

O CONCEITO DO DIREITO

THE CONCEPT OF LAW

ASSIS CHATEAUBRIAND

Professor de Filosofia do Direito e de Direito Romano da Faculdade de Direito do Recife – FDR. Advogado, empresário, jornalista, mecenas e escritor. Senador da República (1952-1957). Membro da Academia Brasileira de Letras (Cadeira nº 37).

TRANSCRIÇÃO POR:

GUILHERME MORAIS RÉGIS DE LUCENA

Graduando em Direito – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Pesquisador do Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade (LABIRINT) e coordenador do Grupo de Estudos “Armorial: Direito e Literatura” da UFPB. guilhermemoraisrdl@gmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Fundamentos do Direito; Filosofia

SUMÁRIO: Advertência. I. Introdução. II. Direito objetivo. III. Coação e direito. IV. Direito e moral. V. Relações entre o direito e a moral. VI. Causas que influem na formação e desenvolvimento do direito. VII. Origem da terminologia: direito objetivo e subjetivo. Sylvio Romero e Lafayette. VIII. Direito subjetivo. Definição de Ihering e sua crítica. IX. Direito subjetivo. Definição de Iellinek, Regelsberger e de Icilio Vanni. X. Direito subjetivo. Opinião de Biermann. XI. Teoria de León Duguit sobre o direito subjetivo. XII. A existência dos direitos subjetivos. XIII. Sujeito do direito. XIV. Construções metafísicas. XV. Objeto do direito.

Dissertação para o concurso de filosofia do direito e direito romano, na faculdade jurídica do Recife.

Este opúsculo foi composto e impresso nas oficinas d’ A União, em devida e carinhosa homenagem ao seu colaborador dr. Assis Chateaubriand.

Imprensa Oficial, Paraíba do Norte, 1915.

ADVERTÊNCIA¹

Faz objeto desta dissertação o conceito do direito.

O assunto é de relevância capital não só na filosofia do direito como também no direito positivo, ou considerado como princípio de ordem ou como poder ou faculdade, gozo ou interesse, que mereça proteção social. Outros já o terão estudado; mas somos levados a crer que a questão ainda não foi, entre nós, tratada e desenvolvida debaixo do aspecto de conjunto em que a tomamos.

Claro é que as teorias de Ihering despertaram a nossa atenção. Depois que Tobias Barreto as importou, e, parcialmente, difundiu, Ihering teve e continua a ter um grande renome em nossas letras jurídicas. Mas o conhecimento de seus trabalhos é falho e imperfeito. E porque aquelas teorias ainda são, até agora, entre nós, incompletamente conhecidas, aventuramo-nos, com o quanto sabíamos e urgidos em todo caso pela escassez de tempo, a submeter a uma rápida crítica algumas ideias do famoso jurista alemão, recordando ao mesmo tempo a opinião de outros juristas e filósofos, cujos nomes aqui têm passado despercebidos, para não dizer ignorados.

II

Todo o material jogado nesta tese, haurimo-lo às próprias fontes. Livros e compêndios referidos, foram manuseados nos respectivos textos, donde para estas páginas diretamente chegaram as devidas citações. Que essas, vale confessá-lo, aqui não existem de segunda mão, bebidas através de terceiros. Consultaram-se os próprios autores no original, e isso tornou talvez um pouco mais penoso o trabalho do que poderia sê-lo.

Se o que se vai ler guarda apenas as exíguas proporções de uma prova, bastará entretanto para acentuar o nosso gosto pelas ideias gerais do direito. Nem também é razoável esperar mais de um trabalho que, simultaneamente com outro sobre direito romano, deverá ser apresentado no curto prazo assignado aos candidatos ao concurso para a secção de filosofia do direito e direito romano da Faculdade do Recife.

I. INTRODUÇÃO

O conceito do direito, que escolhemos para objeto do presente trabalho é, sem embargo de sua aparente simplicidade, um problema vasto e complexo. O seu

-
1. NT: Texto originalmente publicado sob a seguinte referência: CHATEAUBRIAND, Assis. *Conceito do Direito*. Parahyba do Norte: Imprensa Official, 1915. Para sua publicação na seção de Memória do Direito Civil da Revista de Direito Civil Contemporâneo, respeitou-se a estrutura original do texto, com adequações mínimas de grafia à norma culta atual, exceto em relação aos títulos de obras referenciados, nos quais houve a manutenção da grafia original. Por fim, manteve-se o formato de citação originalmente adotado pelo autor, que não contempla notas de rodapé.

desenvolvimento relativamente perfeito, reclamaria tempo muito superior ao que nos é concedido para oferecimento desta prova.

Com efeito, a investigação filosófica sobre a natureza do direito exige o estudo e a comparação dos fatos históricos, dos morais e dos econômicos.

Até a pré-história, incerta e nebulosa, onde não raro a fantasia nos seus requintados extremos doura ou denigre o quadro longínquo do passado, que procura reconstituir com as cores das ideias atuais, é forçada com o auxílio da etnologia, a pagar o seu tributo, a trazer a sua contribuição para a compreensão do direito, o descobrimento de sua origem e as causas de sua diferenciação.

Em 1903, publicou Paul Wilutzki a sua *Pré-história do Direito* e, antes disso, em 1893, tinha aparecido a *Jurisprudencia Ethnologica* de Herman Post, na qual se propôs este a dar um sistema das formas iniciais do direito de todos os povos, de “um direito universal da humanidade”. Tarefa difícil essa, tão difícil quão falível nos seus resultados, menos pela escassez que pela segurança das fontes.

E, de modo pelo qual os referidos fatos têm sido e ainda são diversamente observados, resulta a diferença e o antagonismo das teorias, desde a teológica, que considera o direito como a emanção da divindade sobre a terra, até à doutrina de Gumpłowicz (*Compendio de Sociologia*, 2ª edição, pág. 250) que descobre a origem do direito na transformação do poder das classes dominantes, que, limitando voluntariamente o próprio arbítrio, criaram o direito de outrem e, conseqüentemente, o dever.

Um historiador contemporâneo, Eduard Meyer, levado pelas ideias transformistas sobre a descendência do homem chega mesmo na sua *História da Antiguidade*, vol. 1º, 3ª edição de 1910, a admitir a existência do direito como anterior à espécie humana. As suas ideias, que não são inéditas, podem ser comparadas com as que desenvolve Spencer, na *Justiça*, §§ 5º e seguintes.

Tal opinião, que consignamos aqui como simples curiosidade, mal pode ser levada a sério, ao lado das modernas teorias positivas, que enxergam no direito um resultado da cultural humana, um fenômeno social, subordinado às múltiplas causas físicas e psíquicas, que atuam e imperam sobre a própria sociedade.

Além de vasto é o problema complexo, como dissemos acima, pelos aspectos ou fatos sob que pode ser o direito encarado, ora como a norma reguladora da sociedade, um princípio de ordem e de harmonia, ora como uma faculdade conferida a determinado sujeito, um poder jurídico individualizado sobre um bem ou interesse de ordem moral ou econômica.

No primeiro caso temos o direito no sentido objetivo e no segundo no sentido subjetivo.

E é nesta mesma ordem que será feita a nossa exposição.

II. DIREITO OBJETIVO

O homem não vive e nunca viveu completamente isolado de seus semelhantes.

A ideia contrária, que se aceitava no século XVIII, não passa atualmente de uma verdadeira quimera. As observações etnológicas feitas sobre povos selvagens da atualidade confirmam a tradição e a história. A hipótese do homem desassociado ou isolado acha-se completamente arredada do domínio científico. Com Stammler (*Economia e Direito*, 2ª edição, § 17º) podemos repetir as palavras de Natorp: “o homem isolado não passa de uma abstração, como o átomo físico”.

Qualquer que seja, porém, o ponto de vista que se queira adotar, do homem isolado, da família patriarcal ou da horda, o certo é que ao jurista bem como ao sociólogo só interessa o homem no seio da sociedade, onde ele está subordinado a uma tríplice classe de normas, que constituem a religião, a moral e o direito.

Na infância dos povos é a religião a mais importante de todas estas normas. As outras lhe são subordinadas e estão por assim dizer sob a sua tutela ou proteção. No decorrer dos séculos, realiza-se o processo de diferenciação e de emancipação, sem que, todavia, desapareçam certas relações que ainda existem entre a religião, a moral e o direito.

Nos tempos modernos, com o aperfeiçoamento do Estado e a expansão da sua enorme força, cabe a supremacia ao direito, que se diz expresso ou positivo porque é por este declarado e imposto. Ao Estado incumbe facilitar o progresso e promover o bem da coletividade, pelo estabelecimento permanente da segurança e da ordem, e este elevado escopo jamais seria atingido sem a regulamentação da vida social, isto é, sem a declaração oficial do direito. E ele que pelos seus órgãos constitucionais formula, aplica e executa as regras jurídicas ou o direito objetivo, que um professor da nossa Faculdade define:

“O complexo das normas que, sob a garantia do Estado, regulam as múltiplas e sucessivas relações que se originam e se desenvolvem no meio social”. Aludindo ao fim e ao elemento formal do direito, Rudolf von Ihering definiu-o: “O conjunto das condições vitais da sociedade no mais completo sentido da palavra, asseguradas pela externa coação do poder público”. (*Fim no Direito*, 4ª edição, vol. 1º, pág. 399).

Mas Ihering inspirou-se, como se vê, na sempre memorada definição de Kant: “O complexo das condições mediante as quais a vontade de cada um pode coexistir com a vontade de todos, segundo um princípio geral de liberdade”.

Cumpre-nos observar, de passagem, que esta definição é apenas deduzida de um parágrafo dos *Princípios Metaphysicos do Direito*. Kant não deu diretamente a definição do direito, formulando-a nos termos, resumindo-a na frase em que ela é comumente apresentada.

No § C da parte que intitula *Introdução à Theoria do Direito*, Kant escreve: “É justa toda a ação que não é ou cuja máxima constitui um obstáculo ao acordo da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um, segundo leis universais”. Mais adiante se refere a estas condições, limites assinalados à liberdade. Isto é o que se encontra nos *Princípios Methaphysicos do Direito*, que citamos de acordo com a edição Tissot, de 1853.

O princípio da condicionalidade e da coexistência de Kant, nota Filomusi Guelfi (*Encyclopedia Juridica*, 6ª edição, § 9º) tem serviço para as definições de Krause, Reader, Ahrens e Iellinek, para quem o direito não é mais que o mínimo ético das condições de conservação da sociedade, que dependem da vontade humana.

Hegel, que não apresenta uma definição inteligível do direito, o qual é, no seu modo de ver, “a liberdade como ideia”, censura a definição de Kant, julgando-a influenciada pela opinião de Rousseau, desde que coloca em primeiro plano, não a vontade em si e por si, o espírito como o verdadeiro espírito, mas o arbítrio do indivíduo (*Philosophia do Direito*, edição de 1911, § 29º).

Inúmeras são as definições que poderíamos ainda mencionar, de Stahl, Trendelenburg, Regelsberger, Kohler, Lehmann, Merkel, Dernburg e de muitos outros, que deixaremos em silêncio. Limitamo-nos apenas a considerar a seguinte definição de Celsus, que nos foi transmitida por Ulpianus, no princípio do *Digesto*: *Jus est ars boni et æqui*.

Pondera Windscheid (*Tratado dos Pandectas*, § 28º, nota 2ª), que na definição do jurisconsulto romano está indicado é o ideal do direito; mas é este mesmo Windscheid que, em 1854, em discurso que figura na coleção de Paulo Oertmann, também afirma que “este mundo não é o mundo em que os ideais se realizam”!

Outros, porém, objetam que o direito não é arte e não deve ser confundido com a moral, que se dirige ao bem, sob um outro ponto de vista, e estabelece preceitos que intrinsecamente se distinguem das normas jurídicas. O direito efetivamente se distingue da moral. Qual porém, a base ou critério de semelhante distinção?

É o que pretendemos investigar nos dois parágrafos que se seguem.

III. COAÇÃO E DIREITO

Alguns juristas entendem que é a coação exercida pelo Estado o que caracteriza o direito. Dentre eles se destaca Ihering, como resulta claramente da sua definição já indicada.

Para Ihering, “a coação exercida pelo Estado constitui o absoluto critério do direito; uma regra de direito sem coação jurídica é uma contradição em si mesma, um fogo que não queima, uma luz que não brilha. É indiferente que esta coação seja praticada

pelo juiz (civil ou criminal) ou pelos funcionários administrativos. Todas as normas que se realizam por essa maneira são direito; todas as outras, por mais que de fato sejam inviolavelmente observadas, não o são; elas se tornam direito quando se alia o externo elemento da coação do Estado”. (Op. cit. Págs. 250 e 251).

Se a coação exercida pelo Estado constitui o absoluto critério do direito, como tal não pode ser considerado o direito internacional, porque, se existe a sociedade universal das nações, não se formou ainda, e certamente não se formará, o Estado Universal, que seria para as mesmas nações o que é a União para os membros da federação.

Esta objeção surge logo muito naturalmente, e Ihering não se esqueceu de enfrentá-la formulando-a ele próprio. Mas quando se espera que coerentemente acompanhe os que negam o caráter de direito ao direito internacional, ele recua. Recua e diz:

“Este caminho tem sido realmente complanado por muitos, porém o modo de ver é, segundo a minha opinião, inteiramente errôneo.

Está não só em oposição com a linguagem que concordem em todos os povos qualifica de direito todas aquelas normas, mas desconhece também a sua natureza que a linguagem aqui atingiu com inteira exatidão.

Todas aquelas normas mantêm a mesma pretensão de irrecusável consideração como todas as outras regras de direito, e seu desprezo, como o destas últimas, causa a impressão de uma violação jurídica e não de uma ação simplesmente imoral.

O caráter jurídico do direito internacional [...] não pode ser objeto de dúvida” (Op. cit. pág. 252).

Como Ihering justifica esta última conclusão?

Invocando em primeiro lugar a reação da própria parte ofendida, que se opera por meio da guerra, da mesma forma que a defesa pessoal no tempo primitivo em relação ao direito privado, e depois, o arbitramento com que as nações resolvem as suas pendências.

“Um juiz ou um árbitro, acrescenta ele, pressupõe uma causa jurídica e um direito segundo o qual deve ser decidida”. Mas nem a reação da nação ofendida nem a defesa pessoal do prejudicado equivalem à coação exercida pelo Estado. Aquelas se inspiram no sentimento individual do próprio interessado, que, dispondo da força, faz valer muitas vezes as próprias razões com a infração manifesta dos princípios da justiça e da moral, ao passo que, com a intervenção do Estado, há pelo menos a presunção da normalidade, da aplicação de uma regra geral.

A conclusão de Ihering está em flagrante discrepância e briga ainda com o que ele acentua na respectiva definição. Todavia combina com este trecho no § 2º do *Espírito do Direito Romano*, vol. 1º, pág. 119:

“O essencial na noção da ordem jurídica é a segura e constante aplicação do direito, sendo porém errôneo acreditar que esta aplicação unicamente possa ocorrer pelo Estado e não, ainda que de modo incompleto, pelo imediato poder da vida. Originariamente toda a necessidade da vida teve de ser satisfeita pela própria vida. Antes que um avançado desenvolvimento tivesse pouco a pouco instituído órgãos para os diferentes problemas e interesses da comunhão, não eram estes abandonados ao acaso, porém à defesa própria, natural, ou a força medicatriz da vida socorra-se a si mesma.”

De modo que em uma passagem sustenta Ihering que o Estado é a única fonte do direito, que a coação do poder público é o critério absoluto da regra jurídica, e em outra afirma, com igual convicção, que o direito existe antes do Estado sob proteção imediata do poder da vida, isto é, da defesa natural do próprio prejudicado.

Quando o direito eclesiástico entende ele que privado da externa coação, não constitui direito, ainda que, praticamente, desempenhe esta função.

Segundo Kant, o direito é inseparável da faculdade de coagir.

“Tudo é injusto, é um embaraço à liberdade, segundo leis gerais, e então a coação, que é oposto à injustiça, para fazer cessar este embaraço, está de acordo com a liberdade: por consequência o direito é inseparável, segundo o princípio de contradição, da faculdade de obrigar aquele que se opõe ao seu livre exercício.” (Op. cit. pág. 44).

Ahrens entende que a coercibilidade é secundária no direito, porque a distinção do direito da moral subsistiria, ainda quando a moralidade dos homens fosse tão perfeita que tornasse supérflua toda coação. (*Curso de Direito Natural*, § 21°).

Wundt também julga que a coação é um característico secundário no direito, mas observa que este argumento da moralidade absoluta não tem nenhuma importância “porque todo direito é humano e sua noção não pode ser estabelecida sobre condições em que absolutamente não existem”. (*Ethik*, 4ª edição, vol. 3º, pág. 168).

A corrente dominante na literatura é contra a exigência da coação como um elemento substancial do direito e neste sentido poderemos indicar: Thon, *Norma Jurídica e Direito Subjetivo*, pág. 7; Bierling, *Theoria Jurídica dos Princípios*, vol. 1º, pág. 50; Merkel, na *Encyclopedia de Holtzendorff*, 5ª edição, pág. II; Cathrein, *Direito, Direito Natural e Direito Positivo*, 2ª edição, pág. 95; e além de outros, Iellinek que (*Theoria Geral do Estado*, pág. 327) declara a opinião contrária “está reduzida a uma defensiva difícil de ser mantida”.

Se o direito internacional é realmente um direito e a coação do Estado não pode ser equiparada à reação por meio da guerra, porque não traduz a disciplina da força, segue-se logicamente que esta última é a teoria verdadeira, e que a separação entre o

direito e a moral deve repousar em fundamentos de outra ordem, não externos ou de forma, mas intrínsecos ou de fundo.

IV. DIREITO E MORAL

Ahrens, que, como acentuamos no parágrafo anterior, não considera a coação elemento substancial do direito, procura por meio diverso estabelecer a diferença entre o direito e a moral.

A moral, diz ele, considera o motivo pelo qual uma ação é realizada; o direito encara a ação em si mesma: aquela nas suas fontes e este nos seus efeitos.

Este fundamento também é invocado pelos partidários da outra teoria. Depois, acrescenta Ahrens, os preceitos morais são absolutos, invariáveis, independentes dos lugares e dos tempos; os preceitos do direito são relativos e variáveis, porque nas condições de existência e de desenvolvimento mudam com as situações, as épocas de cultura, os costumes, embora seja invariável o princípio do direito, que impõe sempre e por toda parte as condições necessárias para o desenvolvimento do homem.

Finalmente alega Ahrens, que a consciência é o único juiz da moralidade e que a moral é uma ciência subjetiva, porque considera sobretudo a intenção do sujeito, que a manifesta: a moralidade é a forma subjetiva do bem; o direito, ao contrário, que considera as ações e as relações em si mesmas, é antes a este respeito uma ciência objetiva.

Contra tais explicações muito há a observar.

Não é exato que os preceitos da moral sejam invariáveis, independentes dos tempos e dos lugares. Fatos que são tolerados em determinada fase histórica, são completamente condenados em tempo posterior. A moral dos gregos não era igual à moral dos romanos, bem como a atual dos ingleses não é idêntica à moral dos franceses. E pode-se até afirmar que certos atos exigidos outrora como a realização de um dever religioso e moral são em nosso tempo absolutamente reprovados e sujeito até às leis penais.

Nem também colhe o aserto de que a consciência seja o único juiz da moralidade.

A opinião pública é um juiz inexorável e irrecursivo a que não podemos subtrair-nos; e a fiscalização que sobre nós se exerce no seio da sociedade, alertada algumas vezes, segundo a gravidade, pela voz retumbante da imprensa, atua com uma intensidade, à qual nem sempre atinge a coação das leis, a pressão do direito positivo.

Errôneo é ainda pensar que a intenção não possui uma poderosa influência no direito. Para comprová-lo basta recordar a tentativa no direito criminal e a teoria do dolo e da culpa, de tanta relevância no direito privado.

Eschbach entende que é fácil de perceber a distinção entre o direito e a moral. Para isso, ele procura traçar-lhe as linhas divisionárias da seguinte maneira, que se assemelha à de Ahrens:

“A moral não considera nos atos humanos senão os motivos internos que os têm determinado: o direito não se ocupa senão dos efeitos externos destes atos, quaisquer que sejam os seus motivos.

A moral encara o ato em sua causa psicológica, isto é, na consciência humana; o direito o aprecia e o rege apenas em seus efeitos exteriores e sensíveis; isto é, na vida social.

Os preceitos da moral são absolutos, invariáveis, independentes dos lugares e dos tempos, as regras do direito são relativas e variáveis, porque as condições de existência ou de desenvolvimento de uma sociedade podem mudar por diversas causas.” (*Introdução Geral ao Estudo do Direito*, págs. 2 e 3).

A crítica, que fizemos sobre Ahrens, tem inteiro cabimento à teoria de Eschbach.

Inútil se torna reproduzir contra idênticas ideias, iguais argumentos aos que foram acima desenvolvidos. Frisamos apenas, de relance, que Eschbach, desprezando em absoluto o elemento externo, confunde princípios religiosos com morais. Isto é evidentemente um engano que deve ser evitado.

A distinção entre o direito e a moral tem a sua base na própria natureza da norma, no modo pelo qual ela se dirige aos que a tem de cumprir e observar. Procurar nos motivos ou na consciência outro critério para estabelecer a referida distinção, é dar à discussão uma feição imprecisa, calcando um terreno inteiramente movediço. A única explicação racional e segura, a única fórmula que deve servir de guia, em semelhante matéria, é a que parte da unilateralidade ou da bilateralidade da norma.

Os preceitos da moral são meramente unilaterais, isto é, dirigem-se unicamente à parte que lhes está subordinada e firmam somente o respectivo dever, enquanto que as regras do direito bilaterais, isto é, visam um obrigado e um beneficiário, reconhecendo de um lado o dever ou a obrigação e do outro o benefício correspondente ou direito subjetivo, que é ao mesmo tempo assegurado.

É o que muito bem acentua o professor Adolf Merkel (*Encyclopedia Juridica*, §§ 70º e seguintes).

Na moral, a noção cardinal é o dever, que não é o simples reflexo de faculdades conferidas a terceiros; no direito o dever que nos é imposto, como cerceamento de nossa liberdade, é o reverso de um poder ou benefício que é imediatamente reconhecido em favor de outrem que pode exigir o respectivo cumprimento, ainda que de fato, por qualquer circunstância, venha este a ser frustrado.

V. RELAÇÕES ENTRE O DIREITO E A MORAL

A separação do direito e da moral não importa a exclusão de relações que existem entre estas disciplinas sociais, relações a que já aludimos no parágrafo 2º.

Assim é que o direito deve sempre garantir e melhorar a moralidade da população, proibindo a prática de atos que lhes sejam contrários e declarando, quando possível, a nulidade dos que desse modo forem realizados, como se dá nos contratos ofensivos aos bons costumes.

Por sua vez o direito recebe a benéfica influência da moral, que lhe dá força e vigor (Vide Cogliolo, *Philosophia Direito Privado*, 2ª edição, § 8º).

VI. CAUSAS QUE INFLUEM NA FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO

Dissemos no § I que o direito está subordinado às múltiplas causas físicas e psíquicas que atuam e imperam sobre a própria sociedade, pois que é uma das manifestações da vida nacional, e como tal é o reflexo da individualidade de cada povo, do que constitui o seu espírito, o seu caráter, como foi convincentemente desenvolvido pela escola histórica, cujo programa, por sobejamente conhecido, não vale reproduzir aqui.

Daí a diversidade sucessiva e sincrônica que o direito apresenta entre os diversos povos: na história geral da humanidade e na particular de cada elo da enorme cadeia de que esta se compõe. Por isso razão assiste a De Greef, quando nota que os fenômenos sociais são ao mesmo tempo simultâneos e sucessivos. (Compendio de Sociologia, pág. 282).

Entre as causas físicas, que influem sobre as nações, e, conseguintemente, sobre o direito, poderemos apresentas as topográficas e climáticas, sem lhes exagerar os efeitos como o fizeram Montesquieu no *Espírito das Leis* e Herder nas *Idéias sobre a Filosofia da História da Humanidade*.

Depois destas causas físicas de caráter regional, poderemos indicar as antropologias e as etnologias, se bem que estas, até certo ponto, possam ser consideradas consequência das primeiras, em virtude da lei da adaptação que, segundo a teoria de Lamarch, Darwin e de Haeckel, concorre mesmo para a variação das espécies, porque dota o indivíduo de qualidades que assim adquiridas, pela adaptação ao meio, são transmitidas aos seus descendentes.

A densidade da população é também de grande alcance na organização social, na formação do direito e até na elaboração das próprias leis.

Numerosíssimas são as causas físicas que atuam sobre a sociedade e sobre a elaboração do direito. Dentre elas se destaca a vontade, o pensamento refletido do

legislador que, embora influenciado pelo meio e pelo tempo, pode, de certo modo, contrariar as tendências naturais quando lhe parecem estorvantes da ordem e do progresso sociais, e promover o desenvolvimento de outras, que contribuem para a prosperidade material e moral da nacionalidade.

É a política jurídica que ao legislador incumbe praticar, e o político do direito, como qualquer representante da política geral, deve sempre ter em vista a utilidade, sem o olvido da justiça, o caráter geral, os costumes, as crenças e as tradições do povo para o qual tem de estabelecer regras ou normas jurídicas.

Entre todas essas causas existe uma certa correlação ou influência recíproca, sem que devamos atribuir o predomínio a uma, como entende o materialismo histórico, que tudo torna dependente do fato econômico.

Se o legislador pode, até certo ponto, contrariar as tendências naturais que sejam adversas à civilização, não lhe é permitido desprezar em absoluto aquelas condições, por mais elevados e progressivos que sejam os seus ideais. A China ou a Pérsia não podem ser regidas pelo direito da Alemanha e da França.

O cunho particular que recebe o direito de cada nação é argumento valioso contra a unidade ou generalização do direito – utopia de que se fez propagandista entre nós o Dr. João Monteiro, o qual no trabalho *Universalização do Direito*, espera do futuro “uma língua para todos os povos, um direito para todas as sociedades”.

VII. ORIGEM DA TERMINOLOGIA: DIREITO OBJETIVO E SUBJETIVO. SYLVIO ROMERO E LAFAYETTE

Depois de termos tratado do direito no sentido objetivo, norma agendi, dele nos ocuparemos agora no sentido subjetivo, facultas agendi.

A distinção do direito em objetivo e em subjetivo tira a sua origem da doutrina de Hegel, que considerava sempre a vontade como a substância do direito.

No sentido objetivo o direito era a vontade geral e no subjetivo era a vontade do sujeito.

Sem romper com esta terminologia, que está hoje muito generalizada, recordaremos a crítica que lhe faz Georg Puchta:

“Estas expressões são mal escolhidas. Primeiramente, não possuem a necessária clareza, mas quando se remedeia esta falta, explicando que a primeira tem o homem por objeto e a segunda por sujeito, torna-se patente a sua impropriedade. Depois, o direito no primeiro sentido, como vontade geral, é também vontade do homem, tem-no por sujeito e, por sua vez, pode o homem ser objeto de um poder no segundo sentido.” (*Encyclopedia*, § 6°).

As ponderações de Puchta são evidentemente lógicas, mas isto não impediu que os termos criticados continuassem a ser invariavelmente empregados nos livros de doutrina. E é digno de reparo severo que Sylvio Romero os desconhecesse, por completo, em sua significação, como demonstrou no compêndio que escreveu sobre filosofia do direito, o que lhe valeu a aliás rigorosa, mas procedente censura do conselheiro Lafayette, o Labieno terrível das *Vendiciæ*, cujo 9º § termina, sem rodeios, com este simples período: “é o que de ordinário acontece a quem com um preparo de ocasião se aventura a tratar de assunto que não conhece”.

Tal e qual. O ilustre crítico literário, repentinamente transformado em jurista e professor de direito de uma Faculdade livre, vive de todo alheio ao que diz respeito a esta ciência.

Depois da primeira parte, em que repete noções filosóficas que já se tornaram inteiramente banais, entra o crítico e literato sergipano no que se poderia chamar a improvisação do direito, como ele o entendia e ensinava.

VIII. DIREITO SUBJETIVO. DEFINIÇÃO DE IHERING E SUA CRÍTICA

– Que é direito no sentido subjetivo?

É o direito do sujeito, a faculdade de agir, que lhe é assegurada pelo direito objetivo; é um poder individualizado, com a extensão e os limites que lhe são assinalados pela ordem jurídica.

Este era o conceito geralmente formulado nos livros de doutrina (Vejam-se Mackeldey, *Manual do Direito Romano*, § 2º; Arndts, *Pandectas*, § 21 e Windscheid, *Tratado das Pandectas*, vol. 1º § 21º).

Ihering se ocupa da questão nos §§ 60º e 61º do Espírito do Direito Romano, desenvolvendo e frisando uma ideia que todavia não é original:

“Dois são os elementos que constituem a noção do direito, um substancial, no qual consiste o seu fim prático, a saber, a utilidade, a vantagem, o provento, que pelo direito deve ser garantido, e um formal, que unicamente serve de meio a esse fim, isto é, a proteção jurídica, a ação.

O primeiro é amargo, o segundo é o tegumento protetor do direito.

A noção do direito repousa sobre a segurança jurídica do gozo; direitos são interesses juridicamente protegidos” (Op. cit., vol. 3º, pág. 339).

Este interesse pode ser de ordem econômica ou simplesmente moral, como a personalidade, a liberdade, etc.

A ideia de considera o direito uma proteção do interesse é anterior aos trabalhos de Ihering; já se encontrava, como ele confessa, (nota 441), na filosofia de

Krause, Raeder, Ahrens e também na *Theoria do Direito Civil* de Kierulff, publicada em 1839.

Kierulff define entretanto o direito no sentido subjetivo: “a concreta unidade da vontade individual com a do Estado” (Op. cit., pág. 154).

Contra os que incluem na definição o elemento voluntário, salientando o poder individual, Ihering objeta que o infante e o mentecapto não poderiam ter direito porque não têm vontade. A objeção não tem, porém, a menor importância, porque semelhante pessoas são representadas pelos seus tutores e curadores.

A definição de Ihering foi logo criticada quanto à forma.

Dizendo que direitos são os interesses juridicamente protegidos, incluía na definição o que tinha de ser definido. Mas ele a defendeu, declarando que o advérbio juridicamente se refere ao direito objetivo e não ao subjetivo que fora o definido. Empregando legalmente, em lugar de juridicamente, tudo estaria em ordem, mas evitou esta expressão porque a lei não é a única fonte do direito (*Annuarios*, vol. 32º, pág. 66).

Deixemos, porém, de lado estas questões de forma, para apreciar a definição na sua substância.

Ihering não está aqui perfeitamente coerente quando quer abstrair o elemento da vontade, porque no 3º vol., § 31º do Espírito do Direito Romano ele acentuava que a essência de toda relação jurídica é o poder ou faculdade. (*Willensmacht*).

Como foi observado em artigo estampado no *Jornal Pequeno*, de 10 de agosto de 1912, a relação jurídica é mais do que o direito subjetivo, porque além deste, abrange ainda o dever correlativo, mas quando considerada pelo lado ativo como poder ou faculdade, é o próprio direito.

Interesses juridicamente protegidos são também os que ele chama efeitos reflexos dos direitos, os quais com estes não se confundem.

O agricultor que tem seu interesse resguardado por uma lei de imposto sobre a produção estrangeira, de açúcar, por exemplo, não é lesado em um direito subjetivo, se os funcionários aduaneiros deixam passar essa mercadoria sem a cobrança rigorosa do imposto proibitivo, dando lugar a que, pela competência no mercado, venha ela a sofrer grande depreciação.

Não pode também toda a classe dos agricultores renunciar essa vantagem e dispensar a aplicação da lei, que protege os seus interesses. Poderá, no primeiro caso, qualquer prejudicado como qualquer estranho denunciar a prevaricação dos funcionários que transgridem o texto expresso da lei e, no segundo, qualquer renúncia seria ineficaz porque não pode haver renúncia de direito que não tem existência. A vantagem ou o interesse é aqui protegido sem atenção ao indivíduo ou à classe, mas às conveniências gerais do país, e só de um modo indireto ou reflexo aproveita aquele ou a esta.

IX. DIREITO SUBJETIVO. DEFINIÇÃO DE IELLINEK, REGELSBERGER E DE ICILIO VANNI

Alguns escritores procuram conciliar a definição de Ihering com o conceito que era geralmente admitido.

Neste sentido poderemos citar Iellinek, que define o direito na acepção de direito subjetivo, como “a faculdade reconhecida e protegida pela ordem jurídica sobre um bem ou interesse”. E mais adiante acrescenta: “Vontade e interesse, ou bem, são necessariamente conexos na noção do direito” (*Systema dos Direitos Públicos Subjetivos*, pág. 44).

Uma combinação desta natureza já tinha sido proposta pelo professor Regelsberger, em 1893, e recentemente também foi adotada pelo jurista filósofo italiano Icilio Vanni, na prolixa definição que transcrevemos a seguir:

“O direito no sentido subjetivo é a faculdade que têm os indivíduos e os entes coletivos de agir de conformidade com a norma que garante os seus fins e interesses, e de exigir de outrem o que é devido em virtude da mesma norma” (*Philosophia do Direito*, 3ª edição, pág. 109).

X. DIREITO SUBJETIVO. OPINIÃO DE BIERMANN

Desde que não se omita a referência ao poder individual, que o direito concede, não haverá o menor inconveniente em aludir ao interesse, que o mesmo direito assegura ou protege, contando que, pelo desejo de ser minucioso ou completo, não se descambe na prolixidade e na repetição, que se nota na definição de Vanni.

Lícito se torna entretanto perguntar se é indispensável na definição do direito a alusão ao interesse.

Biermann, por exemplo, (*Direito Civil*, § 12, n. 4) resolve pela negativa, opinando que nem na definição do direito objetivo nem na do direito subjetivo é necessária a indicação do fim.

A indicação pode efetivamente ser útil para maiores esclarecimentos, como uma explicação, mas a noção de qualquer coisa depende unicamente de seus elementos e não do fim a que ela se destina.

Acresce que na definição de Ihering há quase que unificação do direito com o fim ou o interesse, do mesmo modo que no direito objetivo foi este quase que identificado com a força.

XI. TEORIA DE LEÓN DUGUIT SOBRE O DIREITO SUBJETIVO

Contra a noção não, mas contra a própria existência do direito subjetivo, se insurge o professor francês León Duguit, da Universidade de Bordeaux, em diversos

trabalhos, dos quais o mais recente intitula-se *As transformações gerais do Direito Privado depois do Código de Napoleão*. É uma série de conferências, realizadas em agosto e setembro de 1911, na Faculdade de Direito de Buenos Aires.

Duguit sonha com uma sociedade nova, da qual seriam simultaneamente excluídos o direitos de ordenar da coletividade e o direito subjetivo do indivíduo. Nem aquela nem esta têm direitos: não há nem direito social nem direito individual. O que existe é uma regra, que tem o seu fundamento na solidariedade, isto é, interdependência que unes os homens na sociedade e que não se confunde com a antiga concepção do direito natural. Não se trata de uma regra de moral, mas de uma regra de direito, que existe e não pode deixar de existir, porque sem ela a sociedade não existiria (Vide os §§ 1º e 1º do seu livro *O Direito Social, o Direito Individual e a Transformação do Estado*).

Quanto ao direito subjetivo, que Duguit define “o poder reconhecido de uma pessoa de se impor como tal a outras pessoas”, tem o seu reino acabado, e se esta noção se manteve até os nossos dias é seguramente pela resistente armadura com que os juristas romanos a revestiram.

De um poder de fato fizeram estes o *imperium* para a coletividade ou seus representantes, e o *dominium* ou a propriedade para o indivíduo.

Tudo, porém, está destinado a desaparecer sob o império da referida regra, que, impondo-se a todos, servirá de base a um novo sistema político e social. E esta regra de conduta reveste para o extremado professor francês uma tão grave importância, que ele a sobrepõe à própria lei, cuja desobediência aconselha, quando se ache com aquela em discrepância (Tratado de Direito Constitucional, vol. 1º, pág. 153).

Duguit subscreve sem reservas este trecho de Augusto Comte:

“A palavra ‘direito’ deve ser afastada da verdadeira linguagem política como o termo ‘causa’ da verdadeiro linguagem filosófica. Não pode existir direito propriamente dito sem que os poderes regulares emanem de vontades sobrenaturais. Destas noções teológico-metafísicas, uma (a do direito) é daqui em diante imoral e anárquica, como a outra (a da causa) é irracional e sofisticada.

Para lutar contra essas autoridades teocráticas a metafísica dos cinco últimos séculos introduziu pretensos direitos humanos, que não comportam senão um ofício negativo. Quando se tentou dar-lhes um destino verdadeiramente orgânico, eles manifestaram logo sua natureza anti-social, tendendo sempre a consagrar a individualidade.

No estado positivo, que não admite título celeste, a ideia do direito desaparece irremissivelmente. Cada um tem deveres e para com todos, mas ninguém tem direito propriamente dito. Em outros termos, ninguém possui mais outros direitos que o de sempre cumprir o seu dever” (*Systema de Política Positiva*, edição de 1890, vol. 1º, pág. 361).

A doutrina de Duguit, que se apadrinha com a de Augusto Comte, não é de ordem a conquistar adeptos nas classes que reconhecem o Estado atual como uma instituição necessária ao progresso nacional, como um fato legítimo, historicamente confirmado.

E não se compreende como dominando imperiosamente a regra social que Duguit, como vimos, sobrepõe, não de futuro, mas desde já, à própria lei, possa cada um ter simplesmente deveres para com os outros, sem que estes correlativamente sejam ao mesmo tempo titulares de direitos.

Não há também sinceridade na definição que ele dá do direito subjetivo. Em outra ocasião ele diz ser essa definição a geral ou comum.

A vontade, que se faz valer no direito subjetivo, não implica predomínio de uma pessoa sobre outra, superioridade e inferioridade entre os membros de uma comunidade política, porque a vontade individual só prevalece quando de acordo com a vontade geral, com a vontade da nação, quando ocorre a concreta unidade de que fala Kierulff na definição já citada. Mas, neste caso, desaparece, o indivíduo para ceder lugar ao Estado, que ordena e impõe.

O que se infere da obra de Duguit é a preocupação constante da originalidade subversiva, que não recua ante a mais clara evidência, ante os princípios tradicionais, para sofisticadamente os negar ou cavilosamente os deturpar.

Não se fica sabendo qual o direito e o Estado que por ele são idealizados, se bem que declare, à pág. 42 do *Direito Social*, que marchamos para uma espécie de federalismo de classes organizadas em sindicatos, combinado com um poder central, ligeiramente esboçado.

Mas o seu Estado não é senão um fato e cessa de ser uma pessoa jurídica investida do poder subjetivo de ordenar.

Comte também lançara as bases constitucionais da futura sociocracia, com os seus diversos órgãos de nutrição, de razão, de sentimento e de energia, representados respectivamente pelos patrícios, que seriam os banqueiros, os fabricantes e os proprietários, pelos filósofos, pelas mulheres e finalmente pelos proletários.

Cumpra agora frisar que essas ideias do fundador do positivismo foram as que o absorveram na última fase de sua vida, a do misticismo. Se ela, escreve Hoeffding, não têm nenhuma importância como pensamento científico, são interessantes como sintomas (*História da Philosophia Moderna*, 2º vol, pág. 371).

XII. A EXISTÊNCIA DOS DIREITOS SUBJETIVOS

Os direitos subjetivos podem ser comparados às formas orgânicas que nascem, se desenvolvem e perecem.

São figuras que se agitam no mundo jurídico, tendo algumas vezes uma existência acidentada, quer em relação ao seu sujeito, quer em referência ao seu objeto.

Alguns atravessam até uma fase embrionária, em que recebem, desde logo, a proteção legal, como se dá com os direitos que dependem de condição suspensiva, entrando em completo vigor depois que esta definitivamente se cumpre.

Outros têm uma vida precária e efêmera, porque trazem desde o nascimento a causa de sua extinção, e tais são em geral os direitos resolutórios.

Não pretendemos tratar aqui das modificações que podem atingir o direito no período de sua existência, nem de sua extinção, porque são acontecimentos fora da noção ou conceito do mesmo direito, único tema desta dissertação.

Volveremos porém as nossas vistas para o sujeito e o objeto do direito subjetivo, porque dizem respeito à sua ideia, à sua constituição.

XIII. SUJEITO DO DIREITO

Todo direito tem um sujeito a quem real ou logicamente é ele atribuído.

A este sujeito dá-se a denominação de pessoa, que pode ser natural ou jurídica, segundo a designação usual.

Acorde sempre esteve a doutrina sobre este ponto, variando apenas a terminologia, porque alguns escritores chamavam às pessoas jurídicas fictícias ou morais.

Em 1853, publicou Windscheid uma dissertação sobre a herança jacente e a personalidade jurídico-patrimonial, reproduzida na coleção *Oertmann*, págs. 215 e segs. Nessa dissertação sustentou ele que o patrimônio do falecido, antes que apareça um novo senhor para o mesmo, isto é, antes da *aditio hereditatis*, a ninguém pertence. Os direitos e as obrigações que constituem o aludido patrimônio não têm um sujeito que os domine.

Esta dissertação, a que se seguiram trabalhos de Koeppen e Bekker, foi a primeira que aludiu à questão do direito sem sujeito, resolvendo-a pela afirmativa.

Em 1857, interveio Alois Brinz com a teoria do patrimônio-fim, de bens que não tendo dono, estão ligados a um fim, que pertencem não *ad aliquem*, mas *ad aliquid*.

O desenvolvimento que Brinz deu à matéria, especialmente na segunda edição do seu *Tratado das pandectas*, aplicando a ideia de Windscheid às pessoas jurídicas em geral, associou intimamente o seu nome a uma teoria, cujo princípio fundamental estava traçado desde 1853, na dissertação a que aludimos, do professor Leipzig.

A teoria de Brinz tem sido suficientemente explorada na literatura, e no vol. 3º § 432, do *Tratado das pandectas*, ufana-se ele da adesão ilimitada de Demelius e, com restrições, de Bekker, Bruns e Eisele. Mas deixaremos tudo isso de lado, para encarar o princípio do qual a mesma teoria é apenas uma aplicação.

Além destes juristas, que admitem a possibilidade de direito sem sujeito, poderemos enumerar: Bruns, na *Encyclopedia* de Holtzendorff, pág. 447, e Unger, *Direito de Sucessão*, notas 5 e 12 ao § 7º, enquanto outros, como Salkowski, *Instituições*, § 42, Zitelmann, *Noção e Natureza das Pessoas Jurídicas*, pág. 62, a contestam de um modo absoluto.

Gierke, que considera as pessoas jurídicas verdadeiros organismos dotados de vida e vontade própria, declara que “a aceitação de direito sem sujeito é uma contradição em si mesma” (*Direito Privado*, vol. 1º, § 29).

Ihering também entende que a afirmação de um direito sem sujeito encerra uma *contradictio in adjecto*. Sobre o assunto ele expõe opinião original, e é admirável que sem embargo da sua popularidade entre os nossos cultores do direito, tenha ela passado até agora despercebida.

Numa monografia que denominou *Efeitos Passivos dos Direitos*, publicada em seus *Annuarios*, vol. 10, págs. 387 a 580 (também estampada nos *Esriptos Collecionados*, págs. 79 a 351), manifesta-se Ihering incidentalmente sobre a questão, considerando uma das mais incontestáveis e das mais evidentes verdades que, sem sujeito, não pode haver direitos e obrigações. Opina ele que “na falta transitória do sujeito de um direito presente ou futuro, perduram os efeitos passivos que este produz sobre o mundo exterior (pessoas ou coisas), isto é, o estado de limitação ou submissão jurídica em que a coisa está colocada pelo direito, pode surgir e continuar sem um sujeito atualmente autorizado” (*Esriptos*, vol. 2º, pág. 181).

E, assim, segundo Ihering, pode existir o lado passivo sem o lado ativo a que é correspondente (pág. 351).

Contra a opinião de Ihering pode alegar-se:

– que ele identifica o direito com a relação jurídica, como notara Puntscharts (*As Modernas Theorias do Direito Privado*, pág. 7);

– que existindo o lado passivo sem o lado ativo, teríamos, como bem observa Enneccerus “uma oneração, sem ônus, uma manifestação de força, sem força, um efeito, sem causa” (*Acto Jurídico*, pág. 413 *in fine*).

Parece-nos também que todo direito tem necessariamente um sujeito, mas que é ocioso indagar se esse sujeito tem uma existência real. Basta que logicamente seja indicado o respeito titular, o ponto para o qual ele ativamente converge.

É o que se dá com as proposições gramaticais, que não provocam discussões sobre a existência real ou fictícia dos respectivos sujeitos.

Quando se diz que Deus é o criador de todas as coisas, exprime-se um juízo que pode ser analisado sem a indagação metafísica da existência do Ente Supremo.

E por que adotar outro critério no direito?

– Que diríamos de um lógico ou gramático, pergunta Petrazycki, que se embaraçasse ante a sentença: Zeus é o rei dos Deuses, e não pudesse responder se existe um

sujeito para o predicado sem viajar pela Grécia e esquadrihar as nuvens do Olympo (*Sobre os Motivos do Agir*, pág. 36)?

O essencial é que seja determinada a representação desse sujeito, para que à sua conta e em seu nome sejam praticados todos os atos que forem necessários para a administração e exercício de seus direitos.

O sujeito ou titular do direito é aquela entidade a quem ele pertence.

Ordinariamente a utilidade ou vantagem que o direito assegura é auferida pelo próprio titular, que o pratica ou exercita em benefício próprio.

Nem sempre essa utilidade ou vantagem se confunde com o gozo material dos bens, que pode caber a quem não é o sujeito ou o titular do direito.

Em uma fundação, que tem por fim a manutenção de um hospital, os proveitos materiais são conferidos aos doentes presentes e futuros, sem que a eles possa ser atribuída a qualidade de sujeito de direitos, que pertencem à mesma fundação, designada pelo seu nome particular, como a Santa Casa de Misericórdia, o Hospital Português, etc.

Ihering pensa todavia de modo diverso.

Para ele os destinatários são os sujeitos do direito, e, destarte, os indigentes recolhidos por caridade a um hospital, transformam-se em capitalistas, segundo a piada espirituosa e sardônica de Brinz (Op. cit. vol. 1º § 60, pág. 200).

Desse modo os animais também poderiam ser considerados sujeitos de direito. Nem para sustenta essa bizarra opinião faltaram juristas. Bekker formulou-a e aceitou-a, retratando-se posteriormente no *Systema das Pandectas*, vol. 1º, pág. 59, para considerar os direitos sem sujeito.

XIV. CONSTRUÇÕES METAFÍSICAS

Se a personalidade, isto é, a qualidade de sujeito de direitos não depende da existência real ou concreta, podendo ser considerada uma abstração, como expressamente reconhece o Dr. Lacerda de Almeida (*Pessoas Jurídicas*, pág. 67), é inútil tentar qualquer construção destinada a dotar as pessoas jurídicas de animus e de corpus, como faz o mesmo jurista pátrio, que, pouco adiante, à pág. 70, para refutar os que desconhecem no próprio fim o sujeito do direito, afirma, também expressamente, que uma abstração não pode ser sujeito de relações jurídicas.

O Dr. Lacerda de Almeida resume assim a sua opinião:

“Do mesmo modo que as corporações são as fundações pessoas jurídicas, e nesta qualidade compõem-se dos dois elementos, corpus e animus.

O corpus que nas associações é, em regra, uma coletividade de mais ou menos vastas proporções, a qual se distribui em membros e órgãos, aqui consta de uma

pessoa ou grupo limitado de pessoas, tantas quantas bastem para a respectiva administração.

A fundação não tem membros, tem sim órgãos; os membros, que na associação compreendem toda a coletividade, aqui falham por completo, porque em seu lugar há beneficiados, há coparticipantes das vantagens criadas pelo instituidor. Não há titulares do direito.

O animus é a vontade do instituidor que se corporifica nos órgãos da fundação, isto é, na administração dela, não móbil e modificável como nas associações, mas cristalizadas e imóvel em sua expressão verbal, como última vontade.”

Gierke igualmente, no Direito Privado, já citado, vol. 1º, págs. 647 e 648, nos fala de um organismo independente, cuja alma é a vontade do instituidor corporizada no grupo de homens que a executa. Mas isto é, como diz Binder, sair do terreno da realidade para se embrenhar na especulação metafísica (*O Problema da Personalidade Jurídica*, pág. 130).

XV. OBJETO DO DIREITO

Para o conceito do direito subjetivo é indispensável, além do respectivo titular, um objeto sobre que recai “como objeto de um direito ou de uma relação jurídica deve, rigorosamente, ser considerado o procedimento daqueles a quem a norma se dirige, quer se trate de um ato positivo quer de um ato negativo, de uma ação ou de uma omissão, mas na linguagem comum dos escritores designa esta expressão aquilo a que esse procedimento se refere, aquilo que é assegurado ou garantido” (Vide Bierling, *Theoria Jurídica dos Princípios*, vol. 1º, § 14º).

Neste último sentido, o objeto do direito é o bem jurídico que, com Karl Binding, pode ser definido: “tudo o que aos olhos do legislador é de valor para a ordem jurídica e cuja pacífica conservação ele tem de garantir por meio de normas” (*Manual do Direito Penal*, vol. 1º, pág. 169).

Bens jurídicos são, portanto, o nome, a vida, a liberdade, a honra, o crédito, as produções do espírito, as coisas etc.

Sobre o bem jurídico, que não é uma ideia do domínio exclusivo do direito criminal, pode ser consultada von Liszt, *Compendio do Direito Penal*, 10ª edição, § 13º, e o estudo crítico que sob o número 9 figura nos seus *Escritos e Dissertações de Direito Penal*, vol. 1º, págs. 212 a 251.

A evolução social tem determinado a criação de novos bens, que a antiguidade não reconhecia. Legisla-se hoje sobre os direitos autorais das marcas de fábrica e outros que escusa de enumerar. Forças como a eletricidade são consideradas como objeto independente de direito, ainda que se prendam às coisas (Kohler, *Compendio da Philosophia do Direito*, pág. 46).

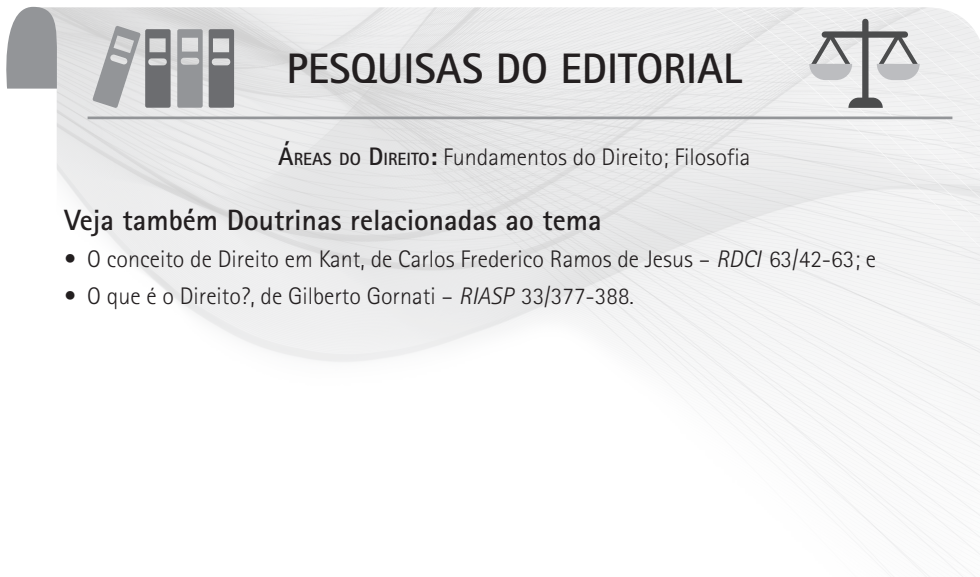
E, para terminar, salientaremos que até o próprio direito subjetivo pode ser objeto de outro direito.

Quando se dá um título ou documento de uma dívida ativa em garantia de um empréstimo, que se contrai, não é o papel que forma o objeto do penhor, e sim o crédito de que ele é apenas o testemunho ou a prova.

Se Thon, Exner e Schuppe contestam que direitos possam ser objeto de direito, a afirmativa é procedentemente sustentada por Windscheid, Dernburg, Bierling, Wundt, Neuner, Hoelder, Enneccerus e, recentemente, por Martin Wolff, no *Direito das Cousas*, § 120, onde ele se ocupado do usufruto.

Esta é a solução filosófica.

Quanto ao direito romano, qualquer que seja o ponto de vista que se venha a adotar, o fato é que aí já se encontravam as expressões: *pignus nominis* e *usufructus nominis*, que não são destituídas de importância.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREAS DO DIREITO: Fundamentos do Direito; Filosofia

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- O conceito de Direito em Kant, de Carlos Frederico Ramos de Jesus – *RDCI* 63/42-63; e
- O que é o Direito?, de Gilberto Gornati – *RIASP* 33/377-388.