

O *POPULUS* COMO SUJEITO DE DIREITO
E A NOÇÃO MODERNA DE PESSOA JURÍDICA

Maria do Carmo Seffair

Myriam Benarrós

Centro Universitário Ceuni-Fametro

RESUMO

O presente trabalho trata das soluções práticas adotadas pelos juristas romanos no que tange à concepção teórica e o regime operacional unitários do agir voluntário de uma pluralidade de homens, em particular no que concerne ao *Populus*. É bastante frequente encontrarmos em doutrina a utilização do termo *Populus* no sentido de Estado, mas teriam os romanos conhecido a figura abstrata de pessoa jurídica? Ou estamos diante de uma transposição indevida de uma categoria moderna à experiência jurídica romana. É o *Populus* uma pessoa jurídica à qual imputarmos direitos e deveres? Podemos assimilá-lo ao conceito moderno de Estado? Ou a jurisprudência romana, ainda que admitisse o *Populus* como titular de direitos e obrigações, não o considerava uma pessoa jurídica, conceito abstrato desconhecido aos romanos, mas elaborou soluções diversas para o agir voluntário de um conjunto de homens?

PALAVRAS-CHAVES: *Populus*, Pessoa Jurídica, Estado, Sujeito de Direito.

ABSTRACT

The present work deals with the practical solutions Roman jurists adopted regarding the unitary theoretical conception and operational regime of the voluntary actions of a plurality of men, particularly concerning the Populus. In legal doctrine, it is relatively common to find the utilization of the term Populus as synonymous with State, but would the Romans know the abstract image of a legal Entity? Or are we facing an undue transposition of a modern category to Roman legal experience? Is the Populus a legal Entity to which we impute rights and duties? Can we assimilate it into the modern concept of the State? Or did not Roman jurisprudence, even if admitting the Populus as possessing rights and duties, regard it as a legal Entity, an abstract concept unknown to the Romans, elaborating various solutions for the voluntary actions of a group of men?

KEYWORDS: *Populus*, Legal Entity, State, Subject of rights.

Maria do Carmo Seffair / Myriam Benarrós

SUMARIO: 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: O PROBLEMA DO MÉTODO. 2. A DESMATERIALIZAÇÃO DO CONCEITO DE *POPULUS*. 3. A CONCEPÇÃO DO *POPULUS* NO DIREITO ROMANO. 3.1. A teoria da *persona ficta* e a noção de 'Estado romano'. 3.2. A concretude do conceito de *Populus*.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: O PROBLEMA DO MÉTODO

No início do ano 1900 o Império alemão promulga o seu primeiro código que ab-roga a legislação justinianeia, tornando-se um texto autônomo de interpretação e de estudo para a jurisprudência. A consequência desse evento foi o distanciamento, cada vez mais acentuado, dos «civilistas» em relação aos «romanistas», os quais não se preocuparam mais em adaptar os textos jurídicos romanos às diversas condições modernas. Os estudiosos de direito romano passam a analisar as fontes com novos olhos e a partir de um ponto de vista crítico-reconstrutivo, através de uma crítica filológica-textual dos textos do *Corpus iuris civilis*, buscam reconstruir um ideal direito romano clássico, detectando as eventuais interpolações dos bizantinos.

No século xx, verifica-se a plena consciência dos romanistas de que o estudo do direito romano está intimamente ligado a um processo de contextualização histórica da experiência jurídica romana. A romanística do século passado se distancia do modelo metodológico pandectista para assumir um paradigma de pesquisa que possa conjugar a perspectiva técnico-jurídica a uma historização da matéria.

Nesse quadro, insere-se a suposta contraposição entre o método histórico e o método dogmático no estudo do direito romano. A polêmica doutrinária sobre a licitude do uso de categorias modernas no estudo do direito romano se desencadeia a partir do discurso de E. Betti ao assumir a cátedra de instituições de direito romano na Universidade de Milão, em 14 de novembro de 1927. As noções que devem ser abandonadas no estudo de um direito histórico são somente aquelas alheias ao objeto estudado. A separação a ser feita é entre dogmas particulares e específicos do direito positivo moderno e conceitos dogmáticos que embora elaborados na idade moderna ou próximo dessa, sejam susceptíveis de utilização visando-se a uma correta compreensão da ordem jurídica estudada¹.

No que concerne à metodologia a ser adotada é importante, então, que se tenha cuidado em não aplicar à experiência jurídica romana conceitos modernos

¹ E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in AG.99 (1928) pp. 129-150 (=G. LURASCHI -G. NEGRI, *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna* (Como 1996) pp. 25-83.

O *populus* como sujeito de direito e a noção moderna de pessoa jurídica

abstratos, tais como 'Estado' e 'Pessoa Jurídica'. Neste sentido de grande importância a lição de P. Catalano quando trata da problemática das 'pessoas' (físicas e jurídicas) no direito romano. Observa P. Catalano que devido à concretude do pensamento jurídico romano «o antigo direito romano serve, ainda uma vez, para criticar radicalmente o direito contemporâneo, para liberar-nos das incrustações conceituais e da rede de abstrações que levaram nossa sociedade “progredida” a considerar “pessoa” a *Anstalt*, mas não *qui in utero est*»².

Quanto às soluções adotadas, na prática, pelos juristas romanos no que concerne à concepção teórica e regime operacional unitários do agir voluntário de uma pluralidade de homens, podemos dizer que a romanística do século xx, totalmente absorvida pela polêmica *Historisierung - Aktualisierung* do direito romano, História *versus* Dogma, não nos fornece nenhuma resposta. Os escritos fundamentais de R. Orestano sobre a 'pessoa jurídica' no direito romano, certamente, contextualizam historicamente o problema, sustentando a não admissibilidade da noção de 'pessoa jurídica' na experiência jurídica romana, pois, se é verdade que não faz sentido discorrer acerca da 'pessoa jurídica', em abstrato, porque é noção da qual podemos falar somente em relação às experiências em que ela opera, apreciando-a, paulatinamente, a partir dos modos através dos quais ela é regulamentada em um determinado ordenamento e configurada na respectiva ciência jurídica, também não faz sentido partirmos de uma noção de 'pessoa jurídica' no estudo de um direito do passado. Qualquer que seja o nosso entendimento, trata-se de uma noção que nos leva a uma problemática, aquela do 'sujeito de direito', que pertence à experiência moderna e que não pode ser sobreposta a ordenamentos diversos daqueles no âmbito dos quais se formou e aos quais é inerente³.

No século xx, a ciência jurídica romanística afirma a impossibilidade de utilização do conceito de 'pessoa jurídica' na análise das *universitates*, mas, não chega a individuar a solução romana ao problema do agir unitário de uma pluralidade de homens e do seu *modus operandi*.

² P. CATALANO, *As raízes do problema da pessoa jurídica*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 73 (julho-setembro/1995) p. 54.; cf. P. CATALANO, *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema Romano I* (Torino 1990) pp. 13-188; pp. 195-215.

³ R. ORESTANO, «Persona» e «Persone Giuridiche» nell'età moderna, in L. Peppe (Ed.), *Persone giuridiche e storia del diritto* (Torino 2004) p. 71.

2. A DESMATERIALIZAÇÃO DO CONCEITO DE *POPULUS*

Segundo P. Catalano as noções de povo e, portanto, de público e, logo, de privado, mudam profundamente na época contemporânea devido àquilo que ele denomina processo de ‘abstração’ através da elaboração da categoria jurídica de ‘pessoa jurídica’ por parte da Escola Histórica.

O *populus* se torna no direito romano-germânico uma ‘pessoa jurídica’, um ente abstrato, i.e., o ‘Estado’, uma realidade separada e contraposta aos indivíduos (os homens; os privados), que exercita o próprio poder efetivo, somente, mediante pessoas físicas concretas: os seus representantes⁴.

Observe-se que essa noção de ‘povo’ não é inventada pela Escola Histórica ou pela Escola Pandectista do século XIX⁵. A desmaterialização do conceito de *Populus*, que com os canonistas se torna uma *persona universitatis*, já vinha ocorrendo há alguns séculos, mas o que devemos sublinhar é que tal desmaterialização do conceito de *Populus* nunca foi atribuída, antes da elaboração pandectista, à experiência jurídica romana.

⁴ Contra a concepção de *Populus* correspondente ao ‘Estado’ se contrapõe a tese de Pierangelo Catalano que sustenta que o *populus* não é um ‘Estado’ porque não é uma ‘pessoa jurídica’ e a sua vontade não se manifesta através de ‘representação’. Ver P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites* (Torino 1974) pp. 43-47; pp. 105-107; ID., *Diritto e Persone* cit. pp. 166-172.

⁵ A Escola Histórica foi um movimento de pensamento, surgido na Alemanha no final do século XVIII e começo do século XIX, tendo como máximo teórico F.K. von Savigny, que defendia uma concepção do direito como produto da história dos povos. Influenciada pelo romantismo, defendia a necessidade de um estudo científico do direito, concebido não como um *quid* imutável (conforme a visão do Jusnaturalismo), mas como produto da vida dos povos, por isso em constante transformação e evolução. O direito enquanto direta expressão da consciência jurídica de um povo não pode ser cristalizado em um código destinado a produzir efeitos no tempo, pois o direito nasce e se desenvolve espontaneamente; mesmo antes de se tornar uma norma jurídica escrita, o direito se firma no *animus* popular como *consuetudo* ou *modus agendi*. A Escola Histórica devido às suas premissas teóricas foi contra a codificação do direito reputando que o dever do legislador fosse somente aquele de eliminar os obstáculos que impedem um desenvolvimento natural das instituições. Contudo, foi a partir da construção doutrinária da Escola Histórica que se originou a Escola Pandectista, cuja aspiração foi a criação de um sistema preciso em que o material jurídico fosse submetido a um processo de abstração que favorecesse as generalizações de categorias e conceitos mais extensos, como dogmas jurídicos. A Escola Pandectista se propunha à construção de uma teoria sistemática do direito privado fundada nas fontes romanas, no *Corpus Iuris Civilis*; essa efetuou uma recuperação formal do texto de Justiniano que constituiu fonte formal do direito alemão até o final do século XIX. A construção pandectista influenciou enormemente na codificação alemã. Nesse quadro se insere a utilização da categoria jurídica de ‘pessoa jurídica’ que aparece do *Bürgerliches Gesetzbuch* (promulgado em 1900), mas não consta do texto do Code de Napoléon (promulgado em 1804).

O *populus* como sujeito de direito e a noção moderna de pessoa jurídica

No que concerne ao nosso problema jurídico, o da concepção teórica e do regime operacional unitários do agir voluntário de uma pluralidade de homens, observamos que esse se situa entre o direito ‘público’ e o direito ‘privado’. Usamos as aspas para evidenciarmos que a ideia de separação entre o direito público e o direito privado é moderna, pois a concepção romana vê o *ius* como um todo único, sendo público e privado somente as *positiones studii*⁶; a *positio studii* de «*ius publicum*» e a *positio studii* de «*ius privatum*» não são entidades independentes que podem ser essencialmente unidas e desunidas, mas são visualizações de um todo único, inseparável⁷.

Neste diapasão, põe-se uma problemática de caráter metodológico quanto ao problema jurídico posto e a individuação das soluções dadas pela doutrina romanística nos últimos dois séculos.

O século XIX foi no campo jurídico de inovações. A Escola Histórica, não obstante algumas convergências com a Escola do Direito Natural (com efeito, ambas possuem tendências sistemáticas e dogmáticas) introduz figuras jurídicas e conceitos absolutamente inovadores que irão constituir verdadeiros dogmas na ciência do direito do século XX. F.K. von Savigny, de pronto, impõe-se à atenção e dá início à construção de um sistema atual do direito romano (*System des heutigen römischen Rechts*). No campo do direito público se destaca Th. Mommsen que no prefácio da sua obra *Römisches Staatsrecht* estabelece um programa para a ciência do direito público, com o propósito de superar os divergentes graus de avanço entre o direito privado e o direito público. Th. Mommsen aplicará ao direito público a experiência pandectista, i.e., a aplicação ao direito público de conceitos fundamentais (*Grundbegriff*), gerais e abstratos, *in primis* a categoria jurídica de ‘pessoa jurídica’⁸.

Elemento caracterizador da visão do direito romano dos juristas alemães do século XIX é o fato de que a Escola Histórica, e posteriormente a Escola Pandectista, não se interessava ao ‘direito romano’, mas ao ‘direito romano atual’ (*das heu-*

⁶ D. 1,1,1,2 (*Ulp. 1 inst.*): *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim [...] – São duas as posições deste estudo: o público e o privado. Direito público é o que se volta ao estado das res Romanae, privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais. Pois alguns são úteis publicamente, outros particularmente. [...]. Ver Digesto de Justiniano, ‘liber primus’: introdução ao direito romano, trad. port. de H. M. F. Madeira, 7 ed., São Paulo, RT, 2013, pp. 19 s.*

⁷ G. LOBRANO, *Per la comprensione del pensiero costituzionale di J.J. Rousseau*, in G. LOBRANO-P.P. ONIDA (Eds.), *Il principio della democrazia. Jean Jacques Rousseau du Contrat social (1762)* (Napoli 2012) p. 42.

⁸ ID., *Note su «diritto romano» e «scienze del diritto pubblico» nel XIX secolo*, in *Index 7* (1977) p. 66.

Maria do Carmo Seffair / Myriam Benarrós

tige *römische Recht*) na medida em que era direito vigente na Alemanha do século XIX⁹. Para que possamos compreender as soluções aplicadas pelos pandectistas ao nosso problema jurídico, ou seja, a concepção teórica e regime operacional unitários do agir voluntário de uma pluralidade de homens, é necessário lembrar que a ciência do direito até o século XVIII não tinha tido nenhuma dificuldade em considerar ‘relevantes’ situações juridicamente diversas daquela do homem às quais atribuir direitos e obrigações. As discussões doutrinárias podiam ser acerca de elementos específicos de sua regulamentação, ou sobre o modo de se considerar as relações concernentes a tais situações, ou como conceber ou qualificar essas situações e as relações delas decorrentes, mas, nunca, sobre a possibilidade que, ao lado do homem, pudessem ser contempladas e regulamentadas situações diferentes dele¹⁰.

Releve-se que a partir do século XVIII, com a afirmação da ideologia do individualismo jusnaturalista, a perspectiva muda e se busca a correspondência entre o homem, como dado natural, e o homem-pessoa, como dado jurídico. A passagem de uma concepção tipicamente objetivista para uma concepção subjetivista se realiza, principalmente, no âmbito de uma elaboração sistemática das doutrinas gerais do direito privado, efetuada pelos juristas alemães, no final do século XVIII e no decorrer do século XIX¹¹.

Nesse quadro, punha-se o problema jurídico de como tratar uma pluralidade de homens que age unitariamente, podendo ser titular de direitos e obrigações, visto que a premissa era de que sujeito de direito poderia ser somente o homem com o poder da sua vontade.

A. Heise, como relata R. Orestano, no esforço de construir uma noção geral de sujeito, usa pela primeira vez a expressão «*juristische Personen*»¹². As ideias de A. Heise são retomadas por F.K. von Savigny que acentua o fato de que sem a vontade do Estado não surgem as ‘pessoas jurídicas’ como possíveis ‘sujeitos

⁹ Ver A. GUARINO, *L'esperienza di Roma* cit. p. 109: «Todos sabem quanto a contribuição do direito romano foi importante e profunda, mormente do *ius privatum*, para a formação dos direitos positivos das nações civis e para a formação da consciência jurídica da era contemporânea. Até o final do século IX o termo “romanista” correspondia àquele de “civilista” ou dogmático, pois, o estudo dos ordenamentos jurídicos privados modernos não podia prescindir do estudo do direito romano».

¹⁰ R. ORESTANO, «*Persona*» e «*Personae Giuridiche*» cit. pp. 10 ss.

¹¹ ID., «*Persona*» e «*Personae Giuridiche*» cit. p. 11.

¹² ID., «*Persona*» e «*Personae Giuridiche*» cit. pp. 20-21; cf. A. HEISE, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts* (Heidelberg 1839) § 98, n. 15, p. 25.

O *populus* como sujeito de direito e a noção moderna de pessoa jurídica

de direito'. As pessoas jurídicas são concebidas como 'sujeitos artificiais', criadas através de uma ficção jurídica, classificadas em 'corporações' e 'fundações'.

O instrumento da 'pessoa jurídica' é a solução dada ao nosso problema jurídico pela Escola Histórica e pela Escola Pandectista, uma pluralidade de homens age unitariamente na medida em que o Estado (pessoa jurídica por excelência) concede 'personalidade' a uma pluralidade de homens e o *modus operandi* prático é o mecanismo da representação da 'persona ficta'.

No que concerne ao direito público a aplicação de categorias abstratas, em particular da noção de 'pessoa jurídica', elaborada pela Escola Histórica no campo do direito privado, leva Th. Mommsen a afirmar que o *Populus ist der Staat, insofern er auf der nationalen Zusammengehörigkeit der Personen ruht*¹³, assim o conceito concreto de *Populus* se torna uma abstração, dissolve-se na noção de 'persona ficta'.

3. A CONCEPÇÃO DO *POPULUS* NO DIREITO ROMANO

O problema jurídico relativo à impossibilidade de se sobrepor o conceito de *Populus* ao conceito de Estado deve partir da necessidade de entendermos qual tipo de relação existia entre o *civis* e o *populus*. Seria o *populus* um todo de que o *civis* é uma parte ou, como sustentam alguns, o *populus* seria algo de diverso, e até de superior, do *civis*, com terminologia familiar e moderna, seria ele o Estado?

O significado de *civis* parece não apresentar discordâncias na doutrina romanística, contrariamente, o conceito de *populus* tem sido objeto de muitas discussões e contraposições. O problema deve ser inserido na análise histórica relativa à formação do conceito de 'pessoa jurídica', pois, comumente, afirma-se que o Estado é a pessoa jurídica por excelência.

3.1. A teoria da *persona ficta* e a noção de 'Estado romano'

Hoje entendemos por 'pessoa jurídica' todo ente diverso do homem ao qual o ordenamento jurídico reconhece a capacidade de direitos e de obrigações. Trata-se de uma pluralidade de homens que desenvolvem uma atividade associativa pré-determinada (corporações) ou um patrimônio destinado a um fim (fundações).

¹³ Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* III-1 (Leipzig 1887) p. 3.

Maria do Carmo Seffair / Myriam Benarrós

Observa V. Arangio-Ruiz que tais entes, presentes já na experiência romana, parecem contrariar a máxima, contida em D. 1,5,2 (*Herm. 1 iur. epit.*) *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*¹⁴. O autor, porém, interpreta o texto no sentido de que o direito serve somente para atingir os fins que o homem se propõe na vida social; tais fins não são, porém, necessariamente individuais, podendo ser atingidos no âmbito da atividade do indivíduo; existem fins humanos que podem ser atingidos somente com a atividade consociada dos homens¹⁵. R. Orestano concorda com a interpretação do romanista napolitano quando afirma que do testemunho de Hermogeniano podemos extrair, na realidade, somente, a constatação de que o direito existe em função da sociedade¹⁶. P. Catalano, por sua vez, insiste sobre a noção concreta de *homines* na máxima de Hermogeniano, afirmando, pois, que o texto não faz referência à sociedade, mas sim «aos *homines* indivíduos em sua pluralidade concreta»¹⁷.

O conceito de *homo/persona* foi objeto de muitas e diferentes considerações no decorrer das várias épocas históricas, transformações estas que desmaterializaram, através de um processo de antropomorfização, conceitos da *iurisprudencia* romana que mantinham, mesmo em época justinianeia, a concretude das figuras jurídicas elaboradas para regulamentar os *corpora* e as *universitates*.

Para que possamos entender a desmaterialização do conceito de *homo* devemos, primeiramente, entender que a ideia de um conjunto de homens ligados por um vínculo qualquer é muito antiga e que a nossa percepção de que esta realidade coletiva é posterior a uma realidade proeminentemente individual se deve a uma forma *mentis* decorrente das teorias jusnaturalísticas e evolucionistas. R. Orestano explica, a esse propósito, que foram as teorias contratualísticas, dos Sofistas até Rousseau, que nos levaram a pensar o desenvolvimento da história segundo um esquema que vai «do indivíduo à sociedade», do «singular ao coletivo», e as ideias evolucionistas nos condicionaram em considerar os processos históricos como algo que se desenvolve segundo o esquema biológico «do mais simples ao mais complexo»¹⁸. Na realidade se analisarmos os dados que possuímos relativos

¹⁴ Como, portanto, todo direito é constituído por causa dos homens [...] trad. port. de H.M.F. Madeira, *Digesto de Justiniano* cit. p. 63.

¹⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, ristampa 14 ed. 1984 (Napoli 2006) p. 66.

¹⁶ R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche* (Torino 1968) p. 104, n. 6.

¹⁷ P. CATALANO, *As raízes* cit. p. 41.

¹⁸ R. ORESTANO, *Il problema* cit. p. 82.

O populus como sujeito de direito e a noção moderna de pessoa jurídica

a sociedades primitivas constataremos que as primeiras sociedades se desenvolveram a partir de realidades coletivas. Desde a época romana mais antiga a vida dos indivíduos se desenrolava no âmbito de diversas organizações, começando pela comunidade romana que determinava a condição de *civis* de cada indivíduo até outros agrupamentos, tais como *gentes*, *familiae*, no âmbito ‘privado’; *tribus*, *curiae*, *exercitus*, no âmbito ‘público’. Fica claro, assim, que desde os tempos mais remotos os Romanos conheceram situações coletivas, que embora se assemelhem às nossas ‘pessoas jurídicas’ não podem ser tecnicamente consideradas tais no sentido moderno.

A expressão ‘pessoa jurídica’ não é de marca romana, mas uma criação moderna, na forma e no conteúdo. As fontes romanas usam o termo *persona*, mas até o século XVI sem uma particular conceituação, não lhe atribuindo qualquer valor técnico¹⁹. O termo indicava o homem como tal, sem nenhuma implicação jurídica (ver Gai. 1, 9: *...et quidem summa divisio...personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* – A suma divisão do direito das pessoas é esta, a saber, todos os homens são livres ou escravos²⁰); nos textos pós-clássicos notamos uma utilização mais conceitual que se aproxima da noção de ‘capacidade jurídica’ (Nov.Th. 17,1,2 (a.439): *servos...quasi nec personam habentes*). Na compilação justinianeia o termo ‘*persona*’ continua a ser usado de forma genérica e a jurisprudência medieval continuará a usar o termo segundo a mesma perspectiva, i.e., sem uma específica valoração jurídica²¹. Com efeito, a Glosa acursiana (em relação a, D. 3,4,7,1, *Ulp. 10 ad ed.*²²) afirmava: *universitas nihil est, nisi singuli homines qui ibi sunt* - A universalidade nada mais é, senão os indivíduos que aí se encontram.

Foram os canonistas os primeiros a elaborar a noção de *persona universitatis*, de *persona collegii* estabelecendo que *universitas est persona: universitas est quoddam individuum* (a universalidade é quase um indivíduo)²³. Coube a eles a criação da teoria das *personae fictae*. A antropomorfização não é, porém, completa, pois

¹⁹ ID., *Il problema* cit. p. 1.

²⁰ GAIO, *Institutas*, trad. port. de A. Correia, in A. Correia-G. Sciascia, *Manual de Direito Romano* II (São Paulo 1951) p. 21.

²¹ R. ORESTANO, *Il problema* cit. pp. 8 s.

²² D. 3,4,7,1 (*Ulp. 10 ad ed.*): *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent* — § 1.— Se algo se deve a uma corporação, não se deve a cada um de seus membros, nem aquilo que a corporação deve, pode ser debitado a cada um de seus membros.

²³ R. ORESTANO, *Il problema* cit. p. 11.

Maria do Carmo Seffair / Myriam Benarrós

Sinibaldo dei Fieschi dirá que o «capitulum», enquanto *nomen intellectuale e res incorporalis: nihil facere posse nisi per membra sua*²⁴.

Na opinião de R. Orestano o que diferencia as posições da ciência do direito, da romana até a do século XVIII, é o fato de não se ter tido dificuldade em considerar juridicamente relevantes situações diversas da do homem às quais atribuir direitos e obrigações. Tudo muda quando a partir do século XVIII a ideologia do individualismo jusnaturalístico busca fazer coincidir o *status hominis naturalis* e o *status hominis civilis*, alegando-se que cada homem seria de per si titular de 'direitos subjetivos', todos decorrentes da sua *potestas voluntatis*²⁵. Até o século XVIII qualquer coletividade a qual se imputassem direitos e deveres era vista objetivamente, a ciência do direito não tivera quaisquer problemas em considerar situações diversas do homem juridicamente relevantes. O ponto de vista dos juristas era objetivo, preocupavam-se com a regulamentação das relações internas e externas de tais coletividades. O cenário, porém, muda quando sob a influência do individualismo jusnaturalista e da sempre maior afirmação das teorias liberais, a ciência jurídica tenta fazer coincidir o *status hominis naturalis* e o *status hominis civilis*, a noção de homem como dado naturalístico com a noção de pessoa como dado jurídico²⁶. Passa-se de uma concepção objetivista do direito a uma concepção subjetivista. O sistema jurídico foi totalmente articulado entorno do *subiectum iuris*, expressão que não indica mais aquilo que se encontra submetido a uma regulamentação objetiva, mas somente o ser pensante, titular de direitos que lhe pertencem como predicados da sua existência, i.e., o 'sujeito de direito', qualidade exclusiva do homem²⁷.

Se a premissa do novo raciocínio jurídico era essa, como explicar a imputação de direitos e obrigações a algo diverso do homem e inserir no sistema, assim concebido, as situações coletivas (pessoais ou patrimoniais) como titulares de direitos?

No início do século XIX, A. Heise tenta construir sistematicamente uma noção geral de 'sujeito de direito' e, pela primeira vez, usa a expressão 'pessoa jurídica' para unificar sob um único conceito tudo aquilo que além dos homens é reco-

²⁴ SINIBALDUS DE FLISCO, *In quinque libros Decretalium* (1570), Tit. XXXIX *De Sententia excommunicationis*, Caput LXIII, p. 564: «quia capitulum, quod est nomen intellectuale et res incorporalis, nihil facere potest, nisi per membra sua». Disponível in https://works.bepress.com/david_freidenreich/46/

²⁵ R. ORESTANO, *Il problema cit.* pp. 16 ss.

²⁶ R. ORESTANO, *Il problema cit.* p. 16.

²⁷ ID., *Il problema cit.* p. 17.

O populus como sujeito de direito e a noção moderna de pessoa jurídica

nhecido em um Estado como 'sujeito de direito', tendo esse, necessariamente, um substrato que pode ser constituído de agrupamentos de homens ou de agrupamentos de bens²⁸. F. K. von Savigny, reelaborando as ideias de A. Heise, na obra *Sistema do direito romano atual* (1840), afirma que sem a vontade do Estado as pessoas jurídicas não poderiam ser consideradas 'sujeitos de direito'. Mantendo o princípio jusnaturalístico de que todo direito subjetivo existe por causa da liberdade moral inerente a cada homem, ele assevera que o conceito originário de 'pessoa' como 'titular' ou 'sujeito de direitos' deve coincidir com o conceito de homem, já que *cada homem singular, e somente o homem singular é capaz de direitos*; ele admite, porém, que esta capacidade pode ser estendida pelo direito positivo a alguma coisa diferente do homem, i.e., às 'pessoas jurídicas', entendidas como 'sujeitos artificiais', criados com base em uma simples ficção, que se distinguem em «corporações» e em «fundações». Assim sendo, F.K. von Savigny, partindo do texto de Hermogeniano (D. 1,5,2, *Herm. 1 iur. epit.*): *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*. Como, portanto, todo direito é constituído por causa dos homens, afirma que o conceito primitivo de pessoa, ou seja, de sujeito de direitos deve coincidir com o conceito de homem. Todavia esse conceito primitivo de pessoa pode através do direito positivo ser submetido a modificações, limitativas ou extensivas. Pode-se, em primeiro lugar, negar a alguns homens, no todo ou em parte, a capacidade jurídica. Pode-se, em segundo lugar, estender a capacidade a qualquer outro ente, diverso do homem singular, e, assim, artificialmente formar-se uma pessoa jurídica²⁹.

A noção de pessoa jurídica é construída para que tenha relevo somente no campo do direito privado, afirma-se que somente às relações de direito privado poder-se-ia aplicar a noção artificial de capacidade jurídica das pessoas jurídicas.

No entanto, as doutrinas juspublicistas alemãs passaram a utilizar tal noção no campo do direito público. Atente-se, por outro lado, que já Hugo Grotius, no *De iure belli ac pacis*, havia tratado do Estado como um *corpus morale*; Thomas Hobbes se referia ao Estado, na introdução do *Leviatã*, como uma *persona*

²⁸ A. HEISE, *Grundriss* cit. pp. 25 ss.

²⁹ F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts* (1840), trad. it de Vittorio Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale II* (Torino 1888) pp. 1 ss. Ver também P. CATALANO, *Diritto e Persone* cit. pp. 170 ss.

*artificialis*³⁰. Os publicistas, portanto, apropriam-se do conceito pandectístico de ‘pessoa jurídica’ e fazem da ‘personalidade’ do Estado a base de toda a construção do direito público; o ‘sujeito-pessoa jurídica-Estado’ passa a ser o ponto central na construção do sistema de direito público a partir do final do século XIX e início século XX, assim como no campo do direito privado o sistema é construído ao redor do ‘homem-sujeito de direito’³¹. O Estado é um ‘sujeito de direito’ dotado de uma própria vontade unitária, uma ‘pessoa jurídica’ capaz de direitos e deveres, aliás, a ‘pessoa jurídica por excelência’³².

O maior processo de antropomorfização de situações jurídicas coletivas diversas do homem (às quais atribuir direitos e deveres) se reforça, principalmente, a partir do século XIX, quando se contrapõe, simetricamente, à pessoa física a pessoa jurídica e se afirma uma suposta ‘autonomia’ da ‘pessoa jurídica’, quase fosse essa uma realidade concreta; perde-se, assim, o valor originário metafórico³³.

A aplicação da noção de ‘pessoa jurídica’ ao conceito de Estado leva a doutrina publicista a conceber esse todo como mais importante que os indivíduos que compõem seu substrato pessoal, pertencendo ao todo-Estado a soberania nacional³⁴.

A utilização de tais construções, seja do ponto de vista do direito privado, seja do ponto de vista do direito público, comportaram uma série de erros de avaliação da realidade jurídica romana, em particular no que concerne à imputação de relações jurídicas de interesse geral no quadro da organização pública romana. A romanística dos séculos XIX e XX passa a aplicar a dogmática pandectística à experiência jurídica romana, cometendo desse modo um dos mais graves erros de método³⁵.

³⁰ T. HOBBS, *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil* (1651), trad. port. de J.P. Monteiro-M.B. Nizza da Silva, *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil* (São Paulo 1999) p. 27.

³¹ R. ORESTANO, *Il problema* cit. pp. 32-38.

³² ID., *Il problema* cit. pp. 32 ss.

³³ ID., *Il problema* cit. p. 39.

³⁴ ID., *Il problema* cit. pp. 38-42.

³⁵ Pois como leciona R. Orestano: «[...] a ciência do direito chegou, após um longo caminho, a reconhecer que não existe a “pessoa jurídica” como figura válida para todos os ordenamentos, em qualquer tempo e em qualquer lugar, pois, se está diante de situações que são consideradas pessoas jurídicas na media em que os diversos ordenamentos as consideram como tais e, portanto, nos limites e configurações determinadas pela sua regulamentação positiva;» e ainda «se é verdade que não faz sentido falarmos de “pessoa jurídica” em abstrato, porque é noção da qual podemos falar somente em

O populus como sujeito de direito e a noção moderna de pessoa jurídica

Se F.K. von Savigny foi o pai do sistema moderno do direito civil, Th. Mommsen foi o grande construtor do sistema moderno do direito público. No Prefácio do *Abriss des Römischen Staatsrechts*, o jurista alemão declara ser objetivo da obra: «ordenar em sistema os momentos essenciais do direito público romano»³⁶, proceder à sistematização do direito público, assim como F.K. von Savigny e seus discípulos tinham feito no campo do direito privado³⁷.

A utilização, na interpretação e compreensão da organização pública romana, de categorias construídas no âmbito do direito privado, no esforço de atualização do direito romano para o seu uso no XIX século (*System des heutigen Römischen Rechts*), tais como ‘pessoa jurídica’ e ‘representação’, são aplicadas por Th. Mommsen. O *populus* se torna imediatamente o Estado e o magistrado é o seu representante. Temos, então, uma perfeita correspondência com o esquema jurídico ‘pessoa jurídica’ e ‘representação’, indispensável essa já que se trata de uma *factio*.

A concretude do conceito de *populus*, conjunto de *cives* ou conjunto de vontades particulares, na visão mommseniana, dissolve-se na noção de ‘vontade geral’ representada pelo magistrado. A influência das teorias estatualísticas de cunho liberal é evidente, escreveu P. Catalano a propósito da concepção mommseniana: «Mommsen tendencialmente reduz a concreta pluralidade dos cidadãos à abstrata unidade do ‘Staat’, e o poder daqueles [magistrados] ao poder desse. Trata-se, em outras palavras, de uma expressão daquelas que Nietzsche denominará como “a mentira” do *Staat*». A vontade do Estado é juridicamente a vontade do *populus*, mas, na realidade, é aquela do seu representante³⁸.

relação às experiências no âmbito das quais ela opera[...], também não faz sentido partirmos de uma noção como aquela de “pessoa jurídica” para estudarmos um direito do passado». Ver R. ORESTANO, *Il problema* cit. pp. 74-78.

³⁶ Th. MOMMSEN, *Abriss des römischen Staatsrechts* (Leipzig 1893), trad. it. de P. Bonfante, *Disegno del Diritto Pubblico Romano* (Milano 1904) p. XVII.

³⁷ Observa P. Catalano que «Il campo della storiografia giuridica può dirsi dominato (a partire dagli ultimi decenni del secolo XIX) dalla costruzione dello *Staatsrecht* del Mommsen “*Populus ist der Staat, insofern er auf der nationalen Zusammengehörigkeit der Personen ruht*”: tale la perentoria affermazione del Mommsen, della quale è necessario chiarire i complessi motivi culturali e politici, che vanno oltre l'impronta liberale». Ver P. CATALANO, *Populus* cit. p. 42.

³⁸ ID., *Populus* cit. p. 44: «il Mommsen tende a ridurre la concreta pluralità dei cittadini alla astratta unità dello ‘Staat’, e il potere di quelli al potere di questo. Si tratta, in altre parole, di un'espressione di quella che il Nietzsche chiamerà la “la menzogna” dello ‘Staat’». No que concerne à posição de Nietzsche se trata, aqui, da famosa afirmação contida na obra *Assim Falava Zaratustra*: «Estado chama-se o mais frio dos monstros. Mente também friamente, e eis que mentira rasteira sai da sua boca: “Eu, o Estado, sou o Povo”».

3.2. A concretude do conceito de *Populus*

Th. Mommsen aplica ao *populus* uma categoria jurídica moderna, desmaterializando o conceito romano de *populus*, na medida em que o conceito adquire uma unidade conceitual através da abstração do conceito de ‘pessoa jurídica’, desvinculando-se do seu substrato real, a coletividade de homens. O *populus* não é mais *coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus* (Cic., *De rep.* 1.25³⁹), mas um ente ideal, uma *persona ficta*. Contra a construção mommseniana se posiciona R. von Jhering, na obra *Der Zweck in Recht*: «Se se compara o quadro oferecido pela antiga Roma [...] com a sombria concepção do estado produzida pelo absolutismo moderno e pelo estado de polícia dos povos da Europa moderna; se se pensa à separação total, aliás, à contraposição, nas relações entre os indivíduos e o estado, espantamos-nos diante da quase incrível diversidade de aspecto que pôde assumir a mesma relação. [...] O romano sabia que, como o Estado não é outra coisa que os seus cidadãos, também a *gens*, o *municipium* e a *colonia* nada mais são que os *gentiles*, os *municipes* e os *coloni*. A nossa ciência moderna ao invés de cada membro [...] leva em consideração a pessoa jurídica, como se esse ente somente pensado, que não pode gozar, nem sentir, tivesse uma existência autônoma»⁴⁰.

Assevera o romanista alemão que o Estado não está acima das *gentes* «Ele [o Estado] consiste nas *gentes*; o seu poder é apenas a soma dos poderes daquelas. Da mesma forma que a *gens* nada mais é do que uma relação de coordenação dos *gentiles*, assim, o Estado nada mais é do que um vínculo de coordenação das *gentes* isoladas»⁴¹.

R. von Jhering reputa que entre o ‘Estado’ e os cidadãos exista a mesma relação que entre a *gens* e os *gentiles*. O ‘Estado’ não é algo de diferente, *en dehors* e

³⁹ Cic., *De rep.* 1.25.39: ‘Est igitur’, inquit Africanus, ‘res publica res populi, *populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*’ – Então, disse o Africano, a república é a coisa do povo, O povo, pois, não é toda união de homens de qualquer modo associados, mas a agregação de uma multidão unida pelo consenso do direito e pela comunhão de uma utilidade comum [nossa tradução]

⁴⁰ R. VON JHERING, *Der Zweck in Recht* (Leipzig 1884), trad. it. de M. Losano, *Lo scopo del diritto* (Torino 1972) pp. 393-394.

⁴¹ ID., *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (Leipzig 1865-1866), trad. fr. O. de Meulenaere, *L’Esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, I, 2 ed. (Paris 1880) p. 207.

O *populus* como sujeito de direito e a noção moderna de pessoa jurídica

*au-dessus des citoyens*⁴². Os cidadãos são eles mesmos o 'Estado'; 'Estado' e povo são equivalentes. O 'Estado', como sujeito, é o conjunto dos *cives*: a *civitas*⁴³.

Nos anos sessenta, R. Orestano publica uma obra fundamental sobre as 'pessoas jurídicas' no direito romano. De forma detalhada o autor examina a existência ou não da *persona ficta* na experiência jurídica romana e no quadro dessa análise trata da questão do *populus*, procurando corrigir metodologicamente a apreciação do conceito. No capítulo III, ele anota que a pesquisa que busque no direito romano as 'pessoas jurídicas' ou os 'sujeitos de direito', diferentes do homem, nos conduziria, fatalmente, a um resultado negativo, pois que é certo que os Romanos não operaram com tais noções; ademais, a noção de 'persona' diversa daquela de 'homem' é construída na Idade Média e a noção de 'pessoa jurídica' surge em correlação com aquela de 'sujeito de direito'⁴⁴.

Os problemas concernentes à história das imputações de relações jurídicas no quadro daquela que genericamente se pode denominar a organização pública romana, da época da República àquela do Império absoluto, comumente são formulados fazendo-se referência ao 'Estado Romano' ou ao *populus Romanus*, concebido no âmbito da história constitucional de Roma, como sinônimo de 'Estado'. O problema jurídico da imputação de relações jurídicas a um conjunto de homens, politicamente organizados, não pode ser solucionado com a aplicação da noção de 'Estado', porque tal conceito não pode ser utilizado em relação à experiência jurídica romana, nem mesmo no que concerne às épocas em que a organização pública romana apresenta elementos que poderiam parecer-nos mais similares a situações que na experiência moderna usamos indicar com o termo 'Estado'. R. Orestano não nega que muitos conceitos fundamentais do direito público medieval e moderno tiveram origem em formas institucionais ou princípios da experiência romana e, geralmente, daquilo que usualmente se denomina 'pensamento clássico'⁴⁵. A utilização, em épocas sucessivas, de figuras elaboradas no seio da experiência romana e conhecidas através do *Corpus Iuris*, adaptadas às exigências de cada época, produzirá o fenômeno que conhecemos como «tradição romanística», não somente no que tange aos instrumentos jurídicos do direito privado,

⁴² ID., *L'Esprit* cit. p. 211.

⁴³ ID., *L'Esprit* cit. pp. 211-213.

⁴⁴ R. ORESTANO, *Il problema* cit. pp. 79 s.; ver também ID., *Azione. Diritti Soggettivi. Persone Giuridiche* (Bologna 1978) pp. 193 ss.

⁴⁵ ID., *Il problema* cit. pp. 185 s.

Maria do Carmo Seffair / Myriam Benarrós

mas também no que tange àqueles utilizados no direito público. Deve-se relevar que os termos, conceitos, regras e formas da tradição romanística podem parecer análogos ou até iguais àqueles da experiência de Roma, mas esses não o foram nem o são jamais, já que tais termos, conceitos, regras e formas adquiriram, paulatinamente, um valor diverso em cada contexto histórico que os reviveu de forma autônoma⁴⁶. Dessarte, quando nos propomos entender e vislumbrar a experiência romana é imprescindível despirmos os termos de significados adquiridos, posteriormente, através de construções doutrinárias funcionais a cada época e, principalmente, não devemos introduzir na experiência romana elementos alienígenas, como a noção de 'Estado'.

R. Orestano é particularmente atento às questões metodológicas, assim sendo, em relação à utilização do termo 'Estado', com todo o seu significado moderno, ele pontua que se no uso genérico da palavra 'Estado' se entende uma 'sociedade' ou uma 'comunidade', ou se tem a intenção de qualificar como 'Estado' «todo e qualquer agrupamento humano, sediado em um território, em que os mais fortes impõem a própria vontade aos mais fracos», ou se diz que «o fenômeno Estado ocorre todas as vezes que um agrupamento humano, sediado em um território, é submetido a um poder capaz de disciplinar a vida social», então, a palavra Estado pode referir-se a qualquer experiência e, portanto, também à experiência romana. Mas se à palavra 'Estado' corresponde aquele valor que na linguagem política e no direito veio se formando a partir do século xv e que indica uma série de estruturas complexas e típicas de ordenamentos gerais existentes na Europa e alhures, neste caso, então, não podemos empregá-la além dos limites das experiências a partir das quais esse valor adquire um significado específico e das quais é expressão. Através de uma progressiva «desmitificação» se chegou à afirmação indiscutível de que a noção de Estado, como qualquer outra noção jurídica, é historicamente condicionada e não pode ser generalizada *ad libitum*. No que concerne aos perigos desses procedimentos de generalização, tão comuns na historiografia jurídica, que levam

⁴⁶ Evidencia, ainda, R. Orestano que nos últimos contextos históricos o real 'import' de termos como *populus*, *res publica*, *imperium*, *potestas*, *auctoritas*, *iurisdictio*, *lex*, *ius publicum*, *ius privatum* e infinitos outros, que constituem a essência da nossa linguagem política, da idade média até os nossos dias, tem que ser individuado caso por caso, não tanto com referência à experiência romana que primeiramente os exprimiu (e no âmbito da qual, por outro lado, já foram submetidos a notáveis variações e mudanças, de época em época), mas a cada experiência que aos poucos os fez próprios. Ver ID., *Il problema* cit. pp. 186 s.

O *populus* como sujeito de direito e a noção moderna de pessoa jurídica

à aplicação e à antecipação de noções próprias de uma determinada experiência a situações históricas e experiências em relação às quais tais noções são absolutamente desconhecidas, é necessário que se tenha consciência de que essas noções além de serem símbolos da realidade e não a própria realidade, são sempre também representações de alguma forma imperfeitas e aproximativas e de que a imperfeição aumenta na medida em que as noções se tornam mais gerais, ou pior, quando noções surgidas no seio de uma específica experiência ou foram elaboradas no presente para colhermos, individuarmos, simbolizarmos determinados fatos são transportadas fora da experiência às quais se referem e para as quais foram criadas⁴⁷.

As expressões *populus*, *populus Romanus*, *populus Romanus Quirites*, *populus Romanus Quiritium* não implicavam «uma contraposição entre cidadãos e aquilo que nos denominamos ordenamento, tampouco nessas se manifesta o moderno conceito de ‘pertença’ do cidadão ao Estado, considerado como uma entidade abstrata e separada dos indivíduos sobre os quais exerce a sua soberania»⁴⁸. Intitular-se *civis* mais do que indicar um *status* em relação a um determinado ordenamento considerado distinto de seus membros, equivalia declarar-se parte constitutiva daquele *corpus ex distantibus* que era o *populus Romanus*⁴⁹.

⁴⁷ ID., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2 ed. (Torino 1961) pp. 415 ss.; ver também ID., *Il problema* cit. p. 188, n. 7.

⁴⁸ ID., *Il problema* cit. pp. 204-206.

⁴⁹ ID., *Il problema* cit. p. 206.

