

## O conceito de direito subjetivo (\*)

AMILCAR DE CASTRO

Direito subjetivo pròpriamente dito nada mais é que uma situação de fato garantida a alguém por decisão judicial. Isto é o que resulta inelutavelmente das noções de ordem jurídica e de jurisdição.

Em regime de justiça pública, jurisdição é a função do Estado que se destina a efetivar a ordem jurídica, substituindo a atividade dos particulares, *ou de outros órgãos públicos*, pela atividade dos órgãos do poder judiciário. Veja-se, por exemplo, a lição de CHIOVENDA. É claríssimo onde ensina que a jurisdição é exclusivamente uma função *do Estado*, isto é, da soberania estatal. No seu dizer, o próprio rei não pode fazer justiça: os juízes são órgãos autônomos *do Estado*. Logo depois, passa a mostrar a incompatibilidade psicológica que existe entre a função de administrador e a função jurisdicional, porque o administrador pode ser dominado por considerações de interêsse do Estado, e o que é mais, pode-se acrescentar, também por considerações políticas partidárias. E daí a conveniência de ser a função jurisdicional confiada a órgãos *autônomos*, a fim de que quem concretize a ordem jurídica não tenha outro propósito senão o de fazer justiça, conforme sua ciência e consciência. E há necessidade de que essas funções sejam *independentes*, a fim de que não haja intromissões da administração na justiça. Mas ainda quando uma organização política imperfeita atribua essas duas fun-

---

\* Trabalho dedicado ao Professor Osiris Rocha.

ções a um mesmo órgão, persiste a diferença específica entre as mesmas *porque têm efeitos diversos*.

Conforme a doutrina do grande processualista, onde não haja substituição de atividade, não há jurisdição. No seu dizer: "a atividade jurisdicional é sempre atividade *em substituição*", isto é, substituição da atividade de outrem pela atividade pública. Vale dizer: substitui-se, não só a atividade das partes, como a de todos os cidadãos, pela exclusiva atividade da autoridade jurisdicional; *só esta pode dizer como o fato aconteceu e qual seja o direito pelo qual deva êsse fato ser apreciado*. Só pode haver jurisdição quando o juiz decide em causa alheia (*in causa altrui*); e o juiz nunca decide *como representante* dos interessados, mas sempre *acima* dêstes, exercendo poder soberano.

Ora, o detentor do poder executivo nunca se encontra na mesma posição da autoridade jurisdicional. Administrar é sempre exercer atividade própria, imposta direta e imediatamente pela lei ao órgão público. Assim como o proprietário age por conta própria, nos limites de sua situação de dono, assim a administração pública, nos limites de seu poder, age por conta própria, *não em lugar de outrem*. Quando satisfaz, reconhece, reintegra, ou repara situação de fato em que alguém se encontre, nada mais faz que o devedor pagando a seu credor, ou o possuidor restituindo a coisa a seu proprietário.

O administrador age *de conformidade* com a ordem jurídica, tal como os particulares, considerando-a como norma de sua própria conduta. O juiz age *concretizando* a ordem jurídica, considerando-a em si mesma, como critério de apreciação da conduta alheia. Daí dizer-se que a administração é atividade primária, enquanto a jurisdição é atividade secundária.

E assim se pode notar a função diversa que tem o juízo lógico nessas duas atividades. Também a autoridade administrativa julga, porque não se age senão com fundamento em algum juízo; mas, ainda quando julga *sobre* atividade alheia, julga também *sobre* sua própria atividade E **SÔBRE**

SEUS PRÓPRIOS INTERÊSSES.<sup>1</sup> Ao contrário, a autoridade jurisdicional julga sempre exclusivamente sôbre a atividade *de outrem*, e sôbre situação de fato em que não tem interêsse próprio.

Também CARNELUTTI, tratando da diferença entre a função administrativa e a função jurisdicional, mostra que a mesma se funda na distinção entre o interêsse público *na composição dos conflitos* e os interêsses públicos *em conflito*, isto é, entre o interêsse público *externo* e os interêsses públicos *internos*. A função jurisdicional destina-se a satisfazer o primeiro; a função administrativa tende a desenvolver os outros. A função administrativa *se esgota no conflito*; a função jurisdicional opera *sôbre o conflito*. Portanto a diferença entre o ato processual e o ato administrativo é nitidamente causal. Também a autoridade administrativa, como a judiciária, *julga*, precisamente porque age na esfera da ordem jurídica e por isso aplica continuamente as leis em que baseia sua atividade. A aplicação da lei não é senão um juízo lógico acêrca da correspondência entre uma situação real e a situação fixada na norma; quando a autoridade administrativa, por exemplo, licencia um funcionário, julga antes de tudo se ocorrem os pressupostos do licenciamento. Também a autoridade administrativa, como a autoridade jurisdicional, *comanda*, não só enquanto pratica negócios jurídicos (particularmente contratos), mas sobretudo quando baixa providimentos, os quais são precisamente exercício do poder público. Mas a autoridade administrativa, diversamente da jurisdicional, julga e comanda *pelo desenvolvimento de um interêsse em conflito*, não pela composição do conflito: trata-se de um juízo e de um comando *de parte*; não de um juízo e de um comando imparciais. A autoridade administrativa é um dos interessados no conflito, enquanto a autoridade jurisdicional está *sôbre os interessados em conflito*. Há entre o provimento, ou negócio jurídico, administrativo e a sentença

---

1. Giuseppe CHIOVENDA — Istituzioni di Diritto Processuale Civile, vol. II, págs. 1 a 8.

judicial tanta diferença quanto entre a sentença judicial e o negócio jurídico privado.<sup>2</sup>

Seria mesmo aberração inominável que, em regime de justiça pública, o Estado impedisse os interessados de fazê-la pelas próprias mãos, para logo em seguida permitir fôsse feita *por um dos interessados*: a administração pública.

Por conseguinte, com base nessas lições de CHIOVENDA e CARNELUTTI, pode-se afirmar que as autoridades administrativas e legislativas, por mais altas que sejam, *não concretizam a ordem jurídica*, e por isso de seus atos não resultam direitos subjetivos pròpriamente ditos que, no nosso entender, são apenas situações de fato garantidas por decisão judicial. Sem dúvida alguma, observam as leis, aplicam as leis, praticando atos de acôrdo com as mesmas, mas dessa observância, dessa aplicação, dessa prática, não resultam direitos subjetivos pròpriamente ditos, sim situações de fato, mais ou menos estáveis, mais ou menos garantíveis, que jamais podem ser confundidas com aqueles. Aliás, essas situações de fato, êsses acontecimentos, se forem submetidos à apreciação judicial, nem ao menos serão julgados tal como aconteceram, mas como ficarem reconstituídos perante o julgador *e êste é quem vai decidir como ficaram reconstituídos*. Fato não é o que aconteceu, mas o que o juiz declara que aconteceu, razão pela qual pode-se dizer que fato não é um acontecimento; é uma resolução.

Assim, por exemplo, a mais alta autoridade administrativa, ou legislativa, de acôrdo com a lei, nomeia um funcionário público, e êste toma posse e entra no regular exercício de suas funções. Por essa forma, estabeleceu-se uma situação de fato que pode, ou não, perdurar tranqüila até a vacância regular do cargo. Se alguém, algum dia, a própria autoridade que nomeou, ou terceira pessoa, pretender perturbar *essa situação de fato*, o funcionário poderá recorrer

---

2. Francesco CARNELUTTI — Lezioni di Diritto Processuale Civile, vol. II, pág. 106 e seg.; Francesco CARNELUTTI — Sistema del Diritto Processuale Civile, vol. I, págs. 217-218.

ao poder judiciário, e então o juiz irá concretizar a ordem jurídica, declarando se tal situação deve continuar, ou cessar. Na primeira hipótese, da decisão judicial, haverá resultado um direito subjetivo pròpriamente dito; e, antes dessa decisão, nenhum direito havia, e de direito era até inútil cogitar-se.

Do mesmo modo, quanto a um casamento: o juiz de paz e seu escrivão realizam o matrimônio, observando as leis, aplicando as leis, e marido e mulher, que antes viviam em situações de fato, de solteiros, passam a viver em nova situação de fato, de casados; e quase sempre acontece que ninguém põe em dúvida a regularidade de tal situação, mas o juiz de paz e o escrivão não concretizaram a ordem jurídica, não distribuíram justiça a quem quer que seja, sim apenas realizaram um ato, de perfeito acôrdo com a lei, ou descumprindo algumas das formalidades legais. Se ninguém jamais puzer em dúvida a validade do casamento, tanto faz que êste haja sido, ou não, perfeitamente legal; e, antes, ou depois, do casamento, perfeito, ou imperfeito, não haverá necessidade alguma de se falar em *direito*, nem direito algum existe. A ordem jurídica será concretizada unicamente na hipótese de alguém ir a júizo pedir a garantia de qualquer situação de fato com base na validade, ou na nulidade, do casamento; e então, da decisão judicial é que poderá resultar algum direito subjetivo pròpriamente dito.

Certa pessoa compra um imóvel, por escritura pública: o tabelião que lavra o ato em seu livro de notas, e o oficial do registro de imóveis, que faz a transcrição, sem dúvida alguma observam as leis, praticam seus atos de acôrdo com as leis, aplicam as leis, mas de nenhum modo concretizam a ordem jurídica, distribuindo justiça, pois nada julgam, nem poderiam julgar. O comprador entra na posse do imóvel e passa, da anterior situação de fato de não-proprietário, à nova situação de fato de legítimo senhor e possuidor daquele imóvel. Se ninguém jamais puzer em dúvida a validade da aquisição, tanto faz que esta haja sido, ou não, perfeita; e antes, ou depois da escritura e sua transcrição, não haverá necessidade alguma de se falar em *direito*, nem qualquer direito existe. A ordem jurídica será concretizada unicamente

na hipótese de ir alguém a juízo pedir a garantia de qualquer situação de fato com base na nulidade, na inoperância, ou na validade da aquisição; e então, da decisão judicial é que poderá resultar algum direito subjetivo pròpriamente dito.

É possível que à autoridade legislativa sejam atribuídas funções jurisdicionais, por exemplo, quando funciona o parlamento como tribunal de justiça; e nesta hipótese a autoridade legislativa concretiza a ordem jurídica, produzindo direitos subjetivos pròpriamente ditos, precisamente porque estará exercendo, não as suas próprias funções, mas a função jurisdicional, substituindo a atividade dos interessados pela sua, e colocando-se acima dos jurisdicionados, sem interêsse próprio na solução do caso. Mas só nesta hipótese de funcionar o parlamento como tribunal de justiça, porque quando, por exemplo, a lei concede uma pensão, uma gratificação, ou perdoa uma dívida a um cidadão, de semelhantes atos legislativos não resultarão direitos subjetivos pròpriamente ditos: as leis dessa espécie nada mais são que títulos de crédito, ou de remissão de dívida.

Os tribunais executivos, do chamado "contencioso administrativo" e do sistema francês de "justice délégué", onde o poder executivo aparece como parte e como juiz, ao mesmo tempo, não têm jurisdição, porque, pelo menos quanto a uma das partes, não há substituição de atividades, nem julgador desinteressado em posição superior. Dos julgados dêsses tribunais não resultam direitos subjetivos pròpriamente ditos, mas situações de fato que ainda poderão ser, ou não, reexaminadas pela autoridade jurisdicional. No Estado moderno, a lei não pode excluir da apreciação do poder judiciário qualquer lesão de interêsse particular, princípio consagrado pelo art. 141 § 4º de nossa Constituição.

Por conseguinte, só a autoridade jurisdicional concretiza a ordem jurídica; só da sentença judicial resulta direito subjetivo pròpriamente dito. E a razão disto é que, em regime de justiça pública, o Estado garante, *como direito*, pela fôrça pública, se fôr necessário, exclusivamente aquilo que foi verificado e resolvido pela autoridade jurisdicional.

Nesta ordem de idéias, SATTÀ mostra muito bem que o problema da jurisdição é o mesmo da juridicidade da ordem estatal. Esta, na verdade, precisamente por ser jurídica, nasce com a exigência absoluta de concretizar-se, isto é, de existir ali onde só se pode existir, em concreto. E a sentença judicial é o ato pelo qual e no qual a ordem jurídica se concretiza, isto é, se realiza em caso concreto, assegurando assim a própria juridicidade.<sup>3</sup>

Da ordem jurídica não pode resultar qualquer direito, para quem quer que seja, *automàticamente*, porque a mesma só contém regras abstratas, impessoais, universais. Só se refere a algo que *pode ser*, mas que *ainda não é*, e para que *seja efetivamente* é necessário que a autoridade jurisdicional, através de uma verificação, *declare que é*. Por outras palavras: a ordem jurídica não pode gerar direito subjetivo sem se concretizar; e em regime de justiça pública só a autoridade jurisdicional compete concretizá-la, verificando o fato e dizendo o direito, a respeito de determinada pessoa, porque ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos. E o direito não é declarado e não existe enquanto o juiz não verifique o fato e não o aprecie pelo critério legal. Se a ordem jurídica só contém pensamentos, juízos de valor hipotéticos, abstratos, impessoais, está claro que só se refere a algo que pode ser, mas ainda não é; e como se concretizará a respeito de determinada pessoa, sem que a autoridade jurisdicional declare o direito através de um juízo de existência?

Se ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos, porque o regime é de justiça pública, parece claro e irrecusável que, antes da decisão judicial, não pode haver direito algum. O que vem acontecendo é que, no modo de falar comum, emprega-se a palavra *direito* em sentido impróprio, isto é, como sinônimo de “previsão do que seja a decisão de um tribunal num caso dado” (HOLMES).

---

3. Salvatore SATTÀ — Diritto Processuale Civile, quinta edizione, Padova, 1957, pág. 7.

Nota DUGUIT que o homem teve sempre necessidade de explicar o visível, pelo invisível, colocando atrás do fenómeno diretamente verificado certa entidade metafísica, como seu suporte e sua causa eficiente. Na ordem das ciências naturais conseguiu libertar-se dessa obsessão, mas ainda a mantém na esfera das ciências sociais; e por isso é que *desnecessariamente* coloca atrás das situações de fato esta entidade de ordem metafísica: o *direito*.<sup>4</sup> Por outro lado, observa HELLER que o linguajar comum costuma personalizar a lei, dotando-a de braço, de mão, e de esforço por alcançar, como agente vivo a forçar o cidadão a obedecer, ou a sofrer as conseqüências da desobediência;<sup>5</sup> e daí a ilusão de poder a lei aplicar-se automaticamente aos fatos, ou de poderem os serventuários, e as autoridades que não têm jurisdição, concretizar a ordem jurídica, produzindo direitos subjetivos propriamente ditos.

Ninguém desconhece a permanente pressão do grupo sobre o indivíduo, forçando-o psicologicamente a cumprir suas obrigações e a não prejudicar seus semelhantes. A simples possibilidade de movimentar-se o mecanismo judicial, a mera existência da ordem jurídica, o sentimento de justiça de que todo homem é dotado, a moralidade média do povo, a religião, os interesses econômicos, as conveniências sociais, a opinião pública, e até a própria etiqueta, são forças poderosas a compelir o indivíduo a se comportar bem em sociedade. E por isso, muitas vezes, as pessoas procuram conhecer e obedecer às leis, chegando a procurar advogados para se aconselharem, evitando a ação judicial. Essa atividade extrajudicial, entretanto, não importa existência de qualquer direito subjetivo propriamente dito, pois toda se desenvolve no mundo dos fatos, no terra a terra do viver comum, sem penetrar no mundo do direito. Este só é atingido pela decisão judicial.

---

4. Léon DUGUIT — *Traite de Droit Constitutionnel*, vol I, págs. 18-19.

5. Francis H. HELLER — *Introduction to American Constitutional Law*, Harper & Brothers, New York, 1952.