



Universidades Lusíada

Capitão, José Gonçalo de Areias, 1964-

Direito subjetivo : uma realidade dicotómica?

<http://hdl.handle.net/11067/7547>

<https://doi.org/10.34628/HMSW-XW91>

Metadados

Data de Publicação

2024

Resumo

O conceito de direito subjetivo tem sido analisado, ao longo do tempo, de forma espartilhada no âmbito do direito público e do direito privado, em termos que conduziram ao entendimento que os direitos subjetivos públicos e os direitos subjetivos privados constituíam realidades distintas. No presente texto pretende-se evidenciar a natureza unívoca do direito subjetivo, ainda que evidenciando as especificidades do respetivo exercício e tutela consoante a ambiência pública ou privada em que estejam...

The concept of subjective right has been analysed over time in a fragmented way in the context of public and private law, in terms that led to the understanding that public subjective rights and private subjective rights were distinct realities. The aim of this text is to emphasise the univocal nature of subjective rights, while highlighting the specificities of their exercise and protection depending on the public or private environment we are in....

Editor

Universidade Lusíada Editora

Palavras Chave

Direito - Filosofia

Tipo

article

Revisão de Pares

yes

Coleções

[ULL-FD] LD, s. 2, n. 31 (2024)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-22T00:17:28Z com informação proveniente do Repositório

DIREITO SUBJETIVO. UMA REALIDADE DICOTÓMICA?

*SUBJECTIVE RIGHTS.
A DICHOTOMOUS REALITY?*

Gonçalo Capitão¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/HMSW-XW91>

Resumo: O conceito de direito subjetivo tem sido analisado, ao longo do tempo, de forma espalhada no âmbito do direito público e do direito privado, em termos que conduziram ao entendimento que os direitos subjetivos públicos e os direitos subjetivos privados constituíam realidades distintas. No presente texto pretende-se evidenciar a natureza unívoca do direito subjetivo, ainda que evidenciando as especificidades do respetivo exercício e tutela consoante a ambiência pública ou privada em que estejamos.

Palavras-chave: Direito subjetivo; Direito de propriedade; Direitos fundamentais.

Abstract: The concept of subjective right has been analysed over time in a fragmented way in the context of public and private law, in terms that led to the understanding that public subjective rights and private subjective rights were distinct realities. The aim of this text is to emphasise the univocal nature of subjective rights, while highlighting the specificities of their exercise and protection depending on the public or private environment we are in.

Keywords: Subjective right; Property right; Fundamental rights.

Sumário: Considerações introdutórias. 1. Direito subjetivo. 1.1. Direito objetivo / Direito subjetivo. 1.2. Natureza. 1.2.1. Teoria da vontade. 1.2.2. Teoria do interesse. 1.2.3. Teorias ecléticas. 1.2.4. Posições autónomas. 1.3.

¹ Advogado.

Aproximação ao conceito. **2. Direitos subjetivos e Direito Público.** 2.1. Contraposição com o direito objetivo. 2.2. Natureza e função. 2.3. A classificação de Garcia de Enterría. **3. O problema da configuração dos direitos fundamentais como direitos subjetivos.** 3.1. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais. 3.2. A oponibilidade dos direitos fundamentais. 3.3. Exigibilidade e acionabilidade. **4. A defesa da unidade conceptual.** 4.1. A unicidade complexa do sistema normativo. 4.2. Uma visão poligonal do direito subjetivo. **5. O direito de propriedade: direito subjetivo fundamental?**

Considerações introdutórias

Partindo da observação das dificuldades que se têm suscitado no âmbito do direito público sobre a determinação da natureza dos direitos fundamentais, em especial dos direitos fundamentais sociais e dos de 3.^a geração, e da tendência para adotar uma visão dualista dos direitos subjetivos, assentando numa distinção, que me parece artificial, entre direitos subjetivos públicos e direitos subjetivos privados, a presente reflexão assenta numa primeira aproximação ao que é essencial na figura do direito subjetivo, no sentido de tentar, a partir daí, aferir da eventual desnecessidade da fragmentação conceptual referida.

A análise que farei será necessariamente sintética e parcial, mais não constituindo que uma primeira reflexão sobre os múltiplos aspetos que serão merecedores de estudo mais aprofundado e que poderão, no futuro, permitir que retome o tema e tente apresentar uma visão mais completa e consolidada da figura do direito subjetivo no âmbito do Direito Público.

Por outro lado, a reflexão que agora faço tem como pano de fundo, muitas vezes não expressamente assumido, o direito de propriedade privada que, constitui, na minha opinião, um exemplo paradigmático de direito subjetivo onde a generalidade das dificuldades se manifestam e têm sido suscitadas.

Não obstante as limitações pessoais e circunstanciais desta reflexão, pretendo com ela lançar pistas para uma “reunificação” conceptual do direito subjetivo que me parece bem mais compatível com a realidade atual do que a visão esparilhada que, apenas, se justificará como método de análise e estudo e não como visão conclusiva do mesmo.

1. Direito subjetivo

1.1. Direito objetivo / direito subjetivo

Uma análise metodológica do direito subjetivo pressupõe, mesmo que de forma telegráfica, umas palavras sobre a relação existente entre o direito subjetivo e o Direito objetivo.

Não no sentido de uma abordagem filosófica sobre o que é o Direito, de onde seguramente não sairia, mas no sentido de permitir compreender o enquadramento conceptual que constitui o meu ponto de partida.

*“O direito subjetivo é tradicionalmente designado como «a faculdade subjetiva que resulta do direito objectivo para o indivíduo”*².

Nesta visão do direito subjetivo, existe uma precedência lógica do direito objetivo em relação ao direito subjetivo, o que tem sido objeto de discussão e de contestação.

A título de exemplo, partindo da afirmação que citei, Heinrich Ewald Hölster defende que a discussão sobre a precedência de um em relação ao outro tem pouco interesse prático, defendendo que direito objetivo e direito subjetivo são de constituição simultânea, apresentando uma relação de interdependência e de condicionamento mútuo³.

Na minha opinião, a ligação existente entre os dois é bem mais do que uma relação de interdependência ou de condicionamento, pois reportam-se à mesma realidade.

O Direito objetivo enquanto ordenação normativa da vida social estabelece direitos subjetivos, da mesma forma que a constituição de direitos subjetivos assegura a normação da ordem social.

Na verdade, se a função e objeto do Direito objetivo consiste na ordenação da vida social, ou seja, no estabelecimento de padrões comportamentais dos indivíduos, que assegurem a sua convivência pacífica e propiciadora de felicidade e o estabelecimento de padrões comportamentais traduz-se na constituição de direitos subjetivos e deveres jurídicos a que cada elemento da sociedade fica vinculado, seremos obrigados a concluir que direito objetivo e direito subjetivo serão duas perspetivas da mesma realidade ordenadora.

Uma perspetiva objetiva que olha a ordenação social, na perspetiva da própria vida em sociedade, isto é, numa perspetiva coletiva ou comunitária; e uma perspetiva subjetiva que olha a ordenação social, na perspetiva do indivíduo, isto é, na perspetiva da tutela ou garantia da sua liberdade, num sentido, ou do condicionamento dessa liberdade, no outro.

Daí que não seja possível a existência de direito objetivo sem direitos subjetivos, pois é impossível existirem normas sociais sem pessoas e não seja possível existirem direitos subjetivos sem direito objetivo, pois é impossível atribuir poderes ou faculdades a uma pessoa sem que exista vida em sociedade e, consequentemente, sem que se esteja a ordenar a vida em sociedade.

² Cfr. Heinrich Ewald Hölster (1992), *A parte geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, p. 45.

³ Cfr. Heinrich Ewald Hölster (1992), *A parte geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, pp. 45-46.

Entendo, por isso, que não existe qualquer relação de precedência ou, mesmo, qualquer relação de interdependência, sendo direito objetivo e direito subjetivo a mesma realidade.

Nesta perspetiva, direito subjetivo não é mais que direito objetivo subjetivado, ou seja, o “espelho” do direito objetivo na esfera jurídica do indivíduo.

Sendo, aliás, essa subjetivação do direito objetivo a revelação do elemento essencial da sua exigibilidade.

Exigibilidade que, a par da obrigatoriedade, é elemento essencial do Direito, no sentido de que sem elas não há Direito⁴.

Ora, a exigibilidade do Direito objetivo constitui, precisamente, o direito subjetivo daquele que a pode exercer.

1.2. Natureza

Perspetivado o direito subjetivo como a exigibilidade subjetiva do Direito objetivo, importa agora, em termos, igual e necessariamente sintéticos, tecer algumas considerações sobre a sua natureza.

A esse propósito muitas são as teses que se têm confrontado na doutrina, merecedoras de uma profunda e apurada análise, de que, por razões óbvias não poderei, nem conseguiria, dar nota num texto com esta natureza.

De todo o modo, dada a relevância que possui para o objeto do meu estudo tentarei dar uma ideia superficial das principais teses, começando pelas conceções clássicas.

1.2.1. Teoria da vontade

A teoria da vontade vê o direito subjetivo como uma garantia jurídica do poder de vontade do indivíduo⁵.

Na defesa deste entendimento destacaram-se Savigny, Putcha e Windscheid.

Esta teoria assenta num enquadramento mais vasto de uma visão do Direito (Civil) construída com base na essencialidade do elemento voluntário.

Na verdade, é entendimento de Savigny que a relação de direito é o domínio da vontade livre⁶.

⁴ A propósito da obrigatoriedade e exigibilidade como elementos essenciais do Direito, v. João Baptista Machado (2019), *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, p. 34.

⁵ Cfr. Heinrich Ewald Hölster (1992), *A parte geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, p. 230.

⁶ Cfr. M. F. C. De Savigny (1878), *Sistema del Derecho Romano Actual*, México, p. 224.

Nesse sentido, para ele, o direito subjetivo é um poder da vontade^{7/8}.

O traço sedutor desta teoria prende-se com a sua especial ligação à liberdade do indivíduo como marca essencial do conceito. A tutela da vontade é, por natureza, a tutela de um espaço de liberdade individual.

Sendo que o direito subjetivo seria, nesta perspetiva, o mecanismo jurídico que assegurava essa tutela, sob a forma de um poder jurídico, legalmente conferido.

Essa ideia é claramente assumida por Georg Friedrich Puchta quando afirma que “o direito é, por conseguinte, o reconhecimento da liberdade jurídica das pessoas, que se exterioriza na sua vontade e na sua atuação sobre os objectos”⁹.

Por seu turno, Bernard Windscheid, mantendo a vontade como elemento essencial do conceito de direito subjetivo, acabou por o configurar numa perspetiva técnica, como a proteção jurídica concedida a um poder de vontade^{10/11}.

Não obstante o traço sedutor que assinala, não me revejo na teoria da vontade, pois ela não justifica a existência de direitos subjetivos em relação àqueles que não possuem vontade própria: nascituros, pessoas em coma, pessoas com grave deficiência psíquica.

Sendo que, atendendo ao que referi no enquadramento inicial, a vontade relevante no direito subjetivo¹² não é a vontade individual.

Com efeito, no que ao direito positivo diz respeito, a vontade relevante será a vontade coletiva e, para um jusnaturalista, poderá não ser, sequer, uma vontade humana.

1.2.2. Teoria do interesse

Ihering parte da crítica à teoria da vontade, para construir a teoria do interesse.

No seu entendimento a teoria da vontade limitava-se a atender à estrutura do direito subjetivo, sem ponderar o seu elemento finalístico.

⁷ Toda a visão do direito de Savigny está marcada pelo poder da vontade. No seu entendimento: “El derecho, considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos los lados nuestro sêr, 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” (cfr. M. F. C. de Savigny (1878), *Sistema del Derecho Romano Actual*, México, p. 25)

⁸ “Bajo el punto de vista en que nos hemos colocado, cada relación de derecho nos aparece como relación de persona á persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna á cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña” (cfr. M. F. C. de Savigny (1878), *Sistema del Derecho Romano Actual*, México, pp. 223-224).

⁹ Georg Friedrich Puchta, Institutionen, citado por António Menezes Cordeiro (1999), *Tratado de Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, p. 107.

¹⁰ Cfr. António Menezes Cordeiro (1999), *Tratado de Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, p. 108.

¹¹ Como sublinha Freddy Escobar Rozas *El derecho subjetivo – consideraciones en torno a su esencia y estructura*, in *Ius et veritas*, 16, p.281.

¹² No que se reporta à sua existência e não ao seu exercício.

Para ele a essência do direito subjetivo não é a vontade, mas o seu aproveitamento, ou seja, a sua finalidade.

Sendo que, a finalidade da vontade de que falavam os defensores da teoria da vontade é um interesse.

Por isso, Ihering entende que o Direito subjetivo constitui um interesse juridicamente protegido.

Trata-se, no entanto, de uma teoria que apenas olha para o elemento finalístico do direito e não para o que ele realmente é, ou seja, para a sua estrutura.

Por essa razão, entendo que também esta teoria não retrata fielmente a essência do direito subjetivo.

Por um lado, porque o interesse, mesmo quando está presente (o que sucede na maioria das situações) constitui o objetivo ou finalidade pela qual é conferido o direito, mas não constitui o direito subjetivo em si¹³.

Por outro, porque o direito subjetivo é atribuído e titulado, independentemente do interesse individual. O direito à vida existe, mesmo na esfera jurídica de um suicida.

O direito de propriedade existe, mesmo para quem o não queira. Poderá não o exercer ou abandonar a coisa, mas a extinção não é imediata.

Para além de que o interesse constitui a realidade que é protegida ou tutelada pelo direito e não o direito em si.

O interesse poderá ser o fundamento ou o fim do direito, mas constitui um elemento exterior ao direito, ou seja, o interesse pode determinar a constituição do direito, mas não é o direito.

Sendo que, na minha perspetiva, apenas será determinante na constituição do direito se for essa a solução adotada no âmbito da ponderação que é necessariamente feita na ordenação da vida social.

O interesse fulcral será, por isso, um interesse coletivo ou social, que justifica ou obriga à tutela de um interesse individual - razão pela qual o interesse individual cede perante o interesse coletivo.

É verdade que o interesse coletivo não pode ser prosseguido à custa de qualquer sacrifício do interesse individual, mas a limitação está no facto de a própria proteção do interesse individual, em relação a determinado tipo de afetações ou de intensidade de afetação, se assumir como um interesse coletivo.

Estas limitações apenas revelam que o interesse coletivo assenta na garantia da dignidade da pessoa humana, individualmente considerada, e na maximização da felicidade dos membros da sociedade, depois de garantida aquela condição mínima a todos e a cada um.

¹³ Embora considerando que esta crítica não é decisiva, Menezes Cordeiro acaba por concluir que a principal característica da posição de Ihering, foi o de reduzir o direito subjetivo à “*mera realidade subjacente*” (cfr. António Menezes Cordeiro (1999), *Tratado de Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, p. 111).

Por isso, não sendo o Direito objetivo um mero “jogo” de interesses individuais, a teoria dos interesses torna-se estruturalmente desligada do direito subjetivo e finalisticamente incapaz de evidenciar, na sua plenitude, a finalidade da constituição do direito.

1.2.3. Teorias ecléticas

Assente na rejeição das duas teorias que venho de identificar surgiram um conjunto de teorias que tentaram conciliá-las, com o intuito de ultrapassarem as dificuldades ou incapacidades evidenciadas por cada uma, isoladamente.

Um dos autores que procurou essa aproximação foi Georg Jellinek, para quem “o direito subjetivo era um bem ou um interesse protegido pelo poder da vontade pertencente ao indivíduo”¹⁴.

Igual aproximação foi tentada por Regelsberger, para quem o direito subjetivo existe quando a ordem jurídica faculta à pessoa a realização de um escopo reconhecido (interesse protegido) e lhe reconhece, para isso, um poder jurídico (poder da vontade)¹⁵.

O problema destas teorias ecléticas, como, aliás, sucede repetidamente com este tipo de soluções conciliatórias, é que são adotadas tentando aproveitar o melhor das duas posições existentes e acabam por ficar reféns dos aspetos negativos que levaram os seus autores a rejeitar cada uma delas, quando analisadas de forma isolada.

Em primeiro lugar, porque continuam a não atender ao direito subjetivo em si, ao que ele é, mas ao que ele protege ou visa.

Em segundo lugar, porque as dificuldades relativas à falta de vontade, em algumas situações, ou à irrelevância do interesse, noutras situações, continuam a estar presentes nestas teorias ecléticas.

Em terceiro lugar, porque continua a desconsiderar a componente objetiva do direito de que o direito subjetivo é parte e, em consequência, a perspectiva coletiva que marca o direito subjetivo no momento da sua constituição, não obstante a preponderância subjetiva que caracteriza o seu exercício.

Porém, a principal crítica que entendo que tais teorias merecem continua a ser o facto de se centrarem no *porquê* e no *para quê*, desconsiderando o “*o quê*”.

1.2.4. Posições autónomas

Em virtude da incapacidade das teorias clássicas explicarem de forma cabal o que é o direito subjetivo, surgiram muitas outras aproximações ao conceito que tentaram encontrar fora do confronto entre a tutela da vontade e a tutela dos

¹⁴ Citado por Jean Dadin (1995), *El derecho subjetivo*, Revista de Derecho Privado, p. 91, apud. Freddy Escobar Rozas, *El derecho subjetivo – consideraciones en torno a su esencia y estructura*, in *Ius et veritas*, 16, p. 283.

¹⁵ Cfr. Ferdinand Regelsberger (1893), *Pandekten*, Leipzig, p. 76.

interesses a essência do conceito de direito subjetivo.

A variedade de soluções é imensa, pelo que mais não consigo que enunciar umas quantas que entendo relevantes para evidenciar o estilo de abordagem e para provocar a reflexão sobre o conceito.

Assim, Ennecerus-Nipperdey, tentando objetivar mais o conceito de direito subjetivo, vem defender que se trata de “*uma posição de poder estável atribuído à pessoa*”¹⁶.

Já Léon Duguit opta por uma tese negativista, defendendo que a própria figura do direito subjetivo tinha uma natureza anti-social. Por isso, o que se pode identificar na sociedade é um conjunto de situações de vantagem subjetivas, garantidas pelo poder estadual, não sendo os direitos subjetivos mais do que a re-tratação desse fenómeno¹⁷.

Por seu turno, August Thon adota uma orientação protecionista, assumindo o direito subjetivo como uma *fonte de pretensões individuais* que se traduz na tutela normativa dos interesses de um particular em relação a outros particulares. Sendo que o que o caracteriza é a possibilidade de, por via judicial, impor condutas a terceiros¹⁸.

Nessa medida, o direito subjetivo constitui a proteção de um interesse, assegurando vantagens, benefícios ou lucros para o respetivo titular.

Thon tentou desta forma distinguir o fim do direito daquilo que ele é¹⁹.

Solução diversa é a adotada por Karl Larenz, que se desinteressa da conceptualização do direito subjetivo, centrando-se na sua descrição. Nessa sua perspectiva “*o conteúdo do direito subjetivo resulta da lei ou, na medida do alcance da autonomia privada, do acordo entre as partes por via de um negócio jurídico*”²⁰.

Larenz limita-se a formular um conceito de enquadramento, segundo o qual “*quando alguém tenha um direito subjectivo, isso significa que algo, pelo Direito, lhe compete ou é devido*”²¹.

Também em Portugal a conceptualização do direito subjetivo tem merecido grande atenção.

¹⁶ Cfr. Heinrich Ewald Hölster (1992), *A parte geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, p. 231.

¹⁷ Cfr. António Menezes Cordeiro (1999), *Tratado de Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, p. 115. Ainda que me pareça seguir por caminho menos certo, a tese de Duguit parece reconhecer a insuficiência das outras teorias, porquanto não apreendem a perspetiva relativa ao direito objetivo.

¹⁸ Cfr. António Menezes Cordeiro (1999), *Tratado de Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, p. 115.

¹⁹ Cfr. Freddy Escobar Rozas, *El derecho subjetivo – consideraciones en torno a su esencia y estructura*, in *Ius et veritas*, 16, p. 282.

²⁰ Cfr. Heinrich Ewald Hölster (1992), *A parte geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, p. 231.

²¹ Cfr. António Menezes Cordeiro (1999), *Tratado de Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, p. 116.

Manuel Gomes da Silva entende que o direito subjetivo é “a afetação jurídica dum bem à realização de um ou de mais fins dum pessoa individualmente considerada”²².

Por sua vez, Oliveira Ascensão vê no direito subjetivo “a posição de vantagem resultante da afectação de meios jurídicos aos fins das pessoas”²³.

Menezes Cordeiro, por seu turno, concebe o Direito subjetivo como a “permissão normativa específica de aproveitamento de um bem”²⁴.

Com um conceito mais próximo daquele que entendo mais adequado, destaco Freddy Escobar Rozas e José Carlos Vieira de Andrade.

Para Freddy Escobar Rozas o direito subjetivo é o poder de agir de modo a satisfazer o próprio interesse. Sendo a expressão “poder” utilizada num sentido muito lato, por forma a abranger quer o poder de fazer, quer a pretensão de obter de terceiros.

Para este autor, o objeto, a garantia e a tutela são elementos essenciais do direito subjetivo, mas não são ontologicamente o direito subjetivo.

Numa visão em relação à qual ainda me aproximo mais, José Carlos Vieira de Andrade considera que o direito subjetivo é “um poder ou uma faculdade para a realização efetiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respetivo titular”²⁵.

1.3. Aproximação ao conceito

Partindo das abordagens que enunciei, tentarei, agora, uma aproximação ao conceito de direito subjetivo, não na perspetiva da sua função, nem do seu fundamento, mas tentando identificar o que ele é.

Nessa perspetiva o direito subjetivo consiste num conjunto de faculdades e/ou poderes, normativamente reconhecidos ou atribuídos e tutelados, que permitem ao respetivo titular adotar determinada conduta, positiva ou negativa, e/ou impor a terceiros a adoção de determinada conduta, positiva ou negativa.

Nesta formulação a vontade ou o interesse do titular é irrelevante para a existência do direito, apenas intervindo no exercício do direito e em alguns casos específicos de aquisição (na derivada, na medida em que existe um negócio jurídico e na originária, no caso da aquisição por usucapião, por força de uma conduta voluntária factual).

Nesta conceção o direito subjetivo é atribuído por Lei, humana ou da natureza. A sua constituição e transferência é que poderá resultar de negócio jurídico

²² Cfr. Manuel Gomes da Silva (1944), *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, p. 81.

²³ Cfr. José de Oliveira Ascensão (1983), *Direito Civil – Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, p.53 ss e 522 ss..

²⁴ Cfr. António Menezes Cordeiro (1999), *Tratado de Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, p. 123.

²⁵ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade (2021), *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, p. 110.

ou de determinada atuação de facto, reconhecida pelo Direito.

O direito subjetivo, sendo, por natureza, direito subjetivado de forma individual, é, ontologicamente, externo ao indivíduo, nele se projetando.

Tal não significa que não seja um espaço de liberdade individual²⁶. Na minha perspetiva é-o inegavelmente.

O que significa é que essa liberdade é reconhecida ou atribuída numa ponderação social ou coletiva, em que a vontade e o interesse individual é, apenas, um dos fatores de ponderação, ou tem origem alheia à vontade humana, apenas competindo aos Homens interpretar a sua revelação.

A criação do Direito e, por essa via, a constituição de direitos subjetivos, é um exercício do poder (no caso do direito positivo) ou uma revelação da natureza (divina ou humana, no caso do direito natural).

O espaço de liberdade individual que resulta do direito subjetivo, tem origem no complexo de poderes e faculdades que integram o respetivo conteúdo, na medida em que o respetivo titular pode impor aos outros que aceitem a adoção de determinada conduta positiva ou negativa ou exigir dos outros determinada conduta positiva ou negativa.

A esse propósito, pouco releva determinar o ponto de partida: se de liberdade absoluta que é sacrificada para permitir a vida em sociedade; se de limitação comunitária absoluta que vai concedendo progressivamente espaço de liberdade aos seus membros.

Ainda que me incline para assumir a liberdade individual como ponto de partida, a verdade é que o Direito nasce quando a vida em sociedade aparece e, conseqüentemente, quando a liberdade absoluta²⁷ deixa de ser possível.

De todo o modo, trata-se de uma perspetiva que apenas influi no modo de encarar o Direito, pois partindo da ideia de liberdade individual, a sua função é limitadora, enquanto que, partindo da limitação comunitária, a sua função será libertadora.

O direito subjetivo não deixa, no entanto, em qualquer uma das visões, de ser o que é: um conjunto de poderes e faculdades.

Esta visão do direito subjetivo permite compreender que os direitos subjetivos públicos e os direitos subjetivos privados são, na verdade, uma mesma realidade.

²⁶ Sobre a perspetiva histórico-idelógica do direito subjetivo no Século XX e a sua importância como espaço de liberdade ver António Menezes Cordeiro (1999), *Tratado de Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, pp. 119-120.

²⁷ Não obstante ceder à utilização da expressão “liberdade absoluta”, a verdade é que a liberdade do indivíduo nunca seria uma liberdade absoluta, contrariamente ao que os liberais mais radicais possam defender. Na verdade, mesmo numa configuração teórica do indivíduo desinserido da sociedade, a sua liberdade seria sempre limitada pela própria natureza e pelas suas regras, que sempre revelariam as inúmeras limitações e incapacidades humanas.

Com efeito, ao contrário do que certos autores identificam como sendo duas espécies de direitos diferentes, ainda que incidindo sobre o mesmo objeto, o direito subjetivo é uno, podendo ser oponível a outros indivíduos ou às entidades públicas.

O direito é o mesmo, a sua externalização ou manifestação externa é que assume particularidades diversas, por força da natureza do sujeito passivo da relação jurídica que se estabelece.

Por outro lado, a tentativa de separação das duas realidades (direitos subjetivos públicos e direitos subjetivos privados) em virtude de diversos conteúdos de uns e de outros, nomeadamente no que se reporta ao nível de concretização ou de liquidez do direito, também me parece desadequada.

A rarefação ou densidade do conteúdo não influem na natureza do direito, mas, tão só, nas características específicas de determinado direito.

Na verdade, todos os direitos subjetivos são distintos e a sua densidade e efetividade diversas. Em nenhum caso deixam, no entanto, de constituir direitos subjetivos.

O que será exigível para que de direito subjetivo se trate é que exista um conteúdo mínimo dispositivo que permita ao seu titular exercê-lo no sentido de adotar uma determinada conduta ou de exigir determinada conduta de terceiro.

O que significa que, mesmo os direitos fundamentais de 3.^a geração são verdadeiros direitos subjetivos, pois colocam os respetivos titulares na posição de poderem exigir de terceiros a prática de determinados atos ou a abstenção da adoção de determinadas condutas.

A este propósito será interessante estabelecer a fronteira dos direitos subjetivos com as posições subjetivas que não assumem intensidade e concretização suficiente para alcançar tal qualificação, recuperando a já tradicional distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos ou interesses legalmente protegidos que é feita no âmbito do direito administrativo, em especial ao nível do direito italiano, por força das especiais regras de separação da jurisdição administrativa com a jurisdição comum.

Esta conceção do direito subjetivo não afasta a consideração dos seus fundamentos, da sua finalidade e da sua tutela.

Não obstante ser uma conceção que se centra na estrutura e conteúdo do direito subjetivo, não significa que não existam outros elementos relevantes no estudo do direito subjetivo.

Significa, tão só, que esses outros elementos são externos ao direito subjetivo propriamente dito e que a sua mutação não afeta ontologicamente o direito subjetivo.

Porém, na perspetiva que perfilho, mesmo esses elementos externos ao conceito são claramente influenciados pela visão unitária do direito objetivo e dos direitos subjetivos.

Na verdade, a vontade, como elemento da liberdade individual, partilha a função fundadora do direito com a vontade coletiva.

A vontade individual não é o elemento determinante da constituição do direito, mas um fator de ponderação e um limite de intervenção.

Fator de ponderação, numa operação de compatibilização das diversas vontades individuais entre si e com a vontade coletiva.

Limite de intervenção, porquanto a vontade, enquanto elemento de liberdade individual, integra o conceito da dignidade da pessoa humana, o que faz com que exista um reduto de liberdade e logo de vontade individual que não pode ser afetado.

Por outro lado, a finalidade e a função do direito têm no interesse o seu elemento essencial. Trata-se, contudo, de um interesse múltiplo e não singular. Com efeito, não estão em causa, apenas, interesses individuais que se contrapõem, mas, também, interesses públicos de paz e ordenação social e, mesmo, interesses públicos específicos que assumem especial relevância na conformação material do direito.

Por essa razão, entendo que a função do direito subjetivo não se esgota na proteção ou prossecução do interesse do seu titular, como tende a afirmar a doutrina civilística.

A função do direito subjetivo vai muito para além do interesse individual do titular, que pode até nem existir, concretizando interesses coletivos que são inerentes ao direito objetivo que se manifesta no direito subjetivo.

É, contudo, essencial ter presente que o direito subjetivo constitui uma manifestação ou um reduto de liberdade do indivíduo.

Tal característica genética não é, no entanto, antagónica com o reconhecimento da função social ou comunitária que exerce ou da influência dos interesses públicos que lhe está associada.

As preocupações comunitárias e os interesses públicos são marcantes no momento da determinação do conteúdo do direito subjetivo (mais nuns do que noutros, por razões óbvias), entrando nesse momento inevitavelmente em tensão com a marcação do perímetro da liberdade individual²⁸.

Ora, delimitado o conteúdo do direito, ele passa a constituir inegavelmente uma manifestação da liberdade que foi reconhecida ao seu titular.

Liberdade essa que continua a ter nessas preocupações comunitárias e interesses públicos, bem como na liberdade dos outros, os limites externos dos direitos subjetivos²⁹.

²⁸ Especialmente para quem, como eu, parte de uma conceção filosófica e política liberal, mesmo que mitigada.

²⁹ Quanto a estes limites externos, v. Heinrich Ewald Hölster (1992), *A parte geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, p. 280.

2. Direitos subjetivos e o Direito Público.

2.1. Contraposição com o direito objetivo.

O direito subjetivo, num ambiente de Direito Público, é uma decorrência ou constitui um produto do Estado de Direito³⁰.

O Estado, ao reconhecer a supremacia do Direito e a ela se sujeitar, está, inevitavelmente, a reconhecer espaços de liberdade aos particulares que tem de respeitar.

Dito de outro modo, está a permitir que os particulares lhes exijam o respeito pelos espaços de liberdade que a lei ou a ordem natural lhes conferiram, o que tanto pode passar pela perspectiva negativa de o Estado não poder impedir ou interferir no exercício dos direitos dos particulares, como na possibilidade de estes exigirem do Estado determinados comportamentos concretizadores dos seus direitos.

Com efeito, o Direito, ao ordenar a vida em sociedade, estabelece um conjunto de direitos e obrigações dos seus membros, moldando as respetivas esferas jurídicas e criando espaços de limitação e zonas de liberdade.

Os direitos subjetivos, reportando-se a essas zonas de liberdade, acabam por surgir, no âmbito do Direito Público, como instrumentos de defesa ou proteção do indivíduo face ao Estado e aos demais entes públicos.

É verdade que, por força dos poderes de autoridade, esta função de garantia ou de proteção evidencia-se de uma forma mais intensa, mas na realidade estamos a falar da mesma função protetora, ainda que menos intensa, que o direito subjetivo exerce no âmbito do direito privado.

Embora com menor intensidade, também no Direito privado, o direito subjetivo tem uma função protetora da liberdade do indivíduo em relação aos outros indivíduos.

A especial diferença é que, no Direito privado essa função protetora manifesta-se entre iguais, ao passo que no âmbito do Direito público, a função protetora manifesta-se em relação a entes que têm o domínio do poder coercivo³¹.

De todo o modo, estas posições jurídicas subjetivas, conforme referi, são a mesma realidade que a ordenação social feita pelo Direito objetivo, ainda que vistas no sentido da aferição subjetiva do quadro normativo criado.

³⁰ Segundo Dhenize Maria Franco Dias (2012), *O direito público subjetivo e a tutela dos Direitos Fundamentais Sociais*, in Revista Jurídica da Presidência, 102, p. 237) a afirmação é de Norberto Bobbio.

³¹ Deveria dizer “o domínio exclusivo do poder coercivo”, mas essa já não é a realidade atual. Na atualidade, mesmo no âmbito do Direito privado, o direito subjetivo pode assumir uma posição de garantia ou de proteção em relação a outros privados que exercem uma posição de domínio. São cada vez mais numerosos os casos e intensas as manifestações de domínio nas relações que se estabelecem entre privados. Nos dias de hoje, creio poder afirmar-se que a tendência de atenuação do poder coercivo das entidades públicas tem sido acompanhada por uma tendência de desequilíbrio nas relações entre privados. Estas duas tendências revelam, na minha opinião, a unicidade da natureza e função do direito subjetivo, como tentarei evidenciar em seguida.

2.2. Natureza e função.

Na aproximação concetual que realizei anteriormente resulta claro que, na minha perspetiva, o direito subjetivo tem a natureza de poder ou faculdade.

Sendo que, no que à sua natureza diz respeito, não existe qualquer mutação ou configuração dual num ambiente de direito privado ou de direito público.

Em ambos os enquadramentos, o titular do direito goza de um poder ou faculdade de agir ou de exigir uma atuação positiva ou passiva de outrem.

A função exercida é que poderá assumir contornos diversos.

É que o elemento finalístico ou funcional do direito subjetivo é o interesse, no sentido de que *“o interesse – um dado interesse ou vários – é o fim, em vista do qual a ordem jurídica confere qualquer direito subjetivo”*³².

Ora, é precisamente quanto a esse elemento finalístico que o direito subjetivo assume diferentes especificidades num ambiente de direito privado ou num ambiente de direito público.

Porém, o direito subjetivo continua a ser, em si, o mesmo, pois o elemento finalístico é exterior ao direito, não integra o seu ser.

É por essa razão que a utilização da expressão “direito subjetivo público”, como instituto jurídico diverso do “direito subjetivo privado”, me parece menos correta.

A regulação publicista ou privatística do direito subjetivo pode atender a interesses diversos e assentar em diferentes formas de ponderação de interesses, mas, no final do percurso, acaba por fixar os poderes ou faculdades que o titular do direito tem ao seu dispor.

Sendo que a natureza desses interesses pode influir no regime jurídico específico que o exercício do direito subjetivo tem num determinado momento e contexto.

Não deixará, no entanto, de continuar a ser um direito subjetivo, o mesmo direito subjetivo, seja qual for o momento e as circunstâncias.

Em suma, ontologicamente estamos sempre perante a mesma realidade jurídica, ainda que alguns elementos externos possam assumir particularidades e contornos específicos.

2.3. A classificação de Garcia de Enterría.

Trata-se, contudo de um entendimento que não deixa de suscitar algumas dificuldades.

Dificuldades que resultam, essencialmente, dos interesses que estão na base da consagração do direito e das próprias particularidades do ramo de Direito cuja aplicação está em causa.

³² Cfr. Manuel A. Domingues de Andrade (1987), *Teoria geral da relação jurídica : facto jurídico, em especial negócio jurídico*, Coimbra, Almedina, p. 7.

O que, no caso do direito administrativo, assume especial complexidade, em virtude da complexificação dos modos de agir administrativo.

Já em 1975, Eduardo Garcia de Enterría, sentindo dificuldade em aplicar o conceito de direito subjetivo, forjado no direito privado, à multiplicidade de situações que a realidade juspublicística apresentava, tentou uma aproximação que passou pela identificação de vários tipos de direitos.

No seu entendimento existiriam os seguintes direitos subjetivos públicos:

- Direitos subjetivos públicos típicos ou ativos;
- Direitos subjetivos reacionais ou impugnatórios.

De acordo com esta classificação, os direitos subjetivos típicos ou ativos seriam os que se reportavam a situações subjetivas individuais, protetoras do espaço individual ou de liberdade individual.

Já os direitos subjetivos reacionais ou impugnatórios reportavam-se à tutela de interesses difusos e coletivos, não apropriáveis individualmente com carácter de exclusividade.

Numa primeira leitura, poderia parecer que apenas no caso dos direitos subjetivos típicos ou ativos estaríamos perante uma realidade que seria reconduzível ao conceito de direito subjetivo tal como o analisamos.

Uma ponderação mais detalhada, leva, contudo, a conclusão diversa.

É que, como Garcia de Enterría bem chama a atenção, mesmo no caso dos direitos subjetivos reacionais ou impugnatórios é a *“soma destes dois elementos – ilegalidade (objetiva) e prejuízo (subjetivo) – que suscita o reconhecimento de «um direito subjetivo à eliminação dessa situação ilegal, de modo que se defenda e restabeleça a integridade de seus interesses”*³³.

Com efeito, mesmo nesses direitos reativos ou impugnatórios, o que está em causa é uma margem de liberdade do indivíduo, ainda que partilhada com todos os outros indivíduos e não apropriável com carácter exclusivo.

Sendo precisamente essa liberdade individual partilhada que constitui o fundamento da proteção jurídica que lhe é conferida, ou seja, o fundamento da atribuição de um conjunto de poderes ou faculdades que permitem ao indivíduo atuar ou exigir uma atuação de terceiros.

Refira-se, aliás, que ao contrário do que surge muitas vezes defendido, a tutela de interesses difusos ou de interesses coletivos não é uma tutela concedida em relação ao Estado (entendido amplamente).

Essa tutela pode ter como sujeito passivo qualquer pessoa, singular ou co-

³³ Cfr. Eduardo García de Enterría (1975), *Sobre los derechos públicos subjetivos*, in Revista Española de Derecho Administrativo, 6, p. 446, citado por Daniel Wunder Hachem (2019), *São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais*, in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, 11, p. 421.

letiva, pública ou privada.

Com efeito, a multiplicação de processos judiciais em que a defesa de interesses difusos ou coletivos, com especial incidência nas ações populares, é realizada no âmbito do relacionamento entre dois particulares evidencia o que acabo de afirmar.

3. O problema da configuração dos direitos fundamentais como direitos subjetivos

3.1. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

A questão que se coloca ao nível dos direitos fundamentais prende-se com a diversidade do conteúdo que os caracteriza.

Isso tem suscitado diversas reações à qualificação de tais direitos como verdadeiros direitos subjetivos, com o argumento de que, muitos deles não possuem as características próprias do direito subjetivo.

Tal não é, no entanto, o meu entendimento.

A diferença de conteúdo manifesta-se na maior ou menor amplitude e definição dos poderes ou faculdades que integram o direito fundamental.

Não existe, porém, nenhum direito fundamental que não integre algum poder ou faculdade, por muito ténues que possam ser.

Nem que seja, como sucede em alguns casos, a possibilidade de exigir das entidades públicas ou mesmo de terceiros um comportamento que não piore a situação do titular em relação a determinada matéria.

Será o caso do direito a uma habitação condigna.

Sendo certo que a consagração de tal direito não dá, a cada cidadão, o direito a exigir que lhe seja fornecida uma casa que assegure aquele direito, o mesmo já lhe confere a possibilidade de exigir que a atuação das entidades públicas ou de outros particulares não possa colocá-lo numa posição pior do que aquela em que se encontra.

É verdade que, se a situação em que se encontra for ilegítima, a atuação de terceiros (independentemente da natureza pública ou privada) já não estará impedida, se visar a salvaguarda de outros direitos, mas, ainda assim, deverá cingir-se ao estritamente necessário para assegurar a tutela desses outros direitos e sempre submetida a um juízo de proporcionalidade.

Este entendimento só é possível se considerarmos que estamos perante verdadeiros direitos subjetivos, enquanto conjunto de poderes ou faculdades, como referi anteriormente.

3.2. A oponibilidade dos direitos fundamentais

A complexidade jurídica dos direitos fundamentais é inegável, como inegáveis são as dificuldades que os mesmos colocam quando se tenta identificar as

suas características, na busca de os sujeitar a um tratamento uniforme.

Daí que sejam múltiplas as distinções efetuadas entre os direitos fundamentais civis e políticos, normalmente designados por direitos fundamentais de 1.^a geração, os direitos fundamentais sociais, designados de 2.^a geração, e os direitos fundamentais de titularidade transindividual (coletiva ou difusa), apelidados de 3.^a geração³⁴.

Sem questionar a necessidade da distinção, que me parece óbvia, a questão que coloco prende-se com o facto de entender que não se trata de um problema de qualificação de qualquer um deles como direitos subjetivos, mas antes de uma classificação relativa à diferente configuração e regime³⁵.

Como tal, não me parece decisivo, em termos conceptuais, se o direito é diretamente aplicável, se é procedimentalmente dependente ou se está sujeito a uma prestação do Estado.

De todo o modo, adiante-se, desde já, que na minha opinião todos estes tipos de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis, na medida em que não podem ser afetados pela conduta de terceiros (públicos e privados), sem base em norma legal.

Mesmo na atuação do Estado legislador, a respetiva restrição estará sujeita ao respeito pelo especial regime decorrente da sua consagração constitucional³⁶.

Na verdade, mesmo para quem entenda que não existe o princípio da proibição do retrocesso, a verdade é que as leis restritivas de direitos fundamentais, admitindo-se que podem ser mais restritivas que as atualmente existentes, têm sempre que encontrar fundamento em outros direitos ou princípios constitucionalmente consagrados, operando o controlo que é fornecido pelo princípio da proporcionalidade.

Tal classificação evidencia diferentes conteúdos e formas de tutela, o que se poderá revelar necessário para compreender a sua oponibilidade e, especialmente, os termos em que ela se efetiva.

Na verdade, os direitos fundamentais de 2.^a e 3.^a geração não deixam de ser um conjunto de poderes ou faculdades, normativamente reconhecidos ou atribuídos e tutelados, que permitem ao respetivo titular adotar determinada conduta, positiva ou negativa, e/ou impor a terceiros a adoção de determinada con-

³⁴ Cfr. Daniel Wunder Hachem (2019), *São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais*, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 11, p. 407.

³⁵ Em especial, relativa ao regime, pois o conceito que adoto de direito subjetivo evidencia a sua maleabilidade, significando que cada direito tem um específico conteúdo que pode variar de momento para momento, fruto não só da sua regulação normativa específica, mas da regulação normativa de outras matérias que de forma mais direta ou mais indireta possam influir na configuração do direito subjetivo que resulta do ordenamento jurídico vigente, globalmente considerado.

³⁶ Sem tratar de tomar posição sobre a aplicabilidade do especial regime dos direitos. liberdades e garantias, aos restantes direitos fundamentais.

duta, positiva ou negativa; apenas assumem uma configuração diversa e, as mais das vezes, integram poderes ou faculdades de reduzida intensidade e amplitude.

Todos eles são, de todo o modo, em maior ou menor medida, oponíveis a todos os outros indivíduos e às entidades públicas.

Não olvidamos que não são, em geral, direitos que permitam exigir de terceiros a adoção de uma conduta positiva, mas são, seguramente, direitos que permitem exigir uma conduta negativa, no sentido de não piorar ou enfraquecer a posição do titular, no que à concretização daquele direito diz respeito.

Porém, a forma como essa oponibilidade se manifesta varia consoante a mesma ocorra no âmbito do direito privado ou no âmbito do direito público, o que é perfeitamente compreensível, atendendo ao posicionamento relativo entre os sujeitos que ocorre numa situação e na outra.

No exercício de um direito (em termos positivos, de ação, ou negativos, de proteção), no âmbito do direito privado, os sujeitos estão, tendencialmente, numa posição de igualdade.

Já no exercício de um direito subjetivo, no âmbito do direito público, os sujeitos encontram-se numa situação de desigualdade, atendendo à finalidade de interesse público que foi ponderada na configuração normativa do direito e que fundamenta a intervenção da entidade pública.

No caso de o mesmo ser exercido em relação a entidades públicas, essa desigualdade é marcante, sendo evidenciada através dos poderes de autoridade que se encontram atribuídos à entidade pública e aos especiais deveres a que, por essa razão, ela se encontra submetida.

Esta diferença tem uma enorme importância aos mais diversos níveis, começando pelas consequências que comporta ao nível da própria interpretação normativa e da principiologia que a vai enquadrar e terminando pelos meios processuais aptos a assegurar o exercício ou o respeito do direito subjetivo.

Saliente-se, no entanto, que este ambiente de direito público marca, nos dias de hoje, o próprio exercício de direitos subjetivos nas relações entre particulares.

Com efeito, quando um particular invoca, no âmbito da relação que estabelece com outro indivíduo, uma norma de direito público que lhe atribui um direito, essa norma, mesmo no âmbito de uma relação jurídico-privada, vai ser interpretada de acordo com o enquadramento de direito público em que a mesma foi estabelecida e por reporte aos objetivos de interesse público que foram visados com a sua emanação.

Estamos, afinal, perante o elemento teleológico da interpretação hermenêutica.

Temos, por isso, diferentes formas de tutela dos direitos subjetivos, o que, como referi, não tem por consequência excluir qualquer deles do âmbito conceptual.

Na verdade, conforme Daniel Wunder Hachem salienta *“dada a sua complexidade jurídica, um único direito pode enfeixar incontáveis posições jurídicas, algumas delas individualizáveis, outras de carácter coletivo. E com isso, são concedidas individual-*

*mente na esfera judicial prestações administrativas que reclamam, em realidade, medidas estatais coletivas que atendam universalmente a uma multiplicidade de cidadãos interessados no mesmo bem jurídico*³⁷.

3.3. Exigibilidade e acionabilidade

A distinção entre a exigibilidade e a acionabilidade apenas é relevante para a questão em análise porquanto a exigibilidade constitui elemento interno do direito subjetivo, ao passo que a acionabilidade integra o elemento externo – tutela.

Na verdade, se não for exigível não existe direito.

Tal situação é particularmente visível a propósito da distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos ou interesses legalmente protegidos.

Nesse caso, estamos perante uma situação que se caracteriza pela acionabilidade, mas em que não está presente a exigibilidade (substantiva).

Nestes casos o mais que o titular do interesse pode é exigir a prática de um determinado ato, sem que consiga obter a fixação do respetivo conteúdo.

Em virtude dessa redução do reconhecimento da posição subjetiva à obtenção de uma condenação a decidir, de acordo com os princípios gerais que regem a atividade administrativa, mas no âmbito de uma ampla liberdade de conformação administrativa, o titular do interesse apenas detém um direito a ver a sua pretensão decidida e não um direito substantivo à decisão num determinado sentido.

Exigibilidade e acionabilidade são, como tal, distintas, não obstante estarem, na larga maioria dos casos, associadas.

4. A defesa da unicidade conceptual.

4.1. A unicidade complexa do sistema normativo.

Utilizando o direito de propriedade como mero exemplo, a teoria que distingue a existência autónoma de direito subjetivo público paralelo ou simultâneo ao direito subjetivo privado, transmitindo uma ideia de que se tratam de realidades distintas, não constitui uma visão correta da realidade, assentando num espartilhamento artificial da mesma.

Discordando dessa visão dual, mas não rompendo totalmente com tal visão, tendi para a ideia de que o direito de propriedade era único, consistindo no direito regulado nos artigos 1302.º e ss. do Código Civil, colocando-se as dificuldades identificadas a propósito das limitações de direito público ao direito, ao nível da distinção entre o conteúdo do direito e o âmbito da respetiva garantia³⁸.

³⁷ Cfr. Daniel Wunder Hachem (2019), *São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”?* Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 11, p. 418.

³⁸ Gonçalo Capitão (2004), *Expropriação e Ambiente*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora.

Hoje, estou em crer que a realidade é diversa.

A estrutura e conteúdo dos direitos subjetivos são estabelecidos pela globalidade do ordenamento jurídico, quer se trate de normas de direito privado, quer sejam normas de direito público.

É da aplicação de todas essas normas que resulta a definição do conteúdo material do direito, seja ele qual for.

Partindo da aproximação concetual que fiz, sendo o direito subjetivo um conjunto de poderes e faculdades, a determinação específica desses poderes e faculdades na esfera jurídica do indivíduo não pode ser feita de forma isolada, por aplicação de cada norma ou de cada grupo de normas segmentadas por ramo de direito.

Os poderes e as faculdades de que cada indivíduo é titular constituem o resultado da sobreposição de todo o ordenamento jurídico, numa lógica de aplicação sobreposta das normas.

A dificuldade que existe resulta da complexidade da realidade social que é regulada pelo Direito.

Essa complexidade poderá tornar apeteçível e profícua a compartimentação do estudo de determinada realidade, mas o método de análise não tem a aptidão de alterar a realidade sobre que incide.

A divisão da realidade para efeitos de estudo não deve, por isso, assumir-se como objetivo finalístico do estudo.

Terminada essa análise segmentada da realidade, deverão transpor-se as conclusões alcançadas no estudo realizado para a visão global da matéria em apreciação.

Só dessa forma me parece possível compreender a verdadeira essência de qualquer realidade e, no que agora me ocupa, do direito subjetivo, percebendo as suas vicissitudes e modelações.

É que o conjunto dos poderes e faculdades do titular do direito subjetivo não é homogéneo e rígido, podendo variar em função do momento, do enquadramento exterior em que é exercido e da própria identidade daquele perante quem se exerce³⁹.

Tal significa que o conteúdo de determinado direito é flexível, sendo influenciado por fatores externos, nomeadamente por fatores relativos à compatibilização com outros direitos.

No direito de propriedade, por exemplo, o conjunto de poderes e faculdades podem ser diversos consoante o respetivo titular pretenda opor o direito ao sujeito A ou ao sujeito B.

³⁹ A opção metodológica que perfilho assenta, claramente, na assunção da relação jurídica como figura central do Direito, tendo o direito subjetivo de um lado o seu titular e do outro todos e/ou cada uma das pessoas que com ele se possam relacionar.

Isto porque o conteúdo do direito terá que ser determinado em cada situação precisa da vida social⁴⁰.

Poder-se-á obstar que esta solução se apresenta insustentável dado o grau de imprecisão que comporta.

Estou, porém, em crer que não é o caso.

Na verdade, o ponto de partida da definição do direito subjetivo é sempre o da máxima liberdade individual.

E o ponto de partida é esse porque o Direito apenas existe para assegurar as condições necessárias para que o indivíduo possa viver em sociedade.

O Direito constitui, sempre⁴¹, uma limitação à liberdade que o indivíduo teria se não vivesse em sociedade.

Daí que qualquer direito subjetivo – o direito de propriedade de forma mais visível – veja a seu conteúdo definido em termos que, com maior ou menor variação, assegure a sua compatibilização com outros direitos e interesses particulares, igualmente mercedores de tutela jurídica, e com direitos e interesses públicos.

No caso do direito de propriedade, esse foi o passo que se deu ao admitir a respetiva função social⁴², na medida em que se afastou a conceção absoluta do direito e se assumiu uma fórmula intrinsecamente variável para a determinação do seu conteúdo.

Opção que tem vindo, ao longo dos anos, a alargar-se e intensificar-se.

Questões diversas são as que se colocam ao nível da operatividade do direito, seja no que diz respeito ao seu exercício, seja no que diz respeito ao controlo público e privado dos limites desse direito e do seu exercício.

Igualmente distinta é a matéria relativa à garantia constitucional, a qual se reporta, num primeiro plano, à limitação da atividade legislativa e, só num segundo plano, à garantia concreta de cada direito subjetivo que dela é objeto.

⁴⁰ José de Oliveira Ascensão, partindo de uma conceptualização diversa defende ideia semelhante ao afirmar que “o direito subjetivo não é a soma de poderes, é a fonte destes, e por isso o direito subjetivo é uma figura de natureza diversa da do poder. Se é certo que por abstração podemos determinar quais os poderes e deveres que correspondem a cada direito, é também certo que na realidade esses poderes surgem ou desaparecem sem que o direito deixe de ser o que é. Por exemplo, diz-se que o proprietário tem o poder de reivindicar. É sem dúvida assim, em termos de abstracção legal; mas se nos referirmos a um direito de propriedade determinado, esse poder não se concretiza se não se der a circunstância anómala de a coisa se encontrar indevidamente em poder de terceiro.” Cfr. José de Oliveira Ascensão (1983), *Direito Civil – Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 526.

⁴¹ Atrevo-me a dizer “sempre”, mesmo tendo presente a existência de direito promocional (a propósito do direito promocional v. Norberto Bobbio (1987), *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*, São Paulo, capítulo I) por entender que mesmo no direito promocional estamos perante uma limitação da liberdade, ainda que construída na modalidade da criação de incentivos à adoção da conduta desejada ao invés da tradicional visão da proteção-repressão.

⁴² Numa resenha muito sintética do surgimento do conceito de função social da propriedade, v. Carla Amado Gomes (2018), *Reflexões (a quente) sobre o princípio da função social da propriedade*, in *Pública - Revista eletrónica de Direito Público*, 3, Maio 2018, p. 6.

4.2. Uma visão poligonal do direito subjetivo.

O que me parece claro é que os direitos subjetivos têm um determinado conteúdo material ou substantivo e é isso que os caracteriza.

Esse conteúdo consiste nos poderes e faculdades que são atribuídos ou reconhecidos pela Lei (entendida como bloco legal), podendo a sua configuração variar de direito subjetivo para direito subjetivo e, dentro de cada um deles, consoante o momento, as circunstâncias e aqueles a que o pretendamos opor.

Ou seja, o mesmo direito pode comportar determinados poderes e faculdades em relação a um indivíduo e não comportar em relação a outros, como pode comportar diferentes poderes e faculdades em relação a entidades públicas⁴³.

Em bom rigor, podem comportar diferentes poderes e faculdades em relação a indivíduos ou tipos de indivíduos, o mesmo sucedendo em relação a cada uma das entidades públicas que possam ter qualquer intervenção.

Nesse sentido, qualquer direito subjetivo pode ter um sem número de configurações consoante aquele com que, em concreto, o seu titular se relacione.

Essa complexidade caracteriza o direito subjetivo que acaba por se afirmar nessa dupla vertente pública e privada.

O que equivale a dizer que não existem duas figuras distintas de direitos subjetivos – direitos subjetivos privados e direitos subjetivos públicos –, mas sim uma única figura que tanto opera no âmbito do direito privado como no do direito público, manifestando, apenas, diferentes particularidades operativas consoante o ambiente privatístico ou publicístico em que tal suceda.

5. O direito de propriedade: direito subjetivo fundamental?

Concluo, por isso, que existe um direito subjetivo unitário e não uma duplicidade de direitos subjetivos, consoante estejamos no âmbito do Direito Público ou do Direito Privado.

Continuando a utilizar o direito de propriedade como exemplo, entendo ser puramente artificial e redutora a visão segundo a qual existe um direito de propriedade privado, regulado no Código Civil e demais legislação de direito privado, com determinadas características e formas de exercício e um direito de propriedade público, regulado pelas normas de direito público que incidem sobre aquele primeiro.

Esta visão dualista, se pode ter feito algum sentido num momento histórico em que aqueles dois tipos de normas eram aplicados de forma mais espartilhada, não encontra nos dias de hoje qualquer fundamento ou sentido.

⁴³ “É que o poder que se acumula para o titular no direito subjectivo tem sempre uma relação com outras pessoas (§ 13 I); o direito de um de um cria um dever, seja de outro, de vários outros, de todos os outros, nomeadamente o dever de fazer algo ou de se abster de fazer algo” (tradução minha) Cfr. Ferdinand Regelsberger (1893), *Pandekten*, Leipzig, p. 75.

Na verdade, na atualidade (e bem) o ordenamento jurídico de direito público aplica-se diretamente às relações entre particulares, dele resultando o conteúdo do direito de propriedade imobiliária ou qualquer outro direito subjetivo que mereça regulação daquele tipo de normas.

Por essa razão, os traços distintivos atualmente existentes não se colocam na essência do direito, mas na forma como o mesmo se manifesta e se exerce a respectiva tutela.

Daí que entenda que é esse direito de propriedade, de conteúdo flexível e com diversas formas de operacionalização, que constitui o Direito Fundamental merecedor da tutela constitucional.

Tutela especialmente intensa, dado estarmos perante um Direito Fundamental com natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, merecedora da proteção do respetivo regime jurídico-constitucional.

Bibliografia

António Menezes Cordeiro (1999), *Tratado de Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina.

Carla Amado Gomes (2018), *Reflexões (a quente) sobre o princípio da função social da propriedade*, in *Epública - Revista eletrónica de Direito Público*, 3, Maio 2018.

Daniel Wunder Hachem (2019), *São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais*, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 11.

Dhenize Maria Franco Dias (2012), *O direito público subjetivo e a tutela dos Direitos Fundamentais Sociais*, *Revista Jurídica da Presidência*, 102.

Eduardo García de Enterría (1975), *Sobre los derechos públicos subjetivos*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 6.

Ferdinand Regelsberger (1893), *Pandekten*, Leipzig.

Freddy Escobar Rozas *El derecho subjetivo – consideraciones en torno a su esencia y estructura*, in *Ius et veritas*, 16.

Gonçalo Capitão (2004), *Expropriação e Ambiente*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora.

Heinrich Ewald Hölster (1992), *A parte geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina.

Jean Dadin (1995), *El derecho subjetivo*, *Revista de Derecho Privado*.

João Baptista Machado (2019), *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina.

José Carlos Vieira de Andrade (2021), *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina.

José de Oliveira Ascensão (1983), *Direito Civil – Reais*, Coimbra, Coimbra Editora.

M. F. C. de Savigny (1878), *Sistema del Derecho Romano Actual*, México.

Manuel A. Domingues de Andrade (1987), *Teoria geral da relação jurídica : facto jurídico, em especial negócio jurídico*, Coimbra, Almedina.

Manuel Gomes da Silva (1944), *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa.

Norberto Bobbio (1987), *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*, São Paulo.