

OS DIREITOS E O DIREITO

Filipe Antônio Marchi Levada²²

Resumo: Analisados prospectiva e retrospectivamente, os direitos referentes ao *ser* terão sido sempre direito. Ainda que no tempo futuro, serão necessariamente declarados pela ordem jurídica, que deve proteger não somente os direitos reconhecidos, mas também os reconhecíveis. Tomando os direitos subjetivos nessa perspectiva, garante-se a existência de uma sociedade democrática e plural, reafirmando-se as liberdades humanas contra pretensões autoritárias.

Palavras-chave: Direito, Ordem, Liberdade, Direito subjetivo, Direitos humanos

1. Os direitos e o Direito

O Direito constitui uma *ordem* – uma “*disposição conveniente de seres, para a consecução de um fim comum*”²³. Por sua vez, uma ordem não se origina em si mesma. Antes dela, existe aquilo que será ordenado. E nem tudo pode ser ordenado.

Uma ordenação não se pode impor ao que não existe. Seria *falseamento de ordem*. Não poderia, tampouco, ordenar objeto de natureza incompatível com ela. Constituiria *ideia arbitrária de ordem*. Os

objetos ordenados devem ser passíveis de coexistência na ordenação. Do contrário, *não haverá ordem nem desordem. Haverá não ordem*.

Há sólidos, por exemplo, que, sob dada temperatura e pressão, fundem-se. Fundidos, passam a ser um único objeto ao invés de dois. E, ao se tornarem um só objeto, deixa, ali, de existir ordem, pois esta pressupõe mais de um objeto a ser ordenado. A ordem “*implica multiplicidade e unidade. Ela é, realmente, a dominação da unidade sobre o múltiplo*”²⁴. Há, portanto, ordens fisicamente impossíveis.

De igual modo, existem ordens eticamente impossíveis. Certos elementos não podem ser objeto de uma ordenação ética. São elementos que, por sua natureza, simplesmente *são*. Quanto a eles, o ordenamento poderia, no máximo, sob o ponto de vista lógico, *declarar seu estado de ser, jamais dispor que não sejam, ou que se ordenem de maneira tendente ao não ser*. Tais elementos podem ser *declarados*, mas não desconstituídos. *São e não podem deixar de ser. São com declaração e são sem declaração. Nenhuma ordenação ética poderá dizer que não sejam. São desde sempre e para sempre*.

²² Juiz de Direito do Estado de São Paulo. Mestre e Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo.

²³ in TELLES JUNIOR, Goffredo. *Direito Quântico – Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 195. Vale-se da obra para chegar ao conceito de *ordem*, mas adota-se

solução diversa, na medida em que se analisa a *não ordem* com sentido diverso à ideia de desordem. Ao lado das ideias de *ordem* e *desordem* deve-se conceber a de *não ordem*. Um quarto vazio não representa ordem nem desordem; ali, quanto a este aspecto, há o nada.

²⁴ Idem, p. 196.

As afirmações acima não contrastam com a possibilidade de que ordenamento ético trate de elementos próprios das ordens físicas, pois o Direito é formado por proposições lógicas do mundo do *dever ser*, podendo “atuar em um plano ideal, ou seja, do dever ser e não do ser”²⁵. O mundo do *dever ser* não é incompatível com o do *ser*. O *dever ser*, não pode, contudo, dizer que o *ser não seja*, pois aniquilaria a si mesmo.

A ordem não deve, de uma maneira geral, tratar daquilo que não é de sua natureza, e, se o fizer, deverá proceder apenas confirmando que o *ser é e será*. E assim o faz, por exemplo, ao declarar direitos fundamentais, explicitando-os para que sejam *confirmados e ganhem carga de coerção; para que sejam efetivos no sistema objetivo*.

Insista-se nisto: quanto às *coisas que são, o dever ser será sempre declaratório, ainda que com fins protetivos*. Não se declarará que um ser humano é uma coisa, a menos que por arbitrariedade. No entanto, se o fizer, esta ordem não será *jurídica*, porque “é o direito um sistema de disciplina social fundado na natureza humana que, estabelecendo nas relações entre os homens uma proporção de reciprocidade nos poderes e deveres que lhes atribui, regula as

condições existenciais dos indivíduos e dos grupos sociais e, em consequência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público”²⁶.

Fica assentado, assim, que – embora não só – *o Direito declara com fins de proteção*.

Por sua vez, apenas se declara o que existe. Ainda que a declaração repouse sobre uma ideia, esta há de ter conteúdo. Não se declara o nada, afinal, o que está declarado já existia antes. *A declaração é feita para que o direito (declarado) ganhe a proteção conferida pelo direito objetivo*.

Não é necessário, todavia, que o *ser* esteja declarado para que seja reconhecível. O reconhecimento do *ser* é inescapável. Ainda que se diga, como já se disse, que um ser humano é uma coisa, o ser humano jamais terá sido uma coisa. Sempre existiu como humano. Afinal, “*a rose is a rose is a rose*”.

O *ser* não pode existir como *não ser* nem mesmo no plano das ideias. Seriam *não ideias*. O *ser* deve sempre e necessariamente existir. Portanto, antes de ser declarado, *já teria que ser declarado*. No momento em que foi declarado, *já necessitaria ter sido declarado antes*.

²⁵ in RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 13-14.

²⁶ in RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6 ed. anot. atual. com o novo Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 55.

Prospectiva e retrospectivamente, terá sido *sempre direito*.

O Direito não nasce de uma ruptura arbitrária. É, ao contrário, fruto de um passado que se conecta com o presente e encontra nele o seu fundamento. O que eventualmente aparenta ser *ruptura* é fruto de *maturação*. François Ost explicita que a ordem nasce de: “(...) um elo que não para de se estender em direção a um passado que nunca deixou de irradiar em direção ao presente. (...) a anterioridade da fundação era apenas fingida e retrospectiva. De uma certa forma, ela era igualmente real e prospectiva. Ora, se isso é verdade, como acreditamos ser, então já não podemos defender que o momento fundador opera apenas no vazio e na violência, ou que só tem de prestar contas a si mesmo (...)”²⁷. E fundamenta: “(...) a análise do futuro anterior do momento fundador (quando se tiver imposto, *já terá sempre sido* legítimo) faz-nos retomar a dialética do tempo instituinte e do tempo instituído. Está na natureza do tempo instituinte inverter-se nas formas estáveis do tempo instituído”²⁸.

Como *jamais poderia não ser*, ainda que na forma de ideia ou de declaração de ideia, *o ser sempre conteve em si a declaração de ser*. É *ser* em essência e *dever*

ser em consequência. É, alegoricamente, *direito antes do Direito*.

2. O sujeito dos direitos

Adotando a premissa explanada, há *sujeito de direito independentemente do Direito*. Todo indivíduo possui, ao menos, o *direito de ter direitos*. Do contrário, o Direito deixaria de se destinar ao sujeito e acabaria por não se justificar teleologicamente, pois “(...) é feito e existe para o homem individualmente e socialmente considerado”²⁹, de modo que “*o eu é a razão do dever ser*: tal é (...) a norma fundamental, o imperativo categórico de toda a ordem ética”³⁰.

Merece nota a observação que lança Hans Kelsen ao afirmar que a noção de sujeito jurídico teria conotação ideológica e finalidade de “defender a instituição da propriedade privada da sua destruição da ordem jurídica”³¹. A razão do conceito é lógica, não ideológica, e diz respeito ao *ser*, não ao *ter*. O sujeito do *ter* pode dispor do direito, e a coletividade desses sujeitos poderia dispor coletivamente de seus direitos. Não é, pois, a noção de *sujeito de direito* que impede o fim da propriedade privada, mas a falta de desejo da coletividade

²⁷ in OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 75/77.

²⁸ Idem, p. 77.

²⁹ in RAO, Vicente. *op. cit.* p. 632.

³⁰ in TELLES JUNIOR, Goffredo. *Filosofia do direito*. São Paulo: Max Limonad, Ano n/d. 2º tomo. p. 477.

³¹ in KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 120.

de que isto ocorra. Não obstante, à crítica se poderia lançar objeção idêntica, visto que sugere ideologia oposta – ou, ao menos, a ideologia de não se ter ideologia.

Massimo La Torre demonstra que, ao formular tese que justificaria o nacional-socialismo, Karl Larenz também negou a existência do *sujeito de direito*, atribuindo ao indivíduo apenas uma *posição jurídica perante a comunidade e não o direito de ter direitos*. Afirma Massimo La Torre que a “(...) capacidade abstrata de cada ser humano de ser ‘pessoa’, sujeito de direito, vale dizer, titular potencial de todos os direitos possíveis, ou – como diria Hannah Arendt – titular do ‘direito de ter direitos’, é substituída – segundo Larenz – pela capacidade concreta da *Volksgenosse*, cujo alcance é determinado pela capacidade específica de ocupar uma dada posição na estrutura social da comunidade”³².

As críticas ao conceito de *sujeito de direito* dão dimensão do tamanho de sua

importância, e, ao invés de enfraquecê-lo, reafirmam-no. Uma ordem concebida por pessoas e para pessoas não pode negar a figura do sujeito de direito, afinal “*pessoa*, no mundo do Direito, é a *ENTIDADE TITULAR DE DIREITOS SUBJETIVOS*. Para o Direito, pessoa é o *SUJEITO DE DIREITO*”³³.

Em havendo sujeito, existe Direito, e vice-versa.

3. A limitação lógica do Direito

Seria uma contradição a ordem ordenar o que levaria à sua inexistência. Haverá ordem desde que se tenha ordenado o que é objeto de ordem. Trata-se de seu fundamento lógico. A ordem não pode dispor que ela mesma não seja. Do contrário, existirá *ordem tendente à não ordem*, ou seja, mera aparência daquela.

Como afirma Norberto Bobbio, “(...) para que se possa falar de uma ordem, é

³² in TORRE, Massimo La. “*Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*”. “*Rivista internazionale di filosofia del diritto*”. Milano: Giuffrè Editore. n. 4, p. 612. Tradução livre de “(...) *capacità astratta di ogni essere umano di essere ‘persona’, soggetto di diritto, vale a dire titolare potenziale di ogni possibile diritto, o – come direbbe Hanna Arendt – titolare del ‘diritto di avere diritti’, va sostituita – secondo Larenz – la capacità concreta del Volksgenosse, il cui ambito è determinato dalle distinte capacità particolari di occupare posizioni specifiche entro l’organizzazione della ‘comunità del popolo’*”. O autor ressalva que Hans Kelsen e Karl Larenz, apesar de passarem à margem da subjetividade jurídica, tinham objetivos distintos e estruturaram doutrinas diversas: “*Per Larenz, come*

per i giuspositivisti conseguenti, come per Kelsen, la situazione giuridica soggettiva tradizionalmente denominata ‘diritto soggettivo’ è considerata una specificazione del diritto oggettivo (...). L’attacco di Larenz alla nozione di diritto soggettivo è molto più radicale, e si dispiega sia sul piano ideologico (dove presenta alcune affinità con le tesi di Kelsen) sia sul piano della politica del diritto (dove invece diverge profondamente dalla dottrina kelseniana), per una ristrutturazione dell’ordinamento che liquida il meccanismo del diritto soggettivo (soprattutto per ciò che concerne i cosiddetti diritti ‘assoluti’ e diritti di libertà)”.

³³ in TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 275.

necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si (...)”³⁴.

Por sua vez, o *ser* é pressuposto das ordens éticas. O Direito existe para os homens, de modo que os destruir levaria a um *não ser*. Destruí-los parcialmente levaria a um *parcial não ser* ou a uma tendência de inexistência de ordem. Isto esbarra em um paradoxo: como o *ser* é pressuposto da ordem, *a ordem que desconsidera o ser faz perecer a si mesma*.

A ordem é latente ao ser. Há, pelo menos em potência, parte dela no objeto a ser ordenado. Apenas de um ponto de vista estritamente formal seria correto negá-lo, como o faz Hans Kelsen ao afirmar que “(...) da circunstância de algo *ser não* se segue que algo deva *ser*”³⁵.

No *ser*, há *dever ser*, isto é, o *dever ser* já existe no *ser*. Ainda que a lei silencie a respeito dos lírios, haverá lírios e estes sempre serão lírios. E se *são e devem continuar a ser*, são *ser* e *dever ser* independentemente da lei. *Para o ser, as leis são desnecessárias ou inócuas*. Afinal, *“as leis não bastam. Os lírios não nascem das leis”*.

Fica demonstrado, portanto, que há, nas ordens éticas, seres não declarados

ainda. Observe-se, porém, que haveria impossibilidade lógica de declaração em contrário, pois não se poderia dizer que um *ser não é*.

A proteção ao *ser* existirá no direito objetivo mesmo que não declarada expressamente. *Nem tudo precisa estar declarado pelo Direito para que esteja por ele protegido. São direito independentemente do Direito, ou, como já se disse, direito que, do ponto de vista retrospectivo, terá sempre existido*.

Há uma limitação lógica ao Direito, portanto. *Não é possível que se ordene que um ser não seja ou que seja tendente a não ser. Ser ou não ser não é uma liberdade. O ser e o não ser são não liberdades*.

O Direito regula o que os homens fazem de si, desde que sejam. Assim, *regula as liberdades, não as não liberdades*.

A questão deve ser analisada às avessas, portanto, pois a noção de liberdade não pode ser apreendida, mas a de *não liberdade* sim. E isto é próprio de conceitos que só se apreendem pelo negativo. Tal como se dá, por exemplo, com os conceitos de saúde (= ausência de doença) e de sanidade (= ausência de loucura).

Qualquer afirmação positiva, acerca dessas ideias, constituirá divagação carregada de conteúdo valorativo. Por outro

³⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 71.

³⁵ in KELSEN, Hans. *op. cit.* p. 5.

lado, são palatáveis se aferíveis por seu antônimo. Assim também a liberdade e a não liberdade. Tem-se, desta maneira, *a limitação lógica do direito objetivo: este não pode tratar das não liberdades*. Não se nega o direito positivo. Trata-se, ao contrário, de sua afirmação, explicitada em sua limitação lógica.

4. O Direito como um sistema imperfeito

Se há limitação lógica ao Direito, este jamais constituirá um sistema perfeito, sob a ótica formal e da completude. Qualquer tentativa nesse sentido resultará em um sistema artificial, tendente a ser utilizado como artifício de aspirações políticas.

Um sistema imperfeito, que se afirme por sua limitação, possibilita resultados melhores. Um sistema imperfeito leva a imperfeições imperfeitas enquanto um sistema perfeito tende a imperfeições perfeitas. O razoável deve ser o objetivo. Assim – e só assim – o Direito não levará ao completo absurdo.

Tal consideração não descaracteriza o Direito como *sistema*, que, dessa forma, se qualifica, segundo Norberto Bobbio, por “(...) uma *regra de coerência*, que poderia ser assim formulada: ‘Num ordenamento jurídico não *devem* existir antinomias’”³⁶. A

limitação lógica, retro enunciada, não só não impossibilita atingir esta finalidade como resguarda que o Direito não aniquile a si mesmo.

A imperfeição, na verdade, não está no sistema. Este é o que é o tempo. É o que é no tempo. Contudo – é verdade –, sempre há o perigo da operacionalização de algo, o que não deixa de ser uma imperfeição. *Alguém terá que dizer o que não é Direito. Mesmo diante do direito posto, alguém terá que realizar uma depuração lógica, analisando se o Direito não dispôs sobre um não direito*. A imperfeição está não nesta ideia, mas no alguém ou na operação de depuração realizada pelo alguém. No juiz ou no processo de interpretação.

Em contrapartida, a alternativa é arriscada. Aceitar como Direito o que o legislador diz que o é já levou a desastres. A operação jurisdicional, ao menos, é controlável pela instância judiciária superior, que, por sua vez, é autocontrolada pelo colegiado. Há tendência ao equilíbrio.

O mundo é imperfeito, impermanente e incompleto. Por isto, deve-se conceber um sistema com as mesmas características, o qual, não obstante considerando o direito posto – perfeito, estático e completo –, não desconsiderará a transitoriedade de tudo. Somente assim é

³⁶ Idem, p. 110.

possível situar o Direito em um tempo multivetorial.

O Direito, aponta François Ost, “é medida, pelo menos em quatro sentidos que vão da norma ao tempo. Em direito, tomam-se ‘medidas’: decisões, regras de conduta; fala-se de medidas de ordem pública, de medidas de segurança, de medidas conservatórias... Num segundo sentido, mais fundamental, o direito é instrumento de medida, como o é a régua que mede e a balança que pesa aos interesses em conflito. Do direito, espera-se que avalie a justa proporção das relações, a importância das prestações e dos prejuízos, a igualdade dos direitos e dos deveres, como já o sublinhava Aristóteles. Expressão do meio justo, o direito é medida ainda num terceiro sentido, que é o do equilíbrio, da moderação, da prudência (*jurisprudencia*). Expressão do limite, ele exprime a ‘justa proporção’ das coisas; ao fazê-lo, opõe-se à desmesura da *ubris*, à qual prefere o comedimento da paciência, as afinações de um ajuste permanente. Finalmente, o direito é medida num quarto sentido que a ideia de ‘comedimento’ anunciava: no seu trabalho de ajuste permanente, a medida jurídica é ritmo – o ritmo que convém, a harmonia de

durações diversificadas, a escolha do momento oportuno, o tempo concedido ao andamento do social. Demasiado lento, provoca frustrações e alimenta as violências do amanhã; demasiado rápido, gera a insegurança e desencoraja a ação. É essa, então, a medida do direito: norma, proporção, limite e ritmo”³⁷.

Aceita esta realidade, o Direito poderá encontrar direitos que já existem, mas que ainda não são apreensíveis pelo intelecto³⁸. Não criará direito novo, à revelia do direito objetivo. Descortinará direito existente. Há seres coisificados em algum lugar e eles precisam ser descobertos. Apenas um sistema aberto ao *ser* e ao *não ser* poderá fazê-lo.

5. A interpretação do Direito e dos direitos

A consequência lógica do que foi exposto é que, *antes de interpretar a norma, o juiz deve depurar se esta é ou não é Direito; se atina ou não ao mundo do dever ser ou se é um ser disfarçado de dever ser.*

Ao realizar esse primeiro filtro, o *juiz atuará de maneira lógica, sem*

³⁷ OST, François. *Op. cit.* p. 426.

³⁸ Antonio Junqueira de Azevedo inquietou-se com o fato e escancarou a questão: “(...) A descoberta da evolução não só pôs por terra a ideia de que a natureza é imutável – há mutação das espécies – como nos obriga a acordar para o valor da “vida”

inclusive dos animais (...)” (in AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *O Direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, 2007. v. 102. p. 588).

considerações de qualquer ordem que não seja a própria ideia de ordem.

Se concluir que há Direito, sob a lógica de um ordenamento ético, passará a um segundo filtro, *verificando se a norma realmente é norma, ou seja, se exprime aquilo que, em uma dada sociedade, é tido como normal.* As normas, ensina Goffredo Telles Junior, “são concepções ideais de procedimento e de estados *usuais e comuns*, ou de procedimento e estados que se quer que sejam *usuais e comuns*”³⁹.

Ao realizar este segundo filtro, *o juiz valorará a norma à vista do fato e do direito posto, cotejando se estão de acordo com o direito objetivo e se constituem direito válido, ante os deveres éticos impostos pelo ordenamento.* Por fim, em um terceiro filtro, *o juiz analisará se o direito não está em confronto com outro direito, coibindo o abuso do exercício deste.*

Fica assentado, assim, que, ao proferir decisão, o juiz deverá realizar três filtros: o primeiro, para perquirir sobre a existência ou inexistência de Direito; o segundo, realizando a valoração da norma, em cotejo com o ordenamento jurídico; o terceiro, confrontando o direito com outros

direitos, coibindo o exercício abusivo destes.

6. O Direito e os direitos

6.1. Direito objetivo

Considerado no tempo, o Direito é mais do que aparenta ser. O direito já existe no futuro de seu passado. O presente é a “justa medida dos tempos misturados”⁴⁰. Há, no direito objetivo, direitos que, do ponto de vista retrospectivo, sempre terão sido Direito. O Direito evolui no tempo do Direito e não no do legislador.

Por esta razão é possível encontrar, no sistema objetivo, normas ainda não explicitadas. São normas que, embora não reconhecidas, são passíveis de reconhecimento. Em muitos casos, a lei nova apenas explicita o que o ordenamento já tinha em seu interior⁴¹.

Como consequência, *o direito objetivo contém normas reconhecidas e reconhecíveis.*

Como já dito, *norma é aquilo que expressa a qualidade do que é normal, em uma dada sociedade.* E esta qualidade, por

³⁹ in TELLES JUNIOR, Goffredo. *Direito quântico – Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica.* Op. cit. p. 206.

⁴⁰ in OST, François. Op. cit. p. 432.

⁴¹ Conforme sustenta a dissertação de Mestrado defendida perante a Faculdade de Direito da

Universidade de São Paulo, ao tratar do *direito intertemporal.* O trabalho está publicado em LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Direito intertemporal e a proteção do direito adquirido.* Curitiba: Juruá, 2011.

sua vez, pode se revelar por meio de regras ou de princípios, explícitos ou implícitos.

Tais normas distinguem-se devido às regras que impõem um dever definitivo, enquanto os princípios expressam deveres *a priori*. E, por que expressam *deveres*, são ambas normas jurídicas, impositivas, ordenando um determinado comportamento.

Explica Robert Alexy: “Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou, ainda, autorizam a fazer algo de forma definitivo. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como ‘mandamentos definitivos’. Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas”⁴².

Explicitando os conceitos e sua juridicidade, Virgílio Afonso da Silva enuncia: “Segundo Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas

presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização. Importante, nesse ponto, é a ideia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser – e frequentemente é – obstada pela realização de outro princípio. Essa ideia é traduzida pela metáfora da colisão entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 - (P1 P P2) -, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C - (P1 P P2) C. Visto que para se chegar a um resultado ótimo é necessário, muitas vezes, limitar a realização de um ou de ambos os princípios, fala-se que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes. Diante disso, a diferença entre princípios e regras fica ainda mais clara. As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. No caso dos

⁴² in ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*, tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.85.

princípios, o grau de realização pode, como visto, variar”⁴³.

E exemplifica: “João promete ir à festa de aniversário de seu amigo José. Entrementes fica João sabendo que seu outro amigo, Jorge, está extremamente doente e precisa de sua ajuda. Para João, tanto quanto cumprir as promessas feitas, ajudar um amigo também é um dever. Nesse caso concreto, contudo, não é possível cumprir ambos os deveres. Após ponderação, decide João ajudar seu amigo doente e não ir à festa de José. Isso não significa, porém, que ‘cumprir promessas’ tenha deixado de ser um dever para João. A constelação aqui é simples e clara: tanto o dever de cumprir promessas, como o dever de ajudar os amigos, são deveres *prima facie*. Isso significa que, diante das possibilidades do caso concreto, o dever pode não se revelar um dever definitivo, realizável. No caso concreto, o dever definitivo é aquele que é produto de uma ponderação ou sopesamento e que é expresso por uma regra com a seguinte redação: ‘Em situações como a do tipo S1, o dever de ajudar os amigos tem prioridade em face do dever de manter promessas’. A colisão entre ambos os deveres, como se vê,

não é apenas aparente, mas real. Nesse exemplo simplório, pode-se dizer que a decisão é fácil. Isso, contudo, não suaviza a colisão que existe entre dois deveres *prima facie*. Não é também difícil de se perceber que a situação descrita no exemplo é a mesma que ocorre com a colisão de direitos fundamentais. A característica que distingue princípios e regras não é a existência de uma ‘consequência determinada’ ou de ‘vagueza’. A diferença é de outra natureza: regras expressam deveres definitivos, enquanto princípios expressam deveres *prima facie*”⁴⁴.

Fica demonstrado, assim, que o direito objetivo se expressa em regras e princípios, expressos e implícitos, reconhecidos e reconhecíveis.

6.2. Direito subjetivo

Se o Direito *deve* reconhecer o *ser*, conforme se demonstrou, necessariamente os direitos devem possuir um sujeito. Por sua vez, se o Direito está a serviço do indivíduo, os direitos devem se subordinar ao sujeito, não o contrário. Conforme observa Jean Dabin, “no conceito de direito subjetivo reside a ideia específica de pertença”⁴⁵. Logo,

⁴³ in SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras – mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I (2003): 607-630. p. 610/611

⁴⁴ Idem, p. 619.

⁴⁵ DABIN, Jean. “*Le droit subjectif*”. Paris: Dalloz, 1952. p. 80. Tradução livre de: “*Au départ du concept*

de droit subjectif se place l'idée spécifique d'appartenance”. Sobre o direito subjetivo como *poder*, cito Luiz da Cunha Gonçalves: “Direito subjetivo é o poder jurídico de cada pessoa singular ou coletiva, baseado no direito objetivo, e que se dirige às outras pessoas, a fim de lhes reclamar o cumprimento de fins e interesses humanos (...). É *poder jurídico*,

deve-se reconhecer que os indivíduos têm poder no Direito.

Este poder, por sua vez, decorre do sistema normativo, que engloba as regras e princípios, expressos e implícitos, reconhecidos ou reconhecíveis. Tais normas autorizam a utilização de certas faculdades humanas, conferindo aos sujeitos proteção.

porque o poder extrajurídico ou antijurídico não pode ser *direito*. (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad. 1951, p. 62, v. 1). Sobre o direito subjetivo como *poder de usar de uma faculdade*, cito Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda: “O direito subjetivo não é a faculdade, ainda que seja ela *uma só*; o direito subjetivo é que *contém* a faculdade. Porque o direito subjetivo é o poder jurídico de ter a faculdade. A faculdade é fáctica, é meio fáctico para a satisfação de interesses humanos; o direito subjetivo é jurídico, é meio jurídico para a satisfação desses interesses” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Tomo I. Ação, classificação e eficácia. 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972. p. 38-39).

⁴⁶ Sobre as várias teorias acerca dos direitos subjetivos, incluindo as *negativistas*, com a ressalva de que não é meu objetivo, nesta nota, descrever sobre as várias formas de analisar o tema, mas apenas contextualizá-lo, cito, por todos, Tercio Sampaio Ferraz Júnior: “A doutrina, tradicionalmente, costuma distinguir entre direito objetivo enquanto o conjunto das normas que regulam a ação humana; portanto, o direito enquanto regra de conduta (*norma agendi*), a que se opõe o direito subjetivo, significando uma certa prerrogativa estabelecida ou reconhecida pelo direito objetivo em favor de um indivíduo ou de uma coletividade e que faz deles sujeito de direito (Dabin, *El derecho subjetivo*). O direito subjetivo aparece, neste sentido, como algo que o sujeito tem de modo garantido (*facultas agendi*). A expressão faculdade de agir é, porém, passível de muitas críticas, o que faz do próprio direito subjetivo um dos temas mais disputados da teoria jurídica. Como nota Kelsen, ela refere-se primeiro a ideias de que um indivíduo tem o direito de se comportar de determinado modo. Isto significa que sua conduta não é proibida, mas permitida no sentido negativo: ele é livre para agir ou omitir, mas também se podemos entender que um determinado indivíduo está obrigado a se comportar perante outros de certo modo. Ou seja, ele obriga-se a uma ação ou omissão com respeito ao outro. Isto é, diante do outro ele tem um dever ou de lhe suportar

Reconhecidas pela norma, são direito subjetivo, no presente; reconhecíveis pela norma, são direito subjetivo perspectiva e retrospectivamente, pelo que também *são*.

Enuncia-se, assim, que *os direitos subjetivos são o poder reconhecido ou reconhecível pela norma jurídica para o uso de uma faculdade*⁴⁶. Seu conceito é possível

a conduta ou de realizar algo para o outro. Aí a expressão *faculdade* significa que o outro tem uma pretensão a um certo comportamento, a qual se manifesta através de *um exercício* regulado de um direito. Por último, a expressão está ligada aos chamados direitos políticos. São os chamados direitos públicos subjetivos. Além disso, o direito subjetivo também pode significar, como em Jhering, um interesse juridicamente protegido. Este argumenta que como o direito existe a serviço do homem, sempre tem por objeto um interesse, um valor, uma utilidade que ele aproveita, de que ele tem o gozo garantido. Aí aparecem dois elementos constitutivos: um substancial que é a utilidade, o proveito, o interesse; e outro formal, relacionado com o anterior e consistente na ação ou proteção jurisprudencial. Neste sentido, este é o seu entendimento de direito subjetivo, supramencionado. Há quem veja no conceito, como Savigny, um fenômeno assentado na vontade. A essência do direito subjetivo define-se como uma esfera independente de domínio da vontade. As relações jurídicas são estabelecidas entre várias pessoas e determinadas por regras de direito. Por isso o direito subjetivo consiste nesta vontade disciplinada pela norma jurídica que lhe assegura autonomia. Existem teorias mistas, que conciliam posições como as de Savigny e Jhering, p. ex., na definição de Jellinek, que vê o direito subjetivo como um bem ou interesse protegido por um poder da vontade pertencente ao homem. Jean Dabin, na sua famosa monografia, propõe que direito subjetivo envolve uma ideia de pertença, um valor ou bem que pertence a um sujeito, por força do direito objetivo. Fato é que, pelas dificuldades que as teorias apresentam, há também autores que procuram demonstrar que direito subjetivo, como um dado independente, como uma realidade própria, não existe. Tal é o caso de Kelsen que nos fala em direito-reflexo. Reduzindo todo o direito a um sistema de normas, Kelsen mostra que aquilo que se pretende como direito subjetivo nada mais é do que o reflexo de um dever jurídico que existe por parte dos outros em relação ao indivíduo de que se diz ter um direito subjetivo. Como o dever jurídico é apenas

e necessário. Como afirma Vicente Ráo, “(...) o reconhecimento e a proteção dos direitos subjetivos constituem condição essencial de legitimidade a todo e qualquer sistema jurídico”⁴⁷.

7. O direito subjetivo como categoria necessária à garantia dos direitos

Aspirações totalitárias não são compatíveis com a ideia de direito subjetivo, pois este *garante a liberdade independentemente do Estado e contra o*

a conduta prescrita pela norma a alguém, o chamado direito subjetivo nada mais é do que o fenômeno normativo, visto do ângulo do dever. Também Duguit tem uma posição negadora, para quem, sendo o direito objetivo a tradução da regra de direito (regra resultante da consciência social do grupo comunitário) em preceitos, o direito subjetivo não é, por sua vez, produzido pela vontade da personalidade de um sujeito, mas antes uma situação jurídica consistente na conformidade do comportamento de um ou mais indivíduos, com os preceitos impostos pela regra de direito. Mais recentemente, encontramos interessantes observações a respeito do direito subjetivo na escola escandinava. Karl Olivecrona, p. ex., diz que, quando usamos esta expressão, fazemo-lo como se ela denotasse uma posição real de uma pessoa com respeito a uma coisa. Mas definir esta posição real é impossível, pois o direito de alguém à propriedade de um terreno não é idêntico à sua posse nem à garantia do Estado a uma posse tranquila ou aos preceitos dirigidos a todos, proibindo sua interferência naquela posse, nem à possibilidade de iniciar uma ação contra os que violam a posse. O direito subjetivo à propriedade, como expressão, não tem, assim, um referencial real. Trata-se de uma expressão ou “palavra oca” que tem apenas a função de influir na conduta, na medida em que serve de nexos para um conjunto de regras, as regras de aquisição da propriedade, de indenização de danos etc., e que se referem à situação em que uma pessoa é proprietária de um objeto e outra pessoa faz algo em relação a este objeto. Trata-se de uma função facilitadora das relações jurídicas, pois, se suprimíssemos a expressão, as relações continuariam a existir, ainda que fosse mais difícil manejá-las de modo

Estado. Se há direito subjetivo, não há tirania – sejam as escancaradas ou as que se escondem, sutis, sob a ditadura da maioria. É conceito que assegura um sistema democrático e plural, como quer todo povo em estágio civilizatório avançado.

No período do nacional-socialismo, a Alemanha empreendeu luta feroz contra o direito subjetivo. Buscou aniquilar o direito individual em prol de um suposto interesse superior da comunidade alemã. *Colocou o Direito contra os direitos*.

unitário. (...) Discute-se se os romanos chegaram a ter uma noção de direito subjetivo. Helmut Coing é, a propósito, de opinião que a noção só vem a aparecer em função do jusnaturalismo do século XVIII. Os romanos falavam em *actiones*, mas transformá-las em direitos subjetivos seria uma transposição indevida. Apesar disso, muitos reconhecem que as primeiras classificações remontam a Gaio, com sua famosa distinção entre direitos das pessoas, das coisas e das ações. Savigny tem também uma conhecida classificação, em que fala em direitos de família e direitos dos bens, estes subdivididos em direitos das coisas e das obrigações. Entre nós, Teixeira de Freitas classificou-os em pessoais e reais, os primeiros abarcando as relações civis e de família; os segundos os direitos reais sobre coisas próprias e os sobre coisas alheias. Há ainda a famosa classificação de Roguin, que nos fala em direitos subjetivos absolutos (os que valem *erga omnes*) e relativos (os que valem *erga singulum*). Os primeiros compreendem os pessoais (*in persona ipsa*), os potestativos (*in persona aliena*) e os reais (*in re*). Os segundos compreendem os obrigacionais. À parte, classificou ainda os que não são nem absolutos nem relativos (os intelectuais e industriais), que chamou de monopólios de direito privado. Jean Dabin classificou-os em direitos da personalidade, reais sobre coisas materiais, de crédito ou de obrigação (que afetam as pessoas), direitos intelectuais sobre coisas incorpóreas, direitos interindividuais e corporativos, direitos com fim egoísta e direitos-função” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v 69. p. 330/333).

⁴⁷ RÁO, Vicente. *Op. cit.* p. 631.

Para tanto, pressupõe uma superioridade absoluta do interesse público para concluir, equivocadamente, que a ideia de direito subjetivo seria individualista, impedindo a concretização dos interesses da generalidade do povo alemão.

Contudo, o arbítrio individual não ocorre com o conceito de direito subjetivo, porque o poder de utilizar de uma faculdade é atribuído com isonomia a outros tantos componentes da coletividade. A norma que garante o exercício do direito subjetivo é limitada por outra norma, que possibilita a defesa contra o exercício abusivo dele. *A existência de duas normas autorizantes (uma do uso de uma faculdade de agir e outra do direito de se defender) limita o exercício do direito.*

De igual modo, não há, no direito subjetivo, impedimento à prevalência do interesse social, quando o caso. A sociedade é formada por um conjunto de direitos subjetivos que impedem, coletivamente, o exercício abusivo de um direito individual, possuindo um direito (geral) contra o exercício abusivo dos direitos (individuais). Como observa Cláudio Antônio Soares Levada, “embora o abuso refira-se, como regra, a relações jurídicas definidas, intersubjetivas, em conflito, pode-se dar

também em face de interesses difusos ou coletivos (...)”⁴⁸. Logo, pode-se concluir que *há direitos subjetivos difusos que, em certos casos, impõem a prevalência do interesse social sobre o particular.*

Não obstante, em um sistema democrático, nem sempre há prevalência do interesse público sobre o particular, pois a garantia dos direitos fundamentais também está calcada no interesse público. Por isto, a teoria da “norma e contranorma” não se mostrou suficiente para os juristas cooptados pelo regime social-nacionalista. Para estes, a concessão ao interesse social, porque relativa, também seria individualista.

Massimo La Torre desnuda o pensamento jurídico que se edificou naquela triste era: “(...) Siebert considera inadequada e insatisfatória a concepção de abuso de direito elaborada pela 'jurisprudência de interesses'. Esta considera que o 'abuso do direito' surge no caso de uma desproporção entre o direito e o interesse, ou melhor, uma desproporção entre o direito e o interesse (perseguido pelo exercício do direito) àquele oposto. (...) Mesmo se for reconhecido que o interesse individual deve ceder, em certas situações, à sociedade, em face de interesses opostos, não se afasta de uma perspectiva

⁴⁸ in LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *O abuso e o novo direito civil brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em:

<http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1862>. Publicada em livro homônimo, *O abuso e o novo direito civil brasileiro*. Jundiaí: Ed. Unianchieta, 2007. p. 62.

essencialmente individualista. E isto está seriamente reconciliado com a *Weltanschauung* coletiva e orgânica do nacional-socialismo”⁴⁹.

Não bastava, ao nacional-socialismo alemão, que o indivíduo, livre, cedesse aos interesses da coletividade. Era necessário que passasse a uma situação de inferioridade *a priori* em relação ao Estado, de modo que “(...) a partir do ponto de vista da ‘comunidade’, do povo todo, a família, (...) estes (...) são tidos como o ponto de chegada do pensamento jurídico, como a primeira causa e o fim da lei, e como fundamento natural da existência do indivíduo e de seu direito subjetivo (...)”⁵⁰. O indivíduo, para o nacional-socialismo, deveria existir não para si mas para o Estado.

Com base nessa premissa, seriam sujeitos de direito apenas os indivíduos comprometidos com os ideais da comunidade alemã. O direito subjetivo deixou de ter papel central e a qualidade de sujeito de direito passou a ser vista sob o ponto de vista da comunidade. Apenas ao membro legítimo da comunidade seria

conferida a qualidade de sujeito de direito. E apenas quem tinha sangue alemão, bem como comprometimento com o nacional-socialismo, seria considerado parte da comunidade. A personalidade jurídica passou a ser atributo de alguns poucos – e a consequência é conhecida, trágica e triste.

Observa Massimo La Torre, apontando para Karl Larenz: “(...) Segundo Larenz, a subjetividade jurídica não pertence a cada indivíduo em virtude de ser homem, mas apenas para quem é membro da *Volksgemeinschaft*. (...) É sujeito jurídico – nessa perspectiva – não mais qualquer homem, o ‘mero homem’ (*der Mensch schlechthin*), mas o homem que ocupa uma posição particular na comunidade. Ocupar tal posição pressupõe a qualidade de membro (*Glied*) desse organismo, da comunidade. E só é membro da ‘comunidade do povo’ – diz Larenz – apenas se se possui sangue alemão (...). Apenas o verdadeiro alemão (...). Todos os outros são seres juridicamente incapazes ou não plenamente capazes. A personalidade

⁴⁹ TORRE, Massimo La. *Op. cit.* p. 602. Tradução livre de: “(...) *Siebert giudica inadeguata e insoddisfacente la concezione dell'abuso del diritto elaborata dalla 'giurisprudenza degli interessi'*. Questa ritiene che l'abuso del diritto si da nel caso di sproporzione tra il diritto e l'interesse, o meglio di una sproporzione tra il diritto e l'interesse (perseguito mediante l'esercizio del diritto) e gli interesse a quello contrapposti. (...) Anche se si riconosce che l'interesse individuale deve in certe situazioni soccombere dinanzi agli interessi che

sono contrapposti, non ci si allontana da una prospettiva essenzialmente individualista. E questa mal si concilia con la Weltanschauung collettivistica e organicistica del nazionalsocialismo”.

⁵⁰ Idem, p. 599. Tradução livre de: “(...) *dal punto de vista della 'comunità', dell'intero popolo, della famiglia, (...) questi (...) vengono assunti come il punto di arrivo della riflessione giuridica, come la causa prima e il fine del diritto, e come il fondamento naturale dell'esistenza del singolo e del suo diritto soggettivo (...)*”.

jurídica deixa de ser um atributo do homem como tal e se torna um privilégio (...)”⁵¹.

A tese se operacionalizou, com Karl Larenz, substituindo-se o conceito de direito subjetivo pela ideia de *situação jurídica*, aferível pela posição jurídica do indivíduo enquanto integrante da comunidade do povo alemão. Como, por outro lado, a posição jurídica só seria reconhecível perante a comunidade, o que seria direito subjetivo passou a integrar o direito objetivo. Tal posição jurídica exprimiria um dever perante a comunidade, do qual decorreria a qualidade de sujeito. As noções de direito e dever deixaram de se contrapor e formaram uma única figura. “Larenz, para obter a ‘superação’ da tradicional contraposição entre direito objetivo e direito subjetivo, reduz o direito subjetivo à ‘posição jurídica’ do sujeito e esta a dever (...) então o direito subjetivo (...) e o dever são a mesma coisa”⁵².

Dessa forma, com Karl Larenz, a noção de relação jurídica foi reformulada para uma perspectiva orgânica, deixando de espelhar-se em ato voluntário e entre

sujeitos, como antes, transformando-se em caráter obrigatório e com o Estado. O objeto das obrigações passou a ser determinado não pela vontade, mas pelo que seriam os supostos interesses da comunidade alemã.

De relação entre partes, com direitos e deveres recíprocos, a relação obrigacional agora seria um dever geral e social, regulado pelos ditames da boa-fé. O contrato deixou de ter foco nos contratantes e a autonomia privada passou a ser condicionada pelo que seriam os interesses do povo alemão. Os interesses da comunidade, expressos na boa-fé, constituiriam não somente limite, como também conteúdo da obrigação. “Larenz reformula essa relação como um fato orgânico, uma relação de vida que não pode ser resumida na soma dos direitos e deveres que ela gera. (...) Assim, o conteúdo da relação obrigacional é determinado não apenas pela vontade das partes, mas também por essa ordem (...). Esta determinação do conteúdo das relações obrigacionais pela comunidade passa – nesta concepção – à obrigação que incumbe às partes de uma

⁵¹ Idem, p. 607-608. Tradução livre de: “(...) *Secondo Larenz la soggettività giuridica non appartiene a ciascun individuo in virtù del suo essere uomo, ma soltanto a colui è membro della Volksgemeinschaft. (...) È soggetto giuridico – in questa prospettiva – non più qualunque uomo, il ‘mero uomo’ (der Mensch schlechthin), ma l’uomo che occupa una posizione particolare nella comunità. L’occupare una tale posizione presuppone la qualità di membro (Glieder) di quell’organismo, della comunità. E si è membri della ‘comunità del popolo’ – afferma Larenz – solo se si è di sangue tedesco (...). Solo il vero*

tedesco (...) ovvero soggetto di diritto. Tutti gli altri sono esseri giuridicamente incapaci o non pienamente capaci. La personalità giuridica cessa di essere un attributo dell’uomo come tale, e diventa un privilegio (...).”

⁵² Idem, p. 636. Tradução livre de: “*Larenz, per ottenere il ‘superamento’ della tradizionale contrapposizione tra diritto oggettivo e diritto soggettivo, riduce il diritto soggettivo a ‘posizione giuridica’ del soggetto e questa a dovere. (...) allora il diritto soggettivo (...) e il dovere solo la medesima cosa.*”

conduta de boa fé. (...) O contrato – nessa perspectiva – é concebido como um ‘meio de formação do ordenamento popular’. A comunidade, que não pode, por si, regular tudo e, portanto, precisa da colaboração responsável do indivíduo, reconhece então a este uma esfera limitada de autonomia, que, no entanto, é determinada antecipadamente pelos objetivos que a comunidade se propõe. O conteúdo do contrato não pode depender apenas da vontade das partes ou mesmo de uma delas, mas é determinado de tempos em tempos pela ordem popular, ou seja, pela lei e pela necessidade concreta de boa-fé (...)”⁵³.

Ao reformular o conceito de relação jurídica, por conseguinte, Karl Larenz reconfigurou o de pessoa, pois, como observa Nestor Duarte, “pessoa é o ente que pode ser sujeito de relações jurídicas”⁵⁴.

Aquele que, pelo simples fato de ser humano, seria sujeito de direitos, passou, antes, a devedor da comunidade, em uma

situação jurídica que reúne o dever (posição passiva) e o direito (posição ativa). Não há direitos, há situações – manejadas por quem dita a situação.

Conforme descreve Massimo La Torre, analisando a doutrina que se desenhou no período do nacional-socialismo: “(...) o direito subjetivo e o dever não devem ser considerados como duas posições jurídicas distintas do sujeito, mas, sim, devem fundar-se em uma só posição jurídica subjetiva. (...) O direito subjetivo representa, de fato, uma situação jurídica ativa que é correlata a uma posição jurídica (o dever, a obrigação) distinta daquele que é titular do direito subjetivo correspondente ao dever em questão. O *status* é, ao contrário, uma posição jurídica subjetiva que, ao mesmo tempo, é ativa (fonte de ‘direitos’) e passiva (fonte de ‘deveres’). O *status* configura uma conexão recíproca de ‘direitos’ (em um sentido *lato*) e de deveres sobre o respectivo objeto”⁵⁵.

⁵³ Idem, p. 639/640: Tradução livre de: “(...) Larenz riformula tale rapporto come un fatto organico, un rapporto di vita che non può riassumersi nella somma dei diritti e doveri cui da origine. (...) Così il contenuto del rapporto obbligatorio è determinabile non soltanto dalla volontà delle parti, ma anche da quell’ordine (...). Tale determinazione del contenuto dei rapporti obbligatori da parte della comunità passa – in questa concezione – per l’obbligo che incombe sulle parti di una condotta secondo buona fede. (...) Il contratto – in questa prospettiva – viene concepito come ‘mezzo di formazione dell’ordinamento popolare’. La comunità, che non può da sé regolare tutto e che bisogna perciò della collaborazione responsabile del singolo, riconosce allora a queste una limitata sfera di autonomia, la quale è però in anticipo determinata dagli scopi che la comunità si prefigge.

Il contenuto del contratto ‘non può dipendere solo dalla volontà delle parti o addirittura da quella di una di esse, ma viene condeterminata di volta in volta dall’ordinamento popolare, cioè dalla legge e dall’esigenza concreta della buona fede’ (...).

⁵⁴ DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coord. Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007. p. 15.

⁵⁵ Idem, p. 604. Tradução livre de: “(...) il diritto soggettivo e il dovere non devono essere considerati come due posizioni giuridiche distinte del soggetto, bensì devono fondersi in una sola posizione giuridica soggettiva. (...) Il diritto soggettivo rappresenta, infatti, una situazione giuridica attiva alla quale è correlativa (...) una posizione giuridica (il dovere, l’obbligo) in capo ad un soggetto distinto da quello che è titolare del diritto soggettivo cui il dovere in questione corrisponde. Lo status è, invece,

Todo direito conteria, em si, uma condicionante, não decorrendo mais do direito de ter direitos, inerente à condição humana. O indivíduo subordinar-se-ia ao Estado e sua liberdade deixou de ser fonte de obrigações. O direito privado passou a ter característica pública e o particular perdeu sua importância para um pretense “interesse do povo”. É disto que necessita um regime autoritário, pois, como adverte Otavio Luiz Rodrigues Junior, a “(...) *autonomia* perpassa os significados de independência, liberdade, auto-regulamentação de condutas, autogoverno. (...) em contraposição a regimes nos quais o exercício desse “autogoverno de si” (expressão bem pleonástica, reconheça-se) encontra óbices, embaraços e contradições em certo ideal de poder extrínseco absoluto (...)”⁵⁶.

A tese – que não nasceu com os nacionais-socialistas, nem para seus propósitos, no entanto, encontrou ali solo fértil – tomou a linguagem corrente e hoje é usual falar-se, sem ressalvas, em *situações jurídicas*⁵⁷.

una posizione giuridica soggettiva che è al tempo stesso attiva (fonte di 'diritti') e passiva (fonte di 'doveri'). Lo status consiste di una connessione reciproca di 'diritti' (in senso lato) e di doveri in capo al medesimo soggetto”.

⁵⁶ (in RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 11).

Diante de toda evidência, a doutrina que acolhe tal construção, atualmente, fá-lo pelo que representa de bom. Ao atrelar a existência dos direitos a um dever ético – que não se nega, mas que deve ser analisado, em segundo momento, como critério de legitimação –, busca a construção de uma sociedade solidária, tal como objetivado pelo artigo 3º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Contudo, este movimento deve partir da sociedade para o Direito. O avanço civilizatório, acaso se verifique, fará dos seres livres pessoas solidárias. A experiência totalitária demonstra que o Direito não deve acelerar artificialmente o processo cultural, pois indivíduos sem liberdade, em conjunto, são uma sociedade escrava, e solidária apenas na aparência.

Referências:

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*, tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *O Direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos*. In:

⁵⁷ Vide, a propósito: FRANÇA, Rubens Limongi (Org). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v 69. p. 364/635: “Situação jurídica – expressão que tem sido empregada para denominar o conjunto de elementos, atos ou fatos aos quais se atribui qualificação jurídica. Essa expressão passou a ser empregada principalmente em decorrência de obras de Duguít e Paul Roubier, nas quais é mencionada com insistência, para tentar substituir a expressão ‘direito adquirido (...)’ (C.R.).”

- Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, 2007. v. 102
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: editora Universidade de Brasília, 1999
- DABIN, Jean. “*Le droit subjectif*”. Paris: Dalloz, 1952
- DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coord. Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v 69
- FRANÇA, Rubens Limongi (Org). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v 69
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad. 1951
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998
- LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *O abuso e o novo direito civil brasileiro*. Jundiaí: Ed. Unianchieta, 2007
- LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Direito intertemporal e a proteção do direito adquirido*. Curitiba: Juruá, 2011
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Tomo I. Ação, classificação e eficácia. 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972
- OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999
- RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6 ed. anot. atual. com o novo Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras – mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I* (2003): 607-630
- TELLES JUNIOR, Goffredo. *Direito Quântico – Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014
- _____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Max Limonad, Ano n/d. 2º tomo
- _____. *Iniciação na ciência do direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006
- TORRE, Massimo La. “*Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*”. “*Rivista internazionale di filosofia del diritto*”. Milano: Giuffrè Editore. n. 4