

Alf Ross

*PH.D. (Uppsala), JUR.D. (Copenhague), JUR.D. (Oslo)
Professor de Direito na Universidade de Copenhague*

Direito
e
Justiça

*Tradução e notas de Edson Bini
Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP*

*Prefácio do Prof. Alaôr Caffé Alves
Professor Associado da Faculdade de Direito da USP*

*Revisão Técnica do Prof. Alysson Leandro Mascaro
Faculdade de Direito da USP*



2000

Capítulo VI

O Conceito de Direito Subjetivo

§ 35. O CONCEITO DE DIREITO SUBJETIVO COMO UMA FERRAMENTA TÉCNICA DE APRESENTAÇÃO

No capítulo anterior foi explicado que os enunciados aparentemente teóricos sobre a criação de deveres, direitos, etc., que aparecem nas normas jurídicas, têm que ser interpretados como diretas ao juiz. Uma norma jurídica pode ser reformulada, portanto, da seguinte maneira:

D (se F, então C)

como uma diretiva para o juiz no sentido de que quando existe F sua sentença deve ser C.

Se a tarefa da ciência do direito se limitasse a uma simples enumeração das regras jurídicas em vigor, todas as pressuposições doutrinárias poderiam ser formuladas de acordo com esse esquema. Poder-se-ia, então, imaginar uma exposição científica que apresentasse como normas vigentes muitas diretivas do seguinte tipo:

D_1 : se uma pessoa adquiriu legitimamente uma coisa através de compra, deverá ser prolatada sentença a seu favor ordenando a entrega da coisa, contra toda(s) outra(s) pessoa(s) que a retenha(m) em seu poder.

D_2 : se uma pessoa herdou uma coisa, deverá ditar-se sentença de indenização por danos e prejuízos a seu favor contra toda(s) outra(s) pessoa(s) que, com dolo ou negligência, tenha(m) causado uma deterioração à coisa.

D₃: se uma pessoa adquiriu por prescrição uma coisa e obteve um empréstimo que não é restituído na ocasião oportuna, deverá se dar sentença favorável ao credor para lhe permitir obter satisfação a partir da coisa.

D₄: se uma pessoa ocupou uma *res nullius* e por meio de legado a transmitiu a outra, será ditada sentença a favor do legatário contra o testador, ordenando a entrega da coisa.

D₅: se uma pessoa adquiriu uma coisa mediante execução como credor e posteriormente outra pessoa se apropriou do objeto, esta última deverá ser punida por furto.

E assim por diante, tendo em conta, é claro, que em cada caso a fórmula poderia ser muito mais complicada.

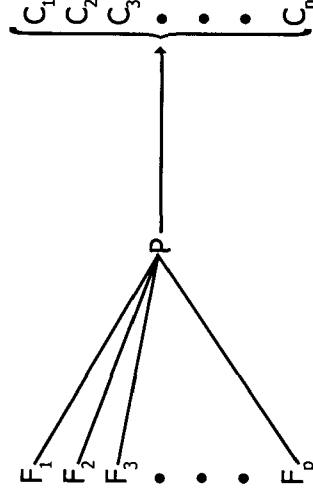
Entretanto, a tarefa da ciência do direito obviamente não pode ser limitada desse modo. Uma exposição desse tipo seria tão inadequada a ponto de, praticamente, carecer de valor. A tarefa do pensamento jurídico consiste em conceitualizar as normas jurídicas de tal modo que sejam reduzidas a um ordenamento sistemático, expondo assim o direito vigente da forma mais simples e conveniente possível. Isso pode ser seguido mediante o concurso da técnica de apresentação que se segue.

Em meio a um grande número de normas jurídicas do tipo indicado, é possível descobrir um certo grupo que pode ser disposto da seguinte maneira:

$$\begin{array}{l} F_1 - C_1, F_2 - C_1, F_3 - C_1 \dots F_p - C_1 \\ F_1 - C_2, F_2 - C_2, F_3 - C_2 \dots F_p - C_2 \\ F_1 - C_3, F_2 - C_3, F_3 - C_3 \dots F_p - C_3 \\ \bullet \qquad \bullet \qquad \bullet \qquad \bullet \qquad \bullet \qquad \bullet \\ \bullet \qquad \bullet \qquad \bullet \qquad \bullet \qquad \bullet \qquad \bullet \\ \bullet \qquad \bullet \qquad \bullet \qquad \bullet \qquad \bullet \qquad \bullet \\ F_1 - C_n, F_2 - C_n, F_3 - C_n \dots F_p - C_n \end{array}$$

(Leia-se: o fato condicionante F_1 está ligado à consequência jurídica C_1 , etc.), o que significa que cada fato de uma certa totalidade de fatos condicionantes ($F_1 - F_p$) está ligado a cada uma das consequências de certo grupo de consequências jurídicas ($C_1 - C_n$); ou que cada fato F está ligado ao mesmo grupo de consequências jurídicas ($C_1 + C_2 + \dots + C_n$), ou que uma pluralidade acumulativa de consequências jurídicas está ligada a uma pluralidade disjuntiva de fatos condicionantes.

Essas normas jurídicas individuais $n \times p$ podem ser apresentadas mais simplesmente e sob forma mais manejável na figura:



na qual P (propriedade) simplesmente representa a conexão sistêmica de que F_1 , assim como F_2, F_3, \dots, F_p implicam a totalidade das consequências jurídicas $C_1, C_2, C_3, \dots, C_n$. Como técnica de apresentação isso se expressa, então, enunciando-se em uma série de regras os fatos que "geram propriedade" e em outra série as consequências jurídicas que a *propriedade* acarreta.

Disso fica claro que a *propriedade* inserida entre os fatos condicionantes e as consequências condicionadas é, na realidade, uma palavra sem referência semântica alguma, que serve somente como ferramenta de apresentação. Falamos como se *propriedade* fosse um nexa causal entre F e C, um efeito ocasionado ou *gerado* por cada F, que, por sua vez, é causa de uma totalidade de consequências jurídicas. Dizemos, por exemplo, que:

1) Se A comprou licitamente um objeto (F_2), a propriedade do objeto foi, por isso, gerada para ele.

2) Se A é proprietário de um objeto, tem (entre outras coisas) o direito de que a ele o entreguem (C_1).

Está claro, entretanto, que 1) + 2) é somente uma reformulação de uma das normas pressupostas ($F_2 - C_1$), a saber, que a compra como fato condicionante acarreta, como consequência jurídica, a possibilidade de obter a entrega. A idéia de que entre a compra e a possibilidade de obter a entrega "gerou-se" algo que pode ser chamado de *propriedade* carece de sentido. Nada se gera pelo fato de A e B trocarem umas poucas frases interpretadas juridicamente como *contrato de compra e venda*. Tudo que ocorreu é que agora o juiz

tomará esse fato em consideração e pronunciará sentença a favor do comprador mediante uma ação para obter a entrega.

O que descrevemos aqui é um simples exemplo de redução pela razão a um ordenamento sistemático. É, por certo, tarefa do pensamento científico empreender esse processo de simplificação, não obstante o labor tenha sido, numa grande medida, antecipado pelo pensamento pré-científico. Os conceitos fundamentais pertencentes à esfera dos direitos subjetivos - por exemplo, o conceito de propriedade - não foram criados pelos autores de direito, mas herdados de idéias geralmente aceitas. Embora as pessoas em geral tenham somente as idéias mais confusas sobre os fatos que "geram propriedade" e os "efeitos" que são as "conseqüências da propriedade", fundamentalmente o conceito é construído da mesma maneira que o seria pelo pensamento profissional científico. Conecta certos fatos específicos (compra, herança, etc.) e certas experiências de *faculdades* e *títulos* jurídicos e éticos.

A função do conceito de direito subjetivo, segundo esse esquema, pode ser esclarecida em três contextos, a saber:

1) Na apresentação abstrata do direito vigente, sua função é, claramente, a descrita acima. A expressão *direito subjetivo* é destituída completamente de referência semântica. As frases em que aparece podem ser reescritas sem fazer uso da expressão, indicando a conexão que nas diretrizes jurídicas existe entre os fatos condicionantes e as conseqüências condicionadas. Por exemplo, a proposição "a propriedade é adquirida por prescrição de acordo com as seguintes regras..." pode ser reformulada assim: "a prescrição (de acordo com as regras seguintes) é um dos fatos que acarreta a totalidade de conseqüências estabelecidas na seqüência no capítulo sobre os efeitos jurídicos da propriedade."

2) A função do conceito nas argumentações dos advogados ante os tribunais e nos fundamentos das decisões também pode ser explicada, sem dificuldades, segundo o mesmo esquema. Um advogado, por exemplo, alegará que por meio de um contrato celebrado em tal e tal dia seu cliente adquiriu a propriedade de um automóvel e que em virtude disso o cliente pode requerer uma sentença para que o vendedor o entregue. Mesmo aqui a propriedade intermediária pode ser omitida. O advogado, na realidade, só quer sustentar a) que foi celebrado um contrato de compra válido; b) que este ato implica, como conseqüência jurídica, que o juiz dite sentença condenando o vendedor à entrega.

3) O conceito de direito subjetivo é empregado em enunciados que não parecem expor regras de direito, mas descrever fatos puros. É o que ocorre, por exemplo, quando se expressa que A é proprietário de um certo bem, ou quando uma regulamentação descreve a pessoa que é obrigada a remover a neve denominando-a *proprietária do imóvel*.

O significado de tais enunciados é, todavia, mais complicado do que o que parece à primeira vista. Para compreendê-lo, lembremos que é usual na descrição de pessoas, coisas ou situações, enunciar conjuntamente com qualidades puramente fatuais outras que são condicionadas pelo direito. Num passaporte, por exemplo, além da idade do titular e da cor de seu cabelo, são enunciados também sua nacionalidade e seu estado civil. O que se quer dizer ao expressar que uma pessoa é *casada*? O enunciado se refere ao fato da pessoa ter contraído um matrimônio que não foi dissolvido. Entretanto, *contrair matrimônio* não é algo puramente fatural. Tal como não há nenhum movimento de um objeto no espaço que seja em si um movimento de xadrez, não há nenhum evento fatural que constitua *per se* a *celebração de um casamento*. Ambos os fenômenos - como foi tratado no parágrafo 3 - somente adquirem seu significado específico quando o evento fatural é interpretado em relação a uma ideologia vigente, as normas do xadrez ou as normas jurídicas. O enunciado de que uma pessoa "celebrou matrimônio" inclui uma afirmação sobre o direito vigente, a saber, que o evento aludido é *gerador de matrimônio*, que acarreta um certo complexo de conseqüências jurídicas. Estas conseqüências, geralmente, não são totalmente conhecidas do leigo (não jurista), mas ele sabe, por exemplo, que entre elas existe uma que o proíbe de contrair um segundo matrimônio enquanto perdurar o primeiro. O enunciado de que uma pessoa é *casada* refere-se, assim, a duas condições: por um lado, ao evento puramente fatural da celebração do matrimônio; por outro, a uma condição jurídica: que esse evento, segundo o direito vigente, acarreta efeitos jurídicos específicos que as pessoas conhecem, em geral, apenas de forma bastante vaga.

O uso, em aparência puramente descritivo, do conceito de direito subjetivo pode ser compreendido de maneira semelhante. O enunciado de que A é proprietário de certo objeto refere-se não apenas à circunstância puramente fatural de que A comprou o objeto, ou o herdou, ou o adquiriu por prescrição, etc., mas também à circunstância jurídica de que, segundo o direito vigente, esses eventos acarretam conseqüências jurídicas específicas e, portanto, se diz que *geram propriedade*.

Podemos concluir, portanto, que em todos os contextos que consideramos, os enunciados referentes a direitos subjetivos cumprem a função de descrever o direito vigente ou sua aplicação a situações específicas concretas. Ao mesmo tempo, contudo, é preciso afirmar que o conceito de direito subjetivo não tem qualquer referência semântica; não designa fenômeno algum de nenhum tipo que esteja inserido entre os fatos condicionantes e as consequências condicionadas; é, unicamente, um meio que torna possível - de maneira mais ou menos precisa - representar o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas, a saber, aquelas que ligam certa pluralidade disjuntiva de fatos condicionantes a certa pluralidade cumulativa de consequências jurídicas.

Costuma-se empregar a mesma técnica de apresentação sem a idéia de um direito subjetivo intermediário. No direito internacional, por exemplo, uma série de regras pode expressar qual a área que, territorialmente pertence a um determinado Estado. Dizer que essa área tem o caráter de *território* é *per se* sem sentido. Somente há uma expressão com sentido quando esse conjunto de regras é relacionado com outro conjunto de regras que expressam as consequências jurídicas que se imputam ao fato de que uma área tem o caráter de território. Neste exemplo seria também possível expressar as relações jurídicas sem usar o conceito interpolado (*território*), embora tal enunciado fosse inegavelmente muito complicado.

Às vezes o nexó intermediário não é um direito subjetivo simples, mas uma condição jurídica complexa de direitos e deveres. Assim, quando no direito de família se distingue entre as condições para celebrar matrimônio e os efeitos jurídicos do matrimônio; quando no direito constitucional se distingue entre a aquisição da nacionalidade e os efeitos jurídicos da nacionalidade; ou no direito administrativo entre a criação do *status* de funcionário e seus efeitos jurídicos. Nestas situações e em situações semelhantes é comum falar da criação de um *status* (o *status* do casamento, o da nacionalidade, o da qualidade de funcionário).

Qualquer que seja a construção, a realidade que se encontra por trás dela é, em todos os casos, a mesma: uma técnica detentora de grande importância se pretendemos conquistar clareza e ordem numa série complicada de normas jurídicas.

§ 36. APLICAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO SUBJETIVO A SITUAÇÕES TÍPICAS

O conceito de direito subjetivo é uma ferramenta na técnica de apresentação, contudo isso nada nos diz acerca das situações nas quais é empregado. Como vimos, é possível também usar a mesma técnica dispensando-se esse conceito. Nossa tarefa, por conseguinte, deve ser, esclarecer as condições nas quais se aplica o conceito de direito subjetivo. Não se trata de decidir quando *existe efetivamente* um direito subjetivo. A expressão *direito subjetivo* não designa nenhum fenômeno que exista em certas condições específicas. E perfeitamente possível expor o direito vigente dispensando-se completamente o uso do conceito de direito subjetivo. Nossa tarefa, pois, só pode consistir em mostrar o que é que caracteriza aquelas situações jurídicas em que se costuma falar de direitos subjetivos. Não é, certamente, possível afirmar que o uso comum obedece a um critério definido. Apesar disso, caso se pretenda que o conceito seja de alguma utilidade ao estudo do direito, é essencial definir mais precisamente sua esfera de aplicação. Neste parágrafo examinaremos a aplicação do conceito de direito subjetivo em situações típicas.

a) O ponto de partida de qualquer análise deve ser que o conceito de direito subjetivo é usado para designar aquele aspecto de uma situação jurídica que é vantajoso a uma pessoa. A mesma situação jurídica que é vantajosa para A pode ser desvantajosa para B ou para outros. O conceito de direito subjetivo significa assim que a situação jurídica é contemplada a partir da perspectiva da pessoa a quem favorece.

É frequente a palavra direito ser empregada indiscriminadamente em expressões do tipo *ter um direito a* (no sentido de ser permitido algo a alguém) para indicar que uma pessoa é livre para realizar um determinado ato. Nesse emprego, a palavra simplesmente quer dizer que esse ato se acha fora do direito objetivo (parágrafo 33). Um tal uso lingüístico não é conveniente. Como ferramenta para o estudo do direito o conceito de direito subjetivo tem que indicar um certo conteúdo jurídico. As liberdades são aqui diferentes das vantagens resultantes do regramento jurídico. As liberdades, portanto, estão excluídas do conceito de direito subjetivo.

b) Estando as liberdades excluídas, disto se conclui que as vantagens para uma determinada pessoa à qual concerne o conceito de

direito subjetivo têm que surgir como consequência de um regramento jurídico. E dado ter o regramento jurídico sempre um efeito restritivo, o direito subjetivo será sempre o correlato de um dever,¹ isto é, uma restrição ao próximo. Os deveres alheios podem significar uma vantagem para A de duas maneiras, seja porque outra pessoa está obrigada a uma ação positiva benéfica em relação a A, por exemplo, pagar-lhe uma soma em dinheiro ou executar algum trabalho para ele (direitos *in personam*), seja porque todas as pessoas, exceto A, estão obrigadas à abstenção de realizar certos atos, por exemplo, o uso e gozo de um objeto (direitos *in rem*). Neste último caso, a liberdade de A se converte num privilégio. É assegurada a A uma esfera de ação que lhe é reservada. A propriedade é o exemplo típico. A propriedade inclui um privilégio para o proprietário, um domínio reservado, porque se acha em liberdade de usar e usufruir do objeto, enquanto, ao mesmo tempo, os outros estão excluídos.

Contudo, as situações favoráveis como contrapartidas de um dever nem sempre são consideradas como direitos subjetivos. Se B, por exemplo, prometeu a A pagar uma quantia a C, sob condições tais que somente A poderá exigir-lhe o pagamento, como correlato do dever de B surge uma vantagem para C. E, no entanto, não se diria que um direito foi criado em favor de C.

c) O conceito de direito subjetivo pressupõe, portanto, que o titular do direito dispõe também de uma *faculdade* relativamente à pessoa obrigada, isto é, que está aberta para ele a possibilidade de fazer valer seu direito instaurando um processo. Pressupõe-se, ao mesmo tempo, que nenhuma outra pessoa pode mover processos. O poder do proprietário de instaurar processo é tão exclusivo quanto seu uso e gozo do objeto.

Em outras palavras, o titular de um direito tem um poder absoluto de conservar - ou abandonar - sua posição vantajosa de gozo passivo. Este poder, está claro, não consiste em nenhuma força mística conferida pelo ordenamento jurídico ao sujeito do direito, significando simplesmente que a maquinaria jurídica é acionada de acordo com a vontade do detentor do direito. É como se o titular do direito, ao instaurar um processo, acionasse um botão que pusesse essa maquinaria em funcionamento.

d) Segundo o uso lingüístico jurídico habitual, o conceito de direito subjetivo é empregado indubitavelmente numa quantidade de situações que combinam as características descritas em a) - c). Mas, os casos mais típicos, tais como os bem desenvolvidos direitos do proprietário, são caracterizados, além disso, por um poder exclusivo (potestade) para dispor do direito (*right*), o que significa que só o proprietário tem o poder mediante declarações dispositivas (em particular, via declaração de transferência e testamento) de provocar o efeito jurídico de que outra pessoa, indicada na declaração, o suceda no direito.

e) Em resumo, podemos dizer que o conceito de direito subjetivo é usado unicamente para indicar uma situação na qual o ordenamento jurídico deseja assegurar a uma pessoa liberdade de poder se comportar - no âmbito de uma esfera específica - como lhe agrade, a fim de proteger seus próprios interesses. O conceito de direito subjetivo indica a auto-afirmação autônoma do indivíduo.

Isso, é claro, não significa um individualismo desenfreado e não é a antítese do caráter social de todo ordenamento jurídico. Significa apenas que precisamente por considerações que produzem o bem-estar da comunidade, julga-se desejável - claro que dentro de certos limites - proporcionar ao indivíduo a possibilidade de liberdade de ação. Atualmente chegou a se converter num moto dizer que a propriedade é uma função social. Há algo de verdadeiro nisto, porque a liberdade de ação do proprietário está, no presente, muito mais circunscrita por regras sociais do que submetida ao regime do individualismo extremo que imperou no século XIX. Entretanto, a frase oculta o fato de que a propriedade, mesmo com o seu conteúdo restrito, serve ainda à autonomia do indivíduo. A autonomia restrita prossegue sendo autonomia e não uma função social.

É necessário frisá-lo porque o conceito de direito subjetivo não deveria incluir liberdades nem poderes para a proteção de interesses sociais. Na vida de uma comunidade é freqüente algumas pessoas serem aquinhoadas com uma liberdade de ação e poder privilegiados para a proteção dos interesses de outros ou de interesses comuns. No seio da família, por exemplo, os pais gozam da liberdade de castigar os filhos menores e poder para conduzir seus atos. Na vida pública, num grau ainda superior, diversas pessoas têm liberdade de ação e poder especiais para estabelecer disposições obrigatórias relativamente a outras.

1. O uso da palavra *dever* relativamente a isto é inadequado porque a reprovação social ideologicamente implicada na reação jurídica contra uma transgressão (parágrafo 33) carece de importância para a descrição de um direito. Se essa palavra é usada, é simplesmente porque não há nenhuma outra, isenta de ideologia, para expressar a mesma coisa.

Porém, nesses casos e em casos semelhantes, as liberdades e os poderes não são concedidos a essas pessoas para a proteção autônoma de seus próprios interesses, mas como uma função social. Que tais liberdades e poderes sejam concedidos como uma função social, e não em interesse da autonomia do titular, significa algo mais do que uma faculdade moral. Significa também que essas liberdades e poderes estão juridicamente limitados e que o espírito no qual são exercidos é controlado (autoridades de vigilância, regras concernentes ao abuso do poder, etc.). Os casos deste tipo devem, portanto, ser excluídos do conceito de direito subjetivo. O uso linguístico corrente é vago, mas há, todavia, uma definida tendência em falar, nesses situações, de *autoridade* ou *poder* (autoridade dos pais, autoridade pública) e não de *direito subjetivo*. Por uma questão de clareza devemos aderir a esta distinção terminológica.²

§ 37. APLICAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO SUBJETIVO A SITUAÇÕES ATÍPICAS

Como vimos, o conceito de direito subjetivo é apenas uma ferramenta na técnica de apresentação. Todavia, usualmente nos expressamos como se um direito subjetivo fosse algo que se interpõe entre os fatos e as consequências jurídicas; algo que é *criado* e que, por sua vez, produz consequências diversas. A compra, diz-se, gera o direito de propriedade a favor do comprador e o direito de propriedade produz o efeito do comprador poder reclamar a entrega.

Enquanto formos conscientes da verdadeira natureza do conceito de direito subjetivo, o uso linguístico não causará prejuízos. Caso contrário, poderá ser enganoso. Se o uso linguístico nos levar a crer que o *direito subjetivo ele mesmo* é distinto de seus *efeitos*, teremos, então, um exemplo típico daquilo que em lógica se chama *hipóstase*, isto é, uma maneira de pensar em relação à qual *por trás* de certas correlações funcionais insere-se uma nova realidade como o *suporte* ou causa dessas correlações. Este poder da linguagem sobre o pensamento é oriundo, possivelmente, das idéias mágicas primitivas.³

2. A teoria jurídica francesa emprega, às vezes, a terminologia *droits à fin égoïste* e *droits-fonction*. Ver, por exemplo, Jean Dabin, *Le droit subjectif* (1952), 217.

3. No seu livro *Der römische Obligationenbegriff* (1927), Axel Hägerström mencionou argumentos de peso em apoio da origem mágica das concepções jurídicas romanas. A pesquisa moderna no campo da sociologia e da história da religião aponta na mesma direção. Ver Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence* (1946), cap. IX, 2-5.

Do modo como vejo as coisas, tem havido uma forte tendência no pensamento dos leigos e dos juristas para conceber o direito subjetivo como uma substância. Difícilmente alguém entre nós pode afastar por completo a idéia de associar ao conceito de direito subjetivo noções mais ou menos indefiníveis de força sobrenatural, uma espécie de poder interno e invisível sobre o objeto do direito subjetivo, ou uma qualidade da vontade que lhe concede *validade* e poder em relação às vontades opostas de outras pessoas. Se bem que não se confunde com elas, esse poder se manifesta nas medidas de compulsão - sentença e execução - por meio das quais se realiza o controle fatural e visível que pertence ao titular do direito.

Mesmo entre as crianças observa-se a tendência a hipostasiar. A criança logo aprende que *é dona* de certas coisas que chama de *suas* e percebe que certas vantagens práticas estão associadas a essa propriedade. Mas, ao mesmo tempo, o *ser dono*, em si mesmo, interessa à criança tanto quanto as vantagens práticas e esse *ser dono* é concebido por ela como coisa distinta destas últimas. Até meus filhos atingirem a idade de dez anos eu pude, para nosso benefício comum, chegar a um acordo com eles segundo o qual meus filhos *tinham* certas flores do jardim, enquanto eu me reservava o controle completo sobre o que poderia ser feito com elas.

Até mesmo quando o adulto aprende melhor a compreender a função real da propriedade e não pode, igualmente, ser ludibriado com uma palavra, persiste, entretanto, uma indiscutível tendência a considerar um direito subjetivo como uma realidade independente distinta das funções que cumpre. Esta tendência está difundida, inclusive, no pensamento profissional. Idéias metafísicas ocultas se revelam em falsos problemas, ficções e falácias, que podem ter uma influência desastrosa no tratamento das questões jurídicas práticas.

A concepção metafísica do direito como uma força espiritual é caracterizada por duas teses: *a)* que um direito subjetivo é sempre uma entidade simples e indivisa que tem de existir num sujeito específico; e *b)* que este sujeito tem que ser um ser humano ou uma organização de seres humanos. Ambas as teses podem conduzir ao erro.

a) a idéia de que o direito subjetivo é uma entidade simples e indivisa que tem que existir num sujeito específico, não é prejudicial nas situações típicas descritas no parágrafo anterior. Nestes casos as diversas

funções que constituem a situação jurídica apontam todas o mesmo objeto. Normalmente é a mesma pessoa 1) aquela em cujo benefício se acha restrita a liberdade de ação de outra pessoa; 2) aquela que pode fazer valer o direito instaurando processos; e 3) aquela que tem o poder de alienar o direito. A mesma pessoa é sujeito do interesse, sujeito dos processos e sujeito da alienação. Conseqüentemente, não gera problemas pensar nessas diferentes funções como efeitos do *próprio direito subjetivo* como entidade que encontramos nesse sujeito geral.

É inteiramente diferente, contudo, se surgem situações nas quais as várias funções não se relacionam com o mesmo sujeito.⁴ Isto ocorre com muita freqüência. A entidade como é concebida no conceito substancialista do direito subjetivo não é, de fato, encontrada em lugar algum nesses casos, a idéia tendo que conduzir, inevitavelmente, a pseudo problemas e ficções.

Por exemplo, o menor de idade é beneficiário (sujeito do interesse), o fideicomissário sujeito da administração (sujeito de processos e de alienação). A despeito disto, costuma-se considerar que o *direito (right)* pertence ao menor, isto é, ao beneficiário. Por outro lado, nos contratos a favor de terceiros - exigíveis pela pessoa diante da qual se contraiu a obrigação - esta última, a qual é o sujeito da administração, é considerada como titular do *direito*. Uma interpretação distinta parece estar condicionada pelo poder atribuído ao sujeito da administração. Enquanto no caso dos contratos em favor de terceiros a pessoa diante da qual se contraiu a obrigação pode exercer seu poder de instaurar processos e de alienação como lhe agrade, em seu próprio interesse, no caso do menor de idade, o poder do fideicomissário é uma autoridade exercida por ele sob controle no interesse do menor.

Em outros casos, a divisão entre o interesse do beneficiário e a administração ativa é ainda mais pronunciada. Os estatutos das

corporações e fundações podem estabelecer regras de como o quadro administrativo deve ser composto e como devem ser selecionados os sujeitos beneficiários. Em conformidade com estas regras, os membros individuais de cada grupo mudarão de tempos a tempos. Em tais situações a idéia do direito subjetivo como substância que inclui uma diversidade de funções e que pertence a um sujeito específico, se revela completamente inadequada. Quem é o proprietário da Fundação *Rockefeller*, das quadras de tênis do *Chicago Games Club* ou da Instituição para as Viúvas dos Pedreiros Mestres de Middletown? Ninguém é proprietário disto no mesmo sentido que sou proprietário de uma casa. A fim de preservar a concepção substancialista é mister recorrer a construções. No direito da Europa continental costuma-se imaginar um sujeito simples indiviso onde não existem nenhum. A chamada pessoa jurídica⁵ é introduzida como sujeito do direito. No direito inglês emprega-se, amiúde, a noção de *trust* (fideicomisso) em casos semelhantes.⁶ Atribui-se tanto propriedade ao *trustee* (fideicomissário - o *sujeito controlador*) quanto ao *cestui que trust* (o *sujeito beneficiário*) - ao primeiro propriedade jurídica e ao segundo propriedade de acordo com as regras de *participação (equity)*. Esta dupla propriedade se aproxima mais da verdade porque indica que cada parte pode, num certo sentido, ser considerada como sujeito do direito. Entretanto, em lugar de falar de propriedade dupla, seria mais exato dizer que não existe propriedade no sentido típico; aquelas funções que concebemos como combinadas no proprietário típico, estão, nesse caso, divididas entre pessoas diferentes, nenhuma das quais, portanto, ocupando a posição de um proprietário típico.

5. Existe vasta literatura que trata do problema de se a pessoa jurídica é uma realidade, isto é, um organismo natural dotado de vontade própria, uma entidade viva distinta dos indivíduos que participam da vida da coletividade; ou se não passa de uma ficção de que se vale o legislador quando, guiado por considerações práticas, deseja lidar com uma coletividade como se fosse um sujeito individual de direito. Mesmo quando esse problema possa ter algum significado quando abordado dentro da estrutura da sociologia, é certo que implica um falso problema de metafísica sob o prisma da análise jurídica. Para esta, o fato decisivo é que as situações jurídicas aqui consideradas não são análogas à situação individual típica dos direitos subjetivos, mas que se acham estruturadas de um modo diverso. Não se pode "lidar com uma coletividade como um sujeito individual de direito." Em tais situações simplesmente não existe um sujeito geral e toda discussão no tocante à natureza de tal sujeito não conduz a coisa alguma. Uma vez isto admitido, nada impede, é claro, que se continue empregando a terminologia firmemente estabelecida e que se prossiga falando de pessoas jurídicas como sujeitos de direito.

6. Há uma transição gradual entre os casos nos quais é utilizada a noção de *trust* e aqueles nos quais é utilizada a noção de pessoa jurídica. Ver Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence* (1946), cap. VIII, 6 a.

4. Pelo que sei foi Bekker em "Zur Lehre vom Rechtssubjekt," *Jahrbücher für die Dogmatik*, XII (1873), 1 e segs. o primeiro a destacar o fato de que as diferentes funções no âmbito de um direito (gozo e administração) podem ser separadas e distribuídas entre diferentes mãos. Posteriormente, René Demogue, em *Notions Fondamentales* (1911), 325 e segs., desenvolveu essa idéia e a exposição que incluo aqui é inspirada, em particular, nesse último autor. O mesmo ponto de vista é enfatizado por Alexander Nékám em *The Personality Concept of the Legal Entity* (1938), 21 e segs., que, entretanto, reserva a expressão *sujeito de um direito* à parte interessada e chama a parte administradora de *administradora de um direito*. Os três autores se opõem, também, de forma incisiva, ao dogma de que somente os seres humanos podem ocupar a posição de sujeito de direitos.

Outras situações atípicas se apresentam quando o sujeito do direito é substituído em sua posição. O exemplo típico é a transferência de propriedade. Quando A transfere um objeto a B, surge o problema de saber em que momento B adquire a posição jurídica de proprietário frente aos outros. Esta *relação frente aos outros* pode ser dividida em muitas relações do sucessor com vários grupos de terceiros. Não é necessário que o mesmo fato seja decisivo relativamente à posição jurídica de B nessas relações diversas. Devido a razões práticas, pode ser preferível que os fatos decisivos sejam vários. Tanto a análise científico-jurídica quanto a político-jurídica têm, portanto, que ser *análises de relações*. Uma vez esclarecidas as posições jurídicas nas diversas relações, o problema de quando o direito de propriedade passa de A para B será apenas um problema terminológico sem conteúdo real.

Enquanto na doutrina escandinava o problema é tratado de acordo com tais pontos de vista funcionais e relativos, em outros sistemas jurídicos o problema é, predominantemente, colorido pelas pressuposições metafísicas do conceito substancialista do direito subjetivo. Nesses sistemas jurídicos a transferência do direito de propriedade é considerada um fenômeno com substância própria, do qual emanam diversos efeitos jurídicos. Disso resulta: *primeiro*, que a transferência é considerada um fenômeno que ocorre diretamente entre as partes e do qual derivam as relações com terceiros como conseqüências; e *segundo*, que a transferência é considerada como absoluta, isto é, como tendo efeito contra todos os terceiros em virtude do mesmo fato. Deste modo, fica excluído todo exame relativista da transferência da propriedade.

b) O conceito metafísico do direito subjetivo como uma força moral e espiritual conduz a um postulado dogmático de que somente seres humanos (e pessoas jurídicas) podem ser sujeitos de direito.⁷

• Na versão inglesa deste livro, Margaret Dutton preferiu pender para a literalidade, aliás recomendável ao se traduzir textos técnicos entre línguas de estrutura semelhante, no caso do dinamarquês e o inglês. Assim, apesar de nossa opção no português por *relação frente aos outros*, é preciso salientar o mérito do inglês *relation to the rest of the world* por sua maior propriedade filosófica. Enquanto analisando a questão do *direito subjetivo*, Ross se posiciona no radical dualidade gnoseológica de *sujeito e objeto*, na qual absolutamente tudo que não é sujeito, é objeto, de sorte que a relação do sujeito do direito não é própria e unicamente com a *alteridade* (os outros seres humanos percebidos como objeto na relação - o mundo humano), mas com toda a realidade, todo o mundo, todas as coisas. (M.T.)

7. Este dogma, tido pela maioria como uma verdade auto-evidente, procede aparentemente de uma idéia moral e metafísica do ser humano como centro do universo e fim de todas as coisas. É associada com frequência à afirmativa dogmática, igualmente insustentável, de que todo ser humano é sujeito de direito. Ver, por exemplo, Jean Dabin, *Le droit subjectif* (1952), 116. Para a crítica do dogma ver os autores mencionados na nota 4.

É indubitável, está claro, que somente os seres humanos podem atuar como sujeitos de processos ou de disposição. Por outro lado, nada obriga a que os interesses reconhecidos pelas normas jurídicas como protegidos por um direito subjetivo sejam exclusivamente interesses humanos.

Assim, frequentemente se reconhece que podem ser deixados legados em benefício de animais, legados que são administrados de acordo com regras idênticas às que regem os legados em benefício de seres humanos. É incontestável, portanto, que nesse caso o animal é o beneficiário, e segundo o uso lingüístico comum (parágrafo 37), o titular do *direito subjetivo*. Incorre-se num conceitualismo irrealista e dogmático ao se interpretar o gozo do legado por parte do animal como mero reflexo de um direito do administrador embaraçado por um cargo em benefício do animal, extraindo-se daí conclusões a respeito da situação jurídica em seus diversos aspectos, por exemplo, no caso de falência do administrador, ou no que tange aos impostos.⁸

O mesmo pode ser dito quando se reconhece que os legados podem ser estabelecidos para a promoção de um propósito objetivo específico, por exemplo, a conservação de um monumento. Uma coisa é o poder para estabelecer esses legados - como o poder para estabelecer outro tipo de legados - ser outorgado ao testador para que possa proteger seus próprios interesses, mas algo totalmente distinto é, na situação jurídica estabelecida como resultado do legado - em contraposição ao que ocorre com legados de outro tipo - não se poder assinalar nenhum beneficiário. Pode-se dizer, se o preferir, que nesses casos o propósito objetivo desempenha o papel de beneficiário, e se pode caracterizar a propriedade como uma "propriedade devotada a um propósito particular" (*Zweckvermögen*).

§ 38. A ESTRUTURA DE UM DIREITO SUBJETIVO

O conceito de direito subjetivo é empregado na descrição de uma situação jurídica. O conceito contém os seguintes elementos, os quais constituem a estrutura de um direito subjetivo.

8. Com relação às penas por crueldade com os animais e a frequente má compreensão destas regras, ver Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence* (1946), cap. VIII, 6 b.