

O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO E A DOCTRINA DE DUGUIT (*)

Moacir Lobo de Costa

CAPITULO I

I — O Tema que escolhemos para dissertação é vasto e empolgante. Envolve e suscita uma profusão de problemas de direito, à elucidação dos quais, juristas do maior renome dedicaram páginas substanciosas, fruto de profundas e demoradas elocubrações.

Por isso mesmo, dentro da angustia do tempo e da insignificancia de nossas aptidões, o presente trabalho escolar não pôde ter o desenvolvimento que era de se desejar.

Dará, apenas, uma idéia do que poderia ser, se tratado por outras mãos.

DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

II — A primeira imagem que nos acode à mente, ao simples enunciado do tema — direito público subjetivo — é a do eterno binomio *Homem e Estado*, a que, em última análise, se reduz todo o estudo do direito público.

Pondo-se, frente ao Estado, como um ser dotado de personalidade, isto é, de capacidade jurídica, o homem assume a qualidade de sujeito de direitos, quer de ordem privada quer de ordem pública.

A esse atributo da personalidade denomina-se direito subjetivo — “*facultas agendi*” — que é o poder de ação assegurado pela ordem jurídica.

Varias explicações foram buscadas pelos juristas para justificar esse direito.

(*) Trabalho apresentado no 1.º ano do Curso de Doutorado, em 1951 (Cadeira de “Direito Público e Teoria do Estado”).

Para WINDSCHEID o direito subjetivo é um poder da vontade concedido pela ordem jurídica. (1)

A doutrina do eminente pandetista, porém, é inaceitável, porque, não só a simples vontade individual é impotente para gerar direitos, como direitos há que se adquirem independentemente da vontade e sujeitos há desprovidos de vontade que não perdem por isso, a qualidade de titulares de direitos subjetivos (o menor, o louco, o ausente, o interdito).

VON IHERING vai fundamentá-lo no interesse.

Para ele, direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido. (2)

Não, porém, o interesse egoístico, que o indivíduo possa criar, arbitrariamente, com finalidade antisocial; mas, o bem da vida, a utilidade, dentro da ordem jurídica e conforme aos fins da sociedade. Porque o direito tem por fim assegurar as condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade.

O direito subjetivo será, então, a forma pela qual o direito em sentido objetivo assegura a proteção dos interesses da vida e dos bens necessários à sua conservação. (3)

Ter um direito equivale ao reconhecimento de que alguma coisa que existe para nós nos é assegurada pelo Estado.

Aprofundando a análise do direito subjetivo à luz da filosofia criticista, *Giorgio del Vecchio* separou nele dois elementos: um *interno*, que consiste na possibilidade do sujeito agir na conformidade do imperativo e dentro dos limites deste; e outro *externo* marcando a impossibilidade de ser impedida a atividade jurídica, e, dessa forma, para o sujeito, a possibilidade de reagir contra o impedimento. (4)

Ponto comum a todas as doutrinas é o reconhecimento de que o direito subjetivo e objetivo são idéias correlatas: um é poder, que o outro reconhece e regula, na fórmula exata de SPENCER VAMPRE. (5)

JELLINEK

III — Deve-se ao renomado professor de direito público de Heidelberg, GEORG JELLINEK, um livro famoso, inteiramente consagrado ao estudo dos direitos públicos subjetivos. (6)

(2) WINDSCHEID — *Diritto delle Pandette*, trad. Fadda e Bensa, I, § 37, nota 3.

(3) VON IHERING — *O Espírito do Direito Romano*, trad. de Rafael Benaion, Rio 1943, vol. IV, pg. 220.

(4) VON IHERING — *L'Évolution du Droit*, trad. Meulenaere, pg. 44.

(5) GIORGIO DEL VECCHIO — *Il concetto del Diritto*, 1912, pg. 99.

(6) SPENCER VAMPRE — *Da lesão enorme e do sujeito de direito*, S. P. 1918.

(6) GEORG JELLINEK — *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. de G. Vitagliano da 2.ª ed. alemã, Milano 1912.

Destacando-se da tendência dominante na Alemanha, JELLINEK, não só reconhece a existência de direitos públicos subjetivos, mas, assinala para eles uma extensão e funções que se podem qualificar de essenciais e determinantes, no campo do direito público.

Como agudamente observou V. E. ORLANDO, o livro de JELLINEK adquiriu um valor particular para os latinos, como um verdadeiro traço de união, preciosíssimo, entre as tendências políticas e científicas latinas e as germanicas. (7)

Com efeito, as tendências do direito público germanico, como é acentuado pelo próprio JELLINEK (8) — orientavam-se, a partir de GERBER, no sentido de restringir ao mínimo o reconhecimento da existência de direitos públicos subjetivos dos súditos do Estado.

A ausência de uma solução precisa para o problema, na obra de GERBER, deu margem a que se interpretasse a sua opinião, ora como favorável, ora como contrária à existência de direitos públicos subjetivos dos indivíduos contra o Estado.

Dai partiram LABAND e OTTO MAYER, em cujas obras o campo do direito público subjetivo é limitado ao extremo, e BARNHAK, JOHNER, GÖPPERT e outros que, sem se preocuparem com as consequências, negaram, substancialmente, o direito público subjetivo individual. (9)

O livro do professor de Heidelberg é, assim, uma reação contra a estatolatria que se iniciava na literatura do direito público alemão. Um ponto de equilíbrio, marcado pelo senso das realidades jurídicas, nas relações entre o indivíduo e o Estado.

Vejamos seus pontos fundamentais.

IV — Depois de examinar as teorias que fazem residir na vontade ou no interesse o conteúdo do direito subjetivo, JELLINEK demonstrou que, um exame mais profundo da essência do direito revela que não é a vontade abstrata, mas a vontade dirigida a escopo determinado que vem reconhecida e garantida, e que o movel da vontade não pôde, absolutamente, ser eliminado do conceito do direito.

A vontade é, porém, um meio, não um escopo para a finalidade, tanto do indivíduo, quanto do ordenamento jurídico. De onde a definição: “diritto subbietivo é la potestá di volere

(7) V. E. ORLANDO — *Diritto Pubblico Generale*, Scritti varii, Milano 1940, pg. 278 — (prefazione alla traduzione italiana dell' opera di Jellinek).

(8) JELLINEK — *Sistema*, pg. 6.

(9) JELLINEK — *Sistema*, pg. 7, nota 2.

che ha l'uomo, riconosciuta o protetta dall'ordinamento giuridico, in quanto sia rivolta ad un bene o ad un interesse". (10)

Vontade e interesse, ou bem, estão compreendidos necessariamente no conceito de direito subjetivo.

O poder de querer é o elemento formal, o interesse o elemento material do direito subjetivo.

Após haver firmado o conceito do direito subjetivo, JELLINEK passa a indagar qual seja o critério diferenciador dos dois direitos subjetivos, privado e público. Se a diferença consiste no elemento substancial ou no elemento formal. Ou se, entre as duas modalidades de direito subjetivo existe uma diferença tanto formal quanto substancial.

E conclui que, do ponto de vista formal, o direito público subjetivo consiste na pretensão jurídica — (direito de ação), que deriva da qualificação concreta da personalidade.

Quanto ao elemento material, o interesse, por isso que os interesses individuais se distinguem em interesses constituídos predominantemente de escopos individuais e em interesses constituídos predominantemente de escopos gerais, o interesse individual reconhecido como constituído predominantemente de escopos gerais constitui o conteúdo do direito público.

Pelo que, com respeito ao elemento material, o direito público subjetivo é o que cabe ao indivíduo — *por causa da sua qualidade de membro do Estado*.

Ainda, pelo fato de ser membro do Estado, o indivíduo é qualificado sob diversos aspectos. As possíveis relações que se podem estabelecer entre ele e o Estado, colocam-no numa série de condições juridicamente relevantes. As pretensões jurídicas que resultam dessas condições são os chamados direitos públicos subjetivos.

Por força da sua qualidade de membro do Estado o indivíduo se encontra numa pluralidade de relações de "status".

Em consequência da subordinação ao Estado, que forma a base de toda atividade estatal, o indivíduo, na esfera de seus deveres individuais, se acha no "status passivus", no "status subiectionis", do qual é excluída a autodeterminação, e, pois, a personalidade.

Uma personalidade absoluta do indivíduo, não subordinada, de qualquer maneira, à vontade do Estado, é uma concessão incompatível com a natureza do Estado, só encontrada na

(10) JELLINEK — *Sistema*, pg. 49.

mística personalidade pre-estatal das especulações do direito natural.

Mas, a relação entre o Estado e o indivíduo se estabelece de modo que um e outro aparecem como duas grandezas que se integram, alternadamente.

Com o desenvolvimento da personalidade individual diminui a extensão do “status passivus”, e, com isto, o campo do poder do Estado.

A historia politica moderna tem por conteúdo o constante desenvolvimento da personalidade individual e a correspondente limitação do Estado.

Como o poder do Estado é objetivamente limitado, pois, se exercita sobre pessoas que não estão em tudo e por tudo subordinadas ao Estado, porque são livres, e, nessa qualidade, desfrutam de um “status” em que são senhores absolutos, ha uma esfera livre da interferencia do Estado, uma esfera que exclui o “imperium”.

Esta é a esfera da liberdade individual, o “status negativus”, o “status libertatis”, na qual os escopos estritamente individuais são atingidos mediante a livre atividade do indivíduo.

Mas, a atividade do Estado é exercitada no interesse dos súditos. Quando o Estado reconhece no indivíduo a capacidade jurídica de pretender que o poder estatal se empregue em seu beneficio, enquanto lhe dá faculdade de se utilizar das instituições estatais, quando, em uma palavra, concede ao indivíduo pretensões jurídicas positivas, o Estado está reconhecendo-lhe o “status positivo”, o “status civitatis”, que se apresenta como o fundamento do complexo das prestações estatais no interesse individual.

A atividade do Estado, contudo, só é possível mediante a ação individual. Quando o Estado reconhece no indivíduo a capacidade de agir por conta do Estado, promove-o a uma condição mais elevada, mais qualificada, à cidadania ativa, que é o “status ativo”, “status active civitatis”, no qual o indivíduo é autorizado a exercer os chamados direitos politicos, no seu restrito significado.

Nestes quatro “status”, o passivo, o negativo, o positivo, o ativo, se resumem as condições em que pode se encontrar o indivíduo como membro do Estado.

Prestações ao Estado, liberdade do Estado, pretensões junto ao Estado, prestações por conta do Estado.

Estes quatro “status” formam uma linha ascendente. No principio, o indivíduo, porque é levado a prestar obediência ao

Estado, aparece privado de personalidade, depois, esta lhe é reconhecida numa esfera livre da intervenção do Estado, ainda, o próprio Estado se obriga a prestações para o indivíduo, e, finalmente, a vontade individual é chamada a participar do exercício do poder estatal, podendo até mesmo investí-la de “imperium”.

Além do “status subiectionis”, puramente passivo, que não gera direitos individuais mas, apenas, deveres, as outras três ordens distintas de “status”, a que correspondem os diferentes direitos subjetivos do indivíduo, “constituem os limites jurídicos da soberania” (11)

Eis, num resumo imperfeito, a doutrina de JELLINEK.

V — Outros escritores de grande merito, como SANTI ROMANO (12) e *Maiorana* (13) se ocuparam do problema dos direitos públicos subjetivos.

A todos, porém, sobrepuja, pela originalidade dos conceitos, a teoria do mestre a quem MIGUEL REALE chamou o “*sutil* autor do Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos”. (14)

CAPITULO II

LÉON DUGUIT

I — LÉON DUGUIT, o decano da faculdade de Bordeaux, tornou-se, pela sua doutrina, o campeão da luta contra os chamados direitos subjetivos.

Partindo da observação dos fatos e só neles procurando justificação para os fenomenos jurídicos, *Duguit* investiu decididamente contra a teoria do direito natural, esforçando-se por banir a metafísica do campo do direito.

Sua doutrina é eminentemente positiva e sua escola realista.

Aliás, ele mesmo confessou, em mais de um passo de sua vasta obra, a intenção de trasladar para o terreno jurídico os princípios da filosofia de AUGUSTO COMTE, de que era adepto.

As idéias mestras da sua construção científica e positiva do direito são muito simples e repousam em três observações de fato: a existência de indivíduos dotados de capacidade de querer

(11) MIGUEL REALE — *Teoria do Direito e do Estado*, 1940, pg. 231.

(12) SANTI ROMANO — *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, no “Primo Trattato di Diritto Amministrativo”, de *Orlando*, vol. I pgs. 108 a 220.

(13) MAIORANA — *La nozione del diritto pubblico subbiettivo*, Roma, 1904.

(14) MIGUEL REALE — *Fundamentos do Direito*, 1940, pg. 108.

e de agir; que se apresentam diferenciados em governantes e governados, aqueles dispendo de força bastante para impor sua vontade aos governados ligados todos, entre si, pelos laços da solidariedade e da divisão do trabalho social e pelo sentimento da justiça, de onde decorre a norma objetiva de direito, necessária em toda sociedade.

Esses os alicerces materiais da teoria, de que decorrem algumas consequências importantíssimas para o direito público.

Assim é que, partindo da observação daquelas realidades, DUGUIT concluiu por negar a soberania do Estado, a personalidade jurídica dos grupos, como sujeitos de direito, e a existência de direitos subjetivos, destruindo, dessa forma, os pontos essenciais do direito público.

A sua doutrina foi como que um terremoto, abalando os fundamentos do edifício do direito público.

Para ele, não existe o Estado, como entidade autonoma, como pessoa jurídica de direito público. Mas, apenas, governantes, ou seja, homens que exercem o poder e impõe sua vontade aos governados, pela força.

O Estado são os homens que governam. O poder méra questão de fato. Dai a negação da soberania como poder jurídico.

A soberania, como direito público subjetivo, é, para ele, uma noção metafísica sem conteúdo real, assim, como a personalidade jurídica do Estado.

Só o homem tem capacidade para o exercício dos direitos.

Só os homens que se encontram à testa do governo são titulares do poder de mando, que, apoiado pela força, deve ser exercido de conformidade com as normas do direito objetivo.

Não ha direitos subjetivos, quer públicos quer privados.

O direito é um só: a norma objetiva, de formação espontânea, anterior e superior ao governo e que se impõe, igualmente, a todos os homens, governantes e governados.

O reconhecimento dos direitos individuais e das pretensões que os indivíduos possam ter junto ao governo, dependem, sempre, da norma objetiva. Esta, como regra de direito, surge da solidariedade que entrelaça os homens e do sentimento de justiça que a cimenta.

II — Expostas, assim, em síntese ligeira, as principais idéias do constitucionalista francês, vejamos, mais de perto a sua opposição ao direito público subjetivo, que interessa ao assunto deste trabalho.

Assinale-se, desde logo, a raiz filosofia de sua posição.

Escreveu DUGUIT: “O homem vivendo em sociedade tem direitos; mas, estes direitos não são prerrogativas que lhe per-

tencem, por ser homem; são poderes que lhe pertencem porque, sendo homem social, ele tem um dever a cumprir e deve ter o poder de cumprir o seu dever. Vê-se que se está longe da concepção do direito individual. Não são os direitos naturais, individuais, imprescritíveis do homem, que fundamentam a regra de direito que se impõe aos homens vivendo em sociedade. É ao contrário, porque existe uma regra de direito que obriga cada homem a cumprir uma certa função social, que todo homem tem direitos que têm, assim, por princípios e por medida a missão que ele deve desempenhar.”

Esta noção do direito fundado sobre a idéia do dever, como ele mesmo declarou, foi bebê-la na Política Positiva, de AUGUSTO COMTE, onde está escrito — “Nul ne possède plus d'autre droit que celui de faire toujours son devoir”. (1)

No combate acirrado que moveu às teorias que proclamavam a existência de direitos públicos subjetivos, é constante a preocupação filosófica de DUGUIT, no sentido de afastar as cogitações metafísicas do campo do direito, para só admitir as indagações de base positiva.

Sua aversão pela metafísica e pelo direito natural perpassa toda sua vasta obra.

Ao lado dessa atitude filosófica, não seria difícil descobrir-se um sentimento de fundo patriótico, na reação doutrinária e dogmática contra os excessos da teoria subjetivista que, do outro lado do Reno, conduziam à hipertrofia do Estado Soberano.

Respondendo à crítica de ESMEIN, que qualificára a sua doutrina de “abstração germanica”, e afirmára que a negação da soberania, como direito subjetivo do Estado, conduz à onipotência da força, DUGUIT esclareceu: “Esmein oublie que les théoriciens par excellence de la souveraineté droit subjectif de l'Etat sont les juristes allemandes et que c'est par là qu'ils se sont efforcés précisément de donner un fondement juridique à l'omnipotence de l'Etat, à son pouvoir sans limite à l'intérieur, à sa volonté de puissance et de conquête à l'extérieur. Il est vrai qu'Esmein prétend que ma doctrine est une abstraction germanique, voulant dire par là qu'elle s'inspire directement des doctrines allemandes.

Je proteste énergiquement. Ma doctrine est, au contraire, le contre-pied des théories allemandes et le livre, où je l'ai exposée pour la première fois, “l'Etat, le droit objectif et la loi positive”, 1901, a été écrit en réponse au livre de Jellinek, “System der öffentlichen subjektiven Rechte”, 1892. La doctrine allemande

(1) LÉON DUGUIT — *Manuel de Droit Constitutionnel*, 1923, pg. 13.

du droit public est exclusivement subjectiviste. Elle fait de la puissance publique un droit subjectif dont l'Etat personne est le sujet. Ma doctrine est essentiellement objectiviste; je nie la puissance publique conçue comme droit subjectif; je nie la personnalité de l'Etat conçue comme sujet de droit; je ne reconnais à l'Etat qu'une puissance de fait dont l'objet et l'étendue sont déterminés par le droit objectif et je prétends que par là seulement on peut arriver à fonder sur des bases solides la limitation de l'Etat par le droit". (2)

Vista por esse aspecto, a doutrina de DUGUIT provocou aplausos até mesmo de autores que discordavam de seus fundamentos teóricos.

"À afirmação violenta da doutrina alemã: todo direito público é subjetivo, M. DUGUIT respondeu por esta outra afirmação violenta: todo direito público é objetivo. Ele firmou sua força em seus sentimentos liberais e constitucionais; porque a doutrina alemã da "Herrschaft" "é essencialmente administrativa e antiliberal" escreveu MAURICE HAURIUO. (13)

Para firmar sua tese de que não existe direito subjetivo, DUGUIT começou por analisar e refutar as varias teorias propostas por Windscheid, Von Ihering e Jellinek, referentes à vontade, ao interesse e à vontade e interesse conjugados, como sendo o conteúdo do direito subjetivo, para concluir que nenhuma delas dava uma explicação satisfatoria e convincente, à luz da realidade jurídica.

Ao contrário, os fatos estavam a indicar que, em condições determinadas pelo direito objetivo, abriam-se vias de direito tendentes a garantir aos individuos certas vantagens que, em vez de constituirem os chamados direitos subjetivos, criavam para os individuos situações jurídicas em face da lei.

E, certo de haver destronado o direito subjetivo dos individualistas, DUGUIT substitui-o, teóricamente, pela situação jurídica, que pôde ser objetiva ou subjetiva, (4).

A situação jurídica subjetiva do individuo, em face do direito objetivo, cria para ele não um direito mas uma obrigação, a obrigação de contribuir para o progresso da solidariedade social.

A passagem do subjetivismo para o objetivismo jurídico forma a característica essencial da evolução jurídica, durante o primeiro quarto do seculo XX, escreveu ele. (5)

(2) LÉON DUGUIT — *Traité de Droit Constitutionnel*, 3me ed. 1927, vol. I pg. 549.

(3) M. HAURIUO, em Duguit, *Traité*, I pg. 550.

(4) L. DUGUIT — *Traité*, I § 29, pgs. 307 a 315.

(5) L. DUGUIT — *Traité*, I pg. 24.

III — O binomio Estado-Homem serviu de assunto para as treze conferências que proferiu, logo após a grande guerra de 1914, na Universidade de Columbia, em Nova York, publicadas, depois, em volume sob o título “Soberania e Liberdade”.

Reafirmando, com uma coerência digna de nota, os pontos cardeais de sua doutrina, a despeito da critica formidável que sofrera da parte de juristas do maior relevo internacional, DUGUIT revelou, de público, que a sua luta contra a soberania, a personalidade jurídica do Estado e os direitos subjetivos, era não apenas jurídica, mas, sobretudo filosófica e, também, patriótica. Visava não só o direito individualista, mas a metafísica da teoria do Estado, dos juristas alemães, responsável pela hipertrofia do Estado Alemão que degenerára na hecatombe. (6)

Soberania e liberdade, alfa e omega do direito constitucional!

A doutrina de DUGUIT, desenvolvida através de uma dezena de livros, principiando pelo “L’Etat, le droit objectif et la loi”, de 1901, para culminar com a 3.^a edição do “Traité de Droit Constitutionnel”, de 1927, um ano antes de sua morte, pôde ser resumida nesta fórmula: nem o Estado é soberano nem o indivíduo livre, mas ambos, entrelaçados pela solidariedade e imbuidos do sentimento de justiça, estão subordinados ao direito objetivo, norma anterior e superior aos homens, que emerge da vida social para garantir a existência e o progresso da sociedade.

CAPITULO III

CRITICA

I — A doutrina de DUGUIT despertou o mais vivo interesse entre os juristas: fez escola, conquistou adeptos do porte de GASTON JÉZE, o administrativista; mas, de outro lado, foi objeto de criticas severas e ponderados reparos.

FRANÇOIS GENY, o grande mestre de Nancy, após o exame demorado e profundo a que submeteu a doutrina de DUGUIT, revelou a inconsistência jurídica das suas principais proposições, bem como a fraqueza da sua base filosófica. “Le positivisme étroit, auquel Duguit semble vouloir rester attaché, et qu’il nous présente comme répondant seul aux exigences de l’esprit moderne, n’est plus aujourd’hui qu’un moment largement dépassé.” (1)

(6) L. DUGUIT — *Soberania y Libertad*, trad. de José Acuña, Madrid, 1924.

(1) F. GENY — *Science et technique en droit privé positif*, 1922, tome II

A negação da soberania e da personalidade jurídica do Estado levou MAURICE HAURIUO a chamá-la de “anarquismo de cátedra” (2), e ESMEIN já assinalára que “La négation du droit de souveraineté n’a qu’un résultat bien clair, c’est d’affirmer le règne de la force, le droit de la force seule à créer des gouvernements. C’est le fait mis à la place du droit” (3); remate identico o do nosso SAMPAIO DORIA: “Por fim, ainda que se quizesse adotar esta concepção, quem seria o arbitro da regra de direito, segundo a qual devem agir os governantes? Sem duvida, eles mesmos, porque, si o não forem, já não seriam os mais poderosos. A força vitoriosa seria, pois, o arbitro único da legitimidade do Estado, todo poderoso, autolimitante, arbitro de si mesmo, o subjetivismo do poder mais acabado e mais autoritário. E assim cairíamos naquilo mesmo, que DUGUIT mais se esforçou por contrariar e repelir”. (4)

Quanto à negação dos direitos subjetivos e sua substituição pelos deveres sociais que decorrem da situação jurídica subjetiva, *Harold Laski* observou: “La négation des droits subjectifs, par Duguit, est plus terminologique que réelle. J’ai, dit-il, l’obligation de contribuer de toutes mes forces au progrès de la solidarité sociale. Ensuite, il énumère les conditions requises afin d’obtenir la contribution pleine et entière à ce but. Une analyse exacte révèle que la liste qu’il établit est une liste de conditions nomées droits dans les autres systèmes.

La seule différence qu’on peut découvrir dans leur caractère est que Duguit les rattache à un but qui réside en dehors de l’individu, tandis que dans le système classique on considère l’individu comme un fin, en conséquence, on établit que les droits coexistent à la personnalité.” (5)

OCTAVIAN IONESCU deu um balanço nos escritos, que vieram a lume, consagrados à doutrina de DUGUIT sobre o direito subjetivo, demonstrando a procedência das criticas dirigidas contra a doutrina, e concluiu, ele próprio, que “Le progrès de l’humanité est basé sur le développement de la personnalité de chacun. Et seul le droit subjectif peut aider ce développement par le

pg. 265 — ver nos tomos II, pgs. 191 a 272 e IV pgs. 159 a 213, o estudo crítico integral da doutrina de Duguit.

(2) M. HAURIUO — *Principes du droit public*, 1910, pg. 79.

(3) ESMEIN — *Droit Constitutionnel*, 1927, I pg. 52.

(4) A. SAMPAIO DORIA — *Problemas de Direito Público*, 1919, pg. 72.

(5) HAROLD LASKI — *La conception de l’Etat de Léon Duguit*, em “Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique”, nrs. 1 e 2, de 1932, pg. 127.

fait qu'il nous assure un complet épanouissement de l'activité personnelle." (6)

Folgamos de poder encerrar este capítulo com prata da casa.

Por ocasião da morte de DUGUIT, ocorrida em 18 de setembro de 1928, CLOVIS BEVILAQUA dedicou algumas páginas ao estudo do direito subjetivo, em memória do mestre, cuja doutrina analisou e refutou, produzindo um pequeno ensaio que, pela profundidade e segurança dos conceitos, constitui o melhor trabalho da nossa literatura no assunto.

Depois de acompanhar a DUGUIT na exposição e crítica das varias teorias formuladas para explicar a natureza e o conteúdo do direito subjetivo, o civilista emerito passa a apresentar sua própria opinião.

Para ele, a razão está com VON IHERING. Subjetivamente considerados, os direitos são interesses juridicamente protegidos. E esclarece: "O poder de ação, assegurado pelo direito, que o limita e disciplina, tem por conteúdo o interesse, que é o estímulo da atividade individual, interesse economico, do proprietario, do comerciante, do credor, do herdeiro; interesse moral nas relações de família, nas investigações científicas, nas realizações de arte, nas afirmações da dignidade, exercício da caridade em todas as formas da cultura humana."

"É obvio que esse interesse, que o direito protege, ha de estar, forçosamente, de acordo com as necessidades sociais; e, como tais necessidades variam com a civilização, o valor juridico do individuo cresce com o desenvolvimento cultural da sociedade."

"Eis aí o que é o direito subjetivo: é um interesse do individuo, que, por se achar em harmonia com a vida social, o direito protege. É como se lê em DERNBURG, a porção dos bens da existência que cabe a uma pessoa, na sociedade humana."

"Não é noção, que se possa eliminar da doutrina jurídica. Ela é necessaria à construção lógica do direito e corresponde a um dos elementos constitutivos da ordem jurídica. Sem o direito subjetivo, a norma jurídica seria um mecanismo sem um dos seus motores, ou seria modo de organizar a vida em comum para escravos do Estado e não para homens livres ou cidadãos." (7)

CONCLUSÃO

O problema do direito público subjetivo conduz ao da possibilidade de um ordenamento juridico em geral, pois, como afir-

(6) OCTAVIAN IONESCU — *Léon Duguit et le droit subjectif*, em "Archives de Philosophie", nrs. 1 e 2, de 1932, pg. 277.

(7) CLOVIS BEVILAQUA — *Direito Subjetivo*, em "Opusculos" III, pg. 33.

mou JELLINEK, sem direito público não ha direito privado; para garantir o reconhecimento, o desenvolvimento e a atuação de qualquer direito é indispensavel uma organização estatal de defesa, operando segundo normas jurídicas, ou seja, uma organização de direito público. (8)

Mas, não é só. Os direitos públicos subjetivos constituem os limites necessários ao poder do Estado.

“Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir”, escreveu MONTESQUIEU.

E, as declarações dos direitos do homem e das correspondentes garantias, inscritas nas constituições, são os limites impostos pelo direito ao poder público do Estado, para assegurar a vida e o desenvolvimento do homem na sociedade.

Negar os direitos públicos subjetivos é negar a evidência, a realidade da ordem jurídica retratada pelo direito constitucional

Disse-o, o grande ORLANDO:

“Poichè discutere si può sinchè si vuole, ma non so davvero come possa disconoscersi che tutti le costituzione moderne implicitamente, e molte tra esse esplicitamente, si fondano, per l'appunto, sull'esistenza dei diritti pubblici subbiettivi!” (9)

(8) JELLINEK — *Sistema*, pg. 12.

(9) V. E. ORLANDO — *Diritto Pubblico Generale*, Milano, 1940, pg. 280.