

PERSPECTIVAS EPISTEMOLÓGICAS DO DIREITO SUBJETIVO

Darci Guimarães Ribeiro¹

“Ma ‘in rerum natura’ non esistono diritti soggetti, esistono interessi, che sorgono da determinati fatti, e che, in quanto la legge li riconosca e li garantisca, noi chiamamo diritti”, SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova: Cedam, 1987, 10^a ed., n° 73, p. 131.

Resumo: O presente artigo tem como estudo a contextualização sobre o direito subjetivo de forma mais profunda, a partir de uma perspectiva epistemológica e que envolve diversos aspectos histórico-sociais, filosóficos e doutrinários.

Palavras-Chave: Direito Subjetivo Mediato; Limitação à esfera jurídica; Direito Subjetivo Imediato; Poder.

EPISTEMOLOGICAL PROSPECTS OF SUBJECTIVE RIGHT

Abstract: This article is to study the contextualization of the subjective right of a deeper, from an epistemological perspective and involves several aspects of the socio-historical, philosophical and doctrinal.

¹ Advogado. Doutor em Direito pela Universitat de Barcelona. Especialista e Mestre pela PUC/RS. Professor Titular de Direito Processual Civil da UNISINOS e da PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (Mestrado e Doutorado). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Sócio do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual Civil. Membro da *International Association Procedural Law*.

Keywords: Subjective right immediately; limiting the legal sphere; Immediate Subjective Law; Power.

Sumário: 1. Direito subjetivo e poder; 2. Guillermo de Ockham e o moderno conceito de direito subjetivo; 3. Direitos subjetivos mediatos e direitos subjetivos imediatos; 3.1. Considerações preliminares; 3.2. Direitos subjetivos mediatos e limitação da esfera jurídica; 3.3. Direitos subjetivos imediatos.

1. DIREITO SUBJETIVO E PODER



ordenamento jurídico ao mesmo tempo em que apresenta uma solução abstrata dos conflitos de interesse, ‘direito’ em sentido objetivo², também favorece o interesse de uma pessoa, ‘direito’ em sentido subjetivo³⁻⁴ pois, como já afirmei em

² Para A. ROCCO, “il diritto obiettivo non solo riconosce efficacia alla volontà individuale per l’esercizio della funzione giurisdizionale civile da parte dello Stato, ma fa ‘dipendere’, almeno di regola, interamente dalla volontà individuale questo esercizio”, *La sentenza civile*, Milano: Giuffrè, 1962, nº 42, p. 98.

³ De igual modo, DÍEZ-PICAZO, ao dizer que: “La norma, en cuanto que favorece el interés de una persona, le concede un <derecho>. Se habla entonces – así se dice en las primeras páginas de todos los libros jurídicos – de derecho en su sentido subjetivo o de derecho subjetivo”, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona: Ariel, 1993, p. 64; e também PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, São Paulo: RT, 1972, t. I, §4, p. 29 e 30, entre tantos outros. Para KELSEN, “sólo en tanto que las normas determinan ‘mi propia’ conducta como una obligación o derecho debe ser llamada ‘mi’ derecho; y esto es precisamente lo que significa el término derecho en el sentido subjetivo”, *Introducción a la teoría pura del derecho*. Trad. Emilio O. Rabasa. México: Nacional, 1974, p. 26. Para aprofundar melhor o estudo das relações entre direito objetivo e direito subjetivo, vid. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma: Foro Italiano, nº 66, p.13.

⁴ A respeito, DUGUIT ressalta que o “‘droit’, on désigne deux choses qui, sans doute, se pénètrent intimement, mais qui sont cependant tout à fait différentes, le ‘droit objectif’ et le ‘droit subjectif’”, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris: Anciennes Maison Thorin et Fontemoing, 1923, 4ª ed., nº 1, p. 1. Em sentido contrário, KELSEN, para quem: “La Teoría Pura del Derecho disuelve el dualismo tradicional de Derecho en el sentido subjetivo y Derecho en el sentido objetivo, al enseñar que

outra oportunidade: à função principal do ordenamento jurídico é hierarquizar os interesses em sociedade⁵, razão pela qual necessariamente surgem interesses subordinantes e subordinados⁶.

lo que se llama derecho en el sentido subjetivo, no es nada diferente del llamado derecho en el sentido objetivo, esto es, el Derecho como norma”, *Introducción a la teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 25. Vale dizer, para o autor da teoria pura do direito, o dualismo entre direito objetivo e direito subjetivo se resolve da seguinte maneira: “Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas”, *Teoría pura del derecho*. Trad. Moisés Nilve. Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires (Eudeba), cap. VIII, nº 3, letra ‘b’, p. 122 e 123. A absorção do direito subjetivo pelo direito objetivo pode ser analisada também em *Compendio esquemático de una teoría general del estado*. Trad. Luis Recaséns Siches e Justino de Azcárate Florez. Barcelona: Núñez y Comp. S. en C, 1927, nº 13, p.43 e 44; nº 30, p. 69; e nº 33 e 34, p. 72 e 73. Em termos similares, OLOF EKELÖF, quando disse que estas afirmações de Kelsen são um pouco obscuras porque o autor se expressa “in senso solo figurato e non si è preoccupato di analizzare più da vicino la sua definizione. Ma esa va intesa nel senso che un fatto giuridico complesso e il corrispondente complesso di effetti giuridici costituiscono ‘insieme’ il contenuto di un diritto soggettivo”, *Il concetto di diritto soggettivo*. In: JUS, 1955, fasc. IV, p. 498 e 499.

⁵ Neste particular consultar obrigatoriamente *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, Barcelona: Bosch, 2004, p. 32 a 35, bem como *Esboço de uma teoria processual do direito*. In: Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, Cap. 1º, nº 1, p. 29 a 34. A finalidade pela qual se hierarquiza os interesses em sociedade, é evitar que eles estejam em mesmo nível pois, *quod plerumque accidit*, estes interesses quase sempre são incompatíveis, razão pela qual, “la jurisdicción habrá de establecer cuál es el interés protegido por el ordenamiento jurídico”, segundo palavras de MONTERO AROCA, *Introducción al derecho procesal*, Madrid: Tecnos, 1976, cap. I, p. 111.

⁶ Sobre este particular, a doutrina discute sobre o nascimento do direito objetivo ser anterior ou simultâneo com os direitos subjetivos. Merece destaque, por seu acerto, a primeira concepção.

a) Para esta doutrina, o primeiro foi o direito objetivo. Assim, para SAVIGNY, “siempre que la existencia de un derecho (en sentido subjetivo) se revela a la inteligencia de la persona humana, aparece sometido a una regla preexistente. (...) Considerado el derecho general como anterior a todos los casos dados se le llama

derecho positivo”, *Sistema de derecho romano actual*. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Góngora, 1878, t. I, §VII, p. 29. De igual modo, THON destaca que, “il diritto obbiettivo è la volontà generale. Su questo fundamento è da cercar di determinare ulteriormente ciò che siamo sòliti denotare come il diritto del singolo o il diritto soggettivo”, *Norma guiridica e diritto soggettivo*. Trad. Alessandro Levi. Padova: Cedam, 1951, p. 113; CARNELUTTI, afirma: “il diritto oggettivo operava in prevalenza mediante il diritto soggettivo”, *Teoria generale del diritto*, ob. cit., nº 66, p.155; ALF ROSS, indica que: “El concepto de derecho subjetivo es un concepto del derecho positivo”, *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaró R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba 1997, cap. X, nº LV, p. 306; DABIN, afirma que, “el derecho subjetivo no existe más que por la decisión del derecho objetivo”, *El derecho subjetivo*. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 106; e em *Droit subjectif et subjectivisme juridique*. In: Arch. Ph. Dr., nº9, Paris, 1964, nº II, p. 19 e nº III, p. 24; e em *Teoría general del derecho*. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, nº 4, p. 15. Vid. también KALINOWSKI, *Logique et philosophie du droit subjectif*. In: Arch. Ph. Dr., nº 9, 1964, p. 42; LONGCHAMPS, *Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine*. In: Arch. Ph. Droit, nº9, 1964, p. 58; MOTULSKY, *Le droit subjectif et l’action en justice*. In: Arch. Ph. Dr., nº9, 1964, p. 219, e em *Écrits-Études et Notes de Procédure Civile*, Paris: Dalloz, 1973, p. 89; BRULLIARD, *Procédure civile*, Paris: Presses Universitaires de France, 1944, p. 24 e 25; SATTA, *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, Milano: Giuffrè, 1939, p. 21; RECASÉNS SICHES, *Tratado general de filosofía del derecho*, México: Porrúa, 1975, p. 234; GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, México: Porrúa, cap. XIII, nº 105, p. 194; CESARINI-SFORZA, *Filosofía del derecho*. Trad. Marcelo Cheret. Buenos Aires: Ejea, 1961, nº 61, p. 203; MORÓN PALOMINO, *Sobre el concepto del derecho procesal*. In: Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1962, nº 3, p. 516. Na doutrina brasileira, devemos destacar a opinião de PONTES DE MIRANDA, ao dizer: “Não há direito subjetivo sem regra jurídica (direito objetivo), que incida sôbre suporte fático tido por ela mesma como suficiente. Portanto, é êrro dizer-se que os direitos subjetivos existiram antes do direito objetivo; e ainda o é afirmar-se que foram simultâneos. A regra jurídica é ‘prius’, ainda quando tenha nascido no momento de se formar o primeiro direito subjetivo”, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §4, p. 39; e a de OVÍDIO B. DA SILVA, que entende que: “O direito subjetivo, para quem o analise na perspectiva dogmática, corresponde a uma técnica de que o legislador lança mão, portanto, no plano do direito positivo, há de ser, sempre, um ‘posterius’ em relação ao direito objetivo. Não pode haver direito subjetivo anterior ao momaento da ‘positivação’ do direito”, *Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação*. In: *Ajuris*, nº 29, p. 100.

b) No sentido do nascimento simultâneo de ambos direitos, ENNECCERUS, para quem, “es indudable que el poder ha existido antes que el derecho objetivo, pero sólo se ha convertido en poder jurídico, en derecho subjetivo, en virtud del ordenamiento jurídico que lo protege. Por tanto, el nacimiento del derecho subjetivo y del derecho objetivo son simultâneos”, *Tratado de derecho civil*, por L. ENNECCERUS, T. KIPP y M. WOLFF. Trad. Hans Carl Nipperdeg. Barcelona: Bosch, 1953, t.

O direito subjetivo mesmo sendo de natureza ‘ideal’⁷, é uma categoria fundamental para a construção de qualquer doutrina jurídica⁸, tanto no campo do direito privado com no domínio do direito processual civil⁹, e para que se possa compreender sua problemática¹⁰, e suas implicações no processo civil, devemos ter presente em primeiro lugar o significado original atribuído pelos juriconsultos romanos à palavra direito ou ‘*ius*’.

A definição básica da palavra direito é encontrada nos textos de ULPIANO y PAULO. Para o primeiro *ius* significa: “... *ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequum*”¹¹. E

I, §65, p. 281, nota 1.

⁷ Segundo RECASÉNS SICHES, o direito subjetivo é de natureza ideal porque “no es una cosa real, sino una entidad perteneciente al mundo de lo jurídico”, *Tratado general de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 233. Para nós, diversamente do que conclui o autor, o direito subjetivo não pertence ao mundo propriamente jurídico, mas sim ao ético-social, que é a base sobre a qual o mundo jurídico se nutre quando o fato é relevante para a sociedade, salvo se concluíssemos que o direito é uma parte do jurídico que engloba os princípios, os costumes e as regras jurídicas.

⁸ Para um estudo mais aprofundado sobre o desenvolvimento do direito subjetivo nas doutrinas jurídicas, especialmente na francesa, vid. por todos LONGCHAMPS, *Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine*, ob. cit., p. 47 e 78 ss.

⁹ A vinculação do direito subjetivo com o processo pode ser percebida, e. g., na relação que existe, segundo CARNACINI, entre princípio dispositivo (*Dispositionsprinzip*) e direito subjetivo, pois, de acordo com o autor, “se il ‘Dispositionsprinzip’ in senso stretto (cioè in antitesi al ‘Verhandlungsprinzip’) non è altro che rispetto del diritto subbiettivo anche quando si ricorra alla tutela giurisdizionale e con ciò allo strumento processo civile, ed, anzi, se non è altro che il manifestarsi anche in tale contingenza della caratteristica piú saliente di questo diritto subbiettivo sí da chiudere il sistema, non vedo come sia il caso di ravvisarvi un principio per sé stante, ancorché sostanziale”, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*. In: *Studi in Onore di Enrico Redenti*, Milano: Guiffre, 1951, v. II, nº 15, p. 752, (este artigo também foi traduzido ao castelhano por A. Romo. In: *Revista de la facultad de Derecho de México*, 1953, v. 12, nº 15, p. 160).

¹⁰ Para aprofundar melhor o estudo da problemática do direito subjetivo dentro da dogmática jurídica, vid. por todos LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, cap. V, nº 4, p. 107 e ss; e ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna: Il Mulino, 1978, p. 130 e ss.

¹¹ *Digesto*, 1, 1, 1, pr.

para o segundo: “...*quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale*”¹². Estas definições contém em comum o “*iustum et aequum*”¹³, isto é, o direito é a arte do justo e do bom¹⁴, que tem por base, segundo esclarece VALLET DE GOYTISOLO, “la naturaleza de cada cosa, su ‘natura rei’, observada por la ‘ratio naturalis’ era la base para la determinación de lo justo natural, y de la ‘aequitas nayuralis’”¹⁵.

Esta definição de *ius* como uma situação justa e boa tomando-se por base a natureza das coisas¹⁶, sofreu uma transformação durante a Idade Média como consequência da polêmica entre os franciscanos e o Papado¹⁷.

Os franciscanos tinham como regra o voto de pobreza, porém como sua ordem religiosa se estendeu rapidamente e

¹² *Digesto*, 1, 1, 11.

¹³ Para uma análise pormenorizada da evolução histórica do conceito de direito subjetivo, vid. por todos, AVELINO FOLGADO, *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo: Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*. In: Anuario Jurídico Escorialense, I (1960), Madrid, especialmente p. 22 e ss, 73 a 145; e 189 a 296.

¹⁴ Esta concepção de direito como algo justo e bom se encontra hoje plenamente recuperada na obra de VALLET DE GOYTISOLO, para quem direito é “el justo legal referido al hecho tipo de la ley”, *Las definiciones de la palabra derecho y los múltiples conceptos del mismo*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998, p. 192. Para aprofundar melhor o estudo do desenvolvimento do direito atendendo à ‘*naturaleza de la cosa*’, vid. por todos, KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p. 414 e ss.

¹⁵ *Las definiciones de la palabra derecho y los múltiples conceptos del mismo*, ob. cit., p. 20.

¹⁶ É interessante notar que no direito inglês ainda se mantém intacta a base do conceito de *ius*, pois, de acordo com a opinião de RADBRUCH: “El jurista inglés está convencido de que el juicio jurídico está más orientado a la naturaleza de la cosa que a la idea de derecho”, *El espíritu del derecho inglés*. Trad. Juan Carlos Peg Ros. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 73 e 74. Vale dizer, as transformações ocorridas com o conceito de direito durante os séculos, não afastaram os juristas ingleses do verdadeiro fundamento do direito nascido com os romanos.

¹⁷ Transformação que foi muito bem demonstrada por AVELINO FOLGADO, *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo: Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, ob. cit., p. 96 até 146; e por VILLEY, em *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam*. In: Arch. Ph. Dr., nº9, 1964, p. 111 e ss.

muitos de seus seguidores eram possuidores de bens importantes, VILLEY destaca que “il y avait quelque discordance entre cette pratique et la règle”¹⁸. Preocupado com esta discordância entre a regra e a prática, e temendo que esta ordem religiosa ficasse sem os bens de seus seguidores, o Papa João XXII habilmente inventou uma solução baseada na opinião de ilustres especialistas em direito canônico e romano da época. Conforme VILLEY, a questão se resolveu da seguinte maneira:

“les biens des communautés franciscaines resteront à leur disposition; elles en auront du moins <l’usage>. Mais ces biens seront théoriquement ‘*in jus et proprietatem Beati Petri*’, ‘jus’, ‘proprietas’, ‘dominium’, seront officiellement au Saint-Siège”¹⁹.

Com isto, o Papa queria forçar os franciscanos a ter o título de proprietários, utilizando as seguintes argumentações: se eles têm o usufruto é como se eles tivessem o *ius utendi* e os *ius fruendi*²⁰, sendo esta idéia corroborada pelo emprego “correct de terme ‘jus’ son sens romain: ‘*id quod justum est*’, la part juste, le bien dont on jouit – au total - conformément à la justice, que cette justice procède au reste de l’ordre naturel ou de cette source complémentaire, la législation positive”²¹.

Neste momento Guillermo de Ockham²² interveio na discussão a favor dos franciscanos e contra o Papa. Conforme destaca VILLEY, para ele: “Le droit, au sens technique du mot, cesse donc de désigner le ‘bien qui vous revient selon la justice (*id quod justum est*), il signifie cette notion beaucoup plus

¹⁸ La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam, ob. cit., p. 112.

¹⁹ La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam, ob. cit., p. 112.

²⁰ Assim VILLEY, na La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam, ob. cit., p. 114; DÍEZ –PICAZO, Experiencias jurídicas y teoría del derecho, ob. cit., p. 65.

²¹ La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam, ob. cit., p. 116.

²² Para aprofundar melhor o estudo das idéias de OCKHAM, vid. por todos, WELZEL, Introducción a la filosofía del derecho. Trad. Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, Madrid, 1979, 2ª ed., cap. II, p. 81 e ss.

étroite: le *pouvoir* qu'on a sur un bien²³, ou seja, o *ius* não é o bem de que desfrutamos segundo a justiça, e sim o poder²⁴, o poder que se tem sobre este bem²⁵. Por isso, AVELINO FOL-

²³ La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, ob. cit., p. 117.

²⁴ Para saber o significado da palavra *poder* e sua distinção do direito subjetivo, recorremos a SANTI ROMANO que, sem lugar a dúvidas, é um dos autores que estudou com maior profundidade estes conceitos. Para ele, “poder en sentido estricto (o potestad: sobre la terminología preferible, véase más adelante) y derecho subjetivo entrarían en el ‘commune genus’ de los poderes en sentido amplio, atribuido por el ordenamiento jurídico en orden a bienes o intereses protegidos por él, y serían, por consiguiente, ambos, manifestaciones y explicaciones de capacidad; pero el primero se desenvolvería en una dirección o aspecto genérico, no tendría objeto singularmente determinado, no se resolvería en pretensiones hacia otros sujetos y, por tanto, no sería correlativo a obligaciones, mientras que el derecho subjetivo se desenvolvería siempre en una concreta y particular relación jurídica con una determinada cosa o frente a determinadas personas que, por el contrario, tendrían obligaciones correspondientes”, *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Trad. Santiago Santís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ejea, 1964, p. 299 e 300. Em igual sentido, PUGLIATTI, ao dizer: “in generale il potere è il ‘genus’ che comprende: potere in senso tecnico o ristretto e diritto subbiettivo”, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano: Giuffrè, 1935, cap. II, nº 5, p. 23. E acrescenta como características distintivas entre poder e direito subjetivo que: “il diritto subbiettivo include in se medesimo il proprio fine, è una entità compiuta e piena; il potere invece ha carattere strumentale: è il mezzo destinato alla realizzazione di un dato fine, e costituisce soltanto uno degli aspetti nei quali si specifica la funzione del soggetto che ne è investito”, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, ob. cit., cap. II, nº 5, p. 24, e principalmente no nº 18, p. 72 a 75; e CARNELUTTI, quando afirma que: “l’elemento identico consiste nel ‘iubere’; e la differenza, invece, nel coincidere o nel divergere del soggetto dell’‘ussum’ e del soggetto dell’interesse, nella cui tutela l’‘ussum’ si risolve”, *Teoria generale del diritto*, ob. cit., nº66, p. 161.

Desde esta perspectiva, pois, é interessante notar a posição conciliadora de CARNELUTTI, quando referindo-se ao direito subjetivo como “*potestà di volere*” ou como “*interesse garantito o tutelato*”, para ele, “dovevano combinarsi dicendo: ‘interesse tutelato mediante una possibilità di comando’ oppure ‘possibilità di comando per la tutela di un proprio interesse’, dove l’interesse non entra già a costituire, ma a qualificare il potere, che senza di esso dagli altri non si distinguerebbe”, *Teoria generale del diritto*, ob. cit., nº 66, p.156.

²⁵ A idéia de poder associada ao direito a levado, por exemplo, NIETZSCHE, a destacar que: “El ejercicio del poder acarrea muchos disgustos y exige mucho valor. Por eso hay tantas personas que renuncian a hacer valer su derecho, porque éste es una ‘especie de poder’ y son demasiado perezosas y demasiado cobardes para ejercitarlo”, *El viajero y su sombra*. Trad. Enrique Eideslein, Miguel Ángel Garrido y Carlos Palazón. In: *Obras Inmortales*. Barcelona: Edicomunicación, 2000, t. I, nº 250, p. 121.

GADO destaca que, “los derechos subjetivos no son voluntad, sino creación de la voluntad; no son libertad natural que la ley cercena o protege, son libertad moral que la ley funda e introduce”²⁶.

Para VALLET DE GOYTISOLO, a partir desta concepção de direito criada por Ockham, a palavra

“*ius*’ derecho, no puede corresponder a lo que es justo conforme la cosa misma – a *‘quod iustum est ex ipsa natural rei’*. Entonces, el derecho se reduce a ser el reflejo de las leyes positivas (divinas o humanas), a su contenido; y se confunde con las propias leyes (concepto del derecho objetivo) o bien con el poder o la facultad de las voluntades subjetivas que reclamen lo que es o debe ser suyo (concepción del derecho subjetivo)”²⁷.

Por tudo isso, AVELINO FOLGADO chega a conclusão

²⁶ *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo: Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, ob. cit., p. 145 e 146.

²⁷ *Las definiciones de la palabra derecho y los múltiples conceptos del mismo*, ob. cit., p. 36. De igual modo, OVÍDIO B. DA SILVA, ao referir-se à Ockham, quando diz: “O direito deixa de ser um *bem*, atribuído segundo o merecimento de cada um, para tornar-se o *poder que se tem sobre os bens*, ou o poder de impô-lo à observância dos demais. 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”, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, São Paulo: RT, 2ª ed., 1997, p. 138.

A este respeito, merece aprovação o exposto por ALF ROSS, quando afirma que no século XVIII “se consideró al derecho natural como un conjunto de derechos y deberes que tienen una aplicación válida directa a los ciudadanos en sus relaciones recíprocas, tal como ocurre con el derecho positivo. El derecho natural dejó de ser una disciplina moral y se transformó en una genuina disciplina jurídica. (...) De acuerdo con esta idea se llegó a una distinción tajante entre el derecho y la moral. El concepto de derecho subjetivo, cabe recordar, está unido a la experiencia del poder ejercido mediante la maquinaria estatal de compulsión. El concepto de derecho subjetivo es un concepto del derecho positivo. Sin embargo, puesto que el derecho natural era ahora también concebido como formado por derechos subjetivos, la consecuencia fue que todo el derecho, tanto el natural como el positivo (en contraste con la moral), fue caracterizado por el poder de compulsión”, *Sobre el derecho y la justicia*, ob. cit., cap. X, nº LV, p. 305 e 306.

de que:

“En el principio está el Derecho objetivo, la ley. De la ley nace el derecho subjetivo. La conexión entre el Derecho objetivo, ley y el derecho subjetivo no es ni de límite ni de mero acogimiento, sino de constitución, de dato necesario para la existencia del último”²⁸.

2. GUILLERMO DE OCKHAM E O MODERNO CONCEITO DE DIREITO SUBJETIVO

O direito subjetivo, como hoje é concebido, nasceu com Ockham, pois, como indica VILLEY, “la notion de droit s’y trouve résolument ‘virer au sens de pouvoir’”²⁹. E como tam-

²⁸ *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo: Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, ob. cit., p. 145.

²⁹ *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam*, ob. cit., p. 117; e conclui o autor dizendo: “C’est ici que Guillaume d’Occam a eu l’occasion de définir explicitement le droit subjectif et, probablement le premier, d’en édifier la théorie”, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam*, ob. cit., p. 111. Seguindo a idéia de Villey, OVÍDIO B. DA SILVA, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, ob. cit., p. 138; e Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, ob. cit., p. 64 e 65. Também parece ser o sentido de Vallet de Goytisolet, ao dizer: “Es especialmente interesante, aquí, destacar como a tono con esa última orientación, trataron de matizar los nominalistas del siglo XV su acepción de ‘ius’ en el significado de lo que hoy se denomina derecho subjetivo”, *Las definiciones de la palabra derecho y los múltiples conceptos del mismo*, ob. cit., p. 37. Entendendo que o direito subjetivo nasceu do direito romano Bataglia, ao dizer: “Porque no dudaremos en escribir que en su acepción científica, el derecho nace con los jurisconsultos romanos, cuando éstos descubren la voluntad en el derecho, o sea el derecho subjetivo”, *Curso de filosofía del derecho*. Trad. Francisco Elías de Tejada e Pablo Lucas Verdú. Madrid: Reus, v. II, 1951, p. 183. E, contra este ponto de vista, vid. Villey, para quem: “A notre avis, la notion de droit subjectif ne joue à peu près aucun rôle dans la systématique ordinaire du droit romain classique”, em *L’idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*. In: *Rev. Hist. Dr. Fr. Étr.*, t. XXIV, Paris, 1946-1947, p. 221, e mas adiante conclui dizendo: “La notion de droit subjectif, reléguée au second plan, n’est pas l’objet à Rome d’une véritable élaboration scientifique”, ob. cit., p. 226; Von Tuhr, *Derecho civil*. Trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons, 1998, v. I, §1, p. 57; Pugliese, na introdução ao livro *Polemica intorno all’actio*, de Windscheid y Muther,

bém destaca CESARINI-SFORZA, esta concepção “há accentuato l’emento della volizione individuale nel suo valore originário e autônomo, cioè independente dalla ‘volontà della legge’”³⁰.

A idéia de direito relacionado a poder que foi criada pelo monge franciscano no século XIV, teve importante reflexo nas doutrinas jurídicas posteriores, principalmente a partir do movimento pandectista alemão do século XIX, que tinha por preocupação doutrinária o estudo do desenvolvimento do direito subjetivo³¹.

Principalmente a partir do século XIX, a idéia de direito vem sempre associada a poder³², e não ao justo conforme a coisa mesma, isto é, a ‘*quos iustum est ex ipsa natura rei*’.

Firenze: Sansoni, 1954, p. XXXVI; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, Barcelona: Bosch, 1978, cit., nº11, p. 55; PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §4, p. 29; VATTIER FUENZALIDA, *Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo*. In: Anuario de Derecho Civil, t. XXXIV, Madrid, 1981, p. 14. Também existe o ponto de vista segundo o qual o direito subjetivo nasceu na escola do direito natural, pois para FROSINI: “Nello Stato liberale dell’Ottocento, succeduto allo Stato delle monarchie assolute, è logico che la personalità umana, configurata como soggetto del diritto, acquisti il massimo rilievo, e che pertanto il diritto soggettivo venga posto al centro dell’indagine e dei dibattiti”, *Diritto soggettivo*. In: Novissimo Digesto Italiano. Torino: Torinese, 1960, t. V, p. 1.049; COING, para quem, “C’est l’Aufklärung (le rationalisme) et la conception du droit naturel qu’elle développe qui firent de l’idée du droit subjectif un concept central du droit”, *Signification de la notion de droit subjectif*. Trad. N. Poulantzas. In: Arch. Ph. Dr., nº9, Paris, 1964, p. 1, e mais adiante conclui dizendo que direito subjetivo, “est, plus particulièrement, un résultat de l’Aufklärung”, ob. cit., p. 15; e VATTIER FUENZALIDA, *Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo*, ob. cit., p. 3.

³⁰ *Diritto soggettivo*. In: Enciclopedia del diritto, Milano: Guiffre, 1964, XII, p. 672.

³¹ Segundo AVELINO FOLGADO, “desde el punto de vista formal, el concepto franciscano del derecho subjetivo – elaborado con pasión para defender el privilegio de no poseer ninguno — es casi perfecto, casi técnico: Ni los mismos civilistas de nuestros días tienen mucho más que añadir”, *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo: Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, ob. cit., p. 146.

³² Para FAIRÉN GUILLÉN esse poder também é a base da ação, *Acción, derecho procesal y derecho político*. In: Revista de Derecho Procesal, ano VII, 1951, nº 3, p. 423 e 426.

Tanto é assim que SAVIGNY, um dos representantes da teoria voluntarista³³, dizia que o direito,

“considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestros ser, nos aparece como un poder del individuo. En los limites 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”³⁴.

E WINDSCHEID, que foi o maior representante desta teoria, definia o direito subjetivo como uma, “potestà o signoria della volontà impartida dall’ordine guiridico”³⁵.

³³ A este respeito, é acertada a crítica realizada por LUHMANN à teoria voluntarista. Para ele, “De hecho, sin embargo, la referencia a la voluntad del sujeto y a su interés en disponer no aclaran suficientemente ni la función del concepto ni las causas por las que es adecuado a la sociedad. Individuos e intereses de disposición individualizados existen desde hace mucho tiempo”, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, cap. V, nº 4, p. 107.

³⁴ *Sistema de derecho romano actual*, ob. cit., t. I, Cap. II, §IV, p. 25. Para WIEACKER, a conhecida definição de Savigny de direito subjetivo, “corresponde justamente a la exigencia de Kant de aquella libertad que pueda coexistir con la mayor libertad posible de los demás”, *Historia del Derecho Privado de la edad moderna*. Trad. Francisco Fernández Jardón. Granada: Comares, 2000, §19, p. 353. Para uma análise crítica das teorias de Savigny, vid. por todos, WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la edad moderna*, ob. cit., § 20, p. 357 e ss.

³⁵ *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Torinese, 1930, v. I, §37, p. 108. Sobre este ponto, em sentido crítico, vid. WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la edad moderna*, ob. cit., §22, p. 404 e ss. Também pertence à teoria voluntarista, entre muitos outros autores, VON TUHR, para quem: “Existe un derecho subjetivo cuando es decisiva la voluntad de un individuo para producir cierto efecto jurídico”, *Derecho civil*, ob. cit., §6º, p. 137; CARNELUTTI, quando conceitua o direito subjetivo como: “Un poder atribuido a la voluntad de una persona para el prevalecimiento de su interés”, *Sistema de derecho procesal civil*. Trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uthea, 1944, v. I, §11, p. 30; e MERRYMAN, ao dizer: “se define el derecho subjetivo como la primacía de la intención, como el poder de actuar para la satisfacción de nuestros propios intereses, protegidos por el orden legal”, *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, cap. XI, p. 141. Para uma crítica a esta teoria, vid. principalmente IHERING, *El espíritu del derecho romano*. Trad. Enrique Príncipe y Satorres. Gra-

Destes conceitos se podem extrair basicamente duas conseqüências:

a) a primeira, que o *poder* concedido pela ordem jurídica (direito subjetivo), de fazer valer ou não um preceito que estabelece um determinado comportamento, depende única e exclusivamente, salvo raras exceções, tais como a representação legal dos incapazes e a figura do substituto processual, da vontade do titular deste poder³⁶.

b) a segunda, e a mais importante para o nosso estudo, é a de que o direito subjetivo é um *status jurídico* de que goza o titular do poder, não implicando necessariamente a idéia de exercício deste poder que se refere à pretensão ou a ação material, como se verá mais adiante, pois, conforme destaca OVÍDIO B. DA SILVA, “poderá haver direito subjetivo sem que haja, ainda, ou não mais exista, a faculdade reconhecida ao titular de poder existir a observância e realização de seu direi-

nada: Comares, 1998, t. IV, §70, p. 1025 e ss; CESARINI-SFORZA, *Diritto soggettivo*, ob. cit., t. XII, p. 685 e ss; ENNECCERUS, *Tratado de derecho civil*, ob. cit., t. I, v. I, §65, p. 282 e ss; THON, *Norma guiridica e diritto soggettivo*, ob. cit., p. 209 e 210; BARBERO, *Il diritto soggettivo*. In: Foro Italiano, Roma, 1939, parte IV, nº 11, p. 32 e ss; RECASÉNS SICHES, *Tratado general de filosofía del derecho*, p. 233; e resumindo quase todas as críticas existentes CASTÁN TOBEÑAS, *El concepto del derecho subjetivo*. In: Revista de Derecho Privado, año XXIV, nº 281, 1940, p. 125 e 126; e también en *Derechos subjetivos*. In: Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona: Seix, 1955, t. VII, p. 166, onde acrescenta uma crítica a mais ao seu escrito anterior.

³⁶ A respeito, merece aprovação o exposto por PUGLIATTI, quando diz que “la volontà (del soggetto) e l’interesse, che entrano a far parte del diritto soggettivo sono certamente elementi metagiuridici, ma appunto tutto il sistema giuridico ha radice e base nei fatti: è un ‘Sollen’ (per usare la terminologia del Kelsen) che è condizionato al ‘Sein’, e, come oggetto, anch’esso appartiene al Sein”, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, ob. cit., cap. II, nº 13, p. 54. Assim mesmo, MANDRIOLI, quando afirma: “Anzitutto, il rilievo attribuito alla volontà del soggetto appare riferito ad un momento prima del quale il diritto soggettivo ha già potuto manifestare alcuni suoi effetti propriamente giuridici”, *L’azione esecutiva*, Milano: Giuffrè, 1955, nº 2, p. 14. Para este autor, o conceito de interesse “non entra già a ‘costituire’, ma a ‘qualificare’ il potere, che, senza di esso, dagli altri non si distinguerebbe”, portanto, “il diritto soggettivo si avvicina alla facoltà e si risolve in una sintesi di potere e facoltà”, *L’azione esecutiva*, ob. cit., nº 4, p. 22.

to”³⁷. Esta noção de direito subjetivo é corroborada por KALINOWSKI, quando afirma “le droit subjectif n’est pas une relation entre un sujet de droit et un objet de droit, mais entre un sujet d’action et una action”³⁸. O direito subjetivo é somente um *status jurídico* de que goza o titular do poder porque sua relação é “entre um sujeito que age e uma ação”, portanto, uma relação *intrasubjetiva*. Quando a relação se dá entre o sujeito da ação e o objeto do direito, isto pressupõe a idéia de exercício deste *status* jurídico (*rectius*, poder) porque leva consigo necessariamente a exteriorização da conduta do sujeito sobre o objeto, razão pela qual esta relação denomina-se *extrasubjetiva* e é exercida mediante a pretensão material ou a ação material³⁹.

³⁷ *Curso de processo civil*, São Paulo: RT, 1998, v. 1, 4ª ed., p. 76. No mesmo sentido, GARCÍA MÁYNEZ, quando diz: “El derecho subjetivo es una ‘posibilidad’ porque la atribución del mismo a un sujeto no implica el ejercicio de aquél”, *Introducción al estudio del derecho*, ob. cit., cap. II, nº 9, p. 17; e PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, t. I, §4, p. 33, §6, p. 54 e 55, entre tantos outros. Em sentido contrário, CESARINI-SFORZA, afirma que: “En la definición de cualquier derecho subjetivo se hallan siempre presentes, necesariamente, los dos elementos de la licitud (facultad) y de la pretensión, a cada uno de los cuales resulta dado, según los casos, un distinto relieve”, *Filosofía del derecho*, ob. cit., nº 56, p. 191. Porém, o autor parece contradizer sua afirmação anterior quando demonstra que o ‘ilícito’ é lesão de uma pretensão e não de um direito subjetivo, pois, “el derecho subjetivo, como atribución o pertenencia de una pretensión, continúa subsistiendo íntegramente aun cuando la obligación correspondiente no fuese cumplida, más aún, por este hecho, su existencia alcanza la máxima relevancia”, *Filosofía del derecho*, ob. cit., nº 72, p. 235; e também quando afirma que: “El titular del derecho puede, si quiere, no desarrollar su pretensión, dejarla sin efecto al no intensificar la presión de su querer o hacer valer su autoridad sobre el sujeto pasivo”, *Filosofía del derecho*, ob. cit., nº 73, p. 239.

³⁸ *Logique et philosophie du droit subjectif*, ob. cit., p. 42.

³⁹ Também fazem a distinção entre direito subjetivo e pretensão RECASÉNS SICHES, quando afirma que “tres son, pues, los distintos tipos de situaciones que suelen designarse con el nombre de ‘derecho subjetivo’: (...); b) facultad de exigir una conducta de otro”, vale dizer, “Se trata, en este tipo de casos, de ser sujeto titular de una ‘pretensión’ de determinada conducta de otro, que puedo exigir impositivamente, poniendo en movimiento el mecanismo coercitivo del Derecho”, *Tratado general de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 233; e GARCÍA MÁYNEZ, quando diferencia direito subjetivo e o exercício do mesmo, afirmado que o primeiro “no es un hecho, sino una posibilidad cuya realización está ‘jurídicamente permitida’, lo cual significa que el facultado puede, si quiere, reclamar lo que se le adeuda”;

Quando se confunde direito subjetivo com pretensão ou ação material, na realidade se está confundindo a relação *intrasubjetiva*, que resulta do próprio direito subjetivo, com a relação *extrasubjetiva*, que resulta do exercício deste direito pela pretensão ou ação material.

Para ter mais clara a idéia de que o direito subjetivo é somente um estado jurídico, uma vantagem objetiva concedida pela ordem jurídica de que goza o titular do poder⁴⁰, não confundindo-a com a idéia de pretensão material, nem ação material, necessitamos responder a seguinte pergunta: Pode existir direito subjetivo sem que haja para o titular do poder a possibilidade de exigir a realização do seu direito? A esta pergunta devemos responder afirmativamente, e para isso daremos dois exemplos em que o titular do poder, não obstante ter direito subjetivo, não poderá exigí-lo, porque ainda lhe falta a pretensão material que ainda não tem.

a) Imaginemos que Demócrito no dia três de março empresta uma determinada quantidade de dinheiro a Heráclito, e que este se compromete juridicamente a restituí-la somente no

enquanto que no exercício do direito subjetivo, “la conducta desplegada por él es un ‘hecho’, pero un hecho que ostenta el signo positivo de la ‘licitud’, precisamente porque constituye el ejercicio de una facultad legal”, *Introducción al estudio del derecho*, ob. cit., cap. II, nº 9, p. 17. Em sentido contrário, ANGELOTTI, para quem: “la nozione del diritto subiettivo senza pretesa è doppiamente inesatta: sia perchè parte da una nozione del diritto subiettivo impropria, sia perchè sotto altro nome, riproduce lo stesso concetto del diritto potestativo”, *La pretesa giuridica*, Padova: Cedam, 1932, nº 72, p. 104.

⁴⁰ Nesta mesma linha, OVÍDIO B. DA SILVA, quando conceitua o direito subjetivo como o “‘status’ jurídico de que goza seu titular”, *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, nº 4.1, p. 75; e também PONTES DE MIRANDA, ao dizer: “é a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático”, *Tratado das Ações*, ob. cit., t. I, §4, p. 29 e 30. E acrescenta, corretamente, mais adiante que: “Todo direito subjetivo, como producto da incidência de regra jurídica, é ‘limitação’ à esfera jurídica de outro, ou de outros possíveis sujeitos de direito”, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §4, p. 38. De igual modo, GÓMEZ ORBANEJA, para quem “el derecho subjetivo, de una u otra clase, consiste en la atribución de una situación favorable a una determinada persona, mediante normas dirigidas a otra u otras personas”, *El ejercicio de los derechos*, Madrid: Cívitas, 1975, p. 35.

dia 3 de abril, que é quando receberá o dinheiro de seu salário. Do dia três de março até o dia três de abril: o que é que tem Demócrito? Será titular de um direito de crédito? Ou somente terá uma expectativa de direito? Creio que Demócrito tem um direito subjetivo de crédito e não uma expectativa de direito, porque ele e Heráclito fizeram todo o necessário para a constituição do direito, que agora não depende mais de sua vontade, uma vez que todo o suporte fático contido na norma já foi cumprido, sendo assim, os requisitos essenciais previstos abstratamente pelo ordenamento jurídico para que um possa ter uma vantagem e a partir dela seu titular *poder gozá-la, e não exigi-la*, foram satisfeitos. Portanto, o direito subjetivo existe, independentemente do exercício que possa ter o titular do poder, porque não existe nenhuma causa pendente para a formação de direito como uma categoria jurídica, tanto que seu titular pode ceder-lo sem ainda ter a possibilidade de exigi-lo. O vencimento não é um requisito essencial para que o direito subjetivo exista, é um requisito essencial para que o mesmo *possa ser exercido*, é um elemento externo na configuração do direito mesmo que pode nascer junto ou depois dele, mas não se confunde com ele, servindo somente para que possa existir a pretensão⁴¹. Assim se expressa o artigo 131 do Código Civil, que

⁴¹ Se orienta neste sentido ENNECCERUS, ao dizer: “Derechos no vencidos o a plazo, en particular los créditos no vencidos (a plazo). El derecho existe ya, pero su contenido no se dirige al señorío o al crédito inmediato, sino al señorío o al crédito en cuanto llegue el término del vencimiento. El acreedor tiene ya un derecho, el deudor ya está obligado, pero el contenido de la deuda no consiste en ‘pagar ahora’ sino en pagar ‘al llegar el vencimiento’”, *Tratado de derecho civil*, ob. cit., t. I, v. I, §75, p. 315; PONTES DE MIRANDA, para quem: “A pretensão pode surgir depois da existência do crédito; não depende da simultaneidade de nascimento; crédito não vencido é, exatamente, crédito a que ainda não nasceu pretensão; não se pode dizer, portanto, que a existência da pretensão nada tem com o vencimento”, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §18, p. 88 e OVÍDIO B. DA SILVA, *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, nº 4.1, p. 76.

Um problema muito conhecido é saber se o crédito existe ou não antes do vencimento. A resposta mesma reside exclusivamente no conceito de direito subjetivo, pois aqueles autores que sustentam que o crédito não existe antes do vencimento, tendem a conceituar o direito subjetivo mesclando-o com os conceitos de pretensão

estabelece: “*O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito*”⁴², e o art. 189 do mesmo diploma, quando diz: “*Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a qua alude os arts. 205 e 206*”. Sendo assim, segundo este preceito, a obrigação já existe porque foram satisfeitos todos os pressupostos contidos na norma, é válida porque foram feitas por pessoas capazes, sendo o objeto lícito e a forma prescrita em lei⁴³, faltando somente a exigibilidade que se produzirá quando o dia do venci-

e/ou de ação de direito material. Incurrem em tal equívoco VON THUR, ao dizer: “Existe un derecho subjetivo cuando es decisiva la voluntad de un individuo para producir cierto efecto jurídico”, (grifamos), *Derecho civil*, ob. cit., §6, p. 137. Acrescenta o autor, à concepção tradicional de *poder da vontade*, o elemento ‘*produzir certo efeito jurídico*’, que é a possibilidade que o titular da vontade tem de exercer este poder conferido pelo ordenamento jurídico (pretensão). Logicamente, para ele, haverá expectativa de direito e não direito subjetivo nos “*negócios a prazo ou sob condição*”, *Derecho civil*, ob. cit., §9, p. 188, já que faltando a pretensão não poderá haver direito subjetivo. Também incorre nesta confusão conceitual THON, pois para ele, “Il diritto soggettivo viene fondato per mezzo della promessa di eventuali pretese; esso consiste nella prospettiva delle stesse. O più esattamente, esso (diritto) sorge, per il (soggetto) tutelato dalle norme, dalla disposizione del diritto obbiettivo, secondo la quale, nel caso di trasgressione delle norme stesse, viene assicurato ad esso (soggetto) un mezzo, la pretesa, allo scopo di realizzare ciò ch’era stato comandato o di rimuovere ciò ch’era stato vietato”, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, ob. cit., p. 206 e 207. A confusão entre direito subjetivo, pretensão e ação de direito material é muito clara neste autor, tanto que OVÍDIO B. DA SILVA, quando trata do tema, reproduz uma acertada crítica, realizada por PONTES DE MIRANDA, segundo a qual: “O direito subjetivo não é só o que é dotado de pretensão, a que algo se ponha de lado, ou exclua, ou se desfaça a contrariedade a direito, tal como o definia A. Thon (Rechtnorm und subjektives Recht, 218, 223, 282 et seq.), porque isso é secundário, como o seria, e ainda mais, o defini-lo pela ação. Também o é, e primariamente o é, o existir e o se exercer todo o poder que se contém no direito e o realizar (grifado por nós). Sem esse elemento a mais, o direito subjetivo confundir-se-ia com a pretensão, ou com a ação, ou com as duas. (Tratado de direito Privado, t. V, §565, 6)”, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, ob. cit., p. 143.

⁴² No direito espanhol, o art. 1.125.1º do Código Civil, estabelece que: “*Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue*” (grifamos).

⁴³ A validade dos atos jurídicos está prevista no art. 104 do Código Civil, que diz: “*A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.*”

mento chegar. E para corroborar estes argumentos, o artigo 882 do Código Civil, diz que: “*Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicial inexigível*”, e porque não se poderá repetir?, porque ainda que a pessoa não tenha o dever de pagar, a dívida existe e é válida e se por um ato voluntário do devedor a mesma for satisfeita, a obrigação está resolvida, não podendo repeti-la⁴⁴.

b) Imaginemos que Demócrito no dia três de março empresta uma determinada quantidade de dinheiro a Heráclito, e este se compromete juridicamente a devolvê-lo somente no dia 03 de abril, que é quando receberá dinheiro de seu salário. É certo que a partir do dia 3 de abril, nascerá para Demócrito a pretensão, e que a partir de então poderá exigir a soma de dinheiro emprestada a Heráclito, porém se deixar de exigir o crédito durante dez anos, prescreverá o direito de exigir o pagamento, segundo estabelece o artigo 205 do Código Civil⁴⁵. E estando prescrita para Demócrito a *faculdade de exigir* o pagamento, ele ainda terá direito subjetivo? Cremos sinceramente que sim⁴⁶, pois a perda da *faculdade de exigir* se refere à pretensão material, como bem esclarece o art. 189 do Código Civil, anteriormente citado, e conseqüentemente, também à perda da ação material⁴⁷ (que são momentos posteriores na vida do

⁴⁴ Para PONTES DE MIRANDA, nesta situação: “Pagou, solveu; porque devia. O que êle entregou, ‘animo solvendi’, entregue está, e não se há de pensar em negócio jurídico gratuito”, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §20, p. 96. No direito espanhol, o art. 1.126.1º do código civil, indica que: “*Lo que anticipadamente se hubiese pagado en las obligaciones a plazo, no se podrá repetir*”.

⁴⁵ No direito espanhol o prazo de prescrição para as ações pessoais é de 15 anos, segundo art. 1.964 do Código Civil.

⁴⁶ Se orienta neste sentido PONTES DE MIRANDA, ao dizer: “Deve-se, mesmo quando a dívida não é exigível, ou ainda não é exigível, ou *não é mais exigível*”, (grifamos) *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §6, p. 54 e OVÍDIO B. DA SILVA, *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, nº 4.1, p. 76.

⁴⁷ Assim PONTES DE MIRANDA, quando afirma: “direito não prescreve; prescreve a pretensão ou a ação”, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §7, p. 57. Em sentido contrário SANTI ROMANO, ao dizer: “La prescripción determina la extinción de un derecho; la decadencia, no la extinción de un poder, sino la imposibilidad de ejercitarlo en un caso singular, pese a que dicho poder continúe en vida para todos

direito subjetivo), e não ao direito subjetivo, porque quando ocorre a perda do direito subjetivo estamos diante da decadência e não da prescrição, sendo assim, prescrição e decadência são coisas distintas, que não devem ser confundidas⁴⁸. Além disso, Demócrito também terá direito subjetivo, porque ainda que este se encontre desprovido de pretensão material, ele *pode pedir* o cumprimento a Heráclito, não lhe *pode exigir* e nem lhe *pode acioná-lo*. Aqui não podemos confundir *pedir* com *exigir* e *acionar*⁴⁹. E como foi dito anteriormente, se Heráclito voluntariamente paga, ele não pode voltar a ter o dinheiro pago, porque a dívida ainda existe e segue sendo válida.

Também se pode acrescentar que o direito subjetivo não implica necessariamente na idéia de que o exercício deste poder seja realizado diretamente através da pretensão, pois em algumas hipótese, o exercício deste poder pode ser realizado diretamente através da ação material, como ocorre, *v. g.*, nos direitos potestativos⁵⁰.

Desde esta perspectiva puramente dogmática, se pode dizer que o direito subjetivo é, sem dúvida, uma técnica que o legislador utiliza para tornar efetivo o enunciado contido em

los demás casos en que se presente”, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, ob. cit., p. 124.

⁴⁸ O próprio Código Civil distingue prescrição de decadência, tratando da primeira nos arts. 189 ao 206 e da segunda nos arts. 207 a 211. De uma maneira muito esclarecedora quanto a distinção entre prescrição e decadência é a sentença do Tribunal Supremo Espanhol (STS), de 9 de fevereiro de 1988, ao dizer: “*La Sala en sus Sentencias de 21 de abril de 1986 (RJ 1986/2213), y 22 de enero de 1977 (RJ 1977/109) ha señalado que la caducidad, como medida excepcional del ordenamiento que, para proteger el interés derivado de la pronta estabilidad y certidumbre de situaciones jurídicas pendientes de modificación, impone la decadencia de determinados derechos o facultades por el mero transcurso del tiempo*” (grifamos); em igual sentido a STS de 21 de noviembre de 1988, f.j. 2º (RJ 1988/8838).

⁴⁹ Em termos similares, PONTES DE MIRANDA, quando nos diz que não se pode confundir: “*exigir e acionar com ‘pedir’: se há crédito, sem pretensão e sem ação, o credor pode pedir, porém não exigir ou acionar o devedor*”, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §18, p. 86.

⁵⁰ Neste particular, consultar o que escrevi em *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, Barcelona: Bosch, 2004, nº 4.2.2.3, p. 61 e 62.

uma norma jurídica⁵¹, sendo assim, denota a função do ordenamento jurídico que em outra oportunidade denominei psicológica⁵². Por isso, PONTES DE MIRANDA, corretamente o define como: “a *vantagem* que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático”⁵³. (o sublinhado é nosso). Como veremos posteriormente, na fase anterior ao processo não existe propriamente *direito subjetivo mediato*, mas somente *direito subjetivo imediato*. O direito subjetivo ‘mediato’, como costuma ser concebido pelos autores, não é mais que uma *vantagem objetiva*⁵⁴: é uma *vantagem* porque o ordenamento jurídico, através de sua função principal de hierarquizar os interesses em sociedade, favorece o interesse de uma pessoa em detrimento de outra⁵⁵; e é *objetiva* porque está prevista no próprio ordenamento jurídico⁵⁶. Esta *vantagem*

⁵¹ Assim, OVÍDIO B. DA SILVA, *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, nº 4.1, p. 74. Para aprofundar melhor o estudo da doutrina da norma jurídica, vid. por todos, KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p. 242 e ss.

⁵² Para entender melhor o que quero dizer por função psicológica do ordenamento jurídico, ver o que escrevi em *Esboço de uma teoria processual do direito*. In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela, ob. cit., p. 17 a 34.

⁵³ *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §4, p., 29 e 30.

⁵⁴ Em termos similares, FAZZALARI, quando conceitua direito subjetivo como: “un ‘posterius’ rispetto alle posizioni semplici, un punto di riferimento, che la norma positiva fissa contemplando l’aggregato di quelle posizioni dalla parte del soggetto che, per loro mezzo, è posto in preminenza rispetto al ‘bene’ (cioè rispetto all’oggetto di quelle posizioni)”, o como: “la posizione di preminenza (individuata dalla norma positiva e che l’interprete dalla norma astrae) rispetto ad un ‘bene’ (nell’accezione tecnica di ‘oggetto’ del comportamento valutato); posizione realizzata mediante le facoltà del titolare e/o i doveri degli altri”, *Note in tema di diritto e processo*, Milano: Guiffirè, 1957, cap. II, nº12, p. 86 e 87.

⁵⁵ Analogamente RAMOS MÉNDEZ, quando afirma que: “En todos estos casos, tener derecho, significa también por sí mismo tener una posición de hecho ventajosa, que es legítimo aprovechar al máximo”, *El sistema procesal español*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 91.

⁵⁶ Esta previsão não implica necessariamente na existência de uma norma jurídica que conceda a vantagem, senão especialmente em que não esteja proibida pelo ordenamento jurídico, vale dizer, a vantagem não necessariamente deve estar prevista em uma regra jurídica mas sim no ordenamento jurídico, composto por regras e princípios que podem ser explícitos ou implícitos. A previsão a que estamos nos

objetiva, ou como prefere LOIS ESTEVÉZ, uma “proteção formal provisória”⁵⁷, para que seja um ‘*dereito subjetivo*’, adquirindo o verdadeiro status de proteção definitiva, no sentido estritamente técnico da palavra, necessita ser confirmada por uma sentença⁵⁸, posto que, como assinala IHERING:

referindo deve ser entendida em um sentido amplo, como uma *não proibição*, pois resulta de aplicação do princípio de direito privado segundo o qual ‘*o que não está proibido está permitido*’. Por isso, é possível fundamentar uma demanda independentemente da existência de uma vantagem concedida por uma regra jurídica, pois basta com que o ordenamento jurídico não proíba tal vantagem para que o interessado possa sustentá-la dentro do próprio ordenamento através dos diversos princípios existentes, que podem não estar ‘positivados’ em uma norma jurídica em concreto. Ésta é a razão pela qual a jurisprudência se desenvolve fora dos estreitos limites impostos pelas regras jurídicas.

⁵⁷ *La teoría del objeto del proceso*. In: Anuario de Derecho Civil, 1949, t. II, fasc. I, p. 625. Na terminologia de JAUERNIG, um direito subjetivo é um “mero poder de acción (Klagebefugnis)”, *apud* PEDRAZ PENALVA, *El objeto del proceso civil*. In: El objeto del proceso civil. Cuadernos de Derecho judicial. Madrid: CGPJ, 1996, p. 34.

⁵⁸ Se orienta neste sentido, KELSEN, ao afirmar que: “En este sentido, el acreedor tiene un derecho en relación con el deudor si la ley confiere al acreedor el poder jurídico de iniciar, por una acción, el procedimiento judicial que finalmente conduzca a una resolución judicial, es decir, a una norma individual por medio de la cual se ordene una ejecución civil sobre la propiedad del deudor que no pagó su deuda. Entonces, y sólo entonces, ‘A’ tiene el derecho en el sentido estrictamente técnico de la palabra. El conferir este poder jurídico a un individuo significa que se le está autorizando a participar en la creación del derecho. Este poder jurídico es del mismo tipo que el poder jurídico conferido por la Constitución a un individuo o grupo de individuos para crear normas jurídicas generales, como es el caso del Poder Legislativo”, *Introducción a la teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 24; FRANK, que de forma brilhante descreve esta realidade, afirma que: “La única consistencia de los derechos subjetivos de A contra B ha de fundarse en la posibilidad de que A conzenga al Tribunal de que dicte una sentencia a su favor en la contienda contra B. Sólo puede afirmarse que A tiene un derecho subjetivo si obtiene sentencia favorable. En caso contrario, es ocioso hablar de derecho subjetivo que pudiera tener. Sólo en el mundo de la letra impresa y no en la auténtica realidad donde los intereses acucian a los hombres puede hablarse de derechos subjetivos en otro sentido”, *apud* PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona: Bosch, s. d., p. 56; SATTA, para quem: “Ma ‘in rerum natura’ non esistono diritti soggettivi, esistono interessi, che sorgono da determinati fatti, e che, in quanto la legge li riconosca e li garantisca, noi chiamamo diritti”, *Diritto processuale civile*, Padova: Cedam, 1987, 10ª ed., nº 73, p. 131; ALLORIO, quando assevera que temos que falar das “concepciones del derecho subjetivo que no tienen nada de jurídico y (me

“El derecho existe para realizarse. La realización es la vida del derecho, y la verdad del derecho es el derecho en sí mismo. Lo que no sucede nunca en realidad, lo que no existe más que en las leyes y sobre el papel, es sólo un fantasma de derecho, meras palabras y nada más”⁵⁹.

atrevería a decir) no aspiran tampoco a ser concepciones jurídicas. (...) El derecho subjetivo se entiende a menudo, fuera de la técnica del derecho propiamente considerada, como bandera del individualismo jurídico, concepto, por tanto político más que jurídico”, *El ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1958, nº 18, p. 106; REDENTI, quando afirma que “en la vida práctica ni aun siquiera los derechos subjetivos sustanciales primarios (como la propiedad u otros derechos sobre la cosa, los derechos de crédito, etc.), están asistidos de una certeza legal. (...) Así, para poner un ejemplo, la certeza de que existe un crédito, sólo se tendrá extrajudicialmente (...) cuando pague el deudor”, *Derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ejea, 1957, t. I, p. 51; e LOIS ESTÉVEZ, quando escreve: “Es por esto que resulta contradictorio referirse al derecho subjetivo con anterioridad a la resolución judicial. El sistema jurídico positivo es uno solo y por ello no puede suponerse edificado sobre el contradictorio que supondría que hubiera un derecho antes y otro después del proceso. El Derecho positivo es un todo y en el todo no cabe la contradicción. Sería la más garrafal de las imprevisiones dejar subsistente este dualismo tan peligroso como fundamental. Lo que pasa es que el sistema yuspositivo condiciona toda atribución discutida a lo que diga el juez que dice la norma, esto es, a la decisión jurisdiccional, de última instancia, naturalmente”, *Proceso y forma*, Santiago de Compostela: Porto, cap. II, p. 55. Com um ponto de vista bastante original, EUGENIO BULYGIN, que afirma: “Il più corrente dei procedimenti che i giudici usano per creare norme nuove è il ragionamento analogico. (...) La creazione giudiziaria di norme generali per analogia è una creazione che parte da altre norme e sotto questo aspetto differisce sostanzialmente dalla creazione legislativa”, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*. In: Rev. Int. Fil. Dir., 1967, p. 171 e 172. Também merece ser destacada as originais conclusões de ASIS ROIG sobre a força normativa (criação judicial do direito) dos 'enunciados judiciais' desde a perspectiva do ordenamento: os enunciados normativos individuais (a sentença) e os enunciados normativos gerais (fundamentos jurídicos ou *ratio decidendi*), *Jueces y normas (La decisión judicial desde el ordenamiento)*, Madrid: Marcial Pons, 1995; entre otros. E por último, cabe citar a obra de RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, ob.cit., principalmente nº35 e 40, que concede excelentes argumentos a teoria monista do ordenamento jurídico.

⁵⁹ *El espíritu del derecho romano*, ob. cit., t. III, §43, p. 533. No mesmo sentido, CASTANHEIRA NEVES, ao dizer que “o direito não pode bastar-se com uma validade simplesmente normativa, exige simultâneamente uma ‘validade fáctica’ – pelo que à sua função imediatamente prescritiva, enquanto princípio de acção, acres-

Com outras palavras, se o direito existe para realizar-se, com anterioridade à sentença não pode existir ‘*direito subjetivo mediato*’, porque antes dela sua realidade é questionável⁶⁰ e sua realização depende exclusivamente da vontade das pessoas, é uma regra social de conduta⁶¹ (‘*Verhaltensrecht*’), já que o Estado somente pode *obrigá-las* a realizar o direito⁶² através de uma sentença, ou seja, com a sentença existe a concreção de uma sanção abstrata através da coação⁶³ que pode ser *atual* ou

ce na verdade a função sancionatória, enquanto critério de sanção”, *Curso de introdução ao estudo do direito*, Coimbra: Coimbra, 1976, p. 22.

⁶⁰ De igual modo RAMOS MÉNDEZ, que afirma: “No es posible, por definición, objetivar <derechos> que están, por así decirlo, cuestionados o que incluso se ignora si son tales”, *El sistema procesal español*, ob. cit., p. 299.

⁶¹ Segundo destaca KAUFMANN, estas regras sociais de conduta “constituyen una forma preliminar de moral y derecho” e podem ser entendidas, como “un acuerdo tácito de comportarse de tal forma como si tras la exteriorización de la observancia de la regla se encontrara la respectiva interiorización; tras la apariencia, el ser; tras el saludo, el aprecio. Empero, precisamente a través del medio de la ficción, de la ‘mentira convencional’, obtiene la regla social la doble fuerza del modo de obligar externo e interno, es más poderosa que la moral y a veces también, que el derecho”, *Filosofía del derecho*. Trad. Luis Villar Borda e Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, cap. 14, nº IV, p. 397.

⁶² De igual modo, SANTO TOMÁS, ao dizer que: “esta fuerza coactiva la tiene únicamente la comunidad o la persona pública a la que pertenece infligir penas”, *Suma teológica*. Trad. Fr. Teofilo Urdanoz. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, MCMLIV, t. VI, p. 41 (numeração no original: Iª, IIª, q. 90, artículo 3, *ad 2m*); especialmente para o direito de castigar, ver *Suma teológica*, ob. cit., t. VI, p. 76 (Iª, IIª, q. 92, artículo 2, *ad 3m*).

⁶³ Sobre o estudo das sanções e suas consequências no Estado Democrático de Direito, consultar o que escrevi em *Contribuição ao estudo das sanções desde a perspectiva do Estado Democrático de Direito*. In: Da Tutela Jurisdicional às formas de Tutela, ob. cit., 47 a 59.

Não podemos confundir *sanção* com *coação*. Em primeiro lugar porque são termos etimologicamente diferentes, com significados diferentes, pois, enquanto a sanção, segundo CASTANHEIRA NEVES, vem do latim, “‘*sancio*’, de ‘*sanciere*’, implica consagrar, tornar ‘*sanctum*’, confirmar algo no seu valor autêntico”, *Curso de introdução ao estudo do direito*, ob. cit., p. 18, a coação segundo CARNELUTTI, vem do latim “‘*cogere*’ essendo un composto di ‘*com*’ e ‘*agere*’, a proposito di che si ricordí che ‘*com*’, forma arcaica di ‘*cum*’, è la radice di ‘*contra*’, onde ‘*cogere*’ vale anche ‘*contra agere*’”, *Teoria generale del diritto*, ob. cit., nº 13, p. 31.

Em segundo lugar, porque, de acordo com DABIN, “toda regla de conducta va acompañada de sanción, sin que esta sanción tenga, sin embargo, el carácter de la

coacción inherente al derecho”, *Teoría general del derecho*. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado 1955, nº 27, p. 48 (no mesmo sentido, LOPEZ DE OÑATE, *Compendio di filosofia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1955, §42, p. 183). Neste ponto devo advertir que toda regra de conduta tem suas sanções: as regras morais, as regras de conveniências sociais, assim como também as regras jurídicas (no mesmo sentido, BOBBIO, *Teoría general del derecho*. Trad. Eduardo Roza Acuña. Madrid: Debate, 1996, nº 40, p. 120 e ss; DABIN, *Teoría general del derecho*, ob. cit., nº 27, p. 48; e LOPEZ DE OÑATE, *Compendio di filosofia del diritto*, ob. cit., §42, p. 182 e 183). Contudo, só estas últimas têm o caráter distintivo da coação que é inerente as sentenças judiciais, ao mesmo tempo em que é indispensável para a adequada compreensão do direito, já que o direito, de acordo com DEL VECCHIO, “es esencialmente ‘coercible’”, *Filosofía del derecho*. Trad. Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch, 1969, p. 356; em consequência, toda sentença (creadora de direito que é) será *atual* ou *potencialmente* coercitível, como depois veremos. Por isso, podemos dizer que a sanção não é um conceito exclusivamente jurídico (vid. também os argumentos contidos em meu escrito *Esboço de uma teoria processual do direito*. In. Da Tutela Jurisdicional às formas de Tutela, ob. cit., nota 60, principalmente a postura de Allorio), enquanto que a coerção além de ser um conceito jurídico é também um elemento indispensável para a criação dos direitos subjetivos mediatos.

Em terceiro lugar, porque a sanção é abstrata e genérica, conseqüentemente não se caracteriza como uma ação direta contra uma pessoa, além de necessitar fundamentalmente da cooperação espontânea dos obrigados para realizá-la (vid. *infra* nota 69), enquanto que a coação exige uma *constricção externa* através de *meios externos*, porque, segundo ARISTÓTELES, “lo forzoso es aquello cuyo principio es externo, sin que el hombre forzado intervenga en nada”, *Ética Nicomáquea*. Trad. Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 2000, L. III, nº 1110b-15, p. 74. Daí concluir acertadamente CASTANHEIRA NEVES, que a coação “exprime juridicamente o uso da força”, *Curso de introdução ao estudo do direito*, ob. cit., p. 30 e ss, e se caracteriza, nas palavras de CARNELUTTI, por ser “un’azione diretta contro una persona, cioè in opposizione a ciò che essa farebbe per sè. (...) è un ‘agere contra’”, *Teoria generale del diritto*, ob. cit., nº 13, p. 31. Para MIGUEL REALE, a coação é “a sanção concreta”, ou seja, é “a sanção enquanto se concretiza pelo recurso à força que lhe empresta um órgão, nos limites e de conformidade com os fins do Direito”, *Filosofia do direito*, São Paulo: Saraiva, 1969, v. II, nº 239, p. 591, ou, como indica DABIN, “la ejecución material del precepto violado”, *Teoría general del derecho*, ob. cit., nº 27, p. 49. No mesmo sentido, GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, ob. cit., cap. XXI, nº155, p. 298; e MANDRIOLI, *L’azione esecutiva*, ob. cit., nº 27, p. 181. De acordo com MIGUEL REALE, é correto afirmar que a “idéia mesma de ‘coação’, no âmbito jurídico, implica no encontro necessário de dois elementos: uma ‘pressão’ de ordem física ou psíquica manifestada segundo uma ‘forma ou estrutura’”, *Filosofia do direito*, ob. cit., v. II, nº 239, p. 592. Por isso, só a sentença traz em si a coação, porque contém principalmente, além da ‘forma ou estrutura’ necessária, a possibilidade de exercer *efetivamente* uma pressão de ordem física ou psíquica sobre o querer volitivo do obrigado, enquanto que a lei, por seu

caráter geral, se contenta unicamente com a sanção. É a sentença, através da coação, que da vida, que proporciona realidade à inanimada sanção. Estas distinções são importantes inclusive para o processo, pois, de acordo com CHIARLONI, “le misure coercitive o di esecuzione indiretta possono venir classificate secondo un criterio che tenga conto dei diversi modi in cui opera la sanzione”, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano: Giuffrè, 1980, p. 17.

É oportuno ressaltar, para evitar confusões, que a coação é a força legitimada, disciplinada e aplicada única e exclusivamente pelo detentor do monopólio da jurisdição que é o Estado, pelo que não se deve confundir com a força ‘bruta’ que além de ser ilegítima, por encontrar-se desautorizada pela sociedade organizada, pode ser aplicada por particulares. Com razão KELSEN, ao dizer que: “La fuerza y el derecho no se excluyen mutuamente. El derecho es una organización de la fuerza”, *La paz por medio del derecho*. Trad. Luis Echávarri. Buenos Aires: Losada, 1946, p. 33.

Sobre este particular, é conveniente destacar que para mim não pode existir sanção jurídica sem coação, o que existe é sanção jurídica com coação potencial ou com coação atual (vid. *infra*, nota 64), contudo, se a sanção não permite nenhum tipo de coação não poderá levar o nome de sanção jurídica, e portanto não existirá direito (como o concebemos), como ocorre, *e. g.*, nas obrigações naturais. Assim mesmo CESARINI-SFORZA entende que não pode existir sanção jurídica sem coação, pois “la sanción asume siempre forma coactiva porque sólo se realiza ‘constrinendo’ al sujeto, respecto del cual se ejerce, a seguir un comportamiento dado, positivo o negativo”, *Filosofía del derecho*, ob. cit., nº 73, p. 238. No mesmo sentido, entendendo que as obrigações naturais não são direitos, DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, ob. cit., p. 364; DABIN, que afirma: “una ‘Schuld’ (debitum) sin ‘Halftung’ (obligatio) no constituye un lazo jurídico”, *Teoría general del derecho*, ob. cit., nº 31, p. 53, nota 86; e KELSEN e COSSIO, quando dizem: “En las condiciones determinadas de acuerdo a la primera constitución, deben ejecutarse actos de coerción en conformidad a dicha constitución, entonces una ‘obligatio naturalis’ no es una obligación jurídica. Solamente es la significación subjetiva de un acto al cual no se podría prestar ninguna significación jurídica objetiva”, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*. Trad. Carlos Cossio. Buenos Aires: Guillermo Kraft Ltda, 1952, cap. III, nº 5, p. 66; e também na *Teoría pura del derecho*, cap. IV, nº 1, p. 80. Em sentido contrário, e com um ponto de vista contraditório, GARCÍA MÁYNEZ, quando afirma que a obrigação natural não pode ser exigida, porém o titular do direito “tiene únicamente el derecho a determinada prestación”, *Introducción al estudio del derecho*, ob. cit., cap. XIII, nº 105, p. 195. Nos casos das nulidades, das dissoluções de vínculos ou pessoas jurídicas, que a doutrina afirma existir sanção sem coação, na realidade existe sanção com coação potencial, na medida em que o comando contido na sentença exerce uma pressão psicológica sobre a vontade do obrigado (vid. *infra*, nota 64). Para aprofundar melhor no estudo das chamadas ‘sanções sem coação’, vid. por todos, HART, *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. México: Editora Nacional, 1980, cap. III, p. 33 e ss; e CASTANHEIRA NEVES, *Curso de introdução ao estudo do direito*, ob. cit., p. 25 e ss, principalmente p. 30 e ss.

A relação existente entre coação e sanção assume uma fisionomia própria na teoria

*potencial*⁶⁴, e além de garantir a existência do direito, despreza

de PEKELIS, uma vez que o autor utiliza o termo “‘*coazione*’ solo in senso proprio; nel senso di un’azione che modifica forzatamente uno stato di fatto. In quanto alle azioni che agendo sulla psiche umana la possono indurre mediante un calcolo di convenienza a determinati atti, le indicheremo col termine ‘*sanzione*’”, *Il diritto come volontà costante*, Padova: Cedam, 1930, p. 109 e 110. Então para o autor, “l’‘azione’ dunque vista come causa (naturale) è ‘coazione’; vista come motivo (psicológico) è sanzione”, *Il diritto come volontà costante*, ob. cit., p. 111.

⁶⁴ A coação pode ser *atual (exercida)* ou *potencial (virtual)*. Existirá coação atual ou exercida quando a sentença produza uma pressão física direta sobre a vontade do obrigado de maneira concreta e real, modificando, segundo PEKELIS, “forzatamente uno stato di fatto”, *Il diritto come volontà costante*, ob. cit., p. 109, como por exemplo, as sentenças dos interditos de manutenção ou de reintegração da posse. Ao contrário, existirá coação potencial ou virtual quando a sentença exerça uma pressão psíquica sobre a vontade do obrigado de forma condicional, o seja, é “la ‘posibilidad jurídica de la coacción’ en potencia, no en acto”, nas palavras de DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, ob. cit., p. 359, e ocorre, e. g., nas verdadeiras sentenças condenatórias no civil (sobre esta classe de sentença consultar o que escrevi em *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, ob. cit. nº 9.5.3.1.3, p. 182 a 186). De igual modo W. GOLDSCHMIDT, quando afirma que nas sentenças judiciais, a diferença das arbitrais, “no sólo disponen de coacción psíquica, sino también, y directamente, de coacción física”, *Guerra, duelo y proceso*. In: *Revista de Estudios Políticos.*, v. XXXIV, nº 54, p. 93. Por isso, afirma corretamente HENKEL: “Como la forma de actuación del Derecho no consiste en aplicar continuamente la coerción actual, el momento coercitivo que se pone en relación con el Derecho ha de ser entendido, por regla general, como coerción potencial; y ésta, a su vez, no como coerción fácticamente posible, sino como ‘coerción jurídicamente posible’”, *Introducción a la filosofía del derecho*. Trad. Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus, 1968., §12, p. 163. O direito esta íntimamente ligado à coação, seja física ou psíquica, posto que, segundo LOPEZ DE OÑATE, “il diritto non solo si serve della forza per farsi rispettare, ma organizza e prevede tale uso della forza”, *Compendio di filosofia del diritto*, ob. cit., §42, p. 181. No mesmo sentido, admitindo como característica do ordenamento jurídico tanto a coação atual como a coação potencial, KANT, quando afirma: “sólo puede llamarse derecho ‘estricto’ (restringido) al derecho completamente externo. (...) que se apoya por tanto en el principio de la posibilidad de una coacción exterior, que puede coexistir con la libertad de cada uno según leyes universales”, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 41 (na edição do original alemão [VI, 232]); CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, ob. cit., nº 13, p. 32 e 33; DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, ob. cit., p. 359; MIGUEL REALE, porém, afirmando que o direito é “‘lógicamente coercível’, por haver possibilidade ou compatibilidade de execução forçada, e não ‘jurídicamente coercível’ como se expressa Del Vecchio”, *Filosofía do direito*, ob. cit., v. II, nº 241, p. 600; HART, quando afirma: “dondequiera haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene

que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia”, *El concepto de derecho*, ob. cit., cap. II, p. 32; LOPEZ DE OÑATE, ao dizer: “essa non vuol dire che il diritto si attua ‘sempre’ per mezzo della coazione, ma semplicemente che è insita al diritto la possibilità di coazione, ossia che il diritto è coercibile”, *Compendio di filosofia del diritto*, ob. cit., §42, p. 185; CASTANHEIRA NEVES, que adota as posições dos autores anteriores quando a norma jurídica não exige uma sanção concreta, *Curso de introdução ao estudo do direito*, ob. cit., p. 22, nota 22; BONSIGNORI, quando afirma que na execução forçosa “la coercione non significa esclusivamente impiego di forza materiale, ma attività di organi giurisdizionali contro un privato obbligato, per procacciare al credor un bene a lui dovuto”, *Esecuzione forzata in genere*. In: *Estrattodal Digesto*, Torino: Utet, 1992, v. VII, p. 8; e, em certo sentido, BOBBIO, que caracteriza o ordenamento jurídico tanto pela existência de sanções negativas como pela existência das sanções positivas, *Contribución a la teoría del derecho*, Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valência: Fernando Torres, 1980, p. 383 e ss.

Em sentido contrário, admitindo como característica do ordenamento jurídico só a coação atual, KELSEN, quando afirma: “En este sentido, el término coerción no debe confundirse con la coerción en el sentido psicológico de la palabra, es decir, con el hecho de que la idea que los hombres tienen del Derecho es un motivo suficiente o efectivo para obligarlos a comportarse de acuerdo con la ley. En lo que se refiere a esta coerción, el Derecho no difiere de otros órdenes sociales. El orden moral también puede y, en verdad, ejerce coerción en el sentido psicológico de la palabra sobre aquellos cuyo comportamiento regula”, *Introducción a la teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 22; e também em *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*, ob. cit., cap. III, nº 3, p. 62; PEKELIS, ao dizer que, “solo quella detta ‘fisica’ è veramente coazione; ne occorre aggiungervi alcun aggettivo. L’altra, la ‘coazione’ psichica non è veramente coazione: l’aggettivo ‘psichico’ basta per dimostrarlo”, por isso o autor utiliza a palavra “‘coazione’ solo in un senso proprio; nel senso di un’azione che modifica forzatamente uno stato di fatto. In quanto alle azioni che agendo sulla psiche umana la possono indurre mediante un calcolo di convenienza a determinati atti, le indicheremo col termine ‘sanzione’”, *Il diritto come volontà costante*, ob. cit., §20, p. 109 e 110; e DABIN, para quem “o la regla está sancionada por la coacción, o no lo está. ‘Tertium non datur’. Sólo la coerción efectiva da la respuesta. La <tendencia a la coerción> deja la regla sin coacción, y desde ese momento, y frente a la regla sancionada por la coacción, no es más que una regla de otra especie o, al menos, una regla jurídica imperfecta”, *Teoría general del derecho*, ob. cit., nº 32, p. 54. Para o autor, a justificação de tal solução é evidente: “se busca defender, de este modo, el concepto de un derecho ‘natural’ diferente de la regla moral, que se caracterizaría por la simple exigibilidad, independientemente de la intervención de la regla positiva”, *Teoría general del derecho*, ob. cit., nº 32, p. 54.

Também em sentido contrário, porém admitindo como característica do ordenamento jurídico só a coação, por nós, denominada ‘potencial’, DUGUIT, quando afirma: “Or il n’y a pas de puissance au monde qui puisse contraindre directement une volonté à vouloir ou à ne pas vouloir une certaine chose. Donc, en réalité, il n’y a

a vontade de obrigação que já não tem importância para a realização do direito⁶⁵, porque, de acordo com MIGUEL REALE:

“Há ‘coação’ quando a conduta de alguém não resulta espontaneamente de uma escolha decorrente do valor intrínseco do objeto escolhido, mas é ditada pelo cotejo de dois objetos, ambos só suscetíveis de ‘serem queridos’ no âmbito de uma alternativa irremediável, posta por outrem”⁶⁶.

Em conseqüência, toda sentença é intrínseca e objetivamente coercitiva⁶⁷⁻⁶⁸, porque além de concretizar a existência

jamais de force contraignante susceptible d’assurer directement l’application de la loi”, *Traité de droit constitutionnel*, Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1927, t. II, §19, p. 205.

⁶⁵ De igual modo SATTA, para quem “un diritto cioè in tanto è tale, in quanto può farsi rispettare anche se l’obligato non vuole. Nella normalità della vita il diritto è volontariamente rispettato: ma ciò che lo rende diritto è la possibilità che gli è intrinseca di superare questa volontà”, *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, ob. cit., p. 22, salvo naquelas situações excepcionais onde a vontade do obrigado, é o elemento central para a realização do direito, como ocorre, por exemplo, nas obrigações de fazer não fungíveis.

⁶⁶ *Filosofia do direito*, ob. cit., v. II, nº 239, p. 593.

⁶⁷ A este respeito, merece aprovação o exposto por IHERING, quando diz: “La coacción ejercida por el Estado constituye el criterio absoluto del derecho; una regla de derecho desprovista de coacción jurídica es un contrasentido; es un fuego que no quema, una antorcha que no alumbrá. Poco importa que esta coacción sea ejercida por el juez (civil o criminal) o por la autoridad administrativa”, *El fin en el derecho*, Buenos Aires: Heliasta, 1978, v. I, nº 145, p. 159 e 160. O autor, de maneira correta, se refere à coação e não à sanção, porque, como afirmamos *supra*, nota 63, a sanção não é um conceito exclusivamente jurídico, enquanto que a coação além de ser um conceito jurídico é também um elemento indispensável para a criação dos direitos subjetivos mediatos. De igual modo, KELSEN, para quem: “El orden estatal se diferencia, ante todo, de los demás órdenes sociales, en que es ‘coactivo’”, *Compendio esquemático de una teoría general del estado*, ob. cit., nº 11, p. 40, vale dizer, “el derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción”, *Teoría pura del derecho*, ob. cit., cap. III, nº 3, letra ‘c’, p. 74. A mesma idéia está reproduzida em seu livro *Introducción a la teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 21; e *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*, ob. cit., cap. III, nº 1, p. 59 e 60. Para KELSEN, “la característica esencial del derecho como un orden coercitivo consiste en establecer un monopolio de la fuerza común”, *La paz por medio del derecho*, ob. cit., p. 28. Então que, para ele, “el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener”, *Teoría*

do direito às partes, se impõe à vontade das mesmas, pois traz em si a alternativa de uma escolha, com a exclusão de outras escolhas possíveis, principalmente, por parte do obrigado, conseqüentemente o querer volitivo do obrigado para a realização do direito subjetivo mediato é um elemento secundário⁶⁹. Se

pura del derecho, cap. III, nº 3, letra ‘b’, p. 74. E o Estado moderno é o modo mais perfeito para garantir a ordem social, exatamente porque “su perfección se debe a la centralización del empleo de la fuerza”, *La paz por medio del derecho*, ob. cit., p. 29. Sem lugar para dúvidas, um dos primeiros autores que vinculou o direito à força, à coação foi KANT, (o primeiro foi Christian Thomasius, vid. nota 54, do meu artigo *Esboço de uma Teoria Processual do Direito*. In: Da Tutela Jurisdiccional às formas de Tutela, ob. cit., p. 31) quando disse: “Si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir, contrario al derecho (unrecht)), entonces la coacción que se le opone, en tanto que ‘obstáculo’ frente a ‘lo que obstaculiza la libertad’, concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, conforme al derecho (recht): por consiguiente, al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción”, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 40 e 41 (na edição do original alemão [VI, 231]). Por isso, afirma o autor que “derecho y facultad de coaccionar significan, pues, una y la misma cosa”, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 42 (na edição do original alemão [VI, 232]). Nesta ordem de idéias, MANDRIOLI, quando afirma que: “La tutela giurisdizionale, nelle sue forme concrete poste dall’ordinamento giuridico, è il mezzo per la realizzazione delle sanzioni, ma è mezzo – fuori dei casi di legittima autotutela – esclusivo e concretamente limitato”, *L’azione esecutiva*, ob. cit., nº 27, p. 187. De acordo com MANDRIOLI, a teoria de Chiovenda também poderia ser interpretada neste sentido, na medida em que “la attuazione effettiva della volontà della legge implica già, ‘in quanto avviene in via giurisdizionale’, la caratteristica di realizzarsi indipendentemente dalla volontà della persona che la subisce, ossia mediante coazione (in senso ampio)”, *L’azione esecutiva*, ob. cit., nº 109, p. 563.

No que se refere à força, convém matizar, de acordo com ROUSSEAU, que “el más fuerte no es, sin embargo, lo bastante para ser siempre el amo, si no convierte su fuerza en derecho y la obediencia en deber”, *El contrato social*. Trad. María José Villaverde. Madrid: Tecnos, 2000, L. I, cap. III, p. 7.

⁶⁸ De igual modo, CHIOVENDA, quando afirma que: “Con esto la declaración de certeza ha adquirido una importancia por sí propia; es ella misma actuación de derecho, en cuanto, por obra de un órgano público, la voluntad colectiva es, no concretada, como suele decirse inexactamente, sino expresada como voluntad concreta: y en cuanto tal, *la misma ejercita ya por sí un grado más o menos grande de coacción sobre el ánimo del obligado*, tanto que a menudo el mismo basta para determinar el cumplimiento”, (grifamos) *La acción en el sistema de los derechos*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1986, p. 54 e 55, nota 7.

⁶⁹ Deste modo, e ao lado de outras diferenças que anteriormente apontamos, também

realmente existe ‘direito subjetivo mediato’ antes da sentença, sua realização não pode depender do querer volitivo do obrigado, pois, se isto fosse certo, somente existiria direito subjetivo mediato quando o obrigado voluntariamente concordasse, o que é um absurdo. Como resultado disto, o direito subjetivo mediato sem uma sentença que obrigue as partes a realizá-lo é ‘*um fantasma de direito, meras palavras e nada mais*’ como diria IHERING, e representa uma “*visión metafísica del derecho*”⁷⁰, porque “*solo la fuerza*” de uma sentença “*realiza las reglas del derecho y hace de éste lo que debe ser*”⁷¹. Com estas

diferenciamos sanção de coação a partir da função que ocupa o *querer volitivo* do obrigado na realização do direito, pois, enquanto que na coação a vontade do obrigado ocupa uma função acessória e por tanto é elemento secundário para a realização do direito, na sanção a vontade do obrigado ocupa uma função fundamental e por tanto é elemento primário para a realização do direito. Note-se que estou classificando o querer volitivo e não dispensando-o, apesar do princípio romano que diz: “*Nemo praecise ad factum cogi potest*” (não se pode obrigar ninguém a realizar um ato determinado, se não o quer). Por isso, o direito, criado através da sentença, se vale da coação psíquica ou física para submeter à vontade ou liberdade das pessoas em sociedade.

⁷⁰ A tese de que o direito subjetivo é um conceito metafísico, como hoje é concebido pela doutrina, isto é, que não denota nenhuma relação direta com fatos empíricos, é defendida, entre outros, por OLIVECRONA, que diz: “La conclusión es que la función directiva de las afirmaciones acerca de la existencia de derechos puede ser explicada suficientemente sin suponer que la expresión ‘derecho subjetivo’ denota una realidad”, *Lenguaje jurídico y realidad*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 1998, 4ª ed., cap. VI, p. 52; e por DUGUIT, para quem: “la noción de derecho subjetivo se encuentra totalmente arruinada y con razón puedo afirmar que es una noción de orden metafísico, que no puede sostenerse en una época de realismo y de positivismo como la nuestra”, *Las transformaciones del derecho – público y privado*. Trad. do direito público por Adolfo G. Posada e Ramón Jaén, e do direito privado por Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975, p. 175; e mais adiante conclui dizendo que hoje o sistema jurídico “descansa en una concepción exclusivamente realista, que elimina poco a poco la concepción metafísica del Derecho subjetivo: es la noción de función social”, *Las transformaciones del derecho – público y privado*, ob. cit., p. 178. Esta idéia de DUGUIT também está desenvolvida em *Traité de droit constitutionnel*, ob. cit., t. I, §2, p. 14 e ss, e principalmente no §28, p. 295 e ss.

⁷¹ IHERING, *El fin en el derecho*, ob. cit., p. 126 e 127. De igual modo, KELSEN, que apesar de partir de um pressuposto distinto do nosso chega à mesma conclusão. Para ele, o ordenamento jurídico por ser um marco aberto não decide qual é o interesse que tem maior valor, esta função está reservada a “un nuevo acto creador

afirmações não queremos dizer que o juiz possa, ao seu arbítrio, criar o ‘direito subjetivo mediato’ pois, quando analisamos a função judicial do ordenamento jurídico⁷², e indicamos que a sentença é objetivamente coercitiva, estamos afirmando, juntamente com HECK, que “la misión del juez no es crear a su arbítrio um nuevo ordenamiento jurídico, sino cooperar a la realización de ideales previamente establecidos, dentro de un ordenamiento jurídico dado”⁷³, onde este ordenamento jurídico serve de limite para a atuação do juiz⁷⁴.

A este respeito, afirma corretamente KELSEN que “la norma superior es así um marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles”⁷⁵.

de derecho, como el fallo de un tribunal”, *Teoría pura del derecho*, ob. cit., cap. X, nº 4, p. 169.

⁷² *Esboço de uma teoria processual do direito*. In: Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela, ob. cit., Cap. 1º, nº 1, p. 29 a 34.

⁷³ *Jurisprudencia de intereses*. Trad. Manuel Gonzales Enrique. In: Rev. Anales de la Academia Matritense del Notariado, t. IV, 1948, p. 524.

⁷⁴ De igual modo, DUGUIT, ao dizer: “la loi positive est un document pour le juriste, elle est un limite pour le juge et l’administrateur”, *Traité de droit constitutionnel*, ob. cit., t. I, §16, p. 174.

⁷⁵ *Teoría pura del derecho*, ob. cit., cap. X, nº 3, p. 166. O autor assevera que “la interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar”, *Teoría pura del derecho*, ob. cit., cap. X, nº 3, p. 166 e 167. Em sentido contrário, o precursor da tese segundo a qual só pode existir uma interpretação correta e justa, HOBBS, quando, referindo-se às leis civis, diz: “En todas las Cortes de justicia es el soberano (que personifica el Estado) quien juzga. Los jueces subordinados deben tener en cuenta la razón que motivó a su soberano a instituir la ley, a la cual tiene que conformar su sentencia; sólo entonces es la sentencia de su soberano; de otro modo es la suya propia, y una sentencia injusta, en efecto”, *Leviatán*, Trad. M. Sánchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1999, 5ª ed., cap. XXVI, p. 173. No mesmo sentido encontramos LENIO STRECK, que de forma original sustenta a existência de uma única resposta hermeneuticamente adequada à Constituição, pois segundo o autor “a partir da hermenêutica filosófica – que tenho trabalhado como uma ‘Crítica Hermenêutica do Direito’ -, é possível alcançar aquilo que pode ser denominado de ‘a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição’, que, se

Em definitivo, a finalidade da lei é criar para as pessoas uma regra de conduta mais segura ao mesmo tempo que vale como diretriz ao juiz quando este é chamado a criar o direito para o caso concreto, vale dizer, uma vez que a regra de conduta esteja positivada no ordenamento jurídico ela pode, de forma mais direta, determinar e influir nas condutas das pessoas em sociedade, e ao mesmo tempo servir de pauta para que o juiz crie, frente a um caso concreto, o direito através de uma norma individual.

De forma diferente ocorre com os *direitos subjetivos imediatos*, pois, como veremos a seguir, seu exercício não se dá frente a ninguém, pelo que sua existência não afetará a esfera jurídica de nenhuma pessoa, e portanto não há necessidade de uma sentença para submeter, atual e potencialmente, o querer volitivo de um obrigado que não existe. Esta é a razão pela qual é possível sustentar dentro do ordenamento jurídico a existência deste tipo de direito antes de uma sentença.

Desde esta perspectiva, pois, é oportuno salientar que a doutrina analisa o direito desde o ponto de vista da teoria tridimensional, ou seja, o direito se compõe de *fato, valor e norma*. Daí que, para mim, a compreensão do direito subjetivo possa ser descrita da seguinte maneira: o *fato* é trazido ao pro-

assim se quiser, também pode ser chamada de ‘resposta correta’. Como procuro demonstrar, a interpretação do direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja consequência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos”, *Verdade e Consenso*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, cap. 11, nº 11.1., p. 277. Para o autor: “Essa resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento do ‘princípio democrático’ – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da ‘verdade real’, para falar apenas nesses artificios que escondem a subjetividade ‘assujeitadora’ do julgador”, *O que é isto – decido conforme minha consciência*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, nº 7, p. 97. Sobre o tema estou escrevendo um artigo denominado *Esboço dos Fundamentos Ontológicos-Filosóficos da Teoria Monista do Ordenamento Jurídico*, onde sustento que o juiz hermeneuticamente cria o direito, mas não de forma solipsista e intrasubjetiva, não sendo possível afirmar a existência de uma única resposta correta perante a Constituição.

cesso através da pretensão processual deduzida pelo ator⁷⁶; o *valor* se encontra ínsito nas normas que compõe o ordenamento jurídico; e a *norma individual* (a saber, direito subjetivo) é criado pela sentença do juiz a partir dos fatos proporcionados pelo autor e dos valores providos pelo ordenamento jurídico.

Com base nestes argumentos, tenho sustentado que o *'mundo jurídico'* é algo distinto do *'mundo do direito'*, por diversas razões: Em primeiro lugar, porque no *'mundo jurídico'* a norma que regula a conduta das pessoas é *abstrata e indeterminada*, enquanto que no *'mundo do direito'* ela é *concreta e determinada*. Em segundo lugar, porque para a efetividade das normas no *'mundo jurídico'* existem *sanções* que podem ser *represivas* ou *preventivas*, ao passo que a efetividade no *'mundo do direito'* depende da *coação* que pode ser *atual* ou *potencial*. Em terceiro lugar, porque no *'mundo jurídico'* a vontade das partes para realizar a norma é *primária*, à medida que no *'mundo do direito'* a vontade das partes para realizar o direito é *secundária* e, em quarto lugar, porque no *'mundo jurídico'* a escolha para atuar segundo a lei é da *parte* que adéqua sua conduta à norma, enquanto que no *'mundo do direito'* a escolha para atuar segundo a lei é do *juiz* que através da sentença obriga a parte a adequar sua conduta não a lei, mas sim a sentença.

Em definitivo, sempre que nos referirmos a expressão *direito subjetivo*, sem nenhuma referência especial, estaremos designando, através dela, o que concebemos por vantagem objetiva.

3. DIREITOS SUBJETIVOS MEDIATOS E DIREITOS SUBJETIVOS IMEDIATOS

3.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

⁷⁶ Sobre o tema consultar o que escrevi em *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, ob. cit., nº 9.2 e 9.3, p. 117 a 126.

A análise do moderno conceito de direito subjetivo levado a cabo principalmente pelos autores que mantêm uma postura dualista do ordenamento jurídico é insuficiente quando este conceito é aplicado pelos defensores da teoria monista e confrontado com a realidade cotidiana, pois, de acordo com a teoria monista, como é sabido, não existe direito subjetivo antes da sentença. Como consequência, é muito difícil para os defensores desta teoria contestar coerentemente certas perguntas, como por exemplo: Existe um direito subjetivo para a vida antes da sentença ou necessitamos da sentença para que o direito à vida exista? Também se pode perguntar: Existe um direito subjetivo à liberdade antes da sentença ou necessitamos da sentença para que exista o direito à liberdade? E, por fim, cabe perguntar: Existe um direito subjetivo de ação processual ou não? E, se existe, qual é a diferença entre estes direitos subjetivos e os outros que dependem de uma sentença?

Para a doutrina dualista do ordenamento jurídico estas questões são relativas, vez que estes direitos, como todos os demais, existem antes do processo. Contudo, a resolução destas questões adquirem uma transcendência especial para a doutrina monista, já que para ela não pode existir nenhum direito previamente à sentença.

O desenvolvimento atual do conceito de direito subjetivo atende única e exclusivamente às expectativas da teoria dualista, mas não à da teoria monista. Este é o principal motivo que me levou a enunciar a diferença entre *direitos subjetivos mediatos* e *direitos subjetivos imediatos*.

3.2. DIREITOS SUBJETIVOS MEDIATOS E LIMITAÇÃO DA ESFERA JURÍDICA

Como se afirmou anteriormente, a função principal do ordenamento jurídico é hierarquizar os interesses da sociedade,

e isso sempre comporta que uns prevaleçam sobre outros, surgindo assim interesses subordinantes e interesses subordinados.

Os direitos subjetivos que denomino ‘*mediatos*’ são exercidos sempre frente a alguém, pois a todo direito deve corresponder um dever⁷⁷ jurídico⁷⁸ que o garanta, motivo pelo qual a existência de um direito subjetivo mediato afetará a esfera jurídica de outros. Por isto PONTES DE MIRANDA afirma que: “*Todo direito subjetivo, como produto da incidência de regra jurídica, é ‘limitação’ à esfera jurídica de outro, ou de outros possíveis sujeitos de direito*”⁷⁹. Então, se é certo que todo direito subjetivo mediato afeta a esfera jurídica de outro, não é pos-

⁷⁷ O estudo do conceito de *dever* é muito amplo e extremamente revelador. Entretanto, é conveniente que desde o princípio tenhamos muito presente seu significado. A idéia de dever exige obrigatoriamente uma análise objetiva e subjetiva do conceito, com a finalidade de evidenciar a diferença entre obrar *conforme o dever* e *por causa do dever*. O autor que melhor usou ou manifestou esta diferença através do conceito de dever é, sem lugar à dúvida, KANT. Para ele, “el concepto de deber exige ‘*objetivamente*’ a la acción una concordancia con la ley, pero a su máxima le demanda ‘*subjetivamente*’ un respeto hacia ella como único modo para determinar la voluntad merced a esa ley. Y en esto estriba la diferencia entre ser consciente de haber obrado ‘*conforme al deber*’ y ‘*por mor del deber*’, o sea, por respeto hacia la ley, siendo así que lo primero (la legalidad) es posible aun cuando simplemente las indicaciones hubieran oficiado como fundamentos para determinar la voluntad, mientras lo segundo (la ‘*moralidad*’) el valor moral, ha de quedar cifrado con exclusividad en que la acción tenga lugar por deber, esto es, simplemente en virtud de la ley”, *Crítica de la razón práctica*, ob. cit., p. 174 (na edição do original alemão [A 144] e na paginação da Academia <AK. V,81>).

⁷⁸ Uma vez analisado o conceito de dever em seu sentido genérico, teremos que compreendê-lo desde uma dimensão jurídica. Por *dever jurídico* entendemos, segundo as palavras de GARCÍA MÁYNEZ, “la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa”, ou de forma mais curta: “tenemos el deber de hacer (o de omitir algo), si carecemos del derecho de optar entre hacerlo y omitirlo”, *Introducción al estudio del derecho*, ob. cit., cap. XIX, nº 141, p. 268. Em igual sentido, Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, ob. cit., p. 69.

⁷⁹ *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §4, p. 38. Assim mesmo, Ferrajoli, quando diferencia dos direitos fundamentais os direitos patrimoniais, afirmando que estes “son siempre situaciones de poder cuyo ejercicio consiste en actos de disposición a su vez productivo de derechos y de obligaciones en la esfera jurídica propia o ajena”, *Derechos y garantías*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 49.

sível sustentar dentro do ordenamento jurídico a existência deste tipo de direito antes da sentença, porque a esfera jurídica de uma pessoa somente pode sofrer restrições por determinação legal ou por decisão judicial e nunca pelo simples exercício de um direito subjetivo mediato. Não pode existir dentro do ordenamento jurídico a possibilidade de uma pessoa invadir a esfera jurídica de outra se não for única e exclusivamente através do processo, sob pena de gerar o caos em sociedade. Esta é a razão pela qual LIEBMAN destaca que:

“la acción (procesal) es un derecho al médio y no al fin, porque la Ley no reconoce a cada uno en particular el poder de imponer a la parte contraria el efecto juridico apetecido; corresponde al Estado y sólo a él la potestad de imponer aquel efecto (o, como otros prefieren decir, de aplicar la sanción)”⁸⁰.

Estes direitos subjetivos são mediatos exatamente porque sua existência depende de uma sentença, ou seja, não se formam no momento em que o ordenamento jurídico concede a vantagem objetiva para seu titular, pois necessitam ser declarados em uma sentença.

3.3.DIREITOS SUBJETIVOS IMEDIATOS

À diferença dos anteriores, os direitos subjetivos imediatos não necessitam ser exercidos frente a ninguém, consequentemente sua existência não afetará a esfera jurídica de nenhuma pessoa e, portanto, não há necessidade de uma sentença para submeter, atual ou potencialmente, o querer volitivo de um obrigado que não existe. Por esta razão é possível sustentar dentro do ordenamento jurídico a existência deste tipo de direito sem necessidade de uma sentença.

⁸⁰ *La Acción en la teoría del proceso civil*. Trad. Víctor Fairén Guillén. In: Revista Legislativa y Jurisprudencial (Foro Gallego), La Coruña, 1951, nº 73, p. 12.

Nos direitos subjetivos imediatos, como por exemplo, o direito à vida, à liberdade ou à ação judicial, a simples *vantagem objetiva* concedida pelo ordenamento jurídico é suficiente para que o mesmo possa existir, na medida em que sua existência não comporta nenhuma ‘limitação’ à esfera jurídica de outra pessoa. O simples exercício de direito subjetivo imediato é suficiente para que ele mesmo possa produzir efeitos independentes de uma sentença judicial⁸¹.

Em definitivo, os direitos subjetivos são imediatos porque sua formação não depende de uma sentença, vale dizer, existem no momento em que o ordenamento jurídico concede a vantagem objetiva para seu titular, e surtem efeitos imediatamente depois de seu exercício. A diferença essencial entre as duas modalidades de direito subjetivo é a seguinte: sempre que o exercício do direito subjetivo vai dirigido contra alguém é mister a intervenção do Estado através da sentença judicial, permitindo com isso a produção dos efeitos jurídicos, do contrário, o direito subjetivo se bastará por si mesmo, uma vez que não afetando a esfera jurídica de ninguém não há necessidade de intervenção do Estado para declarar a existência do direito. No primeiro caso estamos diante do *direito subjetivo mediato* e no segundo diante do *direito subjetivo imediato*. Outra das diferenças entre os direitos subjetivos mediatos e imediatos reside em que os titulares dos primeiros, uma vez reconhecidos no processo, são determinados, ao passo que os titulares dos direitos subjetivos imediatos são sempre indeterminados, na medida em que todas as pessoas possuem o direito a vida, são igualmente livres e podem acessar a tutela jurisdicional, etc.

De modo similar a minha classificação existente entre direito subjetivo mediato e imediato encontramos a efetuada por

⁸¹ Aqui estamos diante do que se pode chamar *direito subjetivo fundamental*. Na terminologia de DUGUIT, “l’homme possède, en sa qualité d’homme, certains pouvoirs, certains droits subjectifs qui sont des ‘droits individuels naturels’”, *Manuel de droit constitutionnel*, ob. cit., nº 3, p. 3.

FERRAJOLI entre direitos fundamentais e patrimoniais⁸². Ambas as classificações coincidem em que os direitos subjetivos imediatos (ou fundamentais) são *universais, indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransigíveis, personalíssimos*, além de terem seu título imediatamente em lei, enquanto que os direitos subjetivos mediatos (ou patrimoniais) são *singulares, disponíveis, negociáveis, alienáveis*⁸³, e tem por título atos jurídicos do tipo negocial, entre outras distinções.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- La sentenza civile, Milano: Giuffrè, 1962, nº 42, p. 98.
- Tratado das ações, São Paulo: RT, 1972, t. I, §4, p. 29 e 30
- Introducción a la teoría pura del derecho. Trad. Emilio O. Rabasa. México: Nacional, 1974, p. 26.
- Teoria generale del diritto, Roma: Foro Italiano, nº 66, p.13.
- Manuel de droit constitutionnel, Paris: Anciennes Maison Thorin et Fontemoing, 1923, 4ª ed., nº 1, p. 1.
- Teoría pura del derecho. Trad. Moisés Nilve. Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires (Eudeba), cap. VIII, nº 3, letra 'b', p. 122 e 123.
- Compendio esquemático de una teoría general del estado. Trad. Luis Recaséns Siches e Justino de Azcárate Florez. Barcelona: Núñez y Comp. S. en C, 1927
- Il concetto di diritto soggettivo. In: JUS, 1955

⁸² *Derechos y garantías*, ob. cit., p. 46 a 50. Os direitos patrimoniais são singulares, segundo o autor, “en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás”, *Derechos y garantías*, ob. cit., p. 46.

⁸³ Assim, ROUBIER, *Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs*. In: Arch. Ph. Dr., nº9, Paris, 1964, p. 92.

- La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva, Barcelona: Bosch, 2004
- Esboço de uma teoria processual do direito. In: Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010
- Introducción al derecho procesal, Madrid: Tecnos, 1976
- Sistema de derecho romano actual. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Góngora, 1878
- Norma guiridica e diritto soggettivo. Trad. Alessandro Levi. Padova: Cedam, 1951
- Sobre el derecho y la justicia. Trad. Genaró R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba 1997
- El derecho subjetivo. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- Écrits-Études et Notes de Procédure Civile, Paris: Dalloz, 1973
- BRULLIARD, Procédure civile, Paris: Presses Universitaires de France, 1944
- SATTA, Introduzione allo studio del diritto processuale civile, Milano: Giuffrè, 1939
- RECASÉNS SICHES, Tratado general de filosofía del derecho, México: Porrúa, 1975
- GARCÍA MÁYNEZ, Introducción al estudio del derecho, México: Porrúa, cap. XIII, nº 105
- CESARINI-SFORZA, Filosofía del derecho. Trad. Marcelo Cheret. Buenos Aires: Ejea, 1961, nº 61
- MORÓN PALOMINO, Sobre el concepto del derecho procesal. In: Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1962
- Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: Ajuris, nº 29
- Tratado de derecho civil, por L. ENNECCERUS, T. KIPP y M. WOLFF. Trad. Hans Carl Nipperdeg. Barcelona: Bosch, 1953
- Tutela guirisdizionale e tecnica del processo. In: Studi in Ono-

- re di Enrico Redenti, Milano: Guiffrè, 1951, v. II, n° 15
- Sistema jurídico y dogmática jurídica. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, cap. V, n° 4
- ORESTANO, Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche, Bologna: Il Mulino, 1978
- AVELINO FOLGADO, Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo: Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI. In: Anuario Jurídico Escorialense, I (1960), Madrid
- KARL LARENZ, Metodología de la ciencia del derecho. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994
- El espíritu del derecho inglés. Trad. Juan Carlos Peg Ros. Madrid: Marcial Pons, 2001
- VILLEY, em La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam. In: Arch. Ph. Dr., n°9, 1964
- WELZEL, Introducción a la filosofía del derecho. Trad. Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, Madrid, 1979, 2ª ed
- Fragments de un diccionario jurídico. Trad. Santiago Santís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ejea, 1964
- TUHR, Derecho civil. Trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons, 1998
- PUGLIESE, Polemica intorno all'actio, de WINDSCHEID y MUTHER, Firenze: Sansoni, 1954
- VATTIER FUENZALIDA, Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo. In: Anuario de Derecho Civil, t. XXXIV, Madrid, 1981
- Diritto soggettivo. In: Novissimo Digesto Italiano. Torino: Torinese, 1960,
- Signification de la notion de droit subjectif. Trad. N. Poulantzas. In: Arch. Ph. Dr., n°9, Paris, 1964
- Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo, ob. cit., p. 3.

- Diritto soggettivo. In: Enciclopedia del diritto, Milano: Guiffrè, 1964
- Acción, derecho procesal y derecho político. In: Revista de Derecho Procesal, ano VII, 1951, n° 3
- Historia del Derecho Privado de la edad moderna. Trad. Francisco Fernández Jardón. Granada: Comares, 2000
- THON, Norma guiridica e diritto soggettivo, ob. cit., p. 209 e 210; BARBERO, Il diritto soggettivo. In: Foro Italiano, Roma, 1939
- PUIG BRUTAU, La jurisprudencia como fuente del derecho, Barcelona: Bosch, s. d.,
- Sentenza giudiziaria e creazione di diritto. In: Rev. Int. Fil. Dir., 1967
- HART, El concepto de derecho. Trad. Genaro R. Carrió. México: Editora Nacional, 1980.
- Las transformaciones del derecho – público y privado. Trad. do direito público por Adolfo G. Posada e Ramón Jaén, e do direito privado por Carlos G. Posada. Buenos Aires: Helia, 1975
- Jurisprudencia de intereses. Trad. Manuel Gonzales Enrique. In: Rev. Anales de la Academia Matritense del Notariado, t. IV, 1948.
- Verdade e Consenso, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, cap. 11
- ROUBIER, Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs. In: Arch. Ph. Dr., n°9, Paris, 1964