a jurisprudencia são fontes de direito, numa rigorosa terminologia juridica; são, apenas, modalidades diversas de constatação da regra juridica.

O costume, como preceito normativo, é a expressão immediata, natural, da consciencia juridica social; o costume, como regra constructiva, é o conjunto de processos, de meios juridicos destinados a garantir, a sancionar o direito normativo. Os governantes repetidamente empregando as mesmas sanções, para casos eguaes, criam o costume constructivo.

A jurisprudencia tende a revelar as regras normativas e crear e aperfeiçoar os meios de sanção que melhor se harmonisem com os casos occorrentes que se lhe apresentem.

A lei é o modo de constatação do direito mais preciso. Não cria a norma, impõe-lhe, apenas, as sanções, cuja a necessidade foi sentida d'uma maneira generica pela consciencia colectiva.

Se o legislador pretende tornar obrigatoria uma lei, que não é o producto da interconsciencia, as disposições preceituadas por essa lei, emquanto não forem sentidas, comprehendidas, pelos membros do grupo impõem-se,

apenas, pela maior força dos governantes. E se, ao cabo de tempo, os preceitos legislativos não tiverem ainda conseguido penetrar na consciencia colectiva, a força dispendida pelo legislador, para se opôr a resistencia dos governados, é tal, que pouco depois caduca a lei, por não lhe valer a pena perder-se em tão desproporcionado esforço.

Comtudo, o papel do legislador, como *meneur social*, como mais forte, é factor de suma importancia na criação do estado interpsicologico indispensavel para a existencia de normas juridicas. Não he facil activar o aparecimento desse Estado de consciencia juridica, sujestionar-lo, impo-lo presuasivamente. Os governantes, o Estado, não criam o direito, como pensa a escola alemã com Jhering, Jellinek, Laband e a nova escola franceza com Carré de Malberg, Jésc, etc.

O direito tem existencia, mesmo onde ainda não haja diferenciação politica, porque as regras normativas são, então, garantidas com uma sanção, uma reacção individual, mas cuja a necessidade é sentida colectivamente.

Os governantes só podem e devem pretender impôr uma lei, contraria á consciencia juridica colectiva, na esperanza de subjugar essa consciencia, de fazer com que as disposições legais, mais tarde, por ela sejam comprehendidas.

Se a lei não conseguir esse desiderato, mantem-se talvez, mas como um simples conjunto de poderes de facto.

A lei é a consciencia d'um equilibrio de forças e de sentimentos, quando esse equilibrio não se realiza, a luta prelegal continua com reacção dispendiosa, perdualaria de forças; a lei, em lugar de ser um estado de paz, é uma guerra de guerrilhas. A luta de interesses sentimentos, e de forças, verifica-se depois da lei, em vez, de como era natural, se ter realizado antes.

O proprio conceito de fonte jurídica, como o expuzemos facilita o papel da lei. O direito é um producto d'uma convicção social, com existencia real na inter-consciencia, e consequentemente em cada uma das psiques em que ella se decompõe. Compreende muito mais facilmente cada um o que sente, o que está impresso na sua propria consciencia do que lhe é imposto por vontades estranhas.

A norma jurídica é um imperativo d'acção ou abstenção, da qual derivam poderes ou deveres. Esses poderes ou deveres não são metafísicos, tem uma base real, a norma jurídica.

Receio de todo o modo, apesar de tudo o que fiz para especificar a regra jurídica, que não o tenha conseguido fazer.

Estabelece-se, sem difficuldade de maior, a differença entre as regras jurídicas e as economicas; estas, são também producto da consciencia colectiva, mas tem, violadas, uma reacção social diversa, exclusivamente economica, affectando meramente a riqueza nos seus diferentes aspectos dinamicos.

O direito distingue-se da moral em que os seus preceitos são precedidos da convicção firme, segura, da sua necessidade para existencia da vida social, e são garantidos, pela possibilidade mais ou menos immediata de coacção material.

A moral é perfectiva, tem como sanção apenas, ou o fôro intimo de cada um, (por ex. os remorsos), ou consequencias biologicas (v. s. doenças por intemperança), ou ainda a reprobção social, mas nunca acompanhada de coacção material.

Para alguns a moral é ainda acompanhada da possibilidade de recompensas ou castigos de natureza religiosa na vida futura.

Chegou o momento de definirmos o direito.

Vamos procurar defini-lo, seguindo o metodo de Levy-Ullmann, a um tempo formal, — isto é servirmo-nos dos elementos constitutivos do direito —, e sociologico — aproveitando como elemento de definição o fim que o direito prosegue.

O direito é a convicção interpsicologica da maior força util e justa, imperativo d'acção ou abstenção, regulador da conducta externa dos individuos entre si e com os seus agrupamentos, e garantido pela possibilidade d'uma sanção social, directa ou indirectamente, mediata ou immediatamente, materialmente coercitiva.

3. A regra juridica internacional.

Entre os grupos nacionaes e os individuos que os compõe estabelecem-se relações, forma-se, tal qual como no direito estadual, uma consciencia juridica internacional.

As interpsiques nacionaes exercem reciproca influencia umas sobre as outras.

O direito regulador d'essas relações surge tal qual como o direito nacional.

O interesse individual é substituido pelo interesse nacional, no direito publico, continuando aquele a ter influencia no direito privado; a interdependencia social de character intranacional torna-se internacional.

As forças a equilibrar são as das nações entre si e com os individuos que as compõem.

Aqui é tão verdadeiro o velho e admiravel axioma de Thucydides como no proprio direito nacional: «O que decide dos direitos é a comum necessidade», mas, exactamente, é o possivel que realisam os fortes e os mais fracos submetem-se-lhe.

As interpsiques dos grupos nacionaes formam tambem uma noção de justo pragmatico e comprehendem a necessidade do sancionar.

A interpsique internacional forma-se pelo relacionamento das consciencias colectivas nacionaes. E' nas consciencias individuaes, é certo, que se produzem esses estados d'alma, mas no mundo internacional, é o pensamento, o sentimento colectivo de cada nação que surge a defrontar-se com o das outras.

Assim como na vida nacional, não é o estado o creador da norma juridica, assim tambem o direito internacional não precisa d'um *super-estado*, d'uma sociedade das nações, para ter existencia a regra de direito.

Não se encontra dificuldade em demonstrar a existencia d'um direito internacional normativo, d'uma regra sentida pelas interpsiques nacionaes e acompanhada da convicção da necessidade d'uma sanção que a proteja.

Em cada grupo social, o direito constructivo começou por ser uma reacção repressora, individual; só com a diferenciação politica se collectivisam, se socialisam, os meios de garantia, de coacção.

A guerra mundial é um argumento valioso para as nossas afirmações, corrobora-as.

Demonstra a consciencia da realidade d'uma norma juridica internacional, d'uma reacção nacional contra a sua violação, e a tendencia da sanção a collectivisar-se, a ser produzida pela sociedade das nações ¹.

¹ Meye — *Le droit des gens modernes*.

Scelle — *Le pacte des nations et sa liaison avec le traité de paix*, *La morale des traités de paix*; todos de Paris, 1920, Sirey.

Nys — *Le droit international* — Paris 1912, Rivière.

Léon Bourgeois — *Le pacte des nations* — Paris Fasquelle — 1919.

§ 2.º A norma jurídica dinâmica

1. A norma, tal como a definimos, é um imperativo, cuja realização é condicionada pelas vontades humanas e pelo facto de se darem ou não os acontecimentos materiais por essas regras previstos.

A norma jurídica em repouso — se assim é lícito expressarmos-nos, estática, objectiva, como lhe chamam, dinamisa-se — toma um outro aspecto, quando se realiza, se verifica. Não é realista quem nega esses dois aspectos da norma, o da sua immobilitade — estatico, e o da sua aplicação — dinamico.

O direito prevê, algumas vezes, para sua dinamisação simples factos materiais.

A maior parte das vezes é a vontade humana que o realiza, uma vontade dotada não d'um poder superior metafísico, mas d'um poder de vontade mais forte, porque se determina de harmonia com a regra jurídica.

Nas regras normativas, a vontade só é superior pela força do seu detentor ou da interconsciência que elaborou a norma. Na norma constructiva, integral, a vontade, que se exteriorisa, em conformidade com ela, é superior não só porque realisa o direito, mas também porque vem munida das garantias sociais em que se envolve a norma jurídica.

Não compreendemos como se possa entender com Duguit que a vontade individual não é mais forte quando se realiza o direito.

Negar o seu maior valor social, o seu poder parece importar a negação da propria efficacia coactiva do direito.

Que não se dê á vontade um fundamento metafísico, bem está; mas que se queira desconhecer que o

poder volitivo humano, quando está dentro do caminho do direito, tem mais força, não me parece ser este modo de pensar muito realista.

Evidentemente, não se pode impedir que a vontade subordinada desaccate a vontade superior; mas isso não obsta a que a vontade jurídica, e, portanto, mais forte, usando dos meios legais, coaja a outra psicologicamente e a leve a subordinar-se.

E' o que proprio Duguit reconhece implicitamente a pag. 130 da edição recente do seu Tratado.

«L'homme est placé dans un certain groupe social; l'existence de ce groupe implique l'existence de règles de conduite s'imposant à ces membres dans leurs rapports entre eux, règles de conduite qui, naturellement, imposent certains actes et certaines abstentions. Par là, est faite à tous les membres du groupe une certaine situation au point de vue actif et passif, situation qui n'affecte en rien leur volonté, laquelle reste toujours ce qu'elle était, volonté individuelle, réglée par la norme du groupe, volonté dont la sphère d'activité varie avec la loi du groupe». Uma vontade regulada pela norma jurídica d'um grupo, cuja esfera d'actividade varia com a lei do grupo, não vemos bem como possa ficar n'uma situação de egualdade, de independencia.

A dinamisação da norma jurídica verifica-se, portanto, por intermedio da vontade e de factos materiaes previstos pelo direito objectivo.

São estes os elementos *energeticos* ou *propulsores* da regra jurídica.

Os factos materiaes tem uma intervenção meramente condicional na applicação das normas jurídicas a determinados individuos, na concretisação de imperativos permanentes ou temporarios, isto é, em situações geraes, permanentes, em *estados*, cujo conteúdo e ex-

tensão são exclusivamente determinados pelo direito objectivo, e em situações particulares, individuaes, ou melhor, restrictas, de prestação definida.

A vontade desempenha um papel importante, como já dissemos, na realização do direito, quer condicionando a aplicação das regras objectivas, quer produzindo efeitos proprios, originaes, particulares na vida juridica.

Antes de analisar os efeitos juridicos conseguidos pela vontade, convem-nos, n'um intuito de esclarecimento, esboçar a descripção psicologica da actividade volitiva.

A vontade no seu normal desenvolvimento passa por tres fases: deliberação, decisão e execução.

Na deliberação evocam-se os motivos, as reminiscencias, as ideias que vão determinar o acto de vontade e preveem-se as suas possíveis consequencias. N'essa *étape* volitiva procura-se marcar e apreciar o objecto e fim visados. Por objecto intende-se o que materialmente vac ou não fazer a vontade, por fim comprehende-se o motivo determinante d'essa acção ou inhibição.

Na deliberação, o individuo discute, faz apreciação de motivos, na decisão fixa objectivamente a sua vontade, n'uma palavra, escolhe.

A execução é a logica consequencia da decisão, a sua exteriorisação, a sua realização por meio d'um movimento corporeo. Eis assim fixados os tres momentos da volição normal ¹.

¹ Alem dos livros de filosofia e psicologia citados no indice bibliografico, v. para desenvolvimento d'esta materia:

Claude Piat — *L'âme humaine*, Paris, Alcan, 1914.

E. Martin — *Psychologie de la volonté*, Paris, Alcan, 1913.

Maritan — *La Philosophie bergsonienne*, Paris, Rivière, 1914.

W. James — *Précis de Psychologie*, Paris, Rivière, 1910.

Para nós acto jurídico é a manifestação de vontade, que produza efeitos, modificações voluntarias ou involuntarias no mundo do direito ¹.

Não é preciso que essa manifestação de vontade seja intencional, que tenha em vista produzir efeitos de direito. Consequentemente, classificamos os actos juridicos em conformes ou contrarios ao direito. Se uma manifestação de vontade, sem fim juridico, pode produzir consequencias de direito, para que lhe chamar factio juridico? ² O direito penal é quasi todo ele uma previsão da violação do direito. Se ambos eles provocam identicos efeitos juridicos para que não os denominar pela mesma forma? Se eles todos são actos de vontade, para que não lhes dar o mesmo nome, ainda que se scindam depois em duas categorias?

No acto juridico, como acto volitivo que é, encontram-se os tres elementos constitutivos da volição.

Na deliberação volitiva do acto juridico, a consciencia aprecia os diferentes objectivos que pode ou não querer, representa-se, figura mentalmente os efeitos juridicos provaveis, se a sua vontade se determinar em pretender ou não uma dada cousa.

A consciencia na deliberação forma conceito, ou melhor, julga da conformidade do seu objecto e fim volitivo com a regra juridica.

A vontade, manifestando-se, pode determinar até a regra juridica, isto é, praticar um *acto-legislativo* ou

¹ Por mundo do direito, entendemos as regras juridicas que, n'um dado momento e grupo social, se impõem aos individuos que o formam, e as situações juridicas que em volta d'essas regras se aglutinam.

² Parece-nos muito mais incorrecto e inconveniente abranger na mesma designação de factos, os factos materiaes e os voluntarios.

acto-normativo; mas este aspecto do acto jurídico não nos interessa agora neste parágrafo, onde temos de determinar apenas o papel da vontade na dinamisação do direito objectivo ¹.

A vontade pode, ou ser um factor, uma condição da realisação da norma de direito, ou ter uma parte eficiente na criação de efeitos jurídicos especiais, mais ou menos temporários, na produção de situações de direito com prestação concreta, de normas particulares, de aplicação restricta.

Quando a vontade serve apenas de condição á applicação da regra objectiva, — marcando esta antecipadamente a extensão e o conteúdo da situação jurídica que origina —, não fica campo quasi nenhum para a actividade intelectual, torna-se assim apagado o papel da deliberação no acto volitivo.

A norma de direito poupa á vontade o esforço de previsão, indicando-lhe as consequências exactas, im-

¹ No *acto-legislativo*, a acção volitiva é interspichica.

A deliberação é geralmente colectiva, interessa todas as consciências individuais do grupo.

A decisão é já mais restricta, geralmente tomada pelas entidades detentoras da maior força, das que mais influencia tem na vida interspichica.

A execução é quasi exclusivamente individual ou, pelo menos, muito mais restricta ainda do que a decisão.

A deliberação é ventilada pela consciencia colectiva do grupo; a decisão, se é da interconsciencia, contudo, são os mais fortes que a impõem; e finalmente a execução é no mais das vezes individual. A fase executiva, na vontade interspichica, só se dá, na maior parte das vezes, nas multidões reunidas, compactas.

A volição, por ter execução individual, não deixa de ser colectiva, porque automatiza, quasi corta no individuo executante as duas fases volitivas individuais, de deliberação e decisão.

diatas, da volição, fixando-lhe previamente a situação jurídica que da sua manifestação resulta.

A volição, no acto jurídico, pode ter o intuito de crear uma situação individual, temporaria, especial, até zhi imprevisita em qualquer regra ou pelo menos inexistente, com conteúdo, prestação propria.

As necessidades, os interesses que estas criam, originam a volição, dictam as particularidades da situação de direito que o acto jurídico procura atingir.

Na deliberação volitiva que tente pensar a situação jurídica almejada, ha que ponderar, desenvolvida e atentamente, qual deve ser a extensão d'essa situação de direito, no que se refere ao objecto e ás pessoas que enlaça, que obriga, e tambem as consequencias que d'ela poderão resultar.

A deliberação apresenta-se, n'este caso, com maior dispendio intellectual, mais volumosa, mais baralhada, mais discutida; sintetisando, mais subjectiva, mais propria.

Ao primeiro acto juridico chamamos-lhe, com *Duguit e Jèze*, *acto-condição* ¹, — visto que na manifestação de vontade que o propulsiona, a parte volitiva é quasi automatica, tendo um insignificante elemento intellectual; ao outro, denominamo-lo *subjectivo* — visto ser de execução individual, e originar um imperativo com mais restricta obrigatoriedade pessoal, um normativo particular, proprio, ainda que subordinado á regra jurídica geral.

O acto-condição pode assumir dois aspectos:

Ou d'ele resulta a simples applicação da lei, d'um

¹ Sob o ponto de vista valitivo, o acto-condição pode ser unitario ou plural.

status geral e chama-se *acto-condição estatutario ou geral*;

Ou o acto provoca o aparecimento d'uma situação juridica temporaria, resolavel n'uma prestação concreta, determinada, prevista anteriormente pela regra de direito, ainda que tambem fixada pelas circunstancias occasionaes, e toma o nome de *acto-condição individual ou de prestação*.

No illicito civil, por exemplo, a manifestação volitiva creadora de responsabilidades é que materialisa o *quantum* de indemnisação; são as circunstancias occasionaes, previa e qualitativamente determinadas na regra juridica,—contendo esta tambem a enumeração dos elementos necessarios para a fixação e apreciação quantitativa da lesão—, que indicam as perdas e danos. Portanto, para que fazer primeiro, como Duguít e a sua escola, emergir da lesão uma situação d'ordem geral, isto é, do acto lesador resultarem poderes geraes, objectivos, que, uma vez exercidos, dariam então lugar a uma situação juridica subjectiva?

Não é a vontade, utilizando esses poderes, condicionados pelo acto lesivo, mas a propria lesão que determina e enforma o poder de credito do lesado sobre o patrimonio do lesante.

O Juiz, quando fixa a indemnisação reparativa do dano, nada mais faz do que reportar-se ás condições legais e ás circunstancias occasionaes da lesão, as primeiras que previram esta, a segundas que a acompanharam.

A doutrina do Prof. Duguít não explica a transmissibilidade dos creditos resultantes d'uma lesão, e ainda não reconhecidos por uma sentença judicial. O nosso modo de pensar é muito mais consentaneo com a realidade.

Na hipótese occorrente, a sentença judicial não cria a obrigação, reconhece, sanciona apenas a sua preexistência jurídica.

A obrigação, nas relações entre o lesante e lesado, retrotrai-se ao momento da lesão; porém, para com terceiros, o incio da sua existência fixa-se, desde o seu reconhecimento judicial ¹.

Os factos materiais são elementos do facto-condição, em tudo semelhantes ao acto-condição —, *estatutario* — como no caso de morte, nascimento, etc. —, de *prestação*, — como na hipótese da responsabilidade pelo facto das cousas.

Mutatis mutandis se applicam aqui os argumentos anteriormente expendidos. Um methodo sinceramente realista verifica que, no mundo do direito, se criam, se movimentam situações, se subjectivam nos patrimonios individuaes, se deslocam, sem que a vontade tenha intervenção.

Para que procurar fugir á realidade, tentando descobrir uma vontade negativa, se os factos é que criam a obrigação —, como succede, na doutrina da responsabilidade pelo risco das cousas — não tendo ali nenhuma intervenção o acto volitivo?

E' desorientadora de todo, talvez, esta doutrina, vac de encontro ás opiniões preconcebidas, mas, que importa, se assenta directamente no exame dos factos?

Se era possível, n'uma epoca de menor movimentação, a vontade encontrar-se sempre representada, senão presente, na vida jurídica, a propria força das cousas, a agitação actual, afastam-na, dão-lhe de mão.

Assim se origina a doutrina da responsabilidade pelo facto das cousas e se forma um automatismo juri-

¹ Arts. 703, 711, 720, 783, 2306, 2346 do cod. civ., 798 e 934 do cod. do proc. civ.

dico, muito mais extenso ainda do que o de Duguit, pois nem nas situações de prestação reconhecemos á vontade o exclusivismo da sua produção. O facto lesivo determina o *quantum* da obrigação, o acto de vontade, reclamando-a nos tribunaes, exerce um direito, não o constitue, nem o provoca.

O direito não protege a vontade *qua tal*, faculta-lhe até a possibilidade de se substituir por outra, quando enfraquecida ou em formação, (vg. dementes, menores, etc.), nem a vontade é causa eficiente, como queria *Windscheid*, no mundo juridico, independentemente da regra de direito.

A distincção entre a *Willensmacht* — poder de realisar a regra jurídica e a *Willensherrschaft*, poder de vontade creador d'uma situação juridica subjectiva, d'uma norma de direito particular, restricta —, é perfeitamente adaptavel ao nosso ensaio de teoria.

Reconhecemos que ha *Willensmacht*, na volição do acto-condição, e *Willensherrschaft*, no acto subjectivo. Na *Willensmacht* a situação foi principalmente determinada pelo direito objectivo, na *Willensherrschaft*, foi esta a propria que creou a regra particular, é certo que a dentro das normas jurídicas geraes ¹.

A vontade determina-se sempre por qualquer coisa,

¹ Esta interpretação que aqui damos á doutrina de *Windscheid* coaduna-se melhor, assim o cremos, com a sua ultima fase scientifica, em que ele já definia o direito subjectivo como sendo uma vontade d'ordem jurídica.

A accitação da distincção referida só envolve o reconhecimento do duplo papel da vontade no mundo juridico, ora creando efeitos de direito proprios, ora condicionando simplesmente a applicação da lei; nada tendo que ver, pois, com a parte principal da teoria do direito subjectivo d'esse illustre juriscôulto.

tendo em vista algum fim. Um dos elementos porque se determina a vontade, é o interesse, — elemento *hedonístico individual*. A vontade procura a realização d'esse interesse, na satisfação completa do maior numero de necessidades pessoais e com o menor esforço possível.

A satisfação total d'um interesse pessoal, sem intervenção do direito, subentende a nenhuma repercussão que o seu exercício, a sua realização possa ter na colectividade. Raros são esses interesses tão pessoais e exclusivos, cuja realisação em nada affecte a sociedade.

No regime de divisão do trabalho em que predominantemente vivemos, em qualquer actividade pessoal ha sempre um pouco de dispendio ou de dependencia relativamente á vida social.

Quanto mais a sociedade se organisa, mais divergem as actividades individuais, menos usadamente se trabalha só para si, sem, ao mesmo tempo, trabalhar a favor ou contra os outros.

Com a divisão do trabalho mais necessidade temos dos outros, mas, em contrapartida, qualquer modificação na nossa actividade muito mais mal lhes pode fazer.

Esse ponto de relacionamento entre a satisfação individual da necessidade e influencia que esta possa ter na colectividade, faz com que a vontade não se possa só determinar pelo seu interesse exclusivo, mas tenha tambem de atender á função social que desempenha o seu interesse: o elemento *função social*, é marcado pela regra objectiva.

A vontade tem de adaptar a mais facil e melhor realisação do seu interesse com a norma juridica, com a regra normativa.

Falta um ultimo elemento na dinamisação do direito. E' o elemento propriamente *technico*. São as regras constructivas, que facultam diferentes meios de garantir a vontade, entre os quaes se destaca, a acção ¹.

A dinamisação da norma juridica move-se pois, em torno de quatro elementos, o interesse individual,—elemento *hedonistico* ou *material*—, interesse colectivo,—*função*—², os factos, os actos volitivos, — elementos

¹ No actual momento juridico os meios de direito de garantia, collectivisaram-se, pertencem ao Estado, aos governantes. Mesmo a realisacão das situações subjectivas d'origem individual só se effectuam com as garantias estabelecidas pelos governantes.

² Jhering, Jellinek e Michoud, não distinguem senão o interesse juridicamente protegido. Confundem lamentavelmente a função com o interesse.

O interesse adapta-se á função só quando de todo em todo não pode deixar de ser. A função e o interesse são inversamente proporcionaes. No direito privado, a função é minima, e maximo o interesse; no direito publico, a função é maxima, e o interesse minimo. O interesse individual e o colectivo estão assim inextricavelmente ligados.

A satisfação do interesse individual envolve automaticamente a realisacão, ainda que por uma forma acanhada, dos fins colectivos.

Não está a função, salvo o devido respeito pela opinião do Sr. Dr. Rocha Saraiva, na vontade individual, mas n'um elemento externo, o interesse colectivo, — tal como o procuramos estabelecer no paragrafo anterior. A adoptar a opinião d'este illustre Professor, o interesse individual, como tambem determina a vontade, com equal razão, devia fazer parte do acto volitivo, e, consequentemente, tudo isto levava a reduzir o direito subjectivo a vontade, o que nos parece não estar muito de harmonia com a opinião expendida por este mesmo Prof., no seu bello livro sobre a *Construção juridica do Estado*, relativamente ao direito subjectivo.

propulsores ou energeticos — e finalmente os poderes especiaes, juridicos, de garantia, — elementos *technicos*.

A dinamisação do direito realisa-se por intermedio de actos-condições ou de factos-condições e actos subjectivos.

Os actos condições são de duas especies, ou *estatutarios*, — creadores de situações juridicas legais, geraes, ou *individuaes*, de *prestação*, creadores de obrigações, pessoalmente restrictas, mas cujo conteúdo é fixado pela regra objectiva.

Os factos-condições tambem se dividem em *estatutarios* e de *prestação*.

Os actos *subjectivos* são manifestações d'uma vontade autonoma, reforçada com as garantias concedidas pela norma constructiva, e realisando o interesse pessoal d'uma forma compativel com o interesse social — revelado pela regra normativa, e creadores d'obrigações pessoalmente restrictas com prestação concreta, cujo conteúdo é definido e estabelecido d'um modo especial para cada caso.

Os actos subjectivos não se confundem com os actos-condições; ambos são, sob o ponto de vista das pessoas a que se applicam, restrictamente obrigatorios, tanto uns como outros criam obrigações de prestação determinada; mas a prestação, nos actos subjectivos, é definida pela vontade realisadora do interesse, fixando-lhe aquella um conteúdo proprio, especial para cada caso; nos actos-condições, é a regra objectiva que estabelece, d'uma vez para sempre, as condições em que se hão de produzir.

Expressando-me melhor, os actos subjectivos podem ou não ser eguaes, quantitativamente ou qualitativamente; os actos-condições são sempre identicos qua-

litativamente, só divergem, praticamente, sob o ponto de vista da quantidade. Assim, nos actos subjectivos, a transacção sobre um mesmo objecto de prestação pode fazer-se em condições diferentes; diversamente nos actos-condições, — por exemplo, em dois ilícitos, em que se repetirem as mesmas circunstancias occasionaes —, a indemnisação é sempre identica.

Quando a regra jurídica prevê actos-condições, é que dá maior predominio ao elemento dinámico do direito funcção, interesse colectivo.

É que as necessidades satisfeitas pelos actos-condições têm muito maior valor social.

Nos actos-subjectivos, o interesse tem um valor de utilização muito mais individual, a regra de direito geral tem uma intervenção muito menor.

O valor economico do mesmo objecto de prestação é diferente de individuo para individuo, o que faz com que a prestação e a contraprestação, quando a haja, sejam diversas, maiores ou menores, conforme a necessidade pessoal de cada um.

As relações sociais tendem, quando assumem forma jurídica, a tomar um aspecto diferente, que varia com o objecto da prestação e com os sujeitos d'essas relações.

Na vida social, infinitamente complicada, a vontade procura realisar interesses inverosimilmente diferentes, condicionando-lhes normas jurídicas particulares, que obriguem d'uma forma especial para cada caso, que melhor se adaptem a ele.

Mas como e quando se dá o *acto subjectivo*?

Origina-se, no contracto, — que é o acto jurídico em que ha duas manifestações de vontade, determinadas uma pela outra e tendo objectos e fins diferentes —; e no acto volitivo unilateral, — em que pode haver pluralidade de vontades, mas que se determinam no

mesmo sentido, na mesma direcção, que querem a mesma coisa ¹.

O acto subjectivo assume dois aspectos ou é de *prestação ou estatutário*.

Diz-se de prestação quando a lei faculta á vontade exteriorisar-se, criando obrigações com conteúdo proprio, determinado em especial para cada caso.

A norma jurídica geral permite a formação de actos subjectivos, sempre que o interesse seja mais pessoal do que colectivo e seja necessario realisalo por uma forma diferente para cada hipótese.

Algumas vezes a lei estabelece, com caracter supletivo, as condições especiaes de prestação, o conteúdo proprio das obrigações, pautando-se pela forma que melhor convem e, em geral, é seguida, na defesa e consecução dos interesses individuaes. A regra a estabelecer para sabermos se estamos em face d'um acto-condição de prestação ou d'um acto subjectivo, é verificar se a lei permite ou não que a obrigação seja prestada por maneira diversa ².

Mas pode haver pluralidade de vontades, determinando-se na mesma direcção, sem que, por isso, haja uma obrigação, uma prestação, uma situação especial, particular, individual, momentanea, de credor e de devedor.

¹ E' o que se dá na gestão de negocios, nas estipulações a favor de terceiros, nas promessas de recompensa, etc. (V. Dr. Guilherme Moreira, *Das obrigações*, p. 701, Planiol, etc.).

² Exemplificando, contractando-se um empréstimo, mas não se tendo estipulado os juros, vencem-se os da lei, ou sejam 3 %.

Estamos em face d'um acto subjectivo, porque a vontade pôde pactuar um outro juro.

Os contractos de arrendamento, com renda inferior aos minimos estabelecido no art. 106 do Decreto 5411, são actos subjectivos, no que respeita a renda, ainda que á primeira impressão

Contudo as vontades, dirigindo-se no mesmo sentido, fazem-n'o por uma forma particular, não são simples factores d'applicação da lei, não são actos-condições estatutarios, criam regras subjectivamente mais restrictas, de conteúdo especial, possivelmente diferente, mas não contrario á regra geral.

E' o que se passa com parte das sociedade commerciaes, sobre tudo as anonimas, e as associações legees.

Não é contracto que as constitue, mas uma pluralidade de vontades, objectivamente eguaes.

No periodo de preparação associativa, é a forma contractual que predomina. Os iniciadores, os fundadores negociam e tomam reciprocos compromissos, ou estabelecem-nos mesmo, ainda, em favor de terceiros; resumindo, formam-se situações subjectivas de prestação concreta, geralmente subordinadas á condição suspensiva ou resolutiva da constituição do agrupamento projectado.

Os fundadores fazem então a chamada ao publico, ou formam eles proprios a sociedade.

Aprovam-se os estatutos, em que necessariamente se determina o fim da sociedade, o seu nome, a sua sede, o capital com que se constitue, ou a quota a que os associados se obrigam.

Houve, na votação dos estatutos, concurso de von-

pareça o contrario. O senhorio não pode levar mais, mas pode levar menos do que a renda estabelecida nos contractos anteriores. E' preciso não confundir; o acto subjectivo pode ter limites, mesmo muito apertados, mas dentro d'esses limites a vontade é livre; no acto-condição de prestação, a lei marca previamente, traça o caminho á vontade.

Se a lei dissesse que não podia levar nem mais nem menos do que a antiga renda estipulada, então sim, tratava-se d'un acto-condição.

tades, pluralidade concordante de volições, mas o que certamente não houve foi contracto, tal como o definimos ainda ha pouco.

Não ha relações de devedor para com o seu credor, todos estão na mesma situação, todas as declarações volitivas querem a mesma cousa : a aprovação dos estatutos.

Na vida *presocial* do agrupamento, pode existir contracto; — na sua constituição, pelo menos, nas sociedades anonimas e nas associações legaes, não se encontra a figura jurídica do acto prestacionario.

As obrigações a que os socios se adstringem pelos estatutos sociaes, tem um character geral, — todos os que estão na mesma situação de facto tem as mesmas obrigações.

A vontade d'um associado não se pode opôr a que lhe modifiquem para mais ou para menos as suas obrigações sociaes, desde que a vontade do grupo se manifeste pela forma legal.

Pode sair da sociedade, mas perde as vantagens pecuniarias inerentes á sua qualidade de socio.

Assim a vontade social, legalmente manifestada, pode ordenar que os lucros sejam repartidos diversamente do que até ahí estava nos estatutos; modificar estes e, por tal modo, que alguns associados não tenham vantagem, pelo menos actual, em fazer parte d'esses agrupamentos.

Podem os socios não ser obrigados a contribuir com mais capital do que o máximo previsto na lei organica do grupo, mas tem de sujeitar-se a qualquer modificação estatutaria que seja feita de harmonia com o direito.

Tudo isto vem para demonstrar que, no acto subjectivo estatutario, ha uma pluralidade de declarações de vontades que, acordes, provocam o aparecimento de

regras jurídicas especiaes, mais ou menos permanentes.

Estas regras, subordinadas ás normas geraes, sob o ponto de vista constructivo, podem conter novas e particulares garantias de direito, excepto de coacção material, visto esta estar exclusivamente reservada aos preceitos jurídicos geraes.

O estatutos sociaes marcam a competencia colectiva, e, como tal, impõem-se á propria sociedade, aos associados e até a terceiros ¹.

No acto subjectivo estatutario, que acabamos de examinar, a manifestação de vontade é interpsicológica.

Ha pluralidade de declarações de vontade, mas com conteúdo identico. Os mais fortes, isto é, os mais intelligentes, os mais competentes, os mais ricos, impõem-se aos outros consocios, suggestionando-lhes a vontade, adstringindo-a ao fim volitivo a que se propuzeram.

O acto subjectivo estatutario é, portanto, colectivo, quando regula a constituição e desenvolvimento de grupos sociaes.

Podemo-lo denominar, *acto subjectivo estatutario social*.

Ha tambem noutros actos em que se dá uma pluralidade de declarações de vontade, dirigidas na mesma direcção, mas, em que a efficacia volitiva d'uma, depende da manifestação da outra, no mesmo sentido, tendo o mesmo objecto, ainda que com fim differente.

É o que succede nos chamados contractos colectivos

¹ Os actos que saíam fóra das regras capacitarias sociaes enfeiam de nulidade, que pode ser arguida por terceiros ou contra estes. Nenhuma teoria sobre efeitos das obrigações para com terceiros, explica melhor este caso, a nosso vêr, do que a que estamos desenvolvendo.

de trabalho, que, mais exactamente, se devem denominar *convenções*.

Estas convenções têm, em geral, por fim, fazer terminar uma grêve ou preveni-la; estabelecem-se entre os representantes dos interesses patronaes e os representantes dos interesses operarios, para fixar as condições de salário, de horas de trabalho, etc. dos obreiros d'uma dada profissão.

Por estas convenções estatuem-se normas reguladoras dos contractos individuaes de trabalho.

Os contractos supõem vontades, querendo objectivos diversos, — aqui, os contractantes pretendem a mesma coisa: — criar uma regra reguladora dos contractos individuaes de trabalho.

Um operario, empregando-se n'uma profissão regulamentada por uma d'essas convenções, pratica um acto-condição complexo ¹, com efeitos diferentes, cria em seu proveito a prestação concreta do salário, e sujeita-se às regras particulares do trabalho, na especialidade em que se ocupa.

Ha n'estas convenções um concurso, um consenso de vontades individuaes, ou, pelo menos, individualisadas, sob o ponto de vista jurídico. A vontade individual, ou do grupo profissional, individualisada juridicamente, conserva a sua autonomia.

No acto subjectivo social, a vontade individual pode ter de se sujeitar á vontade colectiva, assistir impotente á modificação do estatuto associativo; nas convenções a que, ha pouco, nos referimos, a vontade só pode ser adstricta áquilo que pactuou, que estipulou; qualquer alteração, que sobrevenha ao convencionado, tem de ser mutuamente consentida.

Nas grandes industrias de transporte, commerciaes,

¹ Para evitar confusões, podemos apellida-lo de acto d'adesão.

de seguro, etc., estabelecem-se condições gerats de transação, fixam-se previamente tarifas.

Quem se quizer aproveitar d'essas tarifas, tem de sujeitar-se ao conjunto, ao bloco das clausulas estatuídas.

E' o que Salcilles chamou o *contracto d'adesão*, a que depois, *Dereux* deu o nome de *contracto por adesão*.

A vontade que clausula e regulamenta esse pretensio contracto, cria uma norma particular, que, por si só, não é fonte d'obrigação, mas que necessita de ser movimentada, dinamizada por uma outra vontade, ou, menos frequentemente, por um facto material.

Não ha contracto, no sentido em que o definimos; ha um acto juridico unilateral, creador d'uma norma que, por si só, não acarreta obrigações de direito.

A vontade do individuo, que adere a essa convenção, é que origina, depois, situações de prestação.

E' um acto-condição, porque a manifestação de vontade aderente, que quer utilizar as vantagens da tarifa prefixada, nada mais faz do que condicionar, individualisar, o regulamento convencional.

A vontade aderente, as mais das vezes, não pode conhecer materialmente ou juridicamente todas as clausulas da tarifa do caminho de ferro que o transporta, da apolice que lhe segura o predio, etc.; a volição é, meramente, condicional, e não, eficiente.

O acto-condição, que provoca a dinamisação da norma subjectiva, denominamo-lo, para evitar confusões, *acto d'adesão*.

De tudo isto, concluímos a existencia d'uma outra especie d'*acto subjectivo estatutario*—o *convencional*—que pode, sob o ponto de vista d'origem volitiva, repartir-se, ainda, em dois: unitario (vg. os chamados con-

tractos d'adesão, etc.) e plural (vg. contractos colectivos de trabalho, etc.) ¹.

O nosso acto subjectivo estatutario é, um pouco, o que os alemães denominam *Vereinbarung* e *Gesammtakt*, Duguit, *union* e *acte collectif*, Hauriou, *acte complexe*; mas nenhum autor marca nitidamente o character subjectivo da norma creada por esse acto.

Confundem a norma assim elaborada com a regra geral objectiva, caindo, por consequencia, em contradicção. Vêm-se obrigados a dar á regra juridica um fundamento diferente do que, até aí, lhe tinham assignado.

Duguit não distingue, erradamente na nossa opinião, a *union*, acto-condição geral, estatutario, da *union*, creadora, por exemplo, do contracto colectivo de trabalho, elemento do acto subjectivo estatutario.

E assim chega a conclusões menos exactas, attribuindo os mesmos efeitos e a mesma origem ao contracto colectivo de trabalho, ao casamento, a parte da concessão do serviço publico, á normação dos funcionarios.

No *acte collectif*, não mostra o papel subordinado da vontade individual, por amor á logica das suas doutrinas.

«Nous voyons, diz Duguit, a p. 130 do seu recente *Traité*, apparaître tout à la fois une règle de droit nouvelle, la loi de l'association et une situation juridique objective, celle qui est faite aux associés. Ainsi l'acte

¹ Dercuz — *Revue Trimestrielle*, 1910, p. 502.

Leroy, mesma revista, 1911, p. 581.

Vischer — *Le contrat collectif de travail*, Paris 1912, Rousseau.

Langlois — *Le contract de travail*, Paris 1907, Librairie générale de Droit.

collectif est-il à la fois un acte-règle et un acte-condition; mas le caractère d'acte-règle est évidemment celui qui est prédominant.

Salta a olhos vistos a contradição. Sendo a lei estatutaria uma regra jurídica, ainda que particular, não pode ser o acto-condição da sua propria aplicação.

Sintetisando, o direito objectivo dinamisa-se por meio *d'actos ou factos-condições e actos subjectivos*¹.

Ha acto ou facto-condição, quando o direito prevê todas as consequencias do facto ou da declaração de vontade. A volição, ou o facto, só serve para marcar a oportunidade do acto.

Ha acto subjectivo, quando o direito não previu todas as consequencias da manifestação volitiva, ou quando, só supletivamente, prevê os resultados jurídicos da volição.

A vontade é elemento indispensavel, causa eficiente dos efeitos de direito.

No acto subjectivo, ou se origina uma prestação prepositadamente determinada para a hipotese occorrente, ou se estabelece uma norma particular de conteúdo especial, mais ou menos permanente.

O acto-condição que depende da lei, tem as características do acto legislativo, e sofre as mesmas vicissitudes por que este passa.

Os actos-condições de prestação, quando solidificam n'uma situação jurídica, quando se realisam completamente, estão ao abrigo d'uma lei nova, pertencem ao passado juridico.

¹ Do acto volitivo podem surgir efeitos jurídicos diferentes; ser este ao mesmo tempo condição de certas consequencias jurídicas e causa eficiente d'outras. Um acto n'estas condições deve denominar-se *complexo*, ou melhor, para evitar confusões, *mixto*.

Mas pode o legislador fazer com que as situações que ainda não se completaram, para a consecução das quaes tem de haver uma manifestação continua, duradoura de vontade, sejam atingidas pela nova regra juridica.

Só, contudo, deve succeder isto, quando a regra juridica mais recente não reconheça como justas e uteis as disposições da lei anterior, as julgue até perigosas.

Na primeira hipotese, o legislador pode, tambem, quando considere iminentemente perturbador o exercicio dos direitos adquiridos na lei anterior, dar como não reclamaveis as obrigações, ainda não satisfeitas. Mesmo nos direitos d'obrigação, a sua realisação coercitiva é sempre um resultado de poderes emanados da regra juridica constructiva. Os meios juridicos executivos são do dominio do direito objectivo e, portanto, tão alteraveis como este.

O proprio acto subjectivo, sob o ponto de vista da retroactividade, não é de todo intangivel. Quando a nova lei continua a reconhecer, como melhor, a realisação individual e autonoma da norma juridica, não deve tocar nos actos subjectivos celebrados no dominio da regra de direito anterior. Se os actos, que eram do dominio subjectivo, transitaram para o objectivo, então, a nova regra de direito pode, sobre o ponto de vista da técnica juridica, ter influencia nos actos anteriores a ela, e ainda não realizados totalmente.

O principio de justiça e a força de resistencia individual fazem com que ao legislador não convenha bulir nas situações subjectivas; o que, se isso se dêsse, pela propria natureza mais pessoal dos interesses atingidos levaria o individuo a reagir vigorosamente, faria perder aos mais fortes utilmente energias para o submeter.

Concluindo, a lei nova applica-se: — ás situações provenientes dos actos-condições estatutarios; ás que nas-

cem dos actos-condições de prestação e que ainda não se realisaram por completo; aos actos subjectivos, regulados até então, por uma norma jurídica que uma nova regra revogou ou modificou, reconhecendo a necessidade de primazia do elemento função social sobre o interesse individual.

Os meios jurídicos de volição da norma de direito, os poderes da regra constructiva, esses sendo sempre geraes, objectivos, podem sofrer modificações quando os governantes o intendam, alterando-se assim, indirectamente, a efficacia dos actos subjectivos ou mesmo dos de prestação d'origem legal, desamparando-os de protecção coativa.

Toda a teoria da retroactividade de Jéze e de Duquitt é falha de bases doutrinaes em que assente.

Porque não retroage a lei nas situações subjectivas? Que estranha força tem a actividade volitiva individual para impôr os actos subjectivos contrarios aos preceitos jurídicos mais recentes?

Se a norma jurídica se funda na solidariedade, como explicar que um acto subjectivo, contrario á solidariedade, se mantenha? Ou a solidariedade, realidade social mutavel, é o fundamento do direito, e um facto necessario á vida colectiva, e então o acto subjectivo caduca ou se modifica com a nova lei, ou a solidariedade não é precisa para a existencia da sociedade, e não se comprehende tambem facilmente, sem outra qualquer explicação scientifica, porque não retroage a regra mais moderna.

Não estamos muito longe, n'estas theorias do direito natural, que tanto persegue esses escriptores, do conceito metafísico de direito, que tanto os incomoda.

Finalizando, os *actos subjectivos* visam pessoas determinadas ou determinaveis, teem um conteúdo espe-

cial fixado prepositadamente pela vontade individual, ou juridicamente individualisada. São *de prestação*, quando criam uma obrigação particularmente determinada, e resolúvel pelo seu exercício ou realisação. São *estatutarios*, quando formam normas jurídicas particulares, traçadas pela vontade individual ou colectiva, orientada na satisfação de interesses pessoais; normas, de aplicação mais restricta, dotadas dum aspecto constructivo, mais acanhado, visto faltar-lhes a coação material, privilégio exclusivo do direito objectivo.

2. O Direito subjectivo.

Se em sciencia jurídica ha um problema discutido, é o do direito subjectivo.

Desde os ataques cerrados de Duguit á defeza calorosa dos neo-idealistas, todos tomam parte na pugna, deitam ahas para a fogueira onde arde em enormes labaredas o conceito metafísico de direito subjectivo, e a sua maxima expressão — a Declaração dos Direitos do Homem.

Pobre direito subjectivo, quando não o esquartejam, é uma manta de farrapos, a que cada escriptor quer juntar ainda mais o seu conceito.

A defeza do direito subjectivo tem maiores consequências moraes do que de técnica jurídica.

Que os direitos subjectivos não tenham existencia de per si, é uma verdade assente; que não se possam impôr ás condições sociais do meio jurídico em que tem ação, é um facto sabido.

Mas, «deixarão os direitos subjectivos de ser o que são, só porque não são o que pareciam ser?»

Tal é a legitima interrogação que formulou o Sr. Dr. Paulo Merça n'uma das suas brilhantes con-

ferencias sobre «o Idealismo e o Direito», e que, aqui, nos parece ter acertado cabimento.

Modestamente vamos trabalhar o problema; se em nossa consciencia se impuzerem soluções diferentes das que correm no mundo teorico do direito, com coragem, com audacia mesmo, as ofereceremos á opinião jurídica.

Pondo de parte o que no ataque de Duguit fere exclusivamente as rebatidas doutrinas individualistas do contracto social, vamos examinar os argumentos principaes que, fóra d'isso, aduz contra os direitos subjectivos.

Entende Duguit que da regra jurídica só derivam directamente para o individuo simples poderes e deveres objectivos e que unicamente se entra no dominio subjectivo, mediante uma manifestação de vontade conforme com a norma de direito.

E' opinião d'esse sabio professor que, mesmo no dominio subjectivo, se devem antes empregar as palavras «actos e situações subjectivas», e evitar a expressão direito subjectivo, porque a esta anda ligado necessariamente o conceito classico e erroneo de relação, de vinculo juridico.

Já em 1901 escrevia Duguit no seu bello livro sobre *L'Etat*, I, a p. 183: «En résumé, une situation juridique n'est pas un rapport entre deux sujets; elle résulte d'un acte de volonté individuel et elle consiste en que une certaine volonté individuelle pourra être contrainte, directement ou indirectement à accomplir un agissement déterminé; en ce que nul ne peut s'opposer à la réalisation de l'effet particulier voulu. Il n'y a point de rapport entre celui qui a voulu ou l'être, l'object, le but pour lequel on a voulu d'une part, et celui qui est astreint à l'agissement; il n'y a point de rapport entre celui qui est astreint à l'agissement et l'élément

qui en profite. Il n'y a point à rechercher les deux termes d'un rapport que n'existe pas».

É acrescenta mais a p. 25; do seu Tratado, 2.^a edição: «Sans doute, la situation juridique subjective apparaît bien souvent sous l'aspect d'un rapport entre deux sujets de volonté, dont l'un peut exiger de l'autre l'accomplissement d'une certaine prestation. Mais bien souvent aussi une situation subjective peut exister sans qu'on puisse trouver un sujet actif pouvant exiger la prestation. Il en est ainsi toutes les fois qu'une prestation déterminée doit être accomplie en vue d'un intérêt collectif reconnue légitime par le droit objectif, toutes les fois notamment qu'intervient l'acte juridique appelé fondation au sens général, c'est-à-dire une déclaration de volonté tendant à faire naître une obligation d'affectation de richesse à un but collectif. On voit très nettement l'impératif d'accomplir une certaine prestation, l'impératif pour les agents publics d'intervenir à l'effet d'assurer l'accomplissement de cette prestation. On voit l'interdiction pour toute personne de porter obstacle à la réalisation de cette affectation. En un mot, on aperçoit alors très nettement une série d'impératifs positifs et négatifs; mais on n'aperçoit nullement un sujet actif ayant un droit subjectif, ayant une volonté investie du pouvoir d'exiger l'accomplissement de cette prestation».

A doutrina de Duguit, mesmo sobre o ponto de vista da terminologia, não nos parece expressar exactamente a realidade.

De facto, chamando esse ilustre escriptor — a quem tanto deve a sciencia juridica — poderes objectivos aos que derivam directamente da norma de direito, afigura-se-nos incorrecta esta denominação; porque não se trata da regra juridica propriamente dita, mas, de poderes que esta reconhece aos individuos, aos sujeitos; tratando-se, pois, de poderes reconhecidos aos sujeitos, mais adequado se nos assemelhava ser o termo—subjectivo.

Nem tão pouco, o exemplo dado, no trecho ha instantes transcripto, nos consegue convencer da inexistencia ou dispensabilidade do vinculo juridico na situação subjectiva.

Que no acto subjectivo, tal como Duguit o entende, para a formação da situação jurídica subjectiva não seja preciso mais, em determinados casos, do que uma vontade ou uma pluralidade de volições, querendo a mesma cousa, é assumpto que parece assente.

Mas, uma vez formada a situação jurídica, não vejo bem como se possa prescindir do *vinculum juris*.

Conceber a existencia d'uma situação subjectiva, sem sujeito activo, é cair, no nosso modo de vêr, na propria negação do direito.

O dever subjectivo, sem ter quem o peça, pode ser de qualquer natureza, menos jurídica.

Quando alguém reclama a efectivação das sanções legais, contra quem não cumpre os deveres d'uma situação subjectiva, constitue-se sujeito activo da obrigação, se é no seu proprio interesse que o faz, ou constitue sujeito activo a pessoa singular incapaz ou colectiva, cujos interesses elle representa e defende.

A affectação de riqueza a um fim colectivo pode fazer-se, ou pela creação d'uma pessoa colectiva que administre o patrimonio, ou pela transmissão d'esse patrimonio para uma pessoa colectiva já existente.

Na primeira hipotese e se a affectação é feita por meio de doação, indicando-se, apenas, os bens e os fins a que se destinam, é competente o governador civil respectivo, com a aprovação do governo, para regulamentar a fundação; consequentemente, para indicar nos estatutos, a organização de vontades que a ha de representar, art. 252, n.º 9.º do cód. adm. de 96 e 342, n.º 3.º do Decreto de 24 de Dezembro de 1901 ¹.

¹ A personalidade jurídica da fundação, n'esta hipotese, nasce com aprovação dos estatutos.

Ha, todavia, casos, como quando se trata de fundações para

Só depois d'isso, a doação produz todos os seus efeitos e se torna definitiva e irrevogavel, quando aceite pelos órgãos competentes, segundo os estatutos elaborados pela forma a que ha pouco nos referimos ¹.

As doações só se tornam definitivas e irrevogaveis com a aceitação do donatario e depois de averbadas no documento de que consta a liberalidade (artt. 1456 e 1466 do cod. civ.).

Só, então, ha lugar para falar em obrigação juridica, antes d'isso, não ha *vinculum juris*.

Ora, não é difficil encontrar o sujeito activo, donatario, — na fundação, que, pela approvação dos estatutos, tem já personalidade juridica, — e o sujeito passivo, na pessoa do doador.

Apezar da fundação não ter existencia juridica no momento em que o doador declarou a sua vontade, deve reconhecer-se valor legal a este acto volitivo, por analogia com o que dispõe em os artt. 1740, 1872 e 1902 do cod. civ., no que diz respeito ás successões, e tambem o art. 1479 do mesmo cod.

Outra hypothese: — o doador incumbe a certas pes-

obras de assistencia, em que a nova personalidade surge com a approvação dos estatutos; mas, só pode funcionar, depois de participar a sua natureza, fins e funções á commissão competente d'assistencia (Decreto de 25 de Maio de 1911).

Como muito bem diz o Prof. Sr. Dr. Abranches Ferrão: «O mutuo consenso do doador e donatario é um dos elementos indispensaveis para a existencia e validade da doação».

Não basta por isso a declaração da vontade do doador para que o negocio juridico se torne perfeito, esta declaração é dirigida ao donatario, enquanto este a não aceita, não surge a figura juridica d'aquelle contracto, podendo livremente o doador retirar a sua offerta» (*Das Doações*, I, p. 124).

soas a execução da sua vontade. Só depois da aprovação dos estatutos, nos termos do art. 232, n.º 8 do cod. adm. de 96 e art. 343, n.º 2.º do Decreto de 25 de Dezembro de 1901, podem aceitar a doação, e desde que, pela lei organica da fundação, continuem a ser os representantes d'essa pessoa colectiva.

Ainda outra hypothese: — o doador providenciou no contracto sobre a regulamentação e representação a dar á fundação que a liberalidade ia crear, mas não foram aprovados os estatutos e, comtudo, as pessoas, a quem o doador incumbiu a execução da sua vontade, como representantes d'essa personalidade colectiva, aceitaram a doação. Assim, o doador cria, primeiro, a pessoa colectiva com os seus órgãos, e, depois, no mesmo acto, lhe dõa o patrimonio que esta ha de administrar.

N'este caso, tratando-se de instituições d'assistencia, posto que não auctorizadas, gosam estas d'uma personalidade de facto — art. 233, n.º 7.º do cod. adm. de 96 e 343, n.º 6.º do Dec. de 25 de Dezembro de 1901.

Essas fundações, illegalmente erectas, sem estatutos, têm, todavia, o direito de propriedade sobre os bens que sejam sua pertença, até o momento em que o governador civil as extinga.

Fóra das fundações d'assistencia, a aceitação, antes da aprovação dos estatutos, nenhuma consequencia juridicas deve produzir, ou melhor, é como se não se tivesse dado.

Em todos os casos em que a doação tenha valor juridico, a relação do direito existe, sendo sujeito activo d'ela, a fundação; quer como personalidade de direito, quer como pessoa do facto.

Entre nós, em face dos artt. 1740, 1741, 1776, 1836, 1872 e 1902, não se suscitam as duvidas, que em

diferentes paizes se levantam, sobre a validade d'uma disposição testamentaria, feita a favor d'uma fundação, ainda não creada, como personalidade colectiva. ao tempo da abertura da herança.

O testamenteiro — ou a quem, no seu impedimento ou escusa, incumbir o cumprimento do testamento. art. 1893 do cod. civ. — deve instaurar inventario, quando seja caso disso, nos termos do art. 1902 do cit. cod.

Se não cumprir esta disposição legal, pode o Ministerio Publico pedir que seja intimado a fazê-lo.

Depois de realisada judicialmente a venda dos bens, ou a contar da abertura da herança, quando não haja lugar a inventario, deve o testamenteiro, dentro do prazo d'um ano, se o testador não tiver designado outro, dar cumprimento a essa disposição d'ultima vontade que pretende afectar certos bens a um fim colectivo, creando uma fundação (art. 1903 do cod. civ.).

No caso do testamenteiro, não instaurar inventario ou não cumprir a disposição testamentaria, responde por perdas e danos e pode ser removido judicialmente do seu encargo, a pedido dos interessados, entre os quaes se deve contar o Ministerio Publico (artt. 1902 e 1909 do cod. civ.).

A disposição testamentaria que afecta certos bens a determinado fim social, é um acto *complexo*: acto-condição, cria, primeiro, a personalidade juridica da fundação, de restricto alcance, meramente patrimonial — art. 33 combinado com o art. 1905 e outros já citados do cod. civ. —; acto subjectivo, origina, depois, uma situação juridica de prestação a favor da pessoa colectiva que o acto-condição constituiu.

O acto-condição testamentario, só dá origem a uma personalidade, que poderemos chamar *prefuncional*. A personalidade juridica, com competencia legal para

realização de todos os fins para que foi creada, só surge com a aprovação dos estatutos, e pela maneira, a que já fizemos referencia.

Na hypothese que estamos considerando, facilmente se verifica um vinculo juridico, cujo sujeito activo é a fundação que, desde logo, tem órgãos destinados á defesa dos seus interesses, como seja a testamentario, o Ministerio Publico, as Juntas Geraes, artt. 1902 e 1905 do cod. civ. e art. 49, n.º 8.º do L. 88 de 7 de agosto de 1913.

A transmissão de patrimonio com certo fim social a uma personalidade já existente, nada tem que vêr com o problema do vinculo juridico e o acto juridico transmissor deve classificar-se de doação ou deixa modal, conforme se realiza ou não entre vivos. ¹ e ².

¹ Em França, quando a fundação é directamente instituida por meio d'uma doação, a hypothese juridica resolve-se quasi como o fizemos para Portugal.

Nas deixas, a doutrina e a jurisprudencia teem tambem interpretado o art. 961 do cod. civ. francês como tendo, apenas, applicação para pessoas fisicas. O que ás vezes falta á fundação é uma organização de vontades que a represente e defenda os seus interesses, no periodo *presuncional*.

Contudo, o ha pouco referido codigo, no art. 937, e a lei de 15 de julho de 1893 dão representação legal ás pessoas d'assistencia, em formação.

Duguit argumenta principalmente com os exageros da escola civilista e para que o seu ataque produzisse effeito precisava demonstrar que o direito subjectivo, entendido como vinculo juridico, não poderia explicar o caso da fundação. Vimos no texto, que não era muito difficil artanjar uma solução para o problema.

² Sr. Dr. José Tavares, *Successões*, p. 255.

Sr. Dr. Abranhes Ferrão, *Das Doações*, I, p. 128.

R. L. J., 21.º, p. 519; 41.º, p. 370; 45.º, p. 445; 52.º, p. 293;

24.º, p. 81; 32.º, p. 123; 40.º, p. 88; 38.º, p. 86.

Sr. Dr. Guilherme Moreira, *Das obrigações*, p. 707.

Plaisant—*La fondation libre*—Paris, Rousseau, 1911.

No resto dos exemplos, com que a escola realista jurídica pretende demonstrar a inexistência do vínculo de direito, em certas situações subjectivas, ou ha uma tautologia, como quando se referem ás obrigações para com pessoas colectivas,—porque da negação do direito subjectivo inferem a inexistência da personalidade colectiva, e da negação d'esta tiram argumentos contra o direito subjectivo; ou ha uma anomalia jurídica temporaria, como na hypothese, aventada pelo Sr. Dr. Fezas Vital, da perda d'um titulo ao portador.

No ultimo caso, alem de ser uma anormalidade na circulação do titulo de credito, não é um tão expressivo exemplo, como parece á primeira vista.

Se o titulo se perdeu e ninguem o achou, continua o ultimo portador a ser sujeito activo da obrigação, a ter direitos, visto a nossa legislação facultar a reforma do titulo, artt. 484 do cod. com., 142 a 148 do cod. Proc. com. e 11 do Decreto de 30 de Dezembro de 1892 ¹.

Este nosso sistema legislativo é identico, nas suas linhas geraes, ao adoptado em França.

Achado o titulo perdido, o seu portador, o seu achador, é o sujeito activo da obrigação, tendo, comtudo, o

Coquet—*Les fondations privées*—Paris, Sirey, 1908.

Baudry — Lacantinerie, *Précis de Droit civil*.

Artigos na R. T. 1904.

Colin et Capitan — *Droit civil*, III, Dalloz, p. 679.

¹ O artigo 484 do código comercial, embora não exclua expressamente da reforma os titulos ao portador, não es obrange d'uma maneira suficientemente clara. Mas desfazem-se estas duvidas em face do § 2.º d'esse artigo. Não seria razão de ser este paragrafo, se o corpo do art. se referisse unicamente a titulos nominativos. Se algumas duvidas pudessem restar, desapareceriam em face das disposições applicaveis do cod. do Proc. com., publicado muito posteriormente ao cod. com. A forma generica, como os artigos do cod. do proc. com. falam em titulos de credito mercantil, per-

direito de reivindicação o antigo portador, artt. 532 e seguintes, e 414 e seg. do cod. civ.

A situação jurídica subjectiva não se resume sempre no «ensemble d'impératifs objectifs», «qui n'établissent point un rapport d'infériorité ou supériorité entre des volontés», mas, pelo contrario, «l'object de la prestation, son étendue et les personnes auxquelles la situation juridique s'impose sont déterminés par un acte intellectuel de celui qui fait l'acte» ¹. A força, a superioridade da vontade do sujeito activo, provem, em primeiro lugar, da regra do direito, mas indiscutivelmente também do acto subjectivo que determinou a prestação e a sua extensão.

O direito objectivo estatue *que* a vontade pode reclamar; a situação subjectiva estabelece *o que* ela pode pedir.

Concentramos-nos em toda esta critica nos pontos extremos da doutrina realista, e, ainda n'estes, só tocamos no aspecto juridico, deixando de parte, com pesar nosso e para não alongar demaziadamente este paragrafo, o ponto de vista politico, em que Duguit e os seus discipulos pretendem relacionar o enfraquecimento ma-

vidos ou descurados, patenteia a vontade manifesta do legislador de abrangeir tanto uns como os outros.

Pode mais desenvolvimento do assumpto ver :

Sr. Dr. José Alberto dos Reis, *Dos titulos ao portador*, p. 336 e seg. Coimbra, 1899.

Sr. Dr. Mario de Figueiredo, *Caracteres geraes dos titulos de crédito*, n.º 12 e 14, Coimbra, 1919.

Sr. Dr. Barbosa de Magalhães, *Cod. do proc. com. anot.*, II, p. 119 e seg. Lisboa, 1912, 3.ª ed. Parceria A. M. Pereira.

Acordãos dos tribunaes superiores, *Gay.*, 32.ª, p. 315; 33.ª, p. 236; 27.ª, p. 159; 26.ª, p. 42.

Sr. Dr. Cunha Gonçalves, *Commentario ao cod. com.*, III, p. 72 e seg.

¹ Duguit, *Traité*, 2.ª ed., paragrafo 32.

nifesto, — para eles —, da consciencia do direito subjectivo com o movimento sindical.

Outros escriptores sem chegarem á negação do direito subjectivo reduziram, contudo, o seu ambito!

Jellinek não considerava direito subjectivo o *Reflexrecht*, isto é, todo o direito que não fosse garantido, mediante o reconhecimento d'uma vontade. Otto-Mayer restringe os direitos subjectivos aos interesses que estejam submetidos a um poder juridico determinado. Chiovenda só considera direitos subjectivos os que nasçam de normas de attribuição e nunca aos que derivem das regras de conservação. Hauriou só considera subjectivos os direitos que nasçam de actos volitivos de apropriação.

Nas definições, a divergencia mantém-se tambem.

Para Windscheid o direito subjectivo é a vontade d'ordem juridica. Para Jhering é o interesse juridicamente protegido.

Para Jellinek é o interesse protegido, mediante o reconhecimento d'um poder de vontade humana. Para Ferrara é tambem um poder de vontade dirigido para satisfação d'um interesse protegido pela lei.

Para Michoud, Bernatzik e Sr. Dr. Guilherme Moreira é o interesse juridicamente protegido, mediante o reconhecimento d'uma vontade que o represente.

Para Saleilles é um poder posto ao serviço de interesses de caracter social e exercido por uma vontade autonoma.

A apreciação d'estas definições e das doutrinas em que se firmam, encontra-se já feita em trabalhos portuguezes como os dos Srs. Drs. Guilherme Moreira, Rocha Saraiva e Fezas Vital, em obras estrangeiras

como de Michoud, Ferrara, Duguit, Hauriou, Jeilinek, Barthélemy e Sateilles.

Não vamos, por consequencia, renovar a discussão, examinando globalmente cada uma das doutrinas; na exposição do que a tal respeito pensamos, faremos, então, a análise dos pontos d'essas teorias, que parecerem brigar com a nossa opinião.

Os interesses individuezes ou de colectividades, individualmente considerados, podem ter uma realisação particular ou geral, ter vontades especialmente adstrictas á sua consecução, ou, pelo contrario, serem satisfeitas com uma outra generalidade de interesses identicos, sem uma organização de vontade que peculiarmente os defenda.

Os interesses podem realisar-se, d'uma forma particular, quer marcando a vontade, a oportunidade, o modo e grau da sua satisfação — actos subjectivos —, quer fixando simplesmente a ocasião propria — actos-condições estatutarios—, quer finalmente determinando a lei os elementos para avaliar da oportunidade em que se verifica um determinado estado de insuficiencia economica — actos ou factos-condições (vg. responsabilidade pelo facto das cousas, etc.).

N'um dado agrupamento, quando na realisação d'um interesse individual, este facilmente colida com outros, ou quando não possa haver ou seja perigosa a satisfação individual d'um interesse, tem este de ser realiado socialmente; os poderes juridicos de realisação não são dados ao individuo, a colectividade é que os detem.

Na dinamisação da norma de direito, na sua applicação aos individuos, ha direito subjectivo, quando se pretende principalmente a satisfação d'um interesse individual — tendo, como elementos propulsionadores, autonomos, particularmente adaptaveis á necessidade individual, volições ou factos materiaes.

Este *direito subjectivo* é o que podemos denominar *normativo ou de realização*.

A importancia d'este direito provem do cuidado que as novas leis devem ter em respeitar, sempre e tanto quanto possível, as situações creadas na satisfação d'essas necessidades estritamente pessoais, — só não o devendo fazer, quando se impuzer uma realização colectiva d'esses interesses —.

Alem de tudo mais, o conceito a formar sobre este direito subjectivo serve para determinar quando tem lugar a obrigação de indemnisar por violação ou offensa das situações jurídicas originadas na realização d'esses interesses.

Exigir definições a doutrinas que começam, é quasi esmagá-las á nascença.

As theorias ainda incipientes não podem comportar a rigidez d'um conceito, tem de ter uma noção diuísia; mas, arriscando-nos quasi a perder a nossa doutrina, vamos tentar uma definição:

O *direito subjectivo de realização ou normativo* é o que pode resultar d'actos ou factos jurídicos, tendendo directamente á satisfação de necessidades individuais ou individualisadas e creando situações de direito, mais ou menos adaptaveis á melhor realização d'essas necessidades.

Encontram-se n'este direito subjectivo:—os elementos *energeticos* da norma objectiva, representados pelas vontades e factos materiaes, volições essas que não precisam, como vimos, ser manifestadas pelo proprio individuo que tem esses interesses;— os elementos *hedonisticos* ou *materiaes*, consubstanciados no interesse individual ou individualisado; marcando a regra

normativa a *função*¹ social d'esses interesses. Verifica-se também a existência, n'esses direitos, de poderes jurídicos de realização, isto é, de meios jurídicos, ao alcance da vontade, tendentes a provocar determinados efeitos de direito; e n'isto consiste a parte *técnica* do direito subjectivo.

As teorias classicas do direito subjectivo confundem, erradamente na nossa opinião, o direito de realização com o de protecção. No direito subjectivo de realização, não são necessários absolutamente actos volitivos para este se constituir; bastam simples factos materiaes ou actos involuntarios, como no numero anterior o demonstrámos.

Podem ter funcionado os elementos energeticos da norma objectiva e, contudo, não se ter realizado a situação jurídica, pode-se ter formado uma situação de direito e não poder executar-se.

Pode também succeder que a satisfação do interesse tenha uma realização social, e os elementos energeticos não a tenham dado a tempo e horas e nos termos devidos.

O individuo não tem poderes de realização, de execução, mas pode, contudo, reclama-las.

Marca o direito subjectivo, n'estas hipoteses, um aspecto do protecção, de consecução coerciva. Tanto este direito subjectivo de protecção, como o de realização significam e delinham a posição do individuo em face da satisfação das suas necessidades.

Se empregando o individuo ou a individualidade os poderes constructivos, coativos, da norma jurídica pode conseguir ou fazer com que lhe consigam a satisfação

¹ A função social do interesse é garantida, mesmo sob o ponto de vista do fim, pela moderna teoria do abuso de direito.

dos seus interesses,—tal como devia resultar da situação jurídica que usufrue—, diz-se que detem um *direito subjectivo executorio*; *directamente executorio* se o próprio individuo pode executar, realisar ou defender coercitivamente a sua situação de direito,—vg. o privilegio do prévio d'administração, os casos previstos nos artt. 233g, 235g e 864 do cod. civ., etc.; ou *indirectamente*, quando tenha de recorrer ao poder publico, judicial ou administrativo.

O direito subjectivo executorio é, portanto, o poder juridico exercido por uma vontade autonoma, permitindo a directa realisação, execução ou manutenção d'uma situação jurídica, ou provocando a obrigação, por parte dos poderes publicos, de coativamente imporem a realisação, execução ou manutenção d'essa situação de direito.

O elemento técnico — poder —, é que se destaca n'esta definição. Esses poderes juridicos executorios tomam geralmente a forma d'ação.

A vontade e o poder são cousas manifestamente diferentes. O poder não tem realisação sem a vontade, mas a volição ha de condicionar-se a esse poder, manifestar-se sob o ponto de vista formal de maneira, a legalmente, o movimentar. Um outro elemento técnico existe n'esta definição e vem a ser um direito anterior, subjectivo de realisação, e com a sua respectiva concretisação — a situação jurídica.

Pode um interesse individual ou individualisavel ter uma realisação pessoal ou colectiva, mas não poder o individuo reclamar a sua realisação ou execução coativa. Tendo-a faculdade, todavia, de fazer anular todos os actos praticados ou omitidos, reprimi-los, desde que não deem, nos termos estabelecidos na regra objectiva ou nas situações jurídicas á sombra d'ela creadas, satisfação a um interesse individual ou individualisavel.

Este direito é o que podemos chamar *subjectivo de garantia*.

O direito, a que acabamos de nos referir, garante a anulação do acto infractor ou reconhece a necessidade e oportunidade da pratica de certo acto juridico, da constituição de determinada situação de direito; mas não cria essa situação, não a executa — vg. a jurisdição d'anulação, em parte também, a repressiva, etc.

Diz-se, pois, direito subjectivo de garantia o poder juridico, exercido por uma vontade autonoma, tendente a fazer anular ou reprimir todos os actos ou omissões juridicas que violem a norma e situações de direito e prejudiquem um interesse individualisavel.

A distincção entre o direito subjectivo executorio e o de garantia tem a maxima importancia, sob o ponto de vista jurisdiccional.

Juridicamente é facil a distincção: são poderes executorios os que levam á consecução da situação, são poderes de garantia os que acarretam somente a repressão penal ou a anulação do acto lesivo ou ainda o reconhecimento de que era oportuno um certo acto ou situação.

As doutrinas querem-se flexiveis, adaptaveis sempre a uma nova seriação de factos. Todas as teorias unilateraes impõem-se pela sua simplicidade, mas caem pela dificuldade de comportar soluções para novas hipoteses.

As doutrinas classicas do direito subjectivo não fogem á regra.

Umas, como a de Windscheid, transformaram o direito subjectivo n'um ramo de psicologia, e levam a esta curiosa conclusão, que o detentor da vontade seria também e sempre o titular dos direitos.

Outras, como a de Jellinek ¹, Michoud, Jhering, etc., envolvem uma petição de princípios, porque introduzem na definição o que pretendem definir ².

Dão também um conceito ilógico de direito, fazendo com que ele seja ao mesmo tempo o objecto d'uma protecção e a própria protecção.

Mas todas estas doutrinas confundem mais ou menos os direitos subjectivos de protecção com os de realisação, e d'ahi os graves embaraços em que se encontram para explicar, por exemplo, a evolução do contencioso administrativo, sobretudo, o problema da legitimidade dos recorrentes.

§ 3.º Personalidade jurídica

Pessoa, em direito, é todo o ser capaz de direitos e obrigações.

Esta definição que, nos seus termos geraes, é quasi unanimemente seguida, afigura-se-nos incorrecta, — salvo o devido respeito pela opinião em contrario —, sob o ponto de vista técnico.

A palavra *obrigações* tem em sciencia jurídica um sentido determinado, significando as relações de direito entre-crédor e devedor, as quaes teem como contendo uma prestação concreta ou concretisavel.

No conceito apresentado, substituiremos, portanto, o vocabulo *obrigações* pelo de *deveres*.

N'uma logica consequencia da noção apresentada de personalidade, esta presuppõe o conceito de direito objectivo é subjectivo, sobretudo, o de realisação.

¹ Na primeira fase das suas doutrinas, que é a mais conhecida. Em 1905 mudara d'opinião. O ultimo ponto de vista do grande jurista consulto altera até á desconhecido, ao que parece, por escriptores, como Lagout. (*Traité*, 2.ª ed., p. 197).

² Interesses juridicamente protegidos.

A personalidade, sob o ponto de vista psicologico, é uma synthese harmonica dos estados psiquicos de cada consciencia, é um centro de estados mentaes. Por mais numerosos e diversos que sejam os elementos que coexistam n'uma certa consciencia, não são inteiramente distinctos, não formam diferentes personalidades, — senão em casos pathologicos —, nunca são contradictorios entre si.

Esta unidade psiquica não se parece, não se confunde com nenhuma outra unidade.

A consciencia, atravez da sua mutabilidade, conserva unidade e identidade.

No mundo juridico, tambem é essencial para a personalidade a existencia d'essa unidade e identidade, a fim de se realisar uma harmonica satisfacção das necessidades protegidas pelo direito.

O direito subjectivo pretende defender e salvaguardar a realisacção de interesses humanos, cuja satisfacção lhe pareça absolutamente precisa para a vida social.

Esses interesses conglomeram-se entre si, aglutinam-se em volta de quem os desperta e sente. A satisfacção das necessidades que lhe correspondem tem de ser feita d'uma forma harmonica, e só o pode ser, se lhe for conferida uma vontade autonoma, ou um conjunto de volições hierarquizadas ou ligadas de tal forma que exclua toda e qualquer contradicção.

O homem consciente é o sujeito, por excellencia, natural, de direito. Tem personalidade psicologica e, como tal, é um centro volitivo; tem interesses pessoais, e, portanto, é um centro de interesses; estes são protegidos pelo direito e a sua actividade desempenha um papel funcional, tem poderes juridicos a sua mão, e, consequentemente, é um centro de funções e um centro juridico.

Os quatro elementos da norma que já descrevimos, acham-se aqui reproduzidos. A personalidade jurídica ha de ser construída á semelhança da norma de direito, sob um ponto de vista centralizador, e reproduzir a subjectivação de direitos do titular dos interesses personalisaveis.

Mesmo o escravo, homem consciente, tem personalidade, restricta, é certo, quasi exclusivamente negativa, de deveres, mas é sujeito de direito, porque a ele se applicam regras jurídicas, poucas, não ha duvida; mas que existem.

Tem direito ao culto familiar, em Roma; é protegido contra os excessos d'auctoridade do pae de familia; applicam-se-lhe regras penaes, etc.

O «infans» e o louco tem tambem interesses inegaveis, protegidos pela regra jurídica.

Não pode a vontade, imperfecta, incipiente no «infans», desregrada, patologica no «louco», governar esses interesses de modo a não chocarem, a equilibrarem-se, n'uma palavra, a harmonisarem-se. Tanto um como outro aproveitam com a satisfação dos interesses (*Genuss*), mas não podem dispor de uma vontade sã e normal para os realisar.

A necessidade de proteger esses interesses é uma realidade social, materialmente observavel.

O modo de protecção e de realisação d'esses interesses é o que Saecilles chama uma *realidade jurídica*.

E' «conceptuel» visto ser uma pura criação do espirito na sua ligação com as cousas exteriores, na sua adaptação.

A realidade social mostra a necessidade de protecção; a realidade jurídica indica os meios de protecção, pragmatiza-os.

O «infans» e o louco, jámos dizendo, são centros de interesses, centros hedonísticos, materiais. Mas falta-lhes uma vontade que os realize. Intervem a técnica jurídica, facultando poderes de direito a outras vontades humanas, que tenham razões para se entregarem á desfeza d'esses interesses individuaes, pessoas.

N'esta hipotese, verifica-se a existência dos quatro centros secundarios em que se divide a personalidade jurídica.

A técnica jurídica é um processo específico, peculiar, de realisação de interesses. O que é preciso, como vimos, é que haja uma vontade que autonomamente os possa realizar, possa compreender a maneira especial de lhes dar satisfação, se possa adaptâr a eles.

Negar o conceptualismo jurídico, é cair no mais desesperado e absoluto sensualismo filosofico.

O direito não protege a vontade, defende interesses. Uma construção jurídica de direito subjectivo ou de personalidade ha de obedecer aos quatro elementos da regra jurídica, reproduzi-los. Os proprios interesses individuaes, dos homens conscientes são realizados muitas vezes por vontades extranhas, (vg. a gestão de negocios, etc.) O que é essencial é que a vontade goze d'uma autonomia, que lhe permita seguir um interesse, adaptar-se-lhe, compreender as necessidades que este encerra.

Na vida social surgem necessidades individuaes indivisiveis, que abrangem grupos humanos de maior ou menor extensão, contendo essas necessidades uma cota individual divisivel, maior ou menor. Essa indivisibilidade colectivisa esses interesses, torna-os distintos dos interesses estrictamente individuaes e divisi-

veis¹. No grupo formado pelos individuos que sentem esses interesses, estabelece-se um estado de consciencia intersichica, que marca a melhor realisação d'esses necessidades. Constituem-se, no grupo, governantes que decidem, geralmente, mas executam sempre a volição intersichica.

Não ha, n'esses grupos, uma vontade colectiva, no sentido de pertencer a uma entidade psicologica distincta; ha, sim, volições intersichicas, taes como as descrevemos já anteriormente.

Socialmente formam-se, portanto, grupos humanos nos quaes os interesses tendem a realisar-se d'uma forma equilibrada e harmonica, accionados por vontades individuas, de conteúdo socializado, autonomas e particularmente destinadas a servir esses interesses.

São, portanto, esses grupos um *centro de interesses* e um *centro de vontades*.

O direito, reconhecendo normativamente a função social d'essas necessidades, centralisa-as, sob este ponto de vista.

Facultando-lhes na regra objectiva poderes de realisação e de execução, tem esta de os centralisar também e reconhecer implicitamente a centralisação volitiva e material que já socialmente se objectivára.

O centro funcional limita o centro material; a função limita o interesse. O centro juridico coordena o centro volitivo; a regra constructiva disciplina e orienta a volição intersichica do grupo e as volições individuas dos seus governantes, — no aspecto executivo em que geralmente estas se manifestam.

Antes da construção juridica da personalidade, já

¹ Muitas vezes os interesses individuas são perfeitamente divisíveis sob o ponto de vista estatico, mas a sua realisação faz-se melhor sob uma forma colectiva. Na manutenção dos interesses colectivos indivisíveis surgem interesses divisíveis, próprios da colectividade.

se tinham centralizado os interesses que aquela coordena e a que dá forma legal.

A personalidade jurídica não é uma ficção de direito: tem uma existência real, objectiva e social, anterior á sua construção. E' a realização social e autonoma dos interesses. E' um *processo técnico* e não uma *ficção*.

A ficção é sempre a peor explicação d'um problema, é a confissão disfarçada da inexistencia do que se pretende fingir.

Não é o legislador que cria a personalidade, é ela propria que abre caminho, se impõe pela regra normativa, fixa a sua função social. O aspecto constructivo que lhe dá o legislador, nada mais faz que marcar a sua posição jurídica.

O direito normativo reconhece a necessidade de protecção d'esses interesses que vivem agitados por uma organização propria de vontades, adaptada a eles.

Os poderes juridicos que lhe facultam os legisladores, são condicionados aos tres centros anteriormente já existentes e que personalisam o interesse, a função, e as volições.

Nem a solução ficticia da personalidade explica o problema do Estado. Se é o Estado que cria, construe as personalidades, quem constituiu a sua personalidade jurídica? A ficção pára aqui!

Finalmente, a ficção desconhece a realidade, a preexistencia dos interesses a que ela pretende dar uma construção jurídica.

O legislador só cria os poderes juridicos de realisação, só origina a norma constructiva.

Pode não reconhecer certas pessoas colectivas, embaraça-las com formalidades complicadas, mas, se a consciencia colectiva entender que os interesses que estas personalidades centralisam, devem ser defendi-

dos, protegidos juridicamente, mais tarde ou mais cedo, os governantes tem de ceder.

Nem as doutrinas negativistas explicam o problema, reduzindo a personalidade exclusivamente ao homem.

Todas padecem do mesmo irremediável defeito, esquecem a existencia de interesses colectivos, abstracem da uniformidade e identidade de realisação que estes necessitam. Veem vontades individuais, realisando, agindo, e não se lembram de que não são independentes, de que estão hierarchisadas e ligadas entre si.

As construções juridicas devem ser simples, e a negativista é extranhamente baralhada. A unidade das volições que realisam os interesses, não se alcança na negação da personalidade. Veem-se vontades individuais, agindo, mas não se apercebe o laço que as une. A regra juridica é impotente para explicar esta ligação e coordenação.

Sem centralisação, sem personalidade, não se pode comprehender, como a vida colectiva corra sem contradições.

Perde-se o fio colectivo, social, que a norma juridica não consegue reatar. E' como um teatro sem contra-regras.

Nem todas as relações juridicas d'um pessoa colectiva se analysam sob uma forma patrimonial.

A propriedade colectiva, submetida a um regime *personificante*, desfigura-se.

Não pode o com-proprietario requerer a divisão, nem é só ele que aproveita, por vezes, das vantagens do patrimonio colectivo; extranhos podem usar d'esses bens,—vg. um estrangeiro visitando museus, percorrendo em automovel as estradas portuguezas.

Não explicam tambem estas doutrinas a continui-

dade na satisfação do interesse, a maneira de responsabilisar o patrimonio colectivo.

Não comprehendemos, como Duguit consegue imaginar situações protegidas juridicamente, sem existencia de direitos. Mas por isso mesmo, comprehendemos, agora, mais facilmente como ele chega á negação de personalidade juridica!

A explicação do problema encontra-se, pois, afirmando a realidade juridica das pessôas colectivas.

Tentamos demonstrar quanto era tão inaceitavel a explicação ficticia, como a negativista, que vê na personalidade um simples artificio para esconder patrimonios sem sujeito ou mascarar os proprios individuos que constituem essa pessôa colectiva.

Não accitamos tambem na sua generalidade as doutrinas realistas, porque se fundam sobre um conceito de direito subjectivo que tivemos já occasião de criticar.

A pessôa colectiva precisa de ter interesses distinctos dos interesses individuaes; isto é, interesses indivisiveis naturalmente, ou, artificialmente, para facilitar a realisação d'essas necessidades.

Esses interesses centralisam-se n'um fim e obtem a continuidade d'essa centralisação, realisando essas necessidades por uma forma unitaria e harmonica, por intermedio de vontades adequadas á sua satisfação.

Não tem existencia a personalidade juridica, emquanto a regra normativa não estabelecer a função social dos interesses que a formam e que estão já centralisados para um fim determinado.

E' essencial que essa norma reconheça, como protegivel juridicamente, não cada um dos interesses de per si, mas o seu bloco, isto é, faça unidade, subordinando a si a centralisação, já existente, dos interes-

ses livremente concebidos e marcando a estes a sua função social respectiva.

E' necessario que a regra constructiva adapte os seus poderes ao centro volitivo já constituido; que essa organização de volições, já formada, se amolde á natureza jurídica dos poderes concedidos para a realisação e protecção dos interesses, cuja defesa lhe foi confiada.

A regra jurídica não cria a personalidade, reconhece-a apenas.

Para a existencia d'uma pessoa jurídica perfeita é necessario que haja *um centro de interesses, de vontades, de funções e de poderes jurídicos*.

Podem só existir os tres primeiros elementos, sendo poderes de realisação e protecção meramente individuais,—vg. associações legaes sem poderes de propriedade, etc.

São associações reconhecidas, mas não são pessoas colectivas.

Toda a pessoa jurídica precisa de ter uma vontade, quer para criação dos seus direitos, quer para o seu exercício.

Sob o ponto de vista psicologico, só na consciencia humana individual se pode basear, em ultima analise, a volição interpsicologica.

O centro volitivo, nas pessoas colectivas, tem como suporte, portanto, vontades individuais.

Os individuos, titulares d'essas vontades, são os órgãos d'essa pessoa jurídica colectiva.

A situação jurídica dos individuos, suporte da vontade do ente colectivo, não é de mandatarios, porque o mandato implica a existencia de duas pessoas — mandante e mandatario.

A pessoa colectiva — mandante — só pode manifes-

tar a sua vontade por intermedio dos seus órgãos.

Antes do mandato não podia juridicamente manifestar a sua vontade, porque não tinha ao seu dispor uma volição que lhe fosse juridicamente attribuível.

A figura jurídica da representação legal não define convenientemente também a situação de direito a esclarecer.

O centro energético tem de abranger toda a vida do ente que movimenta, o que não succede na representação; tem de confundir-se com elle, apagar-se, nos actos que este praticar na defesa dos interesses colectivos.

Entre a pessoa colectiva e o individuo, como órgão d'essa personalidade, não ha nenhuma especie de relações jurídicas.

Os direitos que o órgão exerce, efectiva-os em nome da pessoa colectiva.

A pessoa física que desempenha as funções d'órgão, conserva a sua personalidade e pode ter com a pessoa moral relações jurídicas,—vg. direito á sua qualidade de órgão e ás vantagens pecuniaras e d'outra qualquer ordem, que d'aí lhe possam advir.

Os interesses na vida social formam-se naturalmente; aglutinam-se vontades para os realisar, e só depois d'isso a norma jurídica, geralmente, reconhece a necessidade da sua protecção.

Os órgãos nas colectividades dependentes do Estado ou são producto do direito, ou do acto subjectivo estatutario que lhe deu criação.

O que é preciso é que os actos volitivos da pessoa moral não sejam contradictorios; para isso, hierarchizam-se os órgãos, subordinam-se uns aos outros.

Os órgãos podem também estar organisados em

colegios; a unidade volitiva mantém-se, exigindo-se, para que a vontade colegial tenha efeitos jurídicos, que haja na assembleia acordo de vontades dos seus membros, ou, pelo menos, da maioria d'eles.

Uma pessoa colectiva pode ter varios órgãos, partilhando atribuições diferentes. Cada um representa a pessoa moral, n'um circulo d'ação determinada, fóra d'elc, perde a sua qualidade d'órgão.

O ambito d'actividade de cada órgão chama-se *competencia*.

A vontade do órgão, manifestada dentro da sua competencia, é físicamente a volição do individuo, suporte do órgão, social e juridicamente, a vontade da pessoa colectiva. E assim se encontra facilmente a explicação como a pessoa colectiva é susceptivel de erro, bôa fé e responsabilidade civil, e até para alguns de responsabilidade penal.

O grupo nacional que, hoje, se nos apresenta já perfeita e definitivamente definido, tem interesses proprios a realisar, tem a sua existencia social a preservar e defender, inclusivé por meio da coacção.

As normas jurídicas n'este grupo tem todas a mesma natureza material, só ha lugar a distinguir o direito publico do direito privado, pelo grau de sanção que acompanha essas diferentes regras, pois a vontade do Estado ou do mais ínfimo dos seus cidadãos, tendo conteúdo igual, tem os mesmos efeitos jurídicos, desde que se subordine á mesma regra de direito.

A distincção é mais nitida entre pessoas colectivas publicas e as privadas. As pessoas colectivas publicas tem, em geral, poderes de produzir actos-normativos, isto é, dictar regras constructivas, impôr sanções coercitivas.

Os direitos subjectivos de que essas pessoas gozam, sob o ponto de vista da protecção, são, quasi sempre, directamente executorios e os direitos subjectivos exercidos contra elas, isto é, de que são sujeito passivo, nunca podem ter execução forçada.

CAPÍTULO 2.º

O problema do Estado

1. A personalidade jurídica do Estado.

Nos diferentes grupos sociais, de maior ou menor extensão, foi aparecendo um interesse indivisível: a necessidade de regular os interesses individuais divisíveis.

A norma jurídica, sentida colectivamente, impoz-se, primeiro, uma unica obrigação — regular actividades individuais.

Começaram, depois, a surgir necessidades novas, a differenciar-se, e a manifestar-se, a desenvolver-se a divisão do trabalho. Os interesses principiaram, então, a tornar-se, em maior numero, indivisíveis; e o individuo a exercer cada vez mais uma função social.

Na consecução unitaria d'esses interesses impuzeram-se os mais fortes.

A regra jurídica por todos comprehendida, sentida, foi coativamente applicada pelos individuos dotados de maior poder fisico ou moral, iniciando-se aí a differenciação politica, a distincção entre governantes e governados.

Desde o grupo mais modesto e restricto — a horada—, até a nação, a separação entre governantes e governados, mais nitida ou mais apagada, existiu sempre.

No mais amplo sentido da palavra, pode dizer-se que o Estado designa toda a sociedade em que se verifique uma differenciação politica, por mais rudimentar, complicada, ou desenvolvida que esta seja.

Mas, n'um sentido mais restricto, o vocabulo Estado, serve para indicar as sociedades onde a diferenciação e a organização politica atingem uma certa complexidade e se enformam no grupo social — nação.

Nos grupos sociaes primitivos, os interesses indivisíveis, porque eram tenues e não essenciaes á vida d'essas sociedades, foram, primeiramente, realizados sem sanção coërcitiva.

A consciencia colectiva designava o caminho, e os mais influentes socialmente satisfaziam essas necessidades no sentido indicado.

Mais tarde esses interesses tornaram-se vitaes para esses agrupamentos e foram, consequentemente protegidos pelo direito, elevadas á categoria juridica as normas que os defendiam.

Os mais fortes, primeiro, influenciaram a elaboração das normas juridicas e emprestaram, depois, o seu poder para execução d'essas regras.

O poder dos governantes, precisamente, por estes influirem na elaboração das regras normativas e pelo facto de as imporem coactivamente, tornou-se um poder incondicionado, em apparencia, de dar ordens.

Desenhou-se a diferenciação politica entre os que mandam e os que obedecem, n'uma palavra, entre os governantes e os governados.

Tendo existencia, portanto, a entidade a que ha pouco chamamos Estado, a regra juridica, superior e anterior a ele proprio, sujeita-o ás suas disposições, encerra-o dentro das suas malhas.

Para entrar em relações juridicas, o Estado necessita de ser uma pessoa de direito, porque só assim pode ser abrangido na regra juridica.

Para ser uma pessoa em direito o Estado tem que reunir certas condições, as que já vimos no paragrafo

anterior, isto é, *ser um centro de interesses proprios, de vontades, de funções e poderes jurídicos.*

Como interesses, tem os da nação. Que interesses mais peculiares, permanentes e levantados podemos querer que os interesses indivisiveis do grupo nacional?

Este é, portanto, um elemento fundamental do Estado, um complemento indispensavel da sua personalidade juridica. Os interesses comuns é que unem e definem a nação.

Esta, baseada em interesses individuaes, começa a desagregar-se, formam-se outros grupos sociaes — os sindicatos.

A estrutura da nação deixa de ser só individual para ser tambem profissional.

Dentro da nação forma-se uma consciencia interspichica. Não ha uma vontade nacional, com existencia psicologica real, mas ha uma vontade interpsicologica, dictada pelos mais fortes, e a que aderem, na fase da deliberação e decisão, os mais fracos.

A nação não é elemento objectivo nem subjectivo do Estado; isto é, nem sujeito nem objecto do poder publico, é tão simplesmente o fim a que se destina esse poder e o limite do do seu exercicio — relativamente ás pessoas que compõe o referido grupo social.

O territorio é o limite material, efectivo da acção do Estado.

A cessão d'um territorio em nada afecta intrinsecamente a soberania, restringe, apenas, a sua acção espacial. O poder publico não deixa de ter a mesma natureza; o seu raio de actividade é que é diferente.

O «condominium» tambem encontra facil explicação n'este nosso ponto de vista. São os Estados «condominantes» que restringem convencionalmente o seu poder ilimitado de dar ordens e o condicionam a certos preceitos.

O direito da soberania é um elemento essencial na personalidade jurídica do Estado. E' o elemento funcional e técnico.

A consciencia colectiva alcança a noção d'uma norma, absolutamente necessaria para consecução dos fins nacionaes, e vislumbra logo que essa regra é tão indispensavel á vida em comum, que pôe á sua disposição para a proteger toda a força social.

O direito, já o afirmamos, é um equilíbrio de forças.

Por definição, os governantes são os mais fortes, dentro do grupo em que exercem a sua actividade; como mais poderosos, impõem a sua força. Se a sua força se usar sómente nos seus proprios e pessoas interesses, encontra a resistencia de todos, desgasta-se visivelmente, consome-se em tal esforço que não pode por muito tempo ser a mais forte. Eis o primeiro limite ao poder incondicionado de formular ordens: — o seu exercício dentro dos fins colectivos.

Mesmo dentro dos fins colectivos encontram-se tambem resistencias, — a reacção individual em defesa egoista dos seus interesses estreitamente pessoais. O direito é sempre um equilíbrio de forças, obedecendo á lei do menor esforço.

A maior força social encontra-se limitada pela menor força individual. E' o segundo limite efectivo da soberania, visto esta mesma, realisando os fins sociaes, ter de contar com os interesses strictamente individuos.

Estes são os limites sociaes da soberania, como poder de impôr regras juridicas, de praticar actos — legislativos.

Encerra-se a soberania, sob o ponto de vista de direito, como personalidade jurídica que é, nos preceitos legais que estabeleceu.

A supremacia e a necessidade impreterível dos interesses que o Estado tem a defender, trazem consigo a extraordinária latitude dos poderes jurídicos dos governantes.

O poder publico, a dentro da norma dinamica, não é materialmente diferente de qualquer outro poder jurídico.

O poder do Estado de dictar as regras constructivas encontra o seu proprio limite nos preceitos normativos, tal como os estabelecemos anteriormente.

A soberania tem todas as condições necessarias para caber dentro do conceito que demos de direito subjectivo de realisação.

Duguit depois de negar o direito subjectivo, em geral, acha-o inadmissivel tambem para o Estado :

Je ne puis consentir à voir derrière la puissance politique un droit, quelque dénomination qu'on lui donne. De ce que certains hommes peuvent légitimement imposer à certains autres une puissance de contraindre, il n'en résulte pas que les premiers aient un droit contre les seconds. On a vu qu'un droit ne pouvait être qu'un pouvoir de volonté, pouvoir d'une volonté de s'imposer à une autre comme telle. Or, pas plus ici qu'ailleurs, et même encore moins ici qu'ailleurs, on ne peut démontrer que la volonté d'un homme soit supérieure comme telle à la volonté d'un autre. Si la souveraineté existe comme droit subjectif, elle est un droit originaire, non concédé par une puissance supérieure, puisqu'il n'y a pas de puissance supérieure à la souveraineté. De même qu'on ne peut démontrer que l'autonomie de l'individu soit un droit, de même, on ne peut davantage démontrer que la souveraineté de l'État soit un droit. Le droit ne peut s'expliquer que par l'intervention d'une volonté supérieure. Si la souveraineté est une volonté supérieure à l'individu, elle peut lui conférer un droit; mais il faut une volonté supérieure à la souveraineté pour que celle-ci soit un droit, or, par définition même, il n'y a pas sur la terre de volonté supérieure à la souveraineté. Celle-ci ne peut donc être un droit que par la décision d'une volonté supraterrestre. C'est revenir aux conceptions théocratiques tout à fait étrangères à toute recherche scientifique. Voilà pourquoi se sont

elevées d'innombrables contro-verses depuis des siècles sur le problème de l'origine de la souveraineté, problème insoluble parce qu'il ne se pose pas en science positive. (*Traité*, t. 2.^a ed., p. 403).

Sempre a mesma argumentação da parte de Duguit. A vontade do Estado não é superior de per si às vontades dos indivíduos; se algumas vezes a regra normativa lhe dá o poder de se impôr, é que os interesses nacionaes, como absolutamente necessários á vida social, devem ter uma protecção mais cuidada.

Não é a vontade que confere direitos, é a regra objectiva. Não é preciso haver uma volição superior e anterior á do proprio Estado, basta que haja uma regra juridica n'estas circumstancias.

A soberania deriva do direito normativo que o Estado — no mundo juridico moderno — tem por missão revelar. Esse direito restringe, limita o poder publico.

Não é realista negar o facto evidente que a volição do Estado, pelos interesses que defende, deve ser superior ás vontades individuaes, poder impor-se-lhes, não, *qua tal*, mas por força da regra normativa que protege essas necessidades nacionaes.

A soberania vem a ser o conjunto de poderes juridicos attribuidos ao Estado, com o fim de realisar ou proteger a satisfação das necessidades colectivas nacionaes, a dentro da regra normativa.

Poder illimitado de dar ordens não o vemos; o que observamos é a soberania restricta, social e juridicamente.

Não é por um acto de soberania que se produz o direito, so o poder publico pode revela-lo, e dar-lhe um aspecto constructivo.

A soberania é legitima, porque deriva da regra normativa.

Mas como é que o poder publico pode revelar essa norma?

Por uma simplicissima razão: os governantes como mais fortes, são os que se impõe na formação da consciencia interspichica e, portanto, os mais aptos para constatar a regra normativa. Como mais poderosos, são tambem os mais competentes para estabelecer o direito constructivo, para saber como e quando devem empregar a coacção.

Os preceitos normativos surgem da consciencia interspichica. Não ha uma vontade comum, com existencia psicologica distincta: mas uma vontade interspichica, em que os governantes tem o maior papel. As vontades dos governados collectivizam-se automaticamente, na maior parte das vezes, aderem por uma forma perfeita e completa ao conteúdo social das volições individuais dos governantes.

Os preceitos normativos crearam, primitivamente, o Estado e os seus órgãos. O estado é uma pessoa colectiva natural, isto é, um producto directo do meio juridico.

Mas dizer que o Estado é uma pessoa juridica natural, não é afirmar, como *Gierke*, que tenha uma consciencia e uma vontade distinctas das consciencias e vontades individuais, sob o ponto de vista psicologico; mas, sim, que tem elementos energeticos autonomos para, livremente, procurar a satisfação das necessidades collectivas.

O Estado só tem um poder juridico mais complexo, mais amplo, quando tem de realizar directamente os interesses collectivos, cuja consecução lhe é confiada. Fora d'isso, não precisa de ter senão meios de direito identicos aos dos individuos.

A manifestação do Estado é feita por intermedio

dos seus órgãos que são *constitucionaes ou directos*, quando são independentes e se criaram com o proprio Estado; *indirectos ou administrativos*, quando subordinados áqueles.

Geralmente, nos Estados modernos, a nação é o órgão maximo do Estado. Os outros órgãos são creados por ella.

Esta é uma colectividade que não pode por si ter sempre intervenção directa nos negocios publicos. O grupo nacional fracciona-se n'um ponto de vista individual e profissional.

O sistema eleitoral de base individual só pode revelar o que a consciencia nacional pensa sobre os homens que melhor defendem os interesses individuais.

Só o sistema de representação profissional pode traduzir o outro aspecto da nação.

A consciencia colectiva nacional fragmenta-se, pois, em profissional e interindividual.

Dentro de qualquer sistema de representação a maior força impõe-se aos mais debéis.

A diferenciação entre governantes e governados faz-se com factores d'ordem moral, física, economica e numerica.

Tende a maior força, hoje, a organizar-se não sob o aspecto numerico, mas sob o ponto de vista profissional.

A maior força mantem-se cedendo, equilibrando-se com forças de menor poder.

Verifica-se no Estado o equilibrio dos órgãos e a unidade volitiva por intermedio da separação de poderes e da hierarquia.

O Estado, é, portanto, uma personalidade jurídica;

1.º — porque tem interesses próprios — os interesses indivisíveis da nação, e, consequentemente, as necessidades divisíveis peculiares, suscitadas na satisfação d'aquelles; 2.º — porque tem uma organização de vontade e é um centro volitivo, por intermedio dos órgãos hierarquizados; 3.º — porque tem a maxima função social a desempenhar, visto defender exclusivamente interesses colectivos: — função social reconhecida pela regra normativa; 4.º — porque tem poderes juridicos constructivos que ele proprio cria, mas que não podem ultrapassar o fim a que visa o círculo normativo, protegendo-os.

Em volta do Estado, aglutinam-se outras pessoas de direito publico: agregados de população e territorios (autarquias locais); simples agregados de população ou personificações de interesses (estabelecimentos publicos e de utilidade publica).

2. Distinção das funções do Estado.

Bem necessario se torna assentarmos n'um criterio de distinção de funções do Estado, porque da sua exequibilidade e do realismo com que fôr elaborado, depende, em grande parte, a tarefa que nos propomos.

Não vamos n'esta dissertação fazer divagações historicas sobre as funções do Estado e descriminar, desde as mais remotas epochas, as theorias que presidiram á sua distinção.

Nem mesmo a de Montesquieu, a sua tripartida distinção de funções, a sua rígida separação de poderes vão n'este livro ocupar tempo ao leitor.

Em obras da especialidade, como as de Duguit, Esmein, Jellinek, Marnoco e Sousa, etc., encontra quem quizer profundar a materia excellentes elementos para isso.

O nosso primeiro cuidado será definirmos atitudes, em face do problema que agora nos ocupa.

O Estado, exercendo a sua actividade na consecução dos fins colectivos que se propõe, pratica actos que se diferenciam uns dos outros, quer pela sua natureza, quer por derivarem de órgãos diferentes; isto é, distinguem-se *objectiva* e *subjectivamente*.

A lei sociologica da especialisação faz com que as funções diversas correspondam a órgãos diferentes e que a separação de funções corresponda a divisão de trabalho dos órgãos.

E' uma lei tendenciosa, como toda a lei sociologica, aquella que acabamos de enunciar. Considerações d'ordem politica assignam a determinados órgãos funções diferentes d'aquelas em que tendiam a especialisar-se.

A natureza da principal função que o órgão desempenha, é que marca, geralmente, as formalidades que os actos devem revestir e os seus efeitos objectivos.

Sob o ponto de vista material ou objectivo, ha tres funções do Estado:— legislativa, administrativa e jurisdiccional.

Na legislativa, o Estado constata, formula e elabora, no aspecto técnico, a regra objectiva preexistente. Uma simples observação pela vida constitucional dos Estados dá logo, ao primeiro relance, a noção de que o acto legislativo é praticado pelos tres sistemas d'órgãos em que geralmente se scinde a sua vida juridica: poder legislativo, executivo e judicial.

Os actos legislativos, consoante os órgãos que os realisam, rodçam-se de formalidades diversas e vêem a sua validade apreciada por uma forma diferente.

Outros órgãos, além do legislativo, praticam actos normativos, estabelecem regras geraes, permanentes, abstractas, acompanhadas da convicção social da sua necessidade. Esses actos preceptivos são denominados *regulamentos*.

Jellinek e Laband intendem que o elemento diferencial da lei é a produção de obrigações ainda não contidas na ordem jurídica existente.

De sorte que, como muito bem diz o Sr. Dr. Rocha Saraiva, para esses escriptores só quando a esfera dos sujeitos de direito é ampliada ou limitada em relação a terceiros, seja por um acto geral ou por um acto particular, estamos em frente d'uma lei material.

Em primeiro lugar, o conceito de lei dado por Laband e os outros escriptores alemães que o acompanham, é de tal ordem, que pode abranger quasi todos os actos subjectivos.

Pelos actos subjectivos criam-se muitos efeitos que não são contrarios ao direito objectivo, mas que, contudo, não estão contidos precisamente na ordem jurídica existente.

De modo que, para esses jurisconsultos, os regulamentos, mesmo quando sancionem normas geraes, desde que se limitam a pôr em execução o direito contido n'uma lei preexistente, não são actos legislativos.

Os regulamentos de execução, se contivessem unica, exclusiva e estrictamente os mesmos preceitos da lei, eram desnecessarios.

Um regulamento de organização não se contém simplesmente a dentro da pessoa jurídica do Estado ou da colectividade que o produz, do «appareil administratif», como propõe Laband chamar-lhe, porque reage, manifesta-se em relação a terceiros, dirige-se aos cidadãos interessados. O mesmo fundamento que leva a recusar a esses regulamentos o character legislativo,

levava também a negar o character material á lei organica.

Hacriou segue uma doutrina semelhante a esta, mas reconhece nos regulamentos a existencia de novas regras de direito, o que singularmente dificulta a sustentação da sua doutrina, baseada apenas em dados formaes.

Nos paizes em que ha disposições legales que façam com que os tribunaes estabeleçam unidade nos seus aréstos, podem existir actos-legislativos, desde que as decisões judiciais constatem uma regra normativa desconhecida do texto e espirito da lei e dos casos analogos, e construam poderes juridicos adequados á realização das situações de direitos que sejam submetidas á sua apreciação. Esses actos-legislativos, promanando do poder judicial, tem, portanto, as características peculiares aos actos praticados por esse órgão politico. E' o que se dava com os Assentos da nossa Casa da Suplicação, d'uma forma mais atenuada com o que o decreto n.º 4620, de 13 de julho de 1918, — hoje revogado pelo decreto 5614 de 10 de maio de 1919, art. 4.º —, estatua.

Distinguimos tres especies de actos legislativos.

Os praticados pelo poder legislativo — *actos legislativos propriamente ditos*; os realizados pelo poder executivo, — *actos regulamentares*; os effectivados pelo poder judicial, — *actos normativos judiciais*.

Todos eles servem para constatar a regra normativa preexistente e dar-lhe construção técnica.

Produzem, portanto, esses actos os mesmos efeitos juridicos, mas differem formalmente.

Nos actos-legislativos, propriamente ditos, a vontade do Estado é, geralmente, manifestada pelo Parlamento, na forma estabelecida constitucionalmente para cada paiz.

Na maior parte dos Estados, a fiscalização jurisdiccional é feita d'uma maneira indirecta pela excepção de inconstitucionalidade ¹.

Os actos regulamentares teem de se sujeitar, na forma e conteúdo, ás leis preexistentes.

A legalidade d'esses actos pode ser apreciada directamente por meio do recurso administrativo, ou indirectamente por excepção d'illegalidade.

Podem muitas vezes tambem ser revogados por meio de recurso gracioso ou hierarquico.

O acto normativo judicial assume as características geraes do acto jurisdiccional e tem os recursos inerentes a este acto.

Se bem que todos os actos-legislativos produzam os mesmos efeitos, diferem, como vimos, sob o ponto de vista da sua elaboração, e, consequentemente, da sua revogação, do *contrôle* jurisdiccional que sobre elles se exerce, etc.

Sob o aspecto da validade d'estes actos ha vantagens, portanto, em proceder á sua divisão.

A função administrativa consiste na criação e gestão dos serviços publicos por meio d'actos juridicos individuaes, d'applicação restricta, concreta e operações materiaes praticadas, principalmente, pelos orgãos do Estado.

¹ Estados Unidos; nos *Dominions* da Inglaterra, — *Colonial laws validity act* —; no Mexico — art. 101 da Constituição —; na Argentina — art. 100 da Const. —; no Brazil — art. 59 e 60 da Const.; sem texto legal: na Noruega, na Grecia, na Rumania; finalmente, em Portugal pelo art. 63 da nossa Const. *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* — Des Fougères — Paris, 1913 — Rousseau; Sr. Dr. Magalhães Golião — *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis* — Coimbra — 1914. Dr. Maradoc e Sousa — *Commentario a Constituição*, no art. 63.

Os tres poderes do Estado podem realisar actos administrativos e assim; se é o executivo que os pratica, propomo-nos chamar-lhes — *actos administrativos propriamente ditos*; se é o legislativo — *actos administrativos parlamentares*; se é o judicial — *actos administrativos judiciaes*.

Esta divisão tripartida impõe-se aqui pelos mesmos argumentos que aduzimos no que dizia respeito aos actos legislativos.

Tentaremos descriminar o *acto jurisdiccional* pela sua natureza intima, o seu conteúdo e objecto proprios.

Em nada importam para a definição do acto juridico, cuja teoria estamos elaborando, as formalidades de que em geral se rodeia. A publicidade e instrução contradictoria são elementos que se encontram tambem em actos que não são jurisdiccionaes, como na lei, na nomeação de funcionarios (concurso), na sua demissão, etc.; são as consequencias juridicas do acto, que determinam a sua natureza e não as formalidades que o acompanham. De formalidades jurisdiccionaes se reveste o exercicio do poder disciplinar; mas para que a decisão disciplinar se jurisdiccionalise, não basta que haja identidade de formas, mas que resultem efeitos juridicos eguaes.

N'um acto jurisdiccional podem existir dois elementos: — a *constatação* e a *decisão*.

A constatação consiste em verificar a existencia d'uma regra normativa, d'uma situação juridica ou d'um facto. O juiz constata e toma uma decisão que é a logica consequencia da constatação feita.

A constatação é sempre um acto-condição, mas que

se jurisdicionalisa, quando fôr dotado de força de verdade legal. A constatação condiciona sempre uma competência que, no acto jurisdicional, é a do juiz tomar a decisão.

A decisão é um acto sem característica diferencial que tanto se integra nos actos-condições, como nos que estabelecem regras constructivas d'applicação restricta: — é o caso de certas hipoteses de execução de situações jurídicas, que não cabe nem no texto da lei, nem no seu espirito, nem em casos analogos prevenidos em outras leis, e ao qual o juiz tem de dar remedio, creando poderes juridicos executivos que melhor se adaptem á consecução d'essas situações.

Quando o julgador condena o réu a uma multa, dá origem a um acto-condição prestacionario, porque colloca o individuo multado na situação juridica de devedor d'uma prestação concreta, mas determinada pela lei penal ou civil que estabelece essa penalidade, sendo a volição do juiz mera condição e não causa eficiente; quando o condena á pena de prisão, pratica um acto-condição estatutario, porque colloca o réu na situação geral e legal de encarcerado.

Se a força de verdade legal concedida á constatação a diversifica e jurisdicionalisa, o mesmo deve succeder á decisão tomada em julgamento. A força de verdade legal da constatação reflecte-se na decisão como logica e necessaria consequencia d'aquella. Pode haver erro na constatação; mas, n'este caso, contudo, a decisão é *competentemente* proferida.

Podem dizer-se actos juridicionaes completos os que compreendem a constatação e a decisão; procedendo, então, logicamente dum mesmo raciocinio, vivem indissolivelmente ligados. Separar a constatação da decisão, attribuir character jurisdicional á primeira e nega-lo á segunda, seria desconhecer a força de ver-

dade legal attribuida á constatação e a consequente estabilidade que d'ahi advem para a decisão que nela assenta. Mas podemos, de certo modo, concordar com Jéze, em que ha actos jurisdiccionaes, como os julgamentos sobre as questões de estado, em que a constatação se pode dar isoladamente e em que só um desejo de comprovar theorias faz apparecer a decisão. Constatam-se, geralmente, determinados factos de que resultam *statu, statu* que derivam da lei, cuja applicação aos interessados é condicionada pelos factos legalmente constatados pelos tribunaes. Os actos jurisdiccionaes são actos jurídicos complexos; não são diversos os efeitos de direito que produzem dos que resultam dos outros actos jurídicos, mas são dotados d'uma tal estabilidade e permanencia, d'uma tal força de presumpção de verdade, que materialmente assim se diversificam esses actos judicciaes. O legislador é que discricionariamente resolve que, em certos casos contestaveis, a constatação feita por um determinado individuo tem força de verdade legal. *Res judicata pro veritate habetur*.

A legislação, muitas vezes obscura, não permite concluir, desde logo, se o legislador quiz ou não dotar de força de verdade legal a constatação feita por um determinado orgão de Estado sobre certos factos ou situações contestaveis ou contestadas; é então forçoso recorrer ao auxilio da jurisprudencia e da doutrina.

Os actos jurisdiccionaes podem ser praticados tambem pelos tres poderes do Estado. Na sua revogação e elaboração, é que formalmente differem.

Ha, portanto, occasião de scindir o acto jurisdiccional material sob o ponto de vista subjectivo, em *acto jurisdiccional propriamente dito*, *acto jurisdiccional do executivo*, e *acto jurisdiccional parlamentar*, correspondendo ao poder judicial, executivo e legislativo.

Pode ainda fragmentar-se o acto jurisdiccional,

mesmo sob o aspecto material; em *executorio* e de *simples constatação*, sem *decisão executoria*; tendo como equivalente a classificação e divisão dos direitos subjectivos de protecção, em *executorios* e de *garantia*.

A distinção que Duguit fez entre a jurisdição objectiva e a subjectiva, fundando-se na distinção entre situações que o acto jurisdiccional reconhece serem ou geraes ou individuaes, não nos parece trazer grandes vantagens.

Esquece-se por exemplo, de que existem inumeras situações objectivas que, sendo constatadas nos tribunaes civis, por effeito d'essa propria decisão judicial, os seus titulares tomam posse d'elas.

Fizemos a exposição da nossa teoria, antes de a justificar, vamos fazer, agora, a critica das doutrinas contemporaneas que mais aceitação tem tido no meio juridico.

Vamos examinar primeiro aquellas que globalmente procuraram resolver o problema e depois, d'uma forma synthetica, percorrer as mais importantes que parcelarmente focaram o assunto, discutindo uma ou outra função do Estado, um ou outro poder.

Vamos, antes de quaesquer outras, caracterizar as theorias formaes de distinção de funções.

Todas ellas partem quasi do mesmo principio — sejam ellas de Ducroq, Beudant, Jacquelin, de Martitz, Hanel ou de Fricker —, de que todo o acto volitivo do Estado tem em si o mesmo caracter; é um acto de vontade soberana e conserva o cunho que lhe impõe a volição de que promana. A haver differenças entre os varios actos do Estado, esta diversidade provem do órgão ou agente que pratica o acto.

A caracteristica juridica d'um acto do Estado depende do órgão que o praticou.

Aos tres sistemas d'orgãos ou poderes do Estado fazem corresponder três especies d'actos.

E affirmam os defensores d'esta teoria que ir mais longe do que isto, procurar estabelecer uma distincção d'actos estaduaes, pela sua natureza intrinseca, intima, é abrir a porta a questões insolúveis e sem interesse pratico de maior. O que imprime força e característica ao acto é o órgão que o realisa.

Todo o acto que emerge do órgão legislativo, tem força de lei, por maiores esforços que se façam para sustentar que não é materialmente uma lei.

A importancia do criterio formal ainda domina a nossa legislação constitucional.

Porque razões é que vem só o auctor do acto para a sua determinação? O mesmo órgão pratica muitas vezes actos juridicos intrinsecamente diferentes, produzindo efeitos juridicos diversos, a par e passo que actos materialmente identicos são da competencia d'orgãos diferentes.

A disparatadas conclusões nos levava ainda o criterio formal, como a de considerar, caracteristicamente os mesmos, actos juridicos do Estado em que todas as funções se aglomerassem no mesmo órgão, e como a de dar natureza juridica diferente a um acto pelo simples facto de mudar o órgão que o praticava.

As circumstancias politicas não deixaram integrar cada função n'um órgão proprio, e, para dar mais força aos actos que esses órgãos produzissem, revestiu todas as manifestações volitivas que d'eles promanam, ainda que d'elas resultem efeitos juridicos diferentes, da mesma efficacia.

De sorte que se impõe, ao lado do criterio material, ter na devida conta o criterio formal e classificar os

actos do Estado, antes de mais nada, pelas diferenças intrinsecas que revelarem, e, em cada um dos elementos d'esta distinção material, fazer a divisão pela efficacia diversa que demonstrarem.

Assim, cada acto materialmente considerado tem, geralmente, em razão do órgão de que deriva, garantias jurisdiccionadas diversas e a sua revogação obedece a outros trâmites.

Jeilneck, seguindo Gierke e Gneist, sistematiza as funções do Estado pelos fins diferentes que elas procuram atingir.

Tres fins impulsionam o Estado: — a conservação da propria existencia; a realisação do direito; a cultura, isto é, o desenvolvimento do bem estar publico e da civilisação material, moral e intellectual.

Ao fim — realisação do direito — corresponde principalmente a função legislativa, pela qual o Estado formula preceitos que alargam ou restringem o raio d'actividade individual, fixam a sua organização interna e estabelecem os limites da sua acção.

A função legislativa estatue uma regra abstracta; a função jurisdiccional realisa o fim do direito, contendo as volições juridicas dentro dos limites da norma objectiva.

Na função administrativa, o Estado atende á sua propria conservação e ao desenvolvimento da cultura.

Realisam-se assim o fim de cultura — *Culturstaat*, e o fim de direito — *Rechtsstaat*.

Supondo mesmo que accitamos os fins indicados ao Estado, esta teoria não resolve a questão. Este ainda é um critério extrinseco; vêem-se os fins sociaes, não se examinam as consequencias juridicas dos actos, a sua natureza íntima.

Aos tres fins do Estado, como observa Hæmel, Jellinek devia ter feito corresponder tres funções para ser logico.

Porque de duas uma, ou a distincção dos fins do Estado deve determinar a das funções, e, então, a cada fim deve corresponder uma função, ou então a finalidade do acto é indiferente e não serve esta classificação para fazer a distincção de funções.

Laband, depois de Stein, procurou fazer esta distincção pelos caracteres da operação psicologica que importa cada um dos actos do Estado.

Pode resumir-se assim a ideia geral da doutrina.

A actividade do Estado produz-se e manifesta-se exteriormente, como toda e qualquer actividade consciente e seguindo as mesmas leis psicologicas.

A função legislativa consiste em estabelecer regras abstractas, obrigatorias. Ha uma mera operação intellectual na affirmação de que um dado attributo — caracter juridico — convem ao sujeito — regra de conducta. Mas o proprio Laband tem de reconhecer que na função legislativa existe tambem uma parte activa mental, na obrigatoriedade da norma. Como lhe observa Hæmel, pela distincção entre a lei e o regulamento que estabelece, arruina a sua doutrina e reconhece valor ao criterio formal.

O acto jurisdiccional cifra-se n'um silogismo em que a maior é a regra de direito, a menor, o caso submetido a julgamento, e a conclusão, a decisão do juiz.

Na administração, ha tambem um julgamento silogistico, mas a decisão converte-se em acção, em volição externa.

Todos os actos do Estado implicam, ao mesmo tempo, psicologicamente, operações intellectuaes e volitivas.

E', portanto, insustentavel este criterio.

Outros escriptores vêem no Estado um verdadeiro organismo e procuram colocar em paralelo as funções publicas com as individuaes. A primeira dificuldade da doutrina está em estabelecer o numero de funções. O Estado não pode também sofrer comparações com os organismos individuaes, não é da mesma natureza.

Duguit apresentou um criterio exclusivamente juridico. Na função legislativa, o Estado formula o direito objectivo; na função administrativa, o Estado cria uma situação juridica subjectiva; na função jurisdiccional, constata a existencia e extensão d'uma regra de direito ou d'uma situação juridica, na hipotese de violação ou contestação, e estabelece as medidas necessarias para assegurar o seu respeito.

D'uma maneira generica concordamos com o conceito que forma do acto legislativo.

Mas o que não achamos aceitavel é o facto de encerrar o acto administrativo n'um criterio exclusivamente juridico e de desconhecer o fim técnico da administração. Nem tão pouco o acto juridico se reduz ao acto subjectivo prestacionario. E, sendo assim, as operações materiaes podem produzir efeitos juridicos.

Os mesmos argumentos com que Duguit combateu Saleilles e o seu conceptualismo juridico, servem, agora, para derrubar o seu criterio exclusivista.

Toda a responsabilidade objectiva que seduz tanto Duguit, mal se acomoda ao seu criterio d'acto administrativo.

Não dá esse escriptor a força de verdade legal ao acto jurisdiccional e d'ai toda a dificuldade da sua doutrina.

Intende que, n'esse acto juridico, ha sempre um silogismo, mas, se a conclusão não fôr considerada uma verdade legal, muito contingente se apresenta a desrinça entre o acto administrativo e o jurisdiccional.

Resta-nos examinar a distinção de funções, apresentada por Artur em varios artigos na *Revue de Droit Public*, sob o titulo de «*Séparations des Pouvoirs et Séparations des fonctions*».

Para este escriptor ha tres funções diferentes e irreductivis: —

A função legislativa que consiste em fazer a lei: esta distingue-se dos outros actos do poder publico por dois caracteres essenciaes: ser uma regra geral e não se prender a nenhum outro preceito anterior, como medida d'execução.

A função judicial basea-se no julgamento que é a declaração do direito com o fim de assegurar o seu respeito, quando haja lugar para o fazer, isto é, quando seja violado ou contestado. O acto judicial difere do legislativo, em que n'aquelle o juiz exerce uma *sobrerania derivada* — e é por isso que as sentenças podem ser illegaes e comportam recursos — e neste, a soberania é *original*, ou melhor *congénita*.

Alem d'isso, as sentenças referem-se a um caso concreto, as leis são geraes e abstractas; mais, no acto judicial, exige-se uma violação do direito.

A função administrativa resume-se na pratica de actos immediatos, incessantes, tendentes á organização e funcionamento do serviço publico.

Tanto esta função, como a judicial, são resultantes do exercicio da soberania derivada e subordinada.

Teem, contudo, uma finalidade diferente e objecto diverso.

Artur parte do principio erroneo de que a cada órgão corresponde uma função.

Criticando minuciosamente o criterio formalista de Jacquelin, cae nos mesmos defeitos que lhe aponta.

Esquece, por exemplo, que o que caracteriza prin-

principalmente a lei, não é tanto a sua generalidade, como a convicção social da sua necessidade.

Labara no mesmo erro de Jellinek e Laband de não considerar o regulamento como fazendo parte da função legislativa, teoria essa que já tivemos ensejo de condenar.

De resto, a dificuldade da doutrina está toda em explicar o que é soberania subordinada. Não explica também Artur o que seja o poder publico assim limitado.

Ainda não queremos deixar sem reparo o facto da distinção que apresenta entre o acto judicial e administrativo: a violação da lei n'aquelle.

Ora, violação da lei tambem pode dar lugar a um acto administrativo,—vg. multas administrativas. O que distingue o acto judicial do administrativo é, como já dissemos, a força de verdade legal de que aquelle vem impresso, e os fins diferentes a que se destinam. No administrativo, procura-se a gestão dos serviços publicos em geral, no judicial pensa-se, apenas, na manutenção do direito.

Encontra-se já feita nas passagens antecedentes a justificação do nosso criterio na destrição dos actos legislativos e jurisdiccionaes.

Reservamos a defeza do nosso modo de pensar sobre a função administrativa para a parte principal do nosso trabalho.

Objectivamente distinguem-se as funções: — em legislativa, administrativa e jurisdiccional.

A estas tres funções irreductiveis correspondem tres sistemas ou categorias d'orgãos directos ou constitucionaes: legislativos, administrativos e judicciarios.

A chamada função governamental, ou directiva, perfilhada pelo Sr. Dr. Rocha Saraiva e defendida por

Otto Mayer, salvo o devido respeito, não nos parece ter razão de ser.

Em capítulos subsequentes tentaremos demonstrar que aquella parte do poder publico, de que falava Otto Mayer, e que, por ainda não se ter operado completamente a sua differenciação, não tomava por enquanto os caracteres do acto legislativo, de administração ou judiciario e se encontrava difundida pelos tres órgãos do Estado, se enquadra quasi toda perfeitamente, na nossa doutrina, na função administrativa.

Dentro dos sistemas de órgãos de que falamos, estes encontram-se submetidos uns aos outros, em suma, hierarquisados. Esses sistemas d'órgãos são independentes entre si, mas a sua independencia não exclue a colaboração; não ha separação rigida de funções e de poderes, mas antes equilibrio e intima penetração.

A separação de poderes resume-se n'uma diversidade de participação dos diferentes órgãos na actividade do Estado.

Da validade dos actos administrativos e regulamentares

PARTE PRIMEIRA

O acto administrativo

CAPITULO I

Noção do acto administrativo

1. De algumas teorias sobre a função administrativa.

Pomos de lado todas as teorias velhas e sedições, já refutadas e corridas no mundo jurídico, que tenham tentado endoutrinar a função administrativa do Estado. A sua exposição não importava vantagens nem esclarecimentos para este trabalho, era sómente uma exhibição erudita, que mal ia com o nosso feitio e, com toda a certeza, enfastiaria o leitor.

Não voltaremos á carga com as doutrinas que procuraram globalmente fazer a destrinça das funções do Estado, ás quaes melhor ou pior não as deixámos passar sem reparo, no ultimo numero da introdução a este trabalho.

Não é muito que, em primeiro logar, volvamos os olhos para Portugal, e que, na acanhada bibliografia jurídico-administrativa que possuímos, arranquemos

algumas definições e conceitos sobre a administração, e, com o respeito devido ao esforço alheio, façamos passar essas teorias pelo cadinho d'uma critica desapixonada.

Começaremos pelo Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, professor distinctissimo que foi da Universidade de Coimbra. Define, a p. 116 do seu belo *Curso de Ciencia Administrativa*, «a administração publica como sendo a ação que o Estado desenvolve na formação, conservação e aperfeiçoamento do organismo publico, na aquisição e distribuição dos meios de vida e funcionamento d'esse organismo e na directa realisação dos fins publicos do mesmo Estado».

O conceito importa, desde logo, uma critica geral: é que nada esclarece. O Estado na função legislativa emprega tambem a sua ação n'uma finalidade identica á que é indicada para a administração.

E' certo que, um pouco depois, esse illustre Professor marca a ação do poder legislativo: — estabelecer as leis em vista dos fins do Estado, mas não realisar esses fins. Aceitemos por um momento a defeza, e vejamos como consegue fazer escapar o regulamento, como tenta, á função legislativa.¹

Quando é que ha realisação dos fins do Estado? O Sr. Dr. Guimarães Pedrosa não o diz em passagem nenhuma do seu livro. E não nos é lícito a nós, interpretes da sua doutrina, emprestar-lhe um criterio.

Mas essa doutrina que estamos respeitosa e atacando, não destrinça convenientemente a função administrativa da judicial que «actoa em vista da inação ou desvio da função executiva ou das forças individuais ou sociais, reintegrando-as no seu campo d'ação positiva».

¹ V. p. 112, critica á doutrina de Deguit.

A critica que algures fizemos a Artur, *mutatis mutandis*, tem aqui lugar.

A função administrativa pode actuar tambem em vista da inação ou desvio das forças individuaes ou sociaes.

Por outro lado, esquece a noção apresentada de poder judicial e que muitos actos não representam só desvio ou inação, mas que tem de tomar, para se realizar, um aspecto essencialmente jurisdiccional.

Para findar, a doutrina do sabio professor Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, enferma dos defeitos de todas as theorias formaes, porque, afinal de contas, está muito longe de poder considerar-se material, objectiva.

Analisando em si a definição, verificamos: — que ella podia facilmente reduzir-se, evitando assim o defeito de ser longa; — que são tres os fins n'ella determinados, não podendo com segurança concluir-se se a acção do Estado, para ser administrativa, precisa de realizar esses tres fins indicados ou só um d'elles.

Das palavras «organismo e fins publicos» não encontramos a sua explicação, nas considerações anteriores ao outro conceito que estamos examinando.

O conjunto d'actividade concreta que o Estado desenvolve para a realisação dos seus fins é que forma o conteúdo da administração publica para o Sr. Dr. Rocha Saraiva ¹.

A noção apresentada por este distincto professor é uma concretisação intelligente, mas que tem os defeitos das suas vantagens. Como synthese, é a melhor que conhecemos; mas, ainda que nos peze d'affirma-lo, dá lugar a bastantes confusões.

¹ V. Construção Juridica do Estado, II, p. 47.

Por este conceito, a função judicial não se separa facilmente da administrativa.

Actividade concreta, desenvolve o Estado na função judiciaria e por esta função realisa tambem os seus fins.

De resto, o embaraço maior da definição surge ao conceituar o que seja a actividade concreta.

Não ousamos aventurar um criterio que podia não estar na mente de quem usou o termo.

Fomos discipulo do Dr. Ludgero das Neves, e muitas vezes nos disse que, não tendo ainda opinião assente sobre o acto administrativo, perfilhava provisoriamente o criterio de Laband, á falta de melhor. A definição que dava nos cursos, aproximava-se da do Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, completando-a, ou, mais exactamente, aclarando-a.

Conseguia justificar, com o brilho e entusiasmo que lhe eram peculiares, a inclusão dos actos regulamentares na função administrativa, se bem nos recorda, com um criterio politico: os actos regulamentares eram dominados pela ideia de execução.

Se a cada orgão correspondesse uma função, integrar-se-iam esses actos na função administrativa e não na legislativa. Eram muito mais necessarios á função executiva do que á legislativa.

Devemos ao proprio culto que temos pela sua memoria hourada, ser sincero: nunca concordamos com a sua doutrina, porque, já então, pensavamos, como hoje, que só com um duplo criterio, ou melhor, partindo, na distincção de funções, do objectivo para o subjectivo, conseguiríamos fazer obra duradoura.

A especialisação de funções é uma lei que, pelo que diz respeito a este cantinho de Europa, parece não se verificar. O legislativo abandonou a sua função principal para se ocupar apenas da fiscalisação politica dos

governos, deixando a estes o encargo de legislar...

Ao mais da doutrina já dissemos, quando nos referimos a Laband, o que pensavamos, e é bem escusado, portanto, repeti-lo agora.

Dos auctores estrangeiros aproveitaremos, apenas, os de mais destaque, cujas opiniões não tivéssemos já exposto na introdução deste trabalho.

Para Hauriou a função administrativa tem por objecto «de gérer les affaires courantes du public en ce qui concerne l'exécution des lois du droit public et la satisfaction des intérêts généraux, le tout par des moyens de police et par l'organisation de services publics, dans la limite de l'intérêt du pouvoir politique qui a assumé l'entreprise de la gestion administratif».

E acrescenta, depois: «l'administration public est un corps intermédiaire entre le souverain et le public».

E' uma longa definição, pouco clara, que não encerra a solução do problema, e mais formal do que material.

Desta sorte, não tem a função administrativa por objecto tudo o que seja excepcional, extraordinario, ocasional. E', em poucas palavras, reduzir a administração á rotina.

A administração não consiste só em presidir aos negocios correntes, mas tem de occupar-se tambem dos casos excepçionaes.

Não comprehendemos como a pag. 19 do seu Précis, 10.^a ed., dá á ação governamental a função de «solutionner les affaires exceptionnelles et de veiller aux grands intérêts nationaux».

Essa distincção, feita por Hauriou entre interesses publicos e nacionaes, não tem bases sérias em que se funde.

Os meios de policia preventiva, quando revestem a forma regulamentar, não podem pertencer á função administrativa, porque os regulamentos edictam normas geraes, abstractas, são actos legislativos.

De resto, o conceito de «police» entra na noção mais ampla — de «service public». Não vemos necessidade de empregar estes dois termos, porque a ideia de serviço publico abrange a de policia.

A ideia que faz esse illustre escriptor do serviço publico, sujeita-se a reparos por não abranger o elemento juridico. De facto, o serviço publico, para ele, decompõem-se em cinco elementos: serviço técnico, regular e continuo, e em proveito do publico, necessidades publicas, e, finalmente, uma organização publico.

Os limites que assinala á função administrativa, a existirem, são d'ordem politica. Mas discutimos mesmo a sua existencia, porque o poder publico se exerce muitas vezes, contra o interesse dos proprios que o delectem.

O principal defeito da definição é repetir ideias. Já citámos um exemplo, mas não queremos deixar ainda de expressar a nossa extranheza por encontrar no conceito as palavras «interesses geraes», que cabem, para o proprio Hauriou, na definição de serviço publico.

As doutrinas de Longo, Spiegel e Posada, semelhantes ás do Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, teem já, portanto, a sua critica feita.

Para Otto Mayer «l'administration est l'activité de l'Etat pour la réalisation de ses buts et sous un ordre juridique (*Droit Administratif*, I, ed. franceza, p. 13).

Para Orlando a função administrativa é «l'activité

dello Stati pel raggiungimento dei suoi fini» (*Principii di Diritto Amministrativo*, p. 10, 5.^a ed.)

A definição é formal. O «raggiungimento» dos fins do Estado verifica-se também nas outras funções.

Santamaría de Paredes, Berthélemy, Goodnow, etc., fazem consistir a função administrativa na actividade do poder executivo.

Para Muhl «a administração é o conjunto de deliberações e actos dirigidos para applicação a casos concretos do conteúdo da constituição, regulando de harmonia com ella toda a vida do Estado» (*Encyclopadie der Staatswissenschaft*).

Stein, Santi Romano e Brunalti reduzem a administração á actividade concreta do Estado, na realisação dos seus fins.

Das criticas anteriores se pode concluir o que pensamos d'estas doutrinas.

A administração consiste para Meucci, Royo e Guenechea, na actividade dos organismos publicos para a consecução dos fins de character geral.

São imprecisas estas theorias, na especificação da actividade dos organismos publicos que tenham natureza administrativa.

Como acção do Poder Publico nas suas relações com os particulares, consideravam Colmeiro, Laferrière e Block — a administração.

Confundiam o direito publico com a administração.

A função administrativa, determinada pelo criterio do serviço publico, é a idea de Duguit, ainda que o não queira ¹, de Jéze, e, como vimos, de Hauriou.

¹ V. nova edição do Tratado, p. 544 do 1.^o vol.

E' aceitavel, quando se alie á enumeração dos meios e processos de gestão d'esses serviços.

2. A nossa opinião sobre a função e actos administrativos.

Dissemos que a função administrativa consistia na criação e gestão dos serviços publicos.

A noção de serviço publico forma-se em roda dos seguintes elementos :

a) Das necessidades publicas.

As transformações economicas e industriaes, nas nações civilisadas modernas, alargaram o numero das necessidades que ao Estado incumbe dar satisfação.

Algumas d'elas tornaram-se tão imperiosas, que avultou logo a obrigação de as proteger, de maneira a terem uma realização perfeita, regular e continua.

Essa perfeição, regularidade e continuidade é alcançada :

b) Por operações técnicas materiaes.

Essas necessidades publicas, cuja regularidade e continuidade é preciso assegurar, são satisfeitas pelos melhores processos técnicos ;

c) Por actos juridicos, normativos e individuaes, por meio de regras de direito especiaes, tendentes a imporem e conseguirem a satisfação continua d'essas necessidades.

Essas regras affectam a situação juridica dos individuos, adstrictos á gestão dos serviços publicos; regulam esses serviços de modo a evitar que aqueles que n'elles cooperem, pratiquem qualquer acto que embarrace o seu regular funcionamento, coartando-lhes, nomeadamente, o direito á greve; dão facilidades legaes

para aquisição dos bens necessários á vida d'esses serviços. A incessante mutabilidade das necessidades de interesse geral, o progresso constante dos meios técnicos de as realisar, impõem um cunho de maleabilidade ás normas que regulam os serviços públicos, de maneira a acomodarem-se sempre com facilidade a novas formas de necessidade e aos continuos aperfeiçoamentos técnicos.

d) Por meio d'uma organização publica.

As pessoas de direito publico mantem a regularidade e continuidade dos serviços, por meio dos seus órgãos ou por intermedio de concessionarios.¹

Podemos definir, portanto, serviços publicos: — os serviços destinados á satisfação das necessidades publicas, realísados pelo Estado e outras pessoas de direito publico, por meios juridicos especiaes e técnicos, tendentes a assegurar o seu funcionamento incessante, regular e continuo.

Na função administrativa, a creação e a gestão dos serviços publicos fazem-se por meio d'actos juridicos individuaes, d'applicação restricta e concreta.

Sob o ponto de vista material, os actos-normativos, geraes, isto é, aquelles que se criam, segundo os processos já descritos no paragrafo respeitante á norma juridica estatica, não cabem dentro do conceito de administração.

Os actos individuaes ou os d'applicação restricta e concreta, supõem uma regra anterior, não dão satisfa-

¹ A exploração dos serviços publicos ou é feita por gestão directa ou por concessão. No caso de concessão, os concessionarios ficam investidos nos encargos e nos poderes emergentes dos serviços publicos que respectivamente gerirem.

ção immediata aos interesses nacionaes, mas sim aos proprios interesses divisíveis do Estado.

Quando este pratica um acto subjectivo estatutario, visa os seus interesses, os interesses da empresa financeira estadual.

Quando realisa o acto normativo-geral, procura a satisfação dos interesses sociaes ou, melhor dizendo, na regra objectiva, regula as necessidades colectivas indivisíveis.

No acto subjectivo estatutario, procura dar satisfação ás necessidades divisíveis que resultam da sua propria existencia e conservação.

Os outros actos juridicos facilmente se vê, como são de applicação restricta e concreta.

Nos actos-condições, verifica-se a applicabilidade d'uma lei a um dado individuo, a uma certa colectividade; lei, que, até então, não o abrangia ainda.

No acto subjectivo prestacionario, é evidente a individualisação e a concretisação d'uma regra juridica.

As operações materiaes podem produzir efeitos juridicos e por elas, mais do que nenhuma outras, se realisa a gestão dos serviços publicos.

Essas operações e esses actos juridicos são, principalmente, praticados pelos órgãos do Estado.

Dizemos, principalmente, porque muitos actos juridicos se effectivam sem a intervenção do Estado, quer por factos materiaes, quer por situações creadas por outrem, em favor ou contra o Estado.



Bem discutida é a questão de saber se os chamados actos de governo se compreendem ou não, na função administrativa.

O assunto é pouco estudado entre nós e merece, portanto, uma atenção muito especial.

Antes de mais nada, teremos de conhecer as opiniões que sobre o caso se expendem, avaliar o seu valor e estabelecer a sua critica. Depois, havemos forçosamente de emitir a nossa opinião, de nacionalisar o exame da questão.

Duguit entende que os actos políticos não são actos administrativos. Marca-lhes um destino diferente: o fim político. Quando os governantes se orientam, segundo as regras da arte de governar os povos, estamos no campo político. Mas concorda o proprio Duguit que muito mesquinho é o criterio adoptado.

A politica não tem um sentido tão elevado, o fim politico resume-se, na grande maioria das hipoteses, em se conservarem no poder os governantes que o detem, em afastarem todos os factos, todas as individualidades que possam comprometer a sua situação, em resumo, o acto politico é o acto feito por um governo para — termos textuaes de Duguit — «assurer sa propre sécurité».

No intuito de esclarecer o conceito que sobre esses actos forma, diz que eles se referem, em geral, ao funcionamento, ás relações entre os órgãos do Estado e á acção que exercem uns sobre os outros.

São actos que se passam na vida interna do Estado, são o resultado directo do funcionamento da constitui-

ção, pelo que se comprehende que não possam ser submetidos á fiscalisação d'um tribunal por via contenciosa.

Não promanam d'uma auctoridade administrativa, mas não estão colocados fora da legalidade.

Não derivando esses actos d'uma auctoridade administrativa, não podem applicar-se-lhes os recursos estabelecidos para esta.

Sumariamente a doutrina aqui fica, tudo que n'ela havia de importante se extractou.

Que os actos chamados de governo, dentro dos actos administrativos, mereçam lugar particular, é cousa que bem cuidamos estar ha muito resolvida.

Mas que o fim politico não se integre dentro da noção de serviço publico, é cousa que não comprehendemos.

A coordenação dos serviços publicos constitue tambem um serviço publico, porque sem ele não viveriam os outros, ou, pelos menos, levavam uma vida intranquila e desorganizada.

Não é preciso que no serviço publico appareça logo á satisfação immediata da necessidade colectiva, basta que indirectamente a consiga.

A definição do fim politico, tal como por ultimo o conceitua Duguít, é concretamente mesquinho: — manterem-se os governantes á *outrance* no poder.

Mais alta, mais levantada, deve ser a noção que vamos formar de fim politico.

Por actos politicos entendemos os actos de coordenação dos órgãos politicos.

Porque é que o escritor que estamos criticando, já que teve a ideia de este ponto de vista, o não apro-

veitou e foi reduzir o acto politico a um conjunto de egoismos?

Afirma Duguit que não promanam d'uma auctoridade administrativa os actos politicos. E o que é uma auctoridade administrativa, é cousa que não se chega a definir.

Todas as garantias jurisdiccionaes d'estes actos se perdem, na sua concepção do aspecto adjectivo da função politica.

Se não se applicam os recursos por excesso de poder, advein este facto, mais do fim a que se destinam, da sua efficacia juridica, do que propriamente de serem actos administrativos.

Quasi todos os actos discricionarios tem os mesmos efeitos jurisdiccionaes, e, nestes, ha muitos, a que Duguit se não atreveria a negar o character administrativo.

Acompanhemos este distincto publicista, na enumeração dos actos politicos, e com facilidade demonstraremos que, em qualquer das funções que já distinguimos, se podem aquelles enquadrar.

O parlamento, votando moções de confiança ou de desconfiança, pratica um acto material de natureza administrativa, porque se refere ao funcionamento dos serviços publicos, á confiança ou desconfiança que lhe merecem os que os dirigem. E' um acto que mediatamente visa á gestão do serviço publico. Dizemos que é um acto material, porque, de per si, não tem consequencias juridicas directas, tem meras consequencias moraes.

Mas, mesmo quando o costume constitucional se arrega tanto, que passa a ter consistencia d'ordem juridica; quando o Parlamento usa de meios juridicos indirectos para coagir o governo, no caso de uma moção de desconfiança, a abandonar as cadeiras do poder;

mesmo assim, não estamos em presença d'um acto jurídico, porque não produz, propriamente por si, efeitos jurídicos; é, quando muito, um acto-condição, sob o ponto de vista de direito.

A nomeação de comissões de inquerito é um acto administrativo, prende-se com a gestão dos serviços publicos; e, consoante os poderes que elas detem e os paizes em que funcionam, podem essas comissões produzir actos jurídicos, suspensão de empregados, mandatos de captura, etc. — actos-condições —, ou simples operações materiaes.

A eleição do Presidente da Republica pelo congresso, é um acto administrativo, designando-o para essa função publica. E' um acto-condição, sob o ponto de vista psicologico e juridico-colectivo.

Para que havemos de dar uma natureza juridica diversa á designação do presidente da republica? Pode haver differenças formaes, mas, entre ele e o seu mais infimo funcionario, a sua situação juridica é da mesma natureza; tanto um como outro, tem competencias, ainda que infinitamente diferentes.

Os decretos de convocação dos collegios electoraes e de dissolução são actos condições: um que legalisa a reunião dos collegios electoraes, o outro que coloca o governo e o parlamento no *status* geral, constitucional, que regula os poderes do governo e do congresso, enquanto as novas camaras não tomam assento. São, pois, actos-condições, que se relacionam com o funcionamento dos serviços publicos.

A vida do Estado não pode passar sem o serviço publico — parlamentar —; quando este serviço se descoordene dos outros, ha, no proprio interesse dos serviços, que procurar remediar o caso, substituindo os suportes do orgão, que fazem com que este não desem-

penhe perfeitamente a sua função social e constitucional.

Duguit, para negar a estes actos o character administrativo, tem de collocar-se n'um ponto de vista formal e dizer que estes actos não tem o character administrativo, porque não promanam d'actividades administrativas. Não se pode ser menos realista e mais incoerente.

Uma vez convem-lhe distinguir as funções materialmente; outras decide-se pelo ponto de vista formal.

A declaração do estado de sitio, quer pelo parlamento, quer pelo executivo, é um acto administrativo, acto-condição de poderes juridicos do legislator, suspendendo as garantias constitucionaes, de praticar medidas individuaes de repressão ¹.

E' a gestão do serviço publico de segurança geral que justifica estas medidas.

Resumindo, parece-nos que a maior parte dos actos politicos se pode comprehender na função administrativa.

Os outros actos chamados politicos podem caber perfeitamente na função jurisdiccional e legislativa. E n'isso concorda o proprio Duguit, dando a natureza jurisdiccional ao indulto e a legislativa á amnistia.

Já estamos a vêr surgir o reparo de que atacamos Duguit, não tendo em conta a sua definição d'acto administrativo.

Aconselhamos a quem tal reparo levantar, a ler a obra «*Transformation du Droit Public*» a pp. 156 e 175. Encontrará ali prompta resposta á sua objecção.

Os actos diplomaticos tambem Duguit os considera actos politicos.

A segurança externa tem, como um dos seus serviços publicos, o diplomatico. Todos os actos chamados diplomaticos, podem agrupar-se em quaesquer das funções do Estado, cuja a destriça fizemos.

¹ Art. 26.º, n.º 16 da nossa Const.

Mas os que tem um aspecto administrativo precisam, é certo, ter uma rubrica especial onde se distingam dos outros actos administrativos. E' o que faremos oportunamente.

N'outras doutrinas, encontramos tambem o fim, determinando o caracter governamental do acto. Assim, por exemplo, para Dufour, o que fazia com que o acto fosse governamental, era o fim a que se propunha o seu autor. Se tratasse de defender a sociedade, considerada de per si, ou personificada pelo governo, dos seus inimigos, internos ou externos, os actos que se destinassem a esse objectivo, eram actos de governo.

Não havia abuso de poder que não encontrasse justificação immediata n'esta doutrina.

Vincou esta teoria em França até ao segundo imperio. Pouco depois, sob a pressão dos factos e da jurisprudencia do Conselho de Estado, perdia prestigio e decia a passos largos.

Em 1889, no incidente levantado pelos manifestos do Conde de Paris, reconheceu-se que um acto não muda de natureza, por ser ordenado com um fim politico.

Ducrocq pretende fazer a distincção entre actos governamentais e administrativos, attribuindo á função governamental a missão de dirigir o paiz, o seu desenvolvimento interno e as suas relações externas; e sendo a função administrativa «le complement et l'action vitale». A distincção, mesmo para o proprio autor, era tão obscura, que este se via obrigado a recorrer a um exemplo de Serigny, e, como este não lhe bastasse, acabava por enumerar os actos.

Aucoc, Hauriou, Laferrière, Marie, etc. contentam-se em estabelecer uma lista de actos de governo.

D'entre estes destaquemos como mais moderno,

Hauriou e examinemos a sua teoria, tal como a expõe na 10.^a ed. do seu *Précis*.

Hauriou tenta estabelecer um criterio de distinção a pag. 19 do citado *Précis*, mas a pag. 432, ele mesmo se encarrega de destruir a sua distinção anterior, tendo considerado como governamental a função do Estado, que tem por missão solucionar os negocios publicos exceptionaes e ter em conta os interesses nacionaes: pergunta:

«Dans quels actes veille-t-on aux affaires courantes du public et dans lesquels fait-on de ces affaires exceptionnelles qui sont de la politique?» E logo a seguir, como a enterrar ainda mais a sua doutrina, concorda que ela «a bon tirait à la fameuse theorie du mobile qui, en fait, fût appliquée pendant longtemps par la jurisprudence».

Para salvar o seu conceito primitivo da imprecisão não vê senão um meio: acrescentar-lhe uma outra característica: figurar n'uma certa enumeração d'actos politicos estabelecidos pela jurisprudencia administrativa, sob a auctoridade do Tribunal dos Conflitos.

E para logo traz a prometida lista dos actos de governo:

1.^o — actos relativos ás relações do governo com o Parlamento—decretos de convocação dos collegios electoraes, convocação e adiamento das camaras e promulgação das leis, etc.

2.^o — certas medidas de segurança interna, declaração do estado de sitio, medidas de policia sanitaria, etc.;

3.^o — actos relativos á segurança do Estado e, d'uma maneira generica, ás relações diplomaticas;

4.º — os actos impostos pelas necessidades da guerra;

5.º — os decretos de indulto;

6.º — as portarias dos governadores das colonias, modificando a situação legal dos territorios coloniaes;

7.º — anexações de territorios e os actos que regulam as suas consequencias.

De todos estes actos, os que se referem á segurança externa tem um cunho muito mais caracteristico d'actos de governo; n'este ponto, a jurisprudencia não distingue entre actos juridicos geraes e particulares, não estabelece differença alguma entre actos de natureza diplomatica—isto é, que possam suscitar difficuldades internacionaes, e os actos de forma diplomatica, que não levantam essas difficuldades.

Na segurança interna, a jurisprudencia é mais benevola, distingue entre as medidas perceptivas e de simples e particular execução.

Compreende-se a necessidade de, em França, fixar a noção d'acto de governo, desde que os arêstos dos tribunaes administrativos não carecem de homologação. Deixar a administração fiscalisar esses actos pelos tribunaes, era enclausurar um pouco a sua liberdade governativa.

A critica da base teorica d'esta doutrina foi, com elementos do proprio Hauriou, que a combatemos.

D'esta fixação enumerativa se pode deduzir que nada esclarece e que é a confissão implicita de que nenhuma distincção material existe entre uns e outros actos, que ambos são administrativos, ainda que com garantias jurisdiccionaes diversas.

Não ha texto constitucional em que se reconheça a existencia do tal poder governamental, nem em França, nem no nosso paiz.

Todos os actos enumerados na lista de Hauriou podem pertencer a qualquer das funções que dividimos.

D'alguns já tivemos ocasião de falar, ao examinar a doutrina de Duguit e os outros que de novo apparecem no Précis de Hauriou são actos materialmente legislativos ou administrativos, porque se relacionam com a gestão dos serviços públicos, e são realizados d'uma forma generica, regulamentar, ou d'uma maneira concreta, individual.

Brémont, na «Revue de Droit Public» em 1896, ataca a doutrina de Hauriou, afirmando que é desnecessaria tal lista para justificar a isenção jurisdiccional que acompanha esses actos. Ou o texto das leis constitucionaes ou a propria natureza impessoal do interesse ferido, afastaria a fiscalisação jurisdiccional dos actos governamentais.

No mesmo sentido, se orientou Michoud, desde o seu artigo publicado nos «Annales de Greudole» até á sua mais recente separata sobre o poder discricionario de administração.

Os actos de governo são actos em que o poder discricionario se eleva ao maximo.

Ha poder discricionario, para Michoud, sempre que «une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit».

Mas os actos de governo não deixam, por esse facto, de ser actos administrativos.

Jéze reconhece que nenhuma differença de natureza juridica os separa dos outros actos e que só razões politicas os retiram da fiscalisação jurisdiccional administrativa.

Doucet, n'uma tésis notavel sobre a noção d'acto de governo e a sua applicação ao direito internacional,

ataca a teoria classica dos actos de governo, mostrando que pela natureza das cousas eles não são diferentes dos outros actos administrativos e que, sob o ponto de vista legal, não existe texto em que seriamente se funde essa distinção.

Reconhece Doucet a natureza administrativa dos actos de governo, mas tenta justificar a invencível repugnancia d'estes a auctorizar qualquer recurso, pela ideia de força maior, de *salus populi*, de razão de Estado.

Mas qual o criterio para reconhecer a exacta applicação d'esta ideia?

E' este o ponto fraco da doutrina que a leva a resultados muito semelhantes aos que atinge a doutrina finalista dos actos governamentais.

Em Hespanha, Posada, seguido por Gascon y Marin adoptam tambem a opinião de Hauriou e estabelecem uma classificação que enumera os seguintes actos de governo:

- 1.º Os referentes ás prerrogativas do chefe de Estado na execução das leis, na conservação d'ordem publica interna e externa;
- 2.º na direcção suprema do exercito;
- 3.º os relativos ás relações entre os poderes do Estado;
- 4.º as relações diplomaticas;
- 5.º as declarações de guerra e paz;
- 6.º nomeações e demissões de ministros;
- 7.º os comprehendidos no art. 35 da Const. hespanhola;
- 8.º os que resultam da intervenção no regime administrativo das provincias e municipios;
- 9.º os relativos á concessão do direito de personalidade colectiva.

A distinção hespanhola de actos de governo logo de inicio sofre as criticas a que dá lugar todo e qualquer conceito d'actos governativos, sobretudo, feito por meio d'uma lista enumerativa.

Demonstra-se facilmente a reducibilidade da classificação de Posada. Os numeros 2, 4 e 5 podiam integrar-se no numero 1; os numeros 2 e 8 podiam tambem formar um unico ramo na divisão.

A jurisprudencia administrativa franceza passou sobre este assunto por duas fases distinctas: na primeira, bastava dar ao acto um fim politico, para o Conselho de Estado se declarar incompetente.

Os juriconsultos aderiram a esta teoria, justificando-a, pela existencia d'uma função governamental especial, função que tinha por fim conservar a unidade politica do paiz ou dar uma impulsão geral ao funcionamento da machina administrativa.

De 1870 para cá, inaugura a jurisprudencia administrativa franceza uma nova tendencia.

Conserva ainda a noção d'acto de governo e os seus mesmos efeitos juridicos, mas torna-se mais favoravel á jurisdiccionalisação d'esses actos.

Aprecia já os actos politicos feitos com o intuito exclusivo e evidente de prejudicar os adversarios do governo, mesmo que esses actos exteriormente tenham a apparencia de proseguir um objectivo politico.

No recentissimo aspecto jurisdiccional d'esta questão, os actos de governo vêem-se submetidos já ao exame do Conselho de Estado, pelo menos, quando se argue vicio de forma ou desvio de poder ¹.

Laun, na Austria, aproxima-se um pouco das doutrinas de Michoud, definindo, comtudo, o poder discricionario como sendo aquelle que confia ao órgão a determinação do fim directo, immediato da sua acção.

¹ Em Italia a jurisprudencia pouco ou nada difere da Franceza. V. Ranalletti. *Pr. di diritto amministrativo*, I, p. 329 e um artigo de Inghilleri na *Rivista di diritto pubblico*, II, p. 56, 1915.

Findam aqui as considerações geraes que desejavamos desenvolver acerca do acto de governo.

Já se tornava longa esta exposição e o tempo urgia de nos consagrarmos ao exame do aspecto nacional do problema.

Em Portugal, á mercê das decisões do S. T. A. que carecem de homologação governamental, apresenta-se sob uma outra facete.

Entendemos que todos os actos do governo se encontram já diferenciados nas diversas funções do Estado que tivermos ocasião de descriminar;

Que a maior parte d'esses actos cabe na função administrativa, tal como a conceituamos;

Que os actos de governo, quando de natureza administrativa, podem collocar-se sobre a rubrica de actos administrativos discricionarios.

Dentro dos actos discricionarios podemos fazer uma subdivisão, quanto á origem do poder: em constitucional e meramente legal.

Os actos de governo são sempre discricionarios, sejam eles de que natureza material forem, e a origem do poder para os realisar deve encontrar-se nos preceitos constitucionaes, o que se dá com os n.ºs 2.º, 3.º, 6.º, 7.º, 8.º e 10.º do art. 1.º da L. 891, de reforma constitucional e com os artt. 26, n.º 15.º, § 1.º e 2.º e 87.º da Const.

Não pode o Parlamento restringir essas faculdades discricionarias. Se o fizesse, eram inconstitucionaes as medidas legislativas que sobre o assunto tomasse.

Os actos de governo só a Constituição os limita, mas, por isso mesmo, não estão fora dum regime de legalidade como queriam Otto Mayer (*Droit Administratif*, ed. franceza, T. 1, p. 101) e Jellinek (*L'Etat*,

T. II, p. 336); tem de submeter-se á Constituição.

Em Portugal o poder judicial tem, em face do art. 63 da const., a obrigação de apreciar a validade, a constitucionalidade dos diplomas emanados do poder executivo, logo que a impugnem.

Os actos de governo tem, consequentemente, de conformar-se com os princípios consagrados na const. — art. 3.º, n.º 1.º e 2.º e 63.

O discretionary alarga-se d'uma forma extraordinaria, na hypothese prevista no art. 26, n.º 16.º, § 1.º e 2.º — hoje restricto no caso de dissolução pelo art. 1.º, § 7.º da Lei 891.

O executivo fica com amplos poderes de formular preceitos legais e praticar actos individuaes, mesmo contrarios á constituição, em tudo que se não referir a medidas de repressão pessoal.

E' certo que, n'este caso, ficam vinculadas as autoridades que fizerem mau uso d'esses poderes, ás responsabilidades editadas pelo § 3.º do referido n.º e art.

Em face do art. 89 tres da Lei de meios de 9 de setembro de 1908, é possível o recurso contra os actos de governo praticados pelo executivo.

A difficuldade para legitimação do recurso, em cada caso particular, está em achar quem tenha um interesse *pessoalmente* ofendido pelo acto, em demonstrar a illegalidade do acto — isto em vista da extensão dos poderes que são conferidos a quem o pratica. A illegalidade pode consistir em vicio de forma ou desvio de poder,, e, n'esta hypothese, verifica-se ainda mesmo nos actos governamentais que mais poder discretionary conttenham.

A nossa jurisprudencia administrativa oscila nos actos regulamentares entre a anulação do acto e a

simples anulação da medida que lhe dê execução ¹.

A excepção de inconstitucionalidade procede, de facto, nos tribunaes administrativos, senão em face do art. 63.º, com referencia ao art. 56.º da const., pelo menos baseada no art. 3.º, n.º 1.º e 2.º.

Desde que uma hipótese occorrente se regule por disposições antinómicas, os tribunaes administrativos teem de se decidir por um ou outro d'esses preceitos. E, desde que uma das disposições legais era a constituição e as outras um regulamento do executivo, não vejo em que haja que hesitar, applicando a constituição.

Mas, se não ha conflitos de preceitos e se houve incompetencia ou excesso de poder por parte de quem elaborou o regulamento, tambem os tribunaes administrativos teem competencia, em face do art. 3.º, n.º 1.º e 2.º da const. Com muito mais razão se pode tambem aplicar esta doutrina aos casos em que, nos regulamentos, haja vicio de forma ².

O que é indiscutivel é que os tribunaes judiciais teem competencia para apreciar da constitucionalidade dos diplomas do executivo.

Resumindo, em Portugal, sob o ponto de vista jurisdiccional, os actos de governo estão sujeitos ao exame dos tribunaes administrativos e judiciais, quer directamente, quer indirectamente, por via de excepção de illegalidade ou inconstitucionalidade.

¹ No primeiro sentido — Decs. sob. cons. do S. T. A. de 26 de novembro de 1917.

Em contrario : de 27 de abril de 1912, 4 de fevereiro e 12 de abril de 1913, 23 de abril, 26 de maio e 17 de junho de 1914, 4 de junho de 1915.

² Em contrario ver notas no «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra», do Sr. Dr. Magalhães Colaço, sobretudo, aos II, III e IV.

Por um lado, a natureza d'esses actos é que faz com que na maior parte das vezes não haja legitimidade para uma reclamação contenciosa; por outro lado, a amplitude de poderes de quem os realiza, dificulta seriamente a existencia de excesso de poder e, portanto, a procedencia do recurso.

Esta doutrina é a unica legal. E não ha que recear d'ela dentro do regime de justiça administrativa em que vivemos, porque a execução das decisões judiciais administrativas depende, por enquanto, da homologação do executivo.

Mas a apreciação dos chamados actos do governo praticados pelo executivo, mesmo n'um regime de justiça administrativa *delegada*, em nada podta prejudicar a segurança do Estado, desde que não se pudesse previamente suspender a execução dos actos incriminados, e os tribunaes se ativessem semente, como é proprio da natureza d'esses actos governamentais, ao exame da legalidade da forma e ao facto de se terem ou não respeitado os fins que a lei se propunha, ao conceder os poderes com que se praticara o acto.

•

* *

Para a formação do conceito d'acto administrativo recorre-se, geralmente, a dois elementos: — um que se refere á função administrativa, outro que se reduz á definição d'acto juridico, em geral.

Acto administrativo, portanto, para nós, é o acto juridico, destinado a realisar a função administrativa do Estado.

CAPÍTULO II

Teoria jurídica do acto administrativo

O acto administrativo forma-se em torno dos seguintes elementos:

Energéticos ou de propulsão:

Toda a norma jurídica precisa para se movimentar de factos ou volições. Só assim se constituem os actos jurídicos, dinamizadores da regra objectiva.

A manifestação de vontade, no acto administrativo, pode juridicamente ser do Estado ou das outras pessoas colectivas, ou ainda de particulares, de terceiros.

A declaração de vontade das pessoas de direito publico é feita por intermedio dos seus órgãos.

Os particulares tambem podem crear situações jurídicas a seu favor, e, nessas condições, exercem direitos subjectivos d'ordem administrativa. E' o que succede todas as vezes que usam de serviços publicos ou que com as pessoas colectivas publicas tenham, por exemplo, contractos.

Não é problema facil o distinguir muitas vezes nos individuos se os direitos que exercem, são seus ou do Estado, isto é, se os tem, em nome proprio, ou como órgãos do Estado. Se o direito se converte numa apropriação, ainda que momentanea, individual, mas

directa do serviço publico para satisfação das suas necessidades, estamos em face d'um direito pessoal, subjectivo. Se, pelo contrario, não ha essa apropriação, e os poderes concedidos são para o exercicio d'uma função, não ha direito subjectivo.

A exposição do criterio é mais facil do que a pratica. O direito eleitoral, em si, não é subjectivo. Mas o direito á qualidade de eleitor tem natureza subjectiva, porque d'ai adveem vantagens para o individuo que a goza. Em geral, os direitos á qualidade de órgão não são objectivos.

Além dos órgãos normaes nas pessoas colectivas, ha outros que adventiciamente as representam, vg. a hipotese do art. 182 da Lei 88, de 7 de agosto de 1913.

Mas porque não definimos os actos administrativos como sendo exclusivamente praticados pelas pessoas colectivas publicas por intermedio de seus órgãos?

Não é só o Estado isolado que realisa os seus fins por intermedio dos seus órgãos, são, como vimos, os particulares que provocam muitas vezes a realisação d'actos juridicos administrativos.

Conceber os fins do Estado, realisaados só por ele, era quebrar toda a realidade social, abstrair dos individuos a quem se destina a acção do Estado.

Na introdução, destrinçamos na vontade três tempos volitivos a saber: a deliberação, a decisão e a execução.

A execução é que propriamente constitue a declaração de vontade, a sua exteriorisação.

A deliberação e a decisão são processos internos de volição, e formam um conjuncto que podemos denominar — determinação da vontade.

A decisão interna volitiva pode ter um valor moral, mas não deve produzir nenhuma consequencia juridica.

O direito não pode ater-se ás manifestações internas da volição, só a sua exteriorisação é que elle deve prevêr.

Já demonstrámos que o direito não protegia a vontade *qua tal* e que só a protege, quando ella se determina na defesa dos interesses, salvaguardados pela norma objectiva.

Só a vontade declarada interessa no mundo juridico.

Proteger a intenção seria reduzir o direito á moral e crear a mais perigosa instabilidade nas relações juridicas.

Nem a doutrina da declaração de vontade leva a um formalismo exagerado, incompatível com as sociedades hodiernas.

Mesmo no direito romano os efeitos juridicos só se produziam, depois das palavras sacramentaes da estipulação, se as partes, quando as pronunciassem, tivessem pleno conhecimento que uma obrigação juridica ia surgir e que era sua intenção que assim fosse. (Gaius III, § 102).

O mesmo succede com a actual doutrina da declaração de vontade.

Esta doutrina da declaração de vontade que appareceu no código alemão pela primeira vez, na sua maxima consagração legislativa, começou a penetrar a jurisprudencia franceza, depois dos estudos notaveis de Saleilles e Dereux.

N'um artigo, publicado na *Revue Trimestrielle*, sustentam Hauriou e de Bezinc que a doutrina de declaração de vontade ha muito tinha já applicação no direito administrativo francês.

E comprehende-se que assim seja.

Os actos administrativos são principalmente praticados pelos órgãos das pessoas colectivas de direito publico. A vontade exteriorizada do órgão é que é social e juridicamente a volição da pessoa moral.

A determinação da vontade, d'ordem interna, é do suporte do órgão e não da pessoa colectiva, e como tal, nenhuns efeitos de direito deve produzir.

Podemos afirmar, portanto, que, no direito administrativo, outra doutrina sobre a vontade não pode ser aceita.

Para ter efeitos juridicos a vontade precisa manifestar-se na forma estipulada na lei. O formalismo vai-se reduzindo cada vez mais em direito privado, mas, nos actos administrativos, para segurança dos proprios governados, é necessario manter ainda um certo numero de exigencias formaes.

Uma vez exige-se que tome a volição, no acto administrativo, a forma de escriptura, outras de decreto, de lei, que a declaração de vontade conste d'actas, etc.

Outras exige-se apenas a forma escripta e, finalmente, ha actos administrativos em que as manifestações volitivas podem ser verbaes.

Outras mesmo em que o silencio da administração é tido como uma manifestação tacita de vontade.

Sob o ponto de vista volitivo, pode ser a volição causa eficiente, isto é, ella propria produzir dentro da or-

dem juridica efeitos não determinados pela regra objectiva, ou ser mera condição.

Pode uma só vontade produzir efeitos jurídicos, ou ser necessaria uma pluralidade de volições.

Podem essas volições ter objectivos e direcções diferentes e dar-se a figura contractual; ser successivas ou verificar-se ao mesmo tempo; apresentar-se sobre uma forma collegial, isto é, emergir d'orgãos organisados em collegio. Pode formar-se a vontade da pessoa colectiva pela maioria absoluta ou relativa dos membros nos orgãos collegiaes, exigindo-se ou não um certo *quorum*.

Finalmente, a volição pode tambem ser uma condição de efeitos jurídicos previstos pela lei ou pelos actos subjectivos.

Os factos materiaes produzem tambem efeitos jurídicos e dão lugar a factos jurídicos administrativos.

b) Competencia e capacidade.

Os orgãos das pessoas colectivas publicas teem competencia e só dentro d'ela os seus actos produzem efeitos jurídicos.

Os indivíduos tambem podem praticar actos administrativos, a lei marca-lhes a sua capacidade e, só nos limites d'esta, os actos que realisarem, são perfeitamente validos.

c) Função.

Os poderes facultados pela regra objectiva teem por fim immediato a realisação d'uma função social, e, quando o uso d'esses poderes seja feito em sentido di-

ferente da função, não podem produzir as devidas consequências de direito.

A competência dos órgãos administrativos tem, como função social a desempenhar, a gestão dos serviços publicos. Se usarem os suportes dos órgãos da sua competência para outro fim, ha desvio de poderes.

d) Efeitos juridicos.

Os elementos energeticos do direito podem produzir actos ou factos-condições e actos subjectivos d'ordem administrativa.

Exemplifiquemos agora as diferentes situações juridicas que podem crear-se no direito administrativo:

A nomeação dos funcionarios publicos é, geralmente, um acto-condição que, sob o ponto de vista volitivo, pode ser unitario ou plural. Se para integração d'um individuo n'uma função publica é necessaria tambem a sua vontade, é plural. Geralmente, succede até que a vontade da administração e do individuo, candidato a funcionario, são manifestadas sucessivamente, o que pode dar a impressão de que ha dois actos-condições, e, n'algumas legislações, de facto assim devem ser considerados.

Esse acto-condição produz duas séries de efeitos juridicos, um d'ordem geral, como a competencia, outro d'ordem prestacionaria, como o ordenado.

Os poderes que constituem a competencia, são d'ordem geral, organizados pela lei e tem que ser assim para se acomodarem á mutabilidade do serviço publico.

Pela nomeação fica o funcionario apto a receber

pelos serviços prestados o estipendio previsto na lei.

O direito ao ordenado adquire-se, independentemente da assinatura do que Duguit chama *états de traitement*. A prova é que se transmite este direito sem essa formalidade.

O direito ao ordenado nasce tambem, independentemente da remessa da folha dos vencimentos ao empregado para a assinar; este tem direito a essa prestação, mesmo sem a remessa das folhas de vencimento.

A lei é que criou essa situação de prestação. A vontade do funcionario que processa a folha é méra condição para seu legal pagamento, assim como a assinatura do funcionario é uma simples passagem de recibo.

Esta situação prestacionaria nasce da lei, as vontades e os factos por esta previstos, quando interveem, são méra condição.

O direito á aposentação é tambem um acto e factocção. Depende primeiro da qualidade de funcionario publico, depois, de certos factos materiaes, vg. anos de serviços, doença, idade, etc.

Por ultimo é a manifestação de vontade do aposentavel, requerendo a aposentação, que o coloca n'essa situação juridica de prestação.

A vontade aqui não foi causa eficiente, porque mesmo que, quizesse esta não produzia efeitos juridicos diferentes do que estão na lei.

A concessão de serviços publicos é um acto complexo ou mixto.

Por um lado é um acto regulamentar — estatue as condições em que o serviço publico deve ser organi-

sado — por outro ou é um acto subjectivo estatutario ou é contractual, se o concessionario intervem e manifesta a sua vontade.

Quando a administração estabelece as clausulas geraes da concessão, a declaração volitiva do concessionario é um simples acto d'adesão no que se refere á situação subjectiva estatutaria, e acto-condição, no que diz respeito ás clausulas regulamentares.

Os contractos para fornecimentos são geralmente actos subjectivos, porque criam efeitos juridicos que não estão previstos na lei.

A prestação do imposto resulta tambem de factos e actos-condições. Os factos são o valor da propriedade, etc., a manifestação de vontade é do agente que o liquida, mas não é eficiente, não pode originar outros efeitos senão os previstos na lei.

O emprestimo publico é um acto subjectivo, ou pelo menos tende para isso, sobretudo em materia internacional, contractual ou estatutaria; e, conforme a vontade de quem empresta, pode criar ou não todos os efeitos juridicos.

Geralmente realisa-se sobre a forma estatutaria e a vontade do crédor tem de submeter-se ás condições gerzes do emprestimo.

Podíamos indefinidamente multiplicar os exemplos e estamos convencido de que a nossa técnica muito melhor se presta a esse serviço, mas reservamo-nos para, com mais cuidado e já com mais experiencia, o fazer n'um outro volume, em que, depois de classificar os actos administrativos, os examinaremos em cada um os seus requisitos, e, portanto, a sua validade.

Os direitos subjectivos de protecção creados pelos actos administrativos são, quanto aos cidadãos, geralmente, de garantia, e, quanto ás pessoas colectivas publicas, directamente executorios. ¹

¹ O índice bibliografico não poude ser publicado n'este trabalho, por falta de tempo, vae no fim d'um outro tomo que prometemos para breve.

ÍNDICE

PREFÁCIO	XI
----------------	----

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO 1.º

O Direito

§ 1.º A norma jurídica estática

1. O problema do Direito	1
2. Noção do Direito.....	2
3. A regra jurídica internacional.....	26

§ 2.º A norma jurídica dinâmica

1. A norma jurídica dinâmica.....	28
2. O Direito subjectivo	51

§ 3.º Personalidade jurídica.....	67
-----------------------------------	----

CAPÍTULO 2.º

O problema do Estado

1. A personalidade jurídica do Estado.....	76
2. Distinção das funções do Estado	86

Da validade dos actos administrativos e regulamentares

PARTE PRIMEIRA

O acto administrativo

CAPITULO 1.º

Noção do acto administrativo

- | | |
|--|-----|
| 1. De algumas teorias sobre a função administrativa..... | 103 |
| 2. A nossa opinião sobre a função e actos administrativos. | 110 |

CAPITULO 2.º

- | | |
|--|------------|
| A teoria jurídica do acto administrativo... | 129 |
|--|------------|
-

Algumas correcções

Pág.	Linha	Onde se lê	Leia-se
xl	18	dependencia	dependencia
xxv	16	emanada	emana
1	4	Problema de direito	Problema do direito
4	6	laica	laicisa-se
8	27	as relações	relações
8	31	direito	direitos
12	9	a	a
12	27	torna-se	se torna
12	28	face	face
13	33	a	e a
14	10	a	o
15	26	solidariedade	da solidariedade
15	20	e economica	economica
16	31	interdependencia,	interdependencia
17	1	expensão	expansão
17	16	dispariedade	disparidade
18	3	direito	direito
18	26	são nos	são-nos
19	3	derijam	dirijam
19	14	distributiva	distributiva
19	16	distributiva	distributiva
19	18	de cada	de cada um
19	21	arimética	aritmética
20	6	suavisão	suavisação
20	8	interesse, colectivo	interesse colectivo
21	19	o <i>Anspruch</i>	a <i>Anspruch</i>
22	29	porque	por que
23	27	apresententem	apresentem
23	30	cuja a	cuja
24	12	Estado	estado
24	16	Jése	Jése
24	20	cuja a	cuja

Pag.	Linha	Onde se lê	Leia-se
94	31 e 32	perdularia	perdularia
24	34	sentimentos	, de sentimentos
25	7	do que	do que o que
25	15	fazer	realisar
25	22	destingue-se	distingue-se
27	3	do	de o
28	21	conformidade	conformidade
28	9	próprio	o próprio
31	1	Para nós	Para nós,
32	12	antecipamente	antecipadamente
34	21	vandade	vontade
34	28	a segundos	as segundas
35	6	incio	início
37	9	afecte	afecta
39	17	normativa,	normativa --,
42	9	contrato	um contrato
44	7	O estatutos	Os estatutos
49	25	sobre	sob
51	1	propositadamente	propositamente
51	8	apecto	aspecto
51	10	previlégio	privilégio
53	23	sobre	sob
56	33	do facto	de facto
57	32	constituiu	constituiu
58	7	seja a	seja o
59	27	Capitan	Capitán
60	17	Concentramos-nos	Concentramo-nos
61	4	ambito !	ambito.
68	17	salvaguardar	salvaguardar
69	12 e 13	protegido	protegido
72	25	constituiu	constituiu
80	23	limite do do	limite do
80	29	espocial	espacial
84	4	impõe	impõem
86	4 e 5	vontade	vontades
90	23	restricta, concreta e operações mate- riais praticadas,	restricta e concreta, e por operações ma- teriais, praticados,
92	26	como —	como
100	13	nolação	a violação
105	7	e que	que

Pag.	Linha	Onde se lê	Leia-se
105	13	considerar se	considerar-se
117	23	Dugui	Duguit
117	35	a destrinça	destrinça
119	14	abon trait	aboutirait
121	13	Greudole	Grenoble
128	22	proseguir	prosseguir
124	35	pag. 10:	pag. 10

A frase inserta nas linhas 31 e 32 da pag. 9 deve dar-se como escrita na linha 16 antes do período que abre por Fichte.

O «que» inserto na linha 13 da pag. xv deve ler-se na linha 12.

Desde pag. 18 a 50 os títulos nas cabeças de paginas pares devem ser substituídos por «A norma jurídica dinâmica».

De paginas 68 a 76 os títulos nas cabeças de paginas pares devem ser substituídos por «Personalidade jurídica».

A rapidez com que foi impresso este trabalho deixou passar algumas incorreções. Aos que nos lêrem, pedimos nos relevem esta falta, cuja culpa nos não cabe.
