

REFLEXÕES SOBRE A NOÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO FRENTE À TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E TRANSINDIVIDUAIS

REFLECTIONS ON THE NOTION OF RIGHT IN FACE OF THE PROTECTION OF INDIVIDUAL AND TRANSINDIVIDUAL RIGHTS

Rodrigo Coimbra¹
Professor Universitário

Rafael de Freitas Valle Dresch²
Professor de Direito

RESUMO: O presente artigo visa a refletir acerca da noção de direito subjetivo, desde suas raízes com Ockam, na Idade Média, com ênfase na contextualização histórica de sua realização no modelo de Estado liberal clássico, quando se constitui em fundamental categoria jurídica para a construção e a sedimentação tanto do direito privado como do direito processual. Tendo em vista as inúmeras teorias sobre a matéria, opta-se pelo estudo das teorias de direito subjetivo de Savigny, Windscheid, Jhering, Jellinek, Kelsen e Pontes de Miranda. Não obstante, propõe-se a inadequação do direito subjetivo para explicar a efetivação de algumas problemáticas

atuais, como as oferecidas pelos direitos transindividuais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito subjetivo; individualismo; direitos transindividuais; deveres fundamentais; perspectiva objetiva; direito objetivo.

ABSTRACT: *This article aims to reflect on the notion of subjective right from its roots with Ockham, in the Middle Ages, with emphasis on the historical context of its realization in the classical liberal model of the State, when it became a fundamental legal category for construction and sedimentation of private and procedural law. Given the numerous theories on the matter, the option is the study of theories of subjective rights of Savigny, Windscheid,*

¹ Advogado no Rio Grande do Sul - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Faculdade de Direito. Programa de Mestrado e Doutorado, São Leopoldo/RS.

² Advogado no Rio Grande do Sul.

Jhering, Jellinek, Kelsen and Pontes de Miranda. Nevertheless, it is proposed the inadequacy of the subjective right to explain the effectiveness of some current issues such as those offered by trans rights.

KEYWORDS: *Subjective right; individualism; transindividual rights; fundamental duties; perspective objective; objective law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Raízes, contexto da noção de direito subjetivo na modernidade e algumas das principais teorias; 2 Inadequação da noção de direito subjetivo para fundamentar a efetivação de direitos que não sejam individuais; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Roots, context of modernity notion of right and some related theories; 2 Inadequacy of the notion of subjective right to ground the implementation of non-individual rights; Concluding considerations; References.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a estudar e refletir sobre uma das categorias jurídicas mais relevantes para a construção e a sedimentação tanto do direito privado como do direito processual: o direito subjetivo.

A pesquisa se justifica em face da complexidade e da importância do tema.

O problema de estudo investigado é se a noção de direito subjetivo, nuclear para os direitos individuais (homogêneos ou não), é adequada ou não para algumas questões atuais como a da efetivação dos direitos transindividuais?

O estudo está dividido, em seu desenvolvimento, em duas partes, iniciando pelo estudo das raízes, do contexto histórico da consagração da noção de direito subjetivo como elemento nuclear do Direito e de algumas das principais teorias que buscam explicar o direito subjetivo. Na segunda parte, propõe-se que a noção de direito subjetivo, basilar para os direitos individuais, não se aplica de maneira adequada em algumas situações atuais, como a que diz respeito à disciplina dos direitos transindividuais.

Como método científico de abordagem do assunto, é utilizado o método hipotético-dedutivo, partindo de princípios gerais para chegar a conclusões particulares. A abordagem da pesquisa se dá pelo modelo de revisão bibliográfica qualitativa, na medida em que se buscará o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto, segundo os principais pensadores que se dedicaram ao tema analisado.

1 RAÍZES, CONTEXTO DA NOÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO NA MODERNIDADE E ALGUMAS DAS PRINCIPAIS TEORIAS

A tutela de direitos individuais, no contexto econômico e social da denominada idade moderna, é constituída, inicialmente, pelos seguintes pilares: individualismo, patrimonialismo, voluntarismo e direito subjetivo. Vive-se, nessa época, sob a égide do modelo de Estado liberal clássico, e tais pilares se entrelaçam e complementam-se, formando um conjunto de características que reflete as relações jurídicas da época.

A consagração do individualismo se dá com a Revolução Francesa (1789), que marca o ingresso na era moderna rumo ao desiderato de pôr fim ao modelo de Estado absolutista, que não reconhece direitos aos indivíduos³. É uma ruptura epistemológica importante para aquele momento histórico e para a evolução da sociedade e do Direito.

Toda a sociedade passa a ser convocada a espelhar-se na tábua de valores e anseios da burguesia, representados, substancialmente, pelo liberalismo econômico, tendo a propriedade territorial como valor principal e a liberdade contratual como instituto auxiliar para facilitar as transferências e a criação de riqueza. É nesse contexto que o individualismo é visto como um valor a ser prestigiado, como reação ao período estamental que caracteriza a época medieval, em que o valor do indivíduo está ligado não às suas características e aos méritos pessoais, mas ao estamento (classe) social no qual se encontra integrado, como explica Facchini⁴.

Conforme Irti⁵, nessa época, “o valor originário e fundamental é constituído pelo indivíduo, por sua capacidade individual, por sua liberdade de escolher suas próprias metas, seus objetivos, assumindo sozinho o risco do sucesso e do fracasso”. Em torno do indivíduo são construídas todas as relações sociais.

No âmbito econômico e político, vive-se o liberalismo (modelo de Estado Liberal), caracterizado pela pouca intervenção do Estado, que propicia a livre movimentação no espaço (econômico) privado (liberdade dos modernos). Esse

³ JELLINEK, Georg. *La dottrina generale del diritto dello Stato*. Traduzione italiana sulla terza edizione tedesca. Milano: Giuffrè, 1949. p. 23.

⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 20.

⁵ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 21.

é o contexto adequado para a eclosão do individualismo, refletido no mundo jurídico com o aprimoramento, pela pandectística, das figuras do sujeito de direito (como sujeito abstrato) e do direito subjetivo.

Os Códigos Civis desse período, com destaque para o Código Civil francês de 1804, conhecido por *Code Napoléon*, caracterizam-se por estarem centrados na propriedade, com ênfase na propriedade imobiliária, com caráter absoluto e individualista, no voluntarismo jurídico, na liberdade e na autonomia contratual, na igualdade meramente formal⁶.

Dito de outro modo: em resposta aos períodos históricos anteriores, visando à diminuição da insegurança⁷ e das discriminações pessoais daquele tempo, o Direito do Estado Liberal (estatal e burguês), como resposta da modernidade, consagra a igualdade (formal) de todos os indivíduos perante a lei. Todavia, tal igualdade formal está calcada na ideia abstrata de pessoa (como sujeito de direito), desprezando as reais desigualdades econômicas e sociais (sistema neutro), revelando nítida prevalência de valores relativos à apropriação de bens (“ter” – patrimonialismo) e provocando uma “desumanização do jurídico”, cujas sequelas estão presentes até hoje⁸.

Esse sistema, surgido das mentes dos filósofos ou dos *jusfilósofos*, codificado pelo *Code Napoléon*⁹, ilude-se em construir o edifício destinado a

⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 22. Facchini esclarece que a ideologia jurídica que predomina nos códigos civis desse período é “a ideologia dos 3 Cs”, pretendendo que a legislação civil seja completa (sem lacunas), clara (sem significados ambíguos ou polissêmicos) e coerente (afastando a impossibilidade de antinomias). Conclui, o autor, que tudo isso deriva do “mito do legislador iluminista, inteligente, onisciente, previdente, capaz de tudo regular detalhadamente, antecipadamente, de forma clara e sem contradições” (p. 22-23). Explica Fachin que “a igualdade passa a ser vista como um conceito e, sendo assim, era uma categoria distanciada da realidade” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 285).

⁷ “O sentido de segurança surgiu das estruturas profundas da sociedade. A exigência de estabilidade ou de previsibilidade quanto aos comportamentos individuais passou a ser o pressuposto intrínseco das relações jurídicas na medida em que a burguesia francesa, vitoriosa da Grande Revolução, precisava reconhecer-se”. O “mundo da segurança” é, portanto, o “mundo dos códigos”, que se consubstanciam, em ordenada sequência de artigos, os valores do liberalismo do século XIX, conforme IRTI, Natalino. *L'età della decodificazioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 23.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25; DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Moraes, 1961. p. 25.

⁹ Também o grande Código Civil da França nasceu da crença jusracionalista na lei, esclarece WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 386.

transportar do plano filosófico-jusnaturalista ao plano jurídico-positivo a ideia do indivíduo-sujeito de direito e aquela do “poder da vontade” do indivíduo como único motor do Direito Privado, conforme adverte Michele Giorgianni¹⁰.

No centro desse sistema, cujas origens ideológicas remontam ao movimento renascentista, está o “sujeito” de direito, subvertendo-se, assim, a origem etimológica de tal termo, relacionada, ao contrário, a um estado de sujeição (*subiectum*). E os dois pilares desse sistema são constituídos pela propriedade e pelo contrato, ambos entendidos como esferas sobre as quais se exerce a plena autonomia do indivíduo. Deles, sobretudo, a propriedade individual constitui o verdadeiro eixo do sistema do Direito Privado (patrimonialismo), tanto que o contrato, na sistemática dos códigos oitocentistas, é regulamentado, essencialmente, como “modo de aquisição de propriedade”¹¹.

Nesse sentido, Gentili¹² aduz que, para o enredo com a liberdade e a garantia de independência do indivíduo, a propriedade demonstra a importância de uma esfera do domínio individual e, para tanto, o direito subjetivo é política e logicamente indispensável.

As normas estatais protetoras do indivíduo buscam tão somente seu espaço de liberdade econômica, protegendo o cidadão contra o próprio Estado. As limitações aos direitos subjetivos, quando existentes, são apenas aquelas necessárias para permitir a convivência social. Nítida, aqui, a inspiração kantiana: a liberdade irrestrita só encontra limitações na idêntica liberdade do semelhante, conforme esclarece Facchini¹³. Nesse contexto de “reino da liberdade”, a lei é o instrumento escolhido para restringir a liberdade individual¹⁴.

O excessivo “individualismo” do Direito Privado tem como reflexo – muito importante para compreender o significado do Direito Privado de então –

¹⁰ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 747, p. 39, jan. 1998.

¹¹ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 747, p. 38-39, jan. 1998.

¹² GENTILI, Aurelio. A propósito de “Il diritto soggettivo”. *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, v. 50, n. 3, p. 351-373, em especial p. 352, maio/jun. 2004.

¹³ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 22.

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 15, p. 95-113, em especial p. 104, ago./dez. 1999.

uma qualificação acentuadamente subjetivista, visando à “*l’edificazione giuridica della persona*”¹⁵.

Nesse contexto, a função do Direito Privado não é aquela de disciplinar algumas atividades da vida econômica e familiar da sociedade, mas a vida dos indivíduos (ou dos *particuliers*) no seio da sociedade, protegendo a atividade do indivíduo frente ao príncipe¹⁶. O Direito Privado é verdadeiramente – como evidenciado na célebre definição savigniana¹⁷ – a esfera de ação do indivíduo.

Nesse cenário, o direito subjetivo, que passa a ser, na época do modelo de Estado Liberal, uma das mais altas expressões da autonomia dos sujeitos, com um casamento perfeito com o individualismo, é uma fundamental categoria jurídica para a construção e a sedimentação tanto do direito privado como do direito processual, com raízes importantes na Idade Média.

Segundo Villey¹⁸, “a pré-história da idéia de direito subjetivo” surge com Ockam¹⁹ (1285-1347), provavelmente, o primeiro a edificar teoria sobre o direito subjetivo, por ocasião da querela que surge entre a congregação dos franciscanos e o papado na Idade Média. Os franciscanos têm como regra o voto de pobreza, porém, como sua ordem religiosa se estende rapidamente e muitos de seus seguidores são possuidores de bens importantes, o Papa João XXII teme que essa ordem religiosa fique sem os bens de seus seguidores. Diante disso, o Papa João XXII, baseado na opinião de ilustres especialistas em direito canônico e romano da época, habilmente, cria uma solução para o conflito: as propriedades dos franciscanos permanecem na disposição da congregação (usufruto – *ius utendi* e *ius fruendi*), mas o domínio de tais bens pertence à Santa Sé. Então, o monge franciscano Ockam intervém na discussão a favor dos franciscanos, sustentando

¹⁵ GENTILI, Aurelio. A propósito de “Il diritto soggettivo”. *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, v. 50, n. 3, p. 351-373, em especial p. 352, maio/jun. 2004.

¹⁶ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 747, p. 42, jan. 1998.

¹⁷ SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema de derecho romano actual*. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, v. 1, [s.d.], p. 74.

¹⁸ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 261-288.

¹⁹ Ockam, também grafado Ockham, é considerado nominalista, juntamente com Duns Scotus (1266-1308), entre outros. A corrente nominalista, em síntese, “opõe-se aos realistas na questão dos universais. Para o nominalismo, os universais (os *termos universais*, aquilo que a gramática normativa designava por substantivos comuns e alguns casos são abstratos) são conceitos, mas não têm uma existência real. São de uma existência nominal, como instrumentos do pensamento” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 165).

que o direito (*ius*) não é o bem de que desfrutamos, mas o poder que se tem sobre esse bem²⁰.

É a primeira separação da expressão direito, segundo Villey²¹, pois, até então, tem-se presente o significado original e unívoco de “*ius*” formulado pelos jurisconsultos romanos Ulpiano e Paulo, que, em comum, concebem o direito como a arte do justo e do bom, tomando-se por base a natureza das coisas²². Em outras palavras, a palavra “*ius*” está conectada a “*iustitia*”, que indica conformidade com o direito, tanto no sentido objetivo como no subjetivo²³. Nesse ponto, Marchettoni²⁴ concorda com Villey, no sentido de que, no Direito romano, a noção de direito subjetivo é ignorada. Nesse aspecto, é importante salientar a existência de entendimentos divergentes que defendem a presença da ideia de direito subjetivo na antiguidade e no medievo²⁵. A partir dessa concepção, o direito deixa de ser um “bem”, para se tornar o “poder que se tem sobre os bens”,

²⁰ Marchettoni, criticando Villey, diz que não é correto sustentar que Ockam foi individualista no seu pensamento político e muito menos em relação a sua teoria de direito subjetivo. O autor sustenta, em síntese, que a teoria ockhamiana do direito não é individualista, mas comunitária, visto que, para Ockam, a ênfase na liberdade individual nunca é separada do sentido de comunidade (MARCHETTONI, Leonardo. Ockham e L'origine dei diritti soggettivi. *Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano: Guiffrè, n. 37, p. 21-66, em especial p. 64, jan. 2008). Lopes diz que Ockam é individualista, no entanto ele se refere a comunidades, esclarecendo que toda sua metafísica e seu universo jurídico são dos indivíduos e coisas singulares (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 172).

²¹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 266. “*Forse, così, è anticipata la teoria moderna della soggettivazione del diritto oggettivo*”, conforme SFORZA, Widar Cesarini. *Diritto soggettivo. Enciclopedia del Diritto*, Milano: Guiffrè, v. XII, p. 672, 1964.

²² Para Ulpiano “*ius*” significa: “[...] *ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequum*”. E para Paulo: “[...] *quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale*”. Essas definições contêm em comum o “*iustum et aequum*”. “*Di ius si era consolidato il significato oggettivo, sicché equivaleva a iussum ed era quase sinônimo di lex, ma talvolta, se riferito a una persona privata, esprimeva il suum di questa*”. [...] “*A ius si connete iustitia, parola indicante talora la conformità al ius in senso tanto oggettivo che soggettivo*”, conforme SFORZA, Widar Cesarini. *Diritto soggettivo. Enciclopedia del Diritto*, Milano: Guiffrè, v. XII, p. 670, 1964.

²³ “*A ius si connete iustitia, parola indicante talora la conformità al ius in senso tanto oggettivo che soggettivo*”, conforme SFORZA, Widar Cesarini. *Diritto soggettivo. Enciclopedia del Diritto*, Milano: Guiffrè, v. XII, p. 670, 1964.

²⁴ MARCHETTONI, Leonardo. Ockham e L'origine dei diritti soggettivi. *Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano: Guiffrè, n. 37, p. 21-66, em especial p. 21-22, jan. 2008.

²⁵ Nesse sentido, CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. *Chaim Perelman - Da argumentação a justiça um retorno a Aristóteles*. Porto Alegre: Linus Editores, v. 1, 2007, p. 115.

ou o “poder de impô-lo à observância dos demais”. Villey²⁶ considera isso uma autêntica revolução copernicana verificada na ciência jurídica. Nesse sentido, são esclarecedoras as passagens a seguir proferidas por Ovídio Baptista²⁷:

[...] Subjetiva-se, portanto, o conceito, ao mesmo tempo em que se elimina dele qualquer relação com a moral, posto que, agora, a questão do merecimento *formaliza-se*, passando a decorrer necessariamente da lei, enquanto norma estatal. [...] Vê-se da concepção do padre franciscano como a *relação entre sujeito e o respectivo bem* que lhe é atribuído pela norma deixa de ter relevância conceitual, para priorizar-se o *poder* de impor aos demais a observância do próprio direito, ou, como ele diz “o poder de apropriar-se” dos bens que lhe sejam concedidos. [...]

[...] São perfeitamente visíveis, na filosofia do monge franciscano do século XIV, as raízes do voluntarismo, que depois dominou a filosofia do século XVII [...].
(grifos do autor)

A ideia de direito associada a poder, e não ao justo, surgida no século XIV, com Ockam, tem importantes reflexos nas doutrinas jurídicas posteriores, principalmente a partir do movimento pandectista alemão do século XIX, que tem por preocupação doutrinal o estudo do desenvolvimento do direito subjetivo²⁸.

A desconexão do direito moderno com os seus fundamentos centrados na tradição aristotélica da justiça²⁹, fundamentos esses que serviram de base tanto para a descoberta das soluções de direito pelos juriconsultos romanos –

²⁶ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 266.

²⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 120-121.

²⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una Teoría Procesal del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 39.

²⁹ Caenegem também afirma esse processo de desconexão: “De maneira geral, os autores da Escola de Direito Natural tomavam emprestados os princípios do direito romano quando precisavam formular normas concretas de lei para questões específicas. Sua intenção não era rejeitar as normas tradicionais do direito como um todo, o que não teria sido nada realista; queriam modernizar o método jurídico e libertar a jurisprudência da restrição imposta pela autoridade antiga” (CAENEGEM, R. C. van. *Uma*

conforme defendido do Villey – quanto para a sistematização dessas soluções pelo jusnaturalismo moderno, como fica claro nos escritos de Grócio, Pufendorf, entre outros, parece ter ocorrido, principalmente, nos séculos XVIII e XIX. Tal desconexão vai culminar com a escola pandectista, no século XIX, de tão grande influência posterior. Apesar de a desconexão ter afastado as referências diretas aos sentidos de justiça por parte dos jusprivatistas desde então, mesmo considerando a presença de novas influências filosóficas, sobretudo a kantiana³⁰, não há como desvincular a teoria da justiça do direito privado e do direito processual, eis que esta serviu de alicerce central nos dois momentos cruciais da formação do direito privado e do direito processual no Ocidente³¹.

Nesse aspecto, apesar de Gordley não abordar essa questão histórica diretamente, é fundamental frisar que, apesar da crítica kantiana à metafísica do jusnaturalismo moderno anterior e a desconexão ocorrida em relação aos fundamentos da justiça aristotélica, a Escola Histórica do Direito, através de seus principais líderes, Savigny e Puchta, pode receber e conformar a herança jusnaturalista e a forte influência kantiana e neokantiana³². Ou seja,

introdução histórica ao direito privado. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 168-169).

³⁰ “Do ponto de vista dos valores subjacentes, este formalismo corresponde ao papel que ao direito é reservado no sistema ético de Kant – ao direito não compete estabelecer padrões éticos de conduta, mas garantir a liberdade que, justamente, possibilita uma avaliação ética das condutas. E, nessa medida, o formalismo conceitualista traduz, do ponto de vista histórico-cultural, uma posição, por um lado, *individualista*, e, por outro, *relativista*.” (HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998. p. 187).

³¹ Tal momento de desconexão relevante é bem descrito por Englard: “Among the legal scholars of the seventeenth and eighteenth centuries, we find a strong tendency to criticize Aristotle’s distinctions, sometimes with ironical undertones directed against those jurists who spent time and intellectual efforts to elaborate these distinctions. An influential voice is Christian Thomasius (1655-1728), professor of law at the University of Halle. He argues in relation to Ulpian’s definition of justice that the attempt to explain it on the basis of Aristotle’s writings is even more absurd than the attempt to explain the books of Protestant theologians on the basis of the writings of the Popes [...] The German Pandectists of the nineteenth century, too, were not specifically interested in the scholastic discussions of the Aristotelian notions of justice. Thus, e.g., Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), in his famous *System des Pandekten-Rechts* – after mentioning Grotius’s distinction between *iustitia attributrix* and *iustitia expletrix* – simply adds that, for the history of science, the scholastic division between commutative and distributive justice is noteworthy. Some Pandectist scholars used even a most disparaging language in relation to the classical notions of justice, claiming that their analysis was a waste of time, misleading, and a contraband of prohibited goods” (ENGLARD, Izhak. *Corrective & distributive justice: from Aristotle to modern times*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 171-174).

³² Assim Wieacker esclarece essa combinação no seio da Escola Histórica do Direito: “Incorrecta seria, em contrapartida, a conclusão de que a crítica kantiana da metafísica do direito tenha tornado impossíveis todos os posteriores contributos metodológicos do jusracionalismo para a ciência jurídica. O jusracionalismo, como tentativa sistemática de uma ordenação científica do direito positivo, não

a pandectística recebe a forte influência kantiana e a agrega às conquistas jurídicas do jusnaturalismo moderno sobre o material romano, desconectando-se, entretanto, dos princípios de justiça que influenciaram os romanos e os pais do direito privado moderno³³.

Assim, a noção de direito subjetivo tem assentamento no jusnaturalismo em atenção à consideração do Direito em função do indivíduo. A experiência cultural do Renascimento produz um pensamento filosófico de caráter individualista que valoriza a liberdade humana. Trata-se de uma exigência do jusnaturalismo, a fim de garantir as prerrogativas fundamentais do homem em confronto com os poderes do soberano. Nesse contexto, o direito subjetivo ganha o centro do sistema jurídico como expressão da livre personalidade humana e sua personalidade em face da vontade do soberano³⁴.

foi de modo algum atingido por ela; assim, kantianos como Anselm Feuerbach (e, num certo sentido, Franz v. Zeiler) puderam ser, ao mesmo tempo, legisladores juracionistas. Continuou ainda a ser possível, com base na autonomia ética de Kant, uma ética jurídica autônoma de caráter trans-histórico, tal como dominou o conjunto da primeira pandectística no conceito de pessoa jurídica, de direito subjetivo, de autonomia da vontade negocial e da 'existência autônoma do direito' como realização da ética em Savigny e em Puchta. Assim, para Savigny, o direito constitui 'uma fronteira dentro da qual a existência e a acção de cada particular obtém um espaço seguro e livre' e 'a regra pela qual pela qual esta fronteira e este espaço livre são definidos'. Savigny chega assim a uma relação entre direito e moral que fundamenta eticamente a própria autonomia do direito; o direito serviria na verdade a moral: porém, não enquanto dava realização aos seus comandos, mas enquanto assegurava a cada um o desdobramento das suas energias internas. Daqui decorre que o direito 'domine ilimitadamente na sua esfera' e não tenha que cumprir outra missão que não a da consagração ética da natureza humana" (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 403).

³³ Wieacker, novamente, destaca essa ruptura promovida por Savigny: "O que ele terá feito foi distanciar-se, como todos os chefes da fila da jurisprudência por volta de 1800, do direito natural pré-critico, isto sob a influência de Kant; para ela já não existia qualquer direito natural 'material', i.e. do ponto de vista do conteúdo, que pudesse representar a filosofia da ciência jurídica" (Wieacker, op. cit., p. 425). No mesmo sentido: "Foi também do jusnaturalismo que a nova ciência jurídica adoptou ainda o pressuposto de uma determinação ética geral para o direito. Na verdade a antiga ética social material do jusnaturalismo de Grócio e Pufendorf, juntamente com a sua tradição antiga e escolástica, aparecia agora completamente desmentida pela 'crítica da razão prática' e pelos 'fundamentos metafísicos da teoria do direito' de Kant. Ela foi substituída pela ética formal do dever e da liberdade que Kant deduziria da autonomia moral de personalidade" (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 427).

³⁴ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. A atualidade da teoria de Georg Jellinek como estrutura para o sistema de posições jurídicas fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – RS*, Porto Alegre: FMP, n. 1, p. 34-72, 2007, p. 42.

Nesse quadro, Savigny³⁵, na linha voluntarista da sua época (1779-1861), diz:

Si contemplamos los hechos jurídicos que en la vida real nos rodean y dominan, nos aparece en primer lugar el poder correspondiente a la persona particular: una esfera en la cual su voluntad reina con nuestro consentimiento. Denominamos este poder un derecho de esta persona, en el sentido de facultade. Algunos lo llaman derecho en sentido subjetivo.

Esse trecho da obra de Savigny evidencia noções importantes sobre a sua concepção de direito subjetivo: a) o direito subjetivo é um poder; b) o direito subjetivo é um poder do indivíduo; c) o direito subjetivo é um poder da vontade do indivíduo. Essa concepção é seguida e consagrada por Windscheid, conforme será tratado a seguir.

Esclarece Wieacker³⁶ que a definição de Savigny de direito subjetivo está fundamentada no conceito kantiano³⁷ do Direito como espaço da liberdade que possa coexistir com a liberdade dos outros e na autonomia daí decorrente: a existência autônoma do Direito, que não deve forçar a eticidade autônoma da pessoa, mas, antes, deve possibilitá-la.

A definição de Savigny demonstra, com rara clareza, a histórica vinculação do direito subjetivo ao individualismo e ao voluntarismo (vontade individual), características fundamentais para a problematização levantada no presente trabalho.

³⁵ SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ. *La ciência del Derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 29. Nessa mesma linha, Savigny já havia escrito em outra obra: “Considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestros ser, nos aparece como un poder del individuo. Em los límites de este poder, reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder ó facultad lo llamamos nosotros ‘derecho’, y algunos derecho en su sentido subjetivo” (SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema de derecho romano actual*. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, v.1, [s.d.]. p. 5).

³⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 440 e 453.

³⁷ Para Kant (1724-1804), “o direito estrito se apóia no princípio de lhe ser possível usar constrangimento externo capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com as leis universais. [...] Direito e competência de empregar coerção, portanto, significam uma e única coisa” (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 78).

Bodin de Moraes³⁸ diz que a imponente elaboração de Savigny se dá, fundamentalmente, através do conceito de “direito subjetivo *individual*” (grifou-se), isto é: “Do atribuir-se à vontade individual um domínio dentro do qual ela reina independentemente de qualquer vontade estranha”. Segundo essa concepção, prossegue a autora³⁹, “os direitos subjetivos delimitavam os amplos domínios reservados à autonomia privada, garantindo assim a liberdade individual por meio de autorizações subjetivas, provenientes, exclusivamente, do próprio poder da vontade do indivíduo”.

Destaca Ovídio Baptista⁴⁰ que o direito subjetivo, nessa época, “deve ser entendido como poder da vontade *exercido contra alguém individualmente*, já que seria impensável a existência de um direito subjetivo, assim definido, pressupondo a supremacia de vontade do respectivo titular, exercido contra a comunidade jurídica inteira”.

Windscheid (1817-1892), maior representante da teoria voluntarista⁴¹ e da escola rigorosamente conceitual e sistemática da pandectística alemã⁴², define o direito em sentido subjetivo (direito subjetivo) como faculdade, que se manifesta em duplo sentido, como se constata a seguir.

- a) O ordenamento jurídico (direito em sentido objetivo – Direito objetivo⁴³) estabelece certas condutas (ação ou omissão) e deixa à livre disposição

³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 15, p. 95-113, em especial p. 103, ago./dez. 1999.

³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 15, p. 95-113, em especial p. 103, ago./dez. 1999.

⁴⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 120-121.

⁴¹ Para Windscheid, “a tarefa do direito privado é traçar os limites dos campos de vontade dos indivíduos que vivem em comum, de definir em que medida a vontade de cada indivíduo deve ser decisiva para os indivíduos com os quais se enfrenta. Esta finalidade o ordenamento jurídico privado alcança por meio de proposições jurídicas imperativas e proibitivas” (tradução livre de WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione Tipografica – Editrice Torinese, 1902. p. 80).

⁴² Da pandectista resultou uma suma do direito privado (como antes nos grandes comentários do jurista Ulpiano ou da *Glossa Ordinária*), cuja fama geral levou até os países mais distantes a influência e a vigência da pandectista. Na Alemanha, a obra de Windscheid levou ao seu chamamento à primeira comissão para o Código Civil (BGB), onde teve uma influência dominante, conforme WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 510.

⁴³ Opta-se, neste trabalho, pelo emprego das expressões “direito objetivo” e “direito subjetivo”. Todavia, nas transcrições de autores serão observadas as terminologias por eles utilizadas.

(autonomia da vontade) de aquele em cujo benefício foi emitido o preceito (titular do direito) fazer valer ou não (faculdade) o Direito objetivo preceituado. A vontade do titular do direito é decisória para a efetividade do mandado emitido pelo ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico desprende-se do mandado por ele emitido em favor do titular, transformando seu próprio mandado em mandado do titular do direito. O “direito” (objetivo) transforma-se em “seu direito” (subjetivo)⁴⁴. É o que se passa a classificar como direitos subjetivos a uma prestação ou direitos subjetivos prestacionais.

- b) O ordenamento jurídico atribui ao facultado a autonomia da vontade (vontade decisória) não para a realização, mas para a formação (existência) de direitos estabelecidos pelo próprio Direito objetivo⁴⁵. Trata-se, segundo o autor, de outro significado da palavra direito (subjetivo). É o que se passa a classificar como direitos subjetivos potestativos ou formativos⁴⁶.

Conclui Windscheid⁴⁷ que ambas as espécies de direito subjetivo compreendem a sua famosa definição, que consagra a chamada teoria da

⁴⁴ *“Diritto ad un determinato comportamento, fatto odo missione, dele persone, che si trovano di fronte al titolare, o di una singola persona. L’ordine giuridico (il diritto in senso oggettivo, il diritto oggettivo), in base ad un fatto concreto, há emesso un precetto di tenere un determinato comportamento, e posto questo precetto a libera disposizione di colui, a cui favore esso há emanato. Esso rimette in lui di valersi o no del precetto, ed in particolare di porre o non in opera i mezzi garantitigli dall’ordine giuridico. Questo si è spogliato a favore di quello del precetto di lui. Il diritto è divenuto il diritto di lui.”* (WINDSCHEID, Bernard. *Diritto dele pandette*. Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1902. p. 169-170)

⁴⁵ *“La parolla ‘diritto’ non ha questo senso, quando p. es. si disse, che il proprietario há il diritto d’alienar ela cosa sua, che il creditore há il diritto di cederei l suo credito, che ad un contraente compete il diritto d’alienar ela cosa sua, che il creditore ha il diritto di cederei l suo credito che ad un contraente compete il diritto di recesso o quello di disdetta ecc. In queste e simili manieri di esprimersi, colla parola diritto s’intende, che la volontà del titolare è decisiva per la nascita di diritti dela especie prima considerata, o per l’estinzione o modificazione de’ già nati. Al titolare si attribuisce una volontà decisiva, non già per l’attuazione, ma per l’esistenza di precetti dell’ordine giuridico.”* (WINDSCHEID, Bernard. *Diritto dele pandette*. Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1902. p. 170)

⁴⁶ Por volta de 1896, Zitelmann, havia, pela primeira vez na doutrina, mencionado uma categoria especial de direitos, que denominou de direitos potestativos. Segundo Zitelmann, na teoria geral, os direitos subjetivos se classificariam em duas categorias fundamentais: os direitos aos quais corresponde uma prestação, que se exercem e cumprem-se mediante uma prestação da outra parte; e direitos que se exercitam independentemente de qualquer prestação da parte contrária, do sujeito passivo da relação jurídica (LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio Janeiro: Forense, 2008. p. 220-221).

⁴⁷ *“Diritto è una podestà o signoria della volontà impartita dall’ordine giuridico.”* (WINDSCHEID, Bernard. *Diritto dele pandette*. Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione

vontade: o direito (subjeto) é um poder de vontade reconhecido pela ordem jurídica. Nas edições posteriores da sua obra, em resposta a objeções que sofre, notadamente de Jhering, Windscheid⁴⁸ esclarece que a “vontade” é do ordenamento jurídico, não do titular do direito.

Jhering (1818-1892)⁴⁹, mediante ampla argumentação contestando a “teoria da vontade” do contemporâneo Windscheid, sustenta que o direito (subjeto) não é o adorno, o objeto da vontade, mas sua condição: “Os direitos não são o fim da vontade, ainda que lhe sirvam de meio”. Se a vontade fosse o objeto do direito, como teriam direito as pessoas sem vontade, como os incapazes, questiona o autor, sustentando que os direitos não existem para realizar a ideia da vontade jurídica abstrata, mas para garantir os interesses da vida, ajudar a satisfazer as suas necessidades e realizar seus fins. Para o autor, a utilidade (não a vontade) é a substância do direito (elemento substancial) que deve ser somada ao meio para esse fim, que é a proteção do Direito objetivo por meio da possibilidade de ajuizamento de ação judicial em caso de violação do direito (elemento formal). A partir daí, Jhering expõe seu conceito clássico de direito subjetivo, consagrando a chamada teoria do interesse: “Os direitos são interesses juridicamente protegidos”.

Tipografico - Editrice Torinese, 1902. p. 170)

⁴⁸ “*Volontà dello Stato*”, conforme SFORZA, Widar Cesarini. *Diritto soggettivo. Enciclopedia del Diritto*, Milano: Guiffrè, v. XII, p. 685, 1964. Ovídio Baptista, a partir da assimilação do conceito de direito subjetivo como poder da vontade conferido, consagrado por Windscheid, diz que “a relação jurídica deverá, necessariamente, traduzir-se numa relação obrigacional entre sujeitos de direito, nunca numa relação do titular do direito com a coisa que lhe pertence”, provocando “uma profunda inversão conceitual, se compararmos a visão moderna com a concepção clássica do fenômeno jurídico”: o direito, em seu sentido original, não se confundia, absolutamente, com a lei, e, menos ainda, como hoje passou-se a concebê-lo, com o *poder* que o titular terá para impor sua vontade contra outrem. Essa concepção moderna de direito, como direito subjetivo, corresponde a uma autêntica “revolução copernicana”, como a provocada por Kant, na mesma linha da revolução operada por ele na filosofia moderna (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 117-118).

⁴⁹ “*Pero los derechos non son el fin de la voluntad, sino que le sirven de médio. Si la voluntad unicamente fuera el objeto del derecho, cómo podrían tener derechos las personas sin voluntad? [...] Pero los derechos no existen para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta, sino para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines. Los derechos no producen nada inútil; la utilidad, no la voluntad, es la sustância del derecho. La voluntad no es más que la fuerza motriz de los derechos. Dos elementos constituyen del derecho: uno substancial, que es fin práctico del derecho, la utilidad, las ventajas y ganancias; outro formal, que es médio para este fin: la protección del derecho; la acción de la justicia. Los derechos son, pues, intereses juridicamente protegidos.*” (JHERING, Rudolf Von. *Espíritu del Derecho Romano*. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1962. p. 443 e 445)

Jhering buscou, de alguma forma, construir uma teoria que conformasse os direitos subjetivos com as finalidades sociais, mas, como ressaltado *supra*, o direito subjetivo acaba por recair em uma situação de subordinação às finalidades coletivas. Isso justamente porque os interesses individuais que fundamentam os direitos subjetivos, segundo a concepção de Jhering, devem se sujeitar, ao fim e ao cabo, aos interesses e às finalidades sociais, como conclui Wieacker⁵⁰ sobre o pensamento de Jhering:

Posteriormente, haveria de fazer pender o prato da balança para os interesses coletivos e de definir o direito como o que é útil para a sociedade ou para os grupos sociais vitoriosos ou, de forma equívoca e demagógica, como a “utilidade comum” ou “o que é útil ao povo”; e, por fim, como perversão do correcto princípio de que a “justiça é o que é útil ao povo”, no que “o direito é o que é útil ao povo”, em que direito e povo acabam por ser reduzidos a nada.

Jellinek (1851-1911)⁵¹, visando a traçar seu conceito de direito subjetivo público, acaba consagrando a chamada “teoria mista”, que combina o poder de vontade com a finalidade de proteger os interesses dos indivíduos. Para o autor, o direito subjetivo (subjetividade jurídica) se expressa por meio do reconhecimento, pelo Estado, da posição do indivíduo como pessoa, como membro do Estado e dotado de direitos individuais perante a esfera pública, pois essa concessão do Estado possibilita ao indivíduo (poder de vontade) colocar em movimento o sistema jurídico para realizar um interesse, mediante o reconhecimento do ordenamento jurídico (Direito objetivo). Para essa concepção, o direito subjetivo é, portanto, um poder da vontade humana que recai sobre um bem ou um interesse e que o ordenamento jurídico reconhece e protege.

⁵⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 517.

⁵¹ “La subietività giuridica si contrappone allo Stato. Essa si esprime mediante il riconoscimento da parte dello Stato della posizione dell’individuo come membro nella comunità del popolo. Ma essa racchiude in sè, altresì, il riconoscimento dell’uomo come persona: cioè, come un individuo dotato d’una sfera di diritti pubblici. È questo il risultato di tutta l’evoluzione della civiltà: che nello Stato moderno ogni uomo, il quale è sottoposto come che sai al potere statale, è nel medesimo tempo di fronte ad esse anche persona. [...] Ma la capacità individuale, concessa dallo Stato, de mettere in moto l’ordinamento giuridico nel próprio interesse crea, come qualsiasi delimitato potere individuale riconosciuto dal diritto, un diritto subiettivo.” (JELLINEK, Georg. *La dottrina generale del diritto dello Stato*. Traduzione italiana sulla terza edizione tedesca. Milano: Giuffrè, 1949. p. 23 e 30).

Em suma, essas são as três teorias mais difundidas a respeito da definição do direito subjetivo e sua relação com o Direito objetivo. Existem várias teorias sobre o direito subjetivo e, no presente trabalho, opta-se pelo estudo da chamada pré-história do direito subjetivo (Ockam) e das teorias clássicas de Windscheid, Jhering e Jellinek, além de mais duas que se elegem como relevantes, como as de Kelsen e de Pontes de Miranda.

Kelsen⁵² (1881-1973), contestando detalhadamente as três teorias mais tradicionais sobre direito subjetivo (teoria da vontade, de Windscheid⁵³; teoria do interesse, de Jhering⁵⁴; teoria mista, de Jellinek⁵⁵), inova ao romper com a

⁵² KELSEN, Hans. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica. México: Porrúa, 1987. p. 493-578 (tradução da segunda edição em alemão, de 1923), combinado com KELSEN, Hans. *Teoría geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 82-83 (publicada originalmente com título: *General Theory of Law and State*, em 1945).

⁵³ Kelsen sustenta que Windscheid se contradiz ao dizer que a vontade do ordenamento jurídico é o substrato do direito subjetivo e sustentar que o conteúdo (material) do direito subjetivo é determinado pela vontade real do titular do direito. Acrescenta que, se, realmente, a vontade do ordenamento jurídico fosse o substrato do direito subjetivo, o único sujeito de direito seria o próprio ordenamento jurídico. E arremata dizendo que a vontade, assim como o interesse, são elementos psíquicos e, como tais, incompatíveis com a construção jurídica em geral, acarretando ficções e contradições (KELSEN, Hans. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica. México: Porrúa, 1987. p. 512 e 513-514).

⁵⁴ Para Kelsen, da teoria de Jhering o elemento proteção é o único que se justifica (“que fica em pé”) como conteúdo do direito subjetivo: “*El análisis crítico de la construcción de Jhering nos lleva, por tanto, a la conclusión de que de los dos elementos del concepto del derecho subjetivo, el material, es decir, el interés, es perfectamente inadecuado para ser parte integrante del concepto del derecho y de que este elemento solo palabra y de un modo puramente ficticio entra como factor especial en el derecho subjetivo de Jhering. Lo único que queda siempre en el concepto de este autor es el elemento de la protección, que Jhering señala, inexactamente, como formal. Este estado de protección, lo único que queda en pie como contenido del derecho subjetivo de Jhering, no es, en realidad, sino el reflejo material de la protección estatuida por el orden jurídico, y esta protección, y no lo protegido es el elemento verdaderamente formal, pues bien, esta protección consiste en el deber jurídico, que es la forma subjetiva de manifestarse la norma jurídica. Con lo cual queda nuevamente demostrada la íntima afinidad que existe entre el concepto jheringiano y el concepto iusnaturalista del derecho subjetivo: en ambas construcciones, vemos que el derecho subjetivo es, simplemente, el reverso sustancial del deber jurídico formal*” (KELSEN, Hans. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica. México: Porrúa, 1987. p. 506-507).

⁵⁵ Kelsen entende que a definição de Jellinek não se distingue, substancialmente, em nada da de Windscheid, pois Jellinek se orienta bem mais pelo elemento vontade no seu conceito de direito subjetivo: “*En realidad, la definición de Jellinek no se distingue substancialmente en nada de la de Windscheid. Se limita a reoger en la definición el elemento, supérfluo por cuanto evidente en sí mismo, del contenido de la voluntad; algo así como si en la definición del cuadrado se incluyese, además de los elementos de los cuatro lados y los cuatro ángulos rectos, la igualdad de las dos diagonales*” (KELSEN, Hans. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica. México: Porrúa, 1987. p. 537).

noção da doutrina do Direito Natural, segundo a qual o direito “subjetivo” e o dever possuem existências independentes do ordenamento jurídico, tendo em vista que, para essa doutrina, as normas jurídicas se limitam a proteger ou garantir direitos subjetivos considerados lógicos e temporalmente anteriores ao Direito objetivo⁵⁶.

Kelsen⁵⁷ altera a relação de precedência de direito (subjetivo) à dever para dever à direito (subjetivo), a partir da concepção de que a base de tudo é o Direito objetivo (a norma), salientando, todavia, que “um direito é mais do que o correlativo de um dever”⁵⁸. De acordo com a teoria kelseniana, o direito subjetivo é o poder jurídico eventualmente (não necessariamente⁵⁹) concedido pelo Direito objetivo, mediante uma ação, para que o Estado (por meio do Poder Judiciário) aplique a sanção (determinada pelo próprio Direito objetivo) àquele que não cumpriu um determinado dever imposto pela norma⁶⁰:

⁵⁶ “No começo, existiam apenas direitos subjetivos - em especial o protótipo de todos os direitos, o direito a propriedade (obtida por ocupação) - e apenas num estágio posterior o Direito objetivo como ordem do Estado foi acrescentado com o propósito de sancionar e proteger os direitos que, independentemente dessa ordem, haviam passado a existir. Esta idéia é desenvolvida com mais clareza na teoria da Escola Histórica, que foi decisivamente influenciada, não apenas pelo positivismo jurídico do último século, mas também pela jurisprudência moderna dos países de língua inglesa.” (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 82-83)

⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 175: “[...] Não são possíveis atribuições de Direito a um, especialmente Direito em sentido técnico, sem deveres dos outros; deveres, porém, sem Direitos, no sentido técnico, são muito bem possíveis; é inexato quando a Ciência do Direito (*jurisprudenz*) tradicional (porventura sob a influência da Teoria do Direito Natural) coloca em primeiro plano o conceito de atribuição de um Direito como de Direito subjetivo; fala de Direito e dever - não de dever e Direito -; [...]”.

⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 175, combinado com KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 81-82.

⁵⁹ Para Kelsen, a essência do Direito está em impor condutas determinadas, por meio do estabelecimento de deveres. O estabelecimento de direitos no sentido subjetivo é uma opção do Direito objetivo. Nesse contexto: a) podem existir deveres sem direitos “subjetivos”, mas não pode haver direitos “subjetivos” sem deveres dos outros; b) a previsão de direitos subjetivos “é uma função possível, não uma função necessária de um ordenamento jurídico positivo” (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 175).

⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 174-175. Segundo Mario Losano, recorrendo à concepção de dever jurídico, Kelsen abandona a concepção de direito subjetivo herdada da doutrina romanista e considera-o fundamento da pretensão jurídica, excluindo toda consideração psico-sociológica (LOSANO, Mario G. *Teoría pura del Derecho: evolución y puntos cruciales*. Bogotá: Editorial Temis, 1992. p. 25).

O Direito de um é o dever de outro, considerado do ponto de vista daquele frente ao qual está este dever. Fala-se, por isso, de um “Direito” no sentido subjetivo da palavra. Direito no sentido subjetivo pode, por sua vez – no âmbito de uma ordem jurídica –, ter uma significação especificamente técnica. O “Direito” de um não é, pois, mero reflexo do dever de um outro. Este Direito subjetivo só existe, pois, se a sanção que deve ser aplicada pelo órgão aplicador do Direito, especialmente pelo Tribunal, no caso de não-cumprimento de dever, tiver de se realizar apenas a requerimento do sujeito lesado em seu interesse pelo não cumprimento do dever; de modo que a fixação da norma individual, com a qual se ordena a sanção, por uma ação dirigida a tal fim – demanda, queixa –, é solicitada por aquele frente a quem existe – não cumprido – dever. Então esse bem, à sua disposição, o Direito que estatui o dever, o Direito é *seu* Direito.⁶¹ (grifos do autor)

No Brasil, destaca-se o posicionamento de Pontes de Miranda (1892-1979)⁶², o qual, depois de advertir que o direito subjetivo é uma abstração a que sutilmente se chega após o exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos, sustenta que a regra jurídica é objetiva e incide nos fatos, assim, o suporte fático torna-se fato jurídico: “O que, para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito, já aqui subjetivo, porque se observa o lado desse alguém, que é o titular dele”. O autor prescreve não ser possível se conceber o direito subjetivo, quer histórica, quer logicamente, sem o Direito objetivo, de modo que, incidindo a regra jurídica, o direito subjetivo é “o que resulta do lado positivo da incidência”, portanto, “há nele um poder”, esclarecendo, todavia, que o direito subjetivo não é uma faculdade, “contém a faculdade”. Em suma, para Pontes de Miranda, direito subjetivo “é a vantagem

⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 174. Em outra obra, o autor trata o “direito subjetivo” como sinônimo de “pretensão”, traduzido na exigência da conduta devida (dever), quando tal dever não esteja sendo cumprido tal como determinado pelo direito objetivo (norma), em *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 142.

⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 5, 1955. p. 231-233.

que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fáctico”⁶³.

Para Pontes de Miranda, o direito subjetivo é todo direito de que a regra objetiva dota os sujeitos de direito, “conferindo-lhes projeção própria, atuação voluntária ou não”⁶⁴. Essa projeção própria é a “individualização” da posição jurídica, o reconhecimento de que “alguém, a quem o direito objetivo atribui ou reconhece tal posição, pode *invocá-lo*, não como sujeito ativo, e sim como sujeito ativo em que o direito se precisou”⁶⁵ (grifos do autor).

A partir da contextualização e das teorias do direito subjetivo, procurou-se demonstrar que o arraigamento histórico e cultural dos direitos individuais, por muito tempo hegemônico, está ligado, substancialmente, ao individualismo, ao voluntarismo, ao patrimonialismo e à concepção de direito subjetivo da época.

2 INADEQUAÇÃO DA NOÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO PARA FUNDAMENTAR A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS QUE NÃO SEJAM INDIVIDUAIS

Embora as teorias clássicas de direitos subjetivos sejam diferentes – e tais diferenças sejam importantes, conforme supraexposto –, todas foram pensadas tendo em vista apenas a tutela de direitos aos indivíduos (no máximo, para pessoas jurídicas⁶⁶), norteados pelos pilares do individualismo, do voluntarismo, do patrimonialismo e tendo por elemento nuclear dessa construção jurídica a noção de direito subjetivo.

Ocorre que nos dias atuais existem direitos que não se enquadram nessa moldura. Trata-se de direitos que de certa maneira sempre existiram, mas que

⁶³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 5, 1955. p. 226. Alexy refere-se ao direito subjetivo como “posição jurídica” e propõe a divisão e a pluralidade dos direitos subjetivos (direito a algo, liberdades; competências), conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 177-178.

⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 5-6.

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 10.

⁶⁶ WINDSCHEID, Bernard. *Diritto dele pandette*. Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1902. p. 209-212.

estão surgindo na nossa observação⁶⁷, entre os quais se destacam os chamados direitos transindividuais, especialmente nos direitos com objeto difuso⁶⁸.

A adequada tutela de direitos transindividuais exige “redimensionar e repensar inúmeros institutos do processo civil clássico⁶⁹, porquanto vários deles foram imaginados para operar – e somente conseguem operar adequadamente – no plano individual, tendo reduzida ou nenhuma função no plano coletivo”, conforme adverte Arenhart⁷⁰, referindo-se às novas perspectivas de tutela em face das atuais dimensões do direito material.

Essa exigência se estende ao direito material, em que vários institutos tradicionais foram pensados tendo em vista tão somente direitos individuais, como o direito subjetivo.

É importante sublinhar que as diferenças conceituais entre os direitos individuais homogêneos e os direitos transindividuais – direitos coletivos *stricto sensu* e direitos difusos – repercutem em um necessário tratamento diferenciado.

De um lado, os direitos individuais (homogêneos ou não) são pensados sob a luz da perspectiva subjetiva. Em se tratando de direitos individuais homogêneos, tem-se, em verdade, um feixe de direitos individuais, reunidos de forma coletiva para fins processuais (tutela coletiva de direitos, na expressão

⁶⁷ “Não é que as coisas não existiam, nós não as observávamos”, conforme ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 177.

⁶⁸ Entende-se que a melhor denominação para o fenômeno é “direito com objeto difuso”, pois não é o direito que é difuso, mas é o seu objeto que pode ser difuso, entre outras classificações. De acordo com Pontes de Miranda, o objeto de direito “é algum bem da vida que pode ser elemento do suporte fático de alguma regra jurídica, de cuja incidência emane fato jurídico, produto de direito”, esclarecendo o autor que objeto do direito é “o que *pode* ser atingido pela eficácia do fato jurídico: nos direitos reais, é o substrato mesmo deles, e diz-se coisa; nos direitos de crédito, é a promessa; nos outros direitos, é a vida, a liberdade, o nome, a honra, a própria pessoa, ou a pessoa de outrem, ou outro direito” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 2, 1970. p. 9 e 16).

⁶⁹ Nesse sentido, referindo-se ao processo coletivo, Macedo e Macedo observam que ainda “serve-se de institutos próprios do processo voltado a compor os conflitos individuais, sem o menor cuidado: legitimidade de partes, ativas e passivas, sentença, coisa julgada. Trata-se, contudo, de conflito que está a merecer um tratamento autônomo, abrindo passagem para sua identidade desvinculada do conflito individual” (MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernanda dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 204, p. 351-367, em especial p. 363, fev. 2012).

⁷⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 41-42.

de Zavascki⁷¹), de modo que cada indivíduo é titular de um direito subjetivo, que pode ser perseguido de forma individual ou coletiva, tendo o ordenamento jurídico viabilizado a tutela coletiva apenas para permitir tratamento uniforme das pretensões e para diminuir o número de ações individuais sobre a mesma matéria.

De outro lado, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos (tutela de direitos coletivos, na expressão de Zavascki⁷²) têm por titular uma coletividade e possuem objeto que transcende os indivíduos, não sendo passíveis de apropriação individual. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal⁷³ pronunciou que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado tem “titularidade coletiva e caráter transindividual”, sendo atribuído “não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido mais abrangente, à própria coletividade social”.

Nos direitos com objeto difuso, o objeto é considerado como um só, “de natureza indivisível”, segundo a legislação brasileira⁷⁴, gerando “a conseqüente comunhão de destinos dos respectivos titulares, de modo tal que a satisfação de um só implicaria, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui lesão à inteira comunidade”, conforme destaca Barbosa Moreira⁷⁵. Essa destinação “unitária” dos direitos com objeto difuso (indivisibilidade) é uma de suas características diferenciadas. A respeito dessa característica do objeto, averba Pontes de Miranda: “O objeto é considerado como um só, se é utilizado como um só bem jurídico (utilização unitária)”⁷⁶.

Nesse contexto, para explicar a tutela jurisdicional dos direitos com objeto difuso, não se deve lançar mão da noção de direitos subjetivos – noção que,

⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 145.

⁷² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 53.

⁷³ Supremo Tribunal Federal, ADIn 3.540-1/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 01.09.2005.

⁷⁴ Conforme o conceito disposto no art. 81, I, da Lei nº 8.078/1990 (Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Coletânea de Legislação e Jurisprudência, Brasília. *Lex: Legislação Federal e Marginalia*).

⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os temas fundamentais do Direito brasileiro nos anos 80: direito processual civil*. In: *Temas de direito processual*. 4. sér. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 8.

⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 2, 1970. p. 9.

nesse particular, apenas turva a clareza do pensamento –, podendo-se chegar à concretização pela aplicação do Direito objetivo.

No âmbito do direito ambiental – típico direito com objeto difuso –, Carla Amado Gomes⁷⁷ posiciona-se contrariamente ao reconhecimento subjetivo ao meio ambiente, sustentando que ele deve ser pensado sob uma perspectiva exclusivamente objetiva.

Canotilho⁷⁸, examinando o ordenamento jurídico português, entende que o direito ao ambiente é um direito subjetivo. Demonstrando que a compreensão dessa questão depende do ordenamento jurídico de cada país, o autor luzitano refere que o direito ao ambiente não é um direito subjetivo no direito constitucional espanhol, “porque não assegura, só por si, um direito de acção em tribunal”.

Em que pese o aprofundamento acerca dessa querela fuja dos limites do presente trabalho, partilha-se do entendimento de Amado Gomes e, ampliando-o, entende-se que os direitos com objeto difuso devem ser pensados sob a perspectiva objetiva e não são passíveis de subjetivação.

Os direitos e os deveres com objeto difuso precisam ser estudados a partir da Constituição e dos direitos e dos deveres fundamentais. Os direitos e os deveres fundamentais vinculam-se (ainda que essa vinculação não seja exclusiva) ao que passou a ser denominado de perspectiva ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que os considera não apenas sob o ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado (perspectiva subjetiva), mas

⁷⁷ “[...] entendemos ser o direito ao ambiente uma fórmula vazia de significado jurídico em virtude da impossibilidade de determinação de um conteúdo para tal posição jurídica, a construção baseia-se na 2ª parte do nº 1 do art. 66º da CRP, que autonomiza o dever fundamental de protecção do ambiente, densificável a partir da definição de prestações concretas relativamente a bens naturais determinados. Esta nossa construção pressupõe, no entanto, a existência de deveres (de protecção do ambiente) *por causa* do exercício de direitos (de circulação, de propriedade, de investigação científica). Ou seja, sobretudo na presença de obrigações de *facere*, o raciocínio implica que o dever de protecção do ambiente – cuja configuração concreta depende da(s) actividade(s) desenvolvida(s) pelo sujeito –, emergja como contrapartida do exercício de determinados direitos. Não significa isto que o dever de protecção do ambiente seja correlativo de um direito com o mesmo objecto – já vimos que essa orientação é de rejeitar. Trata-se, isso sim, de verificar uma ligação incidível entre uma responsabilidade individual de uso racional de um bem de uso colectivo e a pretensão jurídica de levar a cabo determinadas actividades que, pela sua incidência ambiental, requerem cuidados mais ou menos acrescidos.” (GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2007. p. 129)

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 186-187.

também valoriza o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade (perspectiva objetiva), quando se tratar de valores e fins que ultrapassem a esfera do indivíduo tanto em direitos como em deveres⁷⁹.

Trata-se os direitos transindividuais de “direitos assubjetivos” ou “Direito objetivo não subjetivado”, conforme as expressões de Pontes de Miranda⁸⁰, segundo o qual

não há direitos sem sujeitos. Nem todos os direitos são subjetivos. Interesses são protegidos sem que a ordem jurídica crie direitos subjetivos. Muitas vezes, os mais eficazmente protegidos, ou, até, os mais enérgicamente assegurados, são interesses que não permitem a invocação do direito subjetivo. São esferas não menos importantes, da função só preventiva ou só repressiva do Estado.⁸¹

Essa lição de Pontes de Miranda, quando ele trata do tema “sujeito e subjetivo”, é importante para os direitos com objeto difuso, pois a ordem jurídica protege-os, lhes dá eficácia, mas sem lhes conferir direitos subjetivos.

Em clara alusão aos interesses transindividuais, Pontes de Miranda⁸² afirma que há casos em que, “sem terem os particulares direitos subjetivos, a relevância do interesse geral sugeriu que a esses se atribuisse ação dita popular (*actio popularis*)”. Conclui o autor, na sequência do seu raciocínio: “Destarte, há interesses protegidos, sem que se chegue, tecnicamente, à subjetivação” (destaque do original).

Na linha de não subjetivação dos direitos coletivos, Clóvis do Couto e Silva refere que “há um problema semelhante em matéria de tutela de interesses coletivos. Estes interesses não podem ser qualificados como direitos subjetivos”⁸³.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 141.

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 8 e 12.

⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 8.

⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 5, 1955. p. 228.

⁸³ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Jacob. (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre:

Nessa trilha, Tesheiner⁸⁴ afirma que “pelo menos quanto aos direitos difusos, é fácil ver-se que não se trata de direitos subjetivos”.

Tratando da correlação entre Direito e dever, Pontes de Miranda⁸⁵ diz que “o dever de atender à regra jurídica não é correlativo dos direitos que a regra jurídica cria ou transforma”, ou seja, que o Direito objetivo pode optar por não criar direitos subjetivos, destacando que “o direito objetivo pode ser perfeito sem existir tal garantia”⁸⁶ (direito subjetivo).

Ajuda a compreender a matéria o exemplo dado por Pontes de Miranda:

A regra que manda abrir a tantas horas os jardins públicos e fechá-los a certo momento da noite, ou conservá-los sempre abertos para que todos êles passem, possam sentar-se, descansar, é direito não-subjetivo. Os passantes, os freqüentadores e os que dêles se servem para ler, trabalhar, como as mulheres que aproveitam a sombra das árvores para coser ou vigiar crianças, não têm direito subjetivo a isso, porque nem todos os direitos e posições jurídicas *que se gozam* são direitos subjetivos.⁸⁷ (destaque do original)

Note-se que Pontes de Miranda grifou em itálico a expressão “que se gozam”, evidenciando a possibilidade de fruição de certos direitos sem haver direito subjetivo. Esse exemplo de utilização dos parques públicos é tipicamente um interesse/direito difuso (ainda que o autor não tenha mencionado isso, pois não lhe interessava essa abordagem).

De fato, o direito subjetivo não é a única forma de gozar os direitos, nem a única posição jurídica subjetiva, ainda que seja hegemônica na nossa tradição jurídica. Analisando essa matéria, Hohfeld⁸⁸ aponta quatro significados básicos

Livraria do Advogado, 1997. p. 217-235, em especial p. 222. Esse artigo foi publicado originalmente na *Revista dos Tribunais*, ano 80, v. 667, maio 1991.

⁸⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. Jurisdição e direito objetivo. *Justiça do Trabalho*, n. 325, p. 31, jan. 2011.

⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 12.

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 9.

⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 6.

⁸⁸ HOHFELD, Wesley Newcomb. *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. Yale: Yale Law Journal Company, 1913. p. 30.

para as expressões “direito” e “dever”, a partir da constatação de que um dos maiores obstáculos para a compreensão clara dos problemas jurídicos surge com frequência da suposição expressa ou tácita de que todas as relações jurídicas podem ser reduzidas a “direitos” (subjettivos) e “deveres”.

Essa constatação de Hohfeld é a principal causa dos obstáculos para a adequada compreensão dos direitos com objeto difuso.

Para Hohfeld⁸⁹, dependendo do contexto, a expressão “direito” pode assumir quatro significados básicos: *rights* (direitos em sentido subjettivo), *liberty-rights* (privilégios), *powers* (poderes) e *immunities* (imunidades). Esses “direitos” mantêm duas relações lógicas de correlação e de oposição com outros quatro conceitos: *duty* (dever), *no-rights* (não direitos), *liability* (sujeição) e *disability* (incompetência). Estariam em correlação os conceitos: direito/dever; privilégio/não direito; poder/sujeição; imunidade/incompetência. E, em relação de oposição (negação): direito/não direito; privilégio/dever; poder/incompetência; imunidade/sujeição.

Desse trabalho analítico decorrem as seguintes considerações de Hohfeld⁹⁰: a) ter direito-pretensão frente a alguém significa estar em posição de exigir algo de alguém; b) ter um privilégio frente a alguém significa não estar sujeito a qualquer pretensão sua; c) ter um poder frente a alguém significa a capacidade jurídica (competência) de modificar a situação jurídica desse alguém; d) ter uma imunidade frente a alguém significa que esse alguém não tem o poder normativo de alterar-lhe a situação jurídica, pois é incompetente normativamente para isso.

A hegemonia dos direitos (subjettivos) e dos deveres que Hohfeld critica e para as quais aponta sugestões, demonstrando, acima de tudo, a inadequação do “reduccionismo” a essas duas posições jurídicas, tem outro desdobramento importante: a primazia quase absoluta dos direitos subjettivos em detrimento dos deveres.

Essa “hipertrofia dos direitos” encontra razão de ser, por um lado, na configuração do modelo de Estado Constitucional e do que se poderia designar de uma ‘herança liberal’, no sentido de compreender a posição do indivíduo em

⁸⁹ HOHFELD, Wesley Newcomb. *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. Yale: Yale Law Journal Company, 1913. p. 30-59.

⁹⁰ HOHFELD, Wesley Newcomb. *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. Yale: Yale Law Journal Company, 1913. p. 30-59.

face do Estado como a de titular de prerrogativas de não intervenção na sua esfera pessoal. E, por outro lado, guarda conexão com a noção de um cidadão pouco (ou quase nada) comprometido com a sua comunidade e seus semelhantes, que, na perspectiva do Estado Constitucional, acabou desafiando uma mudança⁹¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito subjetivo foi criado para operar e opera de forma hegemônica no plano dos direitos individuais. Dentro dessa noção de individualidade que reflete a cultura e a sociedade do modelo de Estado liberal clássico.

Ocorre que nos dias atuais existem direitos que não se enquadram nessa moldura. Trata-se de direitos que de certa maneira sempre existiram, mas que estão surgindo na nossa observação, entre os quais se destacam os chamados direitos transindividuais, especialmente nos direitos com objeto difuso.

A adequada tutela de direitos com objeto difuso exige repensar inúmeros institutos do direito material e processual clássicos, porquanto vários deles foram imaginados para operar – e somente conseguem operar adequadamente – no plano individual, tendo reduzida ou nenhuma função no plano difuso.

Para explicar a tutela jurisdicional dos direitos com objeto difuso não se deve lançar mão da noção de direitos subjetivos (muito importante para a consolidação e efetivação dos direitos individuais, homogêneos ou não), chegando-se à concretização pela aplicação e, por vezes, criação de Direito objetivo.

Os direitos e os deveres com objeto difuso devem ser estudados a partir da Constituição, e dos direitos e dos deveres fundamentais, e vinculam-se à perspectiva ou à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que os considera não apenas sob o ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também valoriza e reforça o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, quando se tratar de valores e fins que transcendem a esfera do indivíduo tanto em direitos como em deveres.

A presente proposta não desconsidera que as pessoas são o fim último do Direito, pelo contrário, apresenta um método que prescinde da noção de direito subjetivo, visando a conferir maior efetividade a essa classe de direitos de tamanha repercussão para a sociedade.

⁹¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 16 e 59.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Jacob (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. *Chaim Perelman – Da argumentação a justiça um retorno a Aristóteles*. Porto alegre: Linus Editores, v. 1, 2007.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Morais, 1961.
- ENGLARD, Izhak. *Corrective & distributive justice: from Aristotle to modern times*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. A atualidade da teoria de Georg Jellinek como estrutura para o sistema de posições jurídicas fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – RS*, Porto Alegre: FMP, n. 1, p. 34-72, 2007.
- GENTILI, Aurelio. A propósito de “Il diritto soggettivo”. *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, v. 50, n. 3, p. 351-373, maio/jun. 2004.
- GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 747, jan. 1998.
- GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2007.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998.

HOHFELD, Wesley Newcomb. *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. Yale: Yale Law Journal Company, 1913.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

JELLINEK, Georg. *La dottrina generale del diritto dello Stato*. Tradução italiana sulla terza edição tedesca. Milano: Giuffrè, 1949.

JHERING, Rudolf Von. *Espíritu del Derecho Romano*. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1962.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *Problemas Captales de la Teoria Jurídica del Estado: desarrolados com base em la doctrina de la proposición jurídica*. México: Porruá, 1987.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio Janeiro: Forense, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernanda dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 204, p. 351-367, fev. 2012.

MARCHETTONI, Leonardo. Ockham e L'origine dei diritti soggettivi. *Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano: Guiffrè, n. 37, p. 21-66, jan. 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 15, p. 95-113, ago./dez. 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: direito processual civil. In: *Temas de direito processual*. 4. sér. São Paulo: Saraiva, 1989.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 5, 1955.

_____. *Tratado da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

_____. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 2, 1970.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una Teoría Procesal del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema de derecho romano actual*. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, v. 1, [s.d.].

SFORZA, Widar Cesarini. Diritto soggettivo. *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Guiffirè, v. XII, 1964.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25.

TESHEINER, José Maria Rosa. Jurisdição e direito objetivo. *Justiça do Trabalho*, n. 325, p. 28-36, jan. 2011.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1902.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

