

DIREITO SUBJETIVO NA ERA DOS CÓDIGOS E DAS CONSTITUIÇÕES: O PROBLEMA DA INDEFINIÇÃO DE CONTEÚDO, EM PERSPECTIVA HISTÓRICA

Hugo Pena¹

Resumo:

A proposta do texto é abordar aspectos das transformações na categoria do direito subjetivo, pelo contraste de dois momentos históricos. O primeiro corresponde à era de centralidade dos estatutos, em que as constituições, embora existissem, não eram propriamente consideradas normas jurídicas nos contextos europeu e brasileiro. Este cenário era ainda integrado pela concepção tradicional da hermenêutica, que privilegiava a subsunção e a ideia de encontrar-se, na norma positiva, um sentido que se acreditava nela inscrito. A categoria de direito subjetivo correspondente a este contexto é concebida em estreita ligação aos contornos delimitados no direito objetivo. O segundo momento corresponde à era de centralidade das constituições, a força normativa autônoma das quais é reconhecida. Permeado por normas de textura aberta, o ordenamento jurídico correspondente a este segundo momento implica transformação na maneira como direitos são atribuídos às pessoas, sobretudo no sentido de que os contornos dos direitos precisam ser interpretados e construídos argumentativamente, muitas vezes a partir de princípios. O texto propõe, ao final, o instrumental representado pelas categorias fundamentais de Wesley Hohfeld como adequado a uma reinterpretação do sentido que a expressão direito subjetivo passa a assumir neste segundo momento, mais aberto, e de maior indefinição.

Palavras-chave: direito subjetivo; hermenêutica; história do direito.

INTRODUÇÃO

O ofício de jurista, na tradição do *civil law*, envolve a articulação de direitos subjetivos a partir do direito objetivo. O padrão é remeter fatos do caso concreto a previsões do ordenamento jurídico, e este procedimento é a base para a afirmação da existência de direitos e deveres, ou para a sua negação. Por isso, a categoria de *direito subjetivo* ocupa importante posição no esquema conceitual dos juristas.

É relevante, porém, que a forma de articular direitos subjetivos não tenha permanecido a mesma ao longo do tempo. Este artigo propõe abordar os principais contornos de dois momentos, identificados como “era dos estatutos” (ou dos códigos) e “era das constituições”. A partir da caracterização destes momentos,

¹ Doutorando em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista da CAPES. E-mail: hlpfhugo@yahoo.com

busca-se descrever as consequências para a maneira pela qual juristas, no *civil law*, afirmam a existência de direitos subjetivos.

O principal problema trabalhado é a transição de um cenário “engessado”, em que a construção dos direitos subjetivos era um problema de identificação “mecânica” de previsões no ordenamento jurídico, para um outro cenário, mais aberto e mais complexo. Hoje, o direito convive com a necessidade de se trabalhar com cláusulas gerais, de textura aberta, tais como princípios e conceitos jurídicos indeterminados. Ou seja, já não se trata de conceber direitos subjetivos apenas para os casos sobre os quais incida regulamentação específica. Mas como fazê-lo? Ao final, o artigo propõe resgatar as contribuições de Wesley Newcomb Hohfeld, como instrumentos úteis para trabalhar direitos subjetivos em cenários de indefinição dos conteúdos normativos.

Como se chegou ao cenário contemporâneo, que conta com normas de conteúdo indefinido? Como afirmar direitos subjetivos neste cenário? Estarão eles restritos às normas com regulamentação específica? Ou será possível exigir direitos e afirmar deveres a partir, por exemplo, de princípios e normas de textura aberta? Para compreender estes pontos, propõe-se adotar perspectiva histórica.

O positivismo jurídico europeu continental do século XIX esteve associado à tendência de codificação do Direito. Contrapondo-se a formulações jusnaturalistas até então correntes, o juspositivismo elaborou definição de Direito que dispensava critérios subjetivos para o reconhecimento das normas jurídicas. Em síntese, seria jurídica a norma feita ou reconhecida pela autoridade social, normalmente identificada como o Estado.² A descrição objetiva das normas jurídicas foi acompanhada da restrição à liberdade decisória do poder judiciário, que passou a estar vinculado à norma positiva, em contraposição à prática jusnaturalista de embasar decisões em concepções subjetivas de moralidade ou mesmo de religiosidade. Julgar passou a ser aplicar o enunciado normativo (positivo) ao caso concreto.³

Neste contexto de direito codificado, os estatutos – o direito codificado – davam o tom das categorias utilizadas na Teoria Geral do Direito. Dentre elas, a de direito subjetivo. Esta categoria foi construída de maneira vinculada ao direito objetivo. Pretensões judiciais deveriam fundar-se em posições juridicamente protegidas pelo direito objetivo. Por posição juridicamente protegida, dever-se-ia entender aquela prevista pelo (e suficientemente detalhada no) direito objetivo: qual é o conteúdo do direito? Quem é seu titular? Sobre quem recai a obrigação correspondente? Tinha-se como necessário que o direito codificado apresentasse respostas a essas questões para que se pudesse conceber o direito subjetivo em casos concretos.⁴

² Para o embasamento das informações aqui apresentadas em caráter introdutório, remete-se o leitor à seção 2.1.

³ Vide seção 2.2.

⁴ Vide seção 2.3.

Ou seja: para que se pudesse atribuir a alguém um direito a partir do ordenamento jurídico. Este período será referido, neste texto, como *era dos estatutos* ou *era dos códigos*.

Com a Segunda Guerra Mundial e a constatação das consequências da concepção do Direito apartada de critérios referentes a elementos morais, fortaleceu-se o processo de valorização da necessidade de correteza das normas e decisões, de normatividade dos princípios – dentre os quais se destaca a dignidade humana – e do reconhecimento de novo papel para as constituições. No contexto europeu e brasileiro, as constituições vinham, até então, sendo encaradas como documentos de natureza essencialmente política, a definir guias de ação para o Estado. Entendia-se que, para que seu conteúdo atingisse a sociedade e se tornasse judicializável, seria indispensável a elaboração de norma infraconstitucional regulamentadora. Com o pós-positivismo, dá-se o reconhecimento da normatividade autônoma das constituições, de sua incidência direta. Se esta característica (corolário da supremacia constitucional) já era atribuída à Constituição norte-americana desde a decisão de *Marbury v. Madison*, em 1803, a afirmação não reflete o tratamento europeu e brasileiro do lugar da constituição no ordenamento jurídico ao longo do século XIX e da maior parte do século XX. O modelo continental europeu era de normatividade constitucional *condicionada ao intermédio da lei*.⁵

De toda forma, a normatividade *autônoma* das constituições ressignifica o funcionamento do ordenamento jurídico. Para além da supremacia constitucional e o controle de validade das normas infraconstitucionais nela implicado, as constituições, agora como normas, incluem princípios, caracterizados por sua textura aberta (mas não só).⁶ Seu significado não é imediatamente apreensível a partir da mera enunciação de seu nome no texto constitucional. Os princípios, agora elevados ao status de normas em si – para além da função interpretativa subsidiária a que antes eram confinados segundo a formulação positivista refletida, por exemplo, no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – passam a incidir sobre casos concretos e não apenas sobre a aplicação de normas preexistentes. Essa incidência pode assumir caráter negativo, paralisando a eficácia de regras contrárias ao princípio; ou direto, caso em que o próprio princípio é invocado como a norma adequada à construção da solução jurídica para o caso concreto.⁷

O novo cenário conta, portanto, com a Constituição como documento ao mesmo tempo central e superior ao restante das normas do ordenamento jurídico do Estado. Este documento, por sua vez, tem como partes de sua normatividade elementos de textura e linguagem abertas, passíveis de construção argumentativa, e em relação aos quais a lógica da subsunção já não é mais adequada. O Direito já não mais se concebe somente como pronto na norma codificada, mas como construído no momento da aplicação: passível de construção pela interpretação. Julgar passa a ser, inclusive, construir a solução normativa mais adequada às

⁵ Vide seção 3.1.

⁶ Vide seção 3.2.

⁷ Vide seção 3.2.

especificidades do caso concreto. Em outros termos, as soluções judiciais passam a poder ser construídas para além do texto estritamente existente no enunciado normativo codificado.

A aplicação – judicial e extrajudicial – de Direito de textura aberta implica que posições que se pretendam protegidas por princípios não contem com especificações detalhadas de quem é o titular de direitos, de quem é o devedor, e de quais são os contornos de determinado direito. Tais elementos passam a ser passíveis de construção. Alcança-se, aqui, o ponto de delineamento do problema do presente artigo: a incidência de elementos normativos de textura aberta, tais quais os princípios e conceitos indeterminados (espécies do gênero cláusula geral) em casos concretos, faz com que existam *posições vagamente protegidas*, sem contornos especificamente delimitados, mas que ainda assim estão sob a incidência normativa. A proteção desse tipo de posição, relacionada à incidência de princípios, assume caráter dinâmico: não mais é condição que haja a prévia associação, no texto codificado, entre direitos e deveres. Nem é requisito essencial ao reconhecimento de a posição é juridicamente protegida a necessidade de prévia e detalhada delimitação do conteúdo de certo direito.

Se posições podem ser protegidas também a partir de elementos normativos abertos, e não só a partir de regras detalhadas, já não parece mais ser possível explicar a categoria dos direitos subjetivos a partir de uma vinculação necessária ao direito objetivo que previamente lhe dê contornos precisos, delimitados, em que todos os seus elementos precisem estar identificados para que haja exigibilidade.⁸ Este é o cenário que neste ensaio se desenvolve como consequência da *era das constituições* ou da *centralidade das constituições*.

Como, então, definir direito subjetivo, como categoria da Teoria do Direito, no contexto de centralidade de constituições dotadas de elementos normativos abertos? Como conceber direito subjetivo num cenário em que, para além da subsunção, a norma é construída interpretativamente no caso concreto? Que instrumental teórico poderá auxiliar a construção de sentidos para posições vagamente protegidas por princípios? Nas seções seguintes, aspectos destas questões são levantados e brevemente discutidos.

DIREITO SUBJETIVO E CENTRALIDADE DOS ESTATUTOS

As constituições hoje ocupam posição de centralidade nos ordenamentos jurídicos. Esta condição, no entanto, é relativamente recente, visto que, no século XIX e durante boa parte do século XX, embora as constituições existissem, não se lhes atribuía o *status* de norma jurídica propriamente, porque:

A Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do

⁸ Vide seção 3.3.

administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. (Barroso, 2005, p. 68)

A posição de centralidade era antes ocupada pelos códigos, os estatutos, cujas categorias davam o tom para a construção da Teoria Geral do Direito (Tepedino, 2007). Integram este contexto da *era dos códigos* o positivismo jurídico, a hermenêutica tradicional e a concepção rígida da categoria de direito subjetivo.

Positivismo jurídico e codificação do Direito

O positivismo jurídico é uma corrente de pensamento fortalecida ao final do século XIX, que tem como traço marcante a afirmação da existência não de duas ordens distintas de Direitos – uma natural e outra positiva, como nas concepções jusnaturalistas – mas de uma só: a positiva. Como consequência dessa concepção, só é jurídica a norma criada ou reconhecida pela autoridade em uma sociedade: o Estado. Leis e sentenças judiciais são exemplos de normas diretamente criadas pelo Estado. Costumes e contratos já não dependem diretamente do Estado para criação, mas seu reconhecimento jurídico depende do Estado, que o faz por meio do Poder Judiciário. Este modo de conceber o Direito coloca o Estado em posição central: quer ao criar, quer ao reconhecer, toda a produção normativa passa por ele. Para compreender o impacto dessa concepção, é necessário estabelecer, ainda que brevemente, o contraste com o jusnaturalismo.

As concepções jusnaturalistas de Direito não negam a possibilidade de que o Estado edite normas jurídicas.⁹ Afirmam, paralelamente a isto, a existência de uma ordem jurídica que não foi criada, mas dada. Ela não é produto da ação humana: é natural. O modo pelo qual direitos entram nessa ordem natural varia segundo a linhagem jusnaturalista. O mundo pode ser concebido como um *cosmos* habitado e regido por divindades cujo comportamento, humor, interações e vontades definem o modo como a natureza é. Estes são contornos gerais do jusnaturalismo antigo, greco-romano. Noutra versão, abandona-se a visão politeísta, concebendo-se o mundo como regido por uma só divindade, com um corpo reunido de textos considerados expressão da palavra divina, e uma instituição cuja interpretação da vontade divina é tomada por legítima: a Igreja. Estes são contornos do jusnaturalismo medieval na Europa. Ainda em outra possível forma de se conceber a ordem jurídica natural, pode-se abandonar a ideia de divindade como fonte necessária dos direitos naturais, como em Grócio¹⁰, e pregar o recurso à razão como meio de identificação dessas normas e de seu

⁹ Ainda assim, a validade das normas jurídicas editadas pela autoridade permanece vinculada à sua compatibilidade com a ordem natural, no sentido, apontado por Luigi Ferrajoli, de que *veritas, non auctoritas facit legem*: é a verdade, não a autoridade, a fonte da lei. (2003, p. 15) Como consequência, pretende-se que a norma jurídica editada pelo Estado não seja produto da vontade política, mas da revelação de um direito pré-existente, dado. Procura-se, assim, uma separação entre direito e política (Grimm, 2006a)

¹⁰ Segundo Hugo Grócio, o direito natural existiria ainda que Deus não existisse ou que, existindo, não cuidasse dos assuntos humanos (Wolkmer, 2006, p. 136).

conteúdo¹¹. Este seria o traço principal do jusnaturalismo moderno. Como aspectos transversais a estas concepções, o direito natural é tido como universal, eterno e imutável.¹²

A forma jusnaturalista de pensar concebe outra fonte para os direitos que não a produção estatal. A existência dessa alternativa abre caminho para que a produção jurídica estatal seja contestada com base em direitos naturais. Ou seja, que tenha sua validade negada. Se a norma produzida pela autoridade não for compatível com a norma natural, a primeira será considerada injusta e, portanto, inválida. Ou seja, é negada enquanto norma. Observa-se, como consequência, que o caráter *jurídico* da norma produzida pela autoridade dependerá da análise de seu conteúdo, que deverá ser contrastado com as prescrições naturais. Uma ilustração desta ideia, ainda que imprecisa (por situar-se em momento em que o jusnaturalismo não havia ainda tomado contornos), pode ser encontrada no que diz, no exemplo a seguir, a personagem Antígona, na peça de teatro homônima, ao contestar o decreto de Creonte que proibia o enterro de Polinices:

CREONTE – E contudo, tiveste a ousadia de desobedecer a essa determinação?

ANTÍGONA – Sim, pois não foi decisão de Zeus; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! e ninguém pode dizer desde quando vigoram! Decretos como o que proclamaste, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecer punição dos deuses. (Sófocles, 2007. p. 96)

O problema identificado pelo juspositivismo é o de que o recurso a uma ordem natural pelo jusnaturalismo para afirmação de direitos dá ampla margem à subjetividade e à indeterminação. Mesmo o uso da razão é subjetivamente influenciado. Pessoas diferentes responderão diferentemente sobre quais são os direitos existentes na natureza. A falta de precisão sobre quais são as normas jurídicas e sobre seu conteúdo dá margem à insegurança jurídica. Partindo da crença na possibilidade da objetividade, da neutralidade, o positivismo abandona o recurso da análise do conteúdo da norma como essencial para sua identificação como *jurídica* ou não¹³. Nesse processo, abandona, também, a exigência de que a norma tenha de ser justa para que seja válida. A validade da norma e seu caráter *jurídico*, não estando mais condicionados ao conteúdo do que ela prescreve, passam a dizer respeito à sua forma. E o critério *formal* para saber se a norma seria ou não jurídica é aquele anteriormente enunciado: foi produzida ou reconhecida pela autoridade social, o Estado?

¹¹ Este ponto pode ser ilustrado pela concepção de Jean-Jacques Rousseau, segundo o qual há uma justiça universal emanada somente da razão (2012, p. 19).

¹² Para uma visão geral dos principais contornos do desenrolar do pensamento jusnaturalista, ver: Wolkmer, 2006.

¹³ “O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como a legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. (Barroso, 2009a, p. 64-5)

A ascensão do positivismo jurídico no século XIX impulsionou o recurso à codificação do Direito, representada pela edição do código civil francês de 1804. A novidade não está na existência de direito codificado, mas no surgimento do *dogma da completude* do ordenamento jurídico positivo (Bittar; Almeida, 2004, p. 330). O objetivo era o de sintetizar nos códigos as normas jurídicas existentes sobre determinado tema, com a pretensão de cobertura das soluções para os problemas jurídicos possíveis. Em outros termos, firma-se como ideal que todo o Direito estivesse codificado como modo de favorecer a máxima segurança jurídica. Procura-se atingir, por meio da codificação, a descrição objetiva das normas jurídicas. Ao menos no mundo do *civil law*, o Direito passa a ser identificado com a lei: é Direito aquilo que está na lei. Como afirma Norberto Bobbio, “[o] positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação” (1995, p. 119).

Nesse contexto de Direito positivado, segundo Dieter Grimm, não é mais possível a pretensão de separação de Direito e Política no campo da legislação, como a pretendida pela concepção de direitos naturais. Isto porque a legislação é fruto da vontade política: a autoridade, não a razão, faz a lei. (2006a, p. 11). “Em contrapartida, tal separação é perfeitamente possível no nível da aplicação do Direito.” (2006a, p. 12) Adentra-se, assim, o problema do impacto do positivismo sobre o modo judicial de decidir.¹⁴

Aspectos do papel do judiciário e da hermenêutica decisória

A descrição objetiva das normas jurídicas e a identificação entre Direito e lei implicaram posição de preponderância do poder legislativo frente aos outros poderes no que diz respeito à determinação do Direito. Num contexto em que se espera que o Direito esteja definido pela lei, o papel do poder judiciário ficou restrito à norma jurídica positiva, em contraposição à prática – outrora justificável pelo jusnaturalismo – de embasar decisões em concepções subjetivas de moralidade, justiça, ou mesmo religiosidade. Pode-se afirmar que o ato de julgar passou a ser percebido como aplicar o enunciado normativo (positivo) ao caso concreto, num mecanismo de subsunção (Barroso, 2009a, p. 72): a norma, geral e abstrata, é projetada sobre um caso real, de modo a se obter, como conclusão ou sentença, a norma ou *dever* específico para aquele caso em julgamento. Fica, dessa forma “vedado à jurisdição o estabelecimento de normas, pois ela decide em conhecimento do caso

¹⁴ Segundo Luigi Ferrajoli, o bordão positivista para orientação da atuação do judiciário é: *veritas, non auctoritas, facit iudicium*, pelo qual se pretende que o Judiciário se atenha à interpretação da norma, não podendo produzi-la (2003, p. 16) Este ponto retoma uma ideia presente em Montesquieu, que, no Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis, afirma que os julgamentos devem ser fixos “[a] tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei. Fossem eles a opinião particular dos juizes, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos. (1992, p. 168). Mais adiante, no mesmo capítulo, o autor dá nova ênfase à ideia: os juizes devem ser “apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor.” (1992, p. 176)

concreto.” (Grimm, 2006a, p. 14) Em outros termos, julgar passou a ser identificar a norma adequada para incidir no caso concreto, e então aplicar a solução nela prevista. Este procedimento, ao reduzir o juiz à “boca da lei”, é justificado como mecanismo necessário à obtenção da imparcialidade nos julgamentos (Barroso, 2006, p. 12).

Doutrina de interpretação particularmente representativa deste período é a Escola da Exegese, marco da hermenêutica tradicional. “A Escola da Exegese advoga o princípio da completude do ordenamento jurídico, e não deixa espaço para o Direito natural. As lacunas da lei devem ser resolvidas pelo próprio sistema jurídico.” (Bittar; Almeida, 2004, p. 330)¹⁵ A lei é encarada como produto da vontade racional do legislador, e a busca de sentido para o texto legislativo tem como referência o próprio texto ou outros pontos do ordenamento jurídico positivado que, como se disse, é tido por completo. Trata-se, portanto, de uma busca intrínseca: acredita-se que o sentido da norma já esteja dado no texto da própria norma, não lhe sendo algo externo (Bittar; Almeida, 2004, p. 493). Nesse sentido, afirma Luis Roberto Barroso:

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas:

- i. Quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos;
- ii. Quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. (Barroso, 2009a, p. 72)

Nota-se, portanto, que a interpretação tradicional atribui ao juiz o papel de uso da *razão* para desvelar o sentido existente no texto legal. A *vontade* de quem julga, no entanto, não deve misturar-se com a decisão. Nesse sentido, não cabe ao juiz *criar* o sentido da norma. Pretende-se que o Direito seja aquilo que a lei diz que ele é. Julgar é aplicar a norma, que já está pronta.

Direitos subjetivos vinculados a contornos precisos do Direito objetivo

Nas perspectivas naturalistas do Direito, os direitos subjetivos são anteriores ao próprio ordenamento jurídico estatal¹⁶. Com o advento do positivismo jurídico, ganha força a negação da

¹⁵ Impactos da noção de completude do ordenamento jurídico positivo podem ser encontrados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sucessora da Lei de Introdução ao Código Civil, que manteve, do texto original, o dispositivo segundo o qual o juiz, não encontrando solução direta na lei, deve valer-se da analogia, dos costumes, e dos princípios gerais do Direito. Nota-se, assim, que a primeira solução remete ao próprio ordenamento jurídico, dado que na analogia se toma por empréstimo uma lei concebida para uma outra natureza de problemas que não exatamente aquele que está em julgamento. As outras soluções – costumes e princípios gerais do direito – são concebidas de forma tal que relembram estas fontes a um caráter subsidiário. A fórmula é repetida pelo artigo 126 do Código de Processo Civil e, com exceção da disposição sobre o costume, pelo artigo 108 do Código Tributário Nacional. Em suma: as lacunas devem ser resolvidas com base em referenciais dados pelo próprio ordenamento.

¹⁶ John Locke, no *Segundo Tratado sobre o Governo*, afirma que as “Leis dos países” – portanto as leis positivas – “somente são verdadeiras quando se baseiam na lei da natureza, que as regula e interpreta.” (2002, p. 20) Nesse sentido, direitos individuais,

possibilidade de que direitos subjetivos possam existir independentemente do ordenamento positivo. Hans Kelsen, por exemplo, reduz a categoria de direito subjetivo ao próprio direito objetivo, sendo a primeira uma mera consequência da incidência da última em um caso concreto. Segundo Kelsen, a distinção entre direito subjetivo e objetivo desempenha função ideológica de afirmar a *transcendência* daquilo o que o direito subjetivo protege, como a propriedade, de modo a imunizar esta categoria contra sua possível supressão – revogação – do ordenamento jurídico (2011, p. 105). Para Kelsen, aliás, a própria distinção entre direito subjetivo e direito objetivo é análoga à divisão feita entre direito natural e direito positivo (2011, p. 102). Como o autor rejeita o direito natural, rejeita também a possibilidade de que direitos subjetivos existam independentemente do ordenamento, ou que sejam algo distinto desse ordenamento (2011, p. 109). Estes, enquanto expressão da incidência concreta do ordenamento jurídico abstratamente concebido, nada mais são que “um recurso mental artificial, um conceito auxiliar” (2011, p. 112), ou “um conceito advocatício” que “considera o direito apenas do ponto de vista dos interesses das partes, levando em conta o seu significado para o indivíduo, enquanto lhe é útil” (2011, p. 119). Ou seja: Kelsen concebe o direito subjetivo como mera individualização de preceitos objetivos, não sendo, em si, uma categoria para se usar como ponto de partida (no sentido de ponto de partida do direito de alguém a alguma coisa).

Estabelece-se, assim, vinculação necessária entre direito objetivo e direito subjetivo, no sentido de que os direitos subjetivos decorrem de previsão no ordenamento jurídico. E mais: a herança da exegese contribuiu para condicionar o reconhecimento da existência de um direito subjetivo à sua previsão com contornos específicos, precisos, bem delimitados pela norma jurídica positiva. Alcança-se, portanto, a *dependência* do direito subjetivo em relação ao direito objetivo, refletida em ensinamentos de livros utilizados na disciplina de Introdução ao Direito no Brasil: “É impossível conceber-se, efetivamente, o direito subjetivo desligado do objetivo.” (Reale, 2000, p. 252) E ainda: “[é] a partir do conhecimento do Direito objetivo que deduzimos os direitos subjetivos de cada parte dentro de uma relação jurídica” (Nader, 2010, p. 81) ou, de maneira mais explicitamente colocada: “é o Direito objetivo que define os direitos subjetivos.” (Nader, 2010, p. 81)¹⁷

Mas o que significa direito subjetivo? Para Hans Kelsen, o direito subjetivo é a expressão de um interesse protegido pela norma jurídica, pelo ordenamento jurídico (o direito objetivo), ou a vontade juridicamente reconhecida e garantida pelo ordenamento (2011, p. 103). Ou seja: quando o ordenamento jurídico protege o interesse ou a vontade de alguém, confere-lhe, na sua perspectiva, um direito subjetivo. No

destacando-se dentre eles o de propriedade, adviriam do direito natural, cabendo ao Estado reiterar normativamente e garantir a sua proteção.

¹⁷ Ainda nesse mesmo sentido: “Os direitos subjetivos são os poderes conferidos *pela ordem jurídica* a alguém de agir e/ou exigir de outrem determinado comportamento.” (Gagliano; Pamplona Filho, 2008, p. 464 – ênfase adicionada).

entanto, “o direito de cada indivíduo só existe sob o pressuposto do dever de outro” (2011, p. 104). O ordenamento jurídico, ao proteger o interesse ou a vontade de um e, correspondentemente, fixar um dever a outro, estabelece uma ligação normativa entre os indivíduos a ele submetidos (2011, p. 107). Esta ligação normativa configura a *relação jurídica*. A concepção kelseniana reflete-se, em larga escala, em livros comumente utilizados nos estudos introdutórios ao Direito, como se pode observar a seguir.

Caio Mário da Silva Pereira conceituou direito subjetivo como “um poder da vontade, para a satisfação dos interesses humanos, em conformidade com a norma jurídica.” Indicou, ainda, que o direito subjetivo implica um poder para o seu titular e um “*dever* a ser prestado por outra pessoa.” (2008, p. 36) Dessa forma, o direito subjetivo tem como elemento a relação jurídica, em que ao menos dois sujeitos – aquele que exige e aquele de quem se exige – e um objeto estão envolvidos. (2008, p. 39) O objeto, por sua vez, “é o bem jurídico sobre o qual o sujeito exerce o poder assegurado pela ordem legal.” (2008, p. 42) Os direitos subjetivos fluem de normas que “determinam um comportamento, ou estabelecem um dever e criam simultaneamente da parte do indivíduo um poder, que se efetiva pela sujeição de outro indivíduo, ou geram a faculdade de reclamar uma contenção de procedimento por parte do próprio Estado.” (2008, p. 32-3)

Para Miguel Reale, “direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio.” (2000, p. 262). Ainda segundo o autor, o direito subjetivo é uma categoria que engloba dois momentos. Primeiro, o momento normativo, que consiste em verificar se uma determinada pretensão está prevista no ordenamento. Segundo, o momento da “*realizabilidade* da pretensão, em concreto, através da garantia específica” (2000, p. 262), ou seja, da possibilidade de forçar-se o cumprimento do dever correspondente ao direito subjetivo que se tem. Segundo Reale, “[o] núcleo do conceito de direito subjetivo é a *pretensão* [...], a qual pressupõe que sejam correspectivos o que é *pretendido* por um sujeito e aquilo que é *devido* pelo outro” (2000, p. 261).

Paulo Nader caracteriza o direito subjetivo como correspondente “às possibilidades ou poderes de agir, que a ordem jurídica garante a alguém.” E explica: “a norma, perdendo seu caráter teórico, projeta-se na relação jurídica concreta, para permitir uma conduta ou estabelecer consequências jurídicas.” (2010, p. 80)

O direito subjetivo apresenta-se sempre em relação jurídica. Apesar de relacionar-se com o Direito objetivo, ele se opõe correlativamente é ao dever jurídico. Um não existe sem o outro. O sujeito ativo da relação é o portador de direito subjetivo, enquanto o sujeito passivo é o titular de dever jurídico. Este possui o encargo de garantir alguma coisa àquele. (2010, p. 307)

A partir dessas linhas, tem-se a construção essencial da ideia de direito subjetivo: as normas existentes no ordenamento jurídico incidem sobre as pessoas e posicionam-nas, protegendo a vontade e o interesse de umas (abstratamente concebidas) e prevendo, a outras, o dever de sua observância. Quando essa relação se concretiza no mundo dos fatos, aquele que tem a vontade ou o interesse protegido pela norma está dotado de

direito subjetivo que implica, a outro, o dever em relação a algum objeto ou conteúdo. Seu direito subjetivo é, assim, a concretização individualizada de uma norma jurídica abstrata.¹⁸

À guisa de exemplo, tome-se o artigo 940 do Código Civil e a parte que contém a regra de que, aquele que cobrar por dívida já paga, fica obrigado a restituir em dobro. Trata-se de um comando abstrato, que não contém em si, por assim dizer, o nome das pessoas a quem direitos são conferidos. Estão contempladas nestas regras, no entanto, categorias abstratamente identificáveis: aquele de quem a dívida é indevidamente cobrada será o *sujeito* ativo de uma eventual pretensão a um *objeto*. O objeto, por sua vez, está delimitado como tendo por conteúdo o dobro do que foi cobrado. E o *sujeito passivo*, ou aquele a quem corresponderá um *dever*, um dever de *prestação*, será aquele que indevidamente cobrou. Quando essas posições se materializam no mundo dos fatos, pessoas assumem as posições abstratamente concebidas na norma. Aquele de quem concretamente tenha sido repetida a cobrança de uma dívida estará numa posição de invocar o artigo 940 do Código Civil em seu favor, pretendendo contra outro o direito da restituição em dobro. Neste exemplo, aqui se dirá que ele tem o direito subjetivo à restituição em dobro contra alguém.

Ponto essencial neste cenário é o de que se espera, pelo modelo tradicional de conceberem-se direitos subjetivos que os contornos de um direito subjetivo estejam estabelecidos, definidos, delimitados abstratamente no direito objetivo para que se possa falar que haja, afinal de contas, um direito subjetivo para alguém numa situação concreta. Especificamente, pode-se afirmar que esta concepção exige que, para que exista um direito subjetivo, tanto o *sujeito do direito*, quanto o *sujeito do dever*, como também o *objeto* dessa relação de direito-dever precisam estar previstos de antemão na norma jurídica. Sem isso, não seriam direitos sindicáveis, no sentido de judicializáveis.

Isto não parece problemático quando se trata de conteúdos de Direito das Obrigações, como no exemplo dado, de contratos ou de propriedade – categorias centrais para a codificação em Direito Privado, afinal. Todavia, gera-se problema quando se afirma a existência de *direito em termos abertos*, como, por exemplo, o direito à dignidade humana: ainda que cada um seja seu titular, quem será identificado como o sujeito de um dever de dignidade humana? Qual será o objeto ou o conteúdo do direito de dignidade humana? As respostas a estas duas últimas questões não podem ser encontradas em normas codificadas.¹⁹

¹⁸ “Por direito subjetivo, abreviando uma longa discussão, entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse. Mais relevante para os fins aqui visados é assinalar as características essenciais dos direitos subjetivos, a saber: a) a ele corresponde sempre um *dever jurídico* por parte de outrem, b) ele é *violável*, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar uma determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma *pretensão*, pode ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial” (Barroso, 2005, p. 73-4).

¹⁹ “[...] não há um número fechado [...] de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa [...]. Assim, não se poderá, com efeito, negar tutela a quem requeira garantia sobre um aspecto de sua existência para o qual não haja previsão específica, pois aquele

Haverá, então, direitos subjetivos em casos concretos quando o direito objetivo estiver definido em termos abertos, incompletos em seu sentido? Ao se querer responder afirmativamente, força-se a reinterpretação da categoria do direito subjetivo. Ao se responder negativamente, preserva-se a exigência de que a previsão constitucional abstrata seja *regulamentada* pelo legislador para que possa gerar direitos subjetivos judicializáveis.²⁰

DIREITO SUBJETIVO E CENTRALIDADE DA CONSTITUIÇÃO

No mundo do *civil law*, a Segunda Guerra Mundial representou um marco a partir do qual a concepção positivista do Direito seria repensada.²¹ Reconheceu-se que o critério estritamente formal para definição da (validade da) norma jurídica a ser obedecida dava margem à construção de ordenamentos jurídicos que, por mais que evidentemente injustos ou imorais, fossem ainda assim cogentes, porquanto jurídicos. Sem descartar a ideia de que o direito positivo seja feito ou reconhecido pelo Estado, iniciou-se o acréscimo de limites, de balizas ao direito produzido.²² Dentre essas balizas destacam-se os princípios – agora como norteadores do ordenamento jurídico, como normas em si, e não somente como ferramentas supletivas de interpretação de regras – e as constituições. Estas têm sua força normativa autônoma reconhecida, e passam a ocupar novo lugar nos ordenamentos jurídicos: de centralidade e de supremacia.

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase como a fonte exclusiva – do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. (Sarmiento, 2009, 116)²³

interesse tem relevância ao nível do ordenamento constitucional e, portanto, tutela também em via judicial.” (Moraes, 2003, p. 144)

²⁰ Como expressão desse problema, observe-se o texto de Gustavo Amaral, que trabalha o direito à saúde como direito judicializável, de um lado, e como direito a políticas públicas, de outro. Na problemática de seu artigo, especificamente, registra: “Parte da doutrina nacional pretende ver os chamados *direitos sociais* em geral como direito subjetivo, cuja natureza aberta da formulação na Constituição pode ser completada ou colmatada pelo Judiciário, independentemente de mediação legislativa.” (2011, p. 83). Note-se, aqui, como este sentido de direito subjetivo já não pode mais ser o mesmo daquele trabalhado na primeira parte do presente ensaio.

²¹ “Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.” (Barroso, 2009a, p. 66)

²² “O Pós-positivismo busca ir além da legalidade escrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.” (Barroso, 2009a, p. 66)

²³ Veja-se também: “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à

As constituições passaram, assim, a servir como referência para a validade de todas as outras normas do ordenamento, condicionando-as, como no projeto da teoria kelseniana.²⁴

Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil. (Barroso, 2009a, p. 88)

Pós-positivismo e constitucionalização do Direito

O pós-positivismo não é um retorno ao jusnaturalismo (Barroso, 2009a, p. 66; Sarmiento, 2009, p. 146). Não apela para a existência de uma ordem jurídica paralela à positiva. Há, no entanto, uma exigência de *corretude* (ou *correção*), tanto das normas abstratamente concebidas, como das decisões judiciais – normas para casos concretos. A norma jurídica, para ser válida, precisa não só respeitar a constituição, como também ser correta. Como se observa, o ideal de objetividade extrema do positivismo foi comprometido pela inserção do requisito de que as normas sejam corretas, já que este é um elemento valorativo, moral.²⁵ Para Robert Alexy, o teste de corretude significa que a norma ou decisão não devam ser *extremamente injustas*. Assim, embora se trate mesmo de avaliação moral, espera-se que as pessoas tenham razoável consenso no reconhecimento do que é *extremamente* injusto: ao menos este reconhecimento é mais fácil do que em normas cuja injustiça não seja patente. Ao definir o Direito, Alexy insere para as normas jurídicas as exigências de que sejam conformes à constituição, de que não sejam extremamente injustas, e de que sejam eficazes ou ao menos tenham chance de eficácia:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção. (2009, p. 151)

discrecionalidade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.” (Barroso, 2005, p. 68)

²⁴ Este ponto é igualmente frisado por Barroso: “Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral.” (2009a, p. 68) Importante é, porém, a distinção entre o cenário europeu e o brasileiro, que envolve um lapso temporal: “O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consciente, ao longo da década de 80”. (2009a, p. 68)

²⁵ “[...] existe uma conexão necessária entre o direito e a moral correta.” (Alexy, 2009, p. 94)

Nota-se, portanto, que as constituições passam a assumir lugar central na definição pós-positivista do que é o Direito²⁶. Em contraste, na era da centralidade dos códigos, as constituições, desprovidas de força normativa autônoma, serviam de modelos cujos preceitos deveriam ser interpretados pelo legislador ordinário e transformados em legislação infraconstitucional, para que só então tivessem relevância jurídica real, aplicabilidade prática. No modelo pós-positivista, tem-se a Constituição como o principal elemento condicionante da validade do restante das normas do ordenamento.²⁷

Esta não é, porém, uma inovação pós-positivista: este aspecto já havia sido proposto por Kelsen. A diferença está em conciliar a centralidade e supremacia da constituição com a pretensão de correteza do ordenamento jurídico. Quanto a este último ponto, a Teoria Pura do Direito, de Kelsen, rejeitava o uso de critérios de moralidade para a definição do que é ou não jurídico.

As constituições passam a ser, também, o lugar de enunciação de princípios.

O fenômeno da constitucionalização do Direito tem como ponto de partida a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde foi deslocado o Código Civil. No Brasil, a partir de 1988 e, especialmente, nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. Compreendida como uma ordem objetiva de valores, transformou-se no filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico. (Barroso, 2008, p. 62)

Os princípios são espécie do gênero das *cláusulas gerais* (Barroso, 2009b, p. 312), e até então não gozavam de normatividade própria. Serviam apenas como ferramentas subsidiárias, para auxílio na interpretação das regras. Dada uma regra ambígua, caberia o uso do princípio para dirimir a dúvida sobre a aplicação. Somente as regras eram consideradas normas, propriamente. Os princípios jurídicos, assim, tinham incidência indireta sobre os casos ocorrentes no mundo real.

Na concepção pós-positivista do Direito, os princípios saem do lugar de meros acessórios que até então ocupavam, e passam a ser considerados, eles mesmos, também como normas. Dessa forma, passam a incidir diretamente sobre os casos ocorrentes, não mais dependendo da existência de regras específicas para que ganhem aplicabilidade. Assim, um problema concreto passa a poder ser decidido tanto por uma regra quanto por um princípio. Além disso, os princípios ganham a função de paralisar a eficácia de regras que lhes

²⁶ “[...] há um relativo consenso na definição das características centrais do novo paradigma: valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis à hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.” (Sarmiento, 2009, p. 129)

²⁷ “A validade jurídica das normas de um sistema jurídico desenvolvido baseia-se numa constituição, escrita ou não, que determina quais são os pressupostos para que uma norma integre o sistema jurídico e, portanto, seja juridicamente válida.” (Alexy, 2009, p. 106)

sejam contrárias, fenômeno a que Luis Roberto Barroso se refere como *eficácia negativa* (2009b, p. 320). Evidentemente, as novas possibilidades de aplicação *direta* ou *negativa* dos princípios não excluem a antiga função de auxílio na interpretação das regras (Barroso, 2009b, p. 319).

Para além da subsunção: interpretação construtiva no judiciário

Quando os princípios passaram a ser encarados como normas, alterou-se a forma como os casos podem ser decididos. Isso porque, ao passar de mecanismos acessórios de interpretação para uma nova configuração em que podem incidir diretamente, os princípios passam a poder ser utilizados tanto quanto as regras pelo juiz ao decidir um caso, ou mesmo em situações extrajudiciais, para justificar a adoção de políticas públicas, por exemplo. Deve-se lembrar, ainda, que uma das características do momento pós-positivista é o de constituições que abraçam princípios e que, portanto, contêm cláusulas gerais, de linguagem aberta.

Mas o que diferencia princípios de regras? São três variáveis relevantes: o conteúdo, a estrutura normativa e o modo de aplicação (Barroso, 2009b, p. 317).²⁸

Quanto ao conteúdo, regras são normas que descrevem condutas ou organizam instituições, de forma objetiva. Quando o Código Civil diz – retomando exemplo utilizado em seção anterior – que aquele que cobrar dívida já paga fica obrigado a restituir o dobro do que houver cobrado, sabe-se com razoável precisão o que se espera das pessoas como conduta: que não cobrem novamente por dívidas já pagas. Já “princípios expressam valores ou fins a serem alcançados” (Barroso, 2009b, p. 317). Como exemplos de princípios que expressam de valores, tem-se: isonomia, moralidade, solidariedade. Como exemplos de princípios que expressam fins, tem-se justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades sociais. Observe-se que, a partir da leitura do nome do princípio da “isonomia”, não se abstrai com precisão o modo de cumpri-lo. Afinal, isonomia pode tanto significar a exigência de que a norma se destine a todos igualmente, de maneira indiscriminada, de modo a relevar diferenças de fato existentes, como pode significar o contrário disso: a aplicação diferenciada da norma segundo as diferenças existentes, com vistas a uma igualdade como resultado. Tem-se, assim, um exemplo de como o conteúdo dos princípios é de colocado de maneira vaga, e por vezes de maneira imprecisa o suficiente para que dois significados opostos possam ser construídos a partir de um mesmo nome.

²⁸ “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 definitiva. [...] 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. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. [...] A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios.” (Alexy, 2009, p. 85) Ver, ainda, Alexy, 1993, p. 81-9.

Quanto à estrutura normativa, as regras adotam a clássica estrutura binária. Trata-se do formato que prevê, para um determinado fato ou situação, a conduta que se espera. Esta estrutura é comumente enunciada valendo-se dos termos “se...então”. Por exemplo: *se* alguém está diante de algo que não lhe pertence, *então* não deve subtraí-lo para si. Esta é a regra proibitiva de uma das modalidades de furto. A estrutura binária se repete no momento em que a conduta esperada de uma pessoa diante de uma situação não se verifica. Nesse caso, *se* a pessoa descumpre a regra, *então* incidirá sobre ela uma sanção, a resposta coercitiva do Estado para o descumprimento de uma norma jurídica de conduta. Já no que diz respeito aos princípios, a estrutura normativa é aberta, e limita-se a indicar estados ideais a que se quer chegar (Barroso, 2009b). O princípio pode ser realizado de diferentes modos, e estes modos não vêm escritos em seu nome. Tampouco são eles destinados a serem aplicados em uma situação específica, prevista de antemão. Como exemplo, não é viável delimitar o rol de situações sobre as quais incide o princípio da moralidade. Este é apenas um primeiro plano de análise. Num segundo plano, verificada a incidência do princípio sobre um caso concreto, aquilo que o princípio espera em termos de conduta não está definido de antemão, ao menos não com exatidão, e está sujeito à construção de significado. Este é o sentido de se dizer que o princípio possui estrutura normativa aberta.

Quanto ao modo de aplicação, regras são tradicionalmente aplicadas por *subsunção*, mecanismo a que já se fez referência anteriormente. Faz-se incidir a regra sobre o fato concreto, e alcança-se uma conclusão, num silogismo, como resultado de um procedimento lógico. Para aplicação de princípios, não se fala em subsunção, mas em *otimização* e *ponderação* (Barroso, 2009b). A ideia de otimização está ligada a que um princípio possa ser cumprido em maior ou menor intensidade. A ponderação, por sua vez, é empregada nas situações em que dois ou mais princípios incidem sobre o mesmo caso. Na ponderação, diferentemente dos critérios para solução de antinomias aparentes (cronológico, hierárquico e de especialidade), preferir a aplicação de um princípio não significa negar-lhe validade. A aplicação de um não retira o outro do ordenamento jurídico. O princípio preterido continua válido e existente, apenas não é aplicado por não gerar a melhor solução para o caso concreto, na concepção de quem decide. Note-se, mais uma vez, que tanto a ideia de otimização quanto de ponderação estão sujeitas à construção de sentido.

O reconhecimento da normatividade dos princípios é, portanto, o reconhecimento da normatividade de conteúdos abertos, cujo sentido precisa ser construído. Este ponto ressalta o caráter do Direito como sistema aberto. “As soluções para os problemas nem sempre são encontradas prontas no ordenamento jurídico, precisando ser construídas argumentativamente por juízes e tribunais.” (Barroso, 2009c, p. 42) Aliás, “[o] legislador, conhecedor do papel da interpretação e das possibilidades de sentido que abre, não evita o uso de termos vagos no seio da legislação.” (Bittar; Almeida, 2004, p. 495) As expressões

abertas “representam uma assunção de imprecisão feita pelo legislador com o fito de permitir a adaptação do texto normativo a momentos sociais e a peculiaridades de casos concretos.” É nesse sentido, completam Bittar e Almeida, “que se pode dizer que a completude do sistema jurídico é um mito.” (2004, p. 495) Ao passo que a concepção tradicional da interpretação jurídica esperava revelar o sentido que já deveria vir pronto na norma, a nova interpretação concebe que uma norma, ao invés de conter um sentido em si, abre *possibilidades de construção de sentido(s)*²⁹.

Atualmente é um truísmo o fato de que as normas legais não podem determinar o comportamento judicial nem as decisões das cortes de uma maneira geral. [...] Sob circunstâncias normais, o significado de uma norma geral num caso concreto tem de ser determinado pela interpretação, e interpretação geralmente dá azo para mais de uma resposta aceitável. Tal raciocínio é verdadeiro para normas legais em geral, mas aplica-se com força particular às normas constitucionais. [...] (Grimm, 2006b, p. 14)

A conformação de uma nova hermenêutica jurídica, influenciada pela centralidade da constituição e pela normatividade dos princípios, implica transformações no papel da norma e do intérprete:

(i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. (Barroso, 2009a, p. 72)

Neste ponto, remete-se a um problema. Na seção 2.3, acima, mencionou-se estar sedimentada – e reproduzida em livros de introdução ao Direito – a ideia de que os direitos subjetivos fluem do direito objetivo, do ordenamento jurídico. Até então, porém, estava-se referindo a um contexto em que o Direito tinha como elemento mais influente o código, não as constituições, e códigos em que as regras eram elementos para os quais se pretendida aplicabilidade direta, e os princípios eram acessórios para interpretação e suprimento de lacunas. Quando se passa a considerar que princípios são também normas, espera-se que possam ser empregados diretamente para a solução de problemas reais, de casos concretos. No entanto, diferentemente das regras, princípios são normas vagas, de textura aberta. Será possível afirmar a existência de direitos subjetivos a partir de princípios, se neles não se tende a poder identificar com clareza um *devedor* ou um *objeto* específico? Como, então, retirar direitos subjetivos a partir de princípios?

²⁹ “A moderna dogmática jurídica, no entanto, de longa data já não endossa a crença de que as normas jurídicas tenham, invariavelmente, sentido unívoco, oferecendo uma única solução possível para os casos concretos aos quais se aplicam. Em muitas hipóteses, a norma – especialmente a norma constitucional, quando tem conteúdo fluido e textura aberta – oferece um conjunto de possibilidades interpretativas, figurando como uma moldura dentro da qual irá atuar a criatividade do intérprete. Como consequência, a atividade de interpretação da norma consistirá também em um ato de *vontade* (volitivo), uma escolha, envolvendo uma valoração específica feita pelo intérprete.” (Barroso, 2012, p. 79) Sobre este aspecto, afirma Dieter Grimm: “o critério de ação ainda não está traçado na norma, mas é produzido pelo destinatário da norma em sua execução, mediante constante adaptação a situações diversas.” (2006a, p. 19)

Interpretar, decidir: com a vagueza normativa, estas ações passam a compreender atos de vontade, afastando-se sua concepção como busca racional por um sentido que se espere originalmente contido no texto da norma. Num cenário de normas de textura aberta, a afirmação de direitos subjetivos – sobretudo a partir de princípios – dependerá da criação do sentido da norma. “A aplicação das normas não pode ser facilmente distinguida de sua criação.” (Grimm, 2006b, p. 15)

Direitos subjetivos dinâmicos: textura aberta e atribuição de conteúdo

Normas de *textura aberta* delegam ao seu aplicador (intérprete) o preenchimento de seu sentido³⁰. Com isso, a interpretação e aplicação da norma assumem caráter dinâmico e de gênese³¹. Como um princípio não tende a definir com contornos precisos os elementos para configuração de um direito subjetivo – o sujeito do direito, o sujeito do dever, e o conteúdo-objeto do direito-dever – a definição desses elementos torna-se aberta à construção. Negar aplicabilidade a um princípio constitucional seria ir de encontro ao reconhecimento da normatividade autônoma da constituição, e o retorno ao raciocínio da *era dos códigos*. Em outros termos, significaria minar-lhe a imperatividade.³²

A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Como consequência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio da *ação* e da *jurisdição* –, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais. (Barroso, 2008, p. 59)

Se o sentido de uma norma aberta está por ser construído, esta construção se dá argumentativamente.³³ “A argumentação faz parte do mundo jurídico, que é feito de linguagem, racionalidade e convencimento.” (Barroso, 2009b, p. 338) Sobre este ponto, Barroso esclarece que a argumentação:

³⁰ Afirmação esta que não implica descartar a importância das regras e da subsunção na atuação jurídica cotidiana. Reconhecer a normatividade dos princípios e a mudança hermenêutica que ela acarreta não implica negar o papel das regras como normas jurídicas. O neoconstitucionalismo, afinal, envolve a proposta de uma concepção de Direito que, “sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e a ponderação”. (Sarmiento, 2009, p. 146) Ainda neste sentido: “O sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de *regras* e *princípios*, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* no caso concreto.” (Barroso, 2009b, p. 316)

³¹ Como ressalva crítica, anote-se a posição de Dieter Grimm: “Disso sofre a separação entre direito e política, pois a aplicação do direito torna-se forçosamente o seu próprio criador de normas.” (2006a, p. 13)

³² “Uma vez investida na condição de norma jurídica, a norma constitucional passou a desfrutar dos atributos essenciais do gênero, dentre os quais a *imperatividade*.” (Barroso, 2005, p. 69)

³³ Neste ponto, deve-se reconhecer que a abertura à construção argumentativa do sentido da norma implica relativização do ideal de segurança jurídica, que o positivismo jurídico entendia possível por meio de critérios unicamente formais de reconhecimento das normas jurídicas. Valores morais incorporados à ordem constitucional e ao ordenamento em geral, “pela sua vagueza e indeterminação, abrem-se a leituras muito diversificadas.” (Sarmiento, 2009, p. 122) Quanto a este aspecto, posiciona-se Daniel Sarmiento: “[...] quanto mais vaga for a norma a ser aplicada, e mais intenso o componente volitivo envolvido no processo decisório, maior deve ser o ônus argumentativo do intérprete, no sentido de mostrar que a solução por ele adotada é a que melhor realiza os valores do ordenamento naquele caso concreto.” (2009, p.141)

É a atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício de justificação de determinada tese ou conclusão. Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais:

- i. A linguagem;
- ii. As premissas que funcionam como ponto de partida; e
- iii. Regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão. (2009b, p. 339)

A proposta, neste ponto do artigo, é a identificação de um instrumental adequado para que se possa construir, a partir de situações concretas em que as pessoas se encontrem, sentidos para princípios, de modo a configurar direitos, nos moldes do que se chamaria *direito subjetivo*. A pretensão, aqui, reduz-se à identificação dos contornos fundamentais deste instrumental, objetivando um primeiro contato com categorias que podem ser úteis na tarefa de compreender direitos subjetivos hoje.

Exemplos serão adequados para ilustrar essa ideia. Tome-se a situação de uma pessoa que, acometida por doença e considerada em fase terminal, sofra dor incessante e intensamente. Sem perspectivas de melhora e não havendo tratamento médico capaz de reverter a situação, sua condição é de angústia. Ainda assim, esta pessoa está no exercício de sua razão, de modo que é capaz de escolha. O que significará, para ela, a norma constitucional que enuncia a dignidade da pessoa humana? Trará esta norma algum direito subjetivo aplicável à sua posição?

Certo é que o dispositivo constitucional nada mais faz do que enunciar uma locução: dignidade da pessoa humana como um fundamento da República, sem definir com contornos precisos qual seria o conteúdo da dignidade, ou a quem caberia o dever de observância correspondente a esse conteúdo. Não se está trabalhando com regra, mas com norma de textura aberta.

O que aqui se argumenta, com base no instrumental exposto a seguir, é que a posição em que esta pessoa se encontra torna possível que o preceito de dignidade da pessoa humana represente, para o caso específico dela, uma *liberdade*. Esta liberdade precisará ser construída argumentativamente, vinculando-se, por exemplo, o direito à vida – normalmente encarado como indisponível – à dignidade humana, e favorecendo a conclusão de que a Constituição, ao proteger a vida, não pretendeu forçar a alguém que seja capaz de escolha a continuidade de uma vida de sofrimento intenso e sem possibilidade de reversão, e portanto indigna.³⁴ Esta *liberdade* decorrente da dignidade da pessoa humana teria por conteúdo, portanto, a afirmação de um direito de optar pela morte, pelo suicídio assistido, neste caso específico. Esta liberdade significa, igualmente, a inexistência de um dever de continuidade da vida.

Tome-se um segundo exemplo: o da pessoa moradora de rua que, no frio, não dispõe de abrigo ou agasalho. O que significará a dignidade da pessoa humana para a situação em que ela se encontra? Sugere-se,

³⁴ Esta argumentação reflete os contornos esboçados por Marcelo Novelino, para quem a Constituição protege a “vida com dignidade”. (2009, p. 395)

aqui, que seja uma *pretensão a algo*: ao abrigo, à moradia, ao agasalho. Nem o conteúdo-objeto da *pretensão*, nem o *devedor* a que ela corresponde, estão identificados no preceito de *dignidade humana*, e precisarão ser argumentativamente construídos. Esta *pretensão* significa, igualmente, a existência de um *dever* correspondente.

Liberdade e *pretensão* são duas das categorias trabalhadas por Wesley Newcomb Hohfeld para análise de posições jurídicas. As outras categorias fundamentais para identificação de posições são *competência* e *imunidade* (Hohfeld, 1920; Alexy, 1993; Arel, 2003; Sgarbi, 2006; Ferreira, 2007). Estas categorias são empregadas para distinguir sentidos que não estão revelados quando se diz que “alguém tem direito a algo”, ou “A tem direito a x”. Sentidos, portanto, que estão *sob* esta maneira de enunciar direitos (Hohfeld, 1920, p. 7).

Liberdade, para Hohfeld, é o oposto de *dever*. Quem tem uma liberdade não tem um dever de fazer ou de abster-se de fazer algo. A *liberdade* é correlata a uma ausência de *pretensão* de um terceiro, que não poderá exigir que se faça ou se deixe de fazer algo (Hohfeld, 1920, p. 7). No exemplo anteriormente proposto, a dignidade da pessoa humana, se significar uma liberdade para a pessoa que está em sofrimento irreversível, significará, ao mesmo tempo, a ausência de um dever de indisponibilidade sobre a própria vida, e a ausência da possibilidade jurídica de que alguém possa *pretender* obrigá-la à continuação da vida em sofrimento.

Pretensão, por sua vez, é o oposto da *ausência de pretensão*, ou do não-direito. Esta concepção é mais clara quando se enuncia o seu correlato: *pretensão* é correlata a um *dever*, no sentido de que à *pretensão* de alguém corresponde o dever de outrem (Hohfeld, 1920, p. 7). No exemplo da cobrança repetida de dívida, abordado em seção anterior deste artigo, a *pretensão* daquele que sofreu a cobrança indevida à restituição em dobro corresponde ao *dever*, da parte daquele que indevidamente fez a cobrança, de restituição. No exemplo da pessoa moradora de rua, a existência de uma *pretensão* à moradia, ao abrigo ou ao agasalho corresponde a um dever imputável a outrem, que argumentativamente poderia ser construído como sendo, talvez, o Estado.

A *competência* ou *poder* é um conceito oposto à *incompetência*, e correlato à *sujeição*. A posição de *competência* envolve a capacidade de modificar uma situação jurídica de modo a afetar posições de outras pessoas, em situação de *sujeição* (Hohfeld, 1920, p. 9). Esta categoria pode ser utilizada para descrever a posição do poder legislativo frente à sociedade e a do judiciário em relação às partes no processo. Mas, no campo privado, pode ser utilizada para descrever a posição dos pais em relação aos filhos menores de dezoito e maiores de dezesseis anos, no que diz respeito à faculdade de emancipação. Esta é uma *competência* dos pais de alterar a situação jurídica de uma outra pessoa, fazendo com que seu *status* jurídico não mais seja de incapacidade relativa, mas de capacidade plena para os atos da vida civil. No campo constitucional, o poder de

veto do poder executivo a projetos de lei pode ser encarado como uma *competência* (ainda que não absoluta, visto que reversível) frente ao poder legislativo.

Por fim, *imunidade* é uma categoria oposta à *sujeição* e correlata à *incompetência*. Dizer que uma pessoa tenha imunidade é o mesmo que dizer que outra pessoa é *incompetente* ou que *não tem poder* de afetar sua situação jurídica. É, ainda, o mesmo que dizer que esta pessoa não está *sujeita* à vontade de outra (Hohfeld, 1920, p. 8). Neste sentido, pode-se tomar como exemplo o que o conteúdo do artigo 60, §4º, da Constituição, representaria em relação à sociedade: uma imunidade frente ao poder constituinte reformador, que não dispõe de poderes para suprimir da Constituição aqueles pontos arrolados como cláusulas pétreas.

Nota-se, assim, que afirmar que *A tem direito a x* assume significados muito diversos segundo o *contexto jurídico* em que a afirmação é feita (Sgarbi, 2006, p. 444), embora todas as diferentes posições sejam comumente agrupadas sob o nome de *direitos*. O contexto jurídico remete à posição em que as pessoas se encontram no mundo dos fatos em relação às normas. Num cenário em que as normas jurídicas apresentam textura mais aberta, torna-se necessário o uso de um instrumental que favoreça a construção de sentido para a norma em vista dos casos em que se pretenda aplicá-la. Para tanto, as categorias de *liberdade*, *pretensão*, *imunidade* e *competência* permitem analisar com maior grau de especificidade e de clareza os sentidos que antes estariam reunidos sob uma só expressão: *ter direito a*. Num contexto normativo em que já se tem grau considerável de vagueza na redação de normas como princípios, é necessário dispor de categorias que permitam precisão no raciocínio para que se possa fazer a ligação entre o mundo dos fatos – e as diferentes posições nele possíveis – e o sentido da norma vaga, que se necessita construir para se afirmar a existência de direitos em casos concretos.

O uso destas categorias favorece o caráter dinâmico e de gênese de direitos a partir de expressões vagas, que assumem diferentes sentidos segundo as diferentes posições: como no exemplo dos diferentes usos de dignidade humana, acima. A implicação disto é a quebra da exigência, até então identificada com a categoria de *direito subjetivo*, de que haja suficiente delimitação de seus contornos no *direito objetivo* para que um direito se torne exigível (inclusive judicialmente). Refere-se, aqui, à exigência, decorrente da própria descrição dos elementos de *direito subjetivo*, de que estejam bem identificados o sujeito do direito, o sujeito do dever, e o conteúdo-objeto deste direito-dever. Por esta concepção anterior, só se poderia falar em direito caso se pudesse simultaneamente identificar o dever correspondente.

Quando, pelo contrário, dispõe-se tão somente de uma norma vaga, é necessário partir da *posição fática*, para construir o que aquela norma significa naquele contexto jurídico. Aqui, o caráter genético e dinâmico, acima referido, significa que a afirmação de um direito precede a existência de contornos bem delimitados, ou seja, precede a identificação de um devedor ou de contornos específicos para o conteúdo-

objeto deste direito.³⁵ Dessa forma, o que é apresentado na linguagem aberta da norma (objetiva) como um direito (tal qual dignidade humana, igualdade, saúde etc.) decompõe-se, no mundo, em diversas posições protegidas (não necessariamente predefinidas na norma), que correspondem a (possíveis) direitos em suas variadas modalidades: *liberdade*, *pretensão*, *competência*, *imunidade*. Há, nisso, um caráter dinâmico, *nomogenético*, dado que a própria normatividade é construída a partir das circunstâncias peculiares da posição, dos fatos.

É necessário ressaltar que o uso desse instrumental para a construção de sujeitos de direitos, sujeitos de deveres, e de conteúdos-objetos de direitos-deveres, não se faz independentemente do ordenamento jurídico ou apesar dele. Trata-se de conceber categorias que possam auxiliar a construção de significados viáveis a partir de termos abertos enunciados no ordenamento, como aqueles contidos em princípios. A referência ao ordenamento, portanto, deve existir. O neoconstitucionalismo, apesar de atribuir maior liberdade interpretativa e de conceber o Direito como sistema aberto, não dispensa que a fundamentação das decisões faça remissão ao ordenamento jurídico:

Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações:

- i. Reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (75)
- ii. Utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas;
- iii. Levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos. (Barroso, 2009a, p. 76)³⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta contida neste artigo pode ser condensada da seguinte maneira: a compreensão das diferentes posições no mundo concreto com base nas categorias hohfeldianas – de *liberdade*, *pretensão*, *imunidade* e *competência* – é instrumental para conceber diferentes possibilidades decisórias (interpretativo-construtivas) a partir de enunciados abertos, vagos, existentes no ordenamento jurídico, sobretudo em normas como princípios. Esta abordagem inverte o procedimento de raciocínio até então associado à concepção de

³⁵ Neste sentido, escreve Alon Harel, em texto que aborda as categorias fundamentais hohfeldianas: “Rights should be described therefore as grounds for duties (rather than be equated with duties. This view explains the ‘dynamic aspect of rights’, i.e., their inherent potential to create new duties or new duty-holders.” (2003, p.8)

³⁶ Os três parâmetros propostos por Barroso para a argumentação são também enunciados da seguinte maneira: “a) necessidade de fundamentação normativa; b) necessidade de respeito à integridade do sistema; c) o peso (relativo) a ser dado às consequências concretas da decisão.” (Barroso, 2009b, p. 342)

direito subjetivo, essencialmente atrelada a contornos de antemão colocados pelo *direito objetivo*, e passa a trabalhar com um cenário de construção de conteúdos e de identificação de sujeitos devedores.

Colocado de outra maneira, instrumentaliza-se a afirmação de direitos em um cenário normativo vago, o que seria incompatível com a concepção tradicional de *direito subjetivo*, originada na *era dos códigos* e influenciada pela hermenêutica tradicional. A proposta do uso deste instrumental é adequada à proposta neoconstitucionalista de centralidade da constituição e normatividade dos princípios, que trouxeram para o universo jurídico a necessidade de se trabalhar mais frequentemente com cláusulas gerais, de textura aberta, tais quais princípios e conceitos jurídicos indeterminados.

Dado que, sob o marco teórico do neoconstitucionalismo e da doutrina da efetividade da constituição, esta é dotada de força normativa autônoma, devendo-se buscar a sua máxima incidência concreta, já não é mais possível conceber *direitos subjetivos* unicamente nas hipóteses de regulamentação específica, visto que dizê-lo seria negar a incidência direta dos princípios constitucionais. Estes aspectos contribuíram para atribuir novo sentido à categoria de direito subjetivo na era da centralidade das constituições: especificamente, o de que é possível elaborar, construir um direito subjetivo a partir de uma referência normativa vaga, por meio de uma interpretação que já não busca revelar *um* sentido que se espera contido no texto normativo, mas que se propõe a construir sentidos segundo os variados contextos jurídicos, as diferentes posições existentes no mundo concreto, e sobre as quais estas normas vagas incidem.

SUBJECTIVE RIGHTS IN THE AGE OF STATUTES AND OF CONSTITUTIONS: THE ISSUE OF UNDEFINED CONTENTS, IN HISTORICAL PERSPECTIVE

Abstract:

This paper aims at identifying aspects of changes in the category of subjective rights. For that end, two different scenarios are presented and contrasted. The first one encompasses an age of statutes, in which constitutions, despite existing, lacked the status of legal norms in the European and Brazilian settings. Also featured in this scenario was the traditional approach to legal hermeneutics, which privileged strict deductive logical operations and the idea that one should seek to find, in statutory texts, the meaning that – it was believed – the text itself contained. Rights are thus conceived as tightly connected to the boundaries set to them in legal texts. In a second moment, constitutions play a central role, and reach the status of proper norms. Markedly containing norms of open texture, the juridical system pertaining to this second setting implies change in the way rights are attributed to subjects, even more so as these rights' contents need to be interpreted and argumentatively constructed. The paper suggests that the fundamental legal categories presented by Wesley Hohfeld are a suitable theoretical toolset when one seeks to find a new sense for the conception of *rights* in this second scenario of greater possibilities of meaning and uncertainty.

Keywords: subjective rights; hermeneutics; history of law.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Gustavo. **Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da prática judiciária**. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 81-115.

BARROSO, Luís Roberto. **A doutrina brasileira da efetividade**. In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. Tomo III. Renovar: Rio de Janeiro, 2005. p. 61-77

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009b.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-48.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009a. p. 61-119

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). [S./l.] Editorial Trotta, 2003. p. 13-29.

FERREIRA, Daniel Brantes. **Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do Direito**. Direito, Estado e Sociedade, n. 31, jul./dez. 2007, p. 33-57.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRIMM, Dieter. **Jurisdição constitucional e democracia**. Revista de Direito do Estado, Ano 1, n° 4, out./dez 2006, p. 3-22.

_____. **Política e direito**. In: Grimm, Dieter. Constituição e política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3-20.

HAREL, Alon. **Theories of rights**. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=459960>>. Acesso em: 14. abr. 2012, p. 1-21.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning**. New Haven: Yale University Press, 1920. Livro virtual disponível em: <<http://www.archive.org/details/fundamentallegalOOhofhfuoft>>. Acesso em: 14. abr. 2012

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, as divisões dos poderes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-147

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil**. Vol. I. 22. ed., atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. [S./l.s./e.] 2012. Livro virtual disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2012.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

SGARBI, Andrea. **HOHFELD, Wesley Newcomb: 1879-1918 (Verbete)**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.) *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 443-448.

SÓFOCLES. **Antígona**. In: SÓFOCLES. *Édipo Rei, Antígona*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento**. Revista de Direito do Estado, Ano 2, n. 7, jul./set. 2007, p. 69-80

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade**. Florianópolis: Boiteux, 2006.

Trabalho enviado em 27 de agosto de 2014.

Aceito em 02 de outubro de 2014.