

DIREITO SUBJETIVO: TEORIAS E ASPECTOS (*)

Marcio Klang

Direito Subjetivo: Conceitos. Teorias, Aspectos sobre as Relações Direito Subjetivo e Direito Objetivo. Duas Conclusões

1. Conceitos

Inúmeros autores tentaram conceituar o que vem a ser direito subjetivo. A seguir apontaremos aqueles que nos pareceram mais esclarecedores.

1.1 — Na concepção de *Francesco Carnelutti*, direito subjetivo caracteriza-se como uma situação jurídica evidenciada por uma liberdade ou faculdade de comandar para tutela de um interesse próprio.

1.2 — Para *Aftalion*, *Garcia Olano* e *Vilanova*, o direito subjetivo está constituído pela relação jurídica ou o conjunto de relações jurídicas, cada uma das quais é integrada por faculdades e deveres.

1.3 — Já *Alberto Trabucchi* entende que o direito subjetivo é o poder de atuar, atribuído à vontade do sujeito e garantido pelo ordenamento jurídico, para a satisfação dos seus interesses juridicamente reconhecidos.

1.4 — Finalmente, para não sermos cansativos, trazemos à colação as idéias de um dos expoentes da doutrina brasileira contemporânea, o Professor *Arnoldo Wald*, segundo as quais o direito subjetivo seria a concretização, em favor de determinada pessoa, de um direito objetivo baseado na norma, isto é, é o direito de exigir que alguém cumpra seu dever jurídico, sob pena de uma sanção.

2. Teorias

Várias são as correntes de idéias sobre o assunto. Contudo, a título de sistematização, vamos sintetizá-las em duas categorias:

— Doutrinas afirmativas — Basicamente as teorias de *Windscheid*, *Jhering*, *Jellinek* e *Dabin*;

— Doutrinas negativas — Os expoentes são *Duguit* e *Kelsen*.

(*) Trabalho apresentado no Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais da Universidade Gama Filho.

2.1 — Doutrinas Afirmativas

2.1.1 — Teoria de Windscheid

Também conhecida como *teoria da vontade*.

Segundo tal teoria, o direito subjetivo, que é um poder da vontade reconhecido pelo ordenamento jurídico, pode ser empregado em dois sentidos:

a) Como a faculdade de exigir determinado comportamento, positivo ou negativo, da pessoa ou pessoas que se achem frente ao titular daquele direito. Essa faculdade surge quando o ordenamento jurídico determina que, em certas circunstâncias, se faça ou omita alguma coisa, colocando à disposição de outro sujeito o imperativo que contém a referida ordem. Dependerá, portanto, da vontade do beneficiário de tal imperativo a utilização ou não do preceito, recorrendo, se for o caso, aos meios de garantia outorgados pelo ordenamento jurídico, *Garcia Maynez* observa que, sob este enfoque, o direito objetivo se converte, relativamente ao sujeito protegido pela norma, em direito subjetivo deste, ou seja, em "seu" direito.

b) A outra acepção de direito subjetivo, segundo *Windscheid*, é a de uma vontade da pessoa que é decisiva para a existência de imperativos jurídicos. Exemplificando: dependerá da vontade do proprietário alienar ou não seus bens, da vontade do credor ceder ou não seu crédito, do contratante para rescindir ou não o contrato, face à inadimplência do outro contratante. Em outras palavras, direito subjetivo, nesta segunda conotação, é a faculdade jurídica.

2.1.1.1 — Salienta *Jean Dabin* que, se formos examinar as definições dadas pelos pandectistas, à luz de seus textos e não de seus intérpretes filosóficos, constataremos que o direito-vontade foi colocado por eles tão-somente dentro dos limites do direito subjetivo, sem qualquer extrapolação para um domínio absoluto da vontade individual, onde o direito é fruto exclusivo da liberdade e da vontade do homem-indivíduo, sem

qualquer vinculação a uma relação de dependência social. **Dabin**, então, cita uma passagem de **Savigny**, assim enunciada em livre tradução:

“O direito (subjeto) nos aparece como um poder da vontade. Dentro dos limites deste poder a vontade do indivíduo reina e assim o faz face ao consentimento de todos... Cada relação de direito nos aparece como uma relação de pessoa a pessoa **determinada por uma regra de direito, e tal regra determinante delimita para cada indivíduo um domínio onde sua vontade impera independente de toda vontade alheia**” (**Savigny, Traité de droit romain**, tradução de **Guenoux**, § 52, p. 327, *apud Jean Dabin, Le Droit Subjectif, Dalloz, Paris, 1952, p. 57*).

2.1.1.2 — Esta concepção da teoria da vontade suscita várias objeções. A primeira foi levantada pelo próprio *Windscheid*, em seu comentário em rodapé, segundo a qual o direito subjetivo pode existir, independentemente de qualquer vontade real e de qualquer manifestação de vontade do titular. Exemplifica: o devedor que não paga na data convencionalizada viola o direito do credor, apesar deste último não ter dirigido qualquer ordem ao devedor. Outra crítica, levantada também por *Windscheid*, é a de que um direito pode ter como titular uma pessoa incapaz e desprovida de representante legal, que se pode ter direitos sem o saber (*Windscheid apud Dabin, ob. cit.*, pp. 59/60). Temos aí um poder da vontade onde a vontade não intervém, onde a vontade pode estar completamente ausente, configurando contradição destruidora. Uma terceira objeção refere-se aos direitos irrenunciáveis (no Brasil o direito a alimentos), terreno onde a vontade do titular de tais direitos não produz qualquer efeito no que tange à renunciabilidade.

2.1.1.3 — *Windscheid*, em resposta às críticas feitas à sua teoria, sustentou que a vontade em pauta, no direito subjetivo, era unicamente a vontade do ordenamento jurídico e não a vontade do titular. Com esta resposta entendemos que a teoria em exame foi completamente modificada, resultando em nova concepção do assunto, de contornos difusos e um tanto inexplicáveis.

2.1.2 — Teoria de *Jhering* — teoria do interesse

Embora reconhecendo a existência autônoma do direito subjetivo, *Jhering* foi o mais eloquente adversário do direito-vontade, pois, para ele, o verdadeiro titular de direito é aquele que pode pretender aproveitar e não querer. Sua definição de direito subjetivo é a seguinte:

“Os direitos são interesses juridicamente protegidos” (in *Dabin*, *ob. cit.*, p. 65).

2.1.2.1 — Para *Jhering* o direito subjetivo possui dois elementos: um elemento substancial, onde reside o fim prático do Direito, que é a utilidade, a vantagem, o lucro assegurado pelo direito; o outro elemento, de caráter formal, que se relaciona a um objetivo instrumental, quer dizer, com a proteção do direito, que é a ação judicial. Diz *Jhering*: “A utilidade, o bem, o valor, a posse, o interesse: esta é a sucessão de idéias despertadas pelo primeiro dos elementos do direito”. Assim, como salienta *Dabin*, todo direito existe para o serviço, para a utilidade do homem; ele tem sempre por conteúdo um bem, de natureza moral ou econômica, o qual, objetivamente, representa um valor e, subjetivamente, com relação ao indivíduo beneficiário, um interesse. Este interesse constitui o princípio do direito, ao qual se acrescenta a ação judicial, que é o envelope protetor do direito.

2.1.2.2 — As principais críticas à teoria sob exame são as seguintes:

- a) A primeira, como aponta *Garcia Maynez*, pode ser resumida numa só frase, a saber: se o interesse é essencial ao direito subjetivo, este não existirá, na falta daquele. Contudo, por exemplo, se um credor não manifesta interesse imediato de cobrar seu crédito nem por esta razão perderá seu direito subjetivo de crédito;
- b) Outra crítica, por sinal reconhecida pelo autor, é a de que o legislador não reconhece nem pode garantir todos os interesses;
- c) As mesmas críticas feitas à teoria da vontade. Interesse é a medida de valor da vontade. Como bem colocou a questão *Garcia Maynez*: “só se quer aquilo em quem se tem interesse; só se tem interesse naquilo que se quer” (in *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa S/A, Cidade do México, 1977, p. 190).

2.1.3 — Teoria de Jellinek

Teoria eclética ou mista

Este autor, antigo professor da Universidade de *Heidelberg*, foi o principal defensor desta corrente de idéias, acompanhado, em linhas gerais, por *Michoud*, *Ferrara* e *Salleilles*. Segundo esta teoria eclética, o direito subjetivo é uma combinação dos dois elementos: interesse e vontade.

2.1.3.1 — Assim, para *Jellinek*, poder-se-ia definir direito subjetivo da seguinte forma: “o bem ou interesse protegido por um poder da vontade pertencente ao homem” (*Dabin, ob. cit.*, p. 73).

2.1.3.2 — As críticas feitas às duas teorias anteriores valem para esta teoria mista, que

é mera simbiose daquelas. *Garcia Maynez* enfocou o problema muito lucidamente. Disse o mestre mexicano, *verbis*, em livre tradução:

“O erro consiste em se pensar que basta uma síntese dos elementos divergentes para a obtenção de uma doutrina verdadeira. Na realidade, o que se deve buscar não é uma síntese, porém a superação das duas posições acima discutidas” (ob. cit., p. 191).

2.1.4 — Teoria de Jean Dabin

Em poucas palavras, podemos resumir a tese do professor da Universidade de *Louvain* numa concepção de direito subjetivo expressa no binômio posse-domínio.

2.1.4.1 — A idéia de posse refere-se à relação entre um sujeito e um bem, atribuída pela natureza ou pela vontade humana, consagrada pelo direito objetivo, a fim de que tal sujeito possa dizer que o bem ou valor é seu. Nas palavras do autor, direito subjetivo é *“dar a cada um seu direito, é dar a cada um o que é seu, aquilo que é reconhecido como pertencente a cada um” (ob. cit., p. 81).*

2.1.4.2 — A idéia de domínio, que é a garantia do poder de livre disposição do bem.

2.1.4.3 — Assim, *Dabin* conceitua o direito subjetivo como a prerrogativa, concedida a uma pessoa pelo direito objetivo e garantida por uma ação, de dispor como dono de um bem cuja propriedade lhe é reconhecida.

2.2 — Doutrinas Negativistas

2.2.1 — Teoria de Léon Duguit

O grande mestre francês revolucionou as idéias sobre diversos conceitos jurídicos vigentes no início deste século, entre os quais o de direito subje-

tivo. Para *Duguit* não existem direitos subjetivos vez que só há deveres de solidariedade social. Se existisse direito subjetivo, o sujeito passivo da relação creditícia ficaria numa situação de desigualdade frente ao seu credor, deixando de haver solidariedade social.

2.2.2 — Teoria de Kelsen

Sendo partidário da pureza metódica *Kelsen* sustenta que o direito subjetivo deve ser estudado de acordo com um critério exclusivamente normativo e formal, com abstração total dos elementos psicológicos que no mundo dos fatos possam corresponder às normas do direito positivo.

2.2.2.1 — Para este autor vienense o direito é a forma e não a substância, a proteção e não o protegido. Assim, ao contrário das teorias de *Windscheid*, *Jhering* e *Jellinek*, na concepção *Kelseniana* o elemento substancial é secundário, enquanto que a forma assume relevância jurídica.

2.2.2.2 — A idéia de direito subjetivo, para *Kelsen*, está toda contida na norma. Ele conceitua, pois, direito subjetivo como sendo o próprio direito objetivo em relação com o sujeito, de cuja declaração de vontade depende a aplicação do ato coativo estatal assinalado na norma.

3. Aspectos sobre as Relações Direito Subjetivo e Direito Objetivo

3.1 — Como salienta *Torres Lacroze* a doutrina moderna não vem consagrando a distinção entre direito objetivo e direito subjetivo. Neste sentido *Aftalion*, *Garcia Olano* e *Vilanova*, na consagrada obra *Introduccion al Derecho* assim se manifestam, em livre tradução: “As frases **desde el punto de vista ou no sentido**, com que temos esclarecido as expressões direito objetivo e direito subjetivo, expressam que não existe, na realidade, distinções essenciais a fazer entre estes termos: direito objetivo e direito subjetivo são uma e a mesma coisa, vista de dois pontos de vista diferentes”.

- 3.2 — Com efeito, o direito objetivo é o regulamento da conduta enquanto que o direito em sentido subjetivo é a conduta regulada. Aquele enfoca a forma e este o fundo.
- 3.3 — O dualismo direito objetivo-direito subjetivo nasceu por favorecimento da escola histórica. Segundo *Dernburg*, citado por *Aftalion et outrem* na obra acima referida, existe uma prelação ou uma prioridade temporal do direito subjetivo com relação ao objetivo. Afirma o ilustre expoente da escola histórica, em livre tradução: *"Historicamente os direitos subjetivos existiram muito antes do aparecimento do Estado com uma ordem jurídica deliberadamente estabelecida. Tinham sua base na personalidade de um indivíduo e no respeito que este era capaz de obter e impor. O conceito de uma ordem jurídica pode lograr-se através da consideração dos direitos subjetivos existentes, e graças a um processo de gradual abstração. Por isto é incorreto, tanto histórica como logicamente, supor-se que os direitos subjetivos não são senão emanações do direito objetivo. O ordenamento jurídico garante e configura os direitos subjetivos, porém não os cria"*.
- 3.4 — Esta prioridade temporal do direito subjetivo com relação ao direito objetivo foi rebatida incisivamente por *Hans Kelsen* para quem *"através dos sentidos não se pode perceber o caráter jurídico de um fenômeno... O juízo de que um indivíduo tem ou não direito a possuir uma coisa... só é lógica ou psicologicamente possível quando o indivíduo que o emite pressupõe a existência, quer dizer, a validade de uma norma geral concernente à posse"*.
- 3.5 — Na concepção de *Aftalion*, *Garcia Olano* e *Vilanova* o autor vienense mostra que o dualismo direito objetivo-direito subjetivo é uma ideologia política, que nasceu com o propósito de colocar certas barreiras ao legislador, impedindo, por exemplo, a abolição da propriedade privada, pois se esta, a propriedade privada, é um direito subjetivo o qual o direito objetivo tão-somente reconhece e garante, evidentemente este direito objetivo não poderá jamais determinar a abolição da propriedade privada. Esta concepção tem a sua lógica, se levarmos em conta as palavras do filósofo inglês *Juan Locke*, citado pelos três autores argentinos, assim expostas, *verbis*: *"O fim dos homens que se unem em comunidades políticas é a preservação da propriedade"*. Para tais autores onde se lê "propriedade" leia-se "direito subjetivo", de acordo com a definição de *Locke* para propriedade, segundo a qual é o

“conjunto de vidas, liberdades e bens”. Acrescenta, ainda, Locke: “O poder social constituído jamais poderá ser imaginado como situado além do bem comum, antes disso, estará obrigado especificamente a assegurar a propriedade de cada um”. De fato, a palavra propriedade, aqui foi usada na acepção de direito subjetivo.

4. Duas Conclusões

4.1 — Estamos de acordo com a posição *Kelseniana* de que a distinção entre direito subjetivo e direito objetivo é uma mentira filosófica, por se tratarem de conceitos correlativos como direita e esquerda.

4.2 — Concordamos, contudo, com a existência concreta de tal distinção, sobretudo para a garantia dos direitos individuais, impedindo-se que idéias políticas radicais e casuísticas manipulem conceitos, em função de sua conveniência ou ideologia.

Bibliografia

- 1) Dabin, Jean — *Le Droit Subjectif*, Dalloz, Paris, 1952, pp. 56 e segs.
- 2) Aftalion, García Olano e Vilanova — *Introducción al Derecho*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1967, pp. 239 e segs.
- 3) García Maynez, Eduardo — *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrua S. A., Cidade do México, 1977, pp. 186 e segs.
- 4) Carnelutti, Francesco — *Teoria Geral do Direito*, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1942, pp. 262 e segs.
- 5) Torres Lacroze, Federico — *Manual de Introducción al Derecho*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1967, pp. 45 e segs.
- 6) Trabucchi, Alberto — *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, Tomo I, pp. 53 e segs.
- 7) Wald, Arnoldo — *Direito Civil Brasileiro*, Editora Lux Ltda., Rio de Janeiro, 1962, Parte Geral, pp. 135 e segs.
- 8) Barros Monteiro, Washington de — *Curso de Direito Civil*, Edição Saraiva, São Paulo, 1976, Parte Geral, pp. 4 e segs.
- 9) Menezes, Djacir — *Introdução à Ciência do Direito*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1964, pp. 69 e segs.