

O CONCEITO DE DIREITO EM SENTIDO SUBJETIVO

João dos Passos Martins Neto

Professor do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Professor cooperador do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Procurador do Estado de Santa Catarina.

SUMÁRIO: 1. DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO. 2. DIREITO SUBJETIVO E DISSÍDIO SEMÂNTICO. 3. CINCO IDÉIAS PARA UMA DEFINIÇÃO GENÉRICA. 3.1. DIREITO SUBJETIVO E ATRIBUIÇÃO DE UM BEM. 3.2. DIREITO SUBJETIVO E PRERROGATIVA DE DISPOSIÇÃO. 3.3. DIREITO SUBJETIVO E CORRELAÇÃO COM UM DEVER. 3.4. DIREITO SUBJETIVO E POSSIBILIDADE DE COAÇÃO. 3.5. DIREITO SUBJETIVO E NORMA JURÍDICA POSITIVA. 4. DIREITO SUBJETIVO: UM CONCEITO OPERACIONAL. 5. DIREITOS SUBJETIVOS E DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.

1. Direito objetivo e direito subjetivo.

Direito, no idioma português, é uma palavra polissêmica, rebelde a uma significação unívoca. Tão relevante pareceu essa contingência a MONTORO que, ao estruturar o corpo de sua *Introdução à ciência do direito*, entendeu ele indispensável dividir a obra em cinco partes, na exata proporção dos significados que para a palavra direito concebia, quais eram, o direito como *ciência*, o direito como *justo*, o direito como *norma*, o direito como *faculdade* e o direito como *fato social*¹. Também REALE,

¹ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 20 ed. São Paulo: RT, 1991, p. 26. Vale a pena dar a palavra ao próprio autor: “Na linguagem comum e na linguagem científica, o vocábulo direito é empregado com significações diferentes. Ele tem sentido nitidamente diverso nas seguintes expressões: 1) o *direito* brasileiro proíbe o duelo; 2. o Estado tem o *direito* de cobrar impostos; 3. o salário é *direito* do trabalhador; 4. o *direito* é um setor da realidade social; 5. o estudo do *direito* requer métodos próprios. Cada uma dessas frases emprega uma das significações fundamentais do *direito*. Na primeira, *direito* significa a lei ou norma jurídica (direito-norma). Na segunda, *direito* tem o sentido de faculdade ou poder de agir (direito-faculdade ou direito-poder). Na terceira, indica o que é devido por justiça (direito-justo). Na quarta, o *direito* é considerado como fenômeno social (direito-fato social). Na última, ele é referido como disciplina científica (direito-ciência).

atento às flutuações do termo no seu uso milenar, providenciou destacar quatro de suas possíveis acepções: as de *ciência*, *ordenamento*, *justiça* e *poder de agir*. Na primeira dessas, direito é ramo do conhecimento; na segunda, sistema de normas de comportamento; na terceira, um ideal (sentido axiológico); na última, um poder conferido a uma pessoa ². Essa promiscuidade de sentidos não é, porém, um dado local. A mesma diversidade semântica existe em outras línguas com relação ao signo equivalente. Tendo em consideração a palavra italiana *diritto*, GROPPALI oferece um testemunho seguro de suas igualmente múltiplas significações, fazendo-o em termos bastante próximos dos indicados ³.

Apesar da riqueza das variações, duas entre todas as possíveis associações semânticas da palavra direito são certamente dominantes: de um lado, a que remete à representação de uma ou mais normas destinadas à regulação da conduta humana; de outro, a que exprime à idéia de algo que é de uma pessoa (*pessoa* aqui empregada em sentido amplo, vale dizer, tanto no sentido de *pessoa natural, física ou singular* como de *moral, jurídica ou coletiva*). Entre nós, tradicionalmente, chama-se de *direito objetivo* ao direito como *elemento normativo* e de *direito subjetivo* ao direito como *atributo pessoal*, prestando-se a adjetivação para diferenciar esses dois principais sentidos do mesmo nome.

O acréscimo dos adjetivos *objetivo* e *subjetivo* ao substantivo comum *direito* se tornou necessário precisamente porque dois conceitos

São cinco realidades distintas. E, se quisermos saber o que é o direito, precisamos estudar o conteúdo essencial de cada uma destas significações. Esse é o plano do presente trabalho. Consta ele de cinco partes [...].”

² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 61-64.

³ GROPPALI, Alessandro. *Introdução ao estudo do direito*. 3 ed. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Coimbra Editora, 1978, p. 23-24. Segundo o autor, “na verdade, a palavra ‘direito’ é uma palavra de múltiplos sentidos, podendo significar uma *ciência* (o direito penal, o direito constitucional, etc.) ou um *sistema de leis* vigentes numa determinada nação em dado momento histórico (o direito romano, o direito germânico, o direito francês, o direito penal italiano, etc.) ou uma *norma* (o art. 433º do Cód. Civil estabelece a obrigação de prestar alimentos, o art. 52º do Cód. Penal admite a legítima defesa, o art. 781º do Cód. Civil proíbe a doação entre casados, etc.) ou, finalmente uma *faculdade* (Tício, como proprietário, tem o direito de usar e de dispor do ser relógio)[...]”.

muito diversos ficaram historicamente vinculados ao mesmo vocábulo. O recurso só seria dispensável se houvesse uma palavra apropriada a cada uma das idéias. Nesse particular, os juristas britânicos e norte-americanos estão em vantagem. É que, conforme a observação de KELSEN, “*na linguagem jurídica inglesa dispõe-se da palavra right quando se quer designar o direito (subjetivo), o direito de um determinado sujeito, para o distinguir da ordem jurídica, do direito objetivo, da law*”⁴. Embora o idioma português conheça a palavra *lei*, que designa a norma editada pelo legislador (aspecto do *direito objetivo*), nele a palavra *direito* não exprime, porém, como no inglês *right*, apenas o *direito subjetivo*, podendo mesmo coincidir, conforme o contexto, com a noção de *lei*.

Nos textos de doutrina, os dois usos surgem com nitidez. Quando BEVILÁQUA, o grande artífice do Código Civil brasileiro de 1916, escreve em obra clássica que “*nosso direito [...] só proíbe pactos sobre bens futuros se forem de sucessão ainda não aberta*”, sem dúvida emprega aí a palavra *direito* com um sentido diferente de quando afirma que “*o comodante, sendo proprietário, tem direito de reivindicação na falência do comodatário*”⁵. Lá, *direito* é a norma, a regra, a lei; é o *direito em sentido objetivo*; aqui, é algo conferido a uma pessoa (no caso, segundo o contexto, uma faculdade, prerrogativa ou poder); é o *direito em sentido subjetivo*.

Decerto, ambas as noções, a de *direito-norma* (sentido objetivo) e a de *direito-atributo* (sentido subjetivo), não oferecem mais que indicações iniciais e provisórias, carentes que são de maior precisão. Pouco ou nada dizem, com efeito, quanto ao que seja, afinal, aquela “norma” que constitui o direito objetivo e esse “algo” atribuído que constitui o direito subjetivo. Elas são, porém, apesar do caráter geral da formulação, suficientes para

⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 139. KELSEN faz esta observação após advertir que, na linguagem jurídica alemã e francesa, o direito em sentido subjetivo é designado pela mesma palavra (*recht* e *droit*, respectivamente) com que se designa o sistema de normas que forma a ordem jurídica, fazendo-se a distinção através de termos correlatos a subjetivo e objetivo.

⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das obrigações. 8 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1954, p. 184, 203.

extremar dois enfoques inconfundíveis, ainda que intimamente conexos ou ligados um ao outro: o direito considerado como ordenação normativa, isto é, como grupo de normas de regulação do comportamento humano, e o direito considerado como algo referido a um determinado sujeito.

2. Direito subjetivo e dissídio semântico ⁶.

Ao longo dos dois últimos séculos, uma literatura praticamente impossível de abarcar foi produzida a propósito da categoria *direito subjetivo*. Por conta desse fato, DUGUIT chegou a comentar que “*não terminaria nunca se apenas tivesse que citar os títulos de tudo o que se escreveu na Alemanha, na França, na Itália e também na Argentina sobre a natureza do direito subjetivo*” ⁷. Sem dúvida ele tinha total razão. Nos países cujos sistemas jurídicos integram a chamada *família romano-germânica* ⁸, o assunto é versado, senão em todas, na esmagadora maioria das obras que se encontram sob a denominação de *teoria do direito*, *filosofia do direito* ou *introdução ao direito*, bem como naquelas que, de

⁶ Aqui, são utilizadas as *Técnicas da Categoria e do Conceito Operacional*, conforme expostas em PASOLD, Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis ao pesquisador do Direito, cit, p. 29 a 52.

⁷ DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho (público y privado). Trad. Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975, p. 174. A tradução é nossa.

⁸ *Família romano-germânica* é termo cunhado por René David para designar os sistemas jurídicos edificados sobre a base do direito romano antigo. Segundo este autor, a *família romano-germânica* tem o seu berço na Europa e formou-se graças aos esforços das universidades européias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do imperador Justiniano, uma ciência jurídica apropriada às condições do mundo moderno. Segundo David, a denominação *romano-germânica* foi escolhida para homenagear os esforços comuns desenvolvidos ao mesmo tempo nos países latinos e germânicos. Seu âmbito geográfico é considerável. De acordo com David, a família romano-germânica está dispersa pelo mundo inteiro. Ultrapassando largamente as fronteiras do antigo Império Romano, ela conquistou, em parte devido ao processo de colonização, toda a América Latina, incluído o Brasil, uma grande parte da África, os países do Oriente Próximo, o Japão e a Indonésia.. DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 18, 25. Cf. também sobre o assunto estudo do mesmo autor sobre o direito inglês, no qual são feitas comparações com o sistema jurídico francês, aquele integrante da *família da common law* e este, da *família romano-germânica*.. DAVID, René. O direito inglês. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1977, p. 1-15.

outro modo nomeadas, dedicam-se à mesma tarefa de apresentar uma concepção do fenômeno jurídico em suas linhas mais gerais ⁹. De modo especial, um tratamento de grande relevo tem sido dedicado ao tema nos domínios do direito privado, com ênfase para os estudos de iniciação ao direito civil, nos quais os autores sobre ele se debruçam invariavelmente.

Tão copiosa literatura atesta o elevado grau de relevância que a doutrina confere à noção de direito subjetivo, mas ao mesmo tempo, julgando pelas intermináveis controvérsias suscitadas, assinala o quanto ela parece ter de fugidia e misteriosa. Com efeito, das provavelmente milhares de páginas escritas pelos mais qualificados juristas e filósofos até agora, a única certeza que transparece inabalável é a de que sempre se esteve muito longe de um acordo sobre o seu significado. Confessando idêntica sensação, ALEXY observa que “*não obstante sua considerável duração e os muito intensos e amplos esforços realizados, a discussão sobre o conceito de direito subjetivo não conduziu a um consenso*” ¹⁰. Contudo, é preciso ter clareza do problema com o qual se debatem os teóricos. Na verdade, ninguém ou quase ninguém discorda que a palavra direito, quando empregada no seu sentido subjetivo, pretenda designar “algo” pertencente a um sujeito. O ponto delicado da questão reside, porém, na definição do que seja exatamente esse “algo”, um poder, um interesse, uma posição, um domínio, etc. É aqui que o acordo semântico falha ¹¹.

⁹ ALEXY pondera que, tendo em vista a literatura contemporânea, já não se pode dizer, como KELSEN o fizera, que o conceito de direito subjetivo seja o mais analisado entre todos os conceitos jurídicos fundamentais. Todavia, ele reconhece que, mesmo no atual estágio, o conceito de direito subjetivo pertence ainda ao grupo dos mais discutidos na literatura teórica. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1997, p. 173.

¹⁰ *Ibidem*, p. 173. A tradução é nossa.

¹¹ O que acima se observou quanto à noção de *direito subjetivo* pode ser dito a respeito da noção de *direito objetivo*. Tal expressão, como se viu, tem sido utilizada para designar a *norma jurídica*. Todavia, em que consiste exatamente essa *norma jurídica* que constitui a essência do *direito objetivo* é matéria sujeita as mais acirradas disputas doutrinárias. Em monografia sobre o tema, VASCONCELOS listou, analisou e criticou as principais correntes de pensamento que se formaram ao longo dos dois últimos séculos de ciência jurídica. Em páginas bastante ilustrativas, que bem dão a idéia do vulto das controvérsias, o autor faz menção às seguintes teorias, entre outras: a teoria do

Apesar do imenso volume de material escrito em busca do esclarecimento desse elemento substancial da noção de direito subjetivo, é seguramente constatável que o pensamento da maior parte dos comentadores gravita em torno de umas poucas orientações fundamentais. Destas, algumas foram legadas por importantes doutrinas do século XIX que se pode chamar de clássicas, seja em razão da sua influência, seja por causa da sua difusão, seja por virtude da sua persistência ¹². Outras, com repercussão aparentemente não comparável à daquelas, correspondem aos esforços de escritores posteriores, mais ou menos recentes, que prosseguiram tentando novas vias de compreensão ¹³. Inobstante, porém, as divergências claramente estabelecidas entre as mais importantes doutrinas, o certo é que se nenhuma delas veiculou um conceito irrepreensível, imune à contestação, nenhuma delas igualmente deixou de assinalar verdades ao menos parciais, e, do contrário, é de supor que não teriam experimentado o mérito da consideração havida em torno de si.

Sendo assim, na tentativa de oferecer um conceito de direito subjetivo com a finalidade de esclarecer o que se quer normalmente expressar quando se afirma que uma pessoa tem um direito, não há razão

imperativo hipotético de León Duguit, a teoria do imperativo independente de Karl Olivecrona, a teoria do imperativo atributivo de Léon Petrasizky, a teoria do imperativo autorizante de Goffredo Telles Jr., a teoria da norma como coatividade ou coação, o indicativismo de Zitelmann, a teoria de Kelsen do juízo hipotético e do imperativo despsicologizado, a teoria do juízo disjuntivo de Carlos Cossio, a teoria da norma como juízo de estrutura trivalente de Miguel Reale e a doutrina de Norberto Bobbio da norma jurídica. VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria da norma jurídica. Vol. 1. Teoria da norma jurídica. São Paulo: Malheiros, 1996, 4 ed., p. 56, 59, 61, 65, 70, 76, 79, 84, 90 e 147.

¹² São elas: a teoria do direito subjetivo como um *poder da vontade*, de WINDSCHEID (WINDSCHEID, Bernardo [Bernard]. Diritto delle pandette. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Vol. I. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, § 37, p. 107-110), e a teoria do direito subjetivo como um *interesse juridicamente protegido*, de IHERING (JHERING [IHERING], Rudolf Von. L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement. Tomo IV. 3 ed. Trad. O. de Meulenaere. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1888, p. 328). Cabe observar que ROUBIER comenta a doutrina da vontade a partir da obra de SAVIGNY (cf.: ROUBIER, Paul. Droits subjectifs et situations juridiques. Paris: Dalloz, 1963, p. 67 e ss.), e não dos escritos de WINDSCHEID, como faz a maioria dos críticos.

¹³ É o caso, por exemplo, da assim chamada *teoria eclética* de JELLINEK (JELLINEK, Giorgio [Georg]. Sistema dei diritti pubblici subbiettivi. Trad. Gaetano Vitagliano. Milão: Societá Editrice Libreria, 1912, p. 60-91) e de várias outras formulações que serão oportunamente referidas.

para rejeitar ou adotar, no seu todo, uma ou outra daquelas mais conhecidas concepções. O que interessa, sobretudo, é acentuar aqueles aspectos que parecem característicos das situações nas quais se reconhece a presença de *um sujeito com um direito*, aproveitando para tanto o conjunto das teorias e, especialmente, os reparos, as ressalvas, as críticas que umas fizeram às outras, compondo desse modo, segundo um juízo próprio, um conceito que considere as deficiências e os acertos reconhecidos. Não se trata, note-se bem, de pretender a formulação de uma nova teoria, muito menos uma do tipo eclético, construída a partir da soma das idéias dos grandes mestres, muitas delas inconciliáveis, mas de apenas fixar um significado para a noção de direito subjetivo que não negligencie nem superestime de maneira incondicional nenhuma daquelas célebres apreciações e que, na maior medida possível, possa corresponder aos usos da linguagem técnica das normas do ordenamento jurídico .

3. Cinco idéias para uma definição genérica.

A elaboração de um conceito de direito subjetivo envolve uma séria dificuldade inicial. À medida que tal categoria designa um gênero (o conjunto dos direitos), e não uma espécie (um direito em particular), o conceito de direito subjetivo, para ser viável, tem de apontar *caracteres comuns* a todos os *direitos específicos* que se aninham no *universo genérico*. Apesar da diversidade das espécies agrupadas sob o nome de direitos e das relevantes diferenças entre umas e outras, é preciso encontrar uma maneira apta a descrever a estrutura básica correspondente ao mínimo dos elementos que se contêm em cada uma delas. Pensando, por exemplo, na distância que separa o direito real sobre um dado bem imóvel do direito obrigacional incidente sobre certa prestação, o alinhamento de ambos como direitos subjetivos reclama a identificação de certos pontos de coincidência, que são os traços de demarcação das qualidades constitutivas do gênero comum.

FERRAZ Jr. não acredita que seja possível encontrar essa identidade geral. Segundo adverte, “*a expressão direito subjetivo cobre diversas situações, difíceis de serem trazidas a um denominador comum*”. Por isso, prefere falar de situações subjetivas, “*entendidas como posições jurídicas dos destinatários das normas no seu agir*”¹⁴. Não deixa de ser plausível a sua desconfiança, porque é realmente duvidoso que se consiga reconduzir a um conceito único e fixo todas aquelas inúmeras situações diante das quais se recorre à noção de direito subjetivo¹⁵. Entretanto, deve-se considerar que, dos autores que se entregaram à tentativa, alguns deles, como DABIN e LARENZ, propuseram formas de conceituar o direito subjetivo que seduzem pela sua grande capacidade de abrangência. Examinadas suas doutrinas, é justo dizer que elas são bastante convincentes quanto às possibilidades de isolar, em meio às múltiplas variedades de direitos, suficientes elementos de convergência para o reconhecimento de uma base comum e, assim, para o estabelecimento de uma noção genérica compatível, senão com todos, ao menos com a larga maioria dos casos associados à palavra direito no sentido subjetivo.

De nossa parte, levando em conta as principais especulações sobre o tema, parece que um conceito de direito subjetivo capaz de atender às expectativas de generalização, ao mesmo tempo harmonizando-se com o sentido acolhido no uso lingüístico das leis, deve compreender pelo menos cinco idéias, referidas pelas seguintes proposições indicativas: 1) atribuição de um bem; 2) prerrogativa de disposição; 3) correlação com um dever; 4) possibilidade de coação e; 5) fundamento em norma jurídica positiva. Desde que seja aceita essa asserção, pode-se então dizer que o conceito de direito subjetivo é o resultado da reunião desse conjunto de idéias parciais, de modo que se torna agora necessário explorar em

¹⁴ FERRAZ Jr., Introdução ao estudo do direito, cit, p. 143.

¹⁵ VERNENGO também pondera que “no hay una noción unívoca de derecho subjetivo: ‘tener derecho’ significa cosas variadas, tanto en el lenguaje corriente como en el lenguaje técnica de la ciencia del derecho”. VERNENGO, Roberto Jose. Temas de teoría general del derecho. Buenos Aires: Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 1971, p. 247.

separado cada uma delas e apontar as suas inter-relações, a fim de que seja possível compreender o sentido e a extensão daquele.

3.1. Direito subjetivo e atribuição de um bem.

Já foi observado linhas atrás que a palavra *direito* no sentido subjetivo designa *algo pertencente a alguém*. Trata-se aí de uma relação, a princípio, indiscutível ¹⁶, pois quem diz “eu tenho um direito” diz que “algo me pertence”. Decerto, esse sentido é muito vago para merecer o status de um conceito, mas a verdade é que nele estão contidas três indicações decisivas: a expressão direito subjetivo faz inevitavelmente referência a (1) *algo* (2) que *pertence* (3) a um *sujeito*. Partindo daí, pode-se afirmar que essa tradicional categoria da ciência jurídica atrai, a princípio, três noções: a de *coisa* ou *bem*, a de *propriedade* e a de *sujeito*, tomados esses termos em sentido amplo. E assim, numa primeira observação do panorama, o direito subjetivo aparece como *um bem que é próprio de um sujeito*, ou em outros termos, como *a propriedade que um sujeito tem de um bem*.

Nada mais lógico e exato, devendo ser creditada a DABIN a paternidade dessa concepção. Segundo a original doutrina desse grande autor, “*todo direito subjetivo supõe um bem ou valor ligado ao sujeito-pessoa por uma laço de propriedade, [...] de sorte que essa pessoa pode dizer que esse bem ou valor é seu*” ¹⁷. LARENZ segue uma linha próxima de

¹⁶ A propósito, CORNU escreveu o seguinte: “Les droits subjectifs ont aussi une *assise populaire*. En chacun de nous, ce fondement, cet attachement est presque viscéral. L’affirmation d’un droit individuel (ceci est à moi, c’est mon droit, c’est ma chose) est, dès le plus jeune âge, l’une des aspirations les plus vivaces et les plus spontanées de la personnalité. L’instinct possessif est, sans doute, à la racine du droit subjectif”. Traduzindo, livremente, para o português: “Os direitos subjetivos existem também no *consciente popular*. Em cada um de nós, este fundamento, esta ligação é quase visceral. A afirmação de um direito individual (isto me pertence, é meu direito, é minha coisa) é, desde a idade mais jovem, uma das aspirações mais vivas e espontâneas da personalidade. O instinto possessivo está, sem dúvida, na raiz do direito subjetivo”. CORNU, Gérard. *Droit civil*. 5 ed. Paris: Montchrestien, 1991, p. 26.

¹⁷ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Trad. Francisco Xavier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 100. A tradução é nossa. Na versão castelhana aqui indicada, a frase está assim redigida: “Todo derecho subjetivo supone un bien o valor ligado al sujeto-persona por un lazo de pertenencia, /..../ de suerte que esa persona

pensamento, assinalando que “o ‘direito subjetivo’ é, em nosso critério, uma categoria fundamental do direito, a qual expressa que algo, um ‘bem’ determinado, corresponde ou pertence por justiça a uma pessoa”¹⁸. Para compreender o largo alcance dessa tese, bem como medir sua vocação e atualidade para absorver as mais diferentes situações de direito subjetivo, é preciso apenas ter sensibilidade para perceber o sentido abrangente que nela se confere às noções de *bem* e de *propriedade*.

Por *bem* se deve entender aqui não somente a coisa material, mas qualquer meio adequado à satisfação de um interesse; e por *propriedade*, não só o domínio sobre coisas móveis e imóveis, mas o reconhecimento da destinação ou atribuição de um *bem* qualquer à pessoa, a fim de que ela possa dele tirar um proveito legítimo. Quando assim se concebe, ambas as noções se tornam adaptáveis aos mais diversos contextos, mostrando-se conciliáveis não só com o direito de propriedade em sentido estrito, mas também com muitas outras hipóteses. Com efeito, desde que se conceda amplitude às noções de *bem*, de *propriedade* e de *sujeito*, inúmeras situações afins à noção de direito

puede decir que ese bien o valor es *suyo*”. Cumpre observar que, no original francês (DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952. 313 p.), o autor se vale da palavra *appartenance*, que nós optamos por traduzir por *propriedade* na frase transcrita, e os espanhóis por *pertenencia*. É que *appartenance* é um substantivo, e não existe na língua portuguesa um substantivo que lhe corresponda exatamente, como, por hipótese, “pertencimento”. Daí a necessidade de fazer uma adaptação através do emprego da palavra *propriedade*, que indica o que é próprio de alguém ou o que pertence a alguém. Em algumas situações, é possível também traduzir *appartenance* para o português com a combinação do artigo definido *o* e o verbo *pertencer* (no infinitivo), ou seja, como *o pertencer*. RÁO, ao expor e criticar a doutrina de DABIN, também se defrontou com o problema, ocasião em que observou o seguinte: “É difícil traduzir a palavra *appartenance* por outra rigorosamente equivalente, em nosso idioma. Se nos socorrêssemos do sentido apenas etimológico, poderíamos usar o termo *pertinência* (de *pertinere*), mas esse termo, com o uso, assumiu um significado específico diverso e passou a indicar *o que vem a propósito, o que é próprio para o fim a que se destina* (de *pertinens*). Os léxicos consagram a palavra *pertença*, a que atribuem duplo sentido: ora, como sinônimo de *pertence*, a indicar o *acessório, o que faz parte de alguma coisa*; ora, a significar *propriedade, domínio* e, mesmo, *atribuição*; e lembram que por ela se costuma designar a declaração inscrita nas apólices, ou em outros títulos, *pela qual se legaliza a propriedade delas*. Em falta de outra melhor, preferimos usar a palavra *pertença*, no sentido amplo de propriedade” (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. Vol. 2. 4 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 558.

¹⁸ LARENZ, Karl. *Derecho civil, parte general*. Trad. Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 274. A tradução é nossa.

subjetivo podem passar a ser em comum caracterizadas pela idéia genérica de *atribuição de um certo bem a alguém*. Para exemplificar, considerando por hora a classificação dos direitos subjetivos segundo o objeto sobre que incidem na esteira de uma tipologia peculiar à tradição civilística, é possível demonstrar o vasto campo de aplicação dessa idéia.

No caso dos *direitos sobre coisas materiais*, o caráter atributivo é mais evidente, porque aquilo que se atribui é em geral um bem corpóreo exterior ao sujeito, existente no tempo e no espaço e, como tal, visível e sensível. Dentro desse grupo de direitos, podem ser contados, por exemplo, a propriedade plena (direito real de uso, gozo e disposição), a nua propriedade (direito real limitado), o usufruto e a servidão (direitos reais de uso), a hipoteca e o penhor (direitos reais de garantia) ¹⁹. Por óbvio, o sentido da atribuição do bem não é o mesmo em cada caso, já que o modo como *a coisa pertence ao sujeito* varia conforme se trate de uma ou outra espécie de direito de domínio. Na propriedade plena, a coisa é *dele*, por assim dizer, *integralmente*; nos demais, ela também pode ser considerada como *dele sendo*, porém apenas *em termos*, ora enquanto garantia de uma dívida (caso do credor hipotecário), ora enquanto artigo de aproveitamento restringido (usufruto, servidão, etc.). Mas, como quer que seja, é sempre *dele* de uma certa maneira, e também sempre útil a um interesse. E o mesmo se pode afirmar a propósito dos *direitos sobre coisas imateriais* exteriores ao homem, tais como as obras do gênio criativo (a poesia, a pintura, a invenção, etc.), das quais o autor é *dono*, e note-se, não do livro,

¹⁹ LARENZ relaciona ainda, entre os direitos de domínio sobre coisas, os direitos pessoais relativos (no sentido de *obligacionais*) de posse e uso do inquilino, do comodatário e do arrendatário, os quais, embora integrados em uma relação negocial, igualmente submetem a coisa à pessoa tão logo a prestação de dar se realize (LARENZ, Derecho civil, parte general, cit, p. 277-278). DABIN diverge na forma de classificar, situando-os de acordo com a tradição, isto é, entre os direitos de crédito (DABIN, El derecho subjetivo, cit, p. 226-227), posição acolhida no Livro III da Parte Especial de nosso Código Civil. Deve-se notar, contudo, que LARENZ qualifica essa classe de direitos como de *domínio relativo*, uma vez que não se fazem prevalecer frente a todos, como no caso dos direitos reais, de modo que, como ele próprio reconhece, não são direitos sobre coisas propriamente ditos e nem são assim considerados no Código Civil alemão (DABIN, El derecho subjetivo, cit, p. 278).

do quadro ou da máquina que eventualmente lhes serve de suporte, mas da manifestação intelectual que precede o corpo físico e existe idealmente independente dele ²⁰. Embora incorpórea, a criação é um bem que se reconhece como pertencente ao criador, que está por isso autorizado a dele aproveitar-se na forma e nos limites da regulamentação legal.

Outro importante grupo de direitos subjetivos é formado, por assim dizer, pelos *direitos de estrutura relacional*, assim considerados aqueles estruturados sob a forma de uma relação jurídica em sentido próprio, cujo objeto é um determinado comportamento ou atividade devido por uma pessoa a outra ²¹. Cabem nesse conjunto os direitos de crédito *autônomos*, derivados de negócios jurídicos (contratos e declarações unilaterais de vontade), enriquecimento sem causa e responsabilidade civil (negocial e *stricto sensu*). Entram aí também os direitos de crédito *não-autônomos*, como são aqueles integrados nas obrigações e ônus reais (direitos derivados das relações de vizinhança, de condomínio e de aforamento), nas obrigações de natureza familiar de caráter patrimonial (direito a alimentos) e nas obrigações tributárias (direito aos tributos e prestações acessórias) ²². Sob o prisma da estrutura relacional, também

²⁰ A propósito, cf.: DABIN, El derecho subjetivo, cit, p. 103, 236-244; LARENZ, Derecho civil, parte general, cit, p. 278-279.

²¹ Na *relação jurídica em sentido próprio*, dois sujeitos (determinados ou determináveis) estão vinculados ou comprometidos entre si, havendo sempre algo (um *dar*, um *fazer* ou um *não-fazer*) que deva ser prestado por um em favor do outro (e vice-versa quando se tratar de vínculo de natureza bilateral, como no caso da compra e venda). A *obrigação* (no sentido técnico referido na nota 17 da Premissa) é o exemplo mais típico e perfeito desse tipo de relação jurídica. Dessa categoria, devem, portanto, ser excluídas todas aquelas situações em que um único sujeito está isoladamente posicionado em face de um objeto que lhe foi atribuído, não havendo nada que outrem (um sujeito individualmente considerado) deva especificamente prestar, mas apenas um *dever geral de abstenção* imposto a todas as pessoas (terceiros indistintamente considerados), no sentido de não praticarem atos que possam frustrar o exercício do direito pelo titular. É o caso do direito de propriedade, por exemplo. Aqui, não há propriamente relação jurídica, mas *oponibilidade* a outros de um direito sobre a coisa já plenamente configurado. Todavia, como a terminologia é livre, nada impede que se descreva essa situação de *oponibilidade* como uma *relação jurídica em sentido impróprio, abstrata* ou de *caráter absoluto*. Sobre o assunto, realçando a distinção, cf: COSTA Jr., Olímpio. A relação jurídica obrigacional. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 17-20.

²² Sobre os critérios de classificação das obrigações em *autônomas* e *não-autônomas*, bem como sobre a divisão das *obrigações autônomas* em *negociais*, de *responsabilidade civil* e *enriquecimento sem causa*, cf.: NORONHA, Fernando. Tripartição fundamental das

podem ser referidos alguns direitos de natureza não-patrimonial, como os direitos do cônjuge frente ao seu consorte (fidelidade, assistência, coabitação, etc.) e do pai frente ao filho (obediência, respeito, serviços próprios de sua idade e condição, etc.). Em todos estes casos, o bem atribuído ao titular do direito é, simplesmente, o *poder de exigir* do sujeito passivo uma conduta em especial para a satisfação de um certo interesse, egoístico ou não ²³, vale dizer, o *crédito* relacionado à execução ou à realização de uma dada prestação ²⁴ (a tradição de uma coisa, o pagamento de uma soma de dinheiro, a realização de um serviço, a conclusão de um contrato, a omissão de um ato específico, etc.). Sem receio de exagerar, pode-se dizer então que o crédito aí *pertence* ao credor do mesmo modo como a coisa lá *pertence* ao proprietário ²⁵.

obrigações – Obrigações negociais, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa. In: Jurisprudência Catarinense, nº 72. Florianópolis, TJ-SC, 1995, p. 93-106. Sobre os critérios de nomeação das modalidades de responsabilidade civil pelos termos *negocial e stricto sensu*, cf.; NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, nº 64. São Paulo: RT, 1993, p. 12-47.

²³ Esse *interesse* é, em geral, um interesse do sujeito ativo. Mas nem sempre. No caso dos chamados *direitos-função*, por exemplo, o direito é atribuído a uma pessoa no interesse de outra, que pode ser até mesmo o sujeito passivo. É o caso típico de alguns direitos que derivam do *pátrio poder*, como aqueles previstos no art. 384, inc. VII, do Código Civil brasileiro de 1916, que o pai titulariza para servir ao interesse dos filhos (de sua educação, formação moral, incolumidade, bem-estar, etc.) São, por assim dizer, *direitos de prestação* de natureza não-egoística, ou *altruísticos*.

²⁴ A palavra “prestação” é empregada aqui para referir qualquer *ação juridicamente devida* no âmbito de uma *relação jurídica em sentido próprio* (conforme definida esta na nota nº 15, supra, deste Capítulo). Nessa acepção, pois, abrange também os deveres de conduta de caráter não-patrimonial, desde que inseridos no contexto de uma relação jurídica daquele tipo. Desse modo, a palavra “prestação” ganha aí um sentido mais amplo do que aquele que se lhe confere no universo restrito do Direito das Obrigações, no qual ela costuma ser associada à característica da “patrimonialidade”. A propósito, cf.: GOMES, Orlando. Obrigações. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 16. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. II. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 14-17. RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. Vol. 2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 6-7.

²⁵ Na exposição de sua doutrina, DABIN qualificou a relação de “propriedade” entre o sujeito e a coisa no caso dos direitos de crédito como sendo *indireta* ou *mediata*. Para ele, como a prestação só chega ao credor mediante a atuação do devedor, apenas com o cumprimento é que sobredita “propriedade” se encontra plenamente realizada (DABIN, El derecho subjetivo, *cit.*, p. 104, 105, 106). Esse ponto de vista não é correto. O que se atribui ao sujeito ativo no caso dos direitos de crédito não é o resultado visado pelas partes, mas o poder de exigir o implemento do dever que pende sobre o sujeito passivo de realizar a prestação no tempo e modo devidos. Considerada a situação desde essa perspectiva, pode-se perceber que, em se tratando de direitos de crédito, o crédito é do credor do mesmo modo que a coisa é do proprietário, isto é, *diretamente, imediatamente*,

É importante lembrar que, no caso desse tipo de direitos, embora incidentes sobre um dever de prestar específico, quer positivo quer negativo, ainda assim a prestação devida nem sempre está determinada desde o momento mesmo da aquisição do direito. Situações exemplares são as das chamadas obrigações genéricas (ou de dar coisa incerta), alternativas e facultativas, na quais a coisa a ser entregue em razão do contrato, a princípio indefinida e/ou variável, está sujeita a um procedimento posterior de *concretização* (genéricas), *concentração* (alternativas) ou *substituição* (facultativas) destinado à sua oportuna individualização. A indeterminação do conteúdo da dívida reconhecida ao credor é, portanto, apenas inicial e transitória, e tem de ser assim porque qualquer pretensão de natureza obrigacional supõe uma prestação determinada ou determinável segundo certos critérios e procedimentos. Por isso que, nessas hipóteses, o que se tem é um típico direito atual, só que exposto à especificação futura da prestação a ser realizada.

O aspecto de atribuição está presente também nos chamados *direitos da personalidade*, ou seja, naqueles direitos incidentes sobre elementos que constituem ou integram a condição de pessoa ²⁶, como o direito à vida, ao próprio corpo, às partes separadas deste, à imagem, à honra, à intimidade ou à liberdade (de locomoção, de pensamento, de expressão, de reunião, de associação, de culto, etc.). Qualquer que seja o específico componente da personalidade individual sobre o qual cada

independentemente de qualquer atuação alheia efetiva. Ele é o bem da vida que lhe está desde logo atribuído, reservado, haja ou não observância do dever de prestar pelo devedor. Até porque, não há sentido algum em dizer que a “propriedade”, no caso dos direitos de crédito, só se “realiza plenamente” com a execução da prestação, uma vez que, como se sabe, o cumprimento é causa de extinção do crédito, nunca um fato que o constitua. Satisfeito o crédito, já não há mais direito, de modo que este não se pode definir pela noção de *propriedade indireta ou mediata da prestação*, mas pela de *propriedade do poder de exigir preexistente à execução*.

²⁶ A propósito, BITTAR divide os elementos da personalidade em *físicos, psíquicos e morais*. Os primeiros seriam a vida, o corpo, as partes do corpo, a efigie, a voz, o cadáver e a locomoção; os segundos, as liberdades, a higidez psíquica, a intimidade e os segredos; os terceiros, o nome, a reputação, a dignidade pessoal, as criações, o sepulcro e as lembranças de família. Para maiores esclarecimentos, cf.: BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 58-64.

direito dessa natureza incide, qualquer deles implica, de todo modo, o reconhecimento de um bem como sendo próprio do titular. Ora esse bem será a vida, no sentido de conjunto de propriedades e qualidades que permitem uma atividade contínua das funções orgânicas; ora, a liberdade, a intimidade ou a honra, entendidas como âmbitos existenciais isentos, respectivamente, de impedimentos externos, do conhecimento alheio ou de agravos à reputação; ora o próprio corpo, as suas partes ou a imagem. É verdade, como adverte RUGGIERO, que esses e outros direitos de mesma índole, não são ilimitados em seu conteúdo, pesando sobre eles importantes restrições na maioria dos ordenamentos jurídicos dos povos civilizados, em geral impostas por motivos de ordem pública ou de bons costumes ²⁷. Ainda assim, maiores ou menores que sejam as limitações introduzidas pelas normas particulares de cada legislação nacional, é neles perceptível o caráter atributivo onde quer que sejam reconhecidos.

Demonstrada assim, com esses apontamentos de intuito meramente ilustrativo, a extensa zona de abrangência das doutrinas fundadas sobre a idéia de *atribuição de um bem ao sujeito*, resta apenas destacar o quanto ela, essa idéia, tem de essencial ao conceito de direito subjetivo. Na experiência jurídica cotidiana, o dado mais aparente e revelador de um direito (no sentido subjetivo) está na vantagem que ele representa, ou seja, naquele conjunto de prerrogativas, faculdades ou poderes de atuação (utilização, renúncia, alienação, defesa, etc.) que aproveitam ao titular. Reduzir a isso, todavia, o conceito de direito subjetivo, implicaria ocultar que as possibilidades de agir (criticar a política do governo, construir ou plantar sobre a terra, ceder o crédito, contratar a edição de um livro, repelir a agressão, etc.) só existem como decorrência da reserva primeira do bem sobre que incidem ao sujeito que

²⁷ RUGGIERO, Roberto de. Instituições de direito civil. Vol. I. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, p. 287-288. Entre as restrições apontadas por este autor no tocante ao conteúdo dos direitos de personalidade (à vida, ao corpo, etc.), estão aquelas relacionadas às normas que repelem e/ou sancionam o suicídio, o aborto e a automutilação.

está autorizado a exercê-las. Realmente, numa sociedade civilizada, as prerrogativas jurídicas de aproveitamento dos bens da vida não se apoiam no arbítrio, na conquista pela força, mas no elo de propriedade reconhecida que vincula a coisa à pessoa. Embora relevantes, traduzindo a dimensão utilitária dos direitos subjetivos, as prerrogativas não deixam de ser uma consequência da atribuição do bem ao sujeito, não subsistindo à falta desta. Do que segue ser certo que, na caracterização do direito subjetivo, não é possível prescindir da idéia inicial de *algo atribuído a alguém*. DABIN estava, pois, pleno de razão ao considerar que exatamente nesse ponto se encontra o “*coração do direito subjetivo*”²⁸.

3.2. Direito subjetivo e prerrogativa de disposição.

Embora essencial, a idéia de atribuição não esgota o assunto. Quando se observa a situação de alguém de quem se diz que tem um direito, desde logo se constata que a condição de titular implica sempre uma vantagem, que é justamente a possibilidade de tirar proveito do bem previamente reservado. Trata-se de um segundo aspecto que, conquanto ligado ao anterior por uma relação de dependência, nem por isso exerce um papel menor na composição do conceito de direito subjetivo. Ao contrário, sua importância é significativa, porque ele diz respeito à dimensão utilitária que acaba de ser apontada, sendo certo que o reconhecimento de que algo pertence a alguém, ou seja, o fato da atribuição, só tem valor à medida que cumpre o desígnio de servir a um fim prático. É precisa, portanto, a lição de GHESTIN e GOUBEAUX na parte em que, discernindo a respeito dos elementos do direito subjetivo, observam que o mesmo se compõe do *título (titre)* e do *emolumento (émolument)*, este significando a vantagem (*avantage*) e aquele a atribuição

²⁸ DABIN, *El derecho subjetivo*, cit, p. 108. A tradução é nossa. Na versão castelhana da obra de DABÍN, lê-se: “[...] la idea de pertenencia nos introduce en el corazón del derecho subjetivo”.

(*attribution*)²⁹ que a legitima. O próprio DABIN já havia posto em realce essa dupla faceta do direito subjetivo ao defini-lo, no francês, pela palavra composta *appartenance-maitrise* (ou *o pertencer-domínio*).

Vários autores destacam esse outro lado, por vezes dando a ele uma expressão central. ROSS, por exemplo, coerente com o método empírico que preside suas reflexões, vê nele “o ponto de partida de qualquer análise”. Para ele, em primeiro lugar, “o conceito de direito subjetivo é usado para designar aquele aspecto de uma situação jurídica que é vantajoso para uma pessoa”³⁰. Em geral, incidem na ênfase a esse ponto todos os teóricos que definem o direito subjetivo sob a inspiração do secular brocardo *ius est facultas agendi*³¹, isto é, como uma *faculdade*, *prerrogativa* ou *poder de ação* conferido ao sujeito. Com efeito, em definições desse tipo, é sobretudo o efeito prático da atribuição, a vantagem, que aparece em relevo, uma vez que esta se revela sobretudo através das possibilidades de atuação do sujeito com relação ao bem da vida que lhe está destinado, vale dizer, através dos vários modos de agir sobre o bem que estão facultados ao titular para permitir um

²⁹ GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil*. Introduction générale. 2 ed. Paris: L.G.D.J., 1983, p. 145.

³⁰ ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro R. Carrió. 4 ed. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1977, p. 169. Em sentido análogo, PONTES escreveu que “para o jurista, direito tem sentido estrito: é a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo V, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 226).

³¹ É o caso das definições de GROPPALI, DEL VECCHIO, MAYNEZ e MALAURIE. A do primeiro: “Considerado sob este aspecto, isto é, pelo lado subjectivo, o direito aparece como o poder ou a faculdade concedida pelo sistema jurídico à vontade do homem, para satisfazer ou fazer valer um interesse próprio” (GROPPALI, *Introdução ao estudo do direito*, cit, p. 119). A do segundo: “Pode assim definir-se o direito subjectivo, atendendo a estes elementos, como a *faculdade de querer e de pretender, atribuída a um sujeito, à qual corresponde uma obrigação por parte dos outros*” (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. António José Brandão. 5 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 434). A do terceiro: “Derecho, en sentido subjectivo, es la posibilidad de hacer (o de omitir) lícitamente algo (MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del derecho*. 27 ed. México: Editorial Porrúa, 1977, p. 16). A do quarto: “Les individus ont un certain nombre de prérogatives, leurs droits individuels, ce qu'on exprime souvent de manière plus technique, en disant que les sujets de droit ont des ‘droits subjectifs’”. Traduzindo livremente para o português: “As pessoas têm um certo número de prerrogativas, são seus direitos individuais, o que se exprime frequentemente, de maneira mais técnica, dizendo que os titulares de direito têm ‘direitos subjetivos’” (MALAURIE, Philippe. *Droit civil – introduction générale*. Paris: Editions Cujas, 1991, p. 35).

aproveitamento de acordo com certos interesses ³². Numa fórmula breve, pode-se caracterizar a vantagem que acompanha a atribuição como uma *prerrogativa de disposição* ³³, entendida não no sentido estrito de poder de alienar, mas no de possibilidade garantida ao dono de fazer uso do bem conforme à vontade sua ou daquele que, em certas situações (incapacidade, ausência, etc.) age em seu nome, o representante.

Nesse sentido, a prerrogativa de disposição abriga uma série de possibilidades para o titular do direito. Entre elas, considerando o direito positivo brasileiro, incluem-se, para o proprietário de coisa material, as de utilizá-la, construir sobre ela, transformá-la, dá-la em locação, defendê-la contra as turbações de terceiros ou aliená-la a título gratuito ou oneroso; para o credor hipotecário, as de exigir o crédito, cedê-lo ou dá-lo em caução de uma dívida sua com outrem; para o credor comum, as de reclamar ou não o cumprimento da prestação, remitir a dívida, fazer dação em pagamento com o crédito, cedê-lo *pro solvendo* ou *pro soluto* ou compensá-lo; para o proprietário de bens imateriais, como o autor de trabalho literário, as de conservar a obra inédita, modificá-la antes ou depois da publicação, retirá-la de circulação quando tal implicar ofensa à sua reputação, autorizar a reprodução, edição, adaptação, etc.; para a pessoa humana, como dona de um *âmbito existencial próprio* ³⁴, podem ser citadas as de doar partes do corpo para fins terapêuticos, em vida ou após a morte, de negar o consentimento para reprodução da imagem, de optar por expressar um pensamento em público ou em círculo íntimo ou de simplesmente refugiar-se na intimidade do lar para evitar o assédio muitas e tantas vezes abusivo dos profissionais de comunicação.

Para efeitos de exposição sistemática, pode-se dizer que a soma das possibilidades inscritas na prerrogativa de disposição compõe o

³² Interesses que podem ser do próprio titular ou de uma outra pessoa, como no caso dos chamados direitos-função.

³³ Cf.: DABIN, *El derecho subjetivo*, cit, p. 111.

³⁴ *Âmbito existencial próprio* é expressão utilizada por LARENZ para indicar *o bem* que, em sentido genérico, corresponde ao sujeito no caso dos direitos de personalidade. LARENZ, *Derecho civil, parte general*, cit, p. 274.

conteúdo de cada direito subjetivo, enquanto que o bem sobre o qual elas podem ser realizadas constitui o respectivo *objeto* ³⁵. É sobretudo importante recordar, todavia, que essas possibilidades (ou faculdades, prerrogativas, poderes) não são irrestritas, nem estão submetidas à definição dos interessados, mas antes têm a sua extensão delimitada pelos princípios e regras que disciplinam cada situação jurídica, segundo a interpretação que venha a ser acolhida neste ou naquele local e época. Assim é que, dependendo da orientação que prevaleça num determinado ordenamento, o direito de propriedade pode não implicar a faculdade de deixar o terreno rural inculto; o direito à vida pode não albergar a faculdade de suicidar-se; o direito ao corpo pode não autorizar a faculdade de abortar; o direito de crédito pode não justificar a faculdade de transferir uma obrigação de natureza alimentar, e daí por diante. Assim, se todos os direitos subjetivos abrem um leque maior ou menor de perspectivas, o poder de ação do titular fica circunscrito aos modos legítimos de aproveitamento que integram o conteúdo próprio de cada um deles.

Nesse ponto, é interessante ponderar que, sob esse aspecto, o direito subjetivo não se confunde com o exercício das prerrogativas que o integram. De fato, independentemente de haver ou não uma atuação efetiva, o direito subjetivo já existe como uma possibilidade garantida de agir, ou como um conjunto de ações possíveis, não necessariamente postas em prática. Para reconhecer a existência de um direito subjetivo, basta então, no que concerne ao ponto em debate, que o bem esteja à disposição da vontade do titular, com reserva dos limites próprios do conteúdo de cada espécie particular, pouco importando se e quando far-se-á ou não o uso consentido. Cabe notar que o núcleo das objeções à teoria do direito subjetivo como *poder da vontade*, de WINDSCHEID, reside justamente na crítica de não-discernimento entre o direito como *poder da vontade em potência* ou virtual e o direito como *poder da vontade em ato*

³⁵ Cf.: GROPPALI, Introdução ao estudo do direito, cit, p. 166. Cf. também: RÁO, O direito e a vida dos direitos, cit, p. 799-800.

ou atual ³⁶, vale dizer, entre o direito como mera possibilidade de agir e exigir e o direito como atuação ou exigência efetiva.

Por último, uma ressalva é necessária. Diversamente da maioria dos direitos subjetivos, cujo conteúdo compreende verdadeira *facultas agendi*, há aqueles que não são exercitáveis através de ações praticadas pelo titular. É o que ocorre, por exemplo, com o direito à inviolabilidade do domicílio, que se caracteriza meramente (do ponto de vista do bem

³⁶ São as seguintes as objeções em geral dirigidas à teoria da vontade, de WINDSCHEID: 1) O direito subjetivo pode existir a despeito de qualquer vontade real ou de qualquer manifestação de vontade do titular. Assim é que, a adotar-se tal doutrina, só poderiam ter direitos subjetivos as pessoas dotadas de vontade em sentido psicológico e não haveria como justificar-se a atribuição de direitos aos incapazes (loucos, menores impúberes, etc.), ao nascituro e às pessoas jurídicas, que, embora desprovidos de vontade perfeita, são titulares de direitos. Em termos mais precisos, há que se distinguir entre a *capacidade de direito*, isto é, a capacidade de ser titular de um direito em uma relação jurídica, e a *capacidade de fato*, é dizer, a capacidade de uma pessoa adulta e normal para exercer seus direitos. Ademais, o sujeito ativo pode recusar-se a exercer seu direito (a exemplo do credor que não se dispõe a cobrar a dívida), mas nem por isso perde a faculdade que uma norma lhe atribui. A essência do direito em nada é afetada pelo fato de não ser ele exercido por qualquer motivo. É comum afirmar-se, por isso, que WINDSCHEID confundiu o direito com o seu exercício: a vontade do titular de um direito subjetivo é necessária para a sua execução, mas esta pressupõe, logicamente, o direito e é distinta dele; 2) Pode existir direito subjetivo ainda que o titular ignore sua existência, como, por exemplo, no caso dos ausentes; 3) A doutrina da vontade não dá conta dos chamados *direitos de liberdade* (tais como o direito à vida, à integridade física, à liberdade de locomoção, etc.), os quais são conferidos pelo ordenamento jurídico em atenção a razões superiores, sem que seja necessária qualquer manifestação de vontade do titular para que os demais se achem obrigados a respeitá-los; 4) Há direitos cuja renúncia não produz qualquer efeito jurídico, tais como os direitos trabalhistas; 5) É também improcedente a tentativa posterior de reformulação da teoria, em que WINDSCHEID afirma que a vontade que define o direito subjetivo é a “vontade do ordenamento jurídico” e não a do titular do direito. Com isso, a doutrina nega seu próprio ponto de partida, que pretendia justamente marcar a distinção entre o direito objetivo e o subjetivo a partir da oposição entre a vontade real-psicológica do indivíduo, por um lado, e o ordenamento jurídico, por outro. Através da identificação do direito subjetivo com a vontade do ordenamento, chega-se à supressão daquele ou à assimilação dos dois aspectos que se vinha buscando distinguir, pois se há uma única vontade - a do ordenamento jurídico - esta orientará não só a norma, mas também as faculdades subjetivas que concede. Além disso, a expressão “vontade do ordenamento jurídico” é deveras frágil, não passando de uma metáfora, incapaz de fundar a essência do direito. Com efeito, a vontade é uma característica psicológica, propriamente humana, sendo inadequado atribuí-la ao ordenamento jurídico, que, enquanto conjunto de normas que é, carece de “vontade”. A propósito, cf.: AFTALIÓN, Enrique; OLANO, Fernando G.; VILANOVA, José. Introducción al derecho. Tomo I. 5 ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1956, p. 276-279; CABRA, Marco G. M. Introducción al derecho. 2 ed. Bogotá: Temis, 1973, p. 177-178; DABIN, El derecho subjetivo, cit, p. 70-81; DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 226; GARDIOL, Ariel Álvarez. Introducción a una teoría general del derecho. Buenos Aires: Astrea, 1975, p. 70-71; MONTORO, Introdução à ciência do direito, cit, p. 443-444; MOUCHET, Carlos; BECÚ, Ricardo

atribuído) como uma *esfera de imunidade*, e não como uma *esfera de autonomia* (caso da liberdade de contratar). Nessas situações subjetivas, o titular não dispõe de um *poder de ação* sobre o bem, apenas pode dele fruir passivamente enquanto não se verifica a indevida violação. Daí que, em tal contexto, parece não ter cabimento pretender separar, esquemática e logicamente, as noções de *atribuição de um bem* e de *prerrogativa de disposição*, pois as duas instâncias se resolvem numa única dimensão. O sujeito do direito aí não o exerce atuando sobre o objeto que lhe foi reservado, valendo-se destas ou daquelas faculdades, mas dele se aproveita sem atuar, enquanto simples e somente o tem.

3.3. Direito subjetivo e correlação com um dever.

Na vida em sociedade, a atribuição de um bem ao sujeito, com as inerentes prerrogativas de aproveitamento, implicando sempre uma forma de propriedade em sentido amplo, deriva ainda uma outra conseqüência. Vista pelo lado da coexistência social ³⁷, que é o âmbito próprio da experiência jurídica, a situação do titular se apresenta como uma esfera inviolável, quer dizer, composta de *um ter* e *um poder* que se impõem ao acatamento dos demais. Decorre daí uma terceira noção importante ao conceito de direito subjetivo, a de que à reserva do bem à pessoa corresponde sempre um dever de respeito por parte de outros.

Em relação a qualquer tipo de direito subjetivo, esse dever de respeito importa, em primeiro lugar, um comportamento de abstenção. É o dever genérico de não praticar qualquer ação que ameace, embarace ou frustrate o exercício pelo titular. Seus destinatários são, em segundo lugar, todas as pessoas indistintamente consideradas, podendo-se traduzir essa

Zorraquín. Introducción al derecho. Buenos Aires: Arayú, 1953, p. 144-145; RÁO, O direito e a vida dos direitos, *cit*, p. 541-544; REALE, Lições preliminares de direito, *cit*, p. 249-251.”

³⁷ Para DABIN, nesse caso, considera-se o direito subjetivo desde o ponto de vista externo, ou seja, frente aos outros. DABIN, El derecho subjetivo, *cit*, p. 116.

implicação pela noção de oponibilidade *erga omnes*. Essas são duas características que costumam aparecer unificadas na expressão *obrigação passiva universal*. Uma tradicional lição, inspirada na classificação dos direitos subjetivos em *absolutos e relativos*, ensina que um dever com tal conteúdo se encontra apenas no caso dos primeiros, entre os quais estariam os direitos sobre coisas e os direitos de personalidade. Mas este ponto de vista é inexato, porque também os *direitos de estrutura relacional*, ditos relativos, impõem aos terceiros estranhos à relação entre credor e devedor uma conduta omissiva, vedando-lhes uma interferência prejudicial ao livre desenvolvimento do vínculo alheio³⁸. Sob esse enfoque, pois, todos os direitos subjetivos são correlativos de um dever geral negativo, expresso no milenar preceito de *alterum non laedere*, de ULPIANO³⁹.

É certo, entretanto, que, quanto aos *direitos de estrutura relacional*, o problema da intersubjetividade assume feição própria. Aqui, somando-se à *obrigação passiva universal*, existe ainda o dever especial imposto ao sujeito passivo da relação jurídica, individualmente considerado, determinando-lhe que realize uma conduta especificamente devida, que é a prestação. E assim é, naturalmente, por causa da estrutura e do objeto desses direitos, que envolvem um vínculo *inter partes* e uma dívida peculiar. Por isso que, ao credor numa relação contratual, corresponde não só um imperativo de inviolabilidade frente a terceiros, mas também e principalmente uma pretensão que se dirige exclusivamente contra o devedor. O *dever de prestar*, nesse caso, tanto pode ser positivo quanto negativo (um *fazer*, um *dar* ou um *não-fazer*) e, na verdade, está já contido na idéia inicial de atribuição, porque é ele mesmo o bem desde logo reservado ao titular. A rigor, não se trata de um dever correlato do nexos de propriedade entre o bem e o sujeito, mas de um

³⁸ No mesmo sentido, cf.: GHESTIN e GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, cit, p. 175-176. E, mais enfático ainda: ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, cit, p. 192-193.

³⁹ *Institutas*, Livro Primeiro, Título I, § 3; *Digesto*, Livro Primeiro, Título I, § 10. CORPUS IURIS CIVILIS. Vol. I. Institutiones. Digesta. Alemanha: Weidmann, 1973. 957p.

dever que constitui o próprio objeto da atribuição. De qualquer sorte, não estará incorreto considerá-lo como correlativo, senão do plano do *pertencer*, ao menos da faculdade de exigir o respectivo cumprimento.

A correlação entre o direito de um e o dever de outro prende-se à tese, secularmente repetida, da bilateralidade da norma jurídica, em contraste com a natureza da norma moral, que seria unilateral. Norma jurídica e norma moral são tidas, ambas, como espécies de normas éticas, entendidas como prescrições de *dever-ser*, à diferença das leis físicas, que são descritivas de uma relação causal⁴⁰. Diferem contudo, segundo DEL VECCHIO, porque aquilo que a moral preceitua dirige-se só àquele que deve atuar, ao passo que o direito (em sentido objetivo), enquanto cria uma possibilidade a um sujeito, aos outros impõe uma necessidade⁴¹. Seria possível, sem dúvida, polemizar quanto ao acerto desse critério de distinção entre a norma moral e a norma jurídica, mas este não é o lugar para tanto. Como quer que as coisas se passem realmente nos quadrantes da ordem moral, o que interessa acentuar agora é apenas que, nos domínios da experiência jurídica, o caráter bilateral das regulações é bastante nítido e tem sido reconhecido por importantes autores.

A propósito, lê-se em BOBBIO: “*Em outras palavras, direito e dever são as duas faces da relação jurídica, que não podem estar uma sem a outra. Dizer que o direito permite e não ordena seria como ver o fenômeno jurídico desde um só ponto de vista, e não aceitar, por conseguinte, que o*

⁴⁰ A distinção entre o caráter prescritivo das normas éticas e o caráter descritivo das leis físicas fica clara partindo de um famoso exemplo de KELSEN. Uma lei física enuncia: “se um corpo metálico é aquecido, ele se dilatará”. Aqui, a norma não dita um comportamento a ser observado, mas descreve uma relação de causa e efeito. Ela não prescreve *algo que deva ser*, mas descreve *algo que inevitavelmente será* (KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 29). De modo diverso, uma norma ética diz: “honra teu pai e tua mãe”. Nesse caso, a norma não descreve uma relação necessária, mas indica um comportamento esperado, que tanto pode vir a ser observado como não, caso em que a norma restaria violada. Daí falar-se em prescrição de *dever-ser*. A mesma idéia pode ser encontrada em RADBRUCH, quando o autor distingue entre as “leis do precisar” e as “leis do dever”. A propósito, cf.: RADBRUCH, Gustav. Introdução à ciência do direito. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1.

⁴¹ DEL VECCHIO, Lições de filosofia do direito, *cit*, p. 363.

direito permite só enquanto ao mesmo tempo ordena”⁴². E também em RADBRUCH: “*Da validade do direito na vida social, [...] deriva ainda [...] que o seu conteúdo não pode deixar de ser formado por relações jurídicas, e que estas, por sua vez, o são por deveres e pretensões [...]. Não é concebível uma ‘ordem jurídica’ que não possa decompor-se em relações jurídicas e, portanto, em direitos e obrigações dos homens uns para com outros*”⁴³. E ainda em MAYNEZ: “*As normas jurídicas são bilaterais porque impõem deveres correlativos de faculdades ou concedem direitos correlativos de obrigações. [...] A regulação jurídica é uma conexão de dois juízos, reciprocamente fundados, um imperativo e outro atributivo*”⁴⁴. Como se pode perceber, são opiniões de pensadores expressivos, que espelham uma doutrina bastante antiga e de amplo consenso⁴⁵.

3.4. Direito subjetivo e possibilidade de coação.

À medida que a idéia de correlação remete a um comportamento juridicamente devido em face de alguém a quem se reconhece a titularidade de uma esfera *reservada, proveitosa e inviolável*, segue daí uma outra resultante necessária, sem a qual todos os predicados anteriores quedariam comprometidos. Trata-se de um elemento do conceito de direito subjetivo ligado à eventual necessidade de reação à inobservância do dever prescrito, quer consumada quer apenas iminente. Numa só palavra, pode-se dar a ele o nome de *coatividade*, no sentido de

⁴² BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Trad. Eduardo Rozo Acuña. Bogotá: Editorial Temis, 1987, p. 83. A tradução é nossa.

⁴³ RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. 6 ed. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 95.

⁴⁴ MAYNEZ, Introducción al estudio del derecho, cit, p. 15, 17. A tradução é nossa.

⁴⁵ Registre-se, nesse ponto, a seguinte anotação de VASCONCELOS: “A propriedade de ser bilateral da norma, isto é, sua referibilidade a dois lados (*bis + lateralis*), advém-lhe da própria natureza do Direito, de que ela é expressão formal. Isso se evidencia ao tomarmos qualquer conceito de Direito, que alcance sua essencialidade, seja a ‘proportio ad alterum’, de Tomás de Aquino, a ‘hominis ad hominem proportio’, de Dante, o ‘querer entrelaçante’, de Stammler, a ‘conduta em interferência subjetiva’, de Carlos Cossio, ou a ‘bilateralidade-atributiva’ de Miguel Reale”. VASCONCELOS, Teoria geral do direito, cit, p. 150.

possibilidade do emprego da coação, entendendo-se por *possibilidade* não a qualidade do que é suscetível de acontecer no plano factual, mas de um evento que está autorizado no plano jurídico; e por *coação*, desconsiderando a questão no que concerne ao direito penal, a prática de certos atos externos destinados a evitar ou anular a conduta contrária à devida ou a eliminar ou compensar seus malefícios, mesmo contra a vontade do ofensor obrigado e, em geral, com o uso de força física, de acordo com sanções previamente estabelecidas pelo grupo social ⁴⁶.

KANT, antes de todos os teóricos da ciência jurídica que começa a se formar nas últimas décadas do século XIX após o ocaso da escola do direito natural, já apontava em texto de 1797 a íntima conexão entre as liberdades jurídicas e a faculdade de exercer a coação. No seu pensamento, uma ação é considerada conforme ao direito (sentido objetivo) quando traduz o exercício de uma liberdade conciliável com a liberdade (sentido subjetivo) que a todos os demais se concede. Textual: “*Uma ação é conforme ao direito quando, segundo ela ou segundo sua máxima, a liberdade do arbítrio de cada um pode conciliar-se com a liberdade de todos, segundo uma lei geral*”. Daí a célebre definição kantiana do direito como “*o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio do outro, segundo uma lei geral*”. Em contrapartida, para o filósofo, revela-se contrária ao direito toda ação que porventura crie obstáculos ao exercício individual da liberdade que se contém nos limites da lei geral de liberdade, pois uma tal ação, impedindo o exercício de uma liberdade legítima, é em si mesma inconciliável com aquela mesma lei geral, excedendo os limites da liberdade a todos igualmente concedida. Para KANT, a coação é uma forma de resistir aos obstáculos postos à liberdade

⁴⁶ A definição de coação aí exposta leva em consideração a noção de *sanção externa e institucionalizada* proposta por BOBBIO como característica própria das normas jurídicas. A propósito, cf.: BOBBIO, *Teoría general del derecho*, cit, p. 110-112. Nesse conceito de coação acima formulado cabem, por exemplo: a execução de uma liminar de busca e apreensão; a execução de uma sentença condenatória de ressarcimento de danos; o cancelamento por determinação judicial de um registro imobiliário indevido; a execução de um despejo por falta de pagamento; a execução de uma ordem de reintegração de posse; a prática de atos em legítima defesa ou em desforço contínuo e imediato; etc.

conforme ao direito, razão pela qual conclui que a coação que se opõe ao impedimento ilegítimo coincide com a liberdade legítima. Por isso, para ele, “a coação é conforme ao direito”, ou, mais incisivo, “direito e faculdade de coação significam, portanto, uma e a mesma coisa”, ou, dito ainda de uma outra forma, “todo direito em sentido estrito (*ius strictum*) está unido à faculdade de exercer a coação”⁴⁷.

Depois de KANT, essa mútua implicação tem sido em geral admitida pelas mais prestigiadas doutrinas, ainda que com possíveis variações de sentido. Exemplo paradigmático são os estudos clássicos de IHERING. Neles, ela aparece claramente assinalada em duas passagens marcantes. Primeiro quando, destacando-lhe o caráter de indispensável, ele afirma, a propósito do direito objetivo, que um preceito não coercivo “é um fogo que não queima, uma tocha que não brilha”⁴⁸; depois quando, dando ênfase à função de garantia, formula a sua conhecida definição do direito subjetivo como um “interesse juridicamente protegido”, somente em parte superada⁴⁹. Modernamente, entre tantos outros, LATORRE

⁴⁷ KANT, Immanuel. Introducción a la teoría del derecho. Trad. Felipe González Vicen. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 46, 47, 48 e 51. A tradução é nossa.

⁴⁸ IHERING, Rudolf Von. El fin en el derecho. Trad. não indicada. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946, p. 159. A tradução está de acordo com aquela feita por Manoel de Alarcão a propósito de citação igualmente transcrita em: GROPPALI, Introdução ao estudo do direito, cit, p. 52.

⁴⁹ Quer dizer: superada na parte relativa ao elemento “interesse”. Das muitas objeções geralmente dirigidas à *teoria do interesse*, de IHERING, destacam-se as seguintes: 1) A doutrina do interesse peca ao definir o direito pelo seu fim. Seu vício metodológico reside em situar a essência do direito subjetivo em um elemento absolutamente não jurídico, como é o interesse, e que sem a devida proteção jurídica não passa de um estado de fato, de utilidade ou satisfação. Em outros termos, o interesse é elemento *pré-jurídico*, é dizer, constitui a razão ou a finalidade do direito, mas não é, em si mesmo, o direito subjetivo; 2) Mais importante que o elemento “interesse” é a proteção jurídica: se esta não existe, não há direito subjetivo; se, ao contrário, existe proteção jurídica, não há necessidade de investigar se no caso concreto há interesse, pois a comunidade, através da norma, já determinou que existe, na hipótese, direito subjetivo; 3) Direito e interesse não estão necessariamente associados, não só porque o titular de um direito pode simplesmente não ter interesse em exercê-lo, mas também porque há muitas situações em que o titular do interesse, ou seja, aquele a quem aproveita o benefício ou a vantagem do direito, não é o titular do direito subjetivo. É o caso, por exemplo, da propriedade gravada com encargo; 4) Existem interesses protegidos pelo ordenamento jurídico que não constituem direitos subjetivos, pois não se concede qualquer pretensão a quem quer que seja; 5) O critério do interesse faz depender a existência do direito subjetivo da apreciação particular de cada um. A norma, contudo, adota um parâmetro francamente objetivo, pois atribui bens não

igualmente acolheu a lição, observando que o que caracteriza as determinações jurídicas não é só o reconhecimento da sua obrigatoriedade, “*mas o serem acompanhadas da possibilidade de sua imposição*”⁵⁰.

Melhor do que ninguém, todavia, foi KELSEN quem sustentou, com um argumento novo, a relação essencial entre um dever jurídico e o aspecto da coatividade. Para ele, uma conduta considera-se juridicamente imposta somente e precisamente porque à conduta oposta está ligada a previsão de um ato de coação como sanção. Não fosse por isso, de modo algum tratar-se-ia de um dever jurídico em sentido estrito⁵¹. Com efeito, escreve, “*se o legislador impusesse a restituição de uma dívida de empréstimo ou proibisse o furto sem ligar uma sanção à não-restituição da dívida ou à perpetração do furto, exprimiria ele apenas um desejo juridicamente irrelevante, sendo a não-restituição da dívida ou a omissão do furto juridicamente não-imposto*”⁵². A novidade do argumento de KELSEN está na inversão que ele propõe. No pensamento tradicional, a sanção, enquanto ato de coação estatuído para o caso de violação, é uma conseqüência do ilícito jurídico; para KELSEN, contudo, cuida-se de um elemento constitutivo deste, porque é apenas o fato de acarretar uma sanção que qualifica uma dada conduta como juridicamente ilícita. A possibilidade do exercício da coação aparece então não como um meio de

em função da utilidade ou conveniência do titular, mas porque entende que tais bens lhe correspondem por um imperativo de justiça. Quanto às críticas a IHERING, cf.: AFTALIÓN, OLANO e VILANOVA, *Introducción al derecho*, cit, p. 279-281; CABRA, *Introducción al derecho*, cit, p. 179; DABÍN, *El derecho subjetivo*, cit, p. 83-90; DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit, p. 226-227; GARDIOL, *Introducción a una teoría general Del derecho*, cit, p. 72; MONTORO, *Introdução à ciência do direito*, cit, p. 444-446; MOUCHET e BECÚ, *Introducción al derecho*, cit, p. 145-146; RÁO, *O direito e a vida dos direitos*, cit, p. 548-553; REALE, *Lições preliminares de direito*, cit, p. 251-252.

⁵⁰ LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1978, p. 40.

⁵¹ Discorrendo sobre as possíveis definições de *dever*, CORREAS observa que o sentido mais conforme à nossa experiência cotidiana é precisamente o indicado acima. Textual: “[...] que algo é ‘devido’ quer dizer que, se não se cumpre, o mais *provável* é que se produza uma sanção”. CORREAS, Óscar. *Teoría del derecho*. Barcelona: M. J. Bosch, 1995, p. 62. A tradução é nossa.

⁵² KELSEN, *Teoria geral das normas*, cit, p. 123.

salvaguarda dos preceitos que estabelecem deveres de conduta, mas antes como o pressuposto de sua qualificação como jurídicos. Essa é uma idéia central da teoria jurídica kelseniana, afirmada reiteradamente ⁵³.

Nessa linha de raciocínio, a coatividade não pode deixar de ser reconhecida como um caractere que se soma a todos os demais na composição do conceito de direito subjetivo. Realmente, se à atribuição do bem ao sujeito, contemporânea de um poder de disposição, correspondem deveres gerais ou especiais, negativos e positivos, necessariamente coercíveis, pena de não constituírem condutas que possam ser tidas como juridicamente impostas, a possibilidade de que sejam executados atos de coação legalmente sancionados, em favor do titular eventualmente lesado e contra o devedor delinqüente, é um elemento indissolúvel da noção. Isso é verdade, sobretudo, quando se trata de buscar um conceito de direito subjetivo que não só possa corresponder ao sentido normal da linguagem técnica das regulações legislativas como esteja baseado na seleção de traços que evidenciem a sua especificidade em relação a outras distintas categorias, ainda que próximas. Do contrário, se não se acolhe a coatividade como uma qualidade típica do direito subjetivo e algo que lhe dá a sua ímpar significação, corre-se o risco de designar sob a mesma expressão duas realidades muito diferentes, como são as *situações subjetivas abertas à coação* e as *situações subjetivas não abertas à coação* ⁵⁴, caso daquelas posições correlativas das chamadas obrigações naturais e morais (dívida de jogo, dívida prescrita, dever de solidariedade, de cortesia, etc.) e outras situações porventura equivalentes.

⁵³ A propósito, cf.: KELSEN, Teoria geral das normas, cit, p. 30, 122, 123 e 182; Teoria pura do direito, cit, p. 28, 36, 54, 68, 124, 125, 126, 128 e 129; Teoria geral do direito e do estado. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 55 e 63. Sobre o confronto entre a doutrina tradicional, da coação como meio de fazer valer o direito, e a posição de KELSEN, da coação como elemento constitutivo do direito, cf.: BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 151-159.

⁵⁴ Entendendo coação no sentido do conceito há pouco proposto (Cap. I, item 2.4.), excludente das noções de coação moral e/ou social (isto é, interna e/ou desorganizada).

Vale referir que, entre nós, BEVILÁQUA reconheceu sem hesitação a coatividade como inerente ao direito subjetivo, afirmando, em breve texto sobre a filosofia jurídica de DEL VECCHIO, que este se compõe de dois aspectos: “*um interno, consistente na possibilidade de agir na conformidade e dentro dos limites do imperativo; outro, exterior, denotando a impossibilidade de qualquer empecilho e, correspondentemente, a possibilidade para o sujeito de reagir contra a violação*”⁵⁵.

Fica estabelecido então que direito subjetivo, em sentido próprio (ou estrito, forte, típico, perfeito, completo, etc.), é só aquele coativamente defensável. Mas é preciso entender bem o significado dessa afirmação. Atualmente, a imposição coativa de um direito normalmente supõe uma sanção prevista em abstrato para a hipótese de violação, uma ação ajuizada pelo titular ou por quem o represente, uma decisão judicial favorável ao autor e, geralmente, um ato de força praticado por agentes do poder público no processo de execução (a apreensão da coisa e sua venda em praça pública, por exemplo). O direito subjetivo, no entanto, não se confunde com a ação judicial nem com o ato coativo, que são eventos dele destacados. O que caracteriza o direito subjetivo e participa do seu conceito é, como ficou dito, a possibilidade da coação, não a sua deflagração ou efetivação. Um credor lesado por inadimplemento pode muito bem ficar inerte diante da ofensa e deixá-la impune, mas ainda assim seu direito continua sendo o seu direito pelo só fato de ser a imposição coativa uma alternativa virtual. O mesmo vale para os casos em que, excepcionalmente, vigora o regime de autotutela (legítima defesa, desforço contínuo e imediato, etc.). Nessas situações, mesmo que o prejudicado não produza ele próprio a reação coativa que lhe está autorizada como sanção contra o agressor, o direito existe à margem dessa eventualidade na simples possibilidade jurídica de reagir.

⁵⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. A filosofia jurídica na Itália: Giorgio Del Vecchio. In: DEL VECCHIO, Giorgio. A justiça. São Paulo: Saraiva, 1960, Prefácio.

Por outro lado, é preciso ainda ressaltar que não é a *possibilidade de ação*⁵⁶ que tipifica o direito subjetivo, mas a *possibilidade de coação*, o que é bem diferente. Nos sistemas jurídicos remotos, dominados pelo princípio da autotutela, por mais inconveniente aos desideratos de ordenação social, ainda assim existiam direitos subjetivos coativamente defensáveis, só que deixada aos particulares a faculdade de exercer diretamente a força destinada a neutralizar a ação lesiva ou a compensar seus efeitos danosos⁵⁷. É precisamente o que se admite ainda hoje nos ordenamentos mais avançados a propósito de certas situações-limite, como no caso há pouco indicado de ameaça e risco iminente de uma agressão letal por outrem. Nesse caso, o direito à vida se faz sentir independentemente de estar ou não conectado a um procedimento judiciário que o assegure; a sua proteção está associada simplesmente à possibilidade de ser coativamente imposto o respeito que lhe corresponde, vale dizer, através de um ato de defesa suficiente e necessário, praticado pela própria vítima, com vistas a repelir a conduta delituosa. O mesmo se passa no seio do ordenamento familiar, em que os pais, diretamente, são os detentores do poder de coação contra os filhos, no que diz respeito aos deveres destes frente às exigências daqueles. Desse modo, percebe-se que a *acionabilidade*, além de historicamente contingente e eventualmente

⁵⁶ Entendendo por *possibilidade de ação* a prerrogativa concedida aos titulares de um direito subjetivo violado ou ameaçado de provocar o exercício da atividade jurisdicional do Estado, que por sua vez se realiza através de um conjunto de atos denominado *processo*. Sobre o assunto, cf.: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 209-227.

⁵⁷ Note-se, a propósito, o que escreveu IHERING (tradução conforme o português da década de 30) em alusão à história dos ordenamentos primitivos: “Si bem que o ponto essencial para a ordem jurídica seja a realização constante do direito, é um erro crer que esta realização se não possa conseguir senão pelo Estado e sua (sic) autoridades, e que ficaria incompleta confiada ao poder imediato dos usos da vida. Em sua origem, toda necessidade achava a sua satisfação em si mesma. Antes que um progresso mais acentuado fizesse surgir, a pouco e pouco, órgãos especiais para os diversos interesses, exigências e necessidades da comunidade, nem por isso ficavam êstes ao abandono, porquanto a defesa privada natural ou a virtude curativa da vida velavam por eles”. JHERING [IHERING], Rudolf Von. O espírito do direito romano nas diversas fases do seu desenvolvimento. Vol I. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1934, p. 118. Sobre o assunto, com maiores desenvolvimentos, cf.: Ibidem, p. 117-159.

dispensável, indica apenas uma das formas através das quais a coação pode vir a ser produzida, embora a mais comum nos sistemas jurídicos atuais ⁵⁸. Ela não é, pois, essencial ao conceito de direito subjetivo, diversamente da *coatividade*, que é um pressuposto lógico da noção.

Alguns autores, como FERRAJOLI ⁵⁹ e COMPARATO ⁶⁰, procurando afirmar a natureza jurídica dos direitos humanos proclamados nas declarações internacionais não recepcionadas por um ordenamento concreto, postulam que o conceito de direito subjetivo independe do elemento da coatividade, bastando-se com a idéia da pertinência de um bem da vida ao sujeito. Mas assim, a uma vez, descuram que reservar algo a alguém pressupõe necessariamente o reconhecimento da possibilidade de se tentar fazer valer a atribuição nos casos de violação ou ameaça, pois atribuir sem tornar defensável é o mesmo que não atribuir o que quer que seja. Depois, se bem se entende, pretendendo com esse argumento não menos do que sustentar a vigência universal dos direitos humanos internacionais e, assim, a sua vocação à *justiciabilidade* em qualquer circunstância, inclusive perante as jurisdições nacionais, outra coisa não fazem do que reivindicar para eles uma coatividade inerente, de modo que estão eles próprios a confirmar a íntima relação entre direito e coerção.

A propósito, para finalizar, é de suma importância compreender que *coatividade* não se confunde com *efetividade*. Pode muitas vezes ocorrer que o titular de um direito subjetivo não consiga realizá-lo na prática em razão de limitações materiais ou fáticas insuperáveis. É o que acontece quando o devedor inadimplente, já condenado, não possui bens para garantir a execução, ou quando o lesante, culpado em acidente de trânsito com vítimas, foge sem ser identificado. Nesses casos, excepcionalmente, a pretensão do credor certamente permanecerá

⁵⁸ “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”, diz o Código Civil brasileiro de 1916 em seu artigo 75.

⁵⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Trotta: Madrid, 1999, p. 59-65.

⁶⁰ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 48.

insatisfeita, mas isso não quer dizer que o direito violado pelo descumprimento do dever correlativo não fosse coercível, mas apenas que não se fez efetivo. A *coatividade* é um predicado do direito subjetivo que, independentemente das oscilações de resultado, reside na só autorização do recurso aos meios coativos por parte do prejudicado; para o seu reconhecimento, não é o êxito da força que importa, mas a permissão de que seja empregada. A *efetividade*, diferentemente, não é uma ação que se faculta, mas um fato que se constata: ela diz respeito à satisfação concreta do direito subjetivo. É o *fim* da coatividade, mas não a coatividade.

3.5. Direito subjetivo e norma jurídica positiva.

De tudo quanto exposto, segue que *ter um direito* significa estar na posição de dono de um dado bem do qual se pode dispor livremente dentro de certos limites, restando imposto aos outros o dever de respeitar tal condição sob pena de reação coativa. Falta agora, para completar a noção, considerar o problema da investidura das pessoas nessa situação privilegiada. O assunto é delicado porque, reportando à teoria das fontes de titulação, ele pode sugerir o debate em torno de *um dos aspectos* da longínqua e persistente polêmica entre *jusnaturalismo* e *juspositivismo*, isto é, à questão de saber se os direitos reconhecidos aos homens derivam, dito muito genericamente, de ditames da reta razão revelados pela sabedoria dos filósofos ou de um ato de vontade do legislador autorizado.

Ponderando a controvérsia, entretanto, exclusivamente na dimensão dos atuais Estados Constitucionais, edificados segundo o modelo teórico que se cultiva no pensamento político ocidental (o modelo da Constituição popular ou democrática ⁶¹), a solução encaminha-se na segunda direção: a fonte dos direitos subjetivos é a norma jurídica positiva, no sentido de *norma posta* pelo conjunto da sociedade, quer

⁶¹ Sobre os conceitos de Constituição *outorgada*, *pactuada* e *democrática*, cf.: BONAVIDES, Curso de direito constitucional, *cit.*, p. 71-72.

através de um *poder constituinte originário democraticamente legitimado*⁶² (caso dos direitos fixados no nível constitucional primário), quer através de um *poder constituído (constituente derivado ou legislativo ordinário) de atuação vinculada à observância dos requisitos de vigência e validade*⁶³ constitucionalmente estabelecidos (caso dos direitos fixados no nível de revisão ou emenda constitucionais e da legislação infra-constitucional).

Uma igual conclusão se impõe mesmo numa perspectiva filosófica, com abstração de qualquer referência à realidade de ordenamentos jurídicos concretos. Aqui, fala alto o *relativismo* de RADBRUCH. O que é o direito de uns e o dever de outros é algo que não se pode determinar segundo as crenças e opiniões particulares de cada homem, normalmente conflitantes e divergentes, porque a ordem da vida comunitária reclama uma disciplina uniforme, uma medida objetiva do certo e do errado, do justo e do injusto, do *meu* e do *teu*. A disputa das concepções opostas exige a regulamentação por uma entidade supra-individual, e “*se a razão e a ciência não conseguem realizar essa tarefa*”, então “*ela deverá ser assumida*” por uma força colocada “*acima dos indivíduos*” isolados, capaz de resolver o conflito entre as várias

⁶² Embora de natureza essencialmente política e, como tal, *supra legem* ou *legibus solutus*, o poder constituinte originário não existe, como escreve BONAVIDES, “*como fato apenas, senão também como valor*”, de modo que o seu exercício supõe o respeito ao *princípio da legitimidade democrática*, isto é, “*da livre participação dos governados na formação da vontade oficial, podendo ocorrer em escala variável de intensidade ou extensão, conforme o grau de abertura reconhecida à presença governante dos cidadãos*” (por exemplo, através da submissão do texto constitucional a *referendum* e outros meios plebiscitários ou da eleição dos membros da assembleia constituinte pelo colégio universal dos cidadãos) (BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 138-139). Cf. também do mesmo autor e no mesmo sentido: BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 205-207.

⁶³ Entendendo *vigência* e *validade* como dois predicados distintos da norma jurídica positiva, de acordo com postulados sustentados pelos teóricos do “garantismo”. Assim, de acordo com CADEMARTORI, “uma norma é ‘vigente’ quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito; [...] uma norma é ‘válida’ quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior”. CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 79-80. No mesmo sentido, cf.: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías* – La ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 21.

perspectivas “*mediante um ato de autoridade*”, expressão de uma vontade que, “*convocada a legislar*”, fixará a norma jurídica positiva ⁶⁴.

Tal não implica dar adesão a uma concepção de direito (agora no sentido objetivo) sem compromisso com a *idéia de justiça*. “O direito”, já o disse LARENZ, “*é uma ordem de relações intersubjetivas sob a exigência de justiça*” ⁶⁵, e a retidão desse postulado chega a ser mesmo de uma obviedade flagrante. É que a própria pretensão de vinculatividade de um ordenamento jurídico positivo só pode estar racionalmente fundada na premissa de que ele estima realizar o justo. Fora dessa perspectiva, fica impossível justificar, à luz da razão, a ambição do direito de *fazer-se valer*, pois só a demência poderia validar comandos orientados para o injusto.

É duvidosa, porém, a possibilidade de estabelecer, em termos absolutos, em que consiste a *idéia de justiça* ⁶⁶. Seja como for, ao menos

⁶⁴ A seguir, três passagens em que RADBRUCH manifesta sua posição: 1) “A disciplina da vida social não pode ficar entregue, como é óbvio, às mil e uma opiniões dos homens que a constituem nas suas recíprocas relações. Pelo facto de esses homens terem ou poderem ter opiniões e crenças opostas, é que a vida social tem necessariamente de ser disciplina duma maneira uniforme por uma força que se ache colocada acima dos indivíduos./.../ Se o direito estabelecido deve ter por fim pôr termo à luta das opiniões e concepções jurídicas por meio duma decisão da força, é indiscutível que a definição do direito só deve pertencer a uma vontade que esteja em condições de poder impor essa definição a todas as outras vontades, mesmo rebeldes” (RADBRUCH, *Filosofia do direito*, cit, p. 178); 2) “Mas a ordem da vida comunitária não pode depender das concepções jurídicas dos indivíduos que possivelmente veiculam diretrizes opostas; pelo contrário, exige a regulamentação por órgão supra-individual, e se a razão e a ciência não conseguem realizar essa tarefa, então ela deverá ser assumida pela vontade e pelo poder: se ninguém consegue reconhecer o que é justo, alguém deverá ordenar o que deve ser justo. Hoje em dia é de reconhecimento amplo que não existe senão o direito ‘assentado’, positivo” (RADBRUCH, *Introdução à ciência do direito*, cit, p. 23); “Se o direito positivo deve bastar à finalidade de, mediante um ato de autoridade, resolver o conflito das concepções legais opostas, então a normatividade deve caber a uma vontade à qual seja possível pô-la em vigor, contra toda e qualquer concepção jurídica contrária; todo e qualquer preceito jurídico da sociedade (que se expressa no direito consuetudinário), ou do Estado (que se expressa na lei), só pode ser considerado ‘válido’ caso se tenha transformado em regra de comportamento, mesmo que às vezes transgredida, e que não ‘se encontra apenas no papel’. Somente é direito válido aquilo que a vontade, convocada a legislar, fixa e impõe” (RADBRUCH, *Introdução à ciência do direito*, cit, p. 23).

⁶⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. Ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 526 p.

⁶⁶ Decerto, é preciso ter cautela para não levar longe demais o alcance dos postulados positivistas. Nunca é demais recordar o poderoso libelo que assinala a conversão de RADBRUCH aos quadros de um jusnaturalismo moderado (ou de um *positivismo mitigado*), no qual denuncia, a propósito das atrocidades do nazismo, que foi “*esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos positivismo, [...] o que deixou sem defesa*

no interior das fronteiras da civilização ocidental, cuja cultura se desenvolveu sob o peso das influências da doutrina cristã, do jusnaturalismo filosófico e do liberalismo político, parece indiscutível a existência de um núcleo axiológico que atrai hoje em torno de si um consenso tão amplo e seguro que não pode deixar de ser considerado como a expressão de uma consciência generalizada ⁶⁷. São valores de tal modo imunizados contra uma discórdia séria das convicções que sua posituação normativa é uma imposição indisponível ao legislador representante, constituinte ou ordinário ⁶⁸. Nenhum poder dominante ou ordenamento estatal que lhes recuse reconhecimento ao menos formal pode pretender-

o povo e os juristas contra as leis mais arbitrarias, mais cruéis e mais criminosas”, observando a seguir que “*pode haver leis com um tal grau de injustiça e nocividade para o bem comum que toda a validade e até o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados*” (RADBRUCH, Cinco minutos de filosofia do direito. In: Filosofia do direito, cit, p. 415, 417). A tese é, para nós, de valor inquestionável, porque sem ela teríamos de qualificar como obrigatórios “*os imperativos decretados por um paranóico que acaso viesse a ser rei*” (Ibidem, p. 172) e como direito subjetivo, por exemplo, a prerrogativa concedida ao Estado (e/ou aos seus cidadãos) de exterminar, segundo critérios racistas, uma determinada parte da população (ver Nota seguinte), desde que a norma autorizante tivesse obedecido o rito formal prescrito e não colidisse com outra hierarquicamente superior. Ela não tem, todavia, maior interesse quando, como no caso brasileiro, a própria Constituição consagra *a dignidade da pessoa humana* como princípio fundamental, reprimindo de *per si* qualquer norma atentatória às mínimas exigências de *justiça* (enquanto valor moral ou racional) e projetando a sua imediata invalidade (ou a sua inconstitucionalidade material). De fato, nesse contexto, o recurso ao argumento de RADBRUCH se torna dispensável, porque a eventual agressão à moral universalmente aceita se pode espancar no próprio interior do ordenamento jurídico positivo.

⁶⁷ BOBBIO fala em uma “consciência jurídica universal” objetivamente constatável a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Para ele, “a Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”. A “universalidade” dessa consciência é, todavia, uma qualidade discutível, uma vez que ela se liga à tradição cultural do ocidente e, especialmente, à consolidação do moderno Estado liberal-democrático. A propósito, cf.: BOBBIO, Norberto. A era dos direitos, cit, p. 27.

⁶⁸ Na Alemanha nazista, o § 2º da 11ª Ordenança da Lei de Cidadania do Reich, de 25 de novembro de 1941, privou da cidadania alemã, por razões racistas, os judeus emigrados. Essa norma foi considerada nula *ab initio*, após o término da Segunda Guerra, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, com o argumento de que há que negar às disposições “jurídicas” nacional-socialistas a validade como direito porque contradizem tão evidentemente princípios fundamentais de justiça que o juiz que as quisesse aplicar ou aceitar suas conseqüências jurídicas ditaria não-direito em vez de direito. É a tese de RADBRUCH, segundo a qual, em casos de injustiça extrema, mesmo a norma positiva perde o seu caráter jurídico ou a sua condição de validade, por ofensa gritante a princípios morais irrefutáveis. A propósito, cf.: ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. 2 ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 15-16.

se legítimo, e mesmo o seu caráter jurídico, centrado no pressuposto da obrigatoriedade das regulamentações legais, deve ser negado sem receio ⁶⁹, por ser a legitimidade uma “*condição de pré-rito da legalidade*” ⁷⁰.

Mas é prudente notar que, com o advento do constitucionalismo desde os fins do Século XVIII, a *idéia de justiça* e os princípios axiológicos que resultaram do seu desenvolvimento nos domínios do pensamento laico ou religioso foram sendo progressivamente recepcionados nas Constituições contemporâneas dos países do Ocidente, sobretudo por meio das normas de direitos e garantias fundamentais, como aquelas relativas à liberdade, à igualdade e à democracia. Considerada a localização das Constituições num plano de validade normativa superior, a positivação, nelas, desses valores pré-jurídicos que obtiveram afirmação cultural no curso histórico tem uma relevância que não é avisado subestimar.

Basta considerar que toda a legislação infraconstitucional, uma vez submetida ao controle de constitucionalidade, tanto material quanto formal, revela-se agora submetida ao controle de sua adequação à *idéia de justiça*, pois é disso que no fundo se trata. Com efeito, no Estado Constitucional de Direito, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei que afronte o conteúdo das liberdades constitucionais e do princípio da igualdade, ou de uma lei produzida em desacordo com as regras de competência e procedimento destinadas a assegurar a prevalência da vontade democrática, corresponde não menos do que à declaração de sua

⁶⁹ Nesse sentido: RADBRUCH, *Filosofia do direito. cit*, p. 417. A propósito, como escreve VIEIRA DE ANDRADE, “a vida de homens em sociedade não suporta uma qualquer organização ou quaisquer regras, ditadas por puros factos de poder, exige uma ordenação de sentido que corresponda a um entendimento geral do mundo e das coisas, ou a um consenso generalizado acerca dos respectivos interesses e relações”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 107.

⁷⁰ Segundo PASOLD, “a legitimidade, na sua condição de categoria da teoria política, tem sido compreendida como uma relação de correspondência entre algo e seus destinatários, sob um aporte axiológico, portanto ressaltando os valores em questão numa relação de poder. [...] E mais: a legitimidade (no sentido teórico-político) é condição de pré-rito da legalidade. Isto é, pode-se considerar a legitimidade como um pressuposto que conferirá – quando existir – ao ritual legislativo e ao seu produto legal, a força imanente e contundente necessária ao respeito incontestado por parte do todo social”. PASOLD, Cesar Luiz. *Reflexões sobre o poder e o direito*. Florianópolis: Estudantil, 1986, p. 20-21.

injustiça. O que aí conta é, realmente, a defesa da *idéia de justiça* enraizada no mundo de cultura que inspirou a Constituição. Daí o sentido do dito de SCHAPP de que “*a constituição estabelece hoje particularmente com o mandamento da democracia e com os direitos fundamentais, de maneira efetiva, o que se deve entender por justiça da lei*” ⁷¹.

Com esses temperamentos, pode-se concluir que, produto da cultura, pensada e feita pelos homens, a norma jurídica positiva, tal como resulta do processo de interpretação do texto que a enuncia ⁷², estabelece as condições ou situações sob as quais se dá a aquisição dos direitos. Com efeito, considerados em sua estrutura lógica, os enunciados normativos se desdobram em duas partes: primeiro, projetam uma hipótese de fato de ocorrência possível (a *previsão normativa*); depois, estatuem a *conseqüência jurídica* que será produzida no caso de a previsão vir a se converter em realidade ⁷³. Sendo assim, pode-se afirmar que um direito subjetivo nasce para alguém quando se verifica em concreto o fato que uma norma hipoteticamente estabeleceu como hábil a suscitar esse efeito. Por exemplo: celebrado um contrato, daí surge um direito de crédito,

⁷¹ SCHAPP, Jan. Problemas fundamentais de metodologia jurídica. Trad. Ernildo Stein. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1985, p. 60.

⁷² Há que reproduzir aqui uma importante lição de STRECK, que, apoiado em Eros Roberto Grau, distingue entre *texto jurídico* e *norma jurídica*. “*Isso porque o texto, preceito ou enunciado normativo é alográfico. Não se completa com o sentido que lhe imprime o legislador. Somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão. Assim, o sentido expressado pelo texto já é algo novo, diferente do texto. É a norma. A interpretação do Direito faz a conexão entre o aspecto geral do texto normativo e a sua aplicação particular: ou seja, opera sua inserção no mundo da vida. As normas resultam sempre da interpretação. E a ordem jurídica, em seu valor histórico concreto, é um conjunto de interpretações, ou seja, um conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é uma ordem jurídica apenas potencialmente, é um conjunto de possibilidades, um conjunto de normas potenciais. O significado (ou seja, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa*”. STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 18.

⁷³ A propósito do assunto, NORONHA escreveu: “Apenas lembraremos que todo comando legal pode ser representado esquematicamente assim: ‘o fato tal terá o seguinte tratamento jurídico’. O fato é o pressuposto da norma a que também se dá o nome de previsão, suporte fático, espécie fática ou fatispécie (do termo italiano *fattispécie*, forjado per Emilio Betti); ao tratamento jurídico é dada a denominação de efeito jurídico, estatuição ou conseqüência jurídica da norma”. NORONHA, Tripartição fundamental das obrigações – Obrigações negociais, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa, cit, p. 96.

porquanto este é o efeito jurídico disposto para aquela hipótese de fato por uma norma de direito das obrigações; dado o aluvião, daí surge para o proprietário do terreno favorecido um direito de propriedade sobre a área acrescida, porquanto este é o efeito jurídico disposto para aquela hipótese de fato por uma norma de direito das coisas; nascido homem, daí surge para ele um direito de liberdade, porquanto este é o efeito jurídico disposto para aquela hipótese de fato por uma norma de direito fundamental.

Em rigor, nas suas relações de implicação com o suporte fático da norma, é possível distinguir os direitos em, por assim dizer, *diretos e indiretos*. No primeiro grupo estão aqueles direitos que simplesmente aderem a uma certa condição existencial do sujeito que os titulariza. É o caso, por exemplo, dos direitos de liberdade e de igualdade, que beneficiam todos os indivíduos, uma vez que aparecem automaticamente conectados à simples condição de pessoa humana, ou do direito ao transporte público gratuito outorgado aos idosos, isto é, àquele conjunto de pessoas que ostentam uma condição humana especial. Direitos desse tipo não dependem de um ato ou fato aquisitivo propriamente dito, destacado do *ser* do sujeito, antes são decorrência automática de um determinado *status*. Daí se poder dizer que são *atribuídos diretamente* pela norma, ou que são a conseqüência jurídica de uma *norma atributiva direta*.

Indiretos são, por sua vez, os direitos para cuja aquisição é necessária a interposição de uma situação fática que não se confunde com uma dada condição existencial subjetiva. Estes, por assim dizer, são *atribuídos indiretamente* pela norma, ou são a conseqüência jurídica de uma *norma atributiva indireta*. É o caso, agora, do direito real ou dos direitos de crédito (por exemplo, de ser indenizado), que não se incorporam prontamente ao patrimônio jurídico de pessoa alguma por virtude do mero *ser*, mas supõem algo mais, como um contrato de compra e venda ou um ato ilícito extracontratual que lhes demarca o nascimento. Em quaisquer dessas modalidades, contudo, estamos diante de direitos cuja titularidade

se apoia na ocorrência de um fato da vida, ora um *ser* ora um *acontecer*, normativamente estipulados como pressuposto da atribuição.

A conexão entre *hipótese de fato* e *conseqüência jurídica* corresponde à estrutura lógica tanto das *regras* como dos *princípios*, enquanto espécies do gênero *norma*. A recorrência é identificável, entre outros, nos dois conhecidos exemplos que DWORKIN ofereceu para ilustrar a sua distinção, isto é, tanto na *regra* que diz não ser válido um testamento senão quando assinado por três testemunhas como no *princípio* que diz a ninguém ser dado beneficiar-se da própria torpeza. Com efeito, em ambos os casos, o enunciado lingüístico comporta tranqüilamente articulação sob o modo de uma proposição condicional, a saber: 1) a transferência do domínio sobre a coisa (*conseqüência jurídica*) supõe um testamento subscrito por três pessoas (*hipótese de fato*); o resultado proveitoso de uma ação (*conseqüência jurídica*) supõe não tenha sido ela praticada num contexto de fraude (*hipótese de fato*). Daí a afirmação, feita por GRAU, de que tanto as *regras* como os *princípios* possuem o caráter formal de normas jurídicas, exprimindo a ligação de uma situação hipotética aos efeitos enunciados para sua verificação ⁷⁴.

A estrutura lógica da norma jurídica positiva assim descrita não deve fazer crer na simplicidade da matéria. A aparência é enganosa. Em sua *Metodologia da Ciência do Direito*, LARENZ demonstrou-o à exaustão e em profundidade ⁷⁵. Para dar uma idéia apenas rudimentar da complexidade das operações mentais requeridas nos processos de compreensão do sentido normativo, basta considerar que, inúmeras vezes, a hipótese de fato (ou *previsão normativa*) aparece indicada por palavras e locuções de sentido impreciso, que frustram o exercício puro e simples de um *silogismo de subsunção* na aplicação do direito ao caso concreto. Daí

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 108-113.

⁷⁵ Cf.: LARENZ, Metodologia..., capítulos I a VI da Parte II

porque é em geral bastante complicada a questão de saber se um determinado fato real corresponde em sua extensão ao fato hipotético.

O artigo 554 do Código Civil brasileiro de 1916, por exemplo, dispõe que “*o proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam*”. Nesse caso, a incidência da *conseqüência jurídica* (o direito de interdição da atividade alheia) a uma situação particular reclama se possa estabelecer a subordinação desta à *previsão normativa* (mau uso da propriedade em prejuízo da segurança, saúde ou sossego do vizinho). Que fatos da vida, na sua incontável variabilidade, poderão caber nos limites de uma pauta assim aberta é algo que não se pode determinar sem o emprego de juízos complexos. Dependendo das circunstâncias concretas (local, horário, tipo de atividade, necessidades comunitárias, fins sociais, interesses em conflito, justiça das expectativas, etc.), o mesmo nível de ruído poderá ou não significar *mau uso* da propriedade nos termos da lei. A verificação da correspondência entre vida real e suporte fático exige mais que uma medição em decibéis, não sendo de estranhar que à jurisprudência dos tribunais, auxiliada pela doutrina científica, fique a tarefa de ir pouco a pouco elucidando o alcance da *previsão normativa* no julgamento dos casos singulares.

Mas não é só pelo lado dos elementos da *hipótese de fato* que as normas jurídicas apresentam abertura ao intérprete e ao aplicador. Muitas vezes é a própria *conseqüência jurídica* que não se encontra desde logo evidenciável. Apenas para ilustrar, mencione-se o fenômeno corriqueiro das chamadas *normas jurídicas incompletas*, como são aquelas que conferem direitos sem de pronto, por si mesmas, delimitar com precisão o objeto da atribuição ou o conteúdo das prerrogativas para as possivelmente distintas configurações dos fatos da vida, demandando ou suportando complementação por outras disposições que integram o conjunto de uma regulação maior tida em vista pelo legislador. Ao menos no direito privado, os exemplos podem ser colhidos em profusão.

O artigo 1.056 do Código Civil de 1916 prescreve que “*não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos*”. Aqui, a *conseqüência jurídica* (o direito à indenização correlato do dever de reparar) recebe apenas uma disciplina geral, sujeitando-se à especificação ou detalhamento por outras normas particulares, em consideração às exigências reclamadas pelas mais diversas situações de inadimplemento contratual. Um efeito desse tipo produz, em relação ao preceito ilustrado, o artigo 1.061 do mesmo Código, segundo o qual “*as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros de mora e custas, sem prejuízo da pena convencional*”. Trata-se agora de norma adicional que, limitando o direito de crédito às parcelas discriminadas em atenção à natureza peculiar da prestação faltante, realiza enfim a integração da *conseqüência jurídica* antes só por alto insinuada.

Na presença de combinações dessa natureza, as normas jurídicas constituem, segundo a expressão de LARENZ, “*partes de ordenação de vigência*”, de modo que “*a sua força constitutiva, fundamentadora de conseqüências jurídicas, recebem-na só em conexão com outras proposições jurídicas*” e apenas “*no seu jogo concertado produzem uma regulação*”⁷⁶. Daí a necessidade de coordenar constantemente entre si as disposições do sistema a fim de configurar o objeto e o conteúdo dos direitos subjetivos, evitando-se o erro de extrair conclusões com fundamento em interpretações isoladas⁷⁷.

A propósito, pontue-se que, em obra recente e erudita, meditada a partir dos aportes da semiótica e da hermenêutica filosófica, STRECK salientou a *essencialmente insuperável* distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta, observando que a linguagem do direito

⁷⁶ *Ibidem*, p. 360, 370.

⁷⁷ Entre nós, por causa de uma disposição isolada do Código Civil de 1916 que não abrigava uma autorização expressa (art. 1.537), durante considerável tempo se discutiu se o direito de crédito em caso de homicídio compreendia a reparação do dano moral ou apenas o imperativo de recomposição do prejuízo material.

não é um objeto em si mesmo, portador de um sentido original unívoco a ser descoberto retrospectivamente, como supõe o senso comum teórico dos juristas. É antes um *horizonte aberto* à produção de um sentido que surge com a interpretação de alguém historicamente situado. Para ele, do “*processo interpretativo, não decorre a descoberta do ‘unívoco’ ou do ‘correto’ sentido, mas, sim, a produção de um sentido originado de um processo de compreensão, onde o sujeito, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes a partir de sua historicidade*”⁷⁸.

De qualquer modo, apesar da invariável necessidade de interpretação, é correto afirmar que os direitos reconhecidos aos indivíduos têm sua fonte imediata em um *fato jurídico*, isto é, em um fato da vida ao qual uma norma jurídica positiva, vigente e válida, ligou a conseqüência aquisitiva. Por isso que em última análise, na linha da tradição, é autorizado dizer que “*o direito subjetivo não pode ser concebido [...] sem correspondência com o direito objetivo, com o qual forma uma díade inseparável*”⁷⁹. Nos casos em que essa correspondência faltar, pode haver não um direito, mas uma aspiração, não um direito afirmado, mas um direito reivindicado, não uma prerrogativa jurídica, mas uma exigência moral. Nesse ponto, o velho comentário de HOBBS, polemizando com o tipo de jusnaturalismo em seu tempo dominante, permanece ainda exato: “*The authority of widders, without the authority of the Commonwealth, maketh not their opinions law, be they never so true*”⁸⁰.

Antes de terminar, é apenas preciso destacar que a afirmação da relação de dependência entre direito subjetivo e norma jurídica positiva, assim entendida aquela editada pelo legislador com caráter de generalidade e abstração, comporta algumas importantes ressalvas. Em primeiro lugar, sua pertinência pede uma adaptação quando, pondo de lado a perspectiva dos sistemas *romano-germânicos*, em que prevalece o

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit, p. 19.

⁷⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, cit, p. 255-256.

⁸⁰ HOBBS, Thomas. Leviathan, or, matter, form, and power of a commonwealth ecclesiastical and civil, cit, p. 134.

direito de tipo codificado, se consideram os modos de produção jurídica no universo dos países da *common law*, nos quais, apesar das crescentes intervenções legislativas nos domínios econômico e social no século passado, ainda prepondera o direito de tipo jurisprudencial ou casuístico. Na Inglaterra, a noção de regra de direito remete aos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores (*rule of precedent*), reiterados ou não, que têm efeito vinculante para os órgãos da jurisdição inferior, e não só um valor de persuasão. Por isso, norma jurídica positiva é aí, por excelência, a *case law*, a norma posta pela autoridade judiciária no labor da resolução de casos concretos e individuais, a partir dos quais o preceito ganha generalidade e abstração. O mesmo vale para os Estados Unidos, onde vigora o princípio do *stare decisis*, mas impondo observar-se que, nesse caso, a vigência de uma Constituição escrita, composta de normas com a estrutura lógica das leis românicas, contendo inclusive uma Declaração de Direitos, faz coincidir, sobretudo no cume do ordenamento jurídico positivo, as noções de norma jurídica e lei (constitucional) ⁸¹.

Em segundo lugar, mesmo nos quadros dos ordenamentos *romano-germânicos*, é fato indesmentível que os juízes e tribunais por vezes são levados a admitir direitos subjetivos que sequer por analogia poderiam ser deduzidos de uma norma legislada anteriormente existente. É o que ocorre quando, no exame de uma pretensão concreta, se percebe a necessidade de tutelar uma situação da vida totalmente carente de regulação jurídica, isto é, quando se está diante de uma lacuna sistêmica. Atento à jurisprudência pátria que pesquisou, NORONHA fez uma demonstração segura a tal propósito, exemplificando com o reconhecimento do *direito à sustação do protesto de título* quando a medida impusesse prejuízos injustificáveis ao devedor, ou do *direito da concubina*

⁸¹ Sobre as fontes do direito nos países da *common law*, cf.: DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, cit, p. 331-355 (para o direito inglês) e 380-405 (para o direito norte-americano).

à *meação* sempre que comprovasse sociedade de fato com o companheiro⁸², ambos resultado de construção jurisprudencial. Aqui, a fonte da atribuição jurídica não pode deixar de ser a *norma individual*, ou a *norma do caso*, que tão logo se transforme em jurisprudência assentada ou sumulada, passará a gozar de autoridade semelhante à da lei positiva, habilitando-se a reger o futuro com as mesmas características de abstração e de generalidade, se bem que sem portar o selo de uma vigência propriamente normativa, como no caso do direito da *common law*.

4. Direito subjetivo: um conceito operacional.

Reunindo agora todas essas noções numa oração sintética, pode-se definir o direito subjetivo **como a prerrogativa ou possibilidade, reconhecida a alguém e correlativa de um dever alheio suscetível de imposição coativa, de dispor como dono, dentro de certos limites, de um bem atribuído segundo uma norma jurídica positiva**⁸³. Sob o aspecto formal, essa definição tem a vantagem de não ser *circular*, uma vez que o *definiendum* não aparece no *definiens*⁸⁴. Sob o aspecto substancial, embora na aparência mais adequada à descrição do direito de propriedade, ela se mostra compatível com a estrutura dos demais direitos, inclusive dos direitos de personalidade e, ponto mais delicado, dos direitos de estrutura relacional, desde que considerados os seus termos no sentido da exposição detalhada que a antecede, sem a qual tende a se fragilizar.

⁸² NORONHA, Fernando. Direito e sistemas sociais – A jurisprudência e a criação de direito para além da lei. Florianópolis: Editora da UFSC, 1988, p. 111-112, 133.

⁸³ Trata-se de uma definição próxima daquela formulada por DABIN, para quem “o direito subjetivo é a prerrogativa, concedida a uma pessoa pelo direito objetivo e garantida por vias de direito, de dispor como dono de um bem que se reconhece que lhe pertence, quer como seu, quer como devido” (DABIN, El derecho subjetivo, cit, p. 130). Dessa definição, a nossa difere, basicamente, na parte em que destaca o elemento *coatividade*, e não o elemento *acionabilidade*, e quando dispensa a distinção entre *bem seu e bem devido*.

⁸⁴ Exemplo de *definição circular* pode ser encontrado na seguinte formulação: “Direito subjetivo é o poder conferido pela norma jurídica para que o titular do direito o exerça de acordo com as leis, invocando a proteção do Estado quando algum obstáculo se apresente ao gozo e reconhecimento desse direito”. LIMA, Hermes. Introdução à ciência do direito. 13 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 219.

5. Direitos subjetivos e direitos transindividuais.

O direito subjetivo desempenhou até agora um papel fundamental nos debates da ciência jurídica. Poucos conceitos mereceram uma atenção tão constante ao longo dos tempos. Entretanto, questiona-se atualmente o seu grau de relevância prática e teórica em razão da incorporação doutrinária e legislativa de tipos novos que não encontrariam correspondência nos dois modelos básicos de concepção romana, o *jus in rem* (direito real) e o *jus in personam* (direito pessoal de crédito). O declínio do conceito estaria então associado à sua incapacidade de absorver e explicar o fenômeno dos chamados *direitos transindividuais*, aí compreendidos os três grupos em que eles se distribuem: *direitos individuais homogêneos*, *direitos coletivos* e *direitos difusos*⁸⁵.

Essa leitura tem sua origem no preconceito de que *direito subjetivo* é sinônimo de *direito individual*, no sentido estrito de titularizado por uma só pessoa e incidente sobre um objeto que nenhuma outra possui em igual ou concomitantemente⁸⁶. A locução *direito subjetivo*, contudo, em sua significação mínima obrigatória, pretende sugerir apenas que um bem pertence a alguém, sendo *bem* o *objeto do direito* e *alguém* o *sujeito do direito*. De nenhum modo ela impõe pressupor que o *objeto do direito* tenha

⁸⁵ Segundo o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90, considera-se: a) como direitos difusos os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; b) como direitos coletivos os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e c) individuais homogêneos os decorrentes de origem comum.

⁸⁶ Tal preconceito é nítido, por exemplo, em MANCUSO, quando em obra sobre os interesses difusos, depois de já ter afirmado que “os *interesses individuais* estão na base do conceito de *direito subjetivo*”, conclui: “Os *interesses difusos* situam-se, assim, no ‘extremo oposto’ dos *direitos subjetivos*, visto que estes apresentam como nota básica o ‘poder de exigir’, exercitável por seu titular, contra ou em face de outrem, tendo por objeto certo bem da vida. Ora, é justamente essa relação de titularidade do interesse e uma pessoa determinada que inexistem nos *interesses difusos*; sendo insuscetíveis de apropriação a título exclusivo, os *interesses difusos* caracterizam-se, justamente, com referir-se a uma série indeterminada de sujeitos”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 45, 83.

de ser heterogêneo (no sentido de que outras pessoas não tenham nada exatamente idêntico) ou exclusivo (no sentido de que outras pessoas dele não fruam conjuntamente), menos ainda que o *sujeito* haja de ser sempre um *ente individual*, quer uma pessoa física, quer uma pessoa jurídica.

Na verdade, o *direito individual* (em sentido estrito) é somente uma das formas que o direito subjetivo pode assumir. Seus exemplos clássicos encontram-se realmente nos quadros dos direitos reais e dos direitos de crédito. Se, por exemplo, Maria recebeu por testamento o colar de ouro de sua querida avó materna, então a situação criada é a de um direito de propriedade individual: há um só titular para um bem único em suas características totais; sobre este, ninguém mais exerce domínio nem possui algo equivalente; outro talvez até tenha uma réplica, mas que, enquanto tal, será diferente do original. Numa terminologia mas próxima da linguagem dos processualistas, esses direitos individuais em sentido estrito podem ser chamados de *direitos individuais heterogêneos*.

O mundo dos direitos subjetivos não precisa terminar por aí, todavia. Note-se por bastante o seguinte. A liberdade de contratar⁸⁷ não cumula as características de *titularidade individual* e *heterogeneidade objetiva*. Isso porque seu objeto é uma esfera de autonomia atribuída a todas as pessoas capazes, que a possuem separadamente e por igual. Assim, tal como se por obra da reprodução de milhões de exemplares perfeitos, ela resulta adquirida a título individual por muitos no mesmo espaço e tempo, sem que se verifique diferença de qualidade e quantidade no benefício dado a uns e outros. É tanto como dizer que, liberdade, cada um tem a sua, mas sendo ela a mesma para todos. Inequivoca então aqui a ocorrência de relações de atribuição entre um bem e alguém, só que sob o modo particular de apropriação particular de bem igualitário. Daí tratar-se de *direito subjetivo*, embora do tipo *individual homogêneo*.

⁸⁷ *Liberdade de contratar* aqui entendida em seu triplice aspecto: como liberdade de realizar ou não o contrato; de escolher com quem contratar; e de decidir o conteúdo do contrato, observados naturalmente os limites legais.

Também não há razão alguma que justifique excluir do quadro dos direitos subjetivos aquelas hipóteses modernamente referidas como de *direitos coletivos* e *direitos difusos*. Estas são duas categorias que gozam de grande prestígio em nossos dias, em que pese de contornos muito discutíveis. Se com elas, entretanto, se pretende simplesmente designar situações jurídicas em que vários indivíduos figuram como titulares concomitantes de um bem indivisível, parece certo que, outra vez, no interior desse raciocínio, é constatável a alusão ao laço de propriedade entre *sujeito* e *objeto*, com o detalhe de ser o sujeito *um grupo* e objeto *um todo*. Para quem admita a existência de *direitos coletivos* e *difusos* nesses termos, a presença da espinha dorsal do direito subjetivo como relação de atribuição entre algo e alguém não tem como não ser diagnosticada.

Mas é oportuno advertir que as noções de *direitos coletivos* e de *direitos difusos*, assim colocadas, não são rigorosas. Esses direitos são, em realidade, apenas subdivisões dos *individuais homogêneos*, os quais, a nosso ver, podem ser desmembrados em pelo menos três classes menores quanto ao modo de fruição: *individuais homogêneos de proveito fático independente*; *individuais homogêneos de proveito fático coletivo*; e *individuais homogêneos de proveito fático difuso*. A liberdade de contratar entra no primeiro grupo porque, embora atribuída a todos por igual no plano normativo, não exige gozo simultâneo no plano fático. Um homem pode estar cerceado em sua prerrogativa de ir e vir em decorrência de uma detenção arbitrária, enquanto outro dela se beneficie normalmente. Isso significa que a liberdade tolera, no mundo dos dados empíricos, um proveito individual independente, em tese até exclusivo.

Nem sempre é assim, contudo. Há situações jurídicas que não são compatíveis com proveito fático isolado, mas apenas conjunto. Por exemplo: se uma norma, dando conseqüência ao direito geral à saúde, veda as emissões radioativas de antenas de telefonia celular em zonas residenciais de alta densidade, a vantagem efetiva resultante da sua eventual observância numa determinada localidade não será jamais de

uma só pessoa, mas necessariamente de um grupo mais ou menos numeroso delas. No plano normativo, o direito em causa é individual e homogêneo, porque a cada indivíduo foi assegurada a inviolabilidade de sua respectiva integridade física; a sua fruição, porém, é faticamente indivisível: ou todos juntos serão beneficiados ou todos juntos serão prejudicados, conforme a regra posta seja ou não respeitada.

Por isso que, no fundo, *coletivo* ou *difuso* pode ser o proveito fático, bem como o *interesse* correspondente, mas não o direito em sua titularidade. Sob tal perspectiva, a distinção entre *direitos coletivos* e *direitos difusos* reside apenas em que, nos primeiros, segundo as convenções doutrinárias dominantes, os indivíduos submetidos à fatalidade da fruição conjunta se encontram ligados entre si por uma *relação jurídica base* e, nos segundos, por meras *circunstâncias de fato*. Assim, em atenção ao exemplo anterior, se a autoridade municipal edita ato normativo liberando a instalação de antenas de telefonia celular em bairros populosos da cidade, viola o *direito difuso* dos munícipes; se, entretanto, limita-se a autorizar a sua colocação em lote situado num condomínio residencial fechado, lesa o *direito coletivo* dos co-proprietários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS

AFTALIÓN, Enrique; OLANO, Fernando García; VILANOVA, José. Introducción al derecho. Tomo I. 5ª ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1956. 539 p.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1997. 607 p.

_____. El concepto y la validez del derecho. 2ª ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997. 208 p.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1998. 350 p.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das obrigações. 8ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1954. 352 p.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. 143 p.

BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Trad. Eduardo Roza Acuña. Bogotá: Editorial Temis, 1987. 269 p.

_____. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

_____. A era dos direitos. 8ª ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 793 p.

_____. Teoria do Estado. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 379 p.

CABRA, Marco Gerardo Monroy. Introducción al derecho. 2ª ed. Bogotá: Temis, 1973. 437 p.

CADEMARTORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 188 p.

CARRIÓ, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979. 175 p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992. 305 p.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999. 421 p.

CORNU, Gérard. Droit civil. 5ª ed. Paris: Montchrestien, 1991. 587 p.

CORREAS, Óscar. Teoría del derecho. Barcelona: M. J. Bosch, 1995. 309 p.

COSTA Jr., Olímpio. A relação jurídica obrigacional. São Paulo: Saraiva, 1994. 64 p.

DABIN, Jean. El derecho subjetivo. Trad. Francisco Xavier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. 387 p.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 556 p.

_____. O direito inglês. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1977. 120 p.

DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de filosofia do direito. Trad. Antônio José Brandão. 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. 643 p.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 535 p.

DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho (público y privado). Trad. Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, 1975. 268 p.

_____. Traité de droit constitutionnel, Vol. 1. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cia. Éditeurs, 1927. 763 p.

ENNECCERUS, Ludwig. Derecho de obligaciones. Vol. I – Doctrina General. Trad. de Bras Pérez Gonzalez e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1933. 496 p.

ESPANÉS, Luis Moisset de. Obligaciones naturales y deberes morales. Buenos Aires: Zavalía, 1998. 377 p.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías - La ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999. 180 p.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988. 335 p.

GARDIOL, Ariel Álvarez. Introducción a una teoría general del derecho. Buenos Aires: Astrea, 1975. 251 p.

GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. Traité de droit civil. Introduction générale. 2^a ed. Paris: L.G.D.J., 1983. 757 p.

GOMES, Orlando. Obrigações. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 357 p.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 362 p.

GROPALI, Alessandro. Introdução ao estudo do direito. 3 ed. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Coimbra Editora, 1978. 261 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução à teoria do direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. 316 p.

HESSEN, Johannes. Filosofia dos valores. 5^a ed. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1980. 349 p.

HOBBS, Thomas. Leviathan, or mather, form, and power of a commonwealth ecclesiastical and civil. In: Great books of the western world, vol. 23, 26^a ed. Chicago: William Benton Publisher, 1984. p.p. 39-283.

IHERING, Rudolf Von. El fin en el derecho. Trad. não indicada. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946. 280 p.

JHERING [IHERING], Rudolf Von. L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement. Tomo IV. 3^a ed. Trad. O. de Meulenaere. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1888. 457 p.

_____. O espírito do direito romano nas diversas fases do seu desenvolvimento. Vol. I. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1934. 326 p.

JELLINEK, Giorgio [Georg]. Sistema dei diritti pubblici subbiettivi. Trad. Gaetano Vitagliano. Milão: Societá Editrice Libreria, 1912. 402 p.

KANT, Inmanuel. Introducción a la teoría del derecho. Trad. Felipe González Vicen. Madrid: Marcial Pons, 1997. 159 p.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985. 371 p.

_____. Teoria geral das normas. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1986. 509 p.

_____. Teoria geral do direito e do estado. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990. 433 p.

LARENZ, Karl. Derecho civil, parte general. Trad. Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. 872 p.

_____. Metodologia da ciência do direito. 3. Ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727 p.

LATORRE, Angel. Introdução ao direito. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1978. 267 p.

LIMA, Hermes. Introdução à ciência do direito. 13^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. 403 p.

MALAURIE, Philippe. Droit civil – introduction générale. Paris: Editions Cujas, 1991. 326 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 246 p.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. Introducción al estudio del derecho. 27ª ed. México: Editorial Porrúa, 1977. 444 p.

MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 20ª ed. São Paulo: RT, 1991. 620 p.

MOUCHET, Carlos; BECÚ, Ricardo Zorraquín. Introducción al derecho. Buenos Aires: Arayú, 1953. 557 p.

NORONHA, Fernando. Direito e sistemas sociais - A jurisprudência e a criação de direito para além da lei. Florianópolis: Editora da UFSC, 1988. 208 p.

PASOLD, Cesar Luiz. Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 4ª ed. Florianópolis: OAB editora, 2000. 186 p.

_____. Reflexões sobre o poder e o direito. Florianópolis: Estudantil, 1986. 92 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. II. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 318 p.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. 6ª ed. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1979. 430 p.

_____. Introdução à ciência do direito. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 232 p.

RÃO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. Vol. 2. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997. p. 527-984.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. 381 p.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Vol. 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973. 336 p.

ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Trad. Genaro R. Carrió. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1977. 375 p.

ROUBIER, Paul. Droits subjectifs et situations juridiques. Paris: Dalloz, 1963. 451 p.

RUGGIERO, Roberto de. Instituições de direito civil. Vol I. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999. 616 p.

SCHAPP, Jan. Problemas fundamentais de metodologia jurídica. Trad. Ernildo Stein. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985. 135 p.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 319 p.

VARELA, Antunes. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 383 p.

VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria geral do direito. Vol. 1. Teoria da norma jurídica. São Paulo: Malheiros, 1996, 4ª ed. 294 p.

VELASCO, José Ignacio Cano Mastínez de. La obligación natural. Barcelona: Bosch, 1990. 86 p.

VERNENGO, Roberto Jose. Temas de teoria general del derecho. Buenos Aires: Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 1971. 555 p.

WINDSCHEID, Bernardo [Bernard]. Diritto delle pandette. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Vol. I. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925. 916 p.

ARTIGOS

BEVILÁQUA, Clóvis. A filosofia jurídica na Itália: Giorgio Del Vecchio. In: Del Vecchio, Giorgio. A justiça. Rio de Janeiro: Saraiva, 1960. 276 p.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, nº 64. São Paulo: RT, 1993. pp. 12-47.

_____. Tripartição fundamental das obrigações – Obrigações negociais, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa. In: Jurisprudência Catarinense, nº 72. Florianópolis, TJ-SC, 1995. pp. 93-106.