

NORMA JURIDICA E DIREITO SUBJECTIVO

A Norma Juridica

E' incerto se as normas reguladoras da conducta individual, nos tempos primitivos, tinham um character objectivo ou simplesmente subjectivo, bem como até que ponto e de que fórma era exigida a sua observancia.

Affirma Del Vecchio que "a tradição e o costume dos antepassados envolvem inteiramente o individuo com sua grandissima auctoridade, acompanhando-o por toda a vida: moral, direito, religião ahi apparecem indistinctamente reunidos" (1).

Da massa confusa dos costumes foram surgindo e se differenciando as varias especies de normas sociaes (2).

(1) — GIORGIO DEL VECCHIO — *Lezioni di filosofia del diritto* — 1930, pag. 175.

(2) — Sobre a formação das normas sociaes, especialmente WILHELM WUNDT — *Voelkerpsychologie* — vol. 9.º, intitulado: *Das Recht*.

D'ahi o apparecimento do direito, da moral, simples costumes e religião, com naturezas relativamente distinctas, onde, entretanto, não se apagaram os traços communs, resultado inevitavel da identidade de origem.

Nessa especie de divisão do trabalho normativo, pois cada qual foi tendendo para terreno proprio, o direito foi se caracterizando pela sua natureza coactiva, porquanto assumiu o aspecto de condição de todas as outras, regulando as questões mais importantes da vida social, cuja existencia, com suas instituições politicas, deve precipuamente assegurar.

Assim, podemos dizer com Paulsen (3):

“Uma parte do costume, em certo grau de evolução, destacou-se do conjuncto das formas geraes de vida e de actividade e constituiu uma esphera autonoma de coacção social.”

Entretanto, se ordinariamente possui o poder publico a faculdade de impôr aos infractores a observancia das leis, mediante constrangimento material, este pôde faltar em determinados casos, e, até mesmo, em todo um ramo do direito como é o direito internacional publico.

Mas, a actividade normativa do direito não se circumscreveu, em sua evolução, a regular as relações de observancia imperiosa e necessaria para o convivio social, outras por elle regulamentadas, de natureza menos importante, foram surgindo, dispensando a imposição coactiva, embora pela sua correlação com os principios fundamentaes do direito objectivo não podessem ser abandonadas á

(3) — FRIEDRICH PAULSEN — *Einleitung in die Philosophie* — 21.^a ed. pag. 223.

moral ou ao simples costume, ambos sujeitos a incertezas e apreciações subjectivas que o direito menos facilmente apresenta, além de poder succeder o caso de serem indifferentes á materia.

Contrariamente, considerações de interesses sociaes, podem levar o legislador a retirar a acção de certas relações sem que, entretanto, percam o character juridico, como se observa nas chamadas impropriamente “obrigações naturaes”, que não se confundem com os deveres simplesmente moraes.

O que succede com o direito internacional publico, verifica-se tambem em materia constitucio-
nal, onde, nem sempre apparecem sancções para os deveres dos chefes de Estado.

Rigorosamente, ha uma transformação de coacção juridica ordinaria e organizada em um constrangimento de outra natureza, a revolução ou a guerra, sem duvida, soluções imperfeitas pela inexistencia de um órgão que substitua o poder publico na sua formação reguladora dos interesses em litigio, trazendo, não raro, o aniquilamento do lesado em vez do triumpho da lei (4).

De qualquer modo, percebe-se que a possivel existencia de uma coacção não repugna ás citadas hypotheses della desprovidas, pois, dotadas ou não de coacção, é sempre a norma juridica compativel com a mesma, para que tende naturalmente.

Quando falamos em coacção entendemos o constrangimento exterior e material, sentido normal da palavra em assumptos juridicos, não esquecendo porem que ao lado d'elle ha o receio dos homens de consciencia de incorrer no desagrado e na des-

(4)— PEDRO LESSA — *Estudos de Philosophia do Direito*
— pag. 434.

consideração social se praticarem certas acções que geralmente são reputadas reprovaveis e depreciativas de quem assim procede, quer sejam contrarias ás leis ou á moral, como o roubo, o adulterio e o desrespeito á velhice.

Como está claro, manifesta-se tambem no direito, mas não lhe é exclusivo, revelando-se nas outras normas sociaes para as quaes constitue a unica coacção admissivel.

Deve ser, entretanto, reconhecido como o baluarte da vigencia do direito, cujo respeito antes resulta da elevação da consciencia juridica do povo que de sancções auxiliares, apenas destinadas aos casos relativamente raros de infracções, podendo tambem actuar preventivamente como motivo contrario sobre certos individuos em suas tendencias anti-sociaes, mas nunca, por si só, manter a ordem, a paz e o equilibrio da collectividade.

Até certo ponto têm cabimento as seguintes palavras de um illustre adversario da coacção como caracteristico do direito: "Esta faculdade de coacção de que o direito vem acompanhado é uma qualidade de tal saliencia que nos leva facilmente a consideral-a como o verdadeiro caracter do direito e ter a coacção e o direito como correlatos.

Mas a coacção é dirigida contra as manifestações pathologicas da vida juridica, e com razão, foi a respeito referido que uma ordem juridica que para observancia da sua função tivesse de empregar a coacção em cada caso particular, repousaria sobre pés de barro" (5).

(5) — GEORG JELLINEK — *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* — 2.^a ed., pag. 54.

Na verdade, a ordem jurídica não se apresenta apenas com um aspecto dominador e repressivo, é antes de tudo educadora e conselheira, falando mais á razão e á consciência humana que conduzindo pelo temor das ameaças, excepcionalmente impostas aos transgressores (6).

Os autores ordinariamente accentuam em suas definições o character coercitivo, convindo citar, apesar de defeituosa a de Jhering:

“O direito é o conjuncto das condições existenciaes da sociedade coactivamente asseguradas pelo poder publico” (7).

(6) — FERDINAND BEGELSBERGER — *Pandekten* — pag. 59.

(7) — R. VON IHERING — *Der Zweck im Recht* — 4.^a ed., pag. 399 : Contra a definição de Ihering, Stammeler. — *Wirtschaft und Recht* — 2.^a ed., pag. 486, observa: Es ist uebersehen, das “die Gesellschaft” nicht erst vorhanden ist und nun durch das Recht “gesichert” wird; sondern das “Gesellschaft” hier nichts anderes bedeutet als: rechtlich verbundene Menschen: so dass das Recht hier nicht sowohl sichert, als vielmehr die Gesellschaft in der Erfahrung ueberhaupt erst konstituiert.

.....

Und es ist in den formalen Begriff des Rechtes noch gar nicht hineingehoerend, unzulaessig Beifuegung, dass das Recht die Lebensbedingungen der Gesellschaft sichere; das koennte bestenfalls als inhaltliches Ziel des Rechtes genommen werden, mit nicht aber zu dem formalen Begriff desselben zu ziehen sein, — dem ein bestimmtes geschichtliches Recht noch sehr wohl kongruent zu sein vermoechte, auch wenn es jener gestellten Aufgabe schlecht oder gar nicht in concreto nachkaeme.

Moral e Direito

Varias têm sido as tentativas para obter um criterio para distinguir o direito das regras da moral.

Celebre é a concepção de Kant segundo a qual o direito encara o lado externo de nossas acções, enquanto a moral penetra no fôro intimo dos individuos.

Assim, enquanto o direito se satisfaz com a conformidade das acções ás normas que as regem, a moral exige que a vontade seja determinada exclusivamente pelo respeito á lei, elevando, dessa fôrma o motivo da acção a supremo dever.

Tão extranha e formalista concepção da moral, a qual ignora os motivos altruisticos, bem mereceu o epigramma de Schiller (8):

Je fais du bien á mes amis: mais je le fais malheureusement par inclination naturelle, et je deplore ainsi souvent de ne pas etre vertueux.

Mais attenuada apparece a idéa em W. Sauer que, após combater o exagero de Kant, resolve a questão com a admissão de que a moral encara predominantemente o querer, enquanto o direito, preferencialmente, o agir, isto devido á natureza coercitiva deste ultimo (9).

Que ao direito não é indifferente o fôro intimo

(8) — F. STAHL — *Histoire de la Philosophie du Droit* — trad. francesa, pag. 192.

(9) — W. SAUER — *Lehrbuch der Rechts— und Sozialphilosophie* — pag. 218.

dos individuos já ficou demonstrado pelo character educacional attribuido ás normas juridicas, facto igualmente observado na influencia preventiva que as comminações e sancções legaes podem exercer como motivos contrarios ás tendencias antisociaes.

Ainda não é tudo: é falso e superficial considerar o direito como simplesmente interessado com o exterior dos actos individuaes.

Em materia de direito criminal sabe-se a importancia capital que o exame da intenção assume para a classificação dos crimes em dolosos e culposos, inclusive o caso particular do homicidio *praeter* intencional, para a distincção da premeditação ou *propositum* do simples *impetus*.

O motivo é investigado em todos os processos, dahi podendo resultar modificações da penalidade.

Assim, nos actos illicitos, sempre é tomado em consideração o elemento interno da acção.

O mesmo acontece nos actos juridicos quando occorrem os chamados vicios do consentimento, onde a vontade manifestada, eivada pelo erro, dolo ou coacção, não corresponde á verdadeira intenção do agente, e em todos os casos em que se joga com as noções de bôa ou má fé, como succede, por exemplo, em materia de posse e prescripção.

Algumas vezes, o direito vae mais adiante, envolvendo toda a personalidade individual, assim, quando exige ou presuppõe a regeneração do criminoso.

Depois de tão claras considerações, não é necessario insistir sobre o assumpto.

Entendem Merkel e Windscheid (10) que a moral estabelece apenas deveres, enquanto as relações jurídicas presuppõem a existencia de obrigações e direitos correspondentes: *Jus et obligatio correlata sunt*.

Entretanto, logicamente, não se concebe a possibilidade de um dever moral sem o referir a alguma pessoa diversa do obrigado.

E ninguém dirá que essa pessoa esteja em situação identica a um terceiro. Se não pôde exigir o cumprimento do dever moral, a impotencia resulta do character não coercitivo da relação que affecta os seus dois polos, activo e passivo.

Jellinek, repetindo uma concepção disseminada, diz que “o direito outra cousa não é senão o *minimum* etico”.

Essa theoria que é costume representar por dois circulos concentricos dos quaes o maior corresponde á moral e o menor ao direito, torna a distincção entre ambos apenas quantitativa.

Sem duvida as normas jurídicas, na sua maioria, apresentam um character etico, mas o direito não pôde ser indifferente a interesses de outra natureza, especialmente economicos, os quaes surgem na vida social e exigem uma regulamentação mui-

(10) — ADOLPH MERKEL — *Juristische Encyclopedie* — pag. 39; BERNARD WINDSCHEID — *Lehrbuch des Pandektenrechts* — 8.^a ed. de T. Kipp, vol. 1.

tas vezes contradictoria com os dictames da moral.

Dahi a possibilidade de conflictos entre as duas especies de normas dos quaes a Historia está cheia, factos estes que não seriam explicados pela theoria do "minimo etico".

Tem certo cunho de verdade, mas, apresenta igualmente evidentes exageros.

Do exposto, resulta que o direito é caracterizado pela compatibilidade, precisando melhor, tendencia para a coacção, o que não acontece com as demais normas sociaes, inclusive a moral, ás quaes repugna todo constrangimento material.

Exercendo todas as funcções normativas, isto é, regulamentadoras da conducta individual, no mesmo ambiente social, as suas relações, salvo os possiveis conflictos, é de cooperação e auxilio mutuo, reforçando os dictames do direito que, por sua vez, consagra as mais importantes dellas com a sua auctoridade.

Direito Natural, Racional e Historico

As normas juridicas que vigoram na sociedade e foram objecto de estudo anterior, constituem o direito positivo, o unico aliás, realmente existente.

Não o entenderam assim os partidarios do antigo direito natural quando presuppunham além des-

te um outro superior e perfeito, typo ideal de justiça, derivado da natureza.

A idéa, originaria da Grecia, onde Aristoteles distinguia o justo por natureza do justo por lei, vae ser encontrada em Roma, no *jus naturale*, e attinge maior expressão com Grotius, que lhe imprimiu character mais systematico, Hobbs, Locke, Pufendorff, Leibniz, Espinosa, Wolf e Rousseau no seu celebre livro "Contracto Social".

Premidos pelo ambiente politico da epocha, de injustiças e de despotismo, por uma exigencia psychologica, foi idealizada uma situação mais favoravel, onde os homens viviam felizes, livres e eguaes, mas, não identificados com o que fosse evolução e talvez, para dar á concepção uma auctoridade tradicional, suppuzeram um estado pre-social de que teriam sahido mediante um contracto colectivo ou social (11).

O facto não é inedito porquanto alem da crença da primitiva idade de ouro, temos a lenda christã do Paraizo terrestre donde o homem foi expulso por ter incorrido no peccado (12).

A idéa satisfazia perfeitamente ás tendencias revolucionarias dos patriotas francezes, pelo desprestigio que acarretava ás instituições e ao direito positivo submettidas a um confronto depreciativo com um direito modelar a que deveriam ceder e imitar.

Sobretudo, a hypothese do contracto social, fortalecia as prerogativas individuaes, pois, não

(11) — ICILIO VANNI — *Lezioni di Filosofia del Diritto* — 3.^a ed., pag. 257.

(12) — R. WORMS — *Philosophie des Sciences sociales* — 2.^a ed., vol. 1.^o, pag. 146.

sendo o Estado e o Poder publico senão uma resultante do accordo colectivo, certamente deveriam cessar em face de uma resolução contraria.

Vê-se, assim, que nenhuma theoria podia ser mais favoravel ao aneio de liberdade da epocha da revolução franceza, nem mais attentatoria e dissolvente das instituições politicas e da ordem juridica, alem de infringir á propria continuidade da historia com o pretendido retorno ao estado pre-social.

Com E. Kant, o velho direito natural já considerado anteriormente como um *dictamen rectae rationis*, soffreu uma correcção methodologica, tornando-se exclusivamente racional.

O direito apparece como um complexo de normas estabelecidas aprioristicamente pela razão na sua função pratica ou normativa.

De igual modo, em Kant, existe uma dualidade de direitos, o positivo e o racional, immutavel e universal, archetypo que serve de modelo para a reforma do positivo que é por elle tambem avaliado.

Ha aqui, como observa Vanni (13), uma con-

(13) — E. KANT — *Principes metaphysiques du Droit* — trad. francesa; VANNI — op. cit., pag. 265. Realmente, em toda sociedade pairam certas idéas moraes e religiosas, sentimentos de desigualdades economicas, ideaes juridicos e aspirações politicas, reflexos das condições materiaes e espirituas de cada povo, tendendo para a modificação e a reforma do direito positivo, de cuja natureza variavel, no tempo e no espaço, participam.

fusão de idéas existentes apenas na mente como facto psychologico, com entidades existentes fóra da mente humana, isto é, a transformação da idéa de direito em verdadeiro direito.

Kant, esquece, como ensina Binder, que além da natureza, existe outra parte da realidade que é o mundo da cultura, e sua concepção do direito concilia-se mal com a sua philosophia que presuppõe a experiencia e com o reconhecimento por elle de uma ordem juridica, do Estado e leis, os quaes pertencem ao mundo empirico (14).

O caracter universal e immutavel que imprime ao direito é inteiramente inaceitavel, desmentido pela historia a cada passo.

O direito, para elle, apresenta-se como “o conjuncto das condições em que o arbitrio de cada um póde coexistir com o arbitrio dos demais, sob uma lei universal de liberdade” (15).

Se a concepção moral, excessivamente formalista não estimulava á virtude, na definição do direito, podem caber os maiores absurdos, desde que o equilibrio se não venha romper.

Razoavelmente, censura Pedro Lessa: “O mesmo formalismo, a mesma vacuidade, domina a theoria juridica de Kant. Desde que tenhamos estabelecido preceitos universaes, que garantam o *modus vivendi* entre as liberdades dos individuos, temos firmado um regimen juridico. Ora, comprehende-se que dentro de um tal systema juridico cabem as mais grosseiras immoralidades” (16).

(14) — JULIUS BINDER — *Philosophie des Rechts* — 1929, pags. 61 e 65.

(15) — KANT — op. cit.

(16) — Op. cit., pag. 373.

Em opposição a Stammler, pensamos que o rigoroso racionalismo juridico de Kant, salvo questões de detalhes, representa um retrocesso em face do antigo direito natural, pelo abandono systematico de todo elemento empirico ou historico (17).

A escola historica, chefiada por Savigny, levantou-se contra as precedentes theorias do direito natural e racional.

Contesta que o direito seja um producto arbitrario do legislador, isto é, que as leis possam emanar exclusivamente do raciocinio individual, não admittindo outro direito superior ao positivo.

Este, apresenta-se como um producto natural e historico do espirito de cada povo, sob a fórmula do costume, de modo inconsciente e irreflectido, indissolvelmente ligado com os demais phenomenos da cultura.

A applicação do methodo historico e da idéa da evolução ao direito, cujo character nacional vem salientado, são conquistas que eternamente subsistirão apesar dos ataques até um certo ponto justificados, soffridos pela escola e os exageros em que incorreu na lucta com os seus adversarios.

Em primeiro logar, é necessario dizer que a formação e a evolução do direito, não se processa sempre do modo assim indicado, podendo ser algumas vezes o resultado de luctas e o triumpho de

(17) — R. STAMMLER — *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* — 3.^a ed., pag. 33.

idéas que se propagam e avassallam a consciencia publica.

Tambem nos povos que passaram a phase essencialmente costumeira e entraram no periodo da legislação, vemos que a formação do direito vae se tornando um trabalho tecnico de natureza cada vez mais consciente e reflectido.

Sem duvida, no primeiro momento, o papel do legislador quasi se limitava a condensar em leis os principios juridicos já em vigor sob a fórma consuetudinaria, emprestando-lhes assim mais clareza e fixidez.

Têm aqui, inteiro cabimento as palavras do philosopho F. Paulsen: "Desde esse momento é certamente, objecto de trabalho consciente, junto ao direito consuetudinario, nasce o direito escripto e finalmente nas grandes systematizações e codificações, percebe-se o direito como algo elaborado. Quem observa a coisa historicamente, nota, entretanto, que tambem aqui a elaboração não attinge á substancia do direito, á sua constituição integral, trata-se, no fundo, sempre apenas de uma incorporação systematizada do que é vigente e tradicional com pequenas adaptações opportunas ás condições variaveis da vida de cada povo" (18).

Com o evoluir do direito, nos povos civilizados, a intervenção legislativa se torna muito mais accentuada, cada vez mais tecnica, utilizando-se mesmo de experiencia historica e exemplos de outros povos, sem comtudo esquecer o ambiente em que as leis e instituições são creadas e devem vigorar.

Aqui, se o direito não apparece formado dire-

(18) — F. PAULSEN — Op. cit.

ctamente pelo povo como no consuetudinario, entretanto, são as exigências sempre nacionaes, não podendo ser contrariadas sem que se observe os resultados mais funestos como o descredito e consequente desuso das leis, alem da queda tumultuaria das instituições violentamente implantadas.

Podemos resumir: o povo elabora o direito por intermedio da experiencia e da cultura dos seus technicos.

O caracter nacional do direito é incontestavel.

Devemos, entretanto, fazer excepção do direito internacional publico que, destinado a regular as relações dos varios povos e nações, naturalmente deve apresentar uma natureza universal.

No campo do direito privado, encontramos certos ramos que apresentam pelo seu caracter economico, uma tendencia cosmopolita, como o commercial.

Tambem a civilização concorre para attenuar as differenças entre os direitos das nações pela influencia que as relações necessariamente exercem, mas, na sua substancia, guarda cada direito, especialmente o civil, sua feição nacional, reflectindo as tendencias, as idéas e os sentimentos communs da sociedade em que se formou.

Repetimos, sem inconveniente, com Savigny: “o direito cresce com o povo, civiliza-se com elle e extingue-se finalmente logo que o povo perde a sua individualidade” (19).

(19) — F. C. V. SAVIGNY—*Von Beruf unsrer Zeit fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, pag. 7. A escola historica contrariava as modificações bruscas do direito e das instituições, defendidas pelos revolucionarios francezes, pois, segundo se conclue de seus principios, o direito evolue e cresce

Extraordinaria é a idéa da correlação do direito com os outros productos da cultura.

A escola historica estuda o phenomeno juridico sem perder de vista o aspecto social do direito, que não póde ser encarado distinctamente da sociedade onde surgiu e vae se desenvolvendo juntamente com os demais phenomenos, em influencias reciprocas que revelam a unidade da vida social.

Póde-se dizer, com razão, que ella estudou o direito á luz da sociologia e da historia, sem incorrer nos exageros de concepção organicista da sociedade.

Direito Publico e Privado

A distincção do direito publico e privado já se encontrava nos juristas romanos.

Publico era todo o direito relativo ao Estado, privado aquelle concernente aos individuos, sendo assim a pessoa que intervinha na relação, decisiva para a classificação.

Em outro sentido era igualmente chamado *Jus Publicum* um grupo de principios juridicos que embora regulando relações individuaes, apre-

lentamente, concorrendo cada geração apenas com a sua quota na evolução juridica. Tambem na interpretação deviam ser attendidas, de preferencia á vontade do legislador, as condições historicas e sociaes que a determinaram. Sobre varios assumptos sociologicos, fundamentaes para uma exacta comprehensão do direito, podem ser consultados com proveito: JOAQUIM PIMENTA—*Sociologia e Direito* — e EUGEN EHRLICH—*Grundlegung der Soziologie des Rechts* — 2.^a ed., 1929.

sentavam um grande interesse colectivo, taes certos Institutos relativos ao direito de familia.

Segundo a concepção mais divulgada, devemos attender na classificação, ao interesse que a norma visa proteger, ao fim da lei, que tanto póde ter uma importancia geral como apresentar um valor meramente individual.

Sendo o interesse social ordinariamente tambem individual, pois não é possível separal-os precisamente, passou a predominancia deste ou daquelle a ser considerada decisiva, formula mais perfeita, embora não satisfatoria, abstrahindo mesmo da difficuldade em estabelecer claramente a predominancia nos casos concretos (20).

Convem distinguir a questão do interesse que uma norma juridica acautela, desta outra relativa á divisão do direito em publico e privado.

O interesse commum póde em certos casos, determinar que seja exigida a observancia necessaria de certas normas de direito privado.

Estas tambem, chamadas imperativas, *Jus Cogens*, são de ordem publica por affectarem alem dos individuos cujas relações regulam, de certo modo á collectividade que tem elevado interesse em sua observancia, mas não se confundem absolutamente com o verdadeiro direito publico, denominação algumas vezes usada para ellas, segundo o alludido precedente romano.

O caracter em que o individuo ou Estado é encarado na relação, é que assume magna importancia para a materia.

(20) — PIETRO COGLIOLO — *Filosofia del Diritto* — pag. 115; em valioso trabalho publicado na "Revista Academica", o prof. VIRGINIO MARQUES trata da materia com originalidade.

O Estado, por exemplo, apparece como sujeito de direito na ordem internacional e por outro lado, dentro das fronteiras, póde ser encarado como o titular da soberania.

Do mesmo modo que os particulares póde concluir contractos de natureza economica, facto que se verifica constantemente na vida diaria.

O mesmo se dá com os individuos que possuem direitos resultantes da sua qualidade de cidadãos, isto é, membros do Estado ou isoladamente como particulares.

Obedecendo a esse criterio, pertencem ao direito publico todas as normas que regulam as relações dos Estados entre si e constituem o direito internacional, as que tratam da organização e actividade do poder publico no exercicio do *imperium*, as que regulam os direitos dos individuos como membros do Estado tal o *Jus Suffragii* e outros principios que seria longo enumerar.

Por outro lado, quando o Estado contracta como qualquer particular ou os individuos são encarados isoladamente como simples particulares, ou membros de familia ou associação, temos rigorosamente direito privado, quer se trate de normas imperativas, tambem chamadas de ordem publica, ou não.

A distincção que abrange toda a ordem juridica ou direito objectivo tem influencia sobre os direitos subjectivos e se reflecte tambem nos meios de defeza pelos quaes se faz valer o direito ameaçado ou violado.

Não é a inserção de um principio em uma lei que lhe dá o character de publico ou privado.

Não é a fonte legal que determina a natureza do direito.

Assim vemos na Constituição Federal disposições referentes á propriedade ou dominio que re-cáem sobre cousas corporeas, objecto do direito civil, e tambem preceitos relativos a direitos sobre bens immateriaes como a marca de fabrica, de natureza mercantil, regida consequentemente pelo direito commercial.

Em confirmação do que fica exposto, vemos tambem que a não retroactividade da lei que entre nós é um principio constitucional, impondo-se tanto á União como aos Estados pelo art. 11 da Constituição Federal, foi reproduzida, com simples modificação de formula, no art. 3.º da introdução de nosso Codigo Civil.

Do Direito Subjectivo

Do complexo de normas que constituem a ordem ou organização juridica, reguladora das multipas relações que emergem da vida social, defluem naturalmente certos poderes em beneficio individual dos membros da collectividade.

E' a consequencia da solução geral e uniforme que a lei estabelece na collisão dos interesses, inevitavel na sociedade, onde se trava a lucta renhida pela existencia, nos seus mais variados aspectos.

E este poder que é conferido a uma pessoa, qualquer que seja a natureza do interesse que a ordem juridica assegura, constitue o direito subjectivo.

A applicação da norma geral ao caso concreto ou individual é o cunho do direito subjectivo, por-

que conforma a relação jurídica em benefício de um determinado sujeito ou titular do direito.

O direito subjectivo, por esta face considerado é um poder jurídico individualizado, como já foi definido por Adolf Merkel (21).

Não é portanto a simples vontade do individuo a predominar na sociedade, e sim a vontade geral, da qual a lei deve ser considerada a expressão, que firma um ponto de coincidência entre as duas vontades em benefício do individuo, mas tendo também em attenção o interesse da collectividade.

Foi certamente inspirado n'estas idéas que Kierulf (22) definiu o direito subjectivo como "a concreta unidade da vontade do Estado com a individual". A vontade individual, como poder de agir ou proceder, sempre foi accentuada na concepção do direito subjectivo.

Ainda que as denominações direito subjectivo e direito objectivo sejam de origem moderna, o pensamento que ellas encerram já vem da antiguidade.

A este respeito observa o illustrado professor Dr. Netto Campello (23): "E' verdade que fôram os jurisconsultos allemães que empregaram primeiramente as expressões *subjectivo* e *objectivo* applicadas ao direito, para distinguir o direito *faculdade* do direito *regra*; mas os romanos não ignoraram a noção subjectiva do direito, porquanto se

(21) — Op. cit., § 153. Sobre a materia em geral, interessam os livros de HERSILIO DE SOUZA: *Da posse — Novos Direitos e Velhos Codigos*.

(22) — *Theorie des gemain Civilrechts* — pag. 154.

(23) — *Direito Romano* — 3.^a ed., pag. 92.

achavam de posse dos principios philosophicos que serviam de base solida á jurisprudencia.

No sentido subjectivo a palavra *jus* indica a faculdade de agir, a possibilidade moral de fazermos alguma cousa, de exigirmos de alguém a pratica ou omissão de um acto de que tiramos vantagem."

Contra a inclusão da vontade na definição se insurgiu Rudolph von Jhering que, depois de algumas considerações sobre o fim do direito e a pessoa do destinatario, chega á conclusão de que "a noção do direito repousa sobre a garantia do gozo, direitos são interesses juridicamente protegidos" (24).

Para arredar a objecção, aliás infundada, de que incluire na definição o termo *juridicamente* que encerrava o definido, substituiu este jurisperito a primitiva definição pela seguinte: "Direitos são interesses legalmente protegidos".

Regelsberger, depois de haver reconhecido o merito de Jhering, observa que este, tendo combatido o ponto de vista unilateral da theoria tradicional, cáe na mesma falta relativamente ao interesse, ao fim do direito.

A essencia do direito, continúa Regelsberger, não consiste no fim, mas no poder para satisfação de um interesse reconhecido (25)

O notavel publicista Georg Jellinek (26) tambem entende que é impossivel excluir da noção do direito o elemento vontade.

(24) — *Geist des roemischen Rechts* — 3.^a parte, § 60.

(25) — *Op. cit.*, § 14.

(26) — *System des subjectiven oeffentlichen Rechte* — 2.^a ed., pag. 44.

Para elle o direito subjectivo é “a faculdade reconhecida pela ordem juridica sobre um bem ou interesse”.

A definição de Jhering e os fundamentos que elle invoca para a salientar e justificar estão sujeitos a muitas outras objecções que são omittidas para não se alongar este trabalho.

Ao direito subjectivo como poder ou faculdade relativa ao interesse protegido, corresponde necessariamente um dever que póde ser especial, de determinada pessoa, ou geral, sem determinação alguma, impondo-se a todos o dever de respeitar o direito alheio.

E' sobre a natureza de semelhante dever que repousa a vulgar distincção entre direitos relativos e direitos absolutos.

Direitos relativos são os de credito porque conferem ao credor o poder ou faculdade de exigir de uma determinada pessoa, o devedor, a satisfação do direito, o cumprimento da prestação a que está sujeito, o pagamento, em summa, da obrigação.

Absolutos são aquelles que não estabelecem uma relação de credito e debito, que, ao contrario, asseguram ao respectivo titular uma situação moral ou economica que todos devem respeitar.

Absoluto é portanto o dominio ou propriedade, como absolutos tambem são todos os outros direitos reaes.

Mas, porque todo direito real é absoluto não se deve inferir que todo direito seja igualmente real.

Direitos ha, de natureza economica, como os auctoraes, que são absolutos mas não são reaes, porque não recáem sobre cousas ou objectos materiaes.

Outros direitos, ha tambem que são absolutos mas não se enquadram nem nos patrimoniaes porque não têm valor economico, nem podem ser considerados reaes, porque recáem sobre pessoas como muitos que resultam das relações de familia.

Por sua vez, um direito obrigacional, naturalmente relativo, póde, por disposição especial de lei, adquirir efficacia ou produzir effeitos contra terceiros, como se fôra um direito real.

Qualquer que seja porem a natureza do direito, absoluto ou relativo, encerra sempre um poder reconhecido ao respectivo titular para a satisfação de um interesse.

Se um direito absoluto de ordem economica é violado, fórma-se entre o titular do direito e o que o prejudicou, uma relação juridica de ordem relativa, porque, o auctor da violação está responsavel pelo seu acto, determinadamente sujeito a uma reparação.

E' por esse motivo que as accões que decorrem de lesão de qualquer direito assumem a feição de um credito, de um pedido contra aquelle a quem se dirigem.

O direito subjectivo, qualquer que seja, deve ter necessariamente, um objecto material ou immaterial sobre que recáe, objecto que algumas vezes influe sobre a sua natureza,

Assim, a propriedade e os outros direitos reaes, são considerados moveis ou immoveis conforme as cousas sobre que recaem.

Em outros casos porem, a natureza do objecto não tem a menor influencia na classificação do direito.

A mesma coisa pôde ser objecto de mais de um direito, como o dominio e uma servidão, sendo o dominio divisivel e a escavidão indivisivel.

E' que ao lado do objecto conserva o direito a sua existencia, a sua individualidade.

Como as cousas são creações naturaes, são os direitos subjectivos creações da ordem juridica, que transporta mesmo do mundo physico para o mundo abstracto classificações que sao deduzidas das qualidades naturaes dos corpos.

Alem da classificação acima referida de movel e immovel, muitas outras existem que das cousas são transportadas para os direitos.

Entre ellas, destaca-se a da divisibilidade e da indivisibilidade que tanto se applica, com importantes consequencias, aos direitos reaes como aos direitos pessoaes ou de credito.

Qualquer porem que seja a natureza do objecto, qualquer que seja a classificação a que possa ser subordinado, sera sempre o direito subjectivo o poder ou a faculdade que tem uma pessoa, o sujeito activo ou o titular do direito, de agir ou proceder para a satisfação de seu legitimo interesse.

Se a definição tradicional não alludia mesmo ao fim do direito, a de Jhering não encerra a menor referencia á vontade, sendo esta omissão mais

grave do que a de definição que elle ardorosamente combate.

Deve, em conclusão, ser aceita a modificação proposta por Jellinek e Regelsberger em suas definições que, apesar de pequena differença na forma, combinam inteiramente na substancia.

Dr. Joaquim Guedes Corrêa Gondim Neto.

