



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

PEDRO HENRIQUE ARCAIN RICCETTO

**RELAÇÃO JURÍDICA E RACIONALIDADE DECISÓRIA:
COMO O CONTEÚDO NORMATIVO DA RELAÇÃO JURÍDICA
AFETA A DECISÃO JUDICIAL?**

Londrina
2017

PEDRO HENRIQUE ARCAIN RICCETTO

**RELAÇÃO JURÍDICA E RACIONALIDADE DECISÓRIA:
COMO O CONTEÚDO NORMATIVO DA RELAÇÃO JURÍDICA
AFETA A DECISÃO JUDICIAL?**

Dissertação apresentada ao Departamento de
Direito da Universidade Estadual de Londrina,
como requisito parcial à obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Claudia Corrêa
Zuin Mattos do Amaral.

Londrina
2017

PEDRO HENRIQUE ARCAIN RICCETTO

**RELAÇÃO JURÍDICA E RACIONALIDADE DECISÓRIA:
COMO O CONTEÚDO NORMATIVO DA RELAÇÃO JURÍDICA AFETA
A DECISÃO JUDICIAL?**

Dissertação apresentada ao Departamento de
Direito da Universidade Estadual de Londrina,
como requisito parcial à obtenção do título de
Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Dra. Ana Claudia Corrêa
Zuin Mattos do Amaral.
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Jussara Suzi Assis Borges Nasser
Ferreira
Universidade de Marília - UNIMAR

Londrina, 23 de março de 2017.

RICCETTO, Pedro Henrique Arcain. **Relação jurídica e racionalidade decisória:** como o conteúdo normativo da relação jurídica afeta a decisão judicial? 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2017.

RESUMO

O estudo busca demonstrar como o conteúdo normativo da relação jurídica afeta os modelos decisórios escritos. Para isso, parte das premissas de que (i) o conteúdo da relação jurídica sofreu alterações que visavam superar a tutela insuficiente de situações fáticas que não eram passíveis de proteção, embora repercutissem no Direito, e (ii) que essas alterações impactam na forma como os juízes decidem. Assim, investiga qual das teorias argumentativas, interna ou externa, melhor se enquadra à estrutura normativa do fenômeno jurídico hodierno. Assim, vale-se do método hipotético-dedutivo para abordar a alteração conceitual da relação jurídica pela análise das alterações sofridas nas categorias dos direitos subjetivos e direitos fundamentais, permitindo-se, a partir delas, demonstrar a mutabilidade do fenômeno jurídico sob a perspectiva histórica. Na sequência, apresenta o debate acerca da adequação dos modelos decisórios à realidade atual, considerando-se a constitucionalização do Direito. Ao final, posiciona-se pela prevalência do modelo decisório sustentado pela teoria externa, por evitar a imposição de limites a priori e considerar interferências externas próprias do caso concreto, mantendo-se, porém, o elemento subjetivo à tutela.

Palavras-chave: Relação jurídica. Decisão judicial. Direito subjetivo. Teoria externa.

RICCETTO, Pedro Henrique Arcain. **Legal relationship at the threshold of the 21st century: essential content and restrictions on subjective legal situations.** 2017. 163 p. Dissertation (Master's Degree in Law Degree) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2017.

ABSTRACT

Sustainable bidding is linked to the idea that it is possible, through the bidding procedure, to encourage the preservation of the environment. Public procurement carried out in Brazil through the bidding process has the traditional purpose of ensuring the equality between tenderers and achieving the most favorable contract for Public Administration. In a world where the Minimum State does not offer solutions to the most complex environmental, social and economic issues, it is expected that the Public Power will have at its disposal a range of instruments that allow it to induce human behavior, so as to conform them to the interests of the whole society. As a result, the State, not only in the exercise of its regulating / regulatory role, but also in its role as contractor / consumer of products and services produced by individuals, who, as a rule, need to pass through a previous administrative procedural instrument to its acquisition by the Government: the bidding, has the duty to promote the preservation of the environment. The legal business in which the Public Administration is an acquirer makes it possible to reconcile environmental sustainability with economic development by means of criteria established in the bidding document which, on the other hand, can not imply a restriction on competitiveness. The research observes connection to the concentration area since the bargaining law seen under a broad aspect encompasses all legal relationships perpetrated, even if present public persons in any of its poles, in order to meet a contractual purpose, where by providing and consideration (onerousness), the parties are bound to perform a stipulated object. It also has a connection with the research line, once in the contemporary state to meet its legal and constitutional responsibilities, Public Administration acts not only as regulator of economic activity, but also as an inductor of environmentally valuable positions. The work was guided by the deductive method with bibliographical, electronic and doctrinal research, as well as the study of concrete cases in order to clarify the main points about the sustainable bidding procedure.

Key words: Legal relationship. Judicial decision. Subjective law. External theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 Gênese, conteúdo, mutabilidade e correlações entre direitos fundamentais e direitos subjetivos na história	16
1.1 Do nada à criação. Surgimento dos traços sociais, deveres comunitários e os primeiros cidadãos	29
1.2 Dos deveres à barganha. Transição do comunitário para o conciliatório e o modo de produção feudalista	40
1.3 Da barganha à liberdade individualizada. As revoluções liberais, direito-oposição e o movimento de convergência entre direitos fundamentais e direitos subjetivos	47
2 TIPOLOGIA, INTERPRETAÇÃO E CONTEÚDO NORMATIVO DO FENÔMENO JURÍDICO	62
2.1 Do sintático ao semântico. Hermenêutica, vinculação do juiz e o (pós-) positivismo	67
2.2 Da margem ao centro do ordenamento. Força normativa da constituição, virada copernicana e os estatutos jurídicos	83
2.3 Do restrito ao amplo. Esgotamento da relação jurídica clássica, situações jurídicas subjetivas e centros de interesses	95
3 PARÂMENTROS DECISÓRIOS SOB AS LENTES DA RELAÇÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA	114
3.1 Dos limites às restrições. Conteúdo essencial, teoria interna e externa e a dogmática dos direitos fundamentais	116
3.2 Dos direitos fundamentais aos centros de interesses. A lesão como fator de restrição aos centros de interesses nas relações privadas	141
CONCLUSÃO	156
REFERÊNCIAS	158

INTRODUÇÃO

A exigência de um *status personae*¹ para a titularização de direitos ou obrigações desponta como um requisito legal condicionante à viabilidade de tutela pelos entes estatais em oposição às lesões sofridas. Mais do que isso, exigia-se a conformação de um direito subjetivo para que a tutela fosse possível; caso contrário, a ausência dos requisitos essenciais à conformação do *status personae* ou do direito subjetivo determinariam a impossibilidade de acolhimento da pretensão pelos sistemas de justiça estatal.

Porém, algumas necessidades socialmente apresentadas não atendiam a tais requisitos, o que ensejou críticas doutrinárias a essa elaboração que partiram de diversos sentidos. Optou-se, grosso modo, por duas vias de superação: (i) o caminho de tornar a configuração do direito subjetivo desnecessária quase que em absoluto, pelo reconhecimento do aspecto objetivo dos direitos, em que impunham deveres ao Estado sem que eles necessariamente gerassem direitos; e (ii) a via da subjetivação mais discriminada, aceitando-se como tuteláveis não os direitos subjetivos, mas também outras posições jurídicas, de forma a individualizar todas as potencialidades subjetivas da situação concreta.

O estudo toma como premissa a segunda opção para buscar solução seu problema central, que é determinar como a alteração do conteúdo da relação jurídica para um modelo que considera a tutela de outras posições jurídicas implica em mudanças no modelo argumentativo de decisão judicial, que deve considerá-las ao julgar os casos levados ao Judiciário.

Assim, busca-se justificar a opção pelo conteúdo da relação jurídica ora adotado pela demonstração (i) da mutabilidade do fenômeno jurídico; (ii) da interferência da constitucionalização do Direito; (iii) da melhor adequação do

¹ Em tradução livre, estado de pessoa. Qualidade abstrata concedida pela lei aos indivíduos pelo pertencimento à espécie humana, com a consequente tutela de direitos fundamentais do indivíduo. SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações Jurídicas Subjetivas: aspectos controversos. In: *Civillistica.com*, a. 4, v. 1, 2015, p. 10. Relaciona-se à identidade, sendo considerada a primeira manifestação do Estado a caracterizar a unidade de direitos e deveres fundamentais do indivíduo. CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 274.

sistema de centros de interesses às demandas fáticas colocadas pela sociedade.

Apresentados os limites da relação jurídica contemporânea, torna-se relevante demonstrar a adequação dos modelos argumentativos às novas conformações normativas, pela (i) demonstração da insuficiência dos modelos interpretativos clássicos ao novo paradigma da norma jurídica, que passa a compreender princípios e regras como normas jurídicas; e (ii) análise das teorias argumentativas internas e externas, buscando confirmar (ii.i) qual delas melhor se enquadra ao desenho da relação jurídica; e (ii.ii) o que a opção altera na estrutura argumentativa da decisão judicial.

Para o atingimento dos objetivos de pesquisa, ancorar-se-á em método hipotético-dedutivo, notadamente pela revisão bibliográfica, destacando-se a confrontação do conteúdo atual da relação jurídica com a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

No primeiro capítulo, demonstrar-se-á que mutabilidade do conteúdo da relação jurídica, que passa a, nos dias de hoje, compreender outras posições jurídicas além dos direitos subjetivos.

No segundo capítulo, buscar-se-á demonstrar como a constitucionalização do Direito deve ser vista como um dos elementos-chave da alteração normativa da relação jurídica e de que forma o fenômeno alterou o modo de se realizar a interpretação judicial.

No terceiro capítulo, aprofundar-se-á no estudo da interferência do conteúdo normativo da relação jurídica nos parâmetros decisórios adotados pelos juízes, partindo-se da dogmática própria da teoria dos princípios de Robert Alexy. Ao final, buscar-se-á demonstrar a alteração da forma de seleção das posições jurídicas tuteláveis, cabendo-se a adoção da teoria externa na solução das colisões de subjetividades.

1 GÊNESE, CONTEÚDO, MUTABILIDADE E CORRELAÇÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUBJETIVOS NA HISTÓRIA

Subservientes às questões constitucionais, as questões privadas mantêm-se, *ab origine*, como questões jurídicas – logo, não são políticas em sua essência². O sobrepujamento da incerteza acerca da natureza – normativa, política ou sociológica – do texto constitucional se dá com a obra de Konrad Hesse³ (2009, p. 1-15), publicada em 1959, que, ao contrapor aos fatores reais de poder uma força ativa condicionada à *vontade de poder* (*Wille zur Macht*)⁴ e à *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*)⁵, permite assegurar seu *status* de norma jurídica, com desdobramentos que afetam o relacionamento entre particulares.

² Konrad Hesse busca enfrentar a concepção de Constituição elaborada e difundida por Ferdinand Lassalle na obra *A Essência da Constituição*, em que apresenta a preponderância de uma natureza sociológica, determinada pelos *fatores reais de poder*. “Segundo sua tese, questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. É que a Constituição de um país expressa as relações de poder nelas dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; Esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país”. HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009. p. 1.

³ *A força normativa da Constituição*, publicada originalmente em 1959, sob o título “*Die normative kraft der Verfassung*”.

⁴ Para Konrad Hesse, a “Constituição converter-se-á em força se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - ” a vontade de poder (*Wille zur Macht*), compreendida como o desígnio de fazer valer a força jurídica da Constituição pela população. HESSE, Konrad. op. cit. p. 4.

⁵ “Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também com problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo”. HESSE, Konrad. op. cit. p. 4-5.

A repercussão advinda da alteração do modo de se manejar a Constituição propiciou consequências significativas ao ordenamento como um todo: de um lado, a norma constitucional passa a ser dotada de força hábil à modificação da realidade fática instituída e não mais assume, em essência, caráter político⁶; de outro, as relações privadas, tipicamente reguladas por codificações rígidas, passam a sofrer significativa interferência normativa de diploma que, embora dotado de caráter jurídico-normativo, possui estrita conexão com as escolhas políticas fundamentais de um Estado⁷.

Percebe-se então o gradual fenômeno de deslocamento da compreensão das searas pública e privada para um *locus* intermediário nas extremidades *fato político* e *norma jurídica*. Há sensível extenuação da rígida divisão entre o Direito Público e Direito Privado⁸, à medida que as decisões políticas elementares, tomadas por um corpo social delineado, se revestem de juridicidade caso positivadas, e tais normas, hierarquicamente constitucionais, repercutem, direta ou indiretamente, nas relações intersubjetivas.

Tem-se como teoricamente pertencentes ao Direito Público as relações entre sujeitos em posições jurídicas não equânimes – um sujeito supra-ordenado e um sujeito infraordenado -, e um deles – o sujeito supra-ordenado, portanto – dota-se de valor jurídico comparado *superior*⁹ (KELSEN, 2003, p. 379). O critério, todavia, não basta *de per se*, tendo-se que levar em consideração outros parâmetros para a aferição do ramo a que pertence, tais como *conteúdo*, *tipo* e *forma* da relação jurídica (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 133).

⁶ Não se quer dizer com isso que a Constituição não é mais vista como a decisão política fundamental do Estado.

⁷ Notadamente pelo reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional alemão, com repercussão posterior a nível mundial, inclusive na conformação do ordenamento jurídico brasileiro.

⁸ A tópica jurídica de segundo grau – sistemas de classificações ou critérios organizadores de critérios classificatórios – vale-se de distinções amplas, desenvolvidas historicamente no trato dogmático do direito. São as chamadas grandes dicotomias: direito público e direito privado, direito objetivo e direito subjetivo - FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003, p. 133.

⁹ A circunstância é prontamente exemplificável pelas relações existentes entre o Estado e os governados em que há manifestação do poder de império.

Em contraposição, corresponderia ao Direito Privado o arcabouço normativo¹⁰ que regulamenta as relações jurídicas mantidas pelos particulares entre si ou com o Estado, ou com entidades criadas para realização de seus fins, desde que desprovidas de natureza política ou jurisdicional diretamente (RÁO, 1997, p. 249). Sintetizando-se, diz respeito às normas que tem como objeto a regulamentação das relações privadas.

As origens da distinção regressam ao *Digesto* de Justiniano, em destacada passagem de autoria de Ulpiano (1.1.1.2)¹¹ (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 133-134). Porém, o cenário histórico-político que sedimentou a categorização do *publicum* e *privatum* e seus efeitos ulteriores são aptos a retratar satisfatoriamente a tensão entre os âmbitos regulatórios da vida em sociedade, que, embora considerada desde o Direito Romano, veio a atingir pontos de convulsão social com a propagação da ideologia liberal e posteriores revoluções.

Desencadeados os processos revolucionários em busca da consagração de direitos em face do poder arbitrário do *príncipe*¹², a edificação do Estado de Direito reforçou, formalmente, a dicotomia entre os segmentos, ao sustentar, com amparo na legislação,

que existem, na vida social, duas esferas com diferentes finalidades e regras de funcionamento: por um lado, a esfera privada, em que os indivíduos atuam livremente segundo sua vontade e interesse; por outro lado, a esfera pública, em que os cidadãos decidem de forma coletiva sobre os assuntos de interesse geral (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 134).

Não se deve pensar que o distanciamento das esferas de *liberdade* pública e privada¹³ foi consagrado em curto período de tempo, não obstante

¹⁰ Vicente Ráo usa, em sua obra, a terminologia “princípios” e “normas” de forma diferente da aceita hodiernamente, adotada na pesquisa, motivo pelo qual optou-se por adotar-se “sistema normativo”, em substituição.

¹¹ “*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*”. (O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à polis ou civitas, o privado à utilidade dos particulares).

¹² Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2007) afirma que a distinção ganha mais relevância após a consagração do Estado de Direito, fruto das Revoluções liberais.

¹³ As liberdades pública e privada foram apartadas somente com a ultimação das revoluções liberais, embora fruto de um processo iniciado na Idade Média. Merece destaque a distinção de liberdades trazida por Benjamin Constant (1985) no discurso *Da liberdade dos antigos compara à dos modernos*, em que afirma estar-se, na Roma Antiga, diante da liberdade dos antigos, de cunho público ou cívico, e não individualizada, na dinâmica própria das *civitas* romanas.

ultimado pelas revoluções oitocentistas¹⁴. Pelo contrário, alicerçou-se sobretudo na racionalidade do capitalismo emergente que, com a construção das grandes cidades mercantilistas, rompeu lentamente com o sistema de produção feudal (BARROS, 2003, p. 281-284).

Os movimentos responsáveis pela queda do absolutismo deram azo ao constitucionalismo na Idade Moderna, com traços pouco interventores e bem caracterizados pelo artigo 16º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão¹⁵ (SILVA, 2014, p. 76). Iniciou-se o fenômeno com a popularização das declarações de direitos do sujeito, em nítida oposição ao poderio estatal, fortemente influenciada pela filosofia liberal, sobretudo a de John Locke¹⁶, e, dentre outros documentos, pela *Magna Charta Libertatum* de 1215 (COMPARATO, 2015, 69-80), e que veio a culminar, com a Convenção de Filadélfia, em 1787, na elaboração da primeira constituição escrita, influenciadora de inúmeros outros sistemas constitucionais, dentre os quais o brasileiro.

Os eventos também permitiram a regulamentação das relações privadas partindo-se de um ideal de previsibilidade por meio da codificação (FACHIN, 2008, p. 14) - em uma *ratio* semelhante àquela adotado no âmbito público, com as constituições escritas -, concedendo-se forte protagonismo ao ordenamento civil nesse momento pós-revolucionário, sedimentado com a edição do *Code Napoléon* francês de 1804 e o *Bürgerliches Gezetzbuc* alemão de 1900.

Em tempos recentes, o reavizinhamento dos grandes ramos do Direito promovido pela força normativa da Constituição impõe ao fenômeno jurídico (e, portanto, ao ordenamento e à teoria geral do Direito) uma adequação ao novel

¹⁴ Em que pese a relevância histórica da Revolução Gloriosa, o processo de separação das esferas pública e privada de liberdades foi consagrado pela Revolução Americana e Revolução Francesa, no século XVIII.

¹⁵ Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

¹⁶ Especialmente após a publicação de “O segundo tratado sobre o governo civil”, no final do século XVII. “O pensador político é prezado como o pai do liberalismo por sustentar que todo governo surge de um pacto ou contrato revogável entre indivíduos, com o propósito de proteger a vida, a liberdade e a propriedade das pessoas, tendo os signatários o direito de retirar sua confiança no governante e se rebelar quando este não cumprir com sua função”. VÁRNAGY, Tomás. O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo. In. BORON, Atílio (Org.) *Filosofia Política Moderna: de Hobbes à Marx*. 2006, p. 46.

paradigma estrutural, que, após a *virada copernicana* (FACHIN, 2008, p. 6-7)¹⁷, deixa de figurar como centro irradiador do sistema jurídico o Código Civil, mas, em verdade, destaca as normas constitucionais em substituição, hierarquicamente superiores, e que, inclusive, abarcam em seu conteúdo previsões que regulam diretamente as relações privadas.

Mais do que isso, pela constitucionalização do Direito verifica-se que a relação jurídica assume feições diversas em uma regressão histórica, porque incompatíveis com as limitações próprias das teorias clássicas ainda vigentes, excessivamente ligadas a formalismos e abstrações. O aspecto normativo do fenômeno social – uma das facetas do fenômeno jurídico – não pode ser analisado de forma estática, a partir de uma construção lógico-científica, desvinculada de “outros” contextos.

O conjunto de princípios e de regras destinado a ordenar a coexistência constitui o aspecto normativo do fenômeno social: regras e princípios interdependentes e essenciais, elementos de um conjunto unitário e hierarquicamente predisposto, que pode ser definido, pela sua função, como “ordenamento” (jurídico), e, pela sua natureza de componente da estrutura social, como “realidade normativa”. [...] A afirmação, ao contrário, da autonomia da ciência jurídica e as consequentes tentativas de definir a chamada “realidade jurídica” como alguma coisa que possa viver separadamente da realidade social, econômica ou política é herança que ainda pesa muito sobre os juristas e sobre o ensino do Direito. Isso levou à criação de uma cultura formalista, matriz de uma “teoria geral do direito” sem (explícitas) “infiltrações” de caráter político, econômico, sociológico: como se o direito fosse imutável, eterno, a-histórico, insensível a qualquer ideologia (PERLINGIERI, 2002, p. 3)

¹⁷ Luiz Edson Fachin apresenta farta produção teórica acerca da constitucionalização do Direito Civil. Inserido nesse fenômeno, “em sentido mais estrito, portanto, é possível afirmar que a constitucionalização do Direito Privado constitui uma virada copernicana que supera a doutrina civilista centrada tanto na estrutura jurídica das formas normativistas do positivismo científico quanto na exclusiva tutela dos direitos subjetivos de racionalidade patrimonial, propondo uma perspectiva voltada à função da liberdade substancial, da existencialidade, no sentido de uma retomada antropocêntrica do Direito Privado” FACHIN, Luiz Edson. *Constitucionalização do Direito Civil*. Carta Forense. 2015. A terminologia remete à revolução permitida pela teoria de Nicolau Copérnico, posteriormente desenvolvida por Galileu, Kepler e Newton, em que se propôs, em termos simplificados, a substituição do sistema geocêntrico para o sistema heliocêntrico. Adaptadas à realidade normativa, houve a substituição de um sistema notadamente privatista, para um modelo em que a Constituição figurasse no centro do ordenamento.

Conferindo historicidade aos institutos, apreendem-se os direitos fundamentais como produto dos movimentos liberais iniciados na Modernidade, disseminando-se mundo afora a contar das declarações universais de direitos, datadas de pouco mais de duzentos anos; também os direitos subjetivos decorrem de um amadurecimento teórico que veio a se consolidar em tempos recentes, com o movimento de desvinculação do direito à coisa e posterior agregação ao sujeito abstrato, dotado de personalidade jurídica (PONA, 2015, p. 180).

A posição normativa de um e outro alterou significativamente a configuração do ordenamento jurídico enquanto sistema e também suas próprias configurações no decorrer da História. Por essa razão, entende-se justificável, a fim de demonstrar a relatividade das posições no fenômeno jurídico, adentrar-se no estudo da gênese dos direitos fundamentais e dos direitos subjetivos, em paralelo, fugindo-se, assim, da posição estática encontrada ao se analisar exclusivamente a conformação clássico-liberal.

À vista disso, para que se logre demonstrar a insuficiência do conceito hodierno de relação jurídica¹⁸, consubstanciado na contraposição entre direito subjetivo e direito objetivo, e a satisfatoriedade do regime jurídico das situações jurídicas subjetivas para atender às novas conformações do ordenamento jurídico constitucionalizado, deve-se, em um primeiro momento do estudo, proceder a uma digressão da gênese e desenvolvimento dos direitos fundamentais e dos direitos subjetivos, em simultâneo, para que se possa constatar, nesse ponto, (i) que o sistema jurídico, no que tange à dinâmica dos direitos e deveres, se adequou(a) às necessidades sociais, políticas e jurídicas, ou seja, que a abrangência do fenômeno jurídico não é imutável; e (ii) que o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua aplicação direta às relações interprivadas permite, em dado ponto, a equiparação do regime de aplicação normativa, obedecendo-se as relações particulares também às peculiaridades estruturais dos direitos fundamentais, convergindo-se em grau muito maior seu espectro de atuação e aplicabilidade.

¹⁸ A despeito das críticas tecidas ao conceito de relação jurídica, a doutrina clássica, embasada no conceito usual de direito subjetivo, ainda mostra-se majoritária. Vide Maria Helena Diniz, Caio Mário da Silva Pereira, e Francisco Amaral.

Por tais razões, justifica-se um exame concomitante entre o desenvolvimento dos direitos fundamentais e direitos subjetivos, embora concernentes ora a fenômenos convergentes, ora a fenômenos isolados – frisa-se que não são fenômenos idênticos, embora sejam dotados, especialmente na dogmática recente, de feições semelhantes.

Ademais, a contextualização histórica dos direitos fundamentais e também dos direitos subjetivos, dentro do “direito tradicionalmente definido como privado”, para além da demonstração da mutabilidade gradual dos institutos no longo desencadeamento de eventos, permite “a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social” (PERLINGIERI, 2002, p. 3).

Reforça-se assim a necessidade de se certificar que a concepção de direito subjetivo, bem como a de direito fundamental, não é imanente ao Direito, mas, em verdade, teve sua existência alicerçada e consolidada no decorrer do tempo, e as críticas a ela dirigidas se justificam pela não correspondência de tal categoria abstrata à nova complexidade social e ao dever de funcionalizar o direito.

A concepção de direito subjetivo obedece ao desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais como fenômeno em nível mais abstrato e, por isso, também é influenciável por fatos históricos que foram relevantes para os últimos.

O estudo parte da segmentação histórica teorizada por Sérgio Resende de Barros¹⁹, em que se distinguem, em uma linha cronológica, três momentos distintos, por suas peculiaridades nos tratos dos direitos fundamentais: um período de imposição de deveres ao indivíduo pela coletividade; um momento de transição de regime jurídico, em que se conciliavam direitos e deveres; e o período de consolidação dos direitos fundamentais enquanto meio de oposição ao ente estatal.

A transição dialética entre os três períodos mencionados permite observar que a concepção de direito não é absoluta e, com efeito, esteve sujeita a inúmeras conformações no decorrer dos séculos – alterações que

¹⁹ Na obra “Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização”, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

vieram novamente a se manifestar com o giro hermenêutico (GADAMER, 2009, p. 442-446) e constitucionalização do Direito Privado (TEPEDINO, 1999, p. 1-22), evidenciando-se a necessidade de uma nova atualização acerca da extensão e limites do fenômeno jurídico como um todo.

Entrelaçar o desenvolvimento histórico do constitucionalismo e dos direitos fundamentais com a evolução dos direitos subjetivos requer um estudo que se inicia com as sociedades remotas, primitivas ou tribais, suplantando a construção dos conceitos de liberdade para os antigos; passando-se pelos períodos conciliatórios feudais; e atingindo-se o período pós-revoluções liberais para, somente então, poder-se concretizar juridicamente a ideia de direito-oposição.

Também se justifica o estudo da evolução dos direitos fundamentais e direitos subjetivos devido às peculiaridades dessas relações no panorama indivíduo-Estado e indivíduo-indivíduo, a fim de se denotar os processos de verticalização e posterior horizontalização²⁰, para embasar, ao final da pesquisa, a validade de um regime jurídico similar para ambas modalidades de manifestação do fenômeno jurídico, a despeito de sua alocação no Direito Público ou Privado.

No que tange à evolução dos direitos subjetivos, as digressões históricas competentes serão reforçadas no capítulo destinado ao estudo da hermenêutica jurídica.

Ademais, a compreensão do regime das situações jurídicas subjetivas, que vêm a conglobar os direitos subjetivos nas relações jurídicas contemporâneas, perpassa, impreterivelmente, pela aplicação dos direitos fundamentais às relações entre os particulares e, logo, pelo acercamento, nesses casos, da regulação normativa.

²⁰ Por verticalização compreende-se o processo de transição daqueles direitos precários, eminentemente comunitários, próprios de sociedades primitivas e não oponíveis a título individual, à consolidação dos direitos-oposição, verticalizando-os pela sua oponibilidade direta ao Estado, figura em posição jurídica superior. Horizontalização na aplicação dos direitos fundamentais, por sua vez, é terminologia assente não somente na doutrina constitucional, mas também civil, e refere-se à aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares, com características de igualdade entre os sujeitos que integram o vínculo.

Conceituar direito fundamental e direito subjetivo previamente à demonstração do progresso histórico dos institutos mostra-se metodologicamente pertinente, eis que permite o registro de suas características a partir do que se tem como compreensão majoritária da doutrina.

Primeiramente, busca-se atentar a cautela terminológica: embora não se acredite haver uma distinção substancial entre os direitos humanos e direitos fundamentais²¹, tal qual parcela da doutrina²², adota-se, ao longo do texto, e de modo exclusivo, a terminologia “direitos fundamentais”, com o objetivo de evitar, especialmente no momento de apresentar as restrições a tais direitos, problemas concernentes à hierarquia normativa e internalização dos tratados pelo sistema constitucional brasileiro ou mesmo a aplicabilidade da teoria dos princípios ao âmbito internacional.

A conceituação de direitos fundamentais, a despeito das dificuldades decorrentes da não unanimidade a respeito de sua unidade com os direitos humanos, é pacífica. São compreendidos pela doutrina como uma “categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões”, demonstrando natureza “polifacética”, com vistas a “resguardar o homem na sua liberdade, nas suas necessidades e na sua preservação” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2009, p. 110). Assim, estende-se a proteção constitucional não somente aos direitos individuais, mas, aditivamente, aos direitos sociais e àqueles direitos relacionados à fraternidade e solidariedade, denominados difusos.

O desenvolvimento dos direitos fundamentais em dimensões ou mesmo em *status*²³ permite que se confirme a maleabilidade geracional destacada, além de demonstrar a configuração de forma mais individualizada ou difusa na sociedade no decorrer da evolução. Tal percepção deve se dar em uma interação dialética entre o individual e o coletivo, porque

²¹ Cfr. posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Sergio Resende de Barros, que, ao mencionar direitos humanos, também dizem direitos fundamentais, por entender não haver distinção.

²² Argumentando-se pela distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, vide Ingo Wolfgang Sarlet e Jane Reis Gonçalves Pereira.

²³ A terminologia é adotada na teoria dos quatro *status* dos direitos fundamentais, elaborada por Georg Jellinek, na obra *Teoria Geral do Estado* (1900).

são poderes-deveres. Constituem direitos que ao mesmo tempo são deveres dos indivíduos humanos entre si mesmos – de todos para com cada e de cada um par com todos – nos aspectos objetivos e subjetivos necessários a manter a humanidade pela manutenção da comunidade humana fundamental, isto é, pela preservação dos fatos e valores que não logicamente porque são historicamente comuns e necessários à humanidade (BARROS, 2003, p. 1).

Por ora, basta que se entendam tais direitos como produto da “personalização”²⁴ do Direito e por sua função de “assegurar determinados valores básicos” de uma comunidade, resgatando-se uma carga axiológica ao ordenamento positivo. Integram, “ao lado dos princípios estruturais e organizacionais, [...] a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, de ordem normativa”, e garantem as necessárias vinculações substanciais ao Estado, para confrontar suas arbitrariedades em potencial (SARLET, 2008, p. 70).

Por sua vez, os direitos subjetivos contrapõem-se ao direito objetivo historicamente, enquadrando-se como uma das “grandes dicotomias” promovidas no trato dogmático do Direito (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 133).

O direito objetivo, exterior ao sujeito, pode ser visualizado como o conjunto de normas impostas à conduta humana, autorizando ou não o indivíduo a fazer ou se omitir em relação a algo, com a prescrição de medidas de repressão no caso de violação de seu teor (DINIZ, 2009, p. 251). A permissão de o indivíduo agir conforme o direito objetivo, de seu turno, representa o direito subjetivo, e evidencia a indissociabilidade do conceito com o conteúdo do direito objetivo, à medida que não subsiste sem a figura oposta (DINIZ, 2009, p. 247).

O direito subjetivo, para além de sua correspondência a um direito objetivo, compõe-se de certos elementos: a existência de *sujeitos*, conectados entre si por um *vínculo* jurídico, a quem corresponda um *poder* e um *dever*, respectivamente, que recaia sobre determinado *objeto*, isto é, a ideia de um

²⁴ Não se deve confundir personalização com repersonalização do Direito. O primeiro evento diz respeito à elaboração das estruturas abstratas que vieram a conformar o Direito Privado na Idade Contemporânea, partindo-se do *status personae*, ao passo que a repersonalização visa, em sentido contrário, afastar-se da personalidade jurídica abstrata e trazê-la ao sujeito de direito em concreto.

dever a ser prestado por outro indivíduo – ou, ainda, em outras palavras, o poder de ação oponível contra outrem, permitindo sua participação em uma relação jurídica, construída sob uma estrutura de bilateralidade (PEREIRA, 2004, p. 36-37).

Fazendo-se, então, um recorte dos elementos do direito subjetivo, temos (i) o sujeito, detentor de poder de exigir (de outro sujeito ou de todos) a ele outorgado pelo direito objetivo, porque toda vontade pressupõe a existência de um agente; (ii) o objeto, definido como o bem jurídico sobre o qual recai o exercício do poder jurídico, ensejando sua satisfação; e (iii) a relação jurídica, ou vínculo jurídico, que é, em síntese, o meio pelo qual se realiza o direito subjetivo, ou seja, é o elo que depende do ordenamento jurídico para efetivamente integrar o poder da vontade (PEREIRA, 2004, p. 38-45).

Contraposto ao *poder* decorrente do direito subjetivo, apresenta-se o *dever* jurídico. A relação entre o dever jurídico e os sujeitos a que se opõe determinado poder é fator que almeja a usual classificação doutrinária entre os chamados direitos absolutos e relativos, ponto que, segundo tal discriminação, justificará posteriormente crítica substancial à feição clássica da relação jurídica. Assim, por dever jurídico entende-se, especificamente, a

situação passiva que se caracteriza pela necessidade de o devedor observar certo comportamento (positivo ou negativo) compatível com o interesse do titular subjetivo. Nos direitos absolutos esse dever é geral, todas as pessoas devem observá-lo, como ocorre nos direitos reais e nos direitos da personalidade. [...] Nos direitos relativos, como nas obrigações, o dever é especial, competindo apenas à pessoa vinculada pela relação jurídica, como, por exemplo, o comprador e o locatário, em relação ao vendedor e ao locador. [...] O dever jurídico é, portanto, a necessidade de se observar certo comportamento, positivo ou negativo, a que tem direito o titular do direito subjetivo. (AMARAL, 2003, p. 149)

O sujeito a quem se contrapõe o poder jurídico sofre variações de acordo com a natureza do dever jurídico a que se submete, podendo ser definido ou geral.

Ainda, não é incomum a contraposição de duas definições de direito subjetivo, propugnadas, respectivamente, por Savigny (et al, 1949, p. 29) e

Jhering (1962, p. 43-44), e há muito difundidas: o direito subjetivo percebido ora como poder da vontade individual, ora como um interesse juridicamente protegido.

A falta de consenso acerca do que se enquadra no conceito de direito subjetivo permite certas dificuldades teóricas que continuam a repercutir em assuntos de teoria geral. O exame conjunto de direitos fundamentais e direitos subjetivos exige, da mesma forma, que se verifique sua interrelação dentro do contexto jurídico como um todo.

Compreendem-se os direitos fundamentais, sob o aspecto estrutural-analítico, de mais de uma forma²⁵: normas jurídicas ou posições jurídicas. São os direitos fundamentais *normas* emanadas da Constituição, hierarquicamente superiores às normativas decorrentes de leis infraconstitucionais, sem que possuam caráter de mera diretriz ou aconselhamento, mas com exigibilidade, positiva ou negativa, decorrente de sua própria natureza. Os direitos fundamentais também representam *posições* jurídicas, podendo, nessa senda, dar azo a um direito subjetivo – uma posição jurídica vantajosa – decorrente de previsão constitucional própria, a quem cabe o papel de direito objetivo respectivo (ALEXY, 2015, p. 181).

Todavia, os direitos fundamentais podem representar posições jurídicas que extrapolam o direito subjetivo, tais como o direito potestativo, o poder jurídico ou a faculdade jurídica, ou mesmo, nas relações entre particulares, posições jurídicas passivas, como o dever jurídico, a sujeição ou o ônus (FERRARA, 1921, p. 296). Logo, nem todo direito fundamental tem como efeito um direito subjetivo.

Assim, dos direitos fundamentais podem derivar direitos subjetivos, mas nem sempre ocorre; em contrapartida, direitos subjetivos podem se confundir com o poder jurídico decorrente da previsão específica de um direito fundamental, mas também podem advir de uma previsão legal ordinária que o conceda, sem que se adentre na esfera de um direito fundamental determinado, como, por exemplo, o artigo do Código de Processo Civil (CPC) que concede à parte sucumbente na ação, em qualquer grau de indeferimento

²⁵ Desconsiderando-se, portanto, questões teleológicas, empíricas, axiológicas, dentre outras.

dos pedidos, o direito de recorrer dentro dos prazos determinados em lei, que cria à parte um direito subjetivo. Afirma-se, pois, a independência conceitual entre ambos.

A verificação da relação jurídica sob novas lentes, abarcando-se, na contemporaneidade, o direito subjetivo pela situação jurídica subjetiva, que concede tutela em concreto às diversas posições jurídicas além do direito subjetivo (direito potestativo, faculdades, poderes, ônus etc.), amplia significativamente o âmbito de convergência com os direitos fundamentais e aproxima o regime das duas modalidades, à medida que a correspondência que passa a se fazer é entre direitos fundamentais e qualquer das posições jurídicas, e não mais entre direitos fundamentais e direitos subjetivos.

Além disso, a leitura do fenômeno jurídico constitucionalizado torna essencial a observância da Constituição pelas relações privadas, que passam a ostentar, ainda que difusamente, certo grau de relevância pública, justificando-se mais ainda a aproximação dogmática.

Essas distinções permitem demonstrar que todas as situações jurídicas, porque abarcam a diversidade de posições jurídicas existentes e por dever obediência à eficácia horizontal e superioridade hierárquica da Constituição, respondem à disciplina jurídica dos direitos fundamentais, inclusive suas restrições – não é dizer que todas as situações jurídicas são dotadas de *status* constitucional, mas que a penetração das normas constitucionais ao seu interior e a forma como se portam as relações privadas pós-88 permitem concluir que, em alguma medida, todas elas são lidas à luz da Constituição e o fenômeno jurídico desponta de forma diversa daquela em que observada, por exemplo, com o Código Civil de 1916.

Deslindados os fundamentos para se adentrar no estudo histórico dos direitos subjetivos de forma concomitante ao surgimento e evolução dos direitos fundamentais, inicia-se a investigação de período em que a concepção de direitos enquanto posição de vantagem titularizada por um indivíduo não havia sido elaborada em absoluto, mas era possível somente pela imposição de deveres comunitários que justificavam a formação dos primeiros grupos sociais, conformados em tribos e aldeias.

1.1 Do nada à criação. Surgimento dos traços sociais, deveres comunitários e os primeiros cidadãos.

Se a estabilização de direitos fundamentais ou subjetivos, passíveis de titularidade pelo homem, se deu a partir de um processo sociopolítico, e não surge, portanto, com a humanidade, pode-se inferir que houve períodos em que sua presença era inexistente. A ausência de direitos até determinado momento histórico não permite concluir, porém, pela ausência de *deveres* ligados a um elo comunitário. Deveres tais que propiciavam uma superação material, de ordem coletiva, das mais diversas necessidades apresentadas às sociedades primitivas – clima, comida, ataques de tribos inimigas, dentre outras.

Demonstra-se, com a necessidade de superação de dificuldades pelo grupo social, a existência de uma relação *condicional*, de natureza primária, porque própria do elo básico que liga toda a comunidade, capaz de fundamentar o surgimento de um direito em momento subsequente: a necessidade coletiva impele a criação de obrigações difusas ao grupo como um todo, com o propósito de saná-las e permitir a manutenção da vida em grupo; em um segundo momento, a criação de deveres difusos à comunidade possibilita, no campo fático, o seu cumprimento ou descumprimento por parte de seus membros; por fim, o descumprimento de um dever geral por parte de um dos membros do grupo ocasiona a criação de *direitos*, ou *poderes*, ao menos em sentido precário, aos demais membros da comunidade a que pertence, de exigir o cumprimento do dever desrespeitado. Assim,

A necessidade gera o dever que gera o poder. Um sujeito pode porque outro deve um objeto. *Oboedientia fecit regem*. Não há direito de exigir, sem obrigação de cumprir. *Obligatio et jus sunt correlata*. Dessa maneira, na origem primária, seja na geração atual e singular de um direito, seja na geração histórica e geral dos direitos, o direito nasce da obrigação, o poder nasce do dever. Daí, que os direitos humanos [direitos fundamentais] estão, por essa correlação, na dependência dos deveres humanos. Se estes não forem assumidos e cumpridos, tendo por fundamento os valores histórico-sociais que os enformam, aqueles serão, em realidade, meros ideais. Daí, também, a necessidade de estudar os deveres humanos: *a era dos deveres*, que antecedeu à dos direitos (BARROS, 2003, p. 3).

As primeiras sociedades evoluíram a partir de uma imposição de deveres àqueles em posição de pertencentes ou integrantes da sociedade. “Ainda que fugidia, a pré-história do direito tem de ser investigada no quanto revela da forma jurídica em que a sociedade humana principiou: antes na forma de ‘deveres objetivos’ que de ‘poderes subjetivos” (BARROS, 2003, p. 14). A existência de poderes ou direitos, mesmo que sob o prisma puramente comunitário, sobrevém somente após a consolidação de deveres objetivos, passíveis de observação pelo grupo em sua totalidade.

As necessidades naturais enfrentadas pelos primeiros agrupamentos sociais geraram deveres dependentes de condutas hábeis à satisfação material da dificuldade, com isso surgindo-se antes os deveres do que os direitos, seja fundamentais ou subjetivos, pois que encarados, mesmo os poderes respectivos, como exclusivamente comunitários, com a aplicação de sanções de igual proporção à ofensa, com fins não de ressarcimento individual do ano, mas de retribuição social.

Os direitos resultam, historicamente, da evolução das obrigações²⁶ (BARROS, 2003, p. 14). Como visto, a reunião de indivíduos em comunidade se dá como mecanismo necessário de superação das dificuldades enfrentadas pelas tribos. Todavia, é necessário constatar uma diferenciação entre a necessidade individual e a necessidade comunitária: a *necessidade comunitária* se dispõe não enquanto soma das necessidades individuais, mas como uma necessidade pensada estrategicamente sob a ideia de grupo, responsável por gerar, em contraposição, uma *mais-valia social*²⁷. (BARROS, 2003, p 14-15).

²⁶ Obrigações sociais, a elas não atribuído sentido jurídico.

²⁷“Na origem, a comunidade foi causada por necessidades que exigiram a união dos indivíduos como condição indispensável para superá-las. No processo dessa união, as necessidades humanas se totalizaram, como ainda se totalizam, na necessidade maior que as envolve, extremamente geral, primariamente fundamental: a necessidade da comunidade. Deves, ao longo da evolução da comunidade humana, esse algo a mais que se tem produzido pela crescente integração dos valores individuais, a qual não se reduz a eles, mas gera um valor superior à soma deles – um plusvalor ou mais-valia – que torna a comunidade historicamente necessária, em qual momento, e a impõe naturalmente. Portanto, mais e antes que uma necessidade lógica e racional, a comunidade é como sempre foi: uma necessidade histórico-natural, que no processo histórico do ser humano se impôs como ainda se impõe:

A comunidade passa a ser vista, então, em um meio de compensação pela existência da *mais-valia social*, como o dever difuso primeiro - a manutenção da tribo - de todos aqueles que a integram, por se tratar de concretizar meios de preservação e realização da sociedade em geral. O dever se justifica pela proteção de bens coletivos com impactos individuais, em especial naquilo que tange à segurança do indivíduo, ao possibilitar a garantia da vida, saúde, liberdade e outros bens decorrentes, a título de exemplo, da propriedade.

No *Segundo Tratado do Governo Civil*, John Locke (1963, p. 123) eleva a preservação da humanidade como máximo dever de todos os indivíduos, destacando a presença do dever comunitário nas manifestações do estado de natureza²⁸, servindo o Estado, por meio do pacto social, para assegurar a preservação da propriedade no estado de natureza. A relevância de um dever comunitário estaria fundada na concepção de autopreservação, que, ao transcender a figura do indivíduo isoladamente considerado – ao colocar como a preservação do *resto* da humanidade por cada *um* -, acaba por torná-la uma causa comum, enquanto dever mútuo, generalizado, e dotado de reciprocidade.

Por isso, antes da concepção da sociedade civil, todo e qualquer integrante da sociedade pode punir outro por mal que tenha causado, porque não há jurisdição ou hierarquia de um sobre o outro, de modo que cabe a todos zelar pela execução da lei. Todos têm, em contravia, um *direito de fazer* em face dela (LOCKE, 1963, p. 123-124).

Thomas Hobbes (1998, p. 78-95), teórico que precede John Locke - não só temporalmente, mas também no contratualismo - justifica como condição para que o homem deixe de viver em estado de natureza a elaboração de pacto por parte de todos, visando instaurar uma situação em que os indivíduos possam estabelecer-se racionalmente e reciprocamente, consubstanciando-se

naturalmente, pela própria mais-valia social que lhe é inerente e que, por isso mesmo, convém chamar de mais-valia social. BARROS, Sérgio Resende de. op. cit. p.15.

²⁸ Optou-se na pesquisa por analisar as sociedades primitivas não a partir de um estudo antropológico, capaz de verificar os elos comunitários partindo-se de estudos analíticos de povos em condição tribal, mas da filosofia política, pelas construções teóricas acerca do Estado de Natureza, especialmente em John Locke, pela repercussão de sua obra na configuração dos direitos individuais.

assim as condições de preservar a vida. O acordo seria justificável à medida que se fundamenta a vida do homem em dois pilares: (i) na autopreservação, e (ii) no medo, em especial da morte violenta, correspondendo ambos à tendência em assegurar a continuidade de seu ser (vida) e bem-estar (HOBBS, p. 76).

Jean-Jacques Chevallier (1999, p. 70), ao tecer comentários sobre a filosofia política hobbesiana, afirma que somente se reúne em sociedade o indivíduo quando ameaçada sua vida ou a paz, porque a sociabilidade não poderia ser considerada um instinto ou atributo natural do homem. Assim, a sociedade política somente se daria por interesse, decorrente da *necessidade*, sendo ela, em verdade, um produto artificial derivado de um pacto social voluntário acordado entre todos.

Ajustadas as razões primárias para o estabelecimento do homem em uma situação comunitária, tem-se que o *poder* decorrente da infração do regramento comunitário resulta do dever que exige a preservação da comunidade por parte de seus membros, não podendo ser absoluto ou arbitrário, mas, pelo contrário, comedido pela *razão*, *calma* e *consciência*, observando-se a finalidade de constrição do ofensor ou reparar a ofensa, em grau próximo à transgressão praticada (LOCKE, 1963, p. 124).

Embora explicita tratar-se a preservação da espécie humana *direito* de todos (LOCKE, 1963, p. 124), a argumentação expendida é evidente no sentido de que condicionado ao respeito às *obrigações* de todos, que o precedem. Nessa senda, o *dever natural* de toda a comunidade - coletivamente considerada e sob o prisma de cada um dos indivíduos componentes da sua estrutura -, de autopreservação de seus indivíduos e de sua manutenção enquanto comunidade, pode ser assinalado como fundamento dos *direitos* do ser humano e, por conseguinte, nas Idades Moderna e Contemporânea, dos direitos subjetivos.

A teoria de John Locke demonstra, despida de seu componente ideológico, que o fundamento dos direitos, ainda que afastado o prisma axiológico, será o homem, a natureza humana, embora aqui intimamente integradas temporal e espacialmente ao seu substrato histórico-social.

A ausência de um governo institucionalmente instalado e com força de império exigia a manutenção social a partir da coação do todo sobre suas partes integrantes, de modo a realizar-se a imposição de deveres, nesse momento peculiar, de maneira “direta, imediata, difusamente, pela própria sociedade com a força da sua própria comunidade”. Em outras palavras, pelo que vêm a ser chamado de *coação social* ou *natural*,

Força motriz do direito humano, a solidariedade social nasceu na aldeia tribal, base da comunidade nacional primeva, nação ainda acéfala, sem governo institucionalizado e coercitivo. Nela a imposição de deveres ainda se fazia direta e imediatamente por força da própria comunidade: por *coação natural*. Não por coerção institucional. Muito menos por aparato de coação. Apenas, a coação social no seu início natural: difusa, exercida pela própria sociedade sobre seus membros, coagidos difusamente pela força de coesão natural do todo sobre suas partes (BARROS, 2003, p. 57-58).

Coação natural, partindo-se da linha de raciocínio adotada, pode ser definida como “o dever natural e universal de todos os seres humanos defender, em comum, a espécie humana, em todas as situações em que se necessite ser defendida”. Permitindo-se, pelo fundamento, a manifestação *comunitária* em sentido repressivo, válida “até contra a insânia do próprio ser humano” (BARROS, 2003, p. 54).

O padrão da repressão comunitária revela-se historicamente plausível e constatável, fazendo-se presente não somente nas comunidades tribais, mas também mantidas no desenvolvimento das tribos em comunidades clânicas, no momento em que se reuniram em nações e ainda posteriormente, quando formadas as etnias²⁹.

Dos *genos* nasce o governo *stricto sensu*³⁰. Da experiência comunitária, inicialmente consultiva, se expressa a ascendência voluntária, tanto singular quanto coletiva, dos mais idosos, que assumiram o controle dos clãs e da tribo. Surge então o comando social, que se consubstancia em *poderes*, e nasce a obediência *geral*. Contudo, equivocada o raciocínio no sentido da existência de

²⁹ Estrutura sociopolítica superior aos clãs. BARROS, 2003, p. 56-57.

³⁰ unidade organizacional que deu origem à sociedade grega, eram caracterizados pela dependência da unidade familiar, e permitiam a convivência comum da totalidade de descendentes de um mesmo antepassado partilhado

uma definição objetiva dos deveres e sanções a serem aplicadas, em correspondência ao poder do *pater familias*, uma vez que a tipificação somente foi possível com a invenção da escrita – instabilidade que leva à afirmação de que vigente o sistema de justiça da vingança privada, por ser facilmente contaminado pelas “paixões da parentela”. Conquanto denominada vingança privada, tornou-se de fato privada somente em momento posterior, representando, aqui, a quebra da comunidade, interpretada pela família (BARROS, 2003, p. 79), sem que se possa compreendê-la como uma exigência a ser vindicada em razão de uma posição jurídica favorável de determinado indivíduo dentro da comunidade.

Luiz de Aguiar Costa Pinto (1980, p. 10) afirma que as lutas entre famílias, no contexto da vingança privada, devem ser vistas como um estágio da própria evolução do direito, enquanto expressão de uma “hipertrofia” do poder privado em face “atrofia” dos poderes públicos, sem que houvesse, contudo, uma rígida divisão entre poderes públicos e privados³¹. Refere-se, porém, em sua obra, à formação da sociedade brasileira em seus primórdios, em que pese conformar seu pensamento às sociedades primitivas da tradição ocidental, com as respectivas adaptações, vez que não havia uma rígida divisão entre poderes públicos e privados.

No período de derrocada dos *genos*, surgem as primeiras feições da divisão entre o público e o privado, apoiado na concentração do governo no poderio de uma classe dirigente que havia se tornado superior às *gentes*, permitindo o uso e posse de coisas pela apropriação singular (*unis gentis*) em contraposição aos bens comuns (*omnium gentium*) (BARROS, 2003, p. 79). A organização gradativa do corpo governante estabeleceu regimes jurídicos distintos em função da natureza e dos objetivos da atividade prestada, que vieram a ser sistematicamente reforçadas em contexto posterior.

No decorrer do tempo, o prolongamento do talião causou o enfraquecimento da comunidade. Nas lutas intertribais, a causa comumente

³¹ Luiz de Aguiar Costa Pinto se refere, porém, em sua obra, à formação da sociedade brasileira em seus primórdios, em que pese se conformar o pensamento às sociedades primitivas da tradição ocidental, com as respectivas adaptações.

levantada para a justificação da violência era a vingança embasada na morte dos antecessores. Para que se pudesse conservar a paz e fortalecer o grupo, foram concebidas novas formas de sanção que fossem públicas ao ponto de não haver dúvidas sobre sua justiça³² (BARROS, 2003, p. 81).

A gradual superação da coação natural pela coerção institucional tem nítida correlação com o enfraquecimento do talião, sobreposto pela composição das penas correspondentes, muitas vezes tão-somente por pecúnia, sem imposição de sanção corporal. À vista disso, desistiu-se da pena de retaliação pelo dever de pagamento de indenizações calculadas, com vistas à composição das partes e manutenção da paz social, substituindo-se a contenda por processos conciliatórios, até o desenvolvimento de um sistema de justiça que extrapolava os limites internos do clã e veio a ser tornar responsabilidade dos Conselhos e dos reis comuns, dentro de uma estrutura relativamente complexa (BARROS, 2003, p. 104-105).

Enquanto violência institucionalizada como resposta às agressões particulares, a vingança privada sofreu restrições pela Lei de Talião, ao passo que o sistema de composições voluntárias, com o arbitramento de quantia a ser paga pelo ofensor, tornou-se gradualmente obrigatório, ainda que somente com o Estado Moderno tenham a retribuição e indenização se tornado institutos autônomos (MAGALHÃES; COSTA, 2007, p. 420).

O sedentarismo antecipou a evolução das comunidades primitivas para o estado político, onde se vislumbram os contornos de um governo que se afasta do poder coercitivo pela força natural das instituições tribais e também do patriarcado, por meio da criação de aparatos institucionais específicos voltados à coerção.

O surgimento das instituições torna os agrupamentos sociais menos dependentes da solidariedade interna da comunidade, na medida em que a autoridade do(s) chefe(s), na posição de responsável(is) pelo governo, põe-se como capaz de preservar o clã. Inicialmente, ancora-se na coerção institucional, porque ainda inexistente um aparato estatal destinado

³² Sérgio Resende de Barros (2003, p. 81) exemplifica a situação com a popularização dos afogamentos públicos como sanção.

especificamente a promover a coerção (BARROS, 2003, p. 91-94), tais como um corpo de polícia ou a organização de um sistema judiciário para a imputação de sanções aos membros da comunidade.

Assim, própria das nações tribais, a coação natural é modalidade primária³³ que, com a alteração da conformação social, migrou para as medidas coercitivas pelas instituições que surgiram nas tribos: a *coerção institucional*. Depois, com a criação de aparelhos específicos destinados à coação, têm-se a *coartação pelo aparato estatal*. São, pois, formas que se sucederam voluntariamente, acumulando-se nos três estágios evolutivos mencionados, quais sejam, a solidariedade natural dos indivíduos que limita a liberdade em função da *mais-valia social* dentro da comunidade, passando-se, no último estágio, à limitação pelo Direito, no processo de migração para as cidades (*polis* grega e *civitas* romana)³⁴.

Não se pode afirmar a existência de direitos subjetivos nesse período histórico, assim como de direitos fundamentais. Da mesma forma que as obrigações gerais deveriam ser cumpridas por todos os membros da comunidade, cabendo a qualquer um deles assegurar a execução da lei, sem hierarquia ou jurisdição, percebe-se, pela aplicação das sanções, o caráter coletivo da própria retribuição *talis-qualis*. Toda a dinâmica sancionatória

³³ “Postos objetivamente pelas necessidades sociais, os deveres foram impostos naturalmente pela ação do todo sobre as partes da sociedade: a coação natural. É da natureza – está na essência – da comunidade coagir os seus membros ao cumprimento dos deveres necessários a preservá-la, no quanto deve ser preservado, a partir da conservação dos próprios indivíduos que a integram e nela se integram. A *coação natural* é a resultante das forças morais enformadas pelos valores naturais que nascem e se comunicam no íntimo da sociedade dos indivíduos. O que estabelece nesta a tensão entre individualidade e comunidade: tensão que – a partir de sua extremação ideológica, resultará em individualismo e comunismo. Mas, no momento histórico primário da sociedade humana, essa tensão se resolve pela imposição de deveres individuais em função das necessidades sociais, bem antes mesmo do reconhecimento dos direitos individuais, que nascem das obrigações individuais, que nascem da evolução desses deveres sociais e, compostas com eles, neles se assentam”. BARROS, 2003, p. 70.

³⁴ Desde o princípio dessa progressão [de liberdades], nas primeiras sociedades humanas, a coação natural foi corroborada por sanções. Inicialmente, não por sanções diferenciadas da ofensa e previstas e aplicadas espontaneamente por alguma autoridade social naturalmente instituída (coerção institucional), nem por algum aparato de força precipuamente destacado e armado para esse fim (coartação estatal), mas sim por retribuições comunitárias e igualitárias, morais e físicas, não diferenciadas da ofensa, informais e espontâneas, difusas e até certo ponto imprevisíveis (coação natural). Sanções naturais essas, que variavam do desprezo ou desterro até a mutilação ou morte do ofensor pelo clã ofendido, que reagia desse modo, mas sem nunca sair do modo de ser das primeiras comunidades humanas: a igualdade radical, o modo *talis-qualis*, por isso dia talião (BARROS, 2003, 62-63).

observa, em verdade, não um *poder-dever* em relação ao indivíduo, mas também obedece a lógica difusa própria de uma sociedade sem hierarquia e destituída de governo.

Eram inexistentes a autoridade e coerção públicas essenciais à implementação de decisões judiciais, além de as violações mais graves possuírem caráter exclusivamente civil. Não havia, pois, como se impor sanção penal, a visar proteção contra violências contra os bens jurídicos dos indivíduos (VÉRAS NETO, 2008, p. 124).

A liberdade *jurídica* inicia-se na migração da liberdade das selvas (nomadismo) para a casa e cidade (sedentarismo), traduzindo-se na participação da tribo no poder da *polis*³⁵ ou *civitas*³⁶ em que a comunidade se afixou.

Adentra-se no regime jurídico da *liberdade dos antigos*, composta pela participação ativa e constante do poder coletivo, isto é, a liberdade cívica (CONSTANT, 1985, p. 1-10), que, conquanto coletiva, não mais compreendia relações tão difusas como os deveres e poderes comunitários de outrora. Porém, mesmo o cidadão grego ou romano não possuía *direitos* fundamentais ou subjetivos, notadamente por não haver percepção de uma individualidade, de uma personalidade jurídica em nível abstrato capaz de ser titular de direitos ou deveres, mas somente o indivíduo enquanto membro integrante do corpo público de determinada sociedade.

Em verdade, eram historicamente prescindíveis os direitos fundamentais ou subjetivos porque defendidos os cidadãos pelo direito (tradição) imemorial, de feitio não-individual (BARROS, 2003, p. 148-149), exercido coletivamente enquanto emanção de parcela do poder da *polis*, que deveria zelar por seus cidadãos, inclusive institucionalmente.

Torna-se factível, ainda em níveis de fundação, a existência de direitos enquanto exteriorização do “eu” subjetivo, em face de deveres próprios da

³⁵ *Polis* era o modelo de cidade (cidade-Estado) grega entre os períodos arcaico e clássico. CACCIARI, Massimo. *A cidade*. 2009.

³⁶ *Civitas* era o modelo de cidade romana, lugar dos *civis* (cidadãos), não delimitada por um território, mas pela unidade cívica e submissão às leis. *Idem*.

tradição da *polis* e da *civitas*, embora nitidamente não haja direitos contra o governo ou o Estado (BARROS, 2003, p 149).

Na Grécia, a dicotomia público-privado, por sua vez, começa a se apresentar. Divergindo de Platão em alguma medida³⁷, Aristóteles (1991, p. 31-41) coloca a vida política como espectro da esfera pública, cabendo aos cidadãos seu exercício por meio da participação nos assuntos da *polis*, condicionadas, porém, à superação das necessidades da vida privada. Opunha-se à esfera pública, assim, os subordinados do *oikos*³⁸, a quem prevaleciam as relações de dominação e de propriedade. A mulher integrava, portanto, somente a esfera privada, porque não podia se tornar cidadã, defendendo-se inclusive a contraposição no sentido de que “a força de um homem consiste em se impor, a de uma mulher, em vencer a dificuldade de obedecer” (ARISTÓTELES, 1991, p. 31).

A distinção entre público e privado na Grécia acentua-se pela necessidade, como visto, de se evitar a vingança privada pelos membros da família. Diante disso, desenvolveu-se após alguns séculos a legislação grega codificada e oficial (meio do século VII a.C.) (SOUZA, 2008, p. 84), que acentua a distinção: “embora os gregos não estabelecessem diferença explícita entre direito privado e público, civil e penal, é no direito processual que se encontra uma diferenciação quanto à forma de mover uma ação – a ação pública (*graphé*) e a ação privada (*diké*) (SOUZA, 2008, p. 86).

O Direito Romano, que sofreu nítida influência grega, marca-se porém pela não intromissão estatal nas relações privadas, em nome da autonomia da vontade (RÃO, 1997, p. 250), o que pode levar à crença – equivocada - de que

³⁷ Para Platão, na obra *A República*, as experiências da vida privada poderiam ser passadas para a vida da *polis*. Ao contrário, Aristóteles apresenta delimitação mais rígida entre as esferas, embora em certos momentos as desconsiderasse. Seguindo-se o raciocínio de Hannah Arendt, “O verdadeiro caráter dessa *polis* [público] é ainda bastante evidente nas filosofias políticas de Platão e Aristóteles, mesmo que a linha divisória entre a família [privado] e a *polis* ocasionalmente desapareça, especialmente em Platão que, provavelmente seguindo Sócrates, passou a colher os seus exemplos e ilustrações da *polis* nas experiências cotidianas da vida privada, mas também em Aristóteles, quando este, seguindo Platão, presumiu especulativamente que pelo menos a origem histórica da *polis* deveria estar ligada às necessidades da vida, e que somente o seu conteúdo ou finalidade inerente (telos) transcende a vida na ‘boa’ vida” (ARENDRT *apud* FRANCISCO, 2007, p. 8).

³⁸ *Oikos* (privado) equivale a uma unidade social básica no contexto das cidades-Estado gregas, hierarquizada e chefiada pelo pai nos aspectos privados, que também os representava perante a *polis* (público). FLORENZANO, Maria Beatriz Borba. *Polis e oikos, o público e o privado na Grécia Antiga*. São Paulo: Labeca – MAE USP, 2001.

os direitos subjetivos já se encontram, nesta etapa, bem definidos. Mas parênteses mostram-se necessários. A distinção entre direito público e direito privado não era desconhecida pelos romanos, mas o era o direito subjetivo como reconhecido atualmente, em que pese o *Digesto* de Justiniano ter tratado não somente da divisão entre o *publicum* e o *privatum*, mas também acolhido em seu texto o conceito de *jus*, *potestas* e *facultas* (VILLEY, 1976, p. 60).

O Direito Romano era marcado pela ausência de sistematicidade acerca da ciência jurídica, porque pensado a partir de problemas concretos, ou seja, não havia a preocupação em se criar categorias abstratas com as respectivas consequências sem a configuração do problema concreto (AMARAL; PONA, 2016, p. 24-25).

A ideia de direito, para os romanos, era representada pela palavra *ius* [ou *jus*], a qual, como a própria etimologia sugere, liga-se à (ou, há quem prefira, deriva de) *iustitia* (embora seja possível questionar a ordem de derivação tendo em vista saber-se que as palavras mais complexas derivam das mais simples, e não ao contrário) e, assim, se referia ao *ius naturale* (direito natural), *ius civile* (direito comum a todos), *ius honorarium* (o direito proveniente dos pronunciamentos dos pretores), *ius decitus locus* (local onde se faz o direito) (AMARAL; PONA, 2016, p. 25).

Todavia, existe uma diferença sensível que não permite que o *jus* descrito no *Digesto* seja apresentado como equivalente histórico do direito subjetivo dos dias de hoje – isto é, como atributo do indivíduo que lhe permite algum benefício. Isso porque, para o Direito Romano, o “direito” de cada um não era um *poder* sobre as coisas, mas somente uma *fração do todo*, partindo-se de uma divisão própria da aplicação dos critérios previstos em lei (VILLEY, 1976, p. 62). Significa a *justa repartição* entre vários, técnica que caberia ao jurista concretizar, e não poder individual passível de exigência de forma autônoma. O desenvolvimento do conceito de *jus* até o efetivo surgimento dos direitos subjetivos será analisado de modo mais rigoroso quando do estudo das correntes hermenêuticas que influenciaram o pensamento da ciência do Direito.

Todavia, inova-se quanto à titularização de direitos quando da reciprocidade surgida pelos pactos no Direito Romano tradicional, documento divulgado e confirmado perante um pretor competente, considerado como a

primeira revelação do individualismo no contexto da liberdade dos antigos, pois que a formalização pública tinha como finalidade a preservação de interesses preterindividuais, embora circundassem aí interesses de cunho individual reflexo (BARROS, 2003, p. 98).

As primeiras raízes dos direitos subjetivos e dos direitos fundamentais começam a despontar na transição da Antiguidade para a Idade Média, embora não possuam configuração convergente com aquela apresentada nos períodos históricos subsequentes e, muito menos, no contexto pós-milênio. No medievo, o florescimento de direitos individuais aparecem, partindo-se de composições nas relações típicas desse momento – de servidão e vassalagem -, e são ressaltados com o surgimento das comunas e dos burgos, com a ascensão da burguesia.

1.2 Dos deveres à barganha. Transição do comunitário para o conciliatório e o modo de produção feudalista

A conformação política das comunidades foi substancialmente alterada no período medieval. Marcado pela descentralização, a alteração do modo de produção mostrou-se igualmente substancial na conformação da sociedade feudal: a substituição da mão-de-obra escrava pela mão-de-obra servil concedeu ao servo, e posteriormente, nos contratos de vassalagem, ao vassalo, certo grau de liberdade imposta ao suserano, representando-se, pela primeira vez, uma oposição, precária, em face da entidade pública, mas que também não representava o Estado em sua totalidade. Todavia, o custo da composição de direitos e deveres entre as partes era alto, porque exigiria uma perpetuidade do juramento, solidificando relações essenciais à manutenção do sistema feudal.

Inquestionável, nas realidades grega e romana, o desenvolvimento de mecanismos específicos destinados à coerção dos indivíduos, adentrando-se, logo, no período de *coartação estatal*. Todavia, com o declínio do Império Romano e a invasão dos bárbaros, “a comunidade humana básica regrediu à relação primária do homem com o campo, à dependência direta da terra, à produção singelamente artesanal”, com o retorno, no campo político-jurídico,

“ao direito costumeiro, baseado na aliança (como entre as tribos primitivas) e não no império (como se tornara entre os romanos e as demais tribos ou gentes)” (BARROS, 2003, p. 73).

Nos primeiros períodos de Europa Medieval tem-se como evento histórico mais significativo o “declínio do mundo antigo”, representado pelo processo de desintegração o Império Romano e do regime escravista, no século V, e também a consubstanciação, como doutrina preeminente, do cristianismo (WOLKMER, 2006, p. 37).

No campo social, marca-se o período pelo forte domínio da Igreja Católica, com uma adequação cristã da cultura que se herda tanto dos gregos quanto dos romanos. Há o predomínio do controle eclesiástico na dinâmica social, possibilitando-se pelo cristianismo “afirmar que o bem maior não é o Estado, mas o homem dentro da sociedade”, o que permite a construção de uma concepção transcendental de dignidade humana, que viria a ser precursora do surgimento das declarações de direitos no mundo moderno (WOLKMER, 2006, p. 38). Alteram-se também as manifestações do poder político, que agora se encontra descentralizado, e não obediente à organização imperial (WOLKMER, 2006, p. 38).

Dessa obrigatória descentralização do poder, restou um sistema político desligado de princípios ou regras vinculados a um órgão de emanção, retomando-se práticas costumeiras, e, portanto, avessos à lógica do império e ao conceito de soberania, cuja concepção moderna ainda não havia sido forjada.

O regime econômico e social se altera significativamente, abrindo-se caminho ao feudalismo. Sistema edificado nos pilares de liberdade e servidão, o feudalismo permite, pela primeira vez no desenvolvimento histórico-social, a conciliação entre *deveres* e *direitos*, abrindo-se caminho para que, nas revoluções liberais, pudessem os *direitos-oposição* ser bradados tão fortemente.

A composição entre direitos e deveres decorre da atualização do feito do *servitium*, que deixa de ser absoluto e agora sobrepõe o regime de servidão ao de escravidão, esse último característico da sociedade greco-romana.

Compõe-se o *servitium* (representando deveres) com o *beneficium* (representando direitos de natureza não-comunitária), em negociação estabelecida sob a condição de homem livre (*ingenuitas*) (BARROS, 2003, 170-171).

Logo, o controle sobre o servo não era absoluto. Também não era absoluto o controle do suserano em face do vassalo, na transição das relações de servidão pelas de vassalagem, porque o patrocínio, nesses casos, era sinalagmático – não mais unilateral. O juramento feudal se impôs pela necessidade de proteção contra o fracasso econômico trazido pela guerra contra os bárbaros, trato que acabou promovendo uma economia agrícola predominante do modo de produção feudal, em prejuízo da cidade e do comércio. Desse modo, a proteção social exigida pelo servo e pelo vassalo era de fato imputável, enquanto protodireito, fundamental e subjetivo, ao suserano, a despeito da impossibilidade de se desfazer o trato uma vez concretizado.

Além dos vassalos, também “o servo não era escravo e o senhor não era absoluto”, ainda que pudesse ser considerada a relação “mais oclusiva e opressiva do que nas relações entre os vassalos”. Assim, “a fixação dos camponeses à terra não depende de pressão senhorial absoluta, mas de *ajustes* recíprocos que, embora constituídos em situação desigual de poder, permitem aos camponeses adquirir condições nas quais *direitos* e *deveres* tenderam a se consolidar nos costumes” (BARROS, 2003, p. 199).

Formou-se, com o passar do tempo, uma nova classe social, a burguesia, advinda dos burgos, que passou a se particularizar não mais pelo juramento firmado ao senhor feudal, mas, afinal, pela atividade de comércio por ela exercida – contexto que gradualmente deu ensejo ao desenvolvimento da manufatura e emancipação das comunas³⁹, que vieram a se tornar cidades

³⁹ Compreende-se por comuna a cidade emancipada por força de cartas reais. “A partir da altura em que cessam as invasões, a vida transborda os limites do domínio senhorial. O solar começa a não se bastar mais a si próprio; toma-se o caminho da cidade, o tráfego organiza-se, e em breve, escalando as muralhas, surgem os subúrbios. É então, a partir do século XI, o período de grande actividade urbana. Dois factores da vida económica, até então um pouco secundários, vão adquirir uma importância de primeiro plano: o ofício e o comércio. Com eles crescerá uma classe cuja influência será capital para os destinos de França — ainda que o seu acesso ao poder efectivo não date senão da Revolução Francesa, da qual será única a tirar benefícios reais: a burguesia. Pelo menos o seu poder data do muito mais longe, porque, desde a origem, ocupou um lugar preponderante no governo das cidades, enquanto os reis,

dedicadas ao comércio (PERNOUD, 1997, p. 47-49), além de permitir, em certa medida, a *liberdade* dos juramentados, que, ao ganhar projeção a atividade por eles empregada, passou a superar a atividade agrícola própria do modo de produção do medievo para um novo modo de produção.

Transfere-se o sistema produtivo do feudal para o capitalismo mercantil, em ascensão. A economia agrário-senhorial migra para a prática produtiva de mercado livre, cuja sistematização se dava por trocas monetárias e a força de trabalho assalariado (WOLKMER, 2006, p. 102).

O capitalismo irá constituir-se gradualmente, consolidando-se e alcançando quase toda a Europa depois dos séculos XVI e XVII. Nas suas origens, a mentalidade capitalista está identificada às práticas comerciais, ao empreendimento individualista e competitivo, bem como ao afã de lucro ilimitado, ao cálculo previsível e ao procedimento administrativo racionalizado (WOLKMER, 2006, p. 102).

Conforme mencionado, destaca-se o surgimento de um novo segmento social, separado tanto do clero quanto da nobreza, que adquire a propriedade dos meios produtivos e torna hegemônico seu pensamento político, em posição que viria a se consolidar tempo depois com a eclosão das revoluções liberais e o respectivo rompimento com o Antigo Regime (WOLKMER, 2006, p. 103). Surge, desde então, de forma bem definida, uma nova concepção de liberdade, trazida pela nova estrutura de sociedade, que

de fato logo se traduz numa liberdade político-jurídica que inere à cidade mediante a composição de deveres com direitos entre burgueses e senhores feudais, utilizando para isso o próprio aparato jurídico feudal e, desse modo, opondo o direito urbano

nomeadamente a partir de Filipe, o Belo, faziam voluntariamente apelo aos burgueses no governo das cidades como conselheiros, administradores e agentes do poder central. Ela deve a sua grandeza à expansão do movimento comunal, do qual aliás é o principal motor. Nada de mais vivo, de mais dinâmico que esse impulso irresistível que, do século XI ao início do século XIII, leva as cidades a libertarem-se da autoridade dos senhores, e nada de mais ciosamente defendido que as liberdades comunais, uma vez adquiridas. É que com efeito os direitos exigidos pelos barões tornavam-se insuportáveis a partir do momento em que não havia mais necessidade da sua protecção: nos tempos de agitações, outorgas e portagens eram justificadas, já que representavam os gastos de polícia da estrada: um comerciante roubado nas terras de um senhor podia fazer-se indemnizar por ele; mas a tempos novos e melhores devia corresponder um reajustamento que foi obra do movimento comunal. A Idade Média concluiu desta forma com êxito essa necessária rejeição do passado, tão difícil de realizar na evolução da sociedade em geral; é muito provável que, se o mesmo reajustamento tivesse sido produzido em tempo oportuno para os direitos e privilégios da nobreza, muitas desordens teriam sido evitadas" PERNOUD, Régine. *Luz sobre a Idade Média*. Portugal: Publicações Europa-Améi, 1997, p. 47-49.

ao direito feudal ao fundar aquele neste para negá-lo na forma de uma senhoria coletiva popular. O movimento comunal se torna assim um cosmopolitismo: toda cidade e a cidade toda é livre. Essa liberdade cosmopolita vai ganhar individualismo sem perder universalismo. Assim a liberdade comunal, tornada em cosmopolita, evoluiu para a liberdade individual, tornada em universal. O liberalismo universalizou ao extremo a ideia de liberdade, para confrontar com o extremo a que o absolutismo levou o poder político, rompendo toda e qualquer possibilidade de composição entre o rei e o burguês, mas abrindo uma era de franca oposição entre ambos: a era dos direitos (BARROS, 2003, p. 247-248).

E a cidade passa então a irradiar um ideal libertário, que, gradualmente, atinge todo o sistema feudal, ocasionando, já na passagem para a Idade Moderna, a junção das cidades e reinos feudais em uma estrutura mais ampla: fala-se agora na existência de um *reino* unido sob a soberania do monarca, em uma estrutura básica que difere em muito daquela própria ao regime feudal (BARROS, 2003, p. 247-248). Por mais que, nesse momento, se falasse em abolição da servidão, tal panorama somente pode ser verificado em algumas propriedades, não podendo servir como regra geral. A abolição definitiva da servidão feudal somente se deu com a Revolução Francesa e a Revolução de 1848 (HOBBSAWN, 2009, p. 51).

Desde o século XII, o monarca passa a ampliar sua esfera de competência exclusiva, podendo-se afirmar como figura soberana de todo o reino, com a aquisição do poder de polícia e de justiça (DALLARI, 1995, p. 76). Aduz-se à relatividade inicial do conceito de soberania nesse contexto, porque confrontado com o poder dos barões, soberanos em suas senhorias, que se transformou, num segundo momento, num caráter superlativo, como um poder supremo (DALLARI, 1995, p. 76-77).

Em sua significação moderna, a soberania passa a indicar o poder estatal em sua plenitude, na forma de sujeito exclusivo da política. É através dela que se permite ao Estado a imposição de uma nova dinâmica à organização do poder dos medievos, que, além da divisão nas categorias e Estados, também repartia o poder entre o papado e império. Passa-se então à concentração do poder em um corpo unificado, visando ao Estado a máxima coesão pelo monopólio da força em instância única, com território determinado

e sobre determinada população (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 1179).

É indubitável que a noção de soberania como *suprema potestas superiorem non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si) remonta ao nascimento dos grandes Estados nacionais europeus e à divisão correlativa, no limiar da idade moderna, da ideia de um ordenamento jurídico universal, qual a cultura medieval havia herdado da romana (FERRAJOLI, 2012, p. 1-2).

Finda a Idade Média, o Estado passa a se definir pelo conceito de soberania (DALLARI, 1995, p. 77), como resultado da ruptura do governo do medievo para o governo moderno, monárquico. Aqui, “o soberano pretende ser exclusivo, onicompetente e onicompreensivo, no sentido de que somente ele pode intervir em todas as questões e não permitir que os outros decidam”, tendo sido desenvolvidas, inclusive, teorias justificadoras da essência dessa soberania robustecida, em que se destacam como expoentes Jean Bodin e Thomas Hobbes (BOBBIO, 1998, p. 1180).

A consolidação dos Estados nacionais e a autonomia concedida às esferas ideológica e religiosa que haviam alicerçado a nação cristã até então evidenciaram a crise definitiva do modelo vitoriano. Assim, com a plena secularização do poder adveio sua absolutização, envolvendo-se nesse processo tanto a dimensões interna quanto externa de soberania⁴⁰, o Estado se forma como “pessoa artificial, fonte exclusiva do direito e, ao mesmo tempo, livre do direito” (FERRAJOLI, 2002, p. 16-17).

Logo, não se cuidou de limitar de forma geral a expansão dos poderes do monarca – o que permitiria o surgimento dos direitos-oposição -, mas somente retraí-la por acordos específicos, individualizados, na composição entre deveres e direitos.

⁴⁰ “Internamente, o soberano moderno procede à eliminação dos poderes feudais, dos privilégios dos Estados e das categorias, das autonomias locais, enfim dos organismos intermediários, com sua função de mediador político entre os indivíduos e o Estado: isto é, ele procura a eliminação dos conflitos internos, mediante a neutralização e a despolitização da sociedade, a ser governada de fora, mediante processos administrativos, antítese de processos políticos [...]. Externamente cabe ao soberano decidir acerca da guerra e paz: isto implica um sistema de Estados que não tem juiz algum acima de si próprios (Papa ou imperador), que equilibram suas relações mediante a guerra [...]. BOBBIO, 2002, p. 1180.

A ascensão da burguesia permitiu a conversão e universalização da liberdade das cidades mercantis em liberdade individual, principal mote das revoluções liberais na deflagração da Idade Contemporânea. Anteriormente ao êxito sobredito, as cartas de privilégio⁴¹, gradualmente “foram declarando, firmando, confirmando e reafirmando no plano jurídico-normativo um crescendo gradativo de liberdades opostas ao rei” (BARROS, 2003, p. 293), que, muitas vezes forçado a reconhecer os documentos, sucumbia em face da pressão social.

Assim, as relações de servidão apresentaram características inéditas em relação não somente ao modo de produção escravagista, mas também nas relações privadas como um todo. Não se havia, na Idade Antiga, a concepção de um poder individualizado oponível em face do Estado, mas tão-só uma liberdade cívica, e mesmo a ideia de um embrião de direito subjetivo dizia respeito a um fracionamento do coletivo. Os primeiros lampejos de uma oposição partindo-se de um poder individual vêm com a servidão e em seguida com a vassalagem, pela composição, nos juramentos feudais, entre direitos e deveres de cunho social, cabendo aos servos e vassalos exigir seu cumprimento do suserano, autoridade pública.

Tal composição veio a ser ampliada significativamente com as cartas de privilégio, num contexto de mercantilismo insurgente e a conformação de cidades paralelas aos feudos, em que se chegava a limitar, de certo modo, o poder do governante.

A consolidação das cidades, cujo crescimento passou a integrar em si os próprios feudos; a ascensão e consolidação da burguesia, praticamente do comércio; a alteração da prestação de serviços pessoais pelo benefício, pagamento em pecúnia ao senhor feudal; e as grandes descobertas marítimas; permitiram a reunificação dos reinos unidos, sob o governo de uma monarquia soberana, conformando-se, então, o Estado Moderno. A estabilização do

⁴¹ No momento de surgimento do conceito poder soberano e da organização do Estado moderno, as cartas de privilégio do período final da Idade Média compunham deveres com direitos dos governados, não mais se limitando aos juramentos que previamente sucedem a modalidade. Sua extensão chegou inclusive a limitar o poder dos governantes, ainda não absolutos, podendo-se considera-las, por isso, os antecedentes mais aproximados à constituição escrita, junto com os pactos políticos, firmados em grande parte pelos ingleses (BARROS, 2003, p. 262).

absolutismo permitiu que movimentos pela titularização de direitos individuais eclodissem, dando-se início à era denominada era dos direitos.

1.3 Da barganha à liberdade individualizada. As revoluções liberais, direito-oposição e o movimento convergente entre direitos fundamentais e direitos subjetivos

Os movimentos pela universalização de direitos surgiram gradualmente, no desenrolar dos eventos história. Sua efetiva consolidação, contudo, se deu pelo desencadeamento de movimentos revolucionários amparados no ideal de liberdade: a Revolução Gloriosa, a Revolução Americana e, confirmando-se as declarações de direitos, a Revolução Francesa. Porém, algumas ocorrências merecem destaque como precursoras do novo paradigma, que alterou definitivamente o sistema jurídico, não apenas por permitir ao indivíduo titularizar direitos fundamentais e opô-los ao Estado, e direitos subjetivos, a serem opostos ao Estado e aos demais particulares, mas também pela edificação de uma fenomenologia jurídica amparada na existência de Códigos, ordenadores da vida privada em sua completude.

A era dos direitos surge na Inglaterra, com a Revolução Gloriosa (1688-1689), precedida, no medievo, pelo firmamento de cartas políticas que haviam inaugurado a titularização de direitos pelo indivíduo em face do arbítrio estatal. Iniciam-se as tensões no período pós-Guerra Civil, com o estabelecimento da República de Cromwell, e perduram até o reinado de Jaime II, que culminou na edição pelo Parlamento do *Bill of Rights* e o início dos direitos-oposição.

Tendo sido instaurada a República de Cromwell (1649-1658) após a execução de Carlos I, da Dinastia Stuart, e a supressão da Câmara dos Lordes, como resultado da Guerra Civil inglesa, restabeleceu-se uma disposição absolutista de governo, apoiada pela burguesia e puritanos, com a imediata repressão de grupos contrários – defensores do parlamentarismo, apoiados pela nobreza e anglicanos, portanto (VÁRNAGY, 2006, p. 50).

Com a morte de Cromwell, em 1658, Carlos II foi convidado pelo Parlamento, agora reoperante, a voltar à Inglaterra para governar, quando se iniciou o período conhecido como Restauração, com faceta absolutista e forte influência católica. Nesse momento, “o problema básico em relação ao poder, ou seja, a contraposição entre governo real absolutista ou governo parlamentar, não estava resolvido”, mas havia um fator de diferença, porque “a supremacia social e econômica da burguesia já estava garantida, o que estimava que a estrutura do Estado devesse descansar no poder legislativo (Parlamento) e não no poder executivo real”. Havia um novo princípio a determinar a fonte do poder: o contrato, que prevaleceria sobre as teorias da monarquia do direito divino (VÁRNAGY, 2006, p. 50), já assentado na consciência inglesa do período.

Com a morte de Carlos II, Jaime II, católico, subiu ao trono, pretendendo poder absoluto ao desafiar frontalmente a burguesia. Assim, em 1688, protestantes se rebelaram contra o governo católico e desencadearam a chamada Revolução Gloriosa. A Revolução Gloriosa ocorreu quando, apoiado pelos *Whigs* (liberais, para quem provinha o direito do monarca de um contrato entre monarquia e nação) e inclusive pelos *Tories* (conservadores, que, embora defensores do regime vigente, também reconheciam os inconvenientes de Jaime II), o Parlamento fez com que Guilherme de Orange e sua esposa Maria retornassem à Inglaterra com uma frota (VÁRNAGY, 2006, p. 50-51).

Adotou-se, nesse momento, a *Bill of Rights*, que, pela primeira vez na história o fazendo unilateralmente, “limitava o poder dos monarcas e garantia o direito do Parlamento a eleições livres e a legislar. Além disso, o rei não poderia suspender o Parlamento nem estabelecer impostos ou manter um exército sem a aprovação do mesmo” (VÁRNAGY, 2006, p. 51). Ainda, no mesmo ano, publica-se a Lei de Tolerância, em que ficava garantida a liberdade de cultos aos ingleses.

Essa revolução pacífica assinalou o triunfo definitivo de uma nova estrutura social, política e econômica, baseada nos direitos individuais, na livre ação econômica e no interesse privado, criando as premissas políticas para o ulterior desenvolvimento do capitalismo na Inglaterra. Foi a culminação de um processo que começou com a Guerra Civil e que

beneficiou os interesses da burguesia, eliminando grande parte das sobrevivências feudais (VÁRNAGY, 2006, p. 51).

Assim, o período de oposição de direitos tem início pelo reconhecimento de liberdades civis e políticas, ao que se acrescentarão posteriormente, pelos norte-americanos e franceses, na combustão das respectivas revoluções, demais liberdades individuais conquistadas naquele momento histórico.

A Revolução Americana de 1776 culminou na declaração de independência dos Estados Unidos pelo Tratado de Paris de 1783, que viria, menos de uma década depois, a originar a primeira Constituição escrita da história, com desenho institucional afeto às ideologias liberais revolucionárias. Por sua vez, a Revolução Francesa não foi liderada por um grupo ou movimento organizado, embora um consenso de ideias entre um grupo social coerente tenha consolidado a burguesia como uma unidade revolucionária. “Suas ideias eram as do liberalismo clássico, conforme formuladas pelos filósofos e economistas e difundidas pela maçonaria e associações informais”, e foram consolidadas na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (HOBSBAWM, 2004, p. 90).

Eric Hobsbawm (2004, p. 94-95) aduz à queda da Bastilha, prisão estatal que simbolizava o poderio da realeza e onde os revolucionários poderiam encontrar armas para prosseguir, como o resultado “mais sensacional” da mobilização revolucionária. Seria esse o prelúdio do fim do poder real e o início de uma nova estrutura social, em que pese a menção do autor ao desandar dos movimentos revolucionários no limiar do que denomina “revolução antiburguesa” ou ainda “revolução radical”, consistente na proposta revolucionário dos jacobinos.

Garantiu-se, portanto, com os três grandes movimentos, a capacidade de o indivíduo titularizar direitos em face do Estado, pura e unilateralmente, sem a necessidade de composição.

No entanto, entende-se que algumas digressões sobre o desenvolvimento da concepção de direito devem ser ressaltadas para melhor elucidação teórica. A ideia de um direito como atributo da própria pessoa,

proporcionando-lhe um benefício, passa, retornando-se um pouco na história, pela doutrina de São Tomás de Aquino, “para quem a justiça se caracterizava como o hábito segundo a qual dá-se, com constante e perpétua vontade, a cada um o seu direito”, mesclando-se com o ideal aristotélico de justiça (AMARAL; PONA, 2016, p. 31-33).

Há, portanto, um período de significativa transição entre o *jus* e a *justitia* dos romanos e os direitos subjetivos dos pandectistas, para que se chegue às atuais conformações não somente de direito subjetivo, mas para que se possa falar em situações jurídicas subjetivas (AMARAL; PONA, 2016, p. 33).

Aparece de forma bem delimitada no século XIV, sob o escólio da filosofia nominalista de Guilherme de Ockham, franciscano inglês, elaborada, dentre outras razões, para fins de justificar a manutenção pelos pontífices dos bens da Ordem Franciscana, que dele dispunham há tempos, em desavença travada com o Papa João XXII (VILLEY, 2005, p. 269). O empecilho se fundou no sentido a ser dado à palavra *jus*, por se tratar de “querela verbal” (VILLEY, 2005, p. 269), passando-se a ser concebida, a partir desse evento, como “um poder sobre as coisas, um *ius in rem*, e não a participação na distribuição de coisas feitas por um poder realçado na norma objetiva”, ou seja, passa o direito subjetivo a ser tratado como “poder do sujeito, irrevogável, que viria a refletir a doutrina individualista cristã na qual se insere o filósofo” (AMARAL; PONA, 2016, p. 33).

Guilherme de Ockham parte da definição aristotélica de justiça, consistente em atribuir a cada um aquilo que é seu. Destaca, no conteúdo, inovando-se historicamente, a parte que diz respeito à titularidade (“é seu”), contrapondo-se ao conteúdo efetivo (“aquilo”) da igualdade, há muito debatido. “Seu” é pronome possessivo, trazendo-se à tona a possibilidade do indivíduo de titularizar, enquanto ser humano, “aquilo”, substantivo que representa o conteúdo da igualdade, a fração específica a ser atribuída a cada titular de uma fração (VILLEY, 2005, p. 274-279).

A ênfase no pronome possessivo supõe o *direito* como a capacidade individual de tutelar a coisa (postular), quinhão ou bem, isto é, a propriedade.

No nominalismo de Ockham, contraposto a existências universais⁴², as preocupações passam a pairar sobre os indivíduos, de modo que

o indivíduo (não mais a relação entre vários indivíduos) torna-se o centro de interesse da ciência do direito; o esforço da ciência jurídica tenderá doravante a descrever as qualidades jurídicas do indivíduo, a extensão de suas faculdades, de seus *direitos individuais* (VILLEY, 2005, p. 233)

Com o breve acolhimento de concepção subjetivista de direito nesse período, dá-se início a um período de laicização e individualização também no âmbito da política moderna, que, como visto, acabou por culminar nas revoluções liberais. No contexto quatrocentista, todavia, ainda tem-se como interesse preservar a moral cristã, cabendo aos direitos subjetivos o preenchimento os espaços decorrentes da perda do direito natural, sobressaindo-se o “nítido abandono de uma forma de pensamento jurídico, o clássico, fundado na ordem natural, ao qual segue uma ideia alicerçada na noção de poderes” (AMARAL; PONA, 2016, p. 42).

O ordenamento político-social migra de um sistema de “proporções entre os objetos partilhados entre as pessoas” para um sistema, “por um lado, de poderes subordinados uns aos outros e, por outro, de leis provenientes dos poderes” (VILLEY, 2005, 279).

Destaca-se no processo de consolidação do direito subjetivo a contribuição trazida por Francisco Suárez, no papel de representante da escolástica espanhola, ao desvelar a existência de um *poder* moral do sujeito sobre uma coisa que seja própria ou de alguma forma lhe pertença, e de toda a

⁴² “Por oportuno, impende esclarecer que o nominalismo se trata de corrente filosófica que se opõe à existência de universais. Não há, para nominalistas, realidade nos conceitos universais; trata-se apenas de representações linguísticas para categorização dos seres a partir de semelhanças e diferenças a partir do individual. ‘A realidade é essencialmente individual. O universais são nomes, não uma realidade, em algo com fundamento na realidade (REALE; ANTISERI, 2003, p. 300). O nominalismo, portanto, opõe-se ao realismo aristotélico-tomista, no qual existiriam os conceitos ideais. Não existe a categoria universal representada pela palavra árvore, há apenas várias e distintas árvores, que são assim chamadas porque têm características comuns”. Continua, afirmando não se negar o universal, “como signo linguístico ou palavra (*in significando*), ou ainda como conceito mental (*in repraesentando*), mas sim quanto à existência real própria (*in essendo*)” AMARAL, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do; PONA, Éverton William. A vida numa casa de noz? – A insuficiência do Direito Subjetivo e a Potencialidade das Situações Jurídicas Subjetivas como Categoria Base para a Aplicação do Direito e Realização da Autonomia Privada. In AMARAL; PONA; MARTINS (Orgs.) *Negócio Jurídico e liberdades individuais*, 2016, p. 34-35.

escolástica espanhola. A reprodução do conceito pela Escola do Direito Natural permitiu ao conceito obter a amplitude necessária à sua consolidação, especialmente na Europa (VILLEY, 2005, p. 284).

Embora essas consequências [do subjetivismo] já estejam presentes em Ockham, só penetrarão o conjunto da ciência jurídica no longo prazo. (Da mesma forma que as ciências positivas experimentais só se desenvolverão plenamente no século XVII, três séculos após a eclosão do nominalismo). Os novos métodos lógicos e a nova visão de mundo que a filosofia de Ockham introduziu na Escola ainda terão de avançar lentamente na educação dos estudiosos assim como na dos juristas. Mas a estrutura do direito moderno só se explica remontando a essa fonte, a essas premissas metafísicas elaboradas pelas escolas do auge da Idade Média (VILLEY, 2005, p. 233-234).

O processo de subjetivação do direito não se completou, portanto, antes da Modernidade, quando “traslada-se o direito da coisa – como pensado pelos clássicos – para o sujeito, tornando-o algo inerente a esse e, como consequência dessa migração, tem-se que ao se desvincular da concretude da coisa, o direito passa a ser visto como algo abstrato, formal” (PONA, 2015, p. 185). Justifica-se como mecanismo de resistência ao poder estatal, como reação imediata à queda do absolutismo pela Revolução Francesa, permitindo-se, finalmente, confirmar a divisão entre direito objetivo e direito subjetivo e a desagregação do Direito nas esferas pública e privada (PONA, 2015, p. 186).

A partir do movimento de abstrativização da realidade, criam-se conceitos ideais para sujeito, relação jurídica e direito subjetivo, em alteração que vem consagrar “o paradigma liberal-normativista-individualista burguês da Revolução Francesa” (PONA, 2015, p. 186).

John Locke (2005, p. 407-409) é um dos responsáveis – senão o principal – pela edificação da concepção moderna de propriedade, em que vida, liberdade e posses são bens garantidos aos indivíduos, pela sua origem no trabalho humano. O contratualismo iniciado por Thomas Hobbes em 1651, com “O Leviatã”, mostrou-se essencial à teoria lockeana para, em posição diametralmente oposta, não mais justificar a autoridade do déspota, mas, de fato, permitir a afirmação de um complexo de direitos naturais que se

mantiveram, a determinado custo, nas sociedades políticas, permitindo-se um grau mais satisfatório de *liberdade* – no sentido individual.

O contrato social revelou-se o instrumento teórico chave para a consolidação da era dos direitos, em especial no panorama francês⁴³, cuja reiteração teórica pelos filósofos contratualistas permitiu o deflagrar de declarações de direito (direito-oposição) e as cartas políticas dos Estados, vistas como uma renovação do pacto social (BARROS, 2003, 296-298).

O conteúdo ideológico do contrato social é evidente: parte-se do pressuposto de que os indivíduos, por um pacto social firmado entre si, teriam migrado voluntariamente de um estado de natureza para um estado político ou social, submetidos a um governo detentor da possibilidade de restrição de certas liberdades naturais em favor de propósitos comuns, consistentes, obrigatoriamente, em transcender dificuldades presentes na sociedade natural (HOBBS, 1998, p. 78-95; LOCKE, 2005, p. 9; ROUSSEAU, 2002, p. 9-10) que

com sua típica característica de ser uma hipótese abstrata e geral, tornou-se a mola-mestra ideológica que impulsionou e alargou para todo o Ocidente a declaração de direitos em sua primeira geração, na medida em que possibilitou a sua universalização pelo liberalismo francês em cooperação com a revolução americana. Assim os direitos oponíveis passaram de imemorais, fundados na tradição de liberdade do reino, a naturais, fundados na natureza do homem como ser livre. Mas, sempre, a liberdade foi o valor primaz, basilar e instigante das revoluções liberais (BARROS, 2003, p. 324).

A existência de direitos naturais de que o homem seria titular antes mesmo de integrar o corpo social permitiu a estrutura abstrata necessária à previsão de direitos individuais de oposição. Todavia, a tradição imemorial é marcada por significantes eventos e documentos responsáveis pela alteração paradigmática.

A *Magna Charta Libertatum*, carta de franquia⁴⁴ firmada em 1215, faz jus a menção como um dos precursores históricos da era dos direitos. O

⁴³ De forma distinta, na história norte-americana a oposição dos direitos individuais não se deu por construções filosóficas, mas adveio diretamente com a Guerra da Independência (1775-1783).

⁴⁴ Na realidade histórica, as franquias – quer puramente outorgadas quer pactuadas – foram *protodireitos* dos quais se irradiaram, em sucessivos lanços e avanços, os direitos humanos

documento é um pacto com o objetivo de reconhecer determinados direitos de supremacia ao rei ao preço de se assegurar direitos de liberdade estamentais da própria aristocracia feudal (COMPARATO, 2015, p. 69-80). Bilateralmente aceito, permitiu uma composição, em momento de situação política instável, entre as principais forças - monarca, nobreza, clero e burguesia - do Reino Unido.

Mesmo que as Cartas representem vanguardismo na declaração de direitos, a *Petition of Rights* de 1628, petição enviada ao monarca pelo parlamento inglês, pode ser caracterizada como o primeiro documento em que se opõem às prerrogativas da coroa inglesa, *de forma exclusiva*, direitos dos governados.

Seria esse o momento político em que se transitou dos pactos medievais para o modelo moderno de declaração de direitos, determinado, enfim, pela unidirecionalidade das liberdades ou direitos-oposição frente ao absolutismo do poder (BARROS, 2003, p. 326-327). Sua influência e *locus* intermediário entre pactos políticos e declarações de direitos abriu caminho ao novo movimento prenunciado, que veio a se confirmar pela edição do *Bill of Rights*, em 1689, resultante, como visto, do contexto da Revolução Gloriosa (COMPARATO, 2015, p. 89-92).

Como inaugurado efetivamente com o *Bill of Rights*, o direcionamento dos direitos fundamentais deve ocorrer em sentido de oposição ao governo (embora não somente a ele, podendo dirigir-se também a particulares no sentido contemporâneo), visando limitar ou exigir sua atuação (SILVA, 2001, p. 178). O processo de ruína do absolutismo passa então a dizer respeito ao atendimento dos direitos fundamentais, enquanto um dos mecanismos legitimadores do governo no desenho institucional pós-revolucionário (SILVA, 2001, p. 178).

A ascensão do constitucionalismo clássico, estruturado na proteção do indivíduo em face do poder estatal, veio galgar a ratificação da Convenção de

fundamentais. “A proto-história dos direitos fundamentais costuma salientar a importância das cartas de franquias medievais dadas pelos reis aos vassallos, a mais célebre das quais foi a *Magna Charta Libertatum* de 1215. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Lisboa: Almedina, 1993, p. 501.

Filadélfia, com a promulgação da primeira Constituição escrita a nível mundial: a norte-americana.

O fenômeno da positivação das normas constitucionais ocasionou a integração das declarações de direitos individuais – até então redigidas e editadas isoladamente -, ao texto das constituições dos Estados⁴⁵, em técnica estrutural que se popularizou vigorosamente.

A ascensão da burguesia ao poder culminou também em uma significativa alteração das estruturas do ordenamento jurídico privado. As principais modificações se consubstanciam em dois alicerces elementares: o fortalecimento da autonomia da vontade, como manifestação liberdade individual; e o ideal de completude, com a codificação das leis civis, enquanto manifestação do anseio de segurança jurídica (PONA, 2015, p. 180).

O direito codificado do século XIX operacionaliza-se a partir da fixação do juiz aos Códigos. No início desse processo de codificação, as leis civis apresentavam fundamento direto no direito costumeiro, atuando como meio de positivação de costumes legais e influência do direito romano (STRECK, 2014, p. 124).

A menor discricionariedade concedida ao magistrado buscava a obrigatória imposição da legislação estatal positivada, centrada, à luz do momento histórico-político, na proteção da liberdade de contratar e numa maior segurança a respeito dos direitos subjetivos, no papel de desdobramento de um direito objetivo correspondente.

A previsão isolada de direitos individuais não se sustentou em contexto posterior à consolidação das bases do Estado na transição para a Idade Contemporânea. Embora a necessidade de se assegurar direitos que vedassem a interferência do Estado na vida privada tenha sido ferramenta estrategicamente essencial no combate ao regime absolutista, o excesso de

⁴⁵ A título de exemplo, a primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos é uma parte da Declaração de Direitos dos Estados Unidos.

liberdade privada ocasionou um forte recrudescimento das desigualdades sociais⁴⁶.

O paradigma da igualdade formal precisou ceder lugar à igualdade substancial para a correção dos desvios sociais que marcaram o século XIX⁴⁷. Para tanto, realçou-se a função social dos direitos, que deixaram de ostentar caráter eminentemente negativo, e passaram a compreender uma dimensão positiva, pela imposição de uma ação (ativa, portanto), que culmina, sem rodeios, em uma expansão da atividade estatal.

A garantia de direitos passa por um período de sensível ampliação, sob o lastro de se garantir também partes coletivas da sociedade, categorias sociais determinadas (BARROS, 2003, p, 404-405). Migra-se então de um direito singular e defensivo para uma garantia categorial – coletiva parcial, pois - e positiva.

Sua projeção prática, porém, é individualizada, à medida que tais direitos se realizam nos próprios indivíduos, que o titularizam por integrarem determinada categoria que necessita de apoio específico assegurado pelo legislador⁴⁸.

A marcha no sentido da coletivização da titularidade dos direitos fundamentais progride aos poucos. A natureza do objeto de um direito fundamental, da mesma forma, também sofreu recentes ampliações. A conciliação entre tais aspectos – um subjetivo e outro objetivo – permite o

⁴⁶ Alexis de Tocqueville (2016), na obra *O Antigo Regime e a Revolução*, parte de densa análise da experiência republicana estadunidense em suas primeiras décadas. Acaba por afirmar que o individualismo decorrente da ideologia individualista pós-revolucionário não permitiu que se mantivesse o *status* de igualdade inicialmente verificado nas treze colônias.

⁴⁷ Igualdade formal assegura valor equânime de todos perante a lei, impelindo-se a aplicação igual da norma jurídica, independentemente de semelhanças ou diferenças que se verifiquem entre os indivíduos e situações. Trata-se, portanto, de uma análise negativa. RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 38. Por sua vez, entende-se por igualdade substancial ou material em seu sentido aristotélico – tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. “A obtenção da igualdade substancial pressupõe um amplo reordenamento das oportunidades: impõe políticas profundas; induz, mais, que o Estado não seja um simples garantidor da ordem assente nos direitos individuais e no título da propriedade, mas um ente de bens coletivos e fornecedor de prestações”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3 ed. Coimbra: Coimbra, p. 306.

⁴⁸ Não há privilégio individual ou estamental, mas apenas proteção social de todo e qualquer indivíduo que esteja a merecê-la por uma condição que realmente detenha – e não por mero privilégio jurídico, como era a nobreza no regime antigo.

desvelar de novos direitos emergentes, que extrapolam a categoria de direitos sociais, porque não mais categoriais, mas inclusive difusos – sob o viés, agora, da solidariedade.

Dessa forma, os direitos de terceira geração⁴⁹ tem sua titularidade manifestada genericamente entre os membros da sociedade difusamente considerada, e dizem respeito a bens jurídicos igualmente difusos.

O desenrolar histórico dos direitos fundamentais e dos direitos subjetivos possibilitou demonstrar-se que não se tratam de conceitos herméticos, mas dependentes do contexto social, político e econômico em que inseridos. Seu surgimento e desenvolvimento chegaram a um ponto de maior convergência, justificando-se a adoção de regime jurídico similar para ambos em decorrência do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares parte de uma percepção de que não estariam eles limitados exclusivamente à garantia de direitos defensivos do cidadão em face do Estado (ALEXY, p. 131-139), na célebre distinção formulada por Georg Jellinek (1949) que os caracteriza como direitos de *status* negativo, consistentes, em suma, no dever de abstenção estatal.

Originada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, entendeu-se, no célebre caso Lüth⁵⁰, pela afirmação objetiva dos direitos fundamentais, isto é, que os princípios pelos quais se emanam direitos

⁴⁹ A terceira geração de direitos, seguida pelos direitos individuais e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais, define-se pela solidariedade. Diz respeito a direitos de natureza coletiva, ligadas à difusão dos sujeitos. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 569.

⁵⁰ (BVerfGE 7, 198-230). “A provocação para a decisão proferida pelo Tribunal teve origem no recurso constitucional interposto por Erich Lüth, que se opunha à condenação que lhe havia sido imposta por um tribunal estadual (*Landgericht*) pelo fato de haver se expressado publicamente, por diversas vezes, convocando um boicote aos filmes de *Veit Harlan*, por seu suposto passado nazista, tendo considerado a Justiça ordinária, com base no parágrafo 826 do BGB (Código Civil Alemão), que a exortação de Lüth ao boicote seria contrária à moral e aos costumes, razão pela qual ele foi condenado a omitir-se de novas convocações a favor do boicote sob ameaça de uma pena de multa ou até mesmo de prisão. A decisão da Justiça ordinária seria, entretanto, reformada pelo Tribunal Constitucional, sob o fundamento de que o direito fundamental à liberdade de opinião irradiava sua força normativa sobre o Direito ordinário, no caso o Direito Civil, impondo-se aos tribunais ordinários a necessidade de emprestar prevalência ao significado dos direitos fundamentais, mesmo nas relações entre particulares” GUEDES, Néviton. *Uma decisão judicial que se tornou uma celebridade internacional*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 19 ago. 2014. Disponível no link: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>.

fundamentais “aplicam-se não somente à relação entre cidadão e Estado, muito além disso, ‘a todas as áreas do Direito’”. E ressalta-se que “é precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um ‘efeito irradiante’ sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (*unbiquitous*)” (ALEXY, p. 132).

Também implica-se da argumentação travada no caso Lüth, que definiu que valores e princípios tendem a colidir mesmo nas relações entre particulares e uma colisão de princípios se resolve pelo sopesamento, de modo que “a grande decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que ‘um balanceamento de interesses torna-se necessário’” (ALEXY, p. 132). A Corte alemã reconhece, expressamente, que os direitos fundamentais que se refiram às relações entre particulares obedecem os critérios de soluções de conflitos entre princípios, tais quais nas relações indivíduo-estado: pelos critérios da proporcionalidade; decisão que irá servir como marco fundamental para que, no presente estudo, se compreendam os conflitos aos centros de interesses sob os mesmos critérios de solução de conflitos e, pois, sob igual regime de restrições, por ostentarem estrutura de princípio, e não mais, como na relação jurídica clássica, delimitada pelo direito subjetivo, de regra.

Ainda, merecem menção as discrepâncias quanto à aplicabilidade, se direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas. A (des)necessidade de lei intermediadora para que sejam passíveis de observância pelas relações privadas é a grande marca distintiva de ambas as teorias. “Essa é uma diferença fundamental, já que, mesmo sem o material normativo de direito privado ou, mais ainda, a despeito desse material, os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si” (SILVA, 2008, p. 89).

Deve-se adota a teoria direta de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, porque a própria alteração fenomenológica da relação jurídica advém da aplicação de direitos fundamentais às relações entre particulares de forma não intermediada.

Todavia, há uma restrição quanto aos seus efeitos: não se deve, para permitir a aplicabilidade direta, ampliar-se o conceito de direito subjetivo, mas, ao contrário, passar-se a compreender demais posições jurídicas que nele não se englobam. Caso contrário, ter-se-ia uma grande ampliação conceitual do direito subjetivo (um número mais elevado de situações ensejariam um direito subjetivo), mas ainda assim não se tomariam em consideração todas as posições jurídicas afetadas aos efeitos do fato concreto. Portanto, haveria sim uma ampliação da relação jurídica, pelo alargamento da extensão do direito subjetivo, que também considera normas de caráter mais genérico, mas não se tomariam em consideração outros interesses, faculdades, deveres, ônus ou direitos potestativos.

Em vez de se compreender como centros de interesses contrapostos, a relação jurídica seria moldada ao paradigma contemporâneo pela inflação do conceito de direito subjetivo, portanto. O regime jurídico dedicado às restrições aos direitos fundamentais, nesse caso, obedeceria, obrigatoriamente, a estrutura do direito fundamental respectivo, que gerou determinado direito subjetivo: no caso de emanações principiológicas, haveria uma colisão direta entre princípios fundamentais, e não entre centros de interesses, que se posicionam também no âmbito da infraconstitucionalidade. Da mesma forma, excluir-se-iam as demais posições jurídicas que não fossem abarcadas pelo conceito estendido de direito subjetivo.

Embora conciliável a concepção de centros de interesses e aplicabilidade horizontal direta dos direitos fundamentais, a sua aplicabilidade direta – mas com efeitos restritos - aliada às situações jurídicas subjetivas permitiriam uma tutela mais criteriosa ao se estabelecer qual a posição jurídica específica no caso concreto e como ela se relaciona com as demais posições jurídicas, individuais ou coletivas, a ela contrapostas. Não se inserem as posições jurídicas distintas na vala comum do direito subjetivo, mas obedecem-se a critérios argumentativos e estruturais mais precisos do que se faria ao solucionar os problemas analíticos pela via do direito subjetivo.

Logo, a percepção da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais com tais ressalvas permite uma solução mais atenta às peculiaridades do caso concreto e, em consequência, à justificação das lesões sofridas nas relações

interprivadas, porque considera todas as posições jurídicas pela concepção dos centros de interesses contrapostos.

Nesses casos, como a emanção do direito subjetivo exige uma individuação específica em lei ou ato normativo que o consagre, as demais posições jurídicas não são passíveis de conflitos diretos entre princípios constitucionais, mas dependem do conflito entre os respectivos centros de interesses, verificando-se a plausibilidade da tutela de determinado direito ou interesse pela análise concreta de todas as possibilidades decorrentes desse emaranhado de posições normativas, a partir de uma justificação das intervenções ou lesões sofridas em sua extensão – mecanismos argumentativos que serão abordados com mais profundidade no último capítulo.

Assim, retoma-se que a possibilidade de oposição de direitos fundamentais ou subjetivos por determinado indivíduo, face ao Estado ou demais particulares, decorre de eventos históricos até mesmo longevos, em uma adaptação do fenômeno jurídico às particularidades de cada momento: à preponderância da comunidade, à um período intermediário entre comunidade e indivíduo, e à preponderância do indivíduo. A adequação do fenômeno jurídico ao predomínio da concepção de indivíduo sofreu recentemente novas mitigações, partindo-se essencialmente de um novo contrabalanço com os ideais de coletividade (comunidade).

Diversos documentos foram firmados no período pré e pós-Revolucionário para afirmar a universalidade dos direitos fundamentais do ser humano, em seguida envolvidos em textos constitucionais que buscavam assegurá-los nos respectivos ordenamentos locais e no âmbito dos tratados internacionais.

A internalização da previsão de direitos fundamentais pelas Constituições, que passaram a ser dotadas de força normativa específica, ensejou uma nova alteração no regulamento das relações privadas: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais permitiu certa equiparação entre o regime jurídico da relação jurídica contemporânea, composta por centros de interesses contrapostos, à medida que as posições jurídicas abrangidas por ambos

tornam-se identificáveis em um âmbito muito mais extensivo do que anteriormente. Sendo assim, deve-se demonstrar a transição da relação jurídica clássica para a contemporânea, justificando-se a substituição para poder-se, em seguida, afirmar a equiparação no regime de determinação do conteúdo essencial e de restrições.

2 TIPOLOGIA, INTERPRETAÇÃO E CONTEÚDO NORMATIVO DA RELAÇÃO JURÍDICA CONSTITUCIONALIZADA

Dentro do arcabouço teórico elaborado pela doutrina nos períodos pós-revolucionários, o direito subjetivo mostra-se como componente essencial à relação jurídica, estrutura abstrata mais ampla e cuja satisfação à dinâmica social própria do período pós-constitucionalização do Direito torna-se questionável. Tal insuficiência liga-se diretamente às alterações historicamente sentidas na visualização do fenômeno jurídico, ligados à formação de uma consciência normativa e elaboração de uma teoria geral do Direito, com suas posteriores repercussões.

A base metodológica do Direito Civil clássico, do período pós-revolucionário, recebe nítida influência liberal. Os movimentos da Escola da Exegese, Escola Pandectista, da Jurisprudência dos Conceitos e a Escolada Histórica influenciaram significativamente a construção do ordenamento positivo civilístico vigente, a partir de um período de desenvolvimento do positivismo científico e jurídico (STRECK, 2014, p. 123).

O fenômeno da codificação obedeceu à posição central do Código Civil no ordenamento jurídico, ao passo que caberia ao constitucionalismo clássico, absenteísta e não interventor, por meio da Constituição, a previsão da disposição orgânica do Estado e a garantia de proteções contra os excessos estatais.

Assim, retoma-se o estudo analítico do fenômeno jurídico a partir do direito subjetivo. Se por direito objetivo compreende-se um conjunto normativo que seja forçoso ao comportamento humano, conformando uma autorização de realizar ou não realizar determinada conduta sob pena de incursão em determinada medida de repressão, o direito subjetivo, *a contrario sensu*, representa a permissão (liberdade) concedida ao indivíduo de agir nos limites estipulados pelo direito objetivo, subdividindo-se na permissão de fazer ou não fazer sem violar norma e no direito de proteger direitos - em outras palavras, a utilização do direito subjetivo para assegurar o gozo dos próprios direitos subjetivos (DINIZ, 2009, p. 251).

São, portanto, feições opostas (complementares) de uma mesma unidade e, por isso, não podem existir de modo independente (DINIZ, 2009, 251): para se agir no espectro de liberdade concedido pelos preceitos normativos, deve-se, por óbvio, haver normas jurídicas que a condicionem.

A concepção de direito objetivo deriva dos conceitos de direito e de lei civil desenvolvidos por Thomas Hobbes, no *Leviatã*, ao apresentar as distinções entre *Jus* e *Lex*. Em que pese, para o autor, o fato direito e lei serem geralmente confundidos, ambos devem ter suas conceituações distintas, porque “o direito consiste na liberdade de fazer ou se abster de fazer, enquanto a lei determina e obriga a uma das duas coisas. Por isso, lei e direito diferem entre si como obrigação e liberdade, que são incompatíveis na mesma situação” (HOBBS, 2008, p. 99).

A doutrina civilista clássica entende o direito subjetivo como um *poder* titularizado por um sujeito, que se contrapõe à ideia de um *dever*, a ser prestado por outrem, em uma relação jurídica (PEREIRA, 2004, p. 36). Em suma, integra uma relação jurídica aquele que tem poder de ação a ser oposto contra terceiro, determinado ou indeterminado⁵¹, deduzido em uma sujeição permitida por previsão normativa.

Aduz-se decompor o direito subjetivo em *sujeito*, *objeto* e *relação* ou *vínculo jurídico*. Por sujeito compreende-se o indivíduo-agente, titular do poder de exigir um dever de outrem; define-se o objeto pelo bem jurídico a que será dirigido o exercício do poder decorrente do direito subjetivo; e a relação ou vínculo jurídico deve ser entendida como o instrumento idealizado pelo ordenamento jurídico para integrar o poder da vontade (PEREIRA, 2004, p. 39-45), ou, noutras palavras, o elo que o sistema jurídico estabelece entre sujeitos (pessoas ou grupos), capazes de atribuir-lhes poderes e deveres, representando-se uma situação específica em que os integrantes se encontram (AMARAL, 2003, p. 168).

Ainda, ponto relevante deve ser tomado em consideração: a existência de relações jurídicas independe de leis que lhe conformem, por se tratar, aliás, de

⁵¹ A depender da classificação da relação jurídica em absoluta ou relativa.

realidade pré-legal (ASCENSÃO, 2002, p. 9). Por tal razão diz-se estar-se diante de estudo sob abordagem fenomenológica.

Em outras palavras, no direito subjetivo um dos sujeitos pode (=poder) exigir do outro o cumprimento (=dever) de uma prestação, com fundamento na preexistência de norma jurídica (leia-se, no paradigma clássico, regra), em um vínculo direcionado a um objeto.

Nota-se a exigência de regramento específico que conceda ao particular o respectivo poder, de modo que aos fatos não abarcados pela hipótese normativa específica, em ato de subsunção, não se permite o estímulo do aparato estatal.

Situação jurídica deve ser visualizada como o conjunto de posições jurídicas atribuídas a determinado sujeito em uma relação jurídica, em decorrência de um fato jurídico. Mostra-se como a repercussão integral de um fato concreto no Direito, nada obstante provir da liberdade negocial dos indivíduos ou de previsão legal.

Assim, por situações jurídicas têm-se as situações de fato valoradas pelo Direito, mas que não se reduzem à categoria de relação jurídica, que é obrigatoriamente intersubjetiva, por tratar-se de conceito mais extensivo (ASCENSÃO, 2002, p. 9-10). A situação jurídica, nesse sentido, deve ser tratada como gênero em que a relação jurídica figura como espécie, contendo todas as situações de fato que representem uma valoração da realidade pelo ordenamento jurídico (ASCENSÃO, 2002, p. 9-10).

São, em síntese, situações criadas como resultado de uma valoração jurídica feita pelo homem em reação à realidade social, como respostas do ordenamento às situações de fato, dispostas como tal na superveniência de um fato jurídico (BETTI, 2008, p. 21). Devem ser vistas como o fenômeno mais abrangente em que se envolve um conteúdo não estritamente normativo (envolve relações fáticas).

Uma ressalva deve ser feita ao se conceituar as situações jurídicas, evitando-se uma imprecisão posterior de grande relevância para o desenvolvimento da pesquisa. O conceito ora esposado de situação jurídica diz

respeito à figura *lato sensu*, mais ampla e genérica do que a própria relação jurídica. Não se confunde, porém, com as situações jurídicas subjetivas, determinadas pelos centros de interesses do sujeito, que, a par de serem situações fáticas valoradas pelo direito, correspondem obrigatoriamente aos efeitos dos fatos jurídicos sob o prisma do indivíduo (SOUZA, 2015, p. 6-10). À situação jurídica *stricto sensu* será dedicada atenção especial em momento posterior.

Portanto, subdividem-se em situações jurídicas objetivas e subjetivas. São situações jurídicas objetivas aquelas que consideram os efeitos jurídicos do fato concreto à luz da própria autorização normativa, ao passo que situações jurídicas subjetivas consideram os efeitos do fato sob o viés da manifestação de vontade dos particulares e de seus interesses.

Para fins de estudo, atém-se à abordagem dogmática das situações jurídicas subjetivas. Nelas se inserem todas as facetas do evento fático que reverberam no sistema jurídico, assentando-se o emaranhado de posições jurídicas que dele emanam em centros de interesse que, na relação jurídica contemporânea, se contrapõem aos centros de interesse de outro indivíduo ou da coletividade.

Por fim, os fatos jurídicos são fatos sociais a que o sistema jurídico atribui significação para o mundo jurídico, alterando-se situações anteriores para que se configurem novas, correspondentes a qualificações jurídicas distintas (BETTI, 2008, p. 22). Relacionam-se, pela sua própria natureza de abstração fenomênica, com as situações jurídicas e relações jurídicas, ladeando-se, pois, também ao direito subjetivo, de modo que se pode analisar o fenômeno jurídico a partir de mais de um ângulo, simultaneamente, porque estritamente complementares. É o que se retira, por exemplo, dos conceitos de situação jurídica *lato sensu* e de fato jurídico, enquanto secções abstratizadas de uma mesma situação fática (BETTI, 2008, p. 19-24).

O nascimento de um direito subjetivo exige sua atribuição direta a sujeito determinado ou, ao menos, determinável, por intermédio, obrigatoriamente, de uma valoração na ordem jurídica, sem que se possa falar em direito inato, anterior à previsão normativa (BETTI, 2008, p. 51). Interpreta-se valoração na

ordem jurídica, como visto, como a preexistência de lei ou ato normativo específico, direito objetivo, capaz de assegurar a titularidade ao sujeito titular de um direito subjetivo.

A titularização de direitos não se dá automaticamente. Antes de uma previsão legal que o torne titular de um direito subjetivo, o indivíduo deve ser enquadrado como *sujeito de direito* – conceito jurídico genérico e abstrato que permite ao indivíduo contrair direitos e deveres.

O ponto originário das críticas contemporâneas à gradual falência do sistema de direitos subjetivos tem início com críticas tecidas a essa concepção formal de pessoa, que não considera o indivíduo em si, concreto, mas apenas o indivíduo juridicamente determinado (FACHIN, 2008, p. 6-8), fruto de uma estrutura exteriorizada, elaborada a partir de uma ideologia liberal já superada. Reflexo no fenômeno da codificação, pela adoção de uma concepção de sujeito abstrato ligada à igualdade perante a lei, desconsidera particularidades fáticas e regula a vida social segundo normas altamente padronizadas.

A busca pela repersonalização do Direito Civil permitiu o início de um contra-movimento que, amparado no Direito Constitucional, buscou alterar as estruturas do fenômeno jurídico em abstrato, autorizando-se as atualizações conceituais, em todo o direito privado⁵², a partir dele.

A breve apresentação conceitual dos institutos (direito subjetivo, relação jurídica, fato jurídico e situação jurídica) à luz do panorama clássico permite prosseguir com o estudo das principais razões a sustentarem uma alteração paradigmática, a começar pela superação de uma vinculação absoluta do aplicador do direito ao Código, por meio de uma subsunção formal do fato social à norma jurídica.

Nota-se, então, que a percepção da incompletude dos Códigos e o movimento reverso, de repersonalização das relações privadas, obedecem também o desenvolvimento da hermenêutica jurídica. Isso porque a incapacidade de tutela do sujeito de direito concreto pela ausência de previsão

⁵² Por exemplo, nas matérias afetas ao Direito de Família, o reconhecimento da união estável homoafetiva (STF, ADI 4227 e ADPF 132); a alteração no regime jurídico da filiação, com o reconhecimento da multiparentalidade (STF, Repercussão Geral 622); dentre outros.

normativa específica decorre, antes de mais nada, das margens interpretativas possibilitadas ao magistrado responsável por confirmar, em concreto, a tutela de determinado direito ou interesse da parte lesada.

Por isso, parte-se a uma digressão do desenvolvimento das teorias interpretativas do Direito a fim de que se permita elucidar porque faz-se possível, hodiernamente, a migração para o paradigma da situação jurídica e, mais ainda, como se justifica pela teoria geral do Direito a aplicabilidade do regime de restrições a direitos fundamentais na esfera privada, pela colisão de centros de interesses contrapostos.

2.1 Do sintático ao semântico. Hermenêutica, vinculação do juiz e o (pós-) positivismo

A construção de um pensamento sistemático sobre a ciência jurídica se deu em um processo histórico alongado, marcado pela sucessão de inúmeras Escolas e vertentes teóricas interessadas em analisar racionalmente o Direito. Investigar as correntes de interpretação da norma jurídica reflete diretamente nas razões para a alteração sofrida pela relação jurídica no paradigma contemporâneo, permitindo-se apresentar alicerces teóricos fundamentais à compreensão das teorias da argumentação jurídica ligadas às situações jurídicas subjetivas.

O surgimento de um normativismo jurídico, contraposto à casuística do Direito Romano, remete à Idade Média (século XII), com a Escola dos Glosadores, a quem se atribui o renascimento dos estudos romanísticos nos cursos jurídicos de Bolonha, na Itália. Foram os glosadores os responsáveis pela análise dos textos e comentários de julgados do Direito Romano, em prática que elevou as primeiras sistematizações com rigor científico ao nível de crítica histórica e filosófica (REALE, 2011, p. 410).

O processo de construção normativa prossegue, nos séculos seguintes, em duas frentes: no trabalho de juristas, com viés pragmático; e na obra de filósofos do Direito, ligados ao pensamento aristotélico-tomista⁵³ (REALE, 2011,

⁵³ Como, por exemplo, Guilherme de Ochkam e Francisco Suárez.

p. 411). Nesse momento, destaca-se o já abordado nominalismo ockhamiano e as primeiras conformações do processo de subjetivação do direito.

Ainda que tais vertentes pragmáticas e teóricas apresentassem sensíveis pontos de divergência, havia um consenso no sentido de que seu objeto de análise seria um sistema de regras jurídicas, consistindo a atividade intelectual na “apreciação prevalentemente normativa da experiência jurídica” (REALE, 2011, 412), fundada em critérios capazes de definir uma racionalidade abrangente.

Como visto, recebe influência liberal a base metodológica do Direito Civil clássico, no período pós-revolucionário (STRECK, 2014, p. 123). Verifica-se, porém, que a ordenação de Napoleão Bonaparte para que a legislação francesa se desse em Códigos discriminados e sistemáticos estava prosseguindo um caminho de racionalização do Direito que encontrava-se em pleno andamento, e que atingiu, com a edição do Código de 1804, seu ponto mais inclinado (REALE, 2011, p. 412).

Seu advento permitiu que a obra legislativa anterior, multifacetada e empírica, notadamente pela existência de sistemas independentes (Direito Canônico e Direito Estatal, complementados pelos usos e costumes do Direito Romano, opinião comum dos doutores e mesmo pelo recurso ao Direito Natural) fosse centralizada e passasse a obedecer a uma única *ratio*, proclamando-se a igualdade dos homens perante uma lei só para todos os franceses (REALE, 2011, p. 413-414).

O positivismo se consolida no século XIX como corrente científica, ramificando-se em diversas Escolas do pensamento, capazes de influenciar a forma de se pensar o fenômeno social a nível mundial - ainda que apresente feições com certo grau de diferença a depender da tradição jurídica em que floresceu⁵⁴ -, inclusive no que tange à racionalidade própria do Direito Civil pós-revolucionário.

⁵⁴ “Como, por exemplo, podemos nos referir ao positivismo inglês – perspectiva analítica, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, no qual predominava o exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado formalismo conceitual que se encontra na raiz da chamada jurisprudência dos conceitos – pandectismo. [...] No que tange às experiências francesas e alemãs, isso pode ser debitado à forte influência

O positivismo é uma postura *científica* que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivo” a que se refere o termo *positivismo* é entendido aqui como sendo os *fatos* [...]. Evidentemente, *fatos*, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento (STRECK, 2014, p. 123).

Os movimentos da Escola da Exegese, a Escola Pandectista, a Escola Histórica e a Jurisprudência dos Conceitos influenciaram significativamente a construção do ordenamento positivo civilístico vigente, a partir de um período de desenvolvimento do positivismo científico e jurídico (STRECK, 2014, p. 123), em detrimento do Direito Natural outrora prevalecente.

Ao Direito Romano se atribuía, antes da codificação, função de aplicação subsidiária, como visto. As questões que não pudessem ser resolvidas pelo Direito Comum da época, costumeiro, seriam levadas ao conhecimento dos glosadores – conhecedores do Direito Romano -, para que fossem então solucionadas. Os debates surgidos nesse âmbito foram incorporados em documentos que viriam a se tornar os Códigos Civis, cujos primeiros expoentes são o Francês, de 1804, e o Alemão, de 1900 (STRECK, 2014, p. 123).

Exclui-se a função complementar do Direito Romano com a positivação das leis civis em códigos, que seriam, desde então, a fonte a que a argumentação jurídica deveria reconhecer obrigatoriamente no momento da interpretação (STRECK, 2014, p. 124).

A partir do movimento de positivação, com a edição de leis escritas reunindo o direito vigente, incorporaram-se muitos dos princípios defendidos pelo direito natural e, a partir da positivação, relegou-se o direito natural para plano de menos relevância. A partir da codificação, o que antes representava avanço, passou a ser tratado como marca de conservadorismo, pois passou-se a acreditar que ‘os códigos, elaborados de modo racional, eram expressão humana do direito natural, por isso o estudo do direito deveria reduzir-se a mera exegese dos códigos’ (AMARAL; PONA, 2016, p. 49).

que o direito romano exerceu na formação de seus respectivos direitos privados. Não em virtude do que comumente se pensa – de que os romanos “criaram leis escritas” -, mas sim, em virtude do modo como o direito romano era estudado e ensinado. Isso que se chama de exegetismo tem sua origem aí: havia um texto específico em torno do qual giravam os mais sofisticados estudos sobre o direito. Este texto era – no período pré-codificação – o *Corpus Juris Civilis*.” STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 2014, p. 123.

Não mais eram compatíveis ao Direito Positivo as lacunas, porque o Código de Napoleão, de 1804, e posteriormente o Código alemão, de 1900, surgiram como “expressão da razão mesmo, capaz de atender a todas as hipóteses ocorrentes na vida, de maneira que tudo já estivesse de certo modo garantidamente ordenado no sistema legislativo” (REALE, 2011, p. 414). Assim, bastante seria a interpretação, conduzida segundo regras predefinidas, para se atingir respostas às demandas postas à solução: ao intérprete era cabível a tarefa de subsunção (formal) dos fatos sociais à norma jurídica.

Centraliza-se a Escola da Exegese na tese de que o Direito caracteriza-se por um sistema de conceitos articulados e coerentes, sem lacunas aparentes, e que se revela pelas leis, na qualidade de normas gerais emanadas do Estado, gerais e escritas, com a qualidade de constituírem direitos e instaurarem faculdades e obrigações (REALE, 2011, p. 416). A mensurabilidade típica do positivismo encontra-se, pois, nesse primeiro momento, nas *leis*, e, mas precisamente, nos Códigos (STRECK, 2014, p. 123).

Deve seu nome aos meios adotados pelos primeiros estudiosos do Código Napoleônico, “consistente em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código” (BOBBIO, 1995, p. 83).

Não se deve procurar em elementos externos à lei as respostas que são nas leis encontradas. Cabe ao intérprete analisar meticulosamente os textos normativos, desenvolvidos em três planos: gramatical, lógico e sistemático, a fim de se *declarar* o Direito, “por admitir-se como indiscutível o princípio de que toda a evolução do Direito só poderia se operar através do processo legislativo, e jamais em virtude de uma contribuição integradora ou supletiva do intérprete, jurisconsulto ou juiz” (REALE, 2011, p. 417).

Sua principal característica é a interpretação por intermédio de análises sintáticas, de modo que a interpretação deve se dar por uma rígida definição do elo lógico entre os *signos* componentes do Código Civil (STRECK, 2014, p.

124). Também analogias deveriam ser tomadas como integrantes de um “quadro conceitual rigoroso” que demonstrariam as situações extraordinárias em quem inadequado o fato às previsões legais (STRECK, 2014, p. 124).

Paralelamente à Escola da Exegese, de origem francesa, a *Analytical School* desenvolvia-se na Inglaterra no início do século XIX, que, pelas peculiaridades do sistema inglês, não repercutiu de forma tão intensa nos demais países europeus e América do Sul. Na Alemanha, em simultâneo, repercutia vertente científica com direcionamento similar, a partir dos estudos dos Pandectistas, responsáveis, dentre outros avanços, pela estruturação do direito subjetivo na sistemática normativa que surgia no mundo moderno e pelo fortalecimento da tese da estatalidade do Direito, a partir da menção à força obrigatória à vontade do legislador (REALE, 2011, 418-419).

O que a Escola da Exegese procurava era uma expressão racional do Direito, o Direito como racionalidade pura, em esquemas ideais que contivessem de antemão toda a vida humana em sua complexidade. A Escola Histórica, especialmente através de Savigny, que foi seu lídimo chefe, reclamou uma visão mais concreta e social do Direito, comparando-o ao fenômeno da linguagem, por terem surgido ambos de maneira anônima, atendendo a tendências e a interesses múltiplos revelados no espírito da coletividade ou do povo (REALE, 2011, p. 422).

Manifestava-se a Escola Histórica, portanto, em sentido contrário à codificação geral e abstrata unificada, que via como movimento oposto a força viva dos costumes enquanto emanadas do “espírito do povo”, porque temia a promulgação de leis vigentes, mas socialmente ineficazes (REALE, 2011, p. 423). Também não percebe o direito subjetivo de forma desvinculada da realidade social; frisa o caráter volitivo do direito subjetivo que, oposto a um direito objetivo, têm sua realização limitada à vontade do sujeito de satisfazê-la, devendo se considerar a vida real, em que reina a vontade do indivíduo com o consentimento de todos (AMARAL; PONA, 2016, p. 50).

Nessa linha de raciocínio a observação dos fatos da vida social ressalva, desde logo, o poder do indivíduo sobre si e sobre as coisas, na esteira do nominalismo ockhamiano. O exercício desse poder liga-se, de forma intrínseca, à vontade do sujeito. A concepção de Savigny, portanto, fundamenta-se no pensamento kantiano, segundo o qual o direito é espaço de

liberdade que coexiste com as demais liberdades e deve possibilitar a eticidade autônoma da pessoa e o negócio jurídico acompanhado da vontade negocial apresentam-se como espaço de ação da personalidade individual (AMARAL; PONA, 2016, p. 50)

Destacam-se na Escola Histórica uma série de características que a define: (i) a individualidade e variedade do homem, no sentido de que não existe direito único para todos os tempos e lugares; (ii) a irracionalidade das forças históricas, que não obedecem a uma avaliação ou cálculo racional; (iii) o pessimismo antropológico, a fim de que se permita desconfiar das novas instituições e inovações jurídicas que se queiram impor à sociedade; (iv) o amor pelo passado, enquanto meio de superar a mera recepção do direito romano na Alemanha, mas também reavivar o direito germânico; e (v) o sentido da tradição, reavaliando-se os costumes (BOBBIO, 1995, p. 52-53).

Todavia, a Escola se descaracterizou no decorrer do tempo, ao deixar de interpretar historicamente por meio da verificação da vida social como elemento e substância condicionante da norma jurídica, conforma propugnava Savigny, mas proceder apenas à análise dos respectivos antecedentes dogmáticos (REALE, 2011, p. 425).

Ainda, ao voluntarismo de Savigny foi contraposta a teoria do interesse de Jhering, que compreendia o direito subjetivo como interesse juridicamente protegido, eis que existe com a utilidade de garantir os interesses da vida e realizar seus próprios fins, e não para servir a categorias abstratas (sujeitos dotados de vontade). “Dois seriam os elementos, portanto, que se integrariam na figura do direito subjetivo, um substancial, caracterizado pelo fim prático de tal direito, e outro formal, que se referiria a esse fim como um meio, ou seja, a proteção do direito” (AMARAL; PONA, 2016, p. 51).

As novas exigências sociais, decorrentes do crescimento populacional, alterações geográficas e influência de forças técnicas e econômicas evidenciou a inviabilidade de o legislador prever hipoteticamente todas as situações fáticas possíveis a fim de regulamentá-las, gerando-se um descompasso do ordenamento jurídico com a realidade factual, como bem apontado por Lênio Streck (2014, p. 124):

Com o passar do tempo, desenvolveu-se a percepção acerca da incapacidade dos Códigos abarcarem toda a realidade circundante, principalmente em virtude dos embates teóricos acerca da existência de lacunas legislativas. Mas, então, como controlar o exercício da interpretação do direito para que essa obra não fosse “destruída”? E, juntamente, como excluir da interpretação do direito os elementos metafísicos que não eram bem quistos pelo modo positivista de ler a realidade?

Partindo-se dos questionamentos sobreditos, passa a se popularizar a ideia de função positiva do intérprete, e em alguma medida a existência de uma função criativa da interpretação, pela integração de “novo conteúdo social e ético no âmago dos preceitos legais” (REALE, 2011, p. 429). Deixa-se de ater exclusivamente à interpretação sintática.

O contexto social em que se desenvolvem as novas vertentes de pensamento é significativa para a mudança de compreensão: “as primeiras décadas do século XX viram crescer, de um modo avassalador, o poder regulatório do Estado [...] e a falência dos modelos sintático-semânticos de interpretação da codificação se apresentaram completamente frouxos e desgastados”. A ampliação da atividade estatal e o agravamento da incapacidade de previsão legal dos eventos futuros pelo legislador evidenciou, erigindo-a ao primeiro plano, a indeterminação do sentido do Direito (STRECK, 2014, 125-126).

Os processos de interpretação tradicionais (gramatical, lógico-sistemático e histórico-dogmático) não eram mais suficientes ao enfrentamento das situações concretas levadas à solução pelo magistrado. Assim, primeiramente busca-se encontrar a intenção do legislador a partir de uma presunção, passando-se a recorrer a um elemento empírico, ou seja, extralegal, para, depois, valer-se de outras circunstâncias, como as morais e econômicas. Tal pensamento tornou-se característico da Escola do Direito Livre (ou da Livre Pesquisa do Direito) e influenciou a Jurisprudência dos Interesses, interessada nas finalidades da norma (REALE, 2011, p. 427).

Nesse ponto reconhece-se a existência de lacunas no direito positivado, cabendo ao intérprete, nesses casos de *gaps*, conciliar o elemento técnico e normativo com outros, de ordem material ou espiritual, retomando-se certos

elementos do Direito Natural (REALE, 2011, p. 430-431). Esse momento de ruptura com o sistema anterior permitiu a manifestação de novas importantes Escolas, tais como a Sociológica, a Axiologia Jurídica ou mesmo o positivismo em sua vertente normativista.

Influenciada pelas contribuições teóricas de Auguste Comte e Émile Durkheim, a Escola Sociológica (ou realismo jurídico) ganha força ao considerar o Direito sob o prisma, majoritária ou exclusivamente, do fato social, como “componente dos fenômenos sociais e suscetível de ser estudado segundo nexos de causalidade não diversos dos que ordenam os fatos do mundo físico” (REALE, 2011, p. 434).

Seu maior expoente, Léon Duguit, em oposição ao viés liberal individualista plasmado pela Escola Pandectista, tece críticas ao conceito vigente de direito subjetivo, ao sustentar que o fim último do Direito seria a proteção de interesses gerais, e não de interesses pessoais. Dessa forma, não admite a submissão da ordem jurídica às vontades particulares e poderes individuais, justificando-se não mais no direito subjetivo, mas na função social. Nem o indivíduo nem a sociedade teriam direitos, mas todo indivíduo é dotado de uma função a desempenhar no corpo social (AMARAL; PONA, 2016, p. 53).

Também nesse momento, torna-se relevante a obra de Hans Kelsen, que passa a ser considerado, nas primeiras décadas do século XX, como o grande expoente do positivismo normativista. Consagra-se como tal com a *Teoria Pura do Direito*, originalmente publicada em 1934, em que objetiva o reforço do método analítico iniciado pela jurisprudência dos conceitos na construção de uma ciência do Direito, para evitar a diminuição de rigor jurídico que vinha sido proposto por novas correntes hermenêuticas – como a Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre⁵⁵ (STRECK, 2014, p. 125-127) -, que favoreciam a argumentação a partir de elementos extrajurídicos.

⁵⁵ Escolas que, como visto, favoreciam sobremaneira o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito.

Hans Kelsen buscou, em contrapartida, a criação de uma ciência⁵⁶ pura do Direito, pelo *processo de despolitização*, “que deveria estudar e descrever o jurídico naquilo que lhe é fundamental e geral, constante qualquer tempo e espaço” (STRECK, 2014, p. 126). “Eis aí a primeira afirmação fundamental de Kelsen: Ciência Jurídica, segundo a Teoria Pura, é uma ciência do *dever ser* e, assim sendo, sua natureza é puramente normativa” (REALE, 2011, p. 459).

Como neokantiano, Hans Kelsen concebera, inicialmente, as normas como *esquemas de interpretação* da experiência social possível, experiência que só é propriamente jurídica enquanto referida a normas de Direito, cuja validade não resulta de sua correspondência aos fatos, nem do conteúdo que possam ter, mas tão-somente de sua situação no interior do sistema, ligando-se uma norma à superior, por nexos puramente lógicos, e assim sucessivamente, até se alcançar a *norma fundamental* recebida como pressuposto da ordem jurídica positiva, ou ‘fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a um mesmo ordenamento’ (REALE, 2011, p. 466).

Ao restringir a ciência do Direito ao estudo da norma jurídica, Hans Kelsen afasta a relevância sistêmica do direito subjetivo, considerando-se a existência exclusivamente do direito objetivo, advindo de emanção estatal. Observa-se o fenômeno, portanto, somente a partir do dever jurídico, correspondendo à observância desse dever o que se considera como direito subjetivo (AMARAL; PONA, 2016, p. 54).

O jurista de Viena refutou, pois, as afirmações de que o direito subjetivo seria um poder individual; afirmou somente ser possível verificar essa compreensão difundida de direito subjetivo por ocasião do não cumprimento de um dever, ou seja, de ato contrário à norma e, portanto, ao direito objetivo, ocasião na qual o direito objetivo se concretizaria em algo individualmente definido, atribuído a um titular; destacou não ter relevância o aspecto estático do direito subjetivo e, por último, asseverou serem as faculdades, constituidoras da essência do direito subjetivo, intransponíveis para o conceito de direito subjetivo (AMARAL; PONA, 2016, p. 54).

⁵⁶ Kelsen não tinha a pretensão de ver o fenômeno jurídico como apartado do fenômeno político, mas sim de criar uma ciência, para a compreensão do fenômeno, que não fosse influenciável por elementos extrajurídicos. STRECK, Lênio. op. cit. p. 125-126.

Além de irrelevância do direito subjetivo em face dos deveres jurídicos, outra alteração sensível merece notícia: o problema interpretativo passa a ser visto como semântico, em razão da polissemia dos signos linguísticos, e não mais sintático, como no paradigma anterior (KELSEN, 2003, p. 29-31).

Pela observação se percebe que a estrita vinculação do juiz à lei não é possível, porque sempre haverá uma margem de mobilidade (discricionariedade) para o intérprete. A aplicação da norma reside *fora* da ciência do direito, comportando-se como um ato volitivo, representado pela escolha de uma dentre todas as possibilidades normativas destacadas no *frame normativo*, cabendo, portanto, à ciência do direito, somente a apresentação dos significados possíveis da norma em questão, sem realizar a indicação da interpretação “correta” (ato de vontade) – de responsabilidade do intérprete (KELSEN, 2003, p. 31).

Caberia ao juiz aplicador do direito inclusive optar, pela via da interpretação autêntica, por uma decisão não enunciada pela ciência do direito, situada fora da moldura normativa e que produza direito novo, outrora não existente, que também passará a integrar, com sua aplicação, o objeto da ciência jurídica (KELSEN, 2003, p. 31).

A constatação de Hans Kelsen torna possível fenômeno que viria a alterar não somente o paradigma interpretativo da norma, mas inclusive adentraria na dinâmica da separação dos poderes institucionais (STRECK, 2014, p. 132). Isso porque, no período pós-Revolução Francesa, possui o legislador ampla liberdade para dizer, ele mesmo, o que é o (existência e limites do) direito (fundamental ou subjetivo), cabendo ao intérprete, por se tratar o problema interpretativo de uma questão de ordem apenas sintática, a aplicação da norma jurídica (do Código Civil) ao caso concreto.

O reconhecimento da liberdade semântica do aplicador abriu margem à migração do poder de escolha entre uma das possibilidades interpretativas ao magistrado, a quem pertence agora certo grau de discricionariedade, que, notadamente pela ampliação da jurisdição constitucional, se desloca para o Poder Judiciário ou, nos sistemas em que não integrante desse Poder, para os Tribunais Constitucionais, que, influenciados pela alteração promovida por

Kelsen, mas já no novel paradigma contemporâneo – contraposto ao positivismo -, sob o manto principiológico, fazem-se responsáveis por retomar o valor ao do direito, “como se as regras”, na forma em que apresentadas pelo positivismo, “não traduzissem valores, ética ou política” obrigatoriamente (STRECK, 2014, p. 132), mas sim os princípios.

Como visto, a incompletude dos Códigos torna-se evidente pouco mais de um século após o ápice da propagação dos pilares idealizados pelo Código Napolêônico⁵⁷, ocasionada pela incapacidade de previsão legislativa de todas as situações a que serão cabíveis a tutela estatal. Diante da crise, o juspositivismo, vertente jusfilosófica preponderante até então, passa a abarcar vertentes que superam a concepção de que a interpretação deveria ser exegética, possibilitando-se à previsão textual, pela primeira vez na Idade Contemporânea, de mais de uma possibilidade semântica.

A margem interpretativa permitida por tais vertentes representou a abertura necessária à criação de novas correntes hermenêuticas, culminando-se na Jurisprudência de Valores⁵⁸, que, partindo-se da teoria de Ronald Dworkin e com fundamento na teoria dos princípios de Robert Alexy⁵⁹, fundamenta a dogmática aplicável às restrições às situações jurídicas subjetivas, enquanto substitutas do direito subjetivo nas relações jurídicas.

A constitucionalização do Direito Privado também permitiu o fortalecimento do Judiciário, cuja ascensão se faz sentir no âmbito do juspositivismo normativista, uma vez que se abandona a crença de previsibilidade, certeza e segurança forjadas pelo positivismo exegético e dogmático, de modo a admitir certa discricionariedade do magistrado ao caso concreto.

⁵⁷ Entrada em vigor em 21 de março de 1804.

⁵⁸ Em breve síntese, a jurisprudência dos valores busca trazer mais rigor à jurisprudência dos interesses, vertente que contrapõe-se ao positivismo por fundamentos sociológicos de inefetividade do Direito. Representa linha teórica argumentativa que se desenvolve a partir da distinção das normas entre duas espécies, regras e princípios, estes últimos em certo grau mais vinculados, permitindo-se, portanto, o retorno, aos valores da sociedade no ordenamento jurídico.

⁵⁹ Especialmente nas obras *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria de justificação jurídica* (1983) e *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1985).

Com a propagação da ideologia pós-positivista observa-se o deslocamento para uma unidade e sistematicidade por meio dos valores constitucionais insculpidos no âmbito dos direitos fundamentais. O parâmetro das decisões jurídicas migra da lei para a Constituição, que é tomada como o mecanismo adequado para expurgar do sistema o caráter cartesiano do positivismo normativista, transmigrando-se, em consequência, as tensões do Legislativo para o Judiciário (STRECK, 2014, p. 132).

Como destacado, ao juspositivismo normativista de Hans Kelsen se opõe o processo de evolução do constitucionalismo contemporâneo, especialmente em relação à discricionariedade na interpretação e às normas com estrutura de princípios, que, ademais, repercutem significativamente na conformação do ordenamento civil.

Ao contrário da ideia, muito difundida em estudos científicos, de que a doutrina de Hans Kelsen estaria vinculada ao positivismo exegético, de fato foi ela a principal responsável por sua superação, em momento em que a corrente apresentava, no contexto histórico-social do início do século XX, sintomas de esgotamento (STRECK, 2014, p. 132).

Aliás, algumas das críticas mais contundentes à sua obra são ligadas à possibilidade criada pelo normativismo positivista de um *decisionismo* (arbitrariedade na aplicação do direito) puro, ao *abandonar*, em sua tese, o momento da aplicação do direito – nesse ponto, deve-se considerar que a teoria pura do direito não se afigura como tese voluntarista, mas apenas negou a considerar questão da aplicação como inerente à ciência do direito (STRECK, 2014, p. 132-133).

A superação do positivismo se deu com a elaboração de teorias que migraram de uma preponderância da *razão* para uma construção mais ligada à *vontade*. As principais expoentes desse movimento antagônico de natureza volitiva-axiológica foram o movimento do Direito Livre – base das vertentes teóricas que buscavam aliviar o intérprete das estruturas formais próprias dos movimentos hermenêuticos prévios -, o Realismo Jurídico e a Jurisprudência dos Interesses, enquanto feições nacionais de uma mesma *ratio* em abstrato.

“Todos eles, de alguma forma, reivindicavam um papel protagonista da magistratura na aplicação do direito” (STRECK, 2014, p. 132).

As principais críticas tecidas pela Jurisprudência dos Interesses ao positivismo residem no distanciamento que o excessivo conceitualismo da realidade e das tensões sociais, atendo-se muito a discussões abstratas que não eram capazes de solucionar problemas reais, especialmente com o período de Guerras. Assim, seu objetivo principal era resolver conflitos de interesses, cabendo ao magistrado sua recomposição e, caso diante de lacunas, a realização de uma ponderação (*Abwägung*) dos interesses conflituosos (STRECK, 2014, p. 132). Surge, então, a teoria de Phillippe Heck⁶⁰, que – embora muito menos elaborado - viria a ensejar, posteriormente, as construções teóricas de Robert Alexy.

Esboçam-se ao menos dois pontos de divergência entre o Direito Livre e a Jurisprudência dos Interesses, consistentes na impossibilidade, na última, de decisões em direção contrária à lei e no desenvolvimento de um método específico que pretende guiar a atividade criativa do juiz: a ponderação dos interesses em conflito (STRECK, 2014, p. 130-132).

A Jurisprudência dos Valores, desenvolvida no âmbito do Tribunal Constitucional alemão, emerge no pós-Segunda Guerra Mundial, como

⁶⁰ “O grande artífice da jurisprudência dos interesses foi Philipp Heck. Sua proposta nasce de uma secessão (Losano) com o movimento do Direito livre que se dá, justamente, em razão de uma discordância com relação ao problema da possibilidade de decisões *contra legem*. A jurisprudência dos interesses, então, pode ser entendida como uma ‘ala moderada do movimento do Direito livre’. Tal qual os adeptos do Direito livre, Heck criticava a ‘falácia conceitual’ da jurisprudência dos conceitos. Segundo Losano, essa falácia apresenta-se da seguinte maneira: considera ser possível deduzir logicamente as normas umas das outras, quando na verdade a dedução opera a partir de conceitos gerais preexistentes na mente de quem aplica do Direito. Como alternativa, Heck apontava para a dimensão concreta dos interesses em conflito de modo a demonstrar como a obra mais preciosa da pandectística — o BGB de 1900 — não conseguia regular plenamente o tecido social. Era preciso suprir as insuficiências do pensamento lógico dedutivo puro com elementos intuitivos que o jurista perceberia na realidade social concreta. Portanto, apenas um estudo sociológico da gênese dos interesses que levaram o legislador a criar a lei é que poderia preencher os espaços lacunosos dessa mesma lei. O método para compor os interesses em conflito era dado por uma ponderação (*Abwägung*), que deveria apontar para o interesse que deveria prevalecer. Assim é que se inaugura uma nova perspectiva metodológica que voltará a aparecer na chamada *Jurisprudência dos valores: a ponderação*. Para Heck, toda norma jurídica representa uma tentativa de conciliar, segundo um princípio de ponderação (*Abwägung*), os interesses opostos que, sociologicamente, aparecem na base dessa mesma norma”. Oliveira, Rafael Tomaz de. *A jurisprudência e a dicotomia público versus privado*. Revista Consultor Jurídico. 6. abri 2013. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2013-abr-06/diario-classe-jurisprudencia-dicotomia-publico-vs-privada>>.

tentativa de reconciliar os valores da sociedade com o direito escrito e aplicado. Seguindo-se a linha voluntarista da Jurisprudência dos Interesses e da atualização verificada pela Jurisprudência dos Valores, em especial por Ronald Dworkin⁶¹, alicerça-se a teoria da argumentação jurídica (ou teoria dos princípios) de Robert Alexy, com nítida finalidade de trazer racionalidade à jurisprudência alemã, considerada por ele irracional na aplicação das leis e normais constitucionais (STRECK, 2014, p. 137).

O pós-positivismo⁶² deu ensejo, no âmbito constitucional, ao surgimento do neoconstitucionalismo. “O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua configuração situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”, sendo que “a quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias agrupadas sobre o rótulo genérico de pós-positivismo” (BARROSO, 2009, p. 54).

Luis Roberto Barroso declina como autores pioneiros no debate pós-positivista John Rawls (*A theory of Justice*, 1980), Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, 1977) e Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*, 1985) (BARROSO, 2009, p. 54, rodapé 6).

Em que pese a não utilização do termo “neoconstitucionalismo” no debate constitucional norte-americano ou alemão, o conceito teve aceitação sobretudo na Espanha e na Itália, especialmente após o ano de 2003, com a publicação da obra *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada por Miguel Carbonell⁶³ (SARMENTO, 2009, p.269).

O neoconstitucionalismo trouxe a irradiação de valores contidos nos princípios e regras constitucionais para o sistema jurídico como um todo. As principais variações sentidas no plano abstrato são (i) o reconhecimento da força normativa da Constituição, que tem como principal expoente teórico a obra de Konrad Hesse; (ii) a ampliação da jurisdição constitucional, iniciada

⁶¹ Na obra *Levando os Direitos a sério* (1977).

⁶² Denominam-se pós-positivistas as correntes hermenêuticas que se contrapõem, propugnando sua superação, ao paradigma positivista.

⁶³ CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

com o normativismo de Hans Kelsen e significativamente ampliada pelas Escolas subsequentes; e (iii) o reconhecimento de novas vertentes interpretativas dentro da hermenêutica constitucional, especialmente a interpretação conforme a Constituição (BARROSO, 2005, *online*).

Passa-se a dedicar esforço na busca de uma adequada solução para os *hard cases*, retomando-se a valorização da razão prática dentro a ciência do direito (HABERMAS, 1989). Não mais se trata como suficiente a racionalidade comprovável pela via experimental ou dedutiva, partindo-se de premissas conceituas gerais, conforme propugnava parcela do juspositivismo (SARMENTO, 2012, *online*).

Afasta-se a lógica própria – formal - das ciências naturais à análise da aplicação do Direito, fundada inicialmente nos Códigos, e passa-se a observar o fenômeno por uma *ratio* atenta à centralidade constitucional, seu papel normativo irradiador e agregado aos valores e, também, à posição da jurisprudência na criação do Direito.

Diversas críticas são dirigidas, no entanto, à aplicação das normas jurídicas hodiernamente. Dentre as mais sensíveis, faz-se referência à excessiva margem de subjetividade concedida ao intérprete na má-aplicação dos sistemas criados, que, ao equivocadamente fazer uso dos critérios interpretativos estabelecidos pela hermenêutica, acabam por se valer exclusivamente de fatores extrajurídicos na aplicação da norma ao caso concreto, retomando-se os problemas de insegurança jurídica atinentes à jurisprudência dos interesses e, mais ainda, à Escola do Direito Livre (STRECK, 2014, p. 138).

Também a má compreensão das normas com estrutura principiológica desconfigura as teorias da argumentação pós-positivistas, à medida que, no julgamento em concreto, o intérprete equivocadamente supõe dotadas de estrutura de princípios inúmeras normas jurídicas que são, em verdade, regras ou meras recomendações morais sem normatividade. À multiplicação desses

“falsos princípios” ao balizar a interpretação pelo magistrado, Lênio Streck (2014, p. 138-139) denominou “pamprincipiologismo⁶⁴”.

As críticas levantadas pelo *garantismo* de Luigi Ferrajoli (2012) podem ser colocadas como a contraposição hodierna mais popular à Jurisprudência dos Valores e ao neoconstitucionalismo. Posiciona-se no sentido de que o Judiciário deve assumir postura mais retraída, limitada à lei e à Constituição, fundada menos na discricionariedade e mais na cognição constitucional: o aplicador do Direito não realiza ponderação entre *normas*, mas entre os *atos* que justificam ou não a incidência normativa.

A atividade de criação de normas ou o fato de ignorá-las injustificadamente ocasionaria uma invasão na competência legislativa. Cabível ao magistrado, nessa senda, somente a verificação de violação do ato normativo a ser aplicado à norma constitucional, ingressando somente na esfera *ilegítima* da política – em contraposição ao espaço cognitivo permitido pela subsunção e aplicação da lei, em um processo gradativo (FERRAJOLI, 2012, p. 205-207).

As desaprovações advêm não somente das vertentes contrapostas ao neoconstitucionalismo, que o enxergam como uma reiteração das críticas antiformalistas próprias da Escola do Direito Livre e da Jurisprudência dos Interesses. Conquanto compreendam como hígida e adequada a estrutura teórico-argumentativa, críticas quanto à má-aplicação jurisprudencial dos critérios estabelecidos doutrinariamente partem também dos próprios representantes dessa última vertente, ao demonstrar a *aplicação* inadequada de seus preceitos por grande parte dos tribunais mundo afora – como faz, *v. g.*, Virgílio Afonso da Silva ao apontar a notável falta de critério para a solução de colisões de conflitos pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁵.

⁶⁴ Terminologia adotada por Lênio Streck ao denunciar o abuso ou má-utilização da dogmática dos princípios, criando-se um cenário com inúmeros princípios que, tecnicamente, não possuem tal estrutura normativa.

⁶⁵ Virgílio Afonso da Silva demonstra a atecnicidade do Supremo Tribunal Federal ao aplicar a proporcionalidade aos casos levados a julgamento no capítulo *A jurisprudência do STF*, do artigo *O proporcional e o razoável* (Revista dos Tribunais 798, 23-50, 2002). Demonstra o autor que o recurso ao artifício, em verdade, funciona apenas para uma verificação de razoabilidade, sem que se exenda uma argumentação estruturada nos níveis exigidos pelo critério argumentativo.

A principal dificuldade na correta aplicação da teoria alexyana pode ser observada no plano empírico. A má-utilização das recentes teorias hermenêuticas abre margem não somente ao ativismo judicial, mas permite, igualmente, um elevado grau de insegurança jurídica decorrente do excesso de subjetividade na interpretação e aplicação da norma.

Alteração sensível na forma de se conceber o fenômeno jurídico deve ser considerada como fator agregador à transição do positivismo para o paradigma pós-positiva, a despeito do caráter normativista do positivismo Kelseniano.

O pós-positivismo permite a divisão da norma em dois modelos de estrutura fundamentais: as regras e os princípios. O reconhecimento dos princípios como norma e, por conseguinte, de sua força normativa, torna possível sua irradiação direta às relações privadas, inclusive àquelas indivíduo-indivíduo. Somente com a alteração do paradigma interpretativo, com a transição para a Jurisprudência dos Valores, torna-se possível aceitar, no âmbito fenomenológico aplicado às relações entre particulares, as situações jurídicas subjetivas, porque obedecem obrigatoriamente à estrutura de princípio, o que se verifica pela natureza das colisões entre centros de interesses.

Há uma incompatibilidade lógico-estrutural entre outras linhas interpretativas e as situações subjetivas, que exige sua visualização pela verificação em concreto das interferências exteriores, o que à vinculará à teoria externa das restrições.

2.2 Da margem ao centro. Força normativa da Constituição, virada copernicana e os estatutos jurídicos

O reconhecimento da força normativa da Constituição deve ser encarado como o grande ponto motivador da aproximação dos regimes jurídicos públicos e privados e, em última instância, das situações jurídicas com os direitos fundamentais. Compreender que a Constituição possui valor jurídico e que os princípios e regras nela previstos são dotados de força ativa capaz de, tomando-se em consideração a aderência à realidade, transformar o mundo fático, tornou possível a concretização dos direitos fundamentais em grau

sensivelmente mais elevado, especialmente assegurado pela jurisdição constitucional.

Tal grau de concretização virá a repercutir na esfera privada dos indivíduos e assegurar uma revolução na forma de se compreender fenômeno jurídico, iniciado pela superação do positivismo exegético, também chamado de *paleopositivismo*.

A tese fundamental de Ferdinand Lassalle, grande influenciadora dos sistemas jurídico-constitucionais se deu no final do século XIX, consistia em afirmar que “questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas”, expressando, com efeito, as relações – *fáticas* - de poder dominantes em determinado âmbito territorial: “o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual” (HESSE, 2009, p. 1).

A Constituição era vista como uma conjugação dos *fatores reais de poder* em determinado país, que compõem a força ativa que determina não somente as leis, mas também as instituições de um Estado (HESSE, 2009, p. 1). Assim, a Constituição jurídica, escrita, “não passa, nas palavras de Lassalle, de um pedaço de papel (*ein Stück Papier*)”, conquanto sua força advém de sua correspondência aos fatores de poder político de fato, e não de sua posição normativa (HESSE, 2009, p. 1). Percebe-se aqui estar-se diante de teoria elaborada em período posterior ao juspositivismo, que nega tais premissas de forma veemente.

A elaboração da teoria de Konrad Hesse, quase um século depois à de Ferdinand Lassalle⁶⁶, busca contrapor-se à visão por ele trazida e suas irradiações na doutrina constitucionalista temporalmente subsequente. Isso porque, a par da aparência de que, na história constitucional, efetivamente o poder da força de fato prevalece nas questões fundamentais de Estado, de modo a submeter a normatividade à realidade fática, o autor compreende o texto constitucional de forma a dotá-lo de força *ativa* específica, própria de sua

⁶⁶ A obra de Ferdinand Lassalle data de 1862, enquanto a de Hesse de 1959.

normatividade considerada sob o aspecto jurídico. Ao tecer suas críticas à visão estritamente sociológica da Constituição, afirma que,

considerada em suas conseqüências, a concepção da força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica (HESSE, 2009, p. 1).

O contraponto essencial reside na afirmação de que “como toda a ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa”, afastando-se, pois, “da Sociologia e da Ciência Política enquanto ciências da realidade”, e “não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes” (HESSE, 2009, p. 1-2). A questão, portanto, é a possibilidade de se admitir que a Constituição detém, ainda que de maneira restrita, uma força que seja capaz de motivar e ordenar a vida do Estado, e não apenas a ela submeter-se.

Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes? Essas questões surgem particularmente no âmbito da Constituição, uma vez que aqui inexistem, ao contrário do que ocorre em outras esferas da ordem jurídica, uma garantia externa para execução de seus preceitos (HESSE, 2009, p. 2).

As respostas partem de um ponto de equilíbrio entre dois opostos, metodologicamente demonstrado por Konrad Hesse ao prosseguir no desenvolvimento de sua teoria: não se pode considerar exclusivamente a

realidade política ou social, por ignorar o significado de ordenação jurídica, assim como incabível contemplar-se apenas o sistema jurídico, com pura análise de validade de suas normas integrantes. O fenômeno constitucional precisa ser compreendido sob os dois aspectos, da *ordenação* e da *realidade* (HESSE, 2009, p. 2).

Konrad Hesse (2009, p. 2-4) dirige críticas a determinadas vertentes do positivismo, em especial ao positivismo jurídico de Georg Jellinek e ao positivismo sociológico de Carl Schmitt, com fundamento, essencialmente, na indevida separação, no plano constitucional, entre o ordenamento e a realidade – “entre *ser (Sein)* e *dever ser (Sollen)*” – que ocasiona a concessão de força determinante às relações sociais de poder de forma exclusiva, ignorando-se, em absoluto, o âmbito normativo. Nesse ponto, Hesse pede que se encontre um equilíbrio entre ambas as esferas, por entender que ambas se determinam, dialeticamente.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. [...] A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. [...] A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas (HESSE, 2009, p. 2).

Logo, cabe à Constituição integrar à realidade sócio-política a ordem, sendo, simultaneamente, determinada e determinante em relação a ela, sem que se possa definir sua fundamentalidade nem somente pela pura normatividade, nem pela mera eficácia das condições fáticas de fluência do poder. É dizer que a normatividade do texto constitucional e a força que a realidade fática a condiciona pode ser divergente em determinados pontos, mas não podem ser apartadas em absoluto ou tratadas como sinônimo. Isso porque “[...] as Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram

previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las” (HUMBOLDT *apud* HESSE, 2009, p. 3).

Assim, a Constituição pode passar a ser compreendida como um “elemento autônomo” dentro do “campo de forças do qual resulta a realidade do Estado”, e adquire, finalmente, força normativa ao atingir tal pretensão de eficácia no corpo social (HESSE). Assim, toda Constituição deve encontrar a substância da força vital em circunstâncias históricas, e não somente na razão e experiência, mas deve também ser hábil à conformação da realidade social a que sua normatividade diz respeito. Quanto ao último aspecto, tem-se a contribuição mais significativa à teoria constitucional e, mais ainda, à Teoria Geral do Direito: o desvelar da força normativa da Constituição – jurídica – “logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*)” (HESSE, 2009, p. 4).

E somente se transforma a Constituição em força ativa caso atingida a vontade efetiva de se concretizar tal ordem, isto é, se presentes na consciência geral de uma sociedade a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) (HESSE, 2009, p. 4).

Embora constatada a existência de uma força normativa irradiada pela Constituição do Estado, Konrad Hesse (2009, p. 4-5) elenca alguns pressupostos também devem ser observados a fim de que se permita o seu desenvolvimento *ótimo*: (i) o grau de correspondência da Constituição à natureza peculiar do presente em que editada concede maior segurança do desenvolvimento de sua força normativa; e (ii) o ótimo desenvolvimento da força normativa também de sua *praxis* além de seu teor, notadamente pela disseminação da *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.

A transição do conceito de Constituição – de sociológica para jurídica – foi responsável por uma alteração significativa na forma de se encarar o fenômeno jurídico, instrumentalizada pela alteração promovida, com as modificações sobreditas, no paradigma interpretativo. Isso porque “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição”, encontra-se “submetida ao princípio da ótima concretização da

norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*), que não pode ser aplicado “com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual”, mas “tem sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida”, sem que seja possível, portanto, que se faça deles “tábula rasa”, porque deve contemplar as proposições normativas com tais condicionantes fáticas (HESSE, 2009, p. 6). Representa, portanto, a principal fonte de superação do *paleo-juspositivismo*.

Por tais razões, a mudança das relações de fato pode alterar a interpretação da Constituição, limitada, porém, às proposições jurídicas e pelo limite das mutações normativas. Em suma, pode-se afirmar que “a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo”, mas “[...] não configura apenas a expressão de uma dada realidade política e social”, porque “as possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*)”. Cabe, pois, ao Direito Constitucional contemporâneo “realçar, despertar e preservar a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*”, que “indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa”.

Neste jaez, a normatividade da Constituição se reflete em todo o ordenamento jurídico, convertendo uma infinidade de temas que seriam inicialmente afetos exclusivamente à regulamentação privada também ao espectro público, atenuando as fronteiras firmadas pelos movimentos liberais clássicos, permitindo-se à ordem constitucional regular, em certo grau, tanto o poder político quanto à sociedade civil (PEREIRA, 2006, p. 432).

A ideologia liberal do Novo Regime consolidou a dicotomia entre as esferas pública e privada, cabendo ao Estado gerir os assuntos públicos, sem interferência nas questões particulares, inclusive ligadas ao mercado. Também serviu como base teórica para o constitucionalismo clássico, dotado de caráter absentéista, responsabilizando-se a Constituição pela disposição orgânica do Estado e pela garantia de direitos em face dele, ao mesmo tempo em que edificam-se os Códigos Civis, regentes da vida privada em sua totalidade, em posição de centralidade no ordenamento jurídico. O paradigma interpretativo galgava-se essencialmente na sintática, isto é, na vinculação do juiz ao

conteúdo dos signos contidos no texto normativo (mera subsunção do fato social à norma jurídica).

O destaque à proteção das relações interprivadas, justificado pelas dificuldades históricas de permitir ao indivíduo a titularização de direitos não-comunitários e seu fortalecimento no enfrentamento do regime absolutista, eleva o Código Civil ao centro irradiador do ordenamento jurídico, passando-se a portar como “obra sagrada” (STRECK, 2014, p. 124) e exigindo-se um potencial solucionador de conflitos que aos poucos sofre desgastes.

O novo paradigma, como apontado, se mostra mais como um giro hermenêutico do que como um movimento de rompimento ideológico com o liberalismo clássico – ao menos em um primeiro momento.

A perda a identidade do Direito Civil contemporâneo com a estrutura racionalista do juspositivismo dogmático e exegético segue o movimento sentido pela Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito no que tange à interpretação e aplicação da norma jurídica, especialmente nas décadas pós-Segunda Guerra Mundial. Seu reflexo pode ser percebido essencialmente na decadência do conceito clássico de autonomia da vontade como parâmetro informativo do ordenamento civil (PERLINGIERI, 2002, 275).

Ademais, o reconhecimento da impossibilidade de previsão legislativa das inúmeras situações de fato possíveis levou à adoção de técnica legislativa diversa, com a crescente previsão de cláusulas gerais e normas de textura aberta, mais facilmente adaptáveis às realidades concretas, fator que impossibilitou a defesa de teorias que mencionavam uma “aplicação automática” da lei, unissignificativa.

O neoconstitucionalismo suscitou, assentado no reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais e na busca pela humanização do Direito, a reconstrução das estruturas da civilística clássica a partir de emanações constitucionais, fenômeno impensável segundo a lógica estrita do pós-Revolução. Assim, o reconhecimento dos direitos fundamentais e a concessão de força normativa a seus preceitos permitiu, essencialmente por meio dos princípios, a busca pela concretização da dignidade da pessoa humana. Tudo isso a despeito da natureza pública ou privada das relações

jurídicas em questão, porque reconhecido seu mutualismo pelo enfraquecimento da contraposição público-privado, resgatada pela irradiação dos direitos fundamentais às relações privadas, diretamente.

A transição do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito ensejou, para além da limitação do poder estatal, a garantia de um fato de legitimidade que envolve assegura a proteção dos direitos fundamentais, também emanados às relações privadas, em um período de notável simbiose entre os âmbitos do Direito Público e do Direito Privado.

Repisa-se que o Estado de Direito surge com a finalidade de superar o *Ancien Régime* por meio da limitação interna (divisão) e externa (pela redução de funções) do poder político (STOCO, 2013, p. 226). As repercussões advindas da Revolução Gloriosa, Revolução Americana e Revolução Francesa não se restringiram à esfera política, mas também permitiram influenciar a tradição jurídica do *civil law* pela Escola Histórica e pelo Pandectismo, que vieram a ser definitivamente superados, em um movimento de desconstrução gradual, com o pós-positivismo.

Neste ponto, o constitucionalismo não mais é válido somente ao referir-se ao tão-só dever de existência de uma Constituição, preferencialmente escrita, no centro do ordenamento jurídico – alteração que, por si só, representou uma *virada* significativa na conformação do Direito -, mas também como seu comprometimento na conformação dos valores integrados ao ordenamento em uma unidade.

Passa a exigir um governo limitado, mas impreterível à garantia dos direitos, em perspectiva estruturante de toda a organização social de uma determinada sociedade. O constitucionalismo contemporâneo passa a representar uma técnica de limitação do poder com finalidade garantística (CANOTILHO, 2003, p. 51).

O Estado Democrático de Direito acrescenta ao Estado de Direito um filtro de legitimação do poder político ao reconhecer que “todo o poder emana

do povo”⁶⁷, mas também ao reconhecer a participação os cidadãos no exercício da autonomia privada.

A utilização do direito subjetivo como padrão das liberdades e vedações a partir da Idade Moderna permitiu que uma variada gama de autonomias se correlacionassem numa sociedade reconhecidamente plural, o que se elevou a outro patamar após o reconhecimento da força de norma do texto constitucional, com o alargamento do parâmetro de liberdades públicas e privadas, ampliação que não foi definitivamente acompanhada pelo conceito clássico de relação jurídica.

Assim, a segurança jurídica – um dos grandes pilares do movimento de codificação - passa por uma mitigação advinda da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade, na transição da autonomia da vontade para a autonomia privada (SOUZA, 2015, p. 8).

No contexto brasileiro, o Código Civil de 1916 é direcionado por linhas de cunho patrimonial, em uma dinâmica sistemática que em muito reproduz os ideais liberais clássicos. Com a transição para o Código Civil de 2002, à luz de um ordenamento constitucional distinto⁶⁸, buscou-se a centralização da pessoa nas relações jurídico-privadas (FACHIN, 2008, p. 6).

Gradualmente, substituiu-se a herança patrimonialista pelo privilégio do desenvolvimento do indivíduo concretamente considerado. Ou seja, promoveu-se, em última análise, uma inversão nas finalidades do direito, ora pautado na proteção do ser humano – inclusive em seu aspecto existencial - pelo ordenamento jurídico (FACHIN, 2008, p. 6-8).

O Código Civil foi o “estatuto orgânico da vida privada”, elaborado com o intuito de solucionar a totalidade dos problemas atinentes às relações entre particulares, enquanto sistema normativo, composto por regras, desenvolvido

⁶⁷ O preâmbulo da Constituição norte-americana de 1787 se inicia com as palavras “*we the people of United States* [Nós, o povo dos Estados Unidos]”, tornando evidente o fundamento da soberania popular.

⁶⁸ O neoconstitucionalismo de matriz europeia (conformador do Estado Social e Democrático de Direito) que teve por gênese o processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra Mundial, no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

para regulamentar de maneira duradoura e irrestrita a conduta humana em seus aspectos privados. O indivíduo abstrato que servia de parâmetro para o Código Civil torna-se, com o insucesso da generalidade e completude propostas, o sujeito concreto e qualificado que protege a si a partir de sua integração em grupos, regido por estatutos (GOMES, 1983, p. 9).

O Código Civil de 2002 é editado já em obediência ao novel paradigma, a partir dos motivos que se construíram no decorrer do texto até o momento, determinando certos influxos específicos no regime privatista, tais como o reconhecimento, em nível principiológico, da eticidade, sociabilidade e operabilidade; a limitação da autonomia privada por dispositivos de ordem pública e com finalidades sociais e/ou coletivas; o reconhecimento da função social na seara da propriedade e da função social da boa-fé objetiva, cooperação e solidariedade no direito contratual; o processo de objetivização e solidarização da responsabilidade civil; e, como principal fonte de justificação da transição paradigmática, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Por isso afirmar que a reconstrução da esfera privada não deve se sustentar mais na imagem de codificação, embora ainda possuam ela sua relevância como “signos linguísticos, culturais e sociológicos”, mas pela demarcação de novos limites da interpenetração entre os espaços públicos e privados por meio de uma interpretação a partir de microssistemas constitucionalizados (FACHIN, 2008, p. 15).

A forma de se estruturar do Direito Civil clássico não suporta ao conteúdo do constitucionalismo mais recente. A previsão de um sujeito de direito abstrato criado pelo liberalismo oitocentista e reiterado até a metade do século XX dá lugar para um fenômeno inverso ao de codificação: migra-se para a uma via de descodificação como reflexo da constitucionalização das relações entre particulares, buscando-se, com a germinação de microssistemas normativos, o atendimento às necessidades peculiares do sujeito de direito concreto, hipossuficiente em uma relação jurídica em abstrato (GOMES, 1986, p. 132)

Historicamente, os direitos fundamentais foram contemplados para produzir efeitos nas relações desiguais de indivíduos e ente estatal. A insuficiência dessa visão restrita evidenciou-se diante da ameaça aos direitos fundamentais, sobretudo em regimes não arbitrários, em grande medida pelos próprios particulares, notadamente os detentores de poder econômico ou social (SILVA, 2008, p. 18).

Algumas particularidades devem ser levadas em consideração na horizontalização da eficácia dos direitos fundamentais, especialmente porque, nas relações de Direito Público, o Estado não titulariza direitos fundamentais, ao passo que, nas relações privadas, todos os sujeitos envolvidos são titulares e não podem sofrer restrições descomedidas (SILVA, 2008, p. 86).

Assim, para o autor, face às especificidades das relações interprivadas, há necessidade de se realizar uma ponderação prévia, entre a autonomia da vontade (*a priori*) e os direitos fundamentais em questão, para que se permita o atingimento de um “denominador comum” embasado na proporcionalidade – o que se justifica porque a intensidade da aplicação dos direitos fundamentais não é a mesma do que aquela sentida nas relações indivíduo-Estado (SILVA, 2008, p. 87).

A conciliação do neoconstitucionalismo com a aplicação de normas de direito fundamental à civilística repercutiu no sistema normativo por meio da microsistematização, com a perda da centralidade do sistema de fontes do Direito pelos Códigos. O fenômeno criou espaços outrora inexistentes, pelos quais a humanização pode se inculcar no ordenamento civil com mais liberdade, à medida que tiveram ascensão os direitos fundamentais.

A modificação das funções do ordenamento civil na transição do Estado Liberal para o Estado Social retirou do Direito Civil a posição de ramo do Direito responsável pela emanação de conceitos aplicáveis à totalidade de fenômenos, ao passo que incentiva a integração de institutos não afetos ao Código Civil em atenção às necessidades especiais dos sujeitos de direitos objeto da regulamentação estatutária.

Criou-se então um polissistema normativo (sistema fracionado), onde sistemas isolados gravitam simultaneamente, dotados de independência material em relação a um Código Civil, que agora passa a apresentar caráter residual em relação aos estatutos, permitindo-se, com isso, a propagação de legislações especiais, enquanto desdobramento dos novos centros de interesses emergentes (TEPEDINO, 2004, p. 10-12).

Os estatutos optam, pela adoção, dentro da técnica legislativa, em regra, de linguagem menos formal acerca da técnica jurídica (no sentido de que trazem novas diretrizes sistêmicas), conferem uma função promocional ao direito e representam a repersonalização das relações civis ao (i) se dirigirem a um sujeito de direito em concreto; e (ii) também regularem relações de natureza extrapatrimonial, além de (iii) apresentarem direcionamentos específicos àquele sistema integrante (TEPEDINO, 2004, p. 10-12).

Foi o modo de conceber a Constituição alicerçada na força normativa que ocasionou seu deslocamento, após de estruturado modelo de jurisdição constitucional capaz de assegurar a posição hierárquica das normas constitucionais, para o centro do ordenamento jurídico em sua totalidade, cabendo aos Códigos Civis, por sua vez, adotar posição orbital em relação à centralidade.

A transição da estrutura do sistema jurídico ocasionou, com a superação do fenômeno da codificação, a adoção de *estatutos* que passassem a tomar em consideração o sujeito de direito concretamente considerado, com suas respectivas peculiaridades, e não mais um ser abstrato dotado de personalidade jurídica e hábil, portanto, a contrair direitos e deveres.

A descodificação do Direito Privado, iniciado, dentre outras razões acessórias, pelo reconhecimento da normatividade constitucional, tornou insuficiente o conceito clássico de relação jurídica, porque deixava de abarcar inúmeros casos em que há interesses relevantes que não possuem previsão legal específica – não há, pois, direito subjetivo. Desse *déficit* de tutela surgem as situações jurídicas, como centros de interesses que abarcam posições jurídicas desconsideradas pelo direito subjetivo, mas que relevantes no caso concreto e, por irradiação constitucional, passíveis de tutela.

2.3 Do restrito ao amplo. Esgotamento da relação jurídica clássica, situações jurídicas subjetivas e centros de interesses

A elevação da dignidade da pessoa humana à categoria de norma jurídica, dotada, pois, de força ativa e hierarquicamente superior às normas infraconstitucionais, tornou-se o fundamento axiológico do ordenamento jurídico brasileiro. Buscou-se justificar, no entanto, a partir de panorama histórico, que desde os agrupamentos sociais tribais mais remotos pode-se dizer que, a despeito de tratar-se de regime jurídico significativamente distinto, o fundamento da existência de direitos é o ser humano.

O movimento de centralização conferida ao ser humano – não mais enquanto sujeito dotado de personalidade jurídica abstrata, mas em virtude de sua *existencialidade* – permitiu que se clarificasse a insuficiência dos moldes rígidos a que submetida a tutela dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico. Desse modo, o *déficit* substancial demonstrado pela noção de direito subjetivo tornou-se evidente, ao não mais cumprir sua funcionalidade original (PONA, 2015, p. 178).

O conteúdo normativo do fenômeno social é dado pelo sistema de princípios e regras que visa dar ordenação à coexistência entre indivíduos de uma mesma sociedade. Tal conjunto pode, simultaneamente, ser definido, por sua função, como *ordenamento jurídico* e, por sua natureza integrada à estrutura social, como *realidade normativa*⁶⁹ (PERLINGIERI, 2002, p. 3).

Retomando-se a relação dialética entre a esfera normativa e a esfera fática propugnada pela teoria de Konrad Hesse, e as críticas do pós-positivismo à “realidade jurídica” enquanto fenômeno apartado da realidade fática – realidade social, política ou econômica -, pode-se afirmar que a Teoria Geral do Direito da primeira metade do século XX, com sensível repercussão nas décadas subsequentes, permitiu o surgimento e manutenção de um fenômeno jurídico marcado pelo formalismo, com pretensão de atemporalidade e sem as devidas interconexões com os demais contextos sociais.

⁶⁹ Hesse utilizava a terminologia *realidade* somente para fazer contraposição ao ordenamento, como realidade fática. Não são conceitos antagônicos, todavia.

Retoma-se a afirmação de que “o direito dos oitocentos ansiava a completude. A codificação civilística pretendia, em seu bojo, abranger tudo e todos, tornando-os iguais perante a lei, idênticos em direitos, consolidando uma opção política e economia liberal-individualista” (PONA, 2015, p. 180).

Inserido no processo de codificação iniciado com a Revolução Francesa, por Códigos tem-se o aglutinamento de leis que contém “um conjunto de proposições prescritivas (das quais extraem normas) consideradas unitariamente, segundo a ideia de coerência e de sistema, destinadas a constituírem uma disciplina tendencialmente completa de um setor” (PERLINGIERI, 2002, p. 5).

Para a consecução dos fins almejados por tal pensamento liberal – que abrangia, além da completude, também a proteção da família, contrato e propriedade -, promoveu-se a construção de categorias teóricas que se desenvolveram inicialmente pela Escola Pandectista e foram destacadas pelas primeiras vertentes positivistas: os conceitos de sujeito de direito, relação jurídica e direito subjetivo.

A categoria de sujeito de direito associa-se à necessária igualdade (formal). A noção de relação jurídica tem maior relevância na realização da liberdade contratual e o direito subjetivo coroa-se no trono das titularidades, torna a Rainha de Copas dessa *wonderland* [...]. A Modernidade consolidou concepções e institutos jurídicos que não se associavam necessariamente à concretude da vida e da sociedade. Conformavam a realidade abstrata, que ignorava as particularidades da objetividade concreta do mundo do ser” (PONA, 2015, p. 180-181).

As críticas à concepção de sujeito de direito advém da sua desnecessidade de vinculação à realidade fática, justificada por sua natureza abstrata, que acaba por ignorar peculiaridades essenciais dos casos em concreto em decorrência de um formalismo que por vezes dá margem para um normativismo irrazoável (PONA, 2015, p. 181-183). É a crítica que faz Ronald Dworkin (2002, p. VII-VIII) ao afirmar que o “liberalismo” dominante, associado ao positivismo e ao utilitarismo, condiciona a verdade das proposições jurídicas nos “fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais do que isso”, direcionando-se o Direito somente ao

que se enquadra nas molduras predefinidas por um determinado grupo capaz de estatuir tais conceitos abstratos.

O mesmo acontece com os desdobramentos do sujeito de direito, que equiparava, sob o viés clássico, personalidade jurídica, capacidade jurídica e subjetividade jurídica, enquanto capacidade do sujeito de figurar em uma relação jurídica (contrair direitos e deveres), em concepções hoje em nítido declínio⁷⁰ (PONA, 2015, p. 182). Ainda, como abordado em momentos anteriores, os conceitos clássicos de relação jurídica e direito subjetivo obedecem à mesma racionalidade da noção de sujeito de direito, inclusive pela uniformidade histórico-ideológica.

O movimento de centralização da Constituição colocou em cheque a dicotomia público-privado e o sistema de codificação oitocentista, ao não mais se permitir que a solução da controvérsia se desse tomando-se em consideração apenas artigo de lei que permita a subsunção formal, mas exigindo-se uma análise sistemática de todo o sistema normativo, incluindo-se os princípios que o fundam.

A *virada* que deslocou o Código Civil do centro do sistema jurídico para a órbita da Constituição, agora centralizada, permitiu o regulamento de

⁷⁰ “Atualmente, a doutrina separa conceitos por tempos tidos como congruentes. Personalidade, subjetividade jurídica e capacidade jurídica estão ontologicamente distinguidas. Superou-se a concepção de que personalidade seria a aptidão para figurar como titular em uma relação jurídica. Consoante a teorização de Luiz Edson Fachin, *‘a primeira crítica que emerge dessa formulação é aquela que vai contra o sentido exclusivamente técnico da pessoa. A segunda é a noção do conceito prévio, quando o sujeito faz parte das relações jurídicas como um elemento, o que significa chegar à própria negação da existência de direitos subjetivos que são inatos às pessoas: em última ‘ratio’, atribuir a alguém, a um ente, ou a um procedimento, prerrogativa de definir quem são os sujeitos, e o que se atribui a estes sujeitos, significa colocar a inserção ‘no mundo’, nas mãos de quem define o estatuto de ingresso nesta ou naquela posição jurídica. Em outras palavras, é relegar a condição inata de pessoa, que não depende desse recobrimento jurídico para ser titular de direito fundamental. A personalidade estaria a expressar o valor característico da pessoa humana que justifica a disciplina autônoma das relações existenciais. A subjetividade, a seu turno, representa a faculdade de figurar como centro de imputação de direitos e deveres, posição que é conferida pelo ordenamento, inclusive, a entes despersonalizados. ‘Somente no sentido tradicional, portanto, podem identificar-se as noções de personalidade e capacidade, equiparação que, justificando-se no passado, hoje suscita inconveniente conceitual grave, na medida em que personalidade se torna objeto de tutela jurídica. Para evitar semelhante confusão conceitual, a doutrina contemporânea aparta a noção de subjetividade daquela de personalidade, esta expressão da dignidade da pessoa humana e objeto de tutela privilegiada pela ordem jurídica constitucional’.* PONA, 2015, p.

matérias outrora codificadas por leis especiais – os *estatutos* -, permitindo-se a emergência de uma relação hígida entre Estado e poder de grupos marginalizados, cujas peculiares passam a ser percebidas na transição para o *sujeito de direito concreto*, pela obediência (não só) aos princípios emanadores de direitos fundamentais.

Assim, acima do respeito à lógica formal estruturante do ordenamento, a hierarquia das fontes, com a posição máxima adotada pela Constituição, passa a dever respeito à lógica substancial, amparada também “nos valores e na conformidade com a filosofia de vida” que emanam do texto constitucional (PERLINGIERI, 2002, p. 5-6).

A aplicação das normas constitucionais às relações privadas – *direta* ou *indiretamente* - é um dos grandes fundamentos da descodificação, à medida que, mais do que vetores interpretativos, são normas de direito substancial. Sua aplicação ao caso concreto pode se dar ainda que não existam normas ordinárias que disciplinem de forma específica a situação fática em questão, ou seja, pode-se reconhecer a preeminência de normais constitucionais no ordenamento unitário, inclusive na disciplina de relações jurídicas interprivadas.

“A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e, todavia, não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam”, de modo que passa ser considerada não somente como regra de interpretação, mas, de fato, como “norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores” (PERLINGIERI, 2002, p. 11).

Permite-se então, seguindo-se a constitucionalização da dignidade da pessoa humana e as críticas aos conceitos abstratos de pessoa humana, a proposta da doutrina de revisão da relação jurídica:

A relação jurídica exprime menos um meio técnico para desenhar uma exposição e mais uma ordenação conceitual para dar conta de um modo de ver a vida e sua circunstância. Sob suas vestes está menos o direito em movimento, coletivamente considerado, e mais um direito que se afirma no confronto e na negação do outro. É um conceito superado por sua própria ineficiência, denunciada pela tentativa de captar, atemporalmente, pessoas, nexos e liames. [...] A

formulação do conceito de relação jurídica, e a própria palavra relação, fornece o conceito de presença jurídica de pessoas. No entanto, essa ideia de pessoa não recolhe uma informação a partir de um sujeito em concreto, ou seja, a partir das considerações concretas desse ou daquele sujeito, pois a relação jurídica, classicamente moldada, leva em conta uma noção abstrata e genética das pessoas'. [...] A noção deve ser conforme o espaço que a moldura jurídica lhe revela, independente de como as pessoas sejam' (FACHIN, 2012, p. 34-35).

Da mesma forma, a subjetivação do direito iniciada pelo nominalismo de Guilherme de Ockham e integrada na doutrina pandectista passa por reformulação após os novos rumos da hermenêutica constitucional, definidos pelo reconhecimento dos princípios enquanto espécie de norma jurídica e sua obrigatória normatividade, dificultando-se a limitação das relações jurídicas aos contornos do direito subjetivo, que exige previsão em um direito objetivo bem individuado.

Também embasada a atualização na força normativa da dignidade da pessoa humana, “diante da consideração de que personalidade consiste não em reconhecimento pela ordem jurídica da capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações, mas atributo inerente a todos os indivíduos decorrente da igual dignidade compartilhada por todos e, por isso mesmo, passível de tutela” (PONA, 2015, p. 187). Sendo assim, por meio da pessoa, o direito passa a figurar como seu próprio objeto, conferindo a personalidade jurídica, nos novos moldes, o direito ao indivíduo de buscar a tutela de aspectos afetos à sua própria personalidade (PONA, 2015, p. 187-188).

Quanto aos “novos valores” destacados por Perlingieri, deve-se ladear conceito de relevância para o sistema jurídico: o de *interesse*. Conceitua-se interesse como a relação entre sujeito e bem (interesse em sentido subjetivo), e, também, como uma reivindicação de bens ou valores para se realizar ou proteger (interesse em sentido objetivo) (PERLINGIERI, 2002, p. 31). Os interesses (*objetivamente* considerados) decorrentes das normas constitucionais são juridicamente relevantes sob o aspecto material; a normativa constitucional *compele* a observância de seu conteúdo nas relações entre particulares e com o Estado, especialmente face à maior hierarquia em relação às normativas ordinárias.

A questão que surge é a existência de aparato formal ou processual apto a tomar em consideração a tutela dos interesses juridicamente relevantes (PERLINGIERI, 2002, p. 31-32). Pietro Perlingieri (2002, p. 156-157) aponta duas saídas para o caso de insuficiência estrutural do sistema para a tutela dos interesses juridicamente relevantes: ou criam-se técnicas distintas que sejam híidas à tutela dos valores representados pelos interesses jurídicos; ou confirma-se que “o sistema processual não é legítimo constitucionalmente, porque não consegue tutelar interesses primários constitucionalmente relevantes”, ou seja, a ruína do sistema jurídico-processual.

Referido autor confia aos interesses, notadamente nas situações jurídicas subjetivas, “grande impulso à renovação dos estudos jurídicos”, porque constituem, em sua opinião, “a perspectiva mais natural pra rever criticamente a excessiva consideração reservada ao perfil estrutural - que, frequentemente, é o critério classificatório preferido nas análises – e para recuperar a tipologia histórico-social na ‘construção jurídica’” (PERLINGIERI, 2002, 31-32). A tutela dos interesses surge como mecanismo para refrear o caráter excessivamente normativo – enquanto desvinculado da realidade – do Direito, reconectando-se com o mundo dos fatos.

Quando da abordagem da evolução teórica da hermenêutica, verificou-se que a Jurisprudência dos Valores buscou, por elaboração sistemática, a reconstrução estrutural do sistema jurídico, atendendo às exigências de infiltração próprias não somente de um Direito Constitucional dotado de normatividade e correspondência à realidade fática, mas também para que o Direito Civil pudesse absorver a substância das normas constitucionais adequadamente.

O novel paradigma normativo e interpretativo corroborou, mesmo aos interesses de cunho patrimonial, com uma análise de verificação de seu potencial de concretização do pleno progresso da pessoa humana, assumindo-se, assim como no caso de reconhecimento das situações existenciais, o papel de valores.

Toma-se o rumo da despatrimonialização ao optar-se, o constituinte e o legislador, pelo caminho do personalismo – no movimento de centralização do

indivíduo, mesmo em seus aspectos existenciais e de coletividade, e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, inclusive pelo texto constitucional. Isso demonstra a necessidade de uma tutela qualitativamente distinta, não patrimonial.

Não são todos os direitos civis que encontram amparo ou tutela pelo Código Civil, mas pela Constituição – como adrede mencionado. Todavia, a unicidade – totalidade – do ordenamento jurídico consegue, por seus entremeios, permitir tutela aos interesses emanados do texto constitucional, direta ou indiretamente, mitigando-se severamente a contraposição entre esferas públicas e privadas.

Com a aproximação dos interesses juridicamente relevantes e direitos subjetivos (AMARAL; PONA, 2012, p. 25-30), a Suprema Corte italiana, ao prolatar a *sentenza* n. 500/99,

erodiu gradualmente o caráter absoluto do princípio de que ressarcível, nos termos do art. 2.043 do Código Civil, apenas a lesão a direito subjetivo, progredindo a uma constante expansão da abrangência da ressarcibilidade do dano aquiliano, pelo menos nas relações entre particulares (ITALIA, 1999).

O fato concreto passa a ser, sob esse prisma, “sempre juridicamente relevante”; com ressalvas de que, “todavia, a norma lhe atribui consequências jurídicas tangíveis, que podem ser individuadas de modo específico e determinadas com o nascimento, a aquisição, a extinção e a modificação de uma situação subjetiva” (PERLINGIERI, 2002, p. 90). Há, em cada fato, relevância para o direito, porque, mesmo aquele que aparenta indiferente para o direito, é dotado de certo aspecto de juridicidade (PERLINGIERI, 2002, p. 90).

Fato juridicamente relevante não pode ser visto como aquele em que se pode individuar precisamente suas consequências jurídicas, mas qualquer fato, lícito ou ilícito, que sejam expressão de valores ou princípios *presentes no ordenamento* (PERLINGIERI, 2002, p. 96). Nega-se, aqui, portanto, a teoria do

fato juridicamente indiferente⁷¹, sendo prejudicial ao Direito Civil ancorado no sujeito de direito concreto que se estabelecem limites *a priori* à relevância jurídica de determinado fato ocorrido. O não estabelecimento de limites internos demonstrará, estruturalmente, a necessidade teórica de se analisar o fato jurídico – e as situações jurídicas – sob o enfoque dado pela teoria externa dos direitos fundamentais.

Mesmo fato que não represente interesse para o Direito para um fim exclusivo, mas, sim, se presta a diversas finalidades. “Ele tem uma diversa qualificação jurídica, uma diversa função segundo se encaixe em uma ou em outra ordem de interesses” (PERLINGIERI, 2002, p. 91). Essa é a principal disfunção entre o fato concreto e o fato no mundo abstrato: o *fato*, no mundo da vida, deve ser compreendido a partir de aspecto único – até mesmo por sua unidade física - e se presta a vários fins integrados, que, sob pena de impropriedade, não devem analisados como se isolados fossem na origem; a qualificação jurídica⁷², por sua vez, o isola teoricamente, *prima facie*, limitando a repercussão dos fatos a uma única qualidade prevista em lei. Esse tratamento dado ao fato jurídico repercutirá, pelo seus efeitos, como se verá, nas situações jurídicas subjetivas (SOUZA, 2015, p. 1).

A dogmática ensina a existência de momentos distintos de compreensão de um fato jurídico: o do ato de autonomia privada (manifestação) e, posteriormente, e dele apartado tecnicamente, a qualificação jurídica enquanto interpretação da norma aplicada ao fato ou do fato amparado à norma. Somente após a manifestação e sua respetiva qualificação é que, então, tem-se a subsunção efetiva do fato à determinação normativa em abstrato, atribuindo-se, depois, a eficácia, enquanto relevância jurídica que se dá ao fato (PERLINGIERI, 2002, 107).

⁷¹ Elucida Pietro Perlingieri: “A teoria do fato juridicamente indiferente, aqui rejeitada, entra naquela corrente ideológica disposta a considerar o ordenamento como garante das situações adquiridas. A história tem demonstrado, ao revés, que os fatos socialmente vinculantes e empenhados, aparentemente indiferentes à ordem jurídica, eram fatos que o ordenamento queria que fossem livremente realizados: a teoria do fato irrelevante satisfazia uma pretensa neutralidade do ordenamento relativamente às liberdades privadas. [...] Todo fato na realidade social, mesmo o mais simples e aparentemente insignificante, tem juridicidade. A sua problemática é representada pela concreta individuação dos parâmetros normativos de referência e pelo seu impacto no ordenamento”.

⁷² Qualificação é a individuação da relevância jurídica do fato, isto é, individuação normativa.

A superação do paradigma da subsunção formal considera que a integração não deve ser vista como um momento posterior à qualificação, mas deve ser observada logo em seu momento *multifacetado*, e não em divisões teóricas *progressivas*.

Assim, tanto interpretação quanto qualificação devem se dar de forma *evolutiva*, não bastando a verificação de uma manifestação concedida apenas num primeiro momento e, por vezes, alheia à realidade fática, ao contexto social, político, econômico e histórico.

A existência de um interesse merecedor de tutela diz respeito também à estrutura do *fato*, sem que se possa considerá-los eventos distintos, uma vez que “todo sujeito que tenha um interesse que, segundo o ordenamento, é merecedor de tutela em razão do efeito que um fato venha a produzir, deve participar da estrutura daquele fato que produz aquele efeito” (PERLINGIERI, 2002, p. 94-95), e não, pois, somente ao momento posterior.

Todo fato juridicamente relevante e, em particular, todo fato humano voluntário, todo ato de iniciativa privada tem uma função, a qual ou é predeterminada pelo ordenamento nos esquemas típicos, ou é modelada pela iniciativa dos sujeitos. A função, portanto, é a síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora: ela refere-se não somente à vontade dos sujeitos que o realizam, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante. A razão justificadora é ao mesmo tempo normativa, econômica, social, política e por vezes também psicológica. [...] Não é suficiente procurar somente os efeitos próprios e qualificar um fato como produtivo, modificativo ou extintivo de efeitos. Limitar-se a isso significa não considerar a natureza dos interesses e a diversa relevância que, em concreto, assumem (PERLINGIERI, 2002, p. 95).

Isto é, o processo de individuação dos efeitos decorrentes do fato deve tomar em consideração o motivo da constituição, modificação ou extinção confrontado com o regulamento dos interesses *em concreto*. O sobrepajamento da divisão doutrinária entre interpretação e qualificação permite se vislumbrar que

Interpretação e qualificação não são entidades ontológicas estanques, dois momentos que têm objetos diversos, mas são expressões e aspectos de um mesmo processo cognitivo que nele encontra o seu unitário modo de atuação. O objeto da interpretação não é a vontade psíquica, nem o regulamento

socialmente relevante, mas é o contrato como realidade social e jurídica ao mesmo tempo. O contrato não deve ser somente interpretado, mas também qualificado à luz dos princípios do ordenamento. O problema está na individuação da função prático-jurídica de cada ato visto singularmente. A qualificação e a interpretação fazem parte de um procedimento unitário orientado a reconstruir aquilo que aconteceu em uma perspectiva dinâmica, voltado não ao passado, mas à fase de atuação (PERLINGIERI, 2002, p. 101).

Para que se permita tal modelo, deve-se adotar, num primeiro momento, teoria interpretativa que seja capaz de valorizar ao máximo as particularidades do fato concreto pela transposição das rígidas distinções entre suporte fático abstrato e suporte fático concreto; por óbvio, não pela mera subsunção do fato à lei, mas a partir de sistemática de permita dar relevância à significação subjetiva da normativa, compatibilizando-se, de acordo com a hierarquia imposta pelo ordenamento jurídico, os interesses e valores em questão (PERLINGIERI, 2002, p. 104-105).

A compatibilização dos interesses e valores em observância às particularidades *in concreto* do fato tornam inquestionáveis a convergência do paradigma contemporâneo do fenômeno jurídico com a jurisprudência dos valores e, mais ainda, com a teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy (2015).

Ao justificar o conteúdo das situações jurídicas, Natalino Irti (1995, p. 35) destaca a desatenção da doutrina quanto ao problema de adequação às variações sentidas pela teoria da norma, sob pena de inadvertida fidelidade às figuras tradicionais. Para o autor, “a teoria da norma e a teoria das situações subjetivas estão intimamente ligadas; e as escolhas feitas a partir de uma determinam as soluções das outra”, o que se verifica pelo fato de que , dissolvida a categoria da qualificação, situações jurídicas equiparam-se aos efeitos jurídicos.

Tomando em conta esses novos critérios propostos, a individuação da normativa deve passar a considerar “todas as circunstâncias atenuantes e agravantes do caso, de maneira a proporcionar a decisão (com o caso) sem atentar o princípio de igualdade [formal]”. A individuação normativa deve levar em consideração *prima facie* as condições acessórias inclusive, a fim de definir

a normativa em obediência às normas e princípios constitucionais, buscando-se, no ordenamento, o regramento que se compatibilidade com o centro de interesses em questão.

As situações subjetivas tidas como juridicamente relevantes dizem respeito à eficácia do *fato* referente a um determinado *centro de interesses* agregado a um *sujeito* destinatário (PERLINGIERI, 2002, p. 105-106). Assim, toda situação subjetiva tem como fonte, quanto aos seus efeitos, um fato juridicamente relevante, natural ou não.

As situações jurídicas consistem no conjunto de direitos e deveres (posições jurídicas) atribuídos pelo Direito a determinados sujeitos (pessoa), podendo configurar-se como objetivas quando dizem respeito à própria autorização normativa, ou subjetivas se referentes à manifestação da vontade dos particulares e aos seus interesses (PONA, 2015, p. 189). Sua conformação à nova dogmática da teoria do Direito pode ser notada merece consideração em razão de sua maior amplitude – e, portanto, conformação – à complexidade das situações fáticas no contexto atual.

“Têm o nome de ‘situações jurídicas subjetivas’ os modos, diversos e múltiplos, em que o direito, à ocorrência de certos fatos, avalia comportamentos humanos. Assim, a par da obrigação, a tradição científica e a prática jurídica colocam o direito, a faculdade, o poder de manter um determinado comportamento” (IRTI, 1995, p. 34). São os efeitos dos fatos jurídicos na ordem civil. Em outras palavras, caracterizam-se como a reunião dos efeitos jurídicos decorrentes do fato jurídico concreto (SOUZA, 2015, p. 1).

A situação jurídica subjetiva deve ser visto como o fenômeno - conjunto de efeitos de determinado fato humano – que é valorado pelo Direito, quando se passa a partir os juízos de validade acerca do respectivo evento concreto (SOUZA, 2015, p. 2). Abrange todas as espécies de efeitos jurídicos que decorram desse fato jurídico, abarcando-se, por consequência, todas as posições jurídicas que dele advém, obrigatoriamente.

Sobre a atualização conceitual da relação jurídica e o efeito da adoção das situações jurídicas subjetivas na apreciação das relações privadas, Eduardo Nunes de Souza afirma que

Muitas foram as vantagens dessa mudança. A mais imediata foi a de se revelar a complexidade da situação jurídica, abrindo caminho para o estudo de suas diversas modalidades e respectivas funções, para além da figura do direito subjetivo. Mais ainda, a compreensão de que às posições ativas agregam-se necessariamente deveres, que com o tempo se fortaleceu na doutrina, permitiu trazer o exame das situações subjetivas para uma perspectiva relacional, segundo a qual cada situação somente pode ser apreciada no âmbito de uma relação jurídica e à luz da situação jurídica a ela contraposta. Além disso, concebida como complexo de prerrogativas e deveres, a noção de situação jurídica subjetiva substituiu a lógica estruturalista adotada pela doutrina até então, segundo a qual o direito subjetivo encerraria, ora relação jurídica de cooperação (em que as partes buscariam um interesse comum, como no contrato de sociedade), ora relação de concorrência (em que as partes perseguiriam interesses antagônicos). Ao revés, passou-se a entender que toda relação jurídica pressupõe a cooperação entre as partes envolvidas, superando-se o individualismo originalmente predominante no tratamento da matéria.

Melhor aprofundando os conceitos, pelo aspecto subjetivo, o simples preenchimento do suporte fático concreto produz efeito jurídico, e o interesse previsto pela norma é traduzido no interesse jurídico do sujeito-destinatário, que pode ser patrimonial, existencial ou mesmo híbrido. Deve-se, portanto, identificar qual o interesse que antecede o direito (caso haja um direito subjetivo consolidado) para que se possa qualificar a situação jurídica subjetiva em patrimonial ou existencial (PONA, 2015, p. 189).

Por sua vez, sob o aspecto objetivo, a situação é um interesse que constitui núcleo vital e característico, por figurar como essencial à sua própria existência.

Já se notou que a situação subjetiva foi pensada para dar forma conceitual a comportamentos. Tais comportamentos ou o ato jurídico outras coisas não são que a realização de uma situação, um poder conferido ao sujeito. O poder é um dos aspectos que caracterizam a situação subjetiva. O interesse reconhecido a um sujeito traduz-se, no momento do seu exercício, em comportamento e, normalmente, em atividade: o reconhecimento, isto é, a existência de um interesse juridicamente relevante, precede logicamente o exercício, a atuação e as vicissitudes do interesse (PERLINGIERI, 2002, p. 106).

Atribui-se a cada situação jurídica subjetiva uma função social própria, ao examiná-la sob o aspecto funcional. O interesse tutelado deve, inquestionavelmente, atender ao interesse de seu titular em comunhão com o

interesse coletivo, o que gera, em número significativo das vezes, uma situação jurídica complexa, composta de poderes e deveres simultaneamente, explicitando o ideal de solidariedade que ora emana do ordenamento como um todo.

O solidarismo constitucional permite a invocação da noção de situação jurídica complexa, que diz respeito à percepção de que o princípio da função social passa a conformar obrigatoriamente os direitos individuais, “superando-se a concepção liberal segundo a qual os direitos subjetivos apenas se limitavam excepcional e externamente pelo controle da legalidade” (SOUZA, 2015, p. 8).

Percebe-se que são alinhadas às situações jurídicas com a funcionalidade social do Direito, porque dão atenção à extensão dos direitos e interesses de forma compartilhada com os deveres individuais e coletivos impostos pelo ordenamento jurídico.

O direito subjetivo tem sido a única situação jurídica a que dá atenção a doutrina e o Direito, ao contrapor uma hipótese fática concreta (fato jurídico) e uma hipóteses fática abstrata (*norma agendi*) que, quando verificada a subsunção, permitia o surgimento do direito subjetivo (*facultas agendi*). Considerando as demais posições jurídicas, Paul Rubier passa a tomar em consideração todo o complexo de direitos e deveres que decorrem de um fato jurídico:

A expressão situação jurídica subjetiva deve grande parte de sua difusão à obra de Paul Roubier, jurista francês que, em posição bastante inovadora para a época, atribuiu justamente àquele efeito decorrente do encontro entre as *fattispecie* abstrata e concreta esta designação mais genérica, por ele definida como complexo de direitos e deveres¹ – em substituição à concepção tradicional de direito subjetivo, que implicava uma prerrogativa franca do titular sem qualquer dever associado, hipótese considerada pelo autor “infinitamente” menos frequente (SOUZA, 2015, p. 5)

A situação jurídica é dotada de juridicidade, compreendendo faceta normativa de conduta, consistente no “*poder* de realizar ou de exigir que os outros realizem (ou que se abstenham de realizar) determinados atos e encontra confirmação em princípios e em normas jurídicas” (PERLINGIERI,

2002, p. 107) – portanto, o que concede à situação significação jurídica, sob pena de estar situada exclusivamente no âmbito do *ser*.

Notável distinção entre a situação jurídica e o direito subjetivo se dá na obrigatoriedade do sujeito para que se configure: enquanto o direito subjetivo exige uma relação entre sujeitos específicos, a situação pode conter interesses que não tutelados pelo ordenamento sem que hajam sujeitos para titularizá-los (PERLINGIERI, 2002, p. 107-108), como, *v. g.*, a proteção da honra de nascituro, cuja tutela é possível, pela existência de interesses juridicamente relevantes asseguradoras do bem jurídico “honra”, mesmo que em período prévio ao nascimento. Nesse, caso, o ordenamento designará, porém, sujeitos legítimos a assegurar a tutela dos interesses do nascituro. Os interesses são do nascituro, ainda não dotado de *personalidade* jurídica, e não dos legitimados por lei para assegurar sua substância.

Então, a concepção clássica de relação jurídica depende de uma relação regulada por uma norma jurídica – portanto uma relação social dotada de juridicidade -, entre sujeitos (AMARAL, 2003, p. 159). Existe um nexo entre sujeito e sujeito. Todavia, as dificuldades acerca da exigência de uma relação sujeito-sujeito foram percebidas ao se examinar as relações de *direito real* e com estrutura *absoluta*, porque difícil, nesses casos, a determinação de um segundo sujeito contraposto, individuado e determinado, a quem cabe, na concepção clássica, o *dever* que corresponde ao *poder* do proprietário. Em última análise, porém, se faz possível qualificar a coletividade como outra parte da relação jurídica, que deve se abster de ofender a propriedade de seu titular.

Contudo, de acordo com o exemplo ilustrado acima, a crise do conceito clássico de relação jurídica torna-se evidente quando diante de uma relação entre centros de interesse, “mas o sujeito titular de uma ou de ambas as situações não existe ainda” (PERLINGIERI, 2002, p. 108), ou não mais existe.

Desse modo, se o sujeito não precisa ser atual para a conformação da relação jurídica, quer dizer que plenamente possível uma relação jurídica que seja formada entre dois ou mais centros de interesses, sem a existência de um sujeito concreto (PERLINGIERI, 2002, p. 108-109). O sujeito passa a ser visto como *externo* à relação, quando titular, ainda que eventual, de quaisquer das situações subjetivas componentes da relação jurídica.

A alteração é significativa, porque passa a colocar o sujeito não mais como elemento essencial da situação jurídica subjetiva, que é composta por centros de interesses. Facilmente verificável nos casos que envolvem os direitos personalíssimos, face à dificuldade de caracterização dos direitos subjetivos pela dificuldade de identificação de quem se sujeita ao dever jurídico. Pelas situações jurídicas, pode haver relação jurídica entre dois ou mais centros de interesses, independentemente da presença de dois sujeitos (PONA, 2015, p.).

Superou-se ainda, como consequência lógica, a visão que identificava nas ditas relações jurídicas de concorrência a simples existência de um polo ativo e outro passivo. Em lugar deles, passou-se a compreender a relação jurídica como vínculo estabelecido entre dois ou mais centros de interesses, núcleos de imputação dos direitos e deveres que constituem cada situação jurídica subjetiva. Não significa, por evidente, que não se possa identificar na relação obrigacional, em regra, a figura do credor e a do devedor, nem que na relação jurídica real não se contraponham as prerrogativas sobre a coisa ao dever de abstenção universal. Sem dúvida, ainda é possível identificar no conteúdo das situações subjetivas um núcleo predominantemente vantajoso ou desvantajoso para seu titular – do contrário, sequer seria possível o estudo de hipóteses tipificadas dessas situações. Aliás, a perspectiva relacional tem-se mostrado fundamental ao estudo diferencial das diversas modalidades de situações jurídicas justamente porque são, com muita frequência, as situações predominantemente passivas que permitem identificar a natureza das situações (por assim dizer, ativas) que lhes são contrapostas. Contudo, a compreensão de que nenhuma relação se destina unicamente à satisfação do interesse, a todo custo, do chamado polo ativo abriu margem a um amplo controle de abusividade e merecimento de tutela sobre o exercício das situações jurídicas, inspirado pela ideia de cooperação necessária entre centros de interesse (SOUZA, 2015, p. 6-7).

A relação jurídica no paradigma contemporâneo passa a ser compreendida como a ligação entre situações jurídicas, partindo-se da ligação entre centros de interesses distintos. Demonstra-se, pela narrativa desenhada até então, que, de fato, relações jurídicas devem ser consideradas como a correlação entre situações jurídicas.

Passa-se, pela própria estrutura da relação jurídica contemporânea, composta por centros de interesses, por um filtro adicional, outrora ignorado pela doutrina civilística clássica e que emerge como um dos pilares da nova estrutura fenomenológica: o interesse da coletividade como restrição – não *prima facie* – à atividade particular.

No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional (PERLINGIERI, 2002, p. 121)

A substituição por centros de interesses não ocasiona o fim do direito subjetivo, mas o compreende inserido em um conjunto. Pietro Perlingieri (2002, p. 121-122) demonstra enfática desaprovação aos defensores de uma teoria interna do direito subjetivo, ao afirmar que “são facilmente criticáveis aquelas concepções que, para salva a noção de direito subjetivo, identificam, no poder da vontade que se exprime em forma arbitrária e absoluta, o princípio; e, nos limites, a exceção”. Em síntese, afasta a aplicação dos limites imanentes ao direito subjetivo porque inserido no centro de interesses junto com outras posições jurídicas que não devem ser ignoradas. Sendo assim, defende-se a existência de *limites externos* – restrições – ao direito subjetivo, porque

O ordenamento tutela um interesse somente enquanto atender àquelas razões, também de natureza coletiva, garantidas com a técnica das limitações de natureza coletiva, garantidas com a técnica das limitações e dos vínculos. Os limites, que se definem externos ao direito, na realidade não modificam o interesse pelo externo, mas contribuem à identificação da sua essência, da sua função (PERLINGIERI, 2002, p. 122).

O desrespeito às funcionalidades derivadas da situação jurídica devem ser chamados de abusos. Contudo, deve o abuso ser analisado sob a perspectiva da situação jurídica, não se apresentando como um padrão especificamente determinando, mas verificado em acordo com a *função* – diferindo-se do excesso nesse ponto - da *situação global* expressada pelo *poder jurídico* (PERLINGIERI, 2002, p. 122-123). Do abuso pode-se, então,

apresentar uma variedade de comportamentos em relação a cada situação e à sua concreta função. A sua avaliação é complexa porque postula a verificação da existência de interesses contrários juridicamente relevante que devem ser considerados segundo uma equânime harmonização, isto é, segundo critérios de proporcionalidade individual e social (PERLINGIERI, 2002, p. 122).

O excesso de poder aduz ao exercício além do *limite* consentido. Trata-se de uma análise da *proporcionalidade estrita*, para que se possa constatar, em concreto, a imoderação da conduta que ultrapassou ofendeu, sem a devida fundamentação constitucional, esfera protegida do centro de interesses de outrem, não se fazendo, aqui, juízo acerca da funcionalidade da situação (PERLINGIERI, 2002, p. 123).

Em síntese, a verificação dos poderes e obrigações destinadas a cada uma das partes envolvidas deve ser feita à luz das situações concretas, sem que se possa, face às distinções de fato, criar uma relevância abstrata prévia e unitária, obrigatoriamente. É a mesma lógica utilizada pela teoria externa dos direitos fundamentais, que evita a limitação *prima facie* para, verificando-se a constitucionalidade das intervenções estatais – nos casos entre particulares, as lesões – sofridas, defina-se, à luz do caso concreto, qual o limite definitivo dos poderes atribuídos por um direito fundamental.

Duas considerações merecem apontamento. Mesmo tendo o autor se valido do termo “limite”, há que se fazer uma adequação do termo e da linha argumentativa de sua obra à terminologia ora adotada na dissertação. Portanto, moldando-se às nomenclaturas popularizadas pela teoria alexyana, deve-se entender os tais “limites”, no contexto em que utilizado, como restrições, porque adequada à teoria externa. Da mesma forma, por abuso ou excesso de poder deve se compreender intervenção estatal ou lesão.

No que tange à classificação das situações subjetivas, a distinção que se baseia na eficácia ou oponibilidade - e as razões para a sua superação pelo direito civil – deve ser encarada como a mais significativa às hipóteses metodológicas levantadas.

Esta distinção frequentemente é baseada na eficácia ou na oponibilidade: a situação absoluta seria aquela eficaz – ou oponível – em relação a todos, aquela relativa seria eficaz- ou oponível – somente em relação a determinados sujeitos. Objetou-se que eficácia e oponibilidade são aspectos do fato jurídico e não da situação subjetiva. Já foi evidenciado que a eficácia se relaciona ao fato; o assunto não é diverso para a oponibilidade: ela refere-se ao conhecimento, ao regime de publicidade; e o objeto da publicidade não é o efeito (isto é a

situação subjetiva), mas o fato do qual se origina o efeito (PERLINGIERI, 2002, p. 140).

Outro ponto de diferenciação é o grau de individuação entre situações relativas e absolutas, correspondendo a primeira àquelas em que há uma boa individuação do centro de interesses. Exemplificando os conceitos apresentados, o da obrigação⁷³ “se apresenta como a situação relativa por excelência, que encerra as situações do devedor e do credor como em um parênteses, no interior do qual a obrigação recebe tutela, sem qualquer relevância em relação ao externo, aos terceiros” (PERLINGIERI, 2002, p. 141). Seriam absolutas situações jurídicas como empresa e propriedade privada, “porque não teriam como centro de interesses contraposto uma situação determina, mas a generalidade dos membros da sociedade, todos igualmente gravados de um dever de abstenção e de não ingerência” (PERLINGIERI, 2002, p. 141).

Pode-se dizer que, em um primeiro momento, há uma diferença estrutural entre ambas, visto que algumas situações jurídicas subjetivas encontram sua relação com outro centro de interesses a partir de determinações *a priori* (situações jurídicas de estrutura interna), enquanto outras se dão somente *a posteriori* (situações jurídicas de estrutura externa). A distinção, porém, perdeu a justificativa história pela consagração do dever de solidariedade, mas, mais do que isso, pela irradiação dos direitos fundamentais às relações privadas, que estenderam sua dogmática às relações infraconstitucionais, especialmente quanto à conformação do fenômeno jurídico.

⁷³ “Apesar da difundida consciência da historicidade e da conseqüente relativização das categorias jurídicas, a obrigação, ou seja, a relação obrigacional, ainda hoje se apresenta, o mais das vezes, como categoria a-histórica ‘sempre igual a si mesma’, neutra; construído individuando o mínimo denominador comum entre as diversas obrigações e reduzindo as diversidades a perfis descritivos e externos ao conceito, espúrios em relação a ele. No empenho de individuar uma noção de obrigação no singular, frequentemente se é induzido a concebê-la como um puro esquema conceitual, excluindo do seu interior aquelas variáveis destinadas a influir em uma diversificação. Disse deriva a preferência à acentuação do perfil e das classificações inspiradas na estrutura: a obrigação se configura como relação entre credor e devedor, entre crédito e dívida, com conteúdos inevitavelmente variáveis, mas, na realidade, ininfluentes na pureza da noção”. PERLINGIERI, Pietro. op. cit. p.

Deve-se compreender que, notadamente pela textura normativa aberta própria do padrão contemporâneo, a concretização dos ideais constitucionais e, numa perspectiva axiológica, a dignidade da pessoa humana, não se realizam por uma conformação única de situação jurídica subjetiva. Consolidam-se, em verdade, como um emaranhado de situação que se mostram como poder jurídica, mas com feições diversas: direito subjetivo, interesse legítimo, ônus, faculdades, poderes.

A pretensão de que uma previsão legislativa consiga exaurir um sem-número de situações fáticas possíveis, permitindo-se, afinal, a caracterização do respectivo direito subjetivo, não cabe na composição do sistema jurídico pós-descodificação. Não parece sensato “negar tutela a quem peça garantias sobre um aspecto da sua existência que não tem previsão específica, porque aquele interesse já tem uma relevância ao nível de ordenamento e, portanto, uma tutela também em via judicial” (PERLINGIERI, 2002, p. 156).

Também merece destaque a distinção entre situações jurídicas subjetivas existenciais e patrimoniais. As primeiras expressam dimensões da personalidade humana em todas suas facetas; as segundas são relativas às posições jurídicas que se vinculam ao patrimônio (PONA, 2015, p. 195).

A insuficiência do conceito de relação jurídica à tutela satisfatória das situações fáticas no paradigma informacional foi demonstrada não só pelo aspecto histórico-político, mas principalmente estrutural-analítico. Sua substituição pela relação jurídica enquanto contraposição de centros de interesses permite não somente uma maior adesão do ordenamento jurídico à realidade, pelas considerações concretas do fato, mas por permitir uma maior gama de situações tuteladas, porque protegidas por normas constitucionais, cabendo ao aplicador a adoção de um sistema que permita conferir com exatidão a (in)constitucionalidade ou (i)legalidade das interferências sofridas pelo particular em um relação privada.

3 RACIONALIDADE DECISÓRIA E RELAÇÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

A alteração paradigmática representada pela compreensão da relação jurídica como composição de situações subjetivas autorizou o deslocamento do tempo e dos critérios de seleção das posições jurídicas passíveis de tutela pelo Judiciário.

Reafirma-se que a verificação de quais interesses *lato sensu*⁷⁴ serão resguardados não mais cabe ao legislador, na função abstrata e genérica de elaboração da lei, face às limitações hipotéticas encontradas, mas migra-se a função para o intérprete, respeitando momento posterior: serão aferidas as posições jurídicas garantidas pelo Direito depois da ocorrência da lesão (conduta interventiva nos centros de interesses alheios).

Tal deslocamento não permite que a constatação da compatibilidade da conduta lesiva com o ordenamento jurídico⁷⁵ seja balizada por critérios excessivamente estáticos como a subsunção. À grande quantia de posições jurídicas integrantes dos centros de interesses em conflito em uma atividade lesiva na relação entre particulares não se permite uma análise tão rasa. Para tanto, cabe ao magistrado apreciar os diversos pontos de interferência entre esses centros de interesses, à luz do caso concreto, resolvendo-os a partir de carga argumentativa que justifique a (in)constitucionalidade ou (i)legalidade de todas as intervenções lesivas, quando, caso indevidas, ativam-se as consequências jurídicas próprias, isto é, a cessação da intervenção, a obrigação de realizar um ato comissivo no caso de lesões por omissão, ou a compensação pelas regras de responsabilidade civil.

Assim, o conteúdo essencial da situação jurídica subjetiva, esfera protegida que, sob pena antijuridicidade, não pode sofrer lesões, somente

⁷⁴ Não se confundem aqui os interesses jurídicos *lato sensu* com aqueles *stricto sensu*. Os últimos referem-se a posições jurídicas integrantes das situações jurídicas subjetivas, ladeados por direitos subjetivos, direitos potestativos, faculdades, ônus etc., enquanto os primeiros equivalem ao significado de interesse fora da técnica jurídica, abrangendo a totalidade de eventos passíveis de tutela.

⁷⁵ Embora aparente, em um primeiro momento, que toda atividade lesiva é contrária ao ordenamento, há outro fator a ser analisado para que se verifique sua compatibilidade ou ilegalidade: a fundamentação da lesão. Caso a lesão seja justificada, como, por exemplo, a intervenção na propriedade para assegurar o cumprimento de sua função social, então se está diante de uma lesão compatível com o ordenamento jurídico.

poderá ser verificado no caso concreto, porque dependente da verificação de fatores externos específicos, sem que faça conveniente apresentar, dentre inúmeras posições jurídicas conjugadas, um limite interno predefinido, mas apenas uma verificação da viabilidade das restrições (lesões) sofridas por terceiros.

Isso porque ambos os centros de interesses em colisão apresentam-se sobre a estrutura principiológica, em que as soluções nos casos de atrito se solucionam por meio de sopesamento, atendendo a regra da proporcionalidade em todos os seus níveis.

Obedece-se, então, à mesma *ratio* adotada na restrição dos direitos fundamentais, primeiramente pelo nível de aproximação estrutural que ambos passam a ter. Se, em um primeiro momento, o direito fundamental representava inúmeras posições jurídicas em uma de suas facetas⁷⁶, enquanto o direito subjetivo era apenas uma delas, mais restrito e com correspondência estrita a uma previsão legal específica, agora tanto os direitos fundamentais quanto as situações jurídicas subjetivas representam a mesma diversidade de posições jurídicas.

E a existência de fatores externos limitadores desse emaranhado posições jurídicas, enquanto correspondência da solidariedade social⁷⁷ e em observância aos demais direitos fundamentais contrapostos, causa efeito idêntico em ambos: de não poder se falar na existência de um limite imanente⁷⁸, verificável antes do caso em concreto, mas que somente será caracterizado o suporte fático a partir do momento da intervenção estatal (da lesão, nas relações privadas), para que, somente então, faça-se um *sopesamento*, pela “fórmula peso”, da intensidade da intervenção/lesão, tomando-se em consideração também a fundamentação para a adoção da medida interventiva.

⁷⁶ Podendo, também, ser visto como norma (faceta normativa), além de situação jurídica (faceta fenomenológica).

⁷⁷ O reconhecimento da solidariedade social em diversos dispositivos constitucionais impôs a limitação de atividades privadas outrora irrestritas. Por isso, a intervenção com tal fundamento também enquadra-se, no presente estudo, na categoria lesão: por representar uma restrição ao exercício de um direito ou outra posição jurídica por seu titular.

⁷⁸ Um limite preestabelecido e não-maleável estabelecido ao direito. São as fixas margens limítrofes entre o conteúdo de determinado direito e o respectivo não-direito.

A adequada compreensão das bases dogmáticas da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy proporciona a sustentação teórica suficiente a bem elucidar as propostas do presente estudo, ou, em síntese, em quais pontos se assemelham o regime jurídico das situações subjetivas, no paradigma contemporâneo da relação jurídica, e o tratamento dos princípios emanadores de direitos fundamentais e suas restrições, conforme proposta da Jurisprudência dos Valores.

3.1 Dos limites às restrições. Aplicabilidade da “fórmula-peso” às situações jurídicas subjetivas

Ao contrário do que ocorre com a constituição brasileira, que não disciplina a possibilidade de restrições e regulamentações a direitos fundamentais, há no direito estrangeiro uma grande quantidade de exemplos de constituições que, além de se referirem expressamente a possibilidades de restrições nesse âmbito, também preveem, de forma expressa⁷⁹, uma necessária garantia a um conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

A previsão expressa acerca das restrições sofridas pelos centros de interesse é problema ainda incipiente na doutrina brasileira e comparada, de modo que sua previsão ainda não permeia nem mesmo debates legislativos ou constitucionais.

As restrições aos direitos fundamentais podem ser vistas sob mais de um aspecto, a depender de como se entende o próprio direito em si. Um primeiro meio de se analisar os direitos fundamentais se posiciona no sentido

⁷⁹ “A primeira Constituição a conter um dispositivo nesse sentido foi a constituição alemã, cujo art. 19, 2 dispõe: ‘Em nenhum caso pode um direito fundamental ser afetado em seu conteúdo essencial’. A Constituição portuguesa, em vários aspectos fortemente influenciada pela constituição alemã, dispõe, em seu art. 18º, 3º, que: ‘As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais’. Também a Constituição da Espanha, em seu art. 53, 1, traz dispositivo muito semelhante, nos seguintes termos: ‘Os direitos e liberdades (...) vinculam todos os poderes públicos. Somente por lei, que, em qualquer caso, deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá ser regulado o exercício de tais direitos e liberdades (...)’. A influência constitucional alemã ocorreu, no entanto, com ainda maior intensidade no período de redemocratização do Leste Europeu. Quase todas as constituições do antigo bloco socialista, e também suas instituições, foram fortemente marcadas, por diversas razões, pela experiência constitucional alemã”. SILVA, Virgílio Afonso. op. cit. p. 25.

de que cada direito fundamental possui conteúdo essencial de natureza absoluta, ou seja, que deve existir um núcleo duro no âmbito de proteção do direito em questão, de modo que as limitações corresponderiam a uma barreira cuja transposição se mostra inviável, a despeito da situação fática em concreto ou dos interesses na restrição (SILVA, 2010, p. 27).

Em outras palavras, o direito possui uma extensão fixa e determinada: há somente o direito e o não-direito, desde a origem, em mesma extensão. O conteúdo essencial do direito fundamental aparece, enquanto decorrente explícita ou implicitamente da Constituição, como *imutável*, a despeito das condições fáticas apresentadas.

As teorias relativas, por sua vez, afastam a possibilidade ao defender que a configuração do conteúdo essencial a ser protegido deve considerar as condições fáticas e as colisões entre diversos direitos e interesses no caso em concreto (SILVA, 2010, p. 27). São relativas porque não se tem de imediato a extensão do direito definitivo, que somente será definido após uma interferência (ação ou omissão estatal) em seu espectro protetivo, quando será definido seu conteúdo final pela proporcionalidade.

O conteúdo essencial do direito, espectro mínimo de proteção que deve ser assegurado por um direito fundamental ou por uma situação jurídica subjetiva, não possui, em todos os casos, de forma abstrata, a mesma extensão, mas apresenta extensão definitiva relativa, a depender dos fatores externos que se imiscuem no âmbito de proteção *prima facie*. Para a teoria relativa, o conteúdo essencial pode ser observado no que resta após o sopesamento (ALEXY, 2015, p. 104-108).

Em suma, existem duas possibilidades. Defender-se a existência de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais que seja absoluto e, portanto imutável e invariável, em que há o direito e não-direito em limites predefinidos (teoria absoluta), ou apoiar-se na relatividade desse núcleo essencial que não pode ser afetado, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado, em que se depende de uma análise do caso concreto para se delimitar a afetação indevida seu conteúdo, em verificação que comporta dois graus, sendo o primeiro a extensão do direito supostamente lesado, e o segundo a intensidade

da intervenção ou lesão por ele sofrida, considerando-se, pela consideração da extensão de ambos no caso concreto, se se pode considerar que houve restrição injustificada ou não (teoria relativa).

Daí retira-se que o conteúdo essencial de um direito fundamental é variável de acordo com as situações fáticas postas, segundo a teoria relativa. Nesse caso, o conceito de restrição a um direito propõe “a existência de duas coisas – o direito e a sua restrição -, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição” (ALEXY, 2015, p. 277). Condiciona-se a restrição a dois momentos subsequentes: “há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido” (ALEXY, 2015, p. 277).

Notável que, na primeira situação, fala-se em limites, ao passo em que, nas teorias relativas menciona-se o termo restrição. “Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais” que, embora integrantes do âmbito de proteção de uma norma, podem não ser aplicadas no caso concreto (ALEXY, 2015, p. 278). Ou seja, a tutela de tais posições jurídicas não pode ser definida em um primeiro momento, pela mera conformação com a lei, podendo inclusive não ser aplicáveis ao caso concreto, porque dependem de uma verificação *a posteriori*, que é a constitucionalidade da restrição por elas sofridas no caso concreto, quando então se definirá se a intervenção/lesão ofendeu conteúdo essencial daquele direito.

Situação similar não é verificável nas teorias absolutas, em que possível apenas a declaração dos limites de determinado direito: ou há o direito definitivo ou não há direito. Altera-se apenas a posição da situação concreta aos limites já definidos pela extensão de determinado direito, que, caso se enquadre em seu âmbito de incidência, será passível de proteção e, caso não o for, não será protegido.

Restrições não são instrumentalizadas somente por normas constitucionais (restrição direta ou imediata), mas também podem se dar por

normas hierarquicamente inferiores, desde que sua autorização emane da Constituição (restrição indireta ou mediata) (ALEXY, 2015, p. 259), de modo que a legislação civil, especialmente sob os influxos da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, obedece à racionalidade das restrições constitucionalmente apresentadas.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 194) apresentam uma série de situações em que a Constituição Federal de 1988 restringem direitos fundamentais ou permitem sua restrição por normas infraconstitucionais, como, por exemplo, nas situações em que o constituinte se vale de expressões como “nos termos da lei” (art. 5º, VI e XV), “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (art. 5º, XII), “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII), “salvo nas hipóteses previstas em lei” (art. 5º, LVIII), de onde se retira que todas as normas constitucionais de eficácia contida são passíveis de restrição. Também mencionam as restrições que devem ser balizadas com conceitos jurídicos indeterminados, como a obediência à “função social” (art. 5º, XXIII).

Verifica-se que a restrição pode advir de uma regra, e não forçosamente de uma norma com estrutura psicológica, o que não afeta a análise concreta da violação do conteúdo essencial de determinado direito. Isso porque à regra subjaz um direito fundamental com estrutura de princípio, que será tomada como parâmetro para fins de colisão. O mesmo se dá com as situações jurídicas subjetivas: mesmo que a intervenção ao centro de interesse esteja justificada em uma regra, que assegura a contraposição de um direito subjetivo, a análise deve ser feita tomando-se em consideração a estrutura principiológica do centro de interesses como um todo, porque a intervenção se dá simultaneamente não somente pelo direito subjetivo, mas também por outras posições jurídicas a ele associadas.

Antes que seja possível discutir as teorias a respeito das restrições aos direitos fundamentais, mostra-se adequado elucidar o atual paradigma da teoria da norma, com as respectivas distinções dogmáticas e estruturais, que representaram uma sensível mudança na teoria geral e na filosofia do Direito no final do século XX.

A distinção fundamental entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem, embora se enfatize, na elaboração da teoria dos princípios, também o próprio conceito de norma de direito fundamental. A separação entre regras e princípios alicerça a teoria da argumentação jurídica da Jurisprudência dos Valores, afeiçoando-se como a “chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”, sem que se possa haver “nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico” que parta de uma análise equivocada dessas estruturas normativas e do conceito de norma jurídica (ALEXY, 2015, p. 283-285).

A circunstância não é outra quando se busca criar parâmetros para uma teoria de restrições aos centros de interesses próprios das situações jurídicas subjetivas: o direito subjetivo, devidamente respaldado em uma previsão normativa suficientemente específica, deve obediência à racionalidade do “tudo-ou-nada” denunciada por Ronald Dworkin – ou há direito subjetivo ou não há -, enquanto quando se trata do embate entre centro de interesses, a diversidade de posições jurídicas que o integram, incluindo-se obrigatoriamente as restrições vinculadas ao interesse coletivo, não se fala em limites *a priori*, mas, em verdade, de verificação, no caso concreto, do “direito” em definitivo, partindo-se de uma lesão, obrigatoriamente.

Deste modo, a distinção normativo-material dos direitos fundamentais (ou dos centros de interesses, por equiparação) se fixa como um ponto de partida essencial, uma das colunas-mestras da teoria dos princípios, para permitir responder às questões acerca de seus limites e sua racionalidade.

Ronald Dworkin escreve a obra *Levando os direitos a sério* em 1977, buscando contrapor-se à teoria do positivismo pela desconstrução dos fundamentos de H. L. A. Hart, seu predecessor na Universidade de Oxford. Apresenta, antes de ingressar na dogmática propriamente dita, no aspecto político da obra: afirma apresentar uma teoria de natureza liberal, mas que busca se contrapor à vertente teórica dominante também dita liberal – o positivismo jurídico, que condiciona a verdade das proposições jurídicas em “fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais do que isso”; e ao utilitarismo, teoria que conforma

o direito a um dever ser e a forma com que suas respectivas instituições deve comportar-se, sempre tomando em consideração tão-só o serviço do bem estar geral (DWORKIN, 2002, p. VII-VIII).

Partindo de tal panorama, coloca determinados questionamentos a serem enfrentados por sua teoria. O primeiro seria: “os juízes sempre seguem regras, mesmo em casos difíceis e controversos, ou algumas vezes eles criam novas regras e as aplicam retroativamente?”, em que responde afirmativamente, ao dizer que nesses casos dramáticos a Suprema Corte apresenta razões sem citar leis escritas, mas apela para “princípios de justiça e política pública” (DWORKIN, 2002, p. 8).

A resposta ao primeiro questionamento o levaria então às questões subsequentes, consistentes em saber “em última instância, se a Corte está seguindo regras, embora de natureza mais abstrata” e, “se for assim, de onde provêm essas regras abstratas e o que as torna válidas”, além de colocar-se a dúvida da possibilidade de estarem as Cortes decidindo em acordo às suas próprias crenças políticas e morais (DWORKIN, 2002, p. 8).

Com as questões postas, afirma a insuficiência de se apoiar nos conceitos contrapostos de direito jurídico e obrigação jurídica (correspondentes ao *poder* e *dever* que decorre do direito subjetivo), pela fragilidade na definição pelos juristas e difícil visualização nas situações fáticas. Para o autor, diz-se enfaticamente “que o fato de uma pessoa ter uma obrigação jurídica é determinado pela aplicação do ‘direito’ aos fatos particulares de seu caso, mas a resposta não é muito útil, pois temos as mesmas dificuldades com o conceito de direito” (DWORKIN, 2002, p. 23).

Assim, constrói sua crítica da seguinte forma:

Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regra, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um

único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras. Acabei de mencionar “princípios, políticas e outros tipos de padrões”. Com muita frequência, utilizarei o termo “princípio” de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras; eventualmente, porém, serei mais preciso e estabelecerei uma distinção entre princípios e políticas. [...] Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...]. Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2002, p. 35-36).

Inovando na teoria do Direito, Ronald Dworkin afirma a existência de estruturas normativas que não são enquadradas no conceito de regra, mas que ainda assim caracterizam-se como normas jurídicas. Utilizando-se do termo *lato sensu* “princípio” para definir normas com tal qualidade, busca promover dogmaticamente o retorno de um aspecto moral à ciência jurídica. O estudo não será aprofundado, contudo, na distinção entre princípios e políticas, cabendo à análise de princípios, quando referentes à teoria dworkiana, em seu sentido genérico.

Assim, inaugurada a distinção entre ambos, tem-se que regras e princípios são espécies do gênero norma (ALEXY, 2015, p. 87). “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser” (ALEXY, 2015, p. 87), podendo ser formulados por expressão do *dever-ser* (deônticas), ou seja, de permissões ou proibições.

Concorda-se que princípios normativos e regras possuem pontos de semelhança, dado que as duas modalidades estipulam obrigações de natureza jurídica⁸⁰. O que os distinguiria seria a espécie de diretiva apresentada pela

⁸⁰ Ronald Dworkin (2002) adota como elementos componentes do sistema jurídico determinados padrões: regras, princípios e políticas. Durante o texto utiliza, também, o termo “princípio” para designar, genericamente, as normas que não são regras. Vale a pena destacar, para fins metodológicos, a distinção proposta entre princípios e políticas: princípios se vinculam a uma obrigação de justiça ou equidade, ou algo que seja reflexo da dimensão da moralidade, ao passo que políticas estabelecem objetivos de melhoria nos aspectos econômico, político ou social da sociedade. *Levando os Direitos a Sério*. p.

norma (e não, como se chegou a defender, o grau de vagueza da norma jurídica⁸¹) (DWORKIN, 2002, p. 36-39).

Dentre as distinções elementares, “no caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*” (SILVA, 2010, p. 45). Ou seja, no caso de garantia do direito por norma com estrutura formal de regra, pode-se dizer existente direito definitivo que deverá ser realizado de maneira completa, desde que aquela regra seja aplicável ao caso em concreto, pela subsunção (SILVA, 2010, p. 45).

A teoria de Ronald Dworkin (2002) possui dois pontos centrais: denomina a forma de aplicação das regras como *disjuntiva* (“tudo-ou-nada”), cabendo-se a solução de antinomias pelos critérios usuais (hierárquico, cronológico e da especialidade). Caso ocorram os fatos previstos em determinada regra “ou a regra é válida, e a solução que resulta dela deve ser aceita, ou não é válida, e não contribuirá em nada para a decisão” (DWORKIN, 2002, p. 43); e elucida que os princípios possuem uma dimensão que regras não tem, que é a dimensão de peso ou importância, ao argumentar que ao se resolver um conflito entre princípios dever-se-á levar em consideração a força relativa de cada um deles.

Portanto, para Ronald Dworkin a diferença entre regras e princípios possui conteúdo lógico, distinguindo-se entre si quanto à natureza da orientação oferecida para sanar o caso concreto, embora ambos digam respeito a decisões particulares sobre as obrigações jurídicas aplicáveis em situações específicas (DWORKIN, 2002, p. 39).

Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto (SILVA, 2010, p. 45).

⁸¹ Admitida essa teoria dos princípios, não será exato afirmar que a generalidade seja a nota definitiva para se identificar um princípio. Afinal, há normas com alto grau de generalidade que não se enquadram como princípios. Assim, o preceito que diz não haver crime sem prévia lei que o defina, tido como princípio pela sua generalidade, é, de fato, uma regra, segundo a teoria em estudo, pois exige algo que inevitavelmente somente pode ser ou não ser cumprido. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Luiz Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.

São espécies normativas que potencialmente encontram-se satisfeitas ou insatisfeitas, obrigatoriamente (ALEXY, 2015, p. 90-91). “Se uma regra vale, então deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2015, p. 91).

Porém, a despeito da lógica do *tudo-ou-nada*, regras apresentam, em sua grande maioria, exceções, o que não altera, no entanto, seu regime jurídico: “as exceções a uma regra devem ser tomadas como se fossem parte da própria regra excepcionada” (SILVA, 2010, p. 45).

O regime jurídico dos princípios não é o mesmo daquele aplicável às regras – e essa distinção tornou-se hábil a revolucionar a teoria da norma na contemporaneidade, além de erigir os alicerces, ou a “chave” da teoria dos princípios (ALEXY, 2015, p. 85).

Princípios são normas que captam valores morais de determinada comunidade e os tornam jurídicos (DWORKIN, 2002, p. 22). Não suscitam, de modo automático, as consequências jurídicas previstas no texto da norma pela mera ocorrência do fato descrito (ou seja, a subsunção formal mostra-se insuficiente), porque possuem uma dimensão que falta às regras: a dimensão de *peso* (DWORKIN, 2002, p. 15-22). Portanto, diante de uma colisão de princípios normativos, confrontam-se os pesos.

Robert Alexy concede à teoria de Ronald Dworkin mais rigor. Partindo dos principais pressupostos teóricos – (i) de que princípios e regras são espécies do gênero norma; e (ii) que há entre ambos uma distinção de qualidade -, define princípios como mandamentos de otimização, por serem normas que impelem a realização de algo na maior extensão possível em relação às possibilidades existentes em determinada situação (ALEXY, 2015, p. 92-96).

É dizer que princípios ordenam a realização do conteúdo normativo na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (ALEXY, 2015, p. 96), podendo ser caracterizados pela satisfação em graus variados e satisfação dependente não somente de possibilidades fáticas, mas inclusive jurídicas (ALEXY, 2015, p. 96), motivo pelo qual se resolvem as

antinomias pelo sopesamento, e não mais pela subsunção (SILVA, 2010, p. 49).

Dessa forma, quando diante de princípios, não se pode afirmar a realização completa da exigência da norma, mas sim uma implementação parcial e gradativa, na medida das possibilidades fáticas apresentadas. Diferença, na dogmática dos princípios, a garantia ou imposição *prima facie* (extensão abstrata do princípio) e a garantia ou imposição definitiva (extensão concreta do princípio) (ALEXY, 2015, p. 90-91).

Os fundamentos para a distinção entre regras e princípios ficam mais claramente perceptíveis à luz dos conflitos entre regras e conflitos entre princípios, visto que apresentam diferenciado sistema de resolução.

No caso de conflitos entre regras, deve-se encontrar solução que não torne relativa a definitividade típica da espécie normativa, razão pela qual aplicável o mencionado raciocínio *tudo-ou-nada* (disjuntivo), apresentado inicialmente por Ronald Dworkin (2002, p. 36-43).

Os conflitos (totais ou parciais) entre regras com consequências jurídicas incompatíveis para o mesmo ato permitem afirmar que a solução deve ser encontrada obrigatoriamente no plano da *validade* (SILVA, 2010, p. 46). Deve-se, caso não aplicável a exceção a qualquer das regras, extirpar-se uma delas do ordenamento jurídico por meio da declaração de invalidade (jurídica). Isso porque não é possível que “juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos” de forma simultânea (ALEXY, 2015, p. 92).

A colisão entre duas normas com estrutura de princípio exigem solução diversa: não se pode, pelos pressupostos da teoria dos princípios, falar em declaração de invalidade de um deles. Ainda que um dos princípios deva ceder no caso concreto, isso não traduz a possibilidade de declaração de invalidade de um dos princípios em colisão ou que haverá cláusula de exceção aplicável (ALEXY, 2015, p. 92).

Pertinente pontuar, nesse ponto da discussão, a divergência existente nas teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, notadamente quando o último afirma que os princípios

somente enunciam uma razão que conduz um argumento em uma certa direção, e que não apresentam necessariamente consequências jurídicas às quais se seguem decisões quando estão dadas as condições normativas. A divergência fica bem esclarecida na teoria de Alexy quando estabelece a forma de resolução das tensões que se produzem dentro do sistema normativo, ou seja, das colisões entre regras, entre princípios e entre princípios e regras (ESTEVEZ, 2016, p. 143).

Robert Alexy melhor desenvolve os critérios de se solucionar as tensões decorrentes das colisões. O confronto entre princípios com consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica deve ser solucionado pela "fixação de relações condicionadas de precedência", face à inviabilidade de se formulação abstrata de relação de precedência obrigatória (SILVA, 2010, p. 50), tendo-se uma resposta sempre vinculada ao caso concreto.

É dizer que os princípios possuem pesos diversos na situação concreta, e que aquele que apresenta maior peso no caso específico possui precedência em relação ao outro. Por tal razão fala-se em *sopesamento*, e não subsunção – porque os conflitos entre princípios se resolvem na dimensão do peso (ALEXY, 2015, p. 95).

O sopesamento visa definir quais dos direitos ou interesses, em nível de igualdade abstrata, tem maior peso no caso concreto e, por isso, devem ser considerados para fins de aplicação (ALEXY, 2015, p. 95). Funciona como delimitador, em um conflito entre normas com estrutura principiológica, de qual delas tem preponderância na sua aplicação ao caso concreto, dada a situação de equiparação de pesos na análise abstrata, porquanto inexistem princípios abstratamente superiores uns aos outros.

Caso se conclua pela preponderância de um direito fundamental do indivíduo que se opõe ao fundamento constitucional que justificou a intervenção estatal que o restringiu, então a ação do Estado deve ser vista como uma afronta à Constituição. Daí permitir-se a deflagração das respectivas consequências jurídicas, consistente na cessação da atividade interventiva, na realização de uma prestação (nos casos de omissão inconstitucional) ou em responsabilidade civil, como instância final.

Em outras palavras, se no sopesamento entre os princípios colidentes que embasam a esfera de proteção de seu titular e aqueles que justificam a atividade estatal que interferiu naquele âmbito de proteção, o primeiro possuir peso maior, então a intervenção perpetrada pelo Estado desobedece aos mandamentos constitucionais e cabe ao particular buscar a interrupção do ilícito.

A ilustração dessa teoria pode facilitar a sua compreensão. Figure-se o exemplo de um conflito entre o direito fundamental da liberdade de expressão com o direito fundamental à privacidade que ocorrerá se um jornalista desejar expor dados pessoais de alguém numa reportagem. Os dois direitos têm a índole de princípios, eles não se diferenciam hierarquicamente, nem constituem um a exceção do outro. Muito menos se há de cogitar resolver o atrito segundo um critério cronológico. O conflito, portanto, não se resolve com os critérios usuais de solução das antinomias. Ao contrário, terá que ser apurado, conforme o caso, qual dos dois direitos apresenta maior peso. Não seria impróprio, assim, considerar que, se o indivíduo retratado não vive uma situação pública relevante, a privacidade terá maior peso do que se ele é ator de algum fato de interesse público significativo, quando o interesse geral na matéria poderá ser arguido para emprestar maior peso à liberdade de expressão (MENDES; BRANCO, 2014, p. 75).

O exemplo trazido evidencia as variações peculiares aos princípios. A incerteza em abstrato da prevalência da liberdade de expressão ou da privacidade permite confirmar a inexistência de uma condição de preponderância (precedência) entre ambas, salvo à luz do caso concreto, quando se aplicará a norma jurídica pelo intérprete. A aplicação da norma ao caso concreto não invalida o princípio que, naquele caso, deixou de prevalecer, sendo inconcebível valer-se o juiz do critério disjuntivo – por exemplo, em um caso em que prevaleça a liberdade de expressão, não se invalida a privacidade, deixando de considera-la no caso concreto, mas apenas a conjuga de acordo com a proporcionalidade.

A implicação dos fatores externos é significativa na teoria dos princípios, porquanto a restrição depende da análise da conjuntura fática e jurídica específica do caso concreto para apresentar a solução adequada. Não há, nesses casos, uma resposta definitiva determinada previamente e que deva ser declarada pelo juiz, mas uma solução que deve ser obtida a partir da aferição

da constitucionalidade dos fundamentos da intervenção do Estado no espectro de liberdade do indivíduo.

Ainda que inexista preponderância em abstrato de um princípio sobre o princípio colidente, não se pode levar a crer que a definição de preponderância no caso concreto deva ser realizada de maneira arbitrária. Pelo contrário, Robert Alexy apresenta os mecanismos para superação do conflito a partir de equações lógico-analíticas – nesse ponto consegue-se ingressar nas especificações do suporte fático (ou *fattispecie*) ligados à colisão de normas da espécie princípio, conciliando-se a relação entre o estado de fato e o estado de direito.

Suporte fático abstrato é o formado, em linhas ainda gerais, por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica. Suporte fático concreto, intimamente ligado ao abstrato, é a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou (SILVA, 2010, p. 67-68)

A compreensão estruturada do suporte fático, a partir de seus componentes, permite que se verifique, à luz dos fatos concretos, se determinado ato ou fato encontra-se protegido pela norma garantidora de direito fundamental que sofreu uma intervenção estatal (in)constitucional. Permite, pois, ao aplicador da norma determinar se a intervenção a determinado direito fundamental sofrida é constitucionalmente justificável ou, caso contrário, se a intervenção estatal se realizou arbitrariamente.

O suporte fático pode ser amplo ou restrito, a depender da amplitude que se dá aos seus elementos. Se amplo, o âmbito de proteção deverá se estender ao maior espectro protetivo possível; em razão disso (porque mais fácil contrapor-se a um direito de larga abrangência do que a um direito restrito), também o conceito de intervenção deve ser visto como ampliado, enquadrando-se como tal um número mais elevado de situações de fato praticadas pelo ente estatal, levando-se à apreciação do magistrado também um número maior de fundamentos que justifiquem a restrição.

Em sentido contrário, suporte fático restrito apresenta um âmbito de proteção do direito reduzido, já que confundindo com sua existência em definitivo: âmbito de proteção e direito definitivo possuem obrigatoriamente a mesma extensão. Assim, menores as situações de intervenção e, por isso, retira-se do magistrado a possibilidade de verificar no caso concreto a fundamentação constitucional da intervenção em um número significativo de situações (SILVA, 2010, p. 69).

Adota-se no estudo, conjuntamente à teoria externa dos direitos fundamentais e teoria relativa do conteúdo essencial, a teoria do suporte fático amplo, permitindo-se o regime das colisões pela proporcionalidade.

Dentre os componentes do suporte fático, Robert Alexy define como âmbito de proteção a extensão dos bens protegidos por um direito fundamental (ALEXY, 2015), entendendo-se por bens protegidos, aqui, as ações, estados ou posições jurídicas no respectivo espectro de pertinência temática de um direito de defesa (SILVA, 2010) ou, sob outro ponto de vista, como aquele que abrange tudo aquilo que é *prima facie* proibido para a ação ou omissão estatal (ALEXY, 2015, 302-307).

O âmbito de proteção de um direito fundamental envolve os mais variados pressupostos fáticos e jurídicos que são contemplados pela norma jurídica e sua consequência comum (a proteção fundamental). Compreendem-se aqui os bens ou objetos garantidos ou protegidos pelo respectivo direito fundamental (MENDES; BRANCO, 2014, p. 192).

É dizer que o âmbito de proteção não pode ser confundido com a proteção efetiva e definitiva, “garantindo-se a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 193), pela análise em concreto a ser realizada pelo intérprete, ao despender de argumentação balizada pela verificação dos fundamentos constitucionais que justifiquem ou não a intervenção perpetrada.

A principal dificuldade na definição do âmbito de proteção, aponta Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 72), se dá no momento em que necessário se definir, em concreto, quais bens integram a proteção e quais não.

Então, na teoria do suporte fático amplo, é considerada integrante do âmbito de proteção toda a abrangência dos bens que são passíveis de proteção por um direito fundamental, em uma interpretação ampliativa, englobando-se inclusive aquelas disposições que são, num primeiro momento, proibidas, como, por exemplo, o sacrifício animal para fins de proteção da liberdade religiosa.

Soma-se ao conceito de suporte fático a intervenção, representada por uma ação ou omissão que interfira no âmbito de proteção pelo Estado, de forma justificada ou não. Ou seja, somente existente no caso da intervenção estatal na esfera de liberdade protegida (por um direito fundamental) de um indivíduo. “Um suporte fático amplo não está necessariamente associado a uma restrição ampla. Decidir se ele deve estar associado a essa restrição ampla é uma questão normativa” (ALEXY, 2015, p. 309), cuja opção é feita, pela teoria dos princípios, abertamente.

Deve-se considerar que quanto mais amplo o âmbito de proteção de determinado direito fundamental, maior o número de atos estatais a ser enquadrados como intervenção e, logo, como restrição. Em sentido contrário, ao se adotar – o que ora não se pretende – um âmbito de proteção com extensão mais restrita, menor a possibilidade de se configurar uma restrição, e, portanto, um conflito entre Estado e indivíduo, de modo que caberia ao magistrado analisar a fundamentação constitucional da intervenção estatal na esfera de direitos fundamentais do particular em situações mais restritas (MENDES; BRANCO, 2014, p. 192-193).

Para o preenchimento do suporte fático tem-se a necessidade de soma de dois elementos: o âmbito de proteção e a intervenção (BOROWSKI, 2003, p. 186-187). À equação que antes continha apenas o âmbito de proteção, acresce-se a intervenção, enquanto ato estatal (no caso dos direitos fundamentais) ou lesão (no caso das relações entre particulares), como qualquer interferência, justificada ou não, nesse momento, ao âmbito de proteção.

Deve-se tomar em conta, porém, a fundamentação constitucional a justificar a intervenção ou lesão, uma vez que sua ausência – a intervenção

estatal sem fundamento no texto constitucional – acionaria a consequência jurídica do direito em questão – ou seja, a cessação da intervenção (ação inconstitucional) ou a imposição de uma ação (omissão inconstitucional), ou até mesmo a tutela por meio da reparação civil.

A posição da fundamentação constitucional no suporte fático apresenta divergência doutrinária: Robert Alexy (2015) e Martin Borowski (2003) adotam-na em contraposição ao âmbito de proteção e à intervenção estatal como um todo, de modo que a fundamentação constitucional se apresente como uma oposição geral, enquanto Virgílio Afonso da Silva (2010) a vê como vinculada, na posição de elemento essencial, à intervenção estatal, uma vez que o âmbito de proteção deve obrigatoriamente estar abarcado em norma constitucional. Por isso, retirando a contraposição,

Ao invés de se falar, como faz Borowski, em se (APx e IEx) e não-FCx, então CJx, faz mais sentido que se fale APx e não-FC(IEx) então CJx. Ou seja: se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em x (não-FC(IEx)), então deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJx). Nota-se que a ausência de fundamento constitucional é elemento essencial e integrante, e não contraposto. [...] A definição, em termos lógicos-formais era [passa a ser]: $(x) (APx \wedge \neg FC(IEx) \leftrightarrow (CJx))$, o que significa que para toda ação, estado ou posição jurídica x que seja abarcada pelo âmbito de proteção de um direito fundamental e que tenha sofrido uma intervenção estatal não fundamentada constitucionalmente deverá ocorrer a consequência jurídica desse direito atingido, que, em geral, é a exigência da cessação da intervenção. Isso significa que, se se retirar a negação antes de FC, teremos então, uma ação, um estado ou uma posição jurídica, protegida, *prima facie*, por um direito fundamental, que, no entanto, sofreu uma intervenção estatal fundamentada. Nesse caso não se está diante de uma violação ao direito fundamental, mas diante de uma restrição. Essa formalização ilustra bem, portanto, o caráter não-absoluto dos direitos fundamentais e a centralidade do exame da fundamentação das restrições para a dogmática dos direitos fundamentais e para a decisão final acerca de sua constitucionalidade (restrição permitida) ou inconstitucionalidade (violação) (SILVA, 2010, p. 75).

Tem-se, pois, que $(x) (APx \wedge \neg FC(IEx) \leftrightarrow (CJx))$, ou seja, para fins de fenômeno jurídico, todas as posições jurídicas x, ativas ou passivas (incluindo-

se portanto direitos subjetivos, direitos potestativos, interesses jurídicos, faculdades, ônus, sujeições, entre outras), que estejam abarcadas pelo âmbito de proteção *APx* de determinado direito fundamental, à luz de uma interpretação ampliada dada ao seu espectro protetivo, e que venham a sofrer uma intervenção do Estado *IEx* em seu conteúdo que não esteja constitucionalmente fundamentada, -FC, permite-se a realização da consequência jurídica *CJx*, consistente na cessação do ato caso positivo, na imposição de realizar o ato quando diante de omissões ou o ensejo de reparação em vias subsidiárias, eis que se trata de uma violação ao direito fundamental, e não uma mera restrição permitida.

A falta de unanimidade teórica não ocasiona, todavia, problemas para fins de confirmação das hipóteses de pesquisa, embora se passe a adotar, para prosseguimento, a equação adotada pela teoria de Virgílio Afonso da Silva, ora sobrescrita.

Embora a definição do suporte fático e de seus componentes não cause maiores transtornos, a decisão pela adoção de um suporte fático *amplo* ou *restrito* – definições umbilicalmente ligadas à concepção absoluta ou relativa do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais - repercute significativamente no controle das restrições aos direitos fundamentais e, ainda, para a análise de restrições aos centros de interesses próprios das situações jurídicas subjetivas, existenciais ou patrimoniais.

“Toda teoria que se baseia em um suporte fático restrito para os direitos fundamentais tem como principal tarefa fundamentar o que se inclui e o que não deve ser incluído no âmbito de proteção desses direitos” (SILVA, 2010, p. 79), e, por consequência, acaba logo num primeiro momento por se definir qual é a extensão do conceito de intervenção estatal nesse âmbito (SILVA, 2010, p. 80). Adota-se, portanto, por uma inferência, uma teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, em que são estabelecidos limites imanentes, fixos, ao direito, cabendo à situação fática se enquadrar em tal extensão ou não poder ser considerada como um direito.

Em sentido contrário, ao se adotar um modelo embasado no suporte fático amplo não se deve atenção à extensão prévia dos direitos e da

intervenção estatal, porque o ponto decisivo reside não nesses componentes, mas na argumentação despendida ao justificar a fundamentação constitucional das intervenções estatais (SILVA, 2010, p. 94).

O suporte fático amplo inclui no âmbito de proteção de cada princípio “tudo aquilo que milite em favor de sua proteção” (ALEXY, 2015, p. 322), de forma que, para se cotejar a inserção ou não no espectro protetivo deve-se atentar, dentre outras regras ampliativas, as seguintes, de alta relevância: “(i) tudo aquilo que apresentar uma característica que, considerada isoladamente, seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não importa que outras características estiverem presente”, exemplificada pelo autor com o caso hipotético da proibição de uma procissão para evitar risco de epidemia deflagrada, em que o direito à liberdade religiosa ainda encontra-se *prima facie* protegido, ou seja, abarcado pela liberdade religiosa (ALEXY, 2015); e “(ii) no campo semântico dos conceitos de suporte fático devem ser adotadas interpretações amplas” (ALEXY, 2015, p. 322).

Destarte, uma teoria fundada no suporte fático amplo conduz necessariamente a um modelo em dois níveis. Primeiro, o nível dos casos em potencial, e segundo o dos casos reais (ALEXY, 2015, p. 326-327).

O resultado final de teorias fundamentadas em suporte fático amplo ou em suporte fático restrito destoa em certo grau, repercutindo-se no direcionamento, durante a aplicação da norma ao caso concreto, da argumentação para ou justificar os limites do direito fundamental, ou, ao contrário, apresentar as razões para fundamentar constitucionalmente a intervenção:

Para aqueles que aceitam um suporte fático amplo, a resposta a pergunta se a liberdade religiosa protege o sacrifício humano em rituais de alguma religião deve ser “sim”. Isso porque esse “sim” refere-se, pura e simplesmente, a uma garantia *prima facie* dos direitos envolvidos, o que não implica resposta alguma acerca de sua garantia definitiva. Essa somente poderá ser dada a partir de um sopesamento que leve em consideração as variáveis de uma situação concreta (SILVA, 2010, p. 98).

Evidencia-se a defesa, nas teorias embasadas em suporte fático restrito, da supressão *a priori* de condutas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, de modo que a própria definição da *fattispecie* se torna, em regra, o próprio direito definitivo protegido. A proposição é diametralmente rejeitada na adoção do suporte fático amplo, porque a conformação do direito definitivo dependerá que todas as situações abrangidas pelo âmbito de proteção sejam sopesadas diante das situações concretas postas.

Logo, no último caso, toda ação, estado ou posição que possua característica que o faça pertencer à extensão temática do direito fundamental em questão deve ser considerada pelo âmbito de proteção, desconsiderando-se, nesse momento, outras variáveis, em uma definição ampla que caracteriza a natureza aberta da proteção inicial.

Os defensores da jurisprudência de valores e os seguidores da teoria dos princípios adotam, como se pode supor, teorias que se fundamentam em um suporte fático amplo. Fundamentam sua posição teórica a partir do nível de exigência da argumentação a ser despendida pelo aplicador da norma ao caso concreto, o que implica, em última instância, em maior intensidade de proteção aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, de seu viés democrático.

Isso porque se ampliam também, na teoria do suporte fático amplo, as situações de intervenção estatal. Alargando-se o conceito de âmbito de proteção e também o conceito de intervenção estatal tem um número maior de situações de embate entre ambos, situação que exige uma alta carga argumentativa para assegurar a fundamentação da constitucionalidade da intervenção: aumenta-se então o ônus argumentativo do magistrado responsável pela aplicação da norma ao caso concreto, que deve se desincumbir de todas as supostas contradições a partir de critérios bem delimitados, sem que se dê margem para interpretações excessivamente subjetivas ou, em alguns casos, arbitrárias.

Semelhante justificativa se adota no presente estudo para justificar a aplicação – não somente porque tecnicamente viável em face da nova conformação do fenômeno jurídico – da teoria do suporte fático amplo às relações jurídicas interprivadas.

Da adoção de teorias decorrentes do suporte fático restrito ou amplo têm-se o desdobramento nas teorias interna e externa dos direitos fundamentais. Tal reflexo permite evidenciar, ainda mais claramente, os efeitos diretos da aceitação de uma teoria com base em *fattispecie* ampla ou restrita.

Se fosse necessário resumir a ideia central da chamada teoria interna, poder-se-ia recorrer à máxima frequentemente utilizada no direito francês, sobretudo a partir de Planiol e Ripert, segundo a qual “o direito cessa onde o abuso começa”. Com isso se quer dizer que, a partir do enfoque da teoria interna – e daí seu nome -, que o processo de definição de limites de cada direito é algo interno a ele. É sobretudo nessa perspectiva que se pode falar em limites imanentes. Assim, de acordo com a teoria interna, existe apenas um objeto, o direito com seus limites imanentes. A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, sobretudo não por colisões com outros direitos (SILVA, 2010, p. 128).

A teoria interna (*Innentheorie*) propõe que os direitos fundamentais possuem limites definidos *a priori*, explícita ou implicitamente, pela Constituição e que tais limitações são fixas, estáticas, imutáveis.

Para tal corrente teórica os conceitos de direito e restrição não existem como categorias autônomas, mas apenas a ideia de direito fundamental com um conteúdo certo e delimitado, vinculando obrigatoriamente às suas fronteiras com o não-direito (MENDES; BRANCO, 2014, p. 198).

Disso conclui-se logicamente que a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende, impreterivelmente, de fatores externos à própria extensão do direito fundamental em destaque (SILVA, 2010, p. 129), o que permite afirmar que, sob esse ponto de vista, possui a estrutura de regra, com conteúdo delimitado de antemão, sendo o caso de aplicá-lo ou não ao caso concreto. Compete ao magistrado somente a declaração dos limites já definidos do direito, o que desvela a incompatibilidade dos limites imanentes com o sopesamento, mecanismo próprio da teoria externa.

Em oposição, a teoria externa (*Aussentheorie*) divide o objeto (direito) em dois momentos: preza-se, no primeiro, pelo direito em si, sem levar em consideração suas restrições – adota-se um âmbito de proteção alargado, assim como na teoria do suporte fático amplo; para, somente após, se verificar

as restrições, partindo-se da necessária fundamentação constitucional que a justifique, verificável pelo adequado sopesamento (SILVA, 2010, p. 138). Logo, as restrições não afetam o conteúdo do direito abstratamente, mas restringem seu exercício no caso concreto.

Admite que entre as ideias de direito e restrição não existe uma relação necessária, mas que seria estabelecida por necessidade de se compatibilizar em concreto diversos tipos de direitos fundamentais que se inter cruzam (MENDES; BRANCO, 2014, p. 198).

Não se afeta a validade do princípio colidente, mantendo-se a extensão *prima facie* de ambos intocada.

Um princípio, compreendido como mandamento de otimização, é, *prima facie*, ilimitado. A própria ideia de mandamento de otimização expressa essa tendência expansiva. Contudo, em face da impossibilidade de existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes. Aí reside a distinção entre o direito *prima facie* e o direito definitivo. Essa é a distinção que a teoria externa pressupõe. [...] O direito definitivo não é – ao contrário do que defende a teoria interna – algo definido internamente e *a priori*. Somente nos casos concretos, após sopesamento ou, se for o caso, aplicação da regra da proporcionalidade, é possível definir o que definitivamente vale. A definição do conteúdo definitivo do direito é, portanto, definida a partir de fora, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes (SILVA, 2010, p. 140).

Robert Alexy (2015, p. 250) evidencia que há entre a adoção da teoria interna e a teoria externa controvérsia que supera questões conceituais ou terminológicas. Na realidade, dizem respeito, em nível mais abstrato, à concepção mais individualista de Estado pela teoria externa, confrontada com uma maior integração do indivíduo na comunidade ao se vincular mais rigidamente aos ditames da teoria interna.

Impende ressaltar que a conexão entre a *fattispecie* ampla e a teoria externa dos direitos, embora notável, passa um pouco percebida pela doutrina e jurisprudência nacionais, o que acaba por causar graves distorções na teoria dos princípios. Em síntese, “se se considerar que os direitos individuais consagram *posições definitivas* (Regras: *Regel*), então é inevitável a aplicação

da *teoria interna*. Ao contrário, se se entender que eles definem apenas posições *prima facie* (*prima facie positionem: princípios*), então há de se considerar correta a teoria externa (MENDES; BRANCO, 2014, p. 198), com restrições a direitos fundamentais ocasionadas pelas respectivas colisões, a serem solucionadas pelo critério da proporcionalidade na dimensão de peso das normas principiológicas.

Evidencia-se a relação entre a proporcionalidade, enquanto critério adequado à solução de conflitos entre normas com estrutura de princípio, e o modelo teórico de suporte fático amplo e teoria externa.

Um maior aprofundamento no estudo da proporcionalidade faz necessário para que se elucidem os parâmetros adotados nos embates entre princípios. Previamente ao adentramento no conteúdo da proporcionalidade, uma breve digressão teórica a respeito de sua natureza jurídica.

Lê-se em vasta produção acadêmica a menção à proporcionalidade enquanto princípio (*princípio da proporcionalidade*), porém entende-se tratar, em verdade, de regra. Em conotação técnica, não se pode dizer que a proporcionalidade produz efeitos em vários graus, ou seja, é aplicável à sua máxima extensão no caso concreto (ÁVILA, 2005, p. 169).

Mesmo que se pretenda, por meio tanto de princípio quanto de regras, “controlar atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário direito dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério” (SILVA, 2002, p. 27-28). Em suma, ou se aplica a proporcionalidade, em sua integralidade, ou se adota critério diverso para a solução da colisão entre princípios. Robert Alexy (2015, p. 117-120) também evidencia a estrutura de regra que reveste a proporcionalidade, ao passo que Humberto Bergmann Ávila (2005, p. 167) opta pela adoção de terminologia particular, denominando o critério de *dever de proporcionalidade*.

Então, vê-se a proporcionalidade como uma regra de interpretação e aplicação do direito, “empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”.

Sua utilidade tem íntima relação com a concepção de restrição a direitos, pois objetiva que nenhuma diminuição se torne desproporcional. Seria, portanto, “uma restrição às restrições” (SILVA, 2002, p. 24).

Não se confunde com a ideia de proibição de excesso, porque, para além da simples vedação de intervenções excessivas (*facere*), a regra da proporcionalidade permite também o juízo de suficiência no caso das omissões estatais (*non facere*).

Outra distinção necessária é aquela entre proporcionalidade e razoabilidade. Não raro se imputa à Magna Carta (1215) a origem da regra da proporcionalidade, porque fonte primeira da razoabilidade, o que seria, para Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 28), um equívoco. Isso porque, “na Inglaterra, fala-se em princípio da irrazoabilidade e não em princípio da razoabilidade”.

Acerca da diferenciação, prossegue afirmando que “a origem concreta do princípio, como encontrado na Inglaterra, é de decisão judicial de 1948”, e que, aliás “o teste de irrazoabilidade implica tão somente a rejeição de atos excepcionalmente irrazoáveis”, de modo a não funcionar como a proporcionalidade.

A separação, para o autor, se justifica inclusive nos recentes debates dentro do direito inglês acerca da aplicação em paralelo da razoabilidade e proporcionalidade ou da obsolescência do princípio da irrazoabilidade, notadamente após decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos decidindo pela desproporcionalidade do ato estatal, a despeito de sua razoabilidade (SILVA, 2002, p. 29-30).

Pormenorizar as dissensões entre razoabilidade e proporcionalidade permite a verificação dos problemas de aplicação concreta do princípio pelos tribunais brasileiros – o que pela proposta da situação jurídica agravaria ainda mais a situação.

Sistematicamente desenvolvida no seio da jurisprudência Tribunal Constitucional alemão, a regra da proporcionalidade “não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim” (SILVA, 2002, p.30). A proporcionalidade,

na forma em que gestada pela Corte, apresenta sub-elementos: divide-se no exame *condicional* da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, enquanto subregras da proporcionalidade (ALEXY, 2015, p. 131), a serem aplicadas na ordem predeterminada.

A razoabilidade caracteriza-se pela aferição da “compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados [razoabilidade interna], bem como a aferição da legitimidade dos fins [razoabilidade externa]” (SILVA, 2002, p. 33), fazendo correspondência a apenas à subregra da *adequação* entre meios e fins, o que torna a proporcionalidade mais abrangente, por não se esgotar na referida análise primária de compatibilidade (SILVA, 2002, p. 33).

Adequação diz respeito, inicialmente, ao meio escorreito para o atingimento de um objetivo (ALEXY, 2015, 588). Acrescenta-se também ao rol dos meios adequados aqueles cuja utilização permitem o *fomento* ou *promoção* do objetivo, mesmo que sua realização não venha a ocorrer integralmente (SILVA, 2002, p. 37). Assim sendo, somente não pode ser considerado adequado aquele meio que não representar qualquer contribuição para a consecução dos objetivos propostos.

Por sua vez, a necessidade pode ser vislumbrada em uma ação estatal quando “a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em maior ou menor medida, o direito fundamental atingido” (SILVA, 2002, p. 40).

Tanto adequação quanto necessidade são expressões da exigência de uma máxima realização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, 2015, p. 588). Deslumbra-se a diferença essencial entre necessidade e adequação, a partir da verificação de que o exame da adequação é *absoluto*, ao passo que a averiguação da necessidade dá-se de modo *comparativo* entre duas possibilidades (SILVA, 2002, p. 41).

Um último exame se mostra necessário à verificação da proporcionalidade da medida tomada: o exame da proporcionalidade *stricto sensu*.

“A máxima da proporcionalidade em sentido estrito - terceira máxima parcial da proporcionalidade – expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes” (ALEXY, 2015, p. 593). A proporcionalidade *stricto sensu* se consubstancia no sopesamento entre a intensidade da restrição sofrida pelo direito fundamental e o grau de relevância da concretização do direito fundamental colidente e que justifica a medida de restrição (SILVA, 2002, p. 43-44). “Ela é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: Quanto maior maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2015, p. 593). Em síntese, caso o fundamento justificador da medida em análise não tenha peso suficiente para sobrepor-se aos motivos da adoção da restrição ao direito fundamental atingido, então deve a ação estatal ser considerada como proporcional em sentido estrito.

Uma das maiores dificuldades encontradas pela teoria externa dos direitos fundamentais, e conseqüentemente pela proporcionalidade, é a aplicação hígida de suas proposições. Em pesquisa jurisprudencial acerca da aplicação pragmática da regra da proporcionalidade nos julgamentos em sede do Supremo Tribunal Federal⁸², Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 31-38) é enfático ao concluir que a menção, nos casos julgados, ao recurso “pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a ideia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos”, equivocadamente.

Para o autor, mais do que o desarranjo conceitual, o STF invoca a proporcionalidade como “não raramente, um recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático”, o que permite a atuação excessiva da subjetividade dos magistrados na decisão da causa.

Bem apresentada a dogmática atinente às restrições a direitos fundamentais, sua aderência às situações jurídicas subjetivas passa a ficar cada vez mais evidente. A necessidade de se entender o conteúdo essencial das situações subjetivas em dois momentos, *prima facie* e após as restrições sofridas, partindo-se de uma teoria do suporte fático amplo e que leve em

⁸² Vide capítulo *A jurisprudência do STF*, no artigo *O proporcional e o razoável* (Revista dos Tribunais, 798, p. 23-50, 2002).

consideração não limites iminentes, mas considerando-se como restrições fatores externos, permite demonstrar a sensível aproximação, nesse ponto, entre o regime jurídico público e privado.

3.2 A Dos direitos fundamentais aos centros de interesses. A lesão como fator de restrição aos centros de interesses nas relações privadas

A alteração do conteúdo normativo da relação jurídica reflete no modelo decisório escrito, inclusive no que se refere à tutela infraconstitucional, que passa a precisar obedecer a critérios argumentativos mais rígidos do que a mera menção à lei ou aos limites de determinado direito. A superação de um conceito mais restrito de direito subjetivo passa a exigir do julgador que se identifique quais as posições jurídicas de determinado centro de interesses foi comprometida, num relação aberta, a ser determinada *a posteriori*, pelos efeitos do fato jurídico levado à apreciação judicial.

De um modo geral, o foco da teoria dos direitos fundamentais e também da análise da proporcionalidade se situa nas relações indivíduo-Estado, em que o critério de sopesamento surge como uma importante variável no exame da constitucionalidade das restrições promovidas por atos estatais (normativos ou concretos, a partir de qualquer um dos Poderes) (STEINMETZ, 2007, p. 12). Assim, cuida-se de verificar até que ponto se configuram possíveis as restrições a direitos fundamentais nas relações verticais

Todavia, não se limitam as restrições às relações de natureza eminentemente pública, mas também se aplicam às relações jurídicas horizontais, entre indivíduos, em que se materializam restrições a direitos fundamentais e a bens jurídicos emanados da norma constitucional (no caso, às diversas modalidades de posição jurídica que refletem dos fatos jurídicos e reverberam, direta ou indiretamente, em mandamentos constitucionais).

Como visto nos capítulos anteriores, originou-se a vinculação de particulares às relações horizontais pela prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, ainda no século XX, no paradigmático caso *Lüth*.

Também lista-se como precedente histórico o caso *Shelley v. Kraemer*⁸³, nos Estados Unidos.

A teoria veio a se popularizar mundo afora e passou a ser observada, após algum tempo, também pela doutrina brasileira, quando passa-se a reconhecer que nem sempre o Estado é o responsável pelas lesões a direitos fundamentais, mas também os próprios particulares em relações entre si, especialmente em regimes democráticos (SILVA, 2011, p. 18), o que justificaria a aplicação, dadas as devidas adaptações, às relações horizontais.

Em que pese a posição jurisprudencial brasileira pacífica no sentido de aceitação da teoria⁸⁴, Steinmetz (2007, p. 17) aponta dois questionamentos significativos como questão de fundo da aplicabilidade das restrições às relações horizontais: “(i) Os particulares, nas relações que mantêm entre si, nos diferentes âmbitos da vida social, estão vinculados a direitos fundamentais?”, isto é, se os direitos fundamentais são capazes de vincular a atuação dos particulares em sua esfera privada, e “(ii) Em caso afirmativo, de que forma (o ‘como’) e em que medida (o alcance, a extensão) essa vinculação (eficácia) opera?”, dizendo-se respeito aos mecanismos de interação entre as liberdades privadas e as restrições a ela impostas pela observância dos direitos fundamentais também nessa esfera da vida.

Ao se responder a primeira questão leva-se em consideração duas posições historicamente distintas. A primeira diz respeito ao paradigma liberal-absenteísta, construção teórica dos oitocentos, em que se afirmava que os direitos fundamentais eram limitações ao poder do Estado, atuando somente enquanto defesa dos indivíduos em face da atuação estatal.

⁸³ *Shelley v. Kraemer*, 334 US (1948). “Com intuito de evitar a presença de negros em um loteamento na cidade de Saint Louis, exigiu-se, via contrato, que os compradores de terrenos no local não poderiam aliená-lo em favor de indivíduos não-brancos. Um dos proprietários, no entanto, resolveu vender sua propriedade a um casal de negros e essa venda foi contestada judicialmente, por violação da cláusula restritiva. O pedido obteve sucesso no Tribunal Estadual de Missouri, mas, na Suprema Corte, decidiu-se que aquela cláusula restritiva feria a cláusula de igualdade da Emenda XIV da Constituição americana (SILVA, 2004, p. 19).

⁸⁴ A título de exemplo, aponta-se o Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ: União Brasileira de Compositores UBC x Arthur Rodrigues Vilarinho. STF, Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 11 de outubro de 2005. Acórdão publicado no DJ de 27 de outubro de 2006.

A segunda, desenvolvida no contexto do pós-guerra, busca superar o caráter exclusivamente negativo dos direitos fundamentais – teoria que nesse momento já contava com quase dois séculos de construção -, concebendo aos direitos fundamentais também o cunho de prestação estatal positiva, assegurando-se direitos que deveriam ser assegurados pelo Estado não só no âmbito de liberdades públicas. Sua vinculação, ao deixar de conceber direitos exclusivamente como direito-defesa, surge por construção jurisprudencial do tribunal alemão, e passa a ser positivada pela primeira vez com a Constituição Portuguesa de 1973, em seu artigo 18º, 1, que enunciava que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas” (STEINMETZ, 2007, p. 17).

Embora a Constituição brasileira de 1988 não mencione expressamente a aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais em seu texto constitucional, seus dispositivos são claros no sentido de se compreender não se tratem os direitos de meras liberdades públicas, aplicando-se também às relações indivíduo-indivíduo (SILVA, 2011, p. 22).

No que tange à segunda questão, a extensão da vinculação se refere à dinâmica entre aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais e autonomia privada, além de sua instrumentalização (necessidade ou não de uma lei que assegure a aplicação horizontal). Steinmetz (2007, p. 23) afirma que a questão da extensão da vinculação dos direitos fundamentais aos leva a outras duas questões antes de se chegar a respostas conclusivas:

- (i) normas de direitos fundamentais são fundamentos ou razões suficientes para anulação (invalidação), parcial ou total, de atos de autonomia privada, para redução ou modificação do conteúdo ou dos efeitos desses atos, para a exclusão da execução específica, para atribuição da faculdade de resolução ou para a obrigação de indenizar? E, em caso positivo, (ii) essas normas de direitos fundamentais, como fundamentos ou razões suficientes, operam mediata (indireta) ou imediatamente (diretamente) no caso concreto?

A distinção entre eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais às relações entre particulares passa a ser importante nesse momento, porque

afeta em diferentes intensidades a autonomia privada a depender da corrente que se adota.

Isso porque pela defesa da aplicação direta há uma imediata restrição à autonomia privada pelo direito fundamental, à medida que não se exige qualquer legislação que intermedeie o fato e a aplicação do texto constitucional nas relações entre particulares. Àqueles que defendem posição em sentido contrário, exige-se que norma infraconstitucional para que o direito fundamental possa restringir um ato de autonomia da vontade.

As situações jurídicas são demonstração fenomenológica da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas, protegendo-se posições jurídicas não compreendidas pelo direito subjetivo sem que haja necessidade de norma infraconstitucional determinando sua aplicabilidade às relações entre particulares.

Porém, cabem certos cuidados quanto aos efeitos da aplicação direta. Pelo caráter genérico e não individuado dos princípios que passam a ser diretamente aplicados às relações horizontes, não se pode afirmar que de tal aplicação surgem direitos subjetivos. Isso porque seria sensivelmente ampliado o conceito de direito subjetivo, sem que fosse necessário, a partir de tal premissa, obedecer-se à argumentação mais criteriosa e que inclui outras posições jurídicas que ainda assim não seriam abarcadas pela relação jurídica.

Não há dúvidas que a nova extensão de aplicabilidade dos direitos fundamentais – às relações entre particulares, portanto – decorre, como se argumentou no estudo, da constitucionalização do Direito. Os teóricos alemães Gunnar Folke Schuppert e Christian Bum (*apud* SILVA, 2011, p. 35-45) apontam em sua obra os cinco principais fatores a justificar tal evento: (i) reforma legislativa; (ii) desenvolvimento jurídico pela criação de novos direitos individuais e de minorias; (iii) mudança de paradigma nos demais ramos do direito; (iv) irradiação de proteção; (v) irradiação do direito constitucional pela jurisdição ordinária.

Assim, tem-se que a adoção de técnica legislativa diversa, fundamentada não só na microssistematização, mas também na adoção de cláusulas gerais e de normas de textura aberta, permitiu a infiltração

constitucional às vias ordinárias, assegurando-se observância aos direitos constitucionalmente protegidos, inclusive de grupos minoritários, a partir da adaptação dos ramos que integram o Direito à posição hierarquicamente superior da Constituição e à tutela pelo Judiciário, ainda que pelas vias ordinárias.

Resolvendo-se a última questão para que se adentre especificamente na dogmática das situações jurídicas subjetivas, deve-se tomar em consideração à forma com que se restringe a autonomia privada pela observância a princípios que reduzem a esfera de atuação particular.

Dentro do jogo de colisões de princípios entre particulares, merece atenção a autonomia privada, que não é diretamente sopesável, mas funciona como um vetor que direciona o sopesamento entre as normas colidentes, uma vez que a ele cabe somente sustentar competências do indivíduo (autonomia de livremente dispor sobre termos e condições de suas atividades negociais) (SILVA, 2004, p. 165). Assim, ao passar pelo crivo da proporcionalidade, a autonomia da vontade se esvaziaria, pois raramente atividades negociais passariam pelo subcritério da necessidade, pois, diferentemente da atividade estatal nas colisões em relações verticais, cabe ao sujeito escolher livremente suas competências. Disso retira-se então que não se sopesa a autonomia privada, um princípio de natureza formal (SILVA, 2011, p. 165).

Todas as peculiaridades atinentes à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares se aplicam às situações jurídicas subjetivas. Os centros de interesses são elementos que integram as relações jurídicas contemporâneas a partir das situações jurídicas subjetivas, e abarcam em si um emaranhado de posições jurídicas (efeitos jurídicos) que refletem de um fato concreto que apresente relevância à esfera de atuação do Direito (fato jurídico).

Porém, em inúmeras hipóteses tais posições se conflitam com posições contrapostas, acarretando o surgimento de pretensões resistidas, em seguida levadas ao magistrado responsável pela aplicação da norma jurídica ao caso concreto e, portanto, pela solução da controvérsia valendo-se de determinados critérios.

Com a finalidade de pacificação da colisão entre os efeitos jurídicos respectivos às situações jurídicas subjetivas, cabe ao intérprete adotar uma entre duas linhas argumentativas díspares no que tange à extensão desses centros de interesses lesados.

Pode-se compreender que os centros de interesses possuem limites predefinidos e estáticos, e que, diante disso, cabe a ele fundamentar a inclusão do fato concreto dentro ou fora dos limites impostos pela situação jurídica, em uma equação que se resolve em um único nível: ou há posição jurídica tutelável ou não, desconsiderando-se fatores fáticos ou jurídicos externos à própria estrutura dos centros de interesse; assim, a argumentação a ser despendida se dará no sentido exclusivamente de justificar a inclusão ou exclusão do fato concreto aos limites dos centros de interesses protegidos.

Ao contrário, pode o magistrado analisar a preponderância de uma das posições jurídicas em colisão a partir de uma abordagem que se realiza em dois níveis distintos. Compreende o primeiro uma ampliação da extensão de ambas as posições jurídicas conflitantes - agravando-se nesse primeiro momento a intensidade do conflito -, e o segundo, em que cabe ao intérprete solucionar cada um dos pontos de tensão utilizando-se da técnica argumentativa da proporcionalidade, para verificar se se está diante de uma restrição com justificativa constitucional ou, inversamente, de uma violação ao conteúdo essencial da situação jurídica subjetiva.

Exemplifica-se a distinção pela análise de situação hipotética concreta. No Brasil, recentemente foram realizadas manifestações por movimento conhecido por “Marcha das Vadias”, em que, em uma das passeatas organizadas, foram quebradas imagens sacras, símbolos da fé católica, estampados ícones de Cristo nas partes íntimas, colocada camisinha na imagem de Nossa Senhora Aparecida e indivíduos se masturbaram publicamente com um crucifixo.

Em que pese não tenha havido qualquer decisão jurisprudencial acerca do evento, está-se diante de uma nítida colisão de situações jurídicas: há o direito de livre expressão e manifestação do pensamento, consubstanciada em uma leitura integrada dos incisos IV, VIII e IX do art. 5º, da Constituição

Federal, de um lado. Do outro, o direito das pessoas à liberdade e crença religiosa sem constrangimentos, fundada no art. 5º, inciso VI.

Para o primeiro método argumentativo, a questão se resolve pela delimitação dos limites à liberdade de expressão. Assim, cabe ao juiz declarar os limites do direito e afirmar se os atos praticados estão dentro ou fora da liberdade religiosa, a partir de seus limites fixos. Caso considere estarem inseridas no exercício da liberdade de expressão, então qualquer ato que impossibilite a manifestação será considerado uma violação ao conteúdo essencial do direito fundamental; por sua vez, se considerar os atos excluídos da margem de liberdade trazida pelo direito de expressão, declarando seus limites como anteriores a tais atitudes, então a prática de ato que impeça a passeata é considerado limite possível, prevalecendo o direito à crença, que sofre lesão com as atitudes do grupo.

No segundo método, a análise é realizada obrigatoriamente em dois níveis. No primeiro, amplia-se o âmbito de proteção da situação jurídica, abrangendo-se todos os bens jurídicos que dela possivelmente decorram. Dessa forma, os atos promovidos pela passeata são, *prima facie*, protegidos pelo direito à liberdade de expressão. Em um segundo momento caberá ao magistrado analisar a intervenção a essa liberdade (pedido para que o movimento não se realize ou não se repita), caracterizada pelo direito de liberdade religiosa e crença, quando então verificará a fundamentação constitucional para que tal intervenção seja ou não possível.

Diferentemente, aqui caberá ao magistrado não somente justificar a inclusão ou não do fato concreto nos limites protegidos pelo princípio, mas, da mesma forma, solucionar as tensões a partir da verificação obrigatória de higidez da fundamentação que justifica a intervenção, valendo-se de critério próprio, a proporcionalidade, a partir de suas três subregras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que exigem uma rígida argumentação quando da escolha do princípio prevalecente no caso concreto.

O primeiro caso diz respeito exclusivamente a direitos subjetivos, embora também eles integrem as situações jurídicas. Por sua vez, em um segundo caso, agora hipotético, toma-se como exemplo situação jurídica em

que não há direito subjetivo pela inexistência de sujeito de direito contraposto: pense-se no “Caso Wanessa Camargo”, em que a cantora Wanessa Camargo ingressou em juízo por conta de uma piada do humorista Rafinha Bastos, supostamente ofensiva a ela e a seu filho, ainda em gestação. O Superior Tribunal de Justiça condenou o autor ao pagamento de danos morais a ambos os autores do pedido (REsp 1.487.089/SP).

Focando-se no ponto específico que se refere ao nascituro, percebe-se que a relação jurídica se dá entre o humorista e um ente desprovido de personalidade jurídica. Não se pode dizer que ao direito subjetivo de liberdade de expressão do autor contrapõe-se o direito subjetivo à honra do nascituro, uma vez que a ele não cabe titularizar direitos subjetivos, enquanto não possuidor do *status* de sujeito de direito. Ao enfrentar a situação, o STJ afirmou que, ainda que não tenha o autor consciência da ofensa a sua honra subjetiva, a existencialidade do nascituro deve assegurar sua tutela por reflexos da dignidade da pessoa humana.

Nesse caso, a existencialidade aparece exclusivamente enquanto interesse juridicamente relevante, mas não como direito subjetivo, e é passível de tutela e, mais ainda, de colisão com a liberdade de expressão do humorista. Assim, no caso concreto, deve-se resolver pela proporcionalidade o conflito, seguindo-se suas especificidades. A argumentação não se deu de tal forma no caso concreto, em que coube ao relator apenas afirmar que o ato do réu foi “reprovável, agressivo, grosseiro, sendo efetivamente causador de abalo moral”, afirmando-se estar fora dos limites do direito à expressão.

Quanto às situações jurídicas patrimoniais, também elas possuem estruturas de princípio e devem obedecer à lógica do sopesamento, e não mais exclusivamente ao regime da subsunção. Como exemplo, adota-se o caso hipotético em que dois sujeitos celebraram contrato de compra e venda de um apartamento, com o pagamento a ser realizado em vinte e quatro parcelas. Nota-se, porém, que após o vigésimo mês, o devedor não mais quitou com suas obrigações perante o credor. Seguindo-se uma lógica anterior, aplicando-se a subsunção à moldura ora trazida, caberia ao devedor exclusivamente quitar o valor, cabendo ao credor executá-lo, sem que houvesse interferências (intervenções) externas, salvo se decorrentes de direitos subjetivos, que

permitissem a não cobrança, como o caso da compensação (arts. 368-380, do Código Civil).

Porém, tomando-se em consideração a emanção de direitos fundamentais às relações de Direito Civil, percebe-se que elementos externos passam a interferir no direito de crédito. Cabe ao magistrado num primeiro nível estender o direito de crédito para, somente depois, verificar as externalidades que nele interferem a partir de qualquer posição jurídica contraposta, independentemente de direito subjetivo previsto em uma norma específica e individuada. Assim, verificará o juiz que o direito ao crédito nessas circunstâncias específicas (atentas ao caso concreto, obrigatoriamente) serão tensionadas com o direito ao mínimo existencial; ao adimplemento substancial; eventualmente com o direito ao bem de família; no caso de execução, com os meios de execução menos onerosos ao executado; e, mais genericamente, com a função social do contrato.

Vê-se que não há em todas as situações norma específica e individuada que conceda ao devedor direitos subjetivos, mas está-se diante de outras posições jurídicas que repercutem no momento da tutela definitiva.

In casu, pela primeira corrente argumentativa, que obedece a teoria interna, caberia ao magistrado argumentar somente no sentido de caber ao credor o recebimento da quantia ou não, ao passo que, pela teoria externa, caberia ao magistrado superar cada um das posições conflitantes com o direito de crédito, de forma mais ou menos intensa de acordo com a intensidade da intervenção sofrida pelo direito subjetivo de crédito do autor, conferindo ao julgamento uma melhor otimização de todas as situações jurídicas (do devedor, do credor e da coletividade) em contraposição.

Nota-se então que a carga argumentativa imposta ao magistrado pela teoria externa em muito se diferencia daquela decorrente da teoria interna, em que há somente os limites entre o interesse tutelável e o não-tutelável. É nesse ponto que se afirma, no âmbito dos direitos fundamentais, que a adoção da teoria dos princípios permite o exercício de uma jurisdição mais democrática, reduzindo-se em muito o limite para arbitrariedade por meio de uma fundamentação responsável e criteriosa.

Diante do panorama exposto, vê-se que não se pode falar em *limites* dos centros de interesses, em uma definição imanente, porque a cadeia de eventos expostos no estudo ressoa como motivo determinante das alterações de pilares substanciais do fenômeno jurídico: o tempo de seleção das posições jurídicas tuteláveis e os critérios para se verificar quais dessas posições são passíveis de tutela.

O tempo da seleção porque não mais se verifica em abstrato quais os direitos/posições serão tuteladas, previamente ao fato ocorrido, mas ao contrário, toma-se o evento em concreto para fins de determinação da tutela jurisdicional.

No contexto oitocentista, altamente influenciado pelo Código Napoleônico, caberia à lei prever todas as situações que seriam futuramente objetos de proteção, não sendo asseguradas aquelas posições que se excedessem ao texto legal. Assim, a configuração do direito subjetivo, poder concedido ao sujeito de direito por sua correspondência a um direito objetivo imediato, é fator essencial nesse primeiro desenho de fenômeno jurídico.

Não mais se exige uma completa referência normativa a individuar um direito subjetivo para fins de tutela, notadamente pela alteração da linha hermenêutica prevalente – não mais a exegética -, em que cabe ao juiz também atividade criativa (balizada por parâmetros), mas também pela própria existência de normas com estrutura de princípios, o que dificulta a exigência de uma previsão específica a conceder direitos subjetivos em todos os casos.

Ainda, a alteração da técnica legislativa demonstra que o legislador deixou de buscar previsão absoluta dos fatos, mas, pelo contrário, passou a abrir margem para normas adaptáveis às peculiaridades de cada tempo, cabendo às peculiaridades serem apontados na aplicação do direito pelo magistrado responsável.

A adoção do conceito contemporâneo de relação jurídica aparece como resposta evidente à gradual alteração do tempo de seleção das posições juridicamente relevantes (do momento prévio à ocorrência do fato jurídico ao momento posterior), consagrando a observância do fato concreto para fins de aplicabilidade da norma jurídica em seu grau mais otimizado.

Portanto, leva-se também às relações infraconstitucionais (a todas elas) a dogmática própria dos direitos fundamentais, consistente em otimizar a aplicação das normas a partir de critérios argumentativos que tomam em consideração todas as peculiaridades em concreto. O resultado se justifica porque princípios são normas que exigem a realização de algo na maior medida possível face às possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Assim, a fundamentação dos efeitos das situações jurídicas nas relações entre particulares tomado com base na ideia de otimização e não de ordem objetiva positivada (de onde advém o direito subjetivo), tem como vantagem a maior otimização na aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares exatamente porque se condiciona às situações fáticas e jurídicas existentes, e não a uma previsão anterior posta de forma completamente abstrata e sem considerar peculiaridades.

A fim de elucidar a alteração, retoma-se o caso da situação jurídica patrimonial decorrente da inadimplência das quatro últimas parcelas de um total de vinte na compra e venda de determinado apartamento. Pela relação jurídica clássica, caberia obrigatoriamente a observância ao direito de crédito das parcelas remanescentes, pela existência de um direito subjetivo ao crédito decorrente do negócio jurídico decorrente de normas específicas e individuadas que o garantem. O tempo é anterior à circunstância fática, portanto.

Dentre as exceções que poderiam ser aventadas no caso, dentre as elencadas, somente seria possível a compensação (arts. 368-380, CC) e, no caso de execução, a invocação da impenhorabilidade do bem família (arts. 1.711-1.722, CC e Lei 8.009/90), também porque asseguram ao devedor os respectivos direitos subjetivos à proteção. Qualquer outro tipo de exceção decorrente de posições não advindas de direito subjetivos estariam obrigatoriamente excluídas, porque posteriores à previsão normativa.

Por sua vez, com a alteração do tempo de seleção para depois da ocorrência do fato concreto, e atendo-se, pois, às suas peculiaridades, pode-se invocar como restrições ao direito de crédito a função social do contrato e o adimplemento substancial, por exemplo. Cabe ao magistrado analisar a fundamentação que justifica tais intervenções (lesões) e, a partir delas, verificar

se se está diante de uma restrição em acordo com o ordenamento jurídico ou não (violação ao núcleo essencial da situação jurídica do credor), devendo obediência aos rígidos critérios das subregras da proporcionalidade.

Em síntese, os interesses inseridos na situação jurídica são selecionados depois da ocorrência de determinada lesão, correspondente, nas relações com o Estado, à intervenção estatal (IE), a partir da determinação da amplitude do âmbito de proteção (AP) do interesse jurídico em questão confrontada com a intensidade da lesão (L) sofrida, partindo-se de uma fundamentação constitucional (FC) que justifique ou não a interferência in concreto no centro de interesses por atividade alheia.

O tempo de verificação não se dá mais *a priori*, pelo órgão legislativo, e também não mais no sentido de que dotados de limites imanescentes, mas se constata *a posteriori*, a partir de uma lesão que permita, observando uma rígida lógica argumentativa, sua eleição pela ponderação;

Quanto aos critérios, buscou-se alongadamente demonstrar que não se dão mais por obra exclusiva do legislador que, por meio da edição de leis, concede aos sujeitos de direito os direitos subjetivos. Ao contrário, além dos direitos subjetivos, outras posições jurídicas passam a ser tuteláveis, emanadas diretamente dos fatos jurídicos e independentemente de previsão legal específica. Os critérios de seleção dos interesses tuteláveis depende então, a partir das colisões nos casos concretos, do sopesamento a ser realizado pelo magistrado, a quem caberá verificar sua relevância em face das situações jurídicas contrapostas.

Merece destaque o fato de a solução por meio das situações jurídicas subjetivas não obedecerem a critérios estritamente políticos, porque não cabe mais ao legislador conceder aos sujeitos a integralidade dos direitos subjetivos, outrora única posição jurídica tutelável. Ao contrário, passam a obedecer, diante da obrigatória colisão, estrutura de argumentação predeterminada, a ponderação, a ser rigidamente observada pelo Judiciário e controlada pelos mecanismos possíveis de impugnação judicial.

Assim, tem-se revisão de material bibliográfico suficiente para se responder como o conteúdo normativo da relação jurídica afeta a decisão judicial escrita.

A alteração do desenho fenomenológico da relação jurídica, que passou a incluir outras posições jurídicas que não apenas o direito subjetivo, não apenas interfere na seleção de posições jurídicas tuteláveis, mas, além disso, exige do juiz uma postura argumentativa diversa, mais sólida e democrática, em consonância com os modelos ora apresentados.

As observações são uma crítica a um modelo pensado exclusivamente para o direito privado, que assumia que pensar em direito subjetivo é algo ambíguo e pouco produtivo porque escondem posições jurídicas que se subsumem no conteúdo de direito subjetivo, predeterminados pelo legislador. Alexy dá ao menos dois passos em relação ao modelo tradicional: a) trabalhar sob posições dinâmicas, que tomam em consideração os efeitos jurídicos específicos do fato jurídico; e b) trabalhar com uma teoria específica, que é uma teoria de interesses – o Direito não é definido como o conjunto de uma série de direitos subjetivos, mas compostos de algo mais, e esse algo mais são os interesses, isto é, o Direito é uma composição de interesses que merecem proteção e isso é uma questão aberta, não pertencente ao legislador, para evitar-se que a decisão seja estabelecida de acordo com estipulações prévias, com potencial menor do que as efetivas possibilidades do caso concreto.

Mas a crítica ora esposada diverge em algum ponto da teoria de Alexy. Para Alexy, as posições subjetivas são muito mais associadas a liberdades negativas e o autor é bem mais cuidadoso ao falar das liberdades positivas. Para ele, os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva que passa a não mais exigir um direito subjetivo correspondente. Avança-se nesse sentido quanto ao conteúdo normativo da relação jurídica, e o autor estabelece um mecanismo externo para se estabelecer quais são os direitos ou interesses tuteláveis.

Frisa-se que o presente trabalho discorda em parte com o conteúdo normativo da relação jurídica proposto por Alexy. Em vez de optar por uma

excessiva objetivação, passa-se, pelo contrário, a buscar a definição exata de qual posição jurídica foi afetada no caso concreto, e não a simples menção a um postulado objetivo que justifique a tutela. Por isso vê-se a subjetividade a partir de centros de interesses específicos, em uma espécie de fenômeno de ressubjetivização, um pouco perdida na teoria alexyana.

Frisa-se: Alexy não trata das situações jurídicas subjetivas. Pelo contrário, a opção dogmática do autor se direciona à objetivização da relação jurídica. O dever de proteção diz respeito à faceta objetiva dos direitos fundamentais, em que um dever não se contrapõe obrigatoriamente a um direito subjetivo. Talvez seja possível falar que, nesse caso, direitos sempre obrigam deveres, mas deveres nem sempre obrigam direitos, porque a correspondência a um direito subjetivo deixa de ser necessária.

Todavia, pretende-se neste estudo uma meia-volta à subjetividade, mas mantendo-se os critérios argumentativos de Alexy em grande medida. Opta-se não por fundamentar a tutela de determinado direito ou interesse em um mandamento objetivo, mas, ao contrário, por se definir precisamente, no caso concreto, quais as posições jurídicas foram afetadas em uma relação dinâmica de colisões.

Nota-se que a diferença é substancial, da mesma forma. A teoria de Alexy não exige a discriminação de quais posições jurídicas são afetadas no caso concreto, porque emanadas de um comando objetivo que assegura sua proteção. Cuida, todavia, de resolver colisões entre esses comandos.

Contudo, ao compreender o conteúdo normativo da relação jurídica como composição de situações jurídicas, as colisões se dão em uma esfera micro, em que as próprias posições jurídicas colidem entre si e, por isso, a tutela jurisdicional exige a discriminação exata de quais as posições jurídicas subjetivas foram afetadas.

Em síntese, a subjetividade importa e deve ser argumentativamente justificada, dando-se mais segurança à tutela jurisdicional, especialmente àquela de natureza infraconstitucional; e faz-se isso por meio da aplicação da teoria externa dos direitos fundamentais ao conteúdo normativo da relação

jurídica integrada pelas situações jurídicas subjetivas, buscando conciliar aos ideais de segurança jurídica e previsibilidade a efetiva consideração da realidade fática e dos sujeitos concretos.

CONCLUSÃO

A definição do conteúdo normativo da relação jurídica impacta no modelo argumentativo a ser adotado, ou seja, ao se estabelecer que a relação jurídica dota-se de núcleos de situações jurídicas subjetivas, acaba-se afirmando que a decisão judicial deve considerar tais elementos, até então omissos, ao decidir pela tutela ou não de determinada posição jurídica. E a pesquisa buscou demonstrar qual a forma mais adequada de inserir tais elementos na argumentação despendida pelo magistrado: a adoção da teoria externa.

As situações jurídicas subjetivas não possuem limites imanescentes, determinados *a priori*, mas a verificação da conformação de determinada lesão enquanto ensejadora de tutela jurisdicional compreende uma análise em mais de um nível. Deve-se primeiro verificar do âmbito de proteção da norma que embasa aquela situação jurídica determinada, para, somente então, contrapor-se a intensidade da intervenção lesiva, momento em que são analisados os fundamentos da intervenção.

A relação jurídica como contraposição de centros de interesse vem para corrigir a antinomia sistêmica verificada, possibilitando-se então a tutela de posições jurídicas outras que não o direito subjetivo, mas condicionadas à sua verificação no caso em concreto. Dessa forma, passa-se a assemelhar muito com os direitos fundamentais, que, em sua faceta não-normativa – direitos fundamentais enquanto posição jurídica, portanto – podem ser representados por direitos subjetivos, direitos potestativos, poderes jurídicos, faculdades jurídicas, ônus, dentre outras; assim como as situações jurídicas.

O amplo espectro de correlação entre as situações jurídicas subjetivas e direitos fundamentais permite a adoção de um mesmo mecanismo para solução das restrições por ele sofridas e determinação de seu conteúdo essencial: a teoria externa, fundada num suporte fático amplo, resolvendo-se a colisão pela regra da proporcionalidade. Define-se que o conteúdo essencial das situações jurídicas subjetivas é relativo.

Os limites dos centros de interesses não mais se dão internamente, por uma definição imanente, à medida que a sucessão dos eventos mencionados modificou o tempo e os critérios da seleção daqueles interesses, inseridos na situação subjetiva, tuteláveis no caso concreto. Isto é, são selecionados depois da ocorrência de determinada lesão, correspondente, nas relações com o Estado, à intervenção estatal (IE), a partir da determinação da amplitude do âmbito de proteção (AP) do interesse jurídico em questão confrontada com a intensidade da lesão (L) sofrida, partindo-se de uma fundamentação constitucional (FC) que justifique ou não a interferência *in concreto* no centro de interesses por atividade alheia.

Pode-se concluir, então, em suma, que o tempo de verificação não se dá mais *a priori*, pelo órgão legislativo, e também não mais no sentido de que dotados de limites imanentes, mas se constata *a posteriori*, a partir de uma lesão que permita, observando uma rígida lógica argumentativa, sua eleição pela ponderação; e que os critérios adotados não são estritamente políticos, mas passam a obedecer, diante da obrigatória colisão, estrutura de argumentação predeterminada, a ponderação.

Adota-se a ponderação, porém, com a manutenção do elemento subjetivo, divergindo-se, nesse ponto, da teoria alexyana. Enquanto o autor segue o sentido da objetivação, considerando o conteúdo objetivo dos direitos e interesses e a desnecessidade de um direito subjetivo correspondente, aqui optou-se por caminho diverso, prezando-se pela consideração mais atenta às posições jurídicas subjetivas, que devem ser analisadas e discriminadas em cada caso concreto em que se pretenda a tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do; PONA, Éverton William. Ampliando horizontes: a expansão da categoria dos danos ressarcíveis como garantia de sustentabilidade jurídico-social nas relações privadas. In. KEMPFER, Marlene; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **Estudos em direito negocial e sustentabilidade**. Curitiba: CRV, 2012, p. 9-39.

_____. A vida numa casca de noz? – a insuficiência do direito subjetivo e a potencialidade das situações jurídicas como categoria base para a aplicação do direito e realização da autonomia privada. In. AMARAL; PONA; MARTINS (orgs.) **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito Civil, teoria geral: relações e situações jurídicas**. Coimbra: Almedina, 2002.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In. QUARESMA; OLIVEIRA; OLIVEIRA (orgs.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. pp. 51-92.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 19 jan 2017.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008.

BLOCH, Marc. **A sociedade feudal**. Lisboa: Lugar da História, 1982.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Unb, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas. De Maquiavel a nossos dias**. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política** n. 2, 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010. No caso, utiliza-se a definição para a teoria geral do direito.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEVES, João Luiz Martins. **O comando político-jurídico da Constituição. Ideologia e vinculação hermenêutica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In. TARTUCE; CASTILHO (Orgs.). **Direito Civil**. Direito patrimonial e direito existencial. São Paulo: Método, 2006, pp. 626-643.

_____. **Constitucionalização do Direito Civil**. Carta Forense. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 201-212.
FERRARA, Francesco. **Tratatto di diritto civile italiano**. Roma: Athenaeum, 1921. v. 1.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Vivianne Geraldês. A fenomenologia do Direito e o pensamento de Adolph Reinach. In. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 97, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petropolis: Vozes, 1997.

GAUDEMET, Jean; CHEVREAU, Emmanuelle. **Institutions de L'Antiquité**. Paris: Lextenso Éditions, 2014.

GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GUEDES, Néviton. **Uma decisão judicial que se tornou uma celebridade internacional**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 19 ago. 2014. Disponível no link: < <http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>. Acesso em 27 fev 2017.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Trad. Márcio Suzuki. **Estudos Avançados**, v. 3, n. 7, São Paulo, set-dez, 1989.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2008.

HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções. 1789-1848**. 18 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

IRTI, Natalino. **Introduzione allo studio del diritto privato**. Padova: Cedam, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1963.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOUCHET, Carlos; BECU, Ricardo Zorraquin. **Introduccion al Derecho**. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1970.

Oliveira, Rafael Tomaz de. **A jurisprudência e a dicotomia público versus privado**. Revista Consultor Jurídico. 6. abri 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-06/diario-classe-jurisprudencia-dicotomia-publico-vs-privada>>. Acesso em 28 fev 2017

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: teoria geral de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERNOUD, Régine. **Luz sobre a Idade Média**. Portugal: Publicações Europa-Améi, 1997

PINTO, Luiz de Aguiar Costa. **Lutas de famílias no Brasil**. São Paulo: Companhia Nacional, 1980.

PONA, Éverton William. **Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade**. Curitiba: Juruá, 2015.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In. QUARESMA; OLIVEIRA; OLIVEIRA (orgs.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. pp. 267-302.

_____. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-brasil.pdf>> . Acesso em 19 jan 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** n. 798, São Paulo, 2002. p. 23-50.

_____. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civiltica.com**. Rio de Janeiro: v. 4, n. 1, 2015.

SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. In. WOLKMER, Antônio Carlos (org.) **Fundamentos da História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. pp. 71-104.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In. SILVA (Org.) **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p.11-54.

STOCO, Nina Beatriz Ranieri. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri: Manole, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUÁREZ, Francisco. **Introducción a la metafísica**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01593074657815966322257/index.htm>>. Acesso em 19 jan 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VÁRNAGY, Tomás. O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo. In. BORON, Atílio A. (org.) **Filosofia política moderna**. De Hobbes à Marx. São Paulo: CLACSO, 2006. pp. 45-80.

VÉRAS NETO, Francisco Quantanilha. Direito Romano Clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In. WOLKMER, Antônio Carlos (org.) **Fundamentos da História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. pp. 121

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma História das Ideias Jurídicas**. Da Antiguidade Clássica à Modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.