

BASILIO TEODORO RODRIGUES CARUSO (mestrando em Filosofia do Direito – PUC/SP)

DETERMINAÇÃO DAS POSSIBILIDADES DO JURÍDICO - FATO, ATO E SUJEITO

DETERMINATION OF JURIDICAL POSSIBILITIES – FACT, ACT AND SUBJECT

Resumo: O texto trata da caracterização dos fatos e da definição do sujeito como elementos determinantes das possibilidades jurídicas. Analisa-se, portanto, através das correntes do pensamento jurídico, como o fato foi considerado e a importância que se lhe deu. Em seguida, expõe-se as definições de sujeito de direito em diversas correntes. Pretende-se, ao fim, demonstrar como as categorias “fato” e, com maior razão, “sujeito” são determinantes das possibilidades do jurídico.

Palavras-chave: Sujeito; Fato; Categorias; Possibilidades; Jurídico.

Abstract: The text expose the characterization of facts and the definition of subject, as determinant elements of juridical possibilities. Hence, we shall analyze how fact was considered through the history of juridical thinking. Following, we intend to give an explanation about the diverse concepts of subject given by the schools of thought. At last, we expect demonstrate how this two categories, ‘fact’ and ‘subject’, are determinant of all juridical possibilities.

Keywords: Subject; Fact; Categories; Possibilities; Law.

1 INTRODUÇÃO

1.1 Das determinantes primeiras: pressupostos em Filosofia Pura

Proposições científicas requerem, para uma validade epistemológica mínima, fundamentação filosófica, é dizer: pressupostos em Filosofia Pura determinam pressupostos científico, de sorte que àqueles chamamos determinantes primeiras. A fundamentação das determinantes primeiras, por sua vez, é tema problemático, assaz profundo, deveras exigente para as poucas linhas que aqui verteremos.

1.2 Das determinantes segundas: pressupostos em Filosofia do Direito

Por demais evidente: determinantes primeiras desdobram-se em segundas, ainda não científicas, e pois, não menos filosóficas que são as proposições da Filosofia do Direito, que é o método filosófico aplicado ao objeto-fenômeno Direito: trata-se de *modus* de verter proposições sobre o fenômeno-direito, que fundamenta as proposições científico-dogmáticas sobre o fenômeno-direito. Daí dizermos determinantes segundas as proposições filosófico-jurídicas. Sua própria fundamentação não é tão problemática, porquanto uma vez segundas, estribam-se nas primeiras.

1.3 Das críticas: críticas internas e críticas externas como pseudocríticas

Esta sorte de posturas nos leva a que críticas, enquanto hipóteses de infirmação de proposições, podem ser feitas aceitando-se as determinantes primeiras, ou rejeitando-as, daí serem internas ou externas: sendo problemática a fundamentação das determinantes primeiras, pensamos legítimas somente as críticas internas, sendo as externas pseudo-críticas.

2 NOTAS SOBRE O FATO NA CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO

2.1 O direito como fato no pensar jurídico romano

A facticidade do fenômeno-direito é aspecto relevante na construção do pensamento jurídico e, em Roma, teve curiosa influência na técnica decisória: o direito nasce dos fatos, e o dizer daquele cuja *auctoritas* deriva de sua vinculação à fundação de Roma, tem na prudência sua virtude primordial, a constituir, a partir dos casos-fatos postos, casos-tipo, por um método tópico-argumentativo e assistemático, que perspectivava a questão apresentada, resolvendo-a, ou, propriamente, dissolvendo-a (FERRAZ JR., 2010, p. 18).

2.2 Desenvolvimentos ulteriores do monismo jusnaturalista

O monismo dever-ser/ser-ente já presente no cosmológico jusnaturalismo grego, não desaparecera, de todo, na prática jurisprudência romana que, portanto, acentuando o problema, via no produto um autêntico ser-direito. Seja como for, o realismo filosófico clássico (ou metafísica, a confundir-se com a própria filosofia), conferia um carácter metafísico à investigação do então entendido ente-direito (e não fenômeno-direito). O carácter teológico-religioso da filosofia medieval, enquanto releituras de Platão e Aristóteles, conferiu esse mesmo carácter ao pensamento jurídico.

O direito é ser, neste contexto, mas não um ser empírico-factual, e sim normativamente contrafactual, tomado como um ente autossubsistente, que retira seu fundamento de validade de alguma instância.

2.3 O ponto de vista de Pontes de Miranda – positivismo sociológico

Para Pontes de Miranda o fato tem importância capital, mas isto nada tem que ver com as concepções anteriormente expostas: situa-se este autor num contexto positivista-filosófico que, conquanto

contemporâneo do Neopositivismo Lógico, dele não se beneficiou, permanecendo no clássico positivismo comteano. Talvez por isso não tenha ele desenvolvido uma estruturada teoria (lógica) da norma jurídica (VILANOVA, 2003, p. 399 e ss.).

“Há o fato de legislar, que é edictar a regra jurídica; há o fato de existir, despregada do legislador, a regra jurídica; há o fato de incidir, sempre que ocorra o que ela prevê e regula. (...) No trato do direito já feito, da *lex lata* – já transposta, portanto, a linha para a quem da qual ficou a técnica legislativa e o fato de legislar - o que nos interessa é: a) o fato da regra jurídica, pois que existe no mundo das relações humanas e do pensamento humano; b) o fato de se comporem suportes fáticos; c) o fato da incidência. Tudo nos leva, por conseguinte, a tratar os problemas do direito, como o físico: vendo-o no mundo dos fatos, mundo seguindo do mundo jurídico, que é parte dele.” (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 49).

É fato o direito, fato do mundo do pensamento (social), fator (e portado fato) de adaptação social: próprio do direito, como processo de adaptação social é a *incidência* – esta distingue-o das demais normas sociais (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 56).

2.4 O ponto de vista do realismo jurídico, variantes, método

A reação ao método positivista - originado da fusão da Escola Histórica, degenerada na Jurisprudência dos Conceitos, com a Escola da Exegese -, iniciada com as orientações práticas desde o fim do século XIX, gerou de um lado um axiologismo, i.e., uma “jurisprudência da valoração” e até um certo voluntarismo-decisionista e, de outro, um monismo dever-ser/ser-empírico-factual, a que se convencionou chamar, não com certa errônea terminológica *realismos jurídicos*. Trata-se da identificação do (agora sim) fenômeno-direito com o fato-direito empiricamente verificável, e.g., em Alf Ross que se liga, em tudo e por tudo, ao Neopositivismo Lógico do Círculo de Viena. Veja-se, e.g., o seguinte conceito de direito vigente:

“direito vigente” significa conjunto abstrato de ideias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias. ROSS, 2007, p. 41).

2.5 Direito, validade, epistemologia transcendental

O idealismo transcendental de Kant serviu à uma das analogias mais geniais e menos compreendidas do pensamento jurídico: trata-se da norma fundamental enquanto pressuposto transcendental de cognoscibilidade, segundo formulação kelseniana (KELSEN, 2011, p. 225).

Forte no dualismo ser/dever-ser, como todo positivismo, compreendendo-os (ser e dever-ser) como *modus originário* (KELSEN, 2011, p. 6).

Tomado o dever-ser como sentido objetivo de atos intencionais visantes da conduta, a estrutura escalonada de carácter sintáctico arquetípico culmina na *constatação* (epistemológica!) da categoria (também epistemológica!) norma-fundamental. Daí tratar-se a validade como categoria transcendental.

2.6 O positivismo pragmático de Hart

A guinada pragmática que a filosofia da linguagem do século XX operou (podemos pensar na segunda filosofia de Wittgenstein), levou à uma recuperação do elemento “fato” na caracterização do direito. Se as normas são agora definidas por sua função, se a teoria se faz mediante a pesquisa de usos-ações (pragma), a facticidade dos comportamentos de direito são essenciais. Mas o pensamento assim concebido coroa-se com uma regra de reconhecimento que, se vai implícita em juízos normativos de validade internos, só pode ser afirmada de uma forma explícita (e contundente) mediante enunciados factuais externos (HART, 2009, pp. 141-142).

3 PESSOA E SUJEITO DE DIREITO

De certo que o quanto se expôs corrobora o relativismo exposto no ponto “1”. Seja como for devemos analisar os fatos acionantes do direito, não mais, como dantes, os fatos como caracterizadores do direito.

Antes, contudo, veja-se: o fato ocorre, o sujeito age; o fato é normado, desde que ocorrido e componente da prótase normativa; o ato, produto do agir do sujeito, conquanto normado, também normatiza, dando seguimento ao processo de positivação. Por isso, o ocorrido não humano pode ser fato; o ocorrido humano também; mas ato só será o agir humano normativo.

Assim, vejamos: só o sujeito age e produz ato. Analisemos que é sujeito

3.1 Sujeito de direito: personalidade e capacidade

3.1.1 Disposição normativa da personalidade

A determinação do sujeito-pessoa, dá-nos o contorno de possibilidades do jurídico, pois que norma também é ato, e só ato (intencional) pode normatizar.

3.1.2 Conceitos Fundamentais

3.1.2.1 Conceitos

Bevilaqua: “*Pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações. Personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações.*” (BEVILAQUA, 1955, pp. 61-62).

(...) o conceito jurídico e o psicológico não se confundem. (...) na personalidade jurídica, intervém um elemento, a ordem jurídica, do qual ela depende essencialmente, do qual recebe a existência, a forma, a extensão e a força ativa. (...) é modelada pela ordem jurídica. (BEVILAQUA, 1955, p. 62).

A idéia comunga com a atual compreensão do direito como linguagem: o direito como plano constitutivo da realidade linguístico-jurídica. Daí ter sido possível, *exempli gratia*: escravidão (homem-coisa sem personalidade); personalidades divinas (não-homem com personalidade) – observa-se que no Brasil o escravo sempre teve personalidade.

Novamente Beviláqua: “Cumpre distinguir a personalidade da *capacidade, que é a extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade.*” (BEVILAQUA, 1955, p. 63).

Dernburg fala em *capacidade de direito e faculdade de agir* (capacidade de fato); a doutrina francesa em *gozo e exercício* de direitos. Para Beviláqua (Kohler e Teixeira de Freitas): capacidade de direito se confunde com personalidade; capacidade (de fato) não se confunde com exercício (que é momento ulterior), mas este deve refleti-la (BEVILAQUA, 1955, p. 64).

Digamos: aquilo (seja lá o que for do ponto de vista naturalístico), que figura na prótase da norma conferidora de personalidade é sujeito; se configurar também no mesmo lugar sintático da norma incapacitante para ação (normativa), é *incapaz* para normar a si e aos demais (*e.g.*, contratar); algumas normas estendem tal incapacidade para alguns fatos que por tal se modificam pelo direito, mas de regra o incapaz é estopim de fatos jurídicos, como o é também o evento natural, e o homem capaz.

3.1.2.2 *Início da personalidade, nascituro.*

A relevância do estudo do início da personalidade e demais institutos correlatos afirma-se pois: a) o sujeito titula direitos/deveres, e somente ele, por definição; b) pode titular, e pode também instituir,

se capaz, como vimos; c) delimitando a esfera do normado, delimita a esfera do jurídico, porque conquanto os fatos possam ocorrer independentes do direito, só são jurídicos porque normados.

Personalidade começa com a concepção é a tese de Beviláqua - Projeto do CC de 1899. Razões: desde a concepção há proteção; ou a personalidade já existe ou há direitos sem sujeitos (Windscheid); o direito romano é vacilante, mas segundo Windscheid: o feto ainda não é homem, porém, se nasce capaz de direito, sua existência se computa desde a concepção (BEVILAQUA, 1955, pp. 65-67).

Já se afirmou como condição do início da existência do sujeito: separação do ventre materno; respiração (ao menos uma); forma humana (a se rejeitar “figuras monstruosas”, segundo vocabulário da época); viabilidade da vida (segundo um “confiável” prognóstico). Ao menos no direito pátrio, a terceira e a quarta condições não prosperam.

3.1.2.3 *Direito sem sujeito*

Historia Caio Mário:

Ihering, Windscheid, Kohler – sustentam a possibilidade de direitos sem sujeito. Normalmente o tem, argumentam, mas como haverá casos em que não existe, o elemento subjetivo não seria da essência do direito.

(PEREIRA, 2012, p. 33).

Ferrara defendeu a tese de que o direito, em casos desta ordem (nascituro) apresenta-se como vinculação de bens reservados a um sujeito futuro. Cunha Gonçalves igualmente defende a presença do sujeito como da essência do direito, mas não concorda em que seja admitido como de existência futura, dizendo que, embora indeterminado ou incerto, ele não falta inteiramente, porque há sempre alguém que o represente (...) (PEREIRA, 2012, pp. 32-33).

Conclui com posição própria:

Entendemos que não há direito sem sujeito, porque na ideia do poder de ação, como do interesse a que esta se dirige, é essencial o ente a que a norma o destina. Não aceitando a explicação de Cunha Gonçalves, que confunde a ideia do sujeito com a do representante (...), o que se tem de aceitar é que o direito já existe e tem um sujeito em estado potencial ou em expectativa, agindo por via do seu representante, mas com existência distinta deste. Com o nascimento realiza-se o pressuposto de integração da relação jurídica. Se não vem a nascer, positiva-se a falta do sujeito, e o direito não se integra. Por isto mesmo frustra-se. (...) é ontologicamente inconcebível uma vontade cujo poder é assegurado pela ordem legal, sem o portador desta mesma vontade (PEREIRA, 2012, pp. 32-33).

Trata-se de notável comentário histórico. Observamos apenas apegos à semânticas desnecessárias. O direito subjetivo é efeito de norma permissiva forte, e implica inviolabilidade, sob pena de incidência de norma sancionatória, daí dizermos que a permissão de um sujeito implica na obrigação de um, ou vários sujeitos, sempre sujeitos. Não há titulação (direito/obrigação) entre não-sujeitos. Heis quão primeva é a reflexão sobre o ser-sujeito; verdadeira *teoria dos entes do direito*.

4 DIREITO SUBJETIVO E RELAÇÃO JURÍDICA

O desenrolar do direito em ação manifesta-se como relação. Direitos subjetivos implicam relação, pois direitos subjetivos *são* na relação e esta deles se compõe, incluídas também, aí, as obrigações correlatas.

4.1 Direito subjetivo – breve esboço histórico.

No Direito romano, a noção de direito subjetivo não era expressa. Mas ia implícita nestas passagens do Digesto: “*Todo direito de que no utilizamos pertence ou às pessoas, ou às coisas, ou às ações.*” (Livro I, tít. V, fr. 1); “*Os direitos se constituem não para as pessoas, porém com caráter de generalidade.*” (Livro I, tít. III, fr. 8).

No Jusracionalismo iluminista: virada metodológica a que se refere Bobbio (2004, pp. 55-58) opera uma inversão na perspectiva sujeito-sociedade e pois naquela outra direito subjetivo/ordem objetiva; máxime com a racionalidade axiomático-deductiva a partir de estados pré-positivos de direitos individuais (subjetivos).

4.1.1 Antissubjetivistas

Segundo excelente exposição de Caio Mário (PEREIRA, 2012, Cap. II, *passim*), Duguit nega poder às pessoas, somente existe o direito subjetivo, aplicado individualmente: situação subjetiva (regra objetiva enquanto se relaciona ao indivíduo); para Kelsen só há norma: há norma individual mas ainda parte do direito objetivo - ainda sentido objetivo de atos visantes da conduta humana.

4.1.2 Argumento de Hart

Hart pensa o tema, como já notamos de passagem, sob uma perspectiva pragmática de função: as normas são o que são por sua função; esta função determina-se pela forma como os utentes dum sistema jurídico se relacionam com as normas; e assim as normas se classificam, basicamente em normas primárias (de obrigação) e secundárias (de poderes: de julgamento e modificação; e a regra de reconhecimento) (HART, 2009, pp. 58 e 118 e ss.).

4.1.3 Teoria do Direito Subjetivo.

Para Windscheid (teoria psicológica ou da vontade):

poder de ação assegurado pela ordem jurídica”. “O direito objetivo estatui, então, uma conduta, e a vontade pode espadir-se dentro dos limites traçados. Precisamente porque a faculdade de ação obedece ao impulso da vontade, esta é o fundamento ou o elemento essencial do direito subjetivo (PEREIRA, 2012, p. 28).

Ihering (teoria do interesse) faz crítica à teoria da vontade e aponta o caso do incapaz, e daquele que ignora seus direitos. Assim “o direito subjetivo é um interesse juridicamente protegido” (elemento substancial: finalidade prática, utilidade, interesse; elemento formal: proteção jurídica por via da ação) (PEREIRA, 2012, p. 28).

Teorias Mistas (Jellinek, Saleiells, outros) fizeram uma crítica à Ihering: na própria noção de vontade há a de finalidade, uma (momento interno psíquico) e outra (momento externo finalístico) fazem-se presentes; ademais, incapacidade não retira personalidade; ex., indivíduo que capaz, ciente e titular, mantém-se inerte e, não obstante portador do direito subjetivo. Assim: “o direito subjetivo é um poder da vontade, para a satisfação dos interesses humanos, em conformidade com a norma jurídica. (...) Poder de ação, interesse e submissão ao direito objetivo, eis os elementos do direito subjetivo” (PEREIRA, 2012, p. 29).

4.2. Desmembramento analítico do direito subjetivo: a dogmática: Caio Mário como exemplo.

Para o já citado autor o direito subjetivo compõe-se de três elementos essenciais, constantes, e vinculados à sua estrutura: *sujeito* (que tem o poder de exigir), *objeto* (que traduz a satisfação daquele poder) e *relação jurídica* (vínculo jurídico, que é o meio técnico de que se vale a ordem legal, para a

integração efetiva da vontade). Teoriza-se sobre a existência de um quarto elemento – tegumento protetor do direito, sua tutela jurídica:

Para Edmond Picard (e Cunha Gonçalves), o direito não está completo sem a *proteção-constrangimento*, por cuja via o Estado assegura a integridade do direito, protegendo-o de toda lesão. (...) sendo a *coercibilidade* inerente ao direito perfeito e eficaz, a *acionabilidade* faz parte de seu conteúdo (PEREIRA, 2012, p. 37).

Conclui Caio Mário:

(...) a ação não se integra na etiologia do poder de vontade do sujeito (...). (...) é um fator externo do direito, correlato da lesão. Somente em face desta é que se define. O direito subjetivo pode, portanto, nascer, viver e extinguir-se sem que a sua negação proporcione ao titular a invocação da coercibilidade (PEREIRA, 2012, p. 37).

Neste ponto, repetimos o que dissemos: observamos apenas apegos à semânticas desnecessárias. O direito subjetivo é efeito de norma permissiva forte, e implica inviolabilidade, sob pena de incidência de norma sancionatória, daí dizermos que a permissão de um sujeito implica na obrigação de um, ou vários sujeitos, sempre sujeitos, não há titulação (direito/obrigação) entre não-sujeitos.

Ora não dista da posição de Kelsen, que bem adverte a razão (científica; de circunscrição so objeto) de se conceber o direito como ordem de coação (KELSEN, 2011, pp. 56 e 60).

5 O FENÔMENO-DIREITO. (IN)CONCLUSÃO EPISTEMOLÓGICA

Se o conhecido se nos dá como fenômeno, já notara Kant, cumpre perquirir formas de apreensão que nos fornecem a essência do percebido – Husserl.

Ora, o fenômeno-direito se dá a nós como norma, tal o produto da variação imaginária (ou variação eidética), que elimina o contingente acidental, desvelando o incontingente (epistemológico) essencial: o direito enquanto fenômeno varia em conteúdos; a pluralidade espacio-temporal dos conteúdos do fenômeno jurídico é inegável; mantém-se, todavia, em forma: forma normativa.

Forma normativa que se expressa como prescrição e, já por condição transcendental, dá-se como proibição, negação, permissão. Inexiste outra forma de expressão-captação do fenômeno-direito. Daí ser possível uma lógica deôntica (sistematizou-a von Wrighth): i.e., possibilidade de surpreender as estruturas formais do direito, enquanto fenômeno (de pensamento ou linguagem – seja como for).

Mas tomar o direito como fenômeno normativo, ou essencialmente normativo, não é apodítico, embora possível, já por conta da existência de determinantes (condicionantes), como já anotamos: por isso não se conclui simplesmente, mas se conclui às avessas como simples possibilidade.

A se (in)concluir: (a) a essência perceptiva do direito são normas; (b) as normas se nos dão de uma dada *forma*, passível de ser logicamente descrita; (c) constitutivo dessas normas são os atos humanos (ou seu sentido, quem o saberá?); (d) por essa razão, perquirir a determinação da personalidade e seu plus, capacidade, é de suma importância para se determinar o campo em que o direito *vale*, fora desse campo não vale (como fenômeno!); (e) sendo, o direito assim concebido, efetivamente constituído pelos atos (normativos) dos sujeitos capazes, em alguma medida, (já que, em alguma medida, todo sujeito capaz não é senão competente para normar, seja contratualmente, seja legislativamente em sentido próprio, seja mesmo jurisdicionalmente); (f) por outro lado, todo sujeito-pessoa, titula (direitos/obrigações, oriundas dessa normatividade, derivada dos atos); (g) a identificação ser-humano/ser-sujeito é necessária aprioristicamente somente no caso limite em que se exige ao menos dois sujeitos humanos de direito, sendo a dissociação possível em hipótese teórica, ainda que, por óbvio, não seja desejável do ponto de vista prático-axiológico; (h) seja como for, reiterar-se, a determinação dos sujeitos no sentido exposto determina o campo a priori de possibilidades do direito.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7ª ed. São Paulo: Editora Paulo de Azevedo, 1955.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Direito**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta – volume 1º**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

COPI, Irvin M. **Introdução à Lógica**. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GUIBOURG, Ricardo. **Lógica, proposición y norma**. Editorial Astrea: Buenos Aires, 2009.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MONCADA, Luís Cabral. **Filosofia do Direito e do Estado – Volume I – Parte Histórica**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1955.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – volume I**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – tomo I.** Campinas: Bookseller, 2000.

REINACH, Adolf. **Los Fundamentos Apriorísticos del Derecho Civil.** Librería Bosch: Barcelona, 1934.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007.

SILVA, Vicente Ferreira da. **Lógica Simbólica.** São Paulo: É Realizações, 2009.

TARSKI, Alfred. **Introduction to Logic and to the Methodology of Deductive Sciences.** New York: Dover, 1995 (reimpressão da edição de 1941, da Oxford University Press, New York).

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito.** 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000

_____. **Escritos Jurídicos e Filosóficos – volume 1.** São Paulo: Axis Mvndi-IBET, 2003.