

pelos terceiros ali referidos. (grifos nossos)

A inovação é elogiável, uma vez que amplia o espectro da responsabilização, facilitando o ressarcimento da vítima, foco da responsabilidade civil nos dias atuais.

Tópicos Jurídicos

Direito Subjetivo (existência, relatividade e negação)

Olindo Herculano de Menezes*

1. O direito objetivo – conjunto de normas que disciplinam a ação humana – estabelece ou reconhece uma certa prerrogativa em prol de um indivíduo ou de uma coletividade, fazendo-os, por consequência, sujeitos de direitos. Eis o que usualmente se denomina direito subjetivo.

São permissões dadas por meio de normas jurídicas e, portanto, permissões jurídicas para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter alguma coisa. São exemplos de direitos subjetivos as permissões de ter domicílio inviolável; de adotar pessoa como filho; de usar, gozar e dispor da propriedade; de cedê-la em locação ou de dá-la em comodato; de exigir o pagamento do que é devido e a quitação de dívida paga etc. (1)

Na conceituação do direito subjetivo, aliás, não existe unidade de entendimento entre os doutos, como de resto sucede com os institutos jurídicos. São clássicas as definições de Ihéring, como “o interesse juridicamente protegido”, e de Windscheid, como “o poder ou domínio da vontade conferido pela ordem jurídica”, consideradas como incompletas por enfocarem apenas um dos aspectos, um dos pólos do instituto. E, em postura eclética, a definição de Jellinek, como “o interesse protegido mediante o reconhecimento do poder da vontade individual” (2).

Com o direito objetivo (*norma agendi*), o direito subjetivo (*facultas agendi*) guarda uma relação como que simbiótica. São lados distintos de um mesmo fenômeno, de um mesmo instituto. Fora dos domínios do direito objetivo não existe direito subjetivo, como, da mesma forma, não se compreende aquele senão em razão deste, do direito subjetivo (permissões jurídicas).

* N.E.: Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e diretor da Revista do TRF-1ª Região.

A noção tradicional de direito subjetivo como *facultas agendi* não passa sem reparos. O Prof. Goffredo Telles Júnior, da Universidade de São Paulo, entende que, tecnicamente, faculdade é potência: potência que dispõe um ser a agir. Pelo que, “sendo potência, uma faculdade não é um ato, mas a aptidão para produzir um ato. Logo, a faculdade antecede o ato”.

E mais. As faculdades humanas são potências próprias do homem, que lhe pertencem pela sua condição de homem. “São aptidões humanas, independentemente de implicações ou pressupostos de ordem jurídica”. A existência delas independe, portanto, de direito, porque integram o mundo da natureza (faculdades de ver, de pensar, de falar etc.). Como obra do homem, da cultura, o Direito não dispõe de meios de atribuir ao homem tipo qualquer de faculdade, visto constituírem potências com que a natureza o aquinhoou, como ser que é.

Em consequência, nenhuma faculdade é um direito. E nenhum direito subjetivo é faculdade. Ao Direito incumbe ordenar, exprimir mandamentos, permissões e proibições. Seja, manifestar imperativos autorizantes. Não sendo faculdades, os direitos subjetivos são, isto sim, permissões para o uso das faculdades humanas. É a permissão jurídica para o uso da *facultas agendi* (1).

Para a doutrina individualista, o direito subjetivo seria um atributo do homem (indivíduo) enquanto homem, anterior e superior ao Direito positivo, com validade universal; um atributo da personalidade humana.

Essa concepção, de inspiração jusnaturalista, acompanha persistentemente o andar da civilização humana. Muito discutida e criticada, ressurge sempre, “talvez por ser a única que dê a esperança de salvação do Homem em um mundo que transformou o Direito em um instrumento técnico e, às vezes, de opressão” (3).

Com essa inspiração o direito subjetivo passa a ser uma imanência do ser humano, ladeando outros direitos e liberdades fundamentais. Dos homens, então, diz-se que nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Nesse crescendo de prestígio e aceitação, a idéia evolui para um ponto de saturação, dada a sua exaltação máxima. É o que sucede com o individualismo intelectualista de matriz iluminista que, como componente ideológico, veio a culminar no clímax histórico da ascensão da burguesia no mundo europeu moderno, por meio da Revolução Francesa (1789).

Admite-se, então, que a razão humana, com sede em cada indivíduo, é universal. O indivíduo, matriz da razão, passa a ser idolatrado; transforma-se em mito. Sua realização, sua afirmação no mundo só tem limites na expressão máxima de suas potencialidades. Nesse clima, o direito subjetivo, como emanção, como projeção do indivíduo, como atributo seu enquanto ser que é, assume os caracteres de *absoluto, ilimitado e intangível*.

Essa exaltação pode ser observada concretamente em relação ao direito de propriedade, o direito subjetivo por excelência na concepção individualista. Direito anterior ao ordenamento jurídico, a propriedade, como projeção da personalidade humana sobre as coisas, atribui ao seu titular poderes ilimitados e passa a ser vista como instrumento de realização de sua vontade em face de contingências humanas, como a velhice, a doença e o desemprego, com relação às quais funciona como garantia. Enfim, é o exemplo acabado do *direito subjetivo natural e inviolável*.

Os próprios revolucionários de 1789 proclamaram com ardor essa noção de direito inviolável, do que é ilustrativo o art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, rezando ser a propriedade um direito “sagrado e inviolável”.

O Código Civil francês, de 1804, mundialmente conhecido e exaltado (*Code Napoléon*), a maior consequência do ideário de 1789 no direito privado, constitui-se verdadeiramente como o apogeu da concepção absoluta do direito subjetivo, externada exatamente no direito de propriedade. O arcabouço estrutural da codificação gravita em torno do exercício desse direito, como pedestal das demais instituições sociais.

Seu famoso art. 544 encerra a síntese mais radical do pensamento individualista em tema de propriedade: a propriedade é o direito de *fruir e dispor das coisas da maneira absoluta*, contanto que não se faça delas um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos (“*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par règlements*”). E, tanto assim, dado representar uma resposta à propriedade feudal, com paralelismo de domínios (útil e eminente), transformada em instrumento de servilismo, de desvalorização humana (4).

Abolidos os privilégios dos senhores feudais, titulares do domínio eminente, que descarregavam os odiosos ônus e gravames sobre o domínio útil, é restaurado o conceito unitário dos romanos (propriedade quiritária). Como reação, caldeada nos exaltados sentimentos revolucionários, veio exacerbada, conferindo extensão ilimitada aos poderes do proprietário, com ênfase do aspecto individualista – como nos direitos subjetivos em geral – e elevando o direito às culminâncias de uma das liberdades fundamentais do homem. Expressão de liberdade, o domínio deveria ser livre de restrições, limitações e encargos, exercido do modo mais enfático e absoluto, se bem que a segunda parte do nomeado art. 544 não autorizasse tamanha desenvoltura.

Portanto, focado na moldura do direito de propriedade, o direito por excelência da ordem econômica consolidada no século XIX, o direito subjetivo alcança sua afirmação máxima na ordem social do mundo civilizado. Como evolução de idéia, *atinge a dimensão extrema*.

2. Relatividade do direito subjetivo

O idealismo jurídico, na sua forma mais completa como sistema filosófico do Direito – a hegeliana (3), concebia o direito, o pensamento, o mundo da cultura, enfim, como sendo constituído de etapas progressivas, resultantes de um processo espiritual, da *Idéia* em processo de objetivação e purificação, sempre em devenir, rumo ao absoluto. É o processo dialético dos momentos opostos: tese, antítese e síntese.

Eis a trajetória do direito subjetivo como idéia. Sua concepção individualista e absoluta, de inspiração iluminista, materializada objetivamente na tipificação da propriedade no *Code Napoléon*, levada às últimas conseqüências, gera exatamente a idéia oposta, consubstanciada na concepção de *relatividade* e mesmo de negação, pura e simples.

Ainda que não com exclusividade, muito ilustra o conceber relativista a teoria do abuso de direito, à qual se liga necessariamente o nome de Josserand que, impressionado com as crescentes limitações do direito de propriedade, delimitou-a partindo da idéia de uma imanente relatividade dos direitos subjetivos. “A concepção funcional dos direitos privados os considera faculdades conferidas pela ordem jurídica em vista de determinados fins. Abusivo será, pois, seu exercício, quando se desviem da finalidade para a qual foram instituídos. Se o direito deixa de corresponder à sua função própria porque exercido irregularmente, não pode ser tutelado” (4).

Nos conflitos de interesses acham-se envoltos componentes morais, políticos, econômicos, sociais etc. De modo que a medida justa e verdadeira dos direitos individuais reclama uma preocupação constante, uma vigilância perene com os seus fins econômicos e sociais.

Para além dos limites formais, objetivos, fixados pela norma de conduta (jurídica), existem prolongamentos ou dimensões teleológicas que, não raro, se antepõem aos poderes exagerados conferidos aos titulares. Estes não poderão exercê-los como lhes aprouver, e sim em sintonia com os fins sociais. Os direitos têm uma intrínseca funcionalidade que os torna relativos.

Ora sob uma ótica objetivista (exercício sem legítimo interesse ou não conforme a sua destinação econômica), ora sob uma visão subjetivista (exercício com o ânimo de prejudicar ou sob forma culposa), o importante na teoria do abuso de direito é que ela representa uma quebra na monolítica concepção de direito subjetivo absoluto.

Para Gaston Morin, a teoria de Josserand configura um disfarce do real, um mero recurso técnico, com certa utilidade prática, mas sem substrato filosófico (4).

Já para Planiol, a construção assentar-se-ia numa linguagem insuficientemente estudada. O uso abusivo dos direitos não passaria de uma logomaquia, porque, se se exerce o próprio direito, o ato é lícito. E, quando é ilícito, é porque excede o direito. O direito cessa onde o abuso começa, e, portanto, não pode haver uso abusivo de um direito, pela razão irrefutável de que um só e mesmo ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito (2).

De outros críticos, a teoria recebe a acusação de trazer a insegurança para o seio das relações jurídicas, na medida em que deixa ao arbítrio do juiz determinar se, quando e como o exercício do direito é ou não anormal.

Porém as objeções não lhe impediram a aceitação, assim nos sistemas legislativos (Códigos: alemão – art. 266; austríaco – art. 1.299; suíço – art. 2º; soviético – art. 1º etc.), como na sede jurisprudencial, inclusive na jurisprudência francesa (5). É que, considerada embora pouco mais do que um *conceito amortecedor*, constitui um embargo ao exercício egoístico dos direitos subjetivos absolutos; um freio nos intangíveis poderes individuais. Para o próprio Josserand, tem ela sido o processo de maior êxito na compressão do direito de propriedade, cuja força de expansão, por indefinida, necessita ser contida.

3. Negação do direito subjetivo

Réplica ao exercício ilimitado do direito subjetivo, a teoria do abuso de direito, inserida no fenômeno mais complexo da humanização da propriedade – subtração de certos bens da esfera da autonomia privada e limitações crescentes dos poderes do proprietário –, não equivale ainda à sua negação, senão que perdura a propriedade individualista, ainda que com nova inspiração (relatividade intrínseca).

A reação mais veemente (antítese) ao conceito individualista veio do constitucionalista francês Léon Duguit, jurista-sociólogo que negou a existência do direito subjetivo segundo o figurino individualista do iluminismo.

Já afirmara Augusto Comte ter a propriedade uma indispensável função social, destinada a formar e administrar os capitais pelos quais cada geração prepara os trabalhos da subsequente.

Retomando a idéia, Duguit a desenvolve, em concurso com a tese de Émile Durkheim da solidariedade social, em busca de fundamentar logicamente a negação da existência do direito subjetivo.

Em *De la division du travail social*, obra de 1893, o chefe da escola sociológica francesa defende que a divisão social do trabalho seria fator de estrutura ou morfologia social. Nas sociedades primitivas, com fraca divisão social do traba-

lho e indiferenciação de tarefas, existiria uma solidariedade mecânica, ou solidariedade por semelhança, havendo a necessidade de normas mais repressivas.

Já nas desenvolvidas, mais complexas, predominando uma maior e cada vez mais acentuada divisão social do trabalho, haveria, congregando os indivíduos, como elemento catalisador, uma solidariedade por diferenciação, ou *solidariedade orgânica*, com o direito menos repressivo e mais restitutivo. Cada indivíduo componente da sociedade, naquela concepção, sente a *necessidade* do contributo do outro, na medida em que a diferenciação de tarefas acarreta uma *interdependência*. O desempenho de uma completa-se necessariamente no do outro, causando a solidariedade *orgânica*. Como os diferentes órgãos de um corpo vivo, em funções harmônicas, assim seriam os indivíduos em sociedade. Seria esta como que um organismo (solidariedade *orgânica*).

Entrementes, nem a análise social, nem o conhecimento das sociedades desenvolvidas confirmam a tese durkheimiana. Sua lei – o Direito, no curso do avanço social, marcharia de repressivo para restitutivo, em função da divisão social do trabalho – não tem generalidade, conquanto a tese da solidariedade social por diferenciação, ou orgânica, ostente uma forte armadura lógica. A crescente violência das sociedades modernas demanda normas acentuadamente repressivas. A paz social tem outros postulados além da divisão social do trabalho.

Dessa estrutura lógica, aliada à sua aversão positivista ao conceito jusnaturalista de direito imanente ao homem, como ser, anterior e superior ao direito positivo, serve-se Duguit para negar a existência do direito subjetivo.

Pelo seu magistério, o que se denomina como direito subjetivo é o *poder atribuído à vontade* do seu titular de *se impor às demais vontades*. Sua noção essencial implica sempre duas vontades: uma superior à outra, que se impõe. À ciência é impossível justificar porque uma vontade pode ser superior à outra. Portanto, em última análise, a noção de direito subjetivo é de ordem metafísica e, assim, inaceitável nos domínios da ciência. A palavra *direito* deveria ser desterrada da verdadeira linguagem política, como, da mesma forma, a palavra *causa*, da verdadeira linguagem filosófica (Comte- (5).

Ainda para Duguit, a doutrina individualista não deveria ser admitida, por apoiar-se numa afirmação apriorística e hipotética. A assertiva de que o homem natural, ser isolado, é investido de certas prerrogativas e direitos imanentes à condição de homem é puramente gratuita. O homem natural, isolado de laços sociais, nascido livre e independente dos demais, é uma abstração. Ao contrário, o homem nasce membro de uma coletividade, tendo sempre vínculos com ela. O ponto de partida de toda a doutrina sobre o fundamento do direito é, sem dúvida, o homem natural; mas não aquele homem natural, ser isolado e livre dos filósofos do século

XVIII, e sim *o indivíduo preso nos laços de solidariedade social*; o homem nascido membro de uma coletividade, sujeito, por esse fato, a todas as obrigações que implicam a manutenção e o desenvolvimento da vida coletiva.

A igualdade absoluta de todos os homens, corolário lógico do princípio individualista, é contrária aos fatos. Longe de ser iguais os homens são essencialmente diferentes uns dos outros. A doutrina individualista conduz à noção de direito ideal, absoluto, igual em todos os tempos e lugares, *que é anticientífica*. O direito é um produto da evolução humana; um fenômeno social (8).

Assim, o eminente professor da Universidade de Bordeaux, repelindo a noção de direito subjetivo como metafísica, elege a solidariedade social como fundamento do direito (monismo). A divisão social do trabalho é o eixo central em torno do qual gravita e avança o fenômeno jurídico. Na solidariedade social radica a causa da coesão social. Esta coesão fundamenta-se na necessidade de manter coerentes entre si os diferentes elementos sociais, pelo cumprimento da *função social* que compete a cada indivíduo e a cada grupo, estando esta função determinada pela posição que o indivíduo ocupa de fato na coletividade. Só se justifica a ação humana quando em sintonia com aquela *funcionalidade social*.

Membro que é da sociedade, o indivíduo não tem direitos subjetivos, senão a obrigação de fato de cumprir uma determinada função social. Os atos que realiza para esse fim têm valor social e serão protegidos. A norma fundamental do direito será: “Nada fazer que atente contra a solidariedade social em qualquer uma de suas formas e fazer o que for de natureza a realizá-la, perpetuá-la e desenvolvê-la (3).

Há somente funções sociais. O norte do Direito será a noção de fim. A proteção jurídica dos atos dos indivíduos está na razão direta da vinculação que guardem com as funções sociais, já que há apenas deveres, como efeitos diretos de interdependência social. As *situações jurídicas* nas quais situam-se os indivíduos é que legitimam o exigir ou o prestar (ativa ou passivamente) alguma coisa, *ex auctoritate legis*.

A propriedade, inclusive, será uma função social, por mais estranho que pareça aos ouvidos afinados a partir do diapasão individualista, por isso que não existem direitos subjetivos.

Comte, como visto, afirmara ter a propriedade uma função social. Mas o evolucionar da idéia, em missão de contrapor-se à natureza do direito subjetivo, é originalidade de Duguit.

Para uns o conceito de *função social* a substituir o já clássico de direito subjetivo é contraditório. Sendo um direito subjetivo, como tradicionalmente explicado, não pode a propriedade ser, a um só tempo, função social, pela razão de que

uma função implica deveres e quem tem um direito não pode ter, pelo exercício desse direito, também deveres (6). Levada às derradeiras conseqüências, às últimas potencialidades, a idéia elimina-se por contradição (*extrema se tangunt*).

Para Gaston Morin, introduzir a idéia de função no conceito de direito subjetivo é integrar uma contradição em sua estrutura, pois o direito é uma liberdade no interesse do seu titular, e a função, um dever em proveito ou a serviço de outras pessoas que não quem exerce. Nessas condições, a lógica exige a escolha entre o conceito de direito e de função, porque impossível cumulá-los (4).

A objeção, todavia, não deve ser endereçada ao mestre de Bordeaux que, desenvolvendo a idéia de função social, comteana, fê-lo precisamente porque negava a possibilidade lógico-científica da existência do direito subjetivo (existiriam somente *situações jurídicas*).

No desenvolvimento de sua tese, aquele mestre, depois de assinalar estar cuidando daquilo que os economistas chamam de propriedade capitalista – deixando de lado a propriedade dos bens de consumo –, afirma que ela evoluciona no sentido socialista. A dos bens de consumo, entretanto, não avança naquele sentido, o que não significa tenha a tipicidade individualista-burguesa de direito subjetivo.

O termo *socialista*, no caso, não é usado no sentido moderno de supressão da propriedade privada dos bens de produção, senão que os interesses individuais devem subordinar-se aos interesses sociais. As premissas implícitas de um sistema jurídico estão no meio social.

A precisão conceitual, porém, não obsta a que a tese duguiana venha a ser usada com outra inspiração, servindo mesmo a interesses totalitários. Porquanto, não titulando direitos, mas apenas tendo deveres, o indivíduo deixa de ser fim para ser um meio, não passando de uma peça da vasta máquina que constitui o corpo social. Se cada pessoa humana não tem razão de ser no mundo senão pelo labor realizado na obra social, cujo conteúdo resulta indefinido, então ela não passará de uma coisa, de um objeto a ser manipulado pela engrenagem. De modo que, por findar escravizando o homem como um mero objeto, coisificando-o numa dimensão material, a tese da função social requer cuidados e critérios seguros de aplicação.

Sem embargo desse temor, teve larga difusão, ingressando até nas constituições, ainda que como norma programática. Seu lado positivo faz-se presente na civilização atual. A Constituição de Weimar, no seu art. 153, preceitua: “a propriedade obriga e deve ser exercida para servir ao bem comum”.

Como reação ao conceito individualista da propriedade (*plena in re potestas*) é patente a sua utilidade, em oposição aos ilimitados poderes do proprietário, como direitos naturais do homem. Ingressa assim na estrutura conceitual do direi-

to subjetivo, não para negá-lo, mas para atenuar-lhe a dimensão egoística e acen-tuar-lhe o aspecto coletivo e social. Entende-se então que o direito subjetivo tem uma transcendência social e já não causa espécie a idéia de que o direito obriga; de que, pelo seu exercício, um direito origina deveres.

Hoje, com a evolução do pensamento, exsurge, com aceitação generalizada, e até mesmo com o gabarito de norma constitucional (cf. Constituição Federal – art. 160, III), a idéia *neo-duguiana* de que *a propriedade tem uma função social*.

Ela não é uma função social. E sim um direito subjetivo que, como os demais, *exerce uma função social*, cujo conteúdo é revelado pela pressão dos fatos sociais e deve ser fixado concretamente, não pelo Estado (resultaria em totalitarismo), nem exclusivamente pelo julgador (perigaria a segurança das relações jurídicas), mas deve ser fixado, parametrando, definido em lei, regularmente votada.

4. Síntese conclusiva

A idéia de direito subjetivo, em suas mutações dialéticas através da história do homem como ser pensante (sempre em devenir...), evoluciona num aperfeiçoamento perene, como que uma busca de uma identidade universal (a realidade como cópia imperfeita das idéias universais e absolutas...), como que em direção a um protótipo absoluto. *Existência, relatividade e negação* sucedem-se como momentos opostos, tendo como inspiração central o ser humano e como fundamento a justiça (cultura). Afinal, o Direito, na expressão de René David, é um valor da civilização, para descoberta e aperfeiçoamento do qual todos os juristas são permanentemente convocados a colaborar (6).

Bibliografia

- 1 - Goffredo Telles Júnior, *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 28 (verbete: Direito Subjetivo)
 - 2 - Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*. Forense
 - 3 - Paulo Dourado de Gusmão, *Introdução ao Estudo do Direito*.
 - 4 - Orlando Gomes, *Direitos Reais*. Forense
 - 5 - Hermano Machado, *A Propriedade Agrária* (tese).
 - 6 - Orlando Gomes e Antunes Varela, *Direito Econômico*.
 - 7 - Nelson Sampaio, *Enciclopédia Saraiva do Direito* – no verbete: Fontes Materiais do Direito.
 - 8 - Leon Duguit, *Critique de la doctrine individualiste. Traité de Droit Constitutionnel* (tome premier).
 - 9 - A. L. Machado Neto, *Teoria da Ciência Jurídica*.
-