

Obras da Coleção\*

teoria & direito público

coleção dirigida por

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA      JEAN PAUL C. VEIGA DA ROCHA  
Faculdade de Direito      Núcleo "Direito & Democracia",  
da Universidade de São Paulo      Cebrap

**ROBERT ALEXY**

1. ROBERT ALEXY – *Teoria dos Direitos Fundamentais*
2. WILSON STEINMETZ – *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*
3. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (org.) – *Interpretação Constitucional*
4. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA – *A Constitucionalização do Direito*
5. MARCO AURÉLIO SAMPALO – *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*

## **TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

*tradução de*

**VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA**

# TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ROBERT ALEXY

© SUHRKAMP VERLAG, 1986

© Tradução de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

da 5ª edição alemã

*Theorie der Grundrechte*

publicada pela Suhrkamp Verlag (2006)

ISBN: 978-85-7420-872-5

Direitos reservados desta edição por

MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940 — São Paulo — SP

Tel.: (11) 3078-7205 Fax: (11) 3168-5495

URL: [www.malheiroseeditores.com.br](http://www.malheiroseeditores.com.br)

e-mail: [malheiroseeditores@terra.com.br](mailto:malheiroseeditores@terra.com.br)

*Composição*

Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

*Capa*

Criação: Vânia Lúcia Amato

Arie: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

04.2008

Para

Georg Corbin

e

Julia.

## Capítulo 4

### DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS

#### I – SOBRE A DISCUSSÃO ACERCA DOS DIREITOS SUBJETIVOS

A despeito de sua considerável longevidade e de intensos e amplos esforços,<sup>1</sup> a discussão sobre o conceito de direito subjetivo não caminhou na direção de um consenso. Uma importante razão para tanto pode ser vista já em Kelsen, que censurava a “carência de questionamento concreto e preciso”: “Ninguém se deu conta do que o conceito de direito subjetivo deve proporcionar ao jurista; não há clareza suficiente sobre a que questionamento ele deveria fornecer respostas”.<sup>2</sup> Também na atual discussão são suscitadas questões as mais diversas em conexão com o conceito de direito subjetivo. É possível diferenciar três tipos de questões: normativas, empíricas e analíticas.

#### 1. Direitos subjetivos e questões normativas

Dentro do grupo das questões normativas é possível distinguir entre questões ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas e suas respectivas respostas.

1. Kelsen constatava, em 1911: “Certamente não é um exagero afirmar que, de todos os conceitos jurídicos fundamentais, o mais discutido na literatura teórica é exatamente o conceito de direito subjetivo” (Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen: Mohr, p. 568). Embora essa constatação não seja mais procedente no que diz respeito à literatura contemporânea, o conceito de direito subjetivo não está longe do topo. Como se perceberá pelo que se segue, ele ainda pertence ao grupo dos conceitos mais discutidos na literatura teórico-jurídica.

2. Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatslehre*, p. 618.

Trata-se de uma questão *ético-filosófica* quando se pergunta, independentemente da validade de um ordenamento jurídico positivo, por que os indivíduos têm direitos e que direitos eles têm. Uma resposta clássica a essa questão é a de Kant, segundo a qual “a liberdade (independência de ser coagido pelo arbítrio de outrem), desde que possa existir em conjunto com a liberdade dos outros com base em uma lei geral”, é o direito “único, original e conferido a todos”, e isso “por força de sua humanidade”.<sup>3</sup> O que, segundo Kant, é caracterizado pelo atributo do ser humano como ser racional.<sup>4</sup> Um outro exemplo de resposta àquela questão é oferecido por Larenz: “Nós entendemos que a relação jurídica fundamental é o direito de alguém a ser respeitado por todos como pessoa e, ao mesmo tempo, o seu dever, em relação aos outros, de respeitá-los como pessoas (...). Nessa relação, o ‘direito’ de uma pessoa é aquilo que lhe cabe ou lhe é devido enquanto pessoa, e aquilo que os outros são obrigados ou vinculados a lhe garantir ou a respeitar”.<sup>5</sup>

Acima se demonstrou que a dogmática dos direitos fundamentais, tanto quanto a dogmática jurídica em geral, é uma disciplina tridimensional e que uma de suas dimensões diz respeito a questões normativas.<sup>6</sup> Por isso, o objeto da questão ético-filosófica pode desempenhar um papel também no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais. A diferença entre questões ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas está no fato de que estas últimas dizem respeito àquilo que é válido no sistema jurídico, enquanto as primeiras podem ser suscitadas independentemente desse sistema.

Portanto, quando se indaga se, em um determinado sistema jurídico, um sujeito de direito tem determinado direito subjetivo, está-se diante de uma questão *jurídico-dogmática*. Neste ponto interessam apenas duas situações nas quais essa questão pode ser suscitada. Na primeira situação não há dúvida de que uma norma *N*, caso seja aplicável ao caso de *a*, confere a este um direito subjetivo; mas é duvidoso se ela é realmente aplicável ao caso de *a*, o que significa que é

3. Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, p. 237.

4. Immanuel Kant, “Grundlegung zur Metaphysik der Sitten”, in *Kants Gesamte Schriften (Akademie-Ausgabe)*, v. IV, Berlin: Reimer, 1903/1911, pp. 446 e ss.

5. Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, München: Beck, 1967, p. 60.

6. Cf. Capítulo 1, 1.2.

duvidoso se, diante das condições presentes, ela confere a  $a$  um direito subjetivo. Responder a esta questão envolve um problema corriqueiro de interpretação. Os problemas que afetam o conceito de direito subjetivo não têm, aqui, nenhuma importância. A segunda situação é, ao contrário, caracterizada pelo fato de que não há nenhuma dúvida de que  $N$  é aplicável ao caso de  $a$ , mas é duvidoso se  $N$  garante algum direito subjetivo. O caso clássico sobre essa questão é o caso da proteção aduaneira, utilizado por Jhering: "a lei que, no interesse de alguns ramos industriais, introduz proteções aduaneiras *beneficia* os fabricantes e os *promove e protege* em sua atividade negocial, mas, apesar disso, não confere a eles nenhum direito (...). O que existe aqui é um simples *efetivo reflexo*, uma relação que tem enorme semelhança com o direito e que, contudo, deve ser com ainda mais cuidado dele apartada".<sup>7</sup>

Saber quando uma norma jurídica confere direitos subjetivos é uma questão que tem importância prática sobretudo sob o aspecto processual. Assim é que, de acordo com os §§ 42, 2, e 113, 1, da Lei sobre os Tribunais Administrativos, a alegação e a demonstração de uma violação de um direito subjetivo do demandante são condições de admissibilidade e de êxito de uma demanda.<sup>8</sup> Aqui interessa apenas a constatação de que saber se uma norma confere ou não um direito subjetivo é um problema normativo. Esse problema surge quando o texto normativo deixa essa questão em aberto, como ocorre, por exemplo, quando o teor literal do texto determina que a norma  $N$  obriga o Estado a realizar a ação  $h$ , mas não define se  $a$  tem um direito à realização dessa ação estatal. Para demonstrar que  $a$  tem um tal direito são necessárias premissas adicionais, que podem ser, na esteira

7. Rudolf v. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Parte 3, 5ª ed., Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1906, p. 351. Sobre esse caso, cf. Otto Bachof, "Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht", in Otto Bachof *et al.* (Orgs.), *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München: Isar, 1955, p. 288; H. L. A. Hart, "Bentham on legal rights", in A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Oxford: Oxford University Press, 1973, p. 189.

8. Sobre a discussão acerca do direito subjetivo no direito administrativo, cf., por exemplo, Otto Bachof, "Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht", pp. 287 e ss.; Hans H. Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen: Mohr, 1965, pp. 246 e ss.; Wilhelm Henke, *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübingen: Mohr, 1968; Manfred Zuleeg, "Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?", *DVBl* 91 (1976), pp. 510 e ss.

da teoria das normas de proteção do Tribunal Administrativo Federal, aquelas da interpretação teleológica.<sup>9</sup> Mas, com isso, adentra-se um campo no qual deduções a partir do material normativo preexistente não são mais suficientes, no qual passam a ser necessárias valorações independentes.<sup>10</sup> É necessário fundamentar enunciados normativos que vão além do já estabelecido.

## 2. Direitos subjetivos e questões empíricas

O conceito de questão empírica abarca coisas as mais diversas. Isso vale também para as questões empíricas que dizem respeito aos direitos subjetivos. Nesse sentido, é possível distinguir entre proposições sobre o surgimento de direitos subjetivos,<sup>11</sup> sobre a história do conceito de direito subjetivo<sup>12</sup> e sobre a função social dos direitos subjetivos,<sup>13</sup> como, por exemplo, sobre sua "função específica para a organização e a legitimação das relações de dominação".<sup>14</sup>

Depois do que se disse anteriormente acerca da tridimensionalidade da Ciência do Direito,<sup>15</sup> não é preciso gastar muitas palavras acerca da importância de questões empíricas para uma teoria jurídica dos direitos subjetivos. Ela é especialmente perceptível no âmbito dos argumentos históricos e teleológicos. Nesse sentido, a criação de determinado direito subjetivo  $R$ , no momento  $t_1$ , para evitar a situação  $Z$ , considerada como negativa, e o fato de  $R$  ter evitado, com sucesso, essa situação são fortes argumentos para a manutenção de  $R$ , desde que  $R$  continue a ser, no momento  $t_2$ , adequado para evitar  $Z$  e que  $Z$

9. Cf., por exemplo, *BVerwGE*, 1, 83; 27, 29 (32); 28, 268 (270); 32, 173 (175); 41, 58 (63); 52, 122 (128). Cf., além disso, *BVerfGE* 27, 297 (307).

10. Cf. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 295 e ss.

11. Cf. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed., Tübingen: Mohr, 1980, pp. 397 e ss.

12. Cf. Helmut Coing, "Zur Geschichte des Begriffs 'subjektives Recht'", in Helmut Coing, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Frankfurt am Main: Klostermann, 1962, pp. 29 e ss.

13. Cf. Niklas Luhmann, "Zur Funktion der 'subjektiven Rechte'", *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 1 (1970), pp. 321 e ss.; Jan Schapp, *Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1977, p. 14.

14. Ulrich K. Preuß, *Die Internalisierung des Subjekts*, p. 30.

15. Cf. Capítulo 1, 1.2.

continue a ser avaliado como algo negativo.<sup>16</sup> Em sentido semelhante, o fato de que um determinado direito subjetivo *R*, a partir da interpretação *I*, ou leva à consequência fática *K* ou tem a função social *F*, é um forte argumento para interpretar *R* no sentido de *I*, desde que *K* e *F* sejam avaliadas como algo positivo. Essa série de exemplos poderia ir adiante. Nelas sempre se verá que *tão-somente* a partir de enunciados empíricos sobre a história, as consequências sociais ou as funções dos direitos subjetivos nada é possível inferir para a problemática jurídico-dogmática. Para esse fim, é necessário associá-los a enunciados normativos.

### 3. Direitos subjetivos e questões analíticas

#### 3.1 Norma e posição

Em uma teoria estrutural dos direitos fundamentais o que importa são sobretudo questões analíticas. Para o tratamento analítico dos direitos subjetivos, a diferenciação entre *norma* e *posição* é de importância basililar.<sup>17</sup> Uma norma é aquilo que um enunciado normativo expressa.<sup>18</sup> O enunciado:

(1) "Todos têm o direito de expressar livremente (...) a sua opinião (...)" (art. 5º, § 1º, I, da Constituição alemã)

expressa uma norma universal.<sup>19</sup> Como não pode haver dúvida de que ela garante um direito em face do Estado, é possível, com base nela, formular a seguinte norma individual:

(2) *a* tem, em face do Estado, o direito de expressar livremente a sua opinião.

Se esse enunciado é correto, ou seja, se a norma individual expressa por meio de (2) é válida, então, *a* encontra-se, em face do Es-

16. Sobre esse tipo de argumento histórico, cf. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 294.

17. Sobre a utilização do termo "posição" pelo Tribunal Constitucional Federal, cf. *BVerfGE* 45, 63 (76); 53, 30 (58).

18. Cf. Capítulo 2, I.2.

19. Sobre esse conceito, cf. Capítulo 3, I.1, nota de rodapé 11.

tado, em uma posição que consiste exatamente no direito que *a* tem, em face do Estado, de expressar livremente sua opinião. Essa posição pode ser expressa pelo mesmo enunciado por meio do qual a norma individual foi expressa. Se a *norma* individual, segundo a qual *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*, é válida, então, *a* encontra-se em uma posição jurídica caracterizada pelo direito a *G* que ele tem em face de *b*; e se uma *posição* jurídica de *a* consiste no fato de *a* ter, em face de *b*, um direito a *G*, então, é válida a norma individual segundo a qual *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*. É possível se perguntar, diante disso, que sentido tem falar em posições. Parece ser supérfluo.

A resposta é que falar em posições é necessário a partir de um determinado ponto de vista: a partir da perspectiva que se interessa pelas *características normativas* de pessoas e ações e pelas *relações normativas* entre pessoas ou entre pessoas e ações. Normas podem ser consideradas, de forma bastante geral, como qualificações de pessoas ou ações. Nesse sentido, pode-se dizer que uma norma que proíbe *a* de fazer *h* confere a *a* a característica jurídica de ser alguém ao qual é proibido fazer *h*. Essa característica de *a*, que pode ser expressa por meio do predicado monádico complexo "alguém ao qual é proibido fazer *h*", é uma posição, na qual *a* é colocado por meio da norma. Se houvesse apenas posições desse tipo, com certeza não valeria a pena falar de posições. O interesse surge apenas quando não se trata mais de características, mas de relações, que podem ser expressas por predicados triádicos como "... tem um direito a *G* em face de ..." ou por predicados triádicos como "... tem em face de ... um direito a ...". A seguir será demonstrado que é aconselhável conceber os direitos subjetivos como posições e relações desse tipo.

#### 3.2 Um modelo de direitos subjetivos em três níveis

Se direitos subjetivos são compreendidos como posições e relações jurídicas no sentido apresentado acima, então, é possível distinguir entre (a) razões para direitos subjetivos, (b) direitos subjetivos como posições e relações jurídicas e (c) a exigibilidade jurídica dos direitos subjetivos. A insuficiente distinção entre essas três questões é uma das principais causas da interminável polémica acerca do conceito

de direito subjetivo, sobretudo aquela travada entre as diferentes variantes das teorias do interesse e da vontade.<sup>20</sup>

Os pólos em redor dos quais gira a polémica sobre os direitos subjetivos foram caracterizados com insuperável concisão por Jhering: "Dois são os momentos que constituem o conceito de direito: um *substancial*, no qual reside a finalidade prática do próprio direito, a saber, a utilidade, a vantagem, o lucro, a qual deve ser garantida pelo direito; e um *formal*, o qual se relaciona com aquela finalidade apenas como meio, a saber, a *proteção* jurídica, a *ação judicial*".<sup>21</sup> Enquanto

20. Essas teorias encontram sua formulação clássica em Windscheid e Jhering. Segundo Windscheid, o direito subjetivo é "um poder ou um domínio da vontade, outorgado pelo ordenamento jurídico" (Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 156); segundo Jhering, direitos subjetivos são "interesses juridicamente protegidos" (Rudolf v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Parte 3, p. 339). A discussão sobre essas teorias conduziu a inúmeras teorias combinadas (cf., sobre isso, Ludvig Eneccerus/Hans C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15ª ed., t. 1, Tübingen: Mohr, 1959, pp. 428-429: "Conceitualmente, o direito subjetivo é um poder jurídico, conferido ao indivíduo pelo ordenamento jurídico, cuja finalidade é ser um meio para a satisfação de interesses humanos"; e Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., Tübingen: Mohr, 1905, p. 44: "O direito subjetivo é, portanto, um poder da vontade humana, reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico e dirigido a um bem ou interesse"). Sobre a polémica acerca dessas posições, cf., por todos, Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pp. 572 e ss.; Otto Bachoff, "Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht", pp. 291 e ss.; Ludvig Raiser, "Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht", *JZ* 16 (1961), p. 465; Franz Kasper, *Das subjektive Recht - Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit*, Karlsruhe: Müller, 1967, pp. 49 e ss.; Josef Aicher, *Das Eigenum als subjektives Recht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1975, pp. 24 e ss.

No mundo anglo-saxão a controvérsia entre Jhering e Windscheid encontra seu contraponto nas posições de Bentham (teoria do interesse) e Austin (teoria da vontade). Cf., de um lado, Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (ed. J. H. Burns/H. L. A. Hart), London: Athlone, 1970, p. 206 (cf., a respeito, H. L. A. Hart, "Bentham on legal rights", p. 177) e, de outro lado, John Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 4ª ed., v. 1, London: Murray, 1873, p. 410. Recentemente a polémica entre as teorias da vontade e do interesse voltou a se inflamar. Do lado da teoria da vontade está Hart (H. L. A. Hart, "Bentham on legal rights", pp. 183 e ss.); do lado da teoria do interesse estão MacCormick e Lyons (Neil MacCormick, "Rights in legislation", in Peter M. S. Hacker/Joseph Raz (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford: Clarendon, 1977, pp. 189 e ss.; David Lyons, "Rights, claimants and beneficiaries", *American Philosophical Quarterly* 6 (1969), pp. 173 e ss.).

21. Rudolf v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Parte 3, p. 339.

para Jhering a finalidade está no centro, a teoria da vontade vê como central o controle do titular do direito — expresso entre outras coisas pela capacidade de demandar — sobre a posição a ele outorgada por uma norma. Ele pode, mas não tem que demandar; o que ele faz depende de sua livre escolha, de sua vontade.<sup>22</sup>

Enunciados sobre a finalidade de direitos, da mesma forma que enunciados sobre finalidades de normas em geral, são enunciados sobre razões para direitos ou normas. Portanto, no âmbito da teoria de Jhering é necessário distinguir entre duas espécies de enunciados: enunciados sobre razões para direitos e enunciados sobre a proteção ou a exigibilidade de direitos. Um típico enunciado sobre razões é o enunciado "os direitos existem (...)" para servir aos interesses, necessidades e finalidades do comércio".<sup>23</sup> A esses enunciados gerais sobre razões correspondem *enunciados concretos sobre razões*, como:

(1) *G* é uma "necessidade imperiosamente ligada à natureza animal do ser humano".<sup>24</sup>

Que podem ser utilizados como argumento a favor da tese de que *a* tem um direito a *G*.<sup>25</sup> Um *enunciado sobre a proteção* é:

(2) *a* pode alegar a violação de seu direito a *G* por meio de uma demanda judicial.

Nem enunciados sobre razões (1) nem enunciados sobre a proteção (2) são, por si mesmos, iguais em sentido a *enunciados sobre direitos*, como:

(3) *a* tem um direito a *G*.

22. Cf., sobre isso, H. L. A. Hart, "Bentham on legal rights", pp. 196 e ss. O aspecto da livre escolha pode se referir não apenas à demanda, isto é, à exigibilidade do direito, mas também à disposição sobre o direito. Cf., a esse respeito, Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, v. 1, p. 156. Se esse aspecto é encarado como constitutivo para o direito subjetivo, surgem, então, consideráveis dificuldades nos casos de direitos inalienáveis. Cf., sobre isso, Neil MacCormick, "Rights in legislation", pp. 195 e ss.

23. Rudolf v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Parte 3, p. 338.

24. Idem, pp. 333-334.

25. Deixo em aberto, aqui, a questão acerca da correção desse argumento.

Com isso, suscita-se a questão acerca da relação entre esses enunciados. Essa questão expressa um dos problemas nucleares da teoria dos direitos subjetivos.

A relação entre enunciados sobre razões (1) e enunciados sobre direitos (3) é relativamente simples de ser definida. Trata-se de uma relação de fundamentação. A razão para um direito é *uma* coisa, outra é o direito que se baseia nessa razão. Ambas têm ser consideradas em uma análise abrangente que, como afirmado por Jhering, pretenda "alcançar o interior do direito, a sua essência".<sup>26</sup> Isso não impede, contudo, que em um primeiro momento se tenha a estrutura lógica do direito em si como objeto da análise; pelo contrário, isso é até mesmo exigível, pois a indagação acerca da razão para algo pressupõe o conhecimento daquilo que deve ser fundamentado.

Não tão simples é a relação entre enunciados sobre direitos, como "a tem um direito a G" (3), e enunciados sobre proteção, como "a pode alegar a violação de seu direito a G por meio de uma demanda judicial" (2). Os enunciados sobre proteção também expressam posições jurídicas, a saber, a capacidade jurídica (o poder jurídico, a competência)<sup>27</sup> para a exigibilidade de um direito. Essa posição também pode ser designada como "direito". Trata-se, portanto, de uma relação entre duas posições ou direitos. Os freqüentemente discutidos problemas dessa relação decorrem da grande plausibilidade da tese segundo a qual só é possível falar em um direito subjetivo se existir uma capacidade jurídica para exigí-lo. Autores como Kelsen definem o direito subjetivo em sentido técnico ou específico justamente por meio de uma tal capacidade: "o direito subjetivo em sentido específico é o poder jurídico de fazer valer a satisfação de um dever existente".<sup>28</sup> Para essa definição é suficiente o conceito de poder jurídico (capacidade jurídica, competência), em conjunto com o conceito de dever, a cuja satisfação ou exigência o poder jurídico se refere. Significa isso que seria supérfluo falar de uma posição que consiste no fato de *a* ter, em face de *b*, um direito a *G* e, com isso, seria supérflua também a utilização de enunciados como "a tem, em face de *b*, um direito a *G*"?

26. Rudolf v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Parte 3, p. 328.

27. Sobre esses conceitos, cf. Capítulo 4, II, 3.

28. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, p. 269. Cf., ademais, na mesma obra, pp. 110-111 e, do mesmo autor, *Reine Rechtslehre*, pp. 139 e ss.

Esta pergunta deve ser respondida de forma negativa, por duas razões. A primeira razão baseia-se em uma consideração de conveniência. A utilização de enunciados sobre direitos é possível e conveniente mesmo quando se pressupõe que um direito subjetivo somente existe se existir uma capacidade jurídica para exigí-lo. Não se elimina a possibilidade de se utilizar enunciados como "a tem, em face de *b*, um direito a *G*"; apenas se limita a admissibilidade da utilização desses enunciados somente àqueles casos nos quais está preclusão desses enunciados fica clara pela constatação de que, se assim não fosse, casos simples teriam que ser expressos por meio de complexas formulações sobre a capacidade jurídica para a exigibilidade e a violação de deveres. Mesmo se o conceito de direito subjetivo fosse definido nos termos de Kelsen, ainda assim seria justificado fazer boa parte da Ciência do Direito com o auxílio de enunciados sobre direitos. E a essa razão técnica deve ser ainda adicionada uma razão sistemática. Não parece ser imprescindível que se fale em direitos somente se estiver presente a capacidade jurídica para sua exigibilidade, por exemplo, por meio de uma demanda judicial. Embora seja possível definir o conceito de direito subjetivo dessa maneira, uma tal definição estipulativa não apenas não reflete o uso corrente da linguagem,<sup>29</sup> como também não seria frutífera para o conhecimento dos sistemas jurídicos. É possível perceber que ela não reflete o uso corrente da linguagem por meio de normas como a do art. 19, § 4º, da Constituição alemã, que abre a via judicial para todo aquele que tenha tido um direito violado pelos Poderes Públicos; uma tal norma seria supérflua diante de uma definição que já incluisse no conceito de direito subjetivo o poder para demandar judicialmente.<sup>30</sup> Normas como essa sugerem que direitos devem ser considerados como fundamentos da capacidade jurídica de sua exigibilidade, o que, de acordo com a relação de fundamentação entre enunciados sobre razões para direitos e enun-

29. Cf., sobre isso, Ernst R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Parte 2, Gotha: Perthes, 1883, pp. 62-63.

30. Um problema semelhante suscita a inclusão da capacidade para demandar judicialmente no conceito de direito subjetivo no caso do § 42, 2, da Lei sobre os Tribunais Administrativos, segundo o qual a alegação de violação de um direito subjetivo é condição para a capacidade processual ativa (cf., neste ponto, Wilhelm Henke, *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübingen: Mohr, 1968, pp. 2-3).

ciados sobre direitos, conduz a uma segunda relação de fundamentação entre enunciados sobre direitos e enunciados sobre sua proteção.<sup>31</sup> Na base disso está um problema mais profundo, relacionado à estrutura do ordenamento jurídico. A um ordenamento jurídico pertence somente aquilo que é passível de ser exigido judicialmente, ou podem a ele pertencer também posições que não sejam exigíveis judicialmente, seja porque o papel que elas desempenham no ordenamento é incompatível com essa exigibilidade, seja porque essa exigibilidade não é reconhecida, mesmo que possa ser exigida a partir da perspectiva do ordenamento jurídico? Não é possível, neste ponto, responder a essa questão.<sup>32</sup> Mas mesmo sem essa resposta é possível dizer que uma definição estipulativa não é uma resposta suficiente.<sup>33</sup>

Se se combinam razão técnica e razão sistemática, então, tudo milita a favor de considerar o nível dos enunciados sobre direitos como o nível central para a dogmática jurídica.

### 3.3 A diversidade de direitos subjetivos

A mais importante contribuição analítica da discussão sobre direitos subjetivos consiste na análise e na classificação daquelas posições jurídicas que, leiga ou tecnicamente, são chamadas de “direitos”. Nesse âmbito são possíveis distinções como aquela entre direitos patrimoniais absolutos e relativos, de um lado, e direitos formativos, de outro,<sup>34</sup> ou a distinção proposta por Jellinek entre direitos de *status*

31. Sobre essa última, cf. Neil MacCormick, “Rights in legislation”, p. 204.

32. A resposta a essa pergunta depende de se saber se o conceito de norma jurídica válida implica que aquilo que por ela é ordenado pode ser exigido por meio de atos de coerção previstos no sistema jurídico. O fato de que isso seja verdadeiro para a maioria das normas válidas não justifica a conclusão de que isso decorre do conceito de norma jurídica válida. Também da necessária existência, em todo ordenamento jurídico, de normas garantidas por sanções estatais (H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, pp. 195 e 212) não resulta que todas as normas jurídicas, em todos os ordenamentos jurídicos, sejam assim garantidas.

33. Sobre a constatação de que da falta de exigibilidade não se pode concluir por uma não-existência de um direito, cf. Gerhard Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2ª ed., München: Beck, 1959, p. 236: “Incorretto è apenas (...) querer concluir do possível fato de que o direito estatal não proteja, ou proteja de forma inadequada, os direitos subjetivos que esses direitos simplesmente não existem”.

34. Cf. Heinrich Lehmann, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 13ª ed., Berlin: de Gruyter, 1962, pp. 75 e ss.

negativo, positivo e ativo,<sup>35</sup> ou, ainda, a distinção de Kelsen entre direitos reflexos, direitos subjetivos em sentido técnico, permissões administrativas positivas, direitos políticos e direitos fundamentais e de liberdade.<sup>36</sup> Ainda nesse âmbito podem ser incluídas diferenciações, como a proposta por Windscheid, entre casos nos quais a vontade do titular do direito é “determinante para a exigibilidade da ordem emanada pelo ordenamento jurídico” e os casos nos quais essa vontade é “determinante (...) para o surgimento de direitos (...) ou para sua extinção ou modificação”,<sup>37</sup> bem como a diferenciação de Bucher: “[o] direito em sentido subjetivo é uma competência para a criação de normas outorgada ao seu titular pelo ordenamento jurídico”.<sup>38</sup>

Esses poucos exemplos mostram com clareza a diversidade daquilo que é designado por “direito subjetivo”. Além disso, eles dão ensejo à suposição de que as posições resumidas sob esse conceito poderiam ser mais complexas do que as respectivas classificações, diferenciações e definições permitem reconhecer; isso poderia explicar as dificuldades que o conceito de direito subjetivo sempre suscitou e ainda suscita para sua análise.

Nesse contexto, são instrutivas as diferenciações feitas por Lindahl.<sup>39</sup> Teorias tradicionais são caracterizadas por tentar, com os meios da linguagem coloquial e da linguagem técnico-jurídica, e de forma mais ou menos direta, compreender as posições efetivamente criadas pelo ordenamento jurídico. A teoria de Lindahl diferencia-se substancialmente desse enfoque. Nela intenta-se abranger todas as possíveis posições normativas não contraditórias.<sup>40</sup> Para tanto são construídas todas as possíveis combinações entre dois operadores: o operador deôntico (*shall operator*) e um operador de ação (*do operator*).<sup>41</sup> Am-

35. Cf. Georg Jellinek, *System des subjektiven öffentlichen Rechts*, pp. 87 e 95 e ss.

36. Cf. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, pp. 130 e ss.

37. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, v. 1, p. 156.

38. Eugen Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbegriff*, Tübingen: Mohr, 1965, p. 55.

39. Cf. Lars Lindahl, *Position and Change*, Dordrecht: Reidel, 1977.

40. Lindahl apóia-se, nesse âmbito, sobretudo nos trabalhos de Kanger. Cf. Stig Kanger, “New foundations for ethical theory”, in Risto Hilpinen (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht: Reidel, 1970, pp. 36 e ss.; Stig Kanger/Helle Kanger, “Rights and parliamentarism”, *Theoria* 32 (1966), pp. 85 e ss.

41. Cf. Lars Lindahl, *Position and Change*, p. 84.

bos os operadores são introduzidos no âmbito de um sistema lógico elementar. Dessa forma Lindahl obtém sete tipos básicos de posições normativas de *um* sujeito (*basic types of one-agent legal positions*),<sup>42</sup> trinta e cinco tipos de relações normativas entre *dois* sujeitos, as quais se referem a ações que podem ser realizadas por cada um dos sujeitos separadamente (*individualistic two-agent types*),<sup>43</sup> e cento e vinte e sete tipos de relações normativas entre dois sujeitos, as quais se referem a ações que pressupõem uma coordenação entre esses sujeitos separadamente (*collectivistic two-agent types*).<sup>44</sup> Com base nisso Lindahl desenvolve sua teoria sobre a modificação das posições normativas, que diz respeito ao campo designado por meio de termos como "aptidão jurídica", "poder jurídico", "competência" e "capacidade jurídica"; disso resulta um número tão grande de possibilidades<sup>45</sup> que Lindahl procura distinguir, com ajuda de regras não lógicas (*rules of feasibility*), entre aquelas que merecem ser analisadas e aquelas que não merecem.<sup>46</sup>

As análises de Lindahl não levantam nenhuma objeção às construções conceituais de tipo tradicional. Pelo contrário, a diversidade de constelações lógicas possíveis parece fazer com que, a partir da perspectiva da funcionalidade, seja obrigatório o desenvolvimento de conceitos que, sem que se adentre cada uma das possibilidades imagináveis de distinção, permitam apreender o campo dos direitos subjetivos de forma econômica e adequada. No mínimo, essas análises demonstram que mesmo um modelo simples, como o que será aqui proposto, não pode prescindir de uma olhada nas estruturas lógicas.

A diversidade daquilo que é designado como "direito (subjetivo)" cria um problema terminológico. Deve a expressão "direito (subjetivo)", de pluri-voacidade e vagueza quase insuperáveis, ser reservada apenas para algumas posições, ou deve ser ela utilizada em um sentido o mais amplo possível? A primeira alternativa traz consigo o perigo de polémicas estereis sobre o que pode ser designado corretamente como "direito (subjetivo)". Mais importante que essa questão é conhecer a estrutura das diferentes posições. Por isso, é recomendável

42. Idem, p. 92.

43. Idem, pp. 128-129.

44. Idem, pp. 162 e ss.

45. *Two-agent legal positions*, 2<sup>as</sup> individualistic two-agent types e 21<sup>as</sup> collectivistic two-agent types. Cf. Lars Lindahl, *Position and Change*, p. 218.

46. Idem, pp. 225 e ss.

que a expressão "direito (subjetivo)" seja utilizada, seguindo seu uso corrente, como um supraconceito para posições em si bastante distintas, para que, a partir daí, sejam feitas diferenciações e classificações terminológicas.

## II - UM SISTEMA DE POSIÇÕES JURÍDICAS FUNDAMENTAIS

A base da teoria analítica dos direitos é uma triplíce divisão das posições que devem ser designadas como "direitos" em (1) direitos a algo, (2) liberdades e (3) competências.<sup>47</sup>

### 1. Direitos a algo<sup>48</sup>

#### 1.1 A estrutura básica do direito a algo

A forma mais geral de um enunciado sobre um direito a algo é a seguinte:

47. Essa divisão está associada tanto à diferenciação, proposta por Bentham, entre "direitos a serviços" (*rights to services*), "liberdades" (*liberties*) e "poderes" (*powers*) (Jeremy Bentham, *Of Laws in General*, London: Athlone, 1970, pp. 57-58, 82 e ss., 98, 119 e 173 e ss.) quanto àquela proposta por Bierling, entre "preensão jurídica", "simples permissão jurídica" e "faculdade jurídica" (Ernst R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Parte 2, pp. 49 e ss.).

48. A expressão "direito a algo" pode soar um pouco estranha. Alternativas possíveis seriam "direito (subjetivo)" e "preensão". Mas direitos (subjetivos) incluem também liberdades e competências. Por isso, essa expressão parece pouco adequada para designar posições que devem ser claramente distinguidas das liberdades e competências. A expressão "preensão" é mais adequada. O conceito de "direito a algo" compartilha com o conceito de "preensão" um caráter relacional. Tanto quanto uma preensão, um direito a algo dirige-se sempre contra alguém, e o objeto é, em ambos os casos, sempre um fazer ou uma abstenção. Contudo, aqui se renunciará à utilização do conceito de preensão em um sentido técnico. Esse conceito está onerado por inúmeras controvérsias que, no presente contexto, pouco interessam (cf., por exemplo, Ludwig Eneccerus/Hans C. Nawiasky, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15<sup>a</sup> ed., v. 2, Tübingen: Mohr, 1960, pp. 1363 e ss.). Se se deixam de lado as controvérsias acerca do conceito de preensão, as quais dizem respeito, por exemplo, à atualidade, à determinação da parte contrária e à exigibilidade judicial, então, o direito a algo poderia, sem problemas, ser designado como "preensão". De resto, é necessário salientar que falar em "direitos a algo" perde um pouco de seu caráter insólito quando se trata da formulação de direitos específicos. Por uma perspectiva lingüística, o enunciado "a tem, em face de b, um direito a G" não é intencional ao enunciado "a tem, em face de b, uma preensão a G".

(1) *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*.

Esse enunciado deixa claro que um direito a algo pode ser compreendido como uma relação triádica, cujo primeiro elemento é o *portador* ou o titular do direito (*a*), o segundo elemento é o *destinatário* do direito (*b*) e o terceiro elemento é o *objeto* do direito (*G*).<sup>49</sup> Essa relação triádica deve ser representada por *R*. A forma mais geral de um enunciado sobre um direito a algo pode, então, ser expressa da seguinte maneira:

(2) *RabG*.

Desse esquema decorrem coisas diversas, dependendo do que se coloque no lugar de *a*, *b* e *G*. São extremamente importantes, do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, as diferenças entre as relações obtidas se se insere como *a* – o titular do direito – uma pessoa física ou uma pessoa jurídica de direito público; ou como *b* – o destinatário – o Estado ou um particular; ou como *G* – o objeto – uma ação positiva ou uma abstenção. Aqui interessa apenas a estrutura do objeto do direito a algo.

O objeto de um direito a algo é sempre uma *ação* do destinatário. Isso decorre da sua estrutura como relação triádica entre um titular, um destinatário e um objeto. Se o objeto não fosse uma ação do destinatário, então, não faria sentido incluir o destinatário na relação.

A referência a uma ação e a estrutura triádica não são diretamente expressas por meio das diferentes disposições de direitos fundamentais. Um exemplo é o art. 2º, § 1º, I, da Constituição alemã:

## (3) “Todos têm direito à vida (...)”

Se se olha apenas para o texto desse dispositivo, seria possível pensar que por meio dele é garantido um direito que tem a estrutura de uma relação diádica entre um titular e um objeto, o qual, nesse caso, consistiria em um determinado estado do titular: estar vivo. Um tal direito equivaleria àquilo que na terminologia tradicional é chamado de *ius in rem*, que é contraposto ao *ius in personam*. Não pode haver dúvida de que, por razões de simplicidade, freqüentemente é conve-

niente falar em direitos como relações entre um sujeito de direito e um objeto. Contudo, como salientava Kant com precisão,<sup>50</sup> e como desde então se tem demonstrado com freqüência,<sup>51</sup> a menção a esse tipo de relação nada mais é que uma designação abreviada para um complexo de direitos a algo, liberdades e/ou competências.<sup>52</sup> Assim, segundo o Tribunal Constitucional Federal, o art. 2º, § 1º, I, da Constituição alemã estabelece tanto “*negativamente* um direito à vida”, que exclui “sobre o homicídio estatalmente organizado”,<sup>53</sup> como também *positivamente* um direito a que o Estado intervenha “de modo a proteger e fomentar essa vida”, o que significa sobretudo “protegê-la contra intervenções ilegais por parte de terceiros”.<sup>54</sup> Ambos os direitos têm a estrutura representada por *RabG* e se referem a uma ação do destinatário:

(4) *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não o mate.(5) *a* tem, em face do Estado, um direito a que este proteja sua vida contra intervenções ilegais por parte de terceiros.

Os direitos apresentados diferenciam-se exclusivamente em relação ao seu objeto. Um dos direitos – (4) – tem como objeto uma ação negativa (abstenção) do destinatário; o outro – (5) –, uma ação positiva (um fazer).<sup>55</sup> A distinção entre ações negativas e positivas é o principal critério para a divisão dos direitos a algo com base em seus objetos. No âmbito dos direitos em face do Estado, que serão analisados em seguida, os direitos a ações negativas correspondem àquilo que co-

50. Cf. Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, pp. 247, 260 e 274.

51. Cf., por exemplo, Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, pp. 135 e ss.

52. Contra a concepção de que, no caso do *ius in rem*, trata-se de um complexo de direitos a algo, liberdades e/ou competências manifestaram-se, recentemente, Anthony M. Honoré, “Rights of exclusion and immunities against divesting”, *Tulane Law Review* 34 (1960), pp. 453 e ss., e Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, Oxford: Clarendon, 1970, p. 180. Para uma crítica a essas concepções, cf., com argumentos convincentes, Lars Lindahl, *Position and Change*, pp. 34 e ss.

53. *BVerfGE* 1, 97 (105).

54. *BVerfGE* 46, 160 (164). Nessa decisão fala-se não em um direito à proteção da vida, mas somente em um dever estatal de proteção. Mais adiante (Capítulo 9, II.2) será demonstrado que, ao menos quando não há problemas em relação à titularidade do direito fundamental – o que não era o caso na decisão sobre o aborto (*BVerfGE* 31, 1 (41)) –, ao dever constitucional de proteção corresponde, em princípio, um direito subjetivo.

55. Sobre os conceitos de ação negativa ou de abstenção, cf., por todos, Georg H. v. Wright, *Norm and Action*, pp. 45 e ss.

49. Sobre o caráter triádico dessa relação, cf. Alan R. Anderson, “Logic, norms, and roles”, *Ratio* 4 (1962), p. 42.

mumente é chamado de “direitos de defesa”. Já os direitos em face do Estado a uma ação positiva coincidem apenas parcialmente com aquilo que é chamado de “direitos a prestações”, como será demonstrado mais adiante.<sup>56</sup>

### 1.1.1.1 Direitos a ações negativas (direitos de defesa)

Os direitos dos cidadãos, contra o Estado, a ações estatais negativas (direitos de defesa) podem ser divididos em três grupos. O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas *ações* do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas *características* ou *situações* do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas *posições jurídicas* do titular do direito.

#### 1.1.1.1.1 Direitos ao não-embarazo de ações

A locomoção, a manifestação da crença, a expressão da opinião, a criação de uma obra de arte, a educação dos filhos, a reunião em uma rua e a escolha de uma profissão são exemplos de ações de um titular de um direito fundamental que podem ser impedidas ou dificultadas. A distinção entre impedir e dificultar tais ações pode ser explicada da seguinte forma: o *impedimento* de uma ação de *a* por parte de *b* ocorre quando *b* cria circunstâncias que tornam faticamente impossível para *a* realizar ação. Nesse sentido, *b* impede a locomoção de *a* se colocar *a* na prisão; *b* impede que *a* eduque seus filhos se os tomar de *a*. É possível falar em *dificultação* de uma ação de *a* por parte de *b*, se *b* cria circunstâncias que podem deter a ação de *a*. Se se definem os conceitos de impedimento e dificultação dessa maneira, uma ampliação dos requisitos subjetivos para o acesso a uma profissão que *a* consegue, ainda que com dificuldade e sacrifício, satisfazer não impede a escolha dessa profissão por parte de *a*; essa escolha é, contudo, dificultada. Uma concepção completamente diferente do conceito de impedimento é obtida se se leva em consideração não a situação de *a*, mas o êxito da ação dificultadora de *b*. Por esse aspecto, é possível afirmar que *b*

56. Cf. Capítulo 9, 1.4.

impede a ação de *a* se o obstáculo faz com que *a* deixe de realizar a ação. Ao que foi dito é ainda possível acrescentar uma segunda diferenciação. A partir do ponto de vista da impossibilidade fática, uma proibição jurídica não representa um impedimento, mas apenas uma dificuldade: *a* pode aceitar os riscos ligados a uma violação da lei e, a despeito da proibição, realizar a ação proibida. Por outro lado, se se pressupõe a fidelidade de *a* ao direito, então, a proibição não apenas dificulta a realização da ação proibida, ela a impede.

À distinção entre os conceitos de impedimento e dificultação soam-se diferenciações no interior desses conceitos. Existem espécies muito distintas de impedimentos e de dificuldades, e as dificuldades podem ter *intensidades* muito diferentes. Esse último fator é a razão por que os limites entre o impedir e o dificultar são fluidos, o que, no entanto, não constitui um argumento contra a distinção. Se se busca um supra-conceito para as diferentes espécies de impedimentos e dificuldades, seria possível recorrer ao conceito de *embarazo*.<sup>57</sup> Esse conceito deve ser utilizado sempre que não forem necessárias diferenciações adicionais.

O Estado pode ainda ter influência sobre ações de uma outra maneira além da descrita: ele pode torná-las *juridicamente impossíveis*. Direitos a que isso não ocorra devem ser diferenciados dos direitos ao não-embarazo. Nesse sentido, uma ação somente pode ser tornada juridicamente impossível se ela for um *ato jurídico*. Ato jurídicos são ações que não existiriam sem as normas jurídicas que para eles são constitutivas. Assim, o ato *jurídico* da celebração de um contrato não seria possível sem as normas do direito contratual; o ato *jurídico* da criação de uma associação não seria possível sem as normas do direito associativo; o ato *jurídico* da celebração de um casamento não seria possível sem as normas do direito matrimonial; o ato *jurídico* da propositura de uma ação judicial não seria possível sem as normas do direito processual; e o ato *jurídico* de votar não seria possível sem as normas do direito eleitoral.<sup>58</sup> O caráter constitutivo das normas que

57. Cf., por exemplo, a formulação de Bühler, segundo a qual os direitos fundamentais são: “enquanto direitos a uma abstenção (...) pretensões, contra o Estado, a que ele se abstenha de embarazar certas ações dos indivíduos” (Omar Bühler, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsverfassung*, Berlin: Kohlhammer, 1914, p. 63).

58. Sem as normas *jurídicas* que os constituem, esses atos seriam possíveis, no máximo, como atos *sociais*.

possibilitam esses atos caracteriza essas ações como *ações institucionais*.<sup>59</sup> Ações jurídico-institucionais tornam-se impossíveis se as normas que são para elas constitutivas são derogadas. Entre a derrogação dessas normas e a impossibilidade das ações institucionais existe, portanto, uma relação *conceitual*. No entanto, ações jurídico-institucionais podem não apenas ser impossibilitadas juridicamente, elas podem ser também dificultadas. Se isso ocorre, então, existe uma relação *fática* entre a ação dificultadora e seu êxito. O ato jurídico ou a ação jurídico-institucional da celebração do casamento tornam-se juridicamente impossíveis se a norma do direito matrimonial é derogada. No entanto, um determinado casamento de *a* é apenas dificultado se esse casamento tiver como consequência a impossibilidade de *a* ingressar no serviço público. O espectro das possíveis dificuldades de atos jurídicos é amplo. Assim é que a propositura de uma ação é dificultada se ela estiver associada a custas judiciais muito altas, e o ato de votar é dificultado se a seção de votação estiver localizada em local de difícil acesso para aqueles que moram em uma determinada área e se não for possível o voto por correspondência.

Se um ato jurídico se torna impossível porque a norma para ele constitutiva foi derogada, então, os indivíduos são privados de uma posição jurídica: a capacidade jurídica ou a competência para modificar determinada situação jurídica.<sup>60</sup> Por isso, os direitos a que isso não ocorra pertencem ao terceiro grupo de direitos a ações negativas, isto é, ao grupo dos direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas dos titulares. Ao primeiro grupo pertencem somente os direitos a que o Estado não embarce qualquer tipo de ações dos titulares do direito, ou seja, não as impeça ou dificulte, por qualquer que seja o meio.

Ao enunciado sobre um tal direito é possível dar a seguinte formulação padrão:

(6) *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não o embarace na realização da ação *h*.<sup>61</sup>

59. Cf. a esse respeito, John R. Searle, *Speech Acts*, pp. 33 e ss., 50 e ss.; Neil MacCormick, "Law as institutional fact", pp. 105 e ss.

60. A esse respeito, cf. Capítulo 4, II.3.

61. Se se escreve *s* para o Estado e *Ha* para "*a* realiza a ação *h*", então, a estrutura desse enunciado, com a utilização do símbolo "*~*" para a negação, pode ser representada da seguinte forma:

(6') *Ras* (*~* embaraca *s* (*Ha*)).

### 1.1.1.2 Direitos à não-afetação de características e situações

O segundo grupo de direitos a ações estatais negativas é constituído pelos direitos a que o Estado não *afete* determinadas características e situações do titular do direito. Exemplos de propriedades de um titular de um direito fundamental que podem ser afetadas são viver e ser saudável; um exemplo de uma situação é a inviolabilidade do domicílio.<sup>62-65</sup> Ao enunciado sobre um tal direito pode ser dada a seguinte formulação padrão:

(7) *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não afete a característica *A* (a situação *B*) de *a*.<sup>64</sup>

#### 1.1.1.3 Direitos à não-eliminação de posições jurídicas

O terceiro grupo de direitos a ações estatais negativas é constituído pelos direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito. O protótipo de uma posição jurídica complexa é o do proprietário. O Tribunal Constitucional Federal observava corretamente que a propriedade, "para ser praticável na vida jurídica, [*carece*] *necessariamente* de conformação jurídica".<sup>65</sup> Essa con-

62. Ao invés de características e situações, frequentemente se fala em bens, como, por exemplo, no bem da vida. Contra essa forma de expressão não há nada a objetar; mas ela pode induzir a erro. O fato de que *a* viva não significa que existem *a* e algo mais, o bem, e que entre ambos exista uma relação de posse; significa, na verdade, que *a* é contida numa característica: viver. Cf., nesse sentido, Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 83, nota 1: "Em si mesmas, vida, saúde, liberdade, honra etc. não são objetos que o ser humano tem, mas características que definem sua existência concreta".

63. Uma interpretação do art. 13 da Constituição alemã explicitamente relaciona da a situações e não a ações pode ser encontrada em *BVerfGE* 7, 230 (238). Merten contrapõe tais direitos, enquanto "direitos de defesa" ou "direitos a proteção", aos "direitos a ações" (Detlef Merten, "Handlungssgrundrechte als Verhinderungsgarantie", *VermArch* 73 (1982), p. 103). Essa não parece ser uma terminologia feliz. Também os direitos no não-embarço de ações podem ser caracterizados como "direitos de defesa", e isso ocorre com frequência. Por isso, é mais apropriado fazer a distinção entre direitos relacionados a situações e direitos relacionados a ações no interior do conceito de direito de defesa.

64. Se se utiliza *Sa* tanto para "*a* tem a característica *A*" quanto para "*a* encontra-se na situação *B*", então, a estrutura desse enunciado pode ser representada da seguinte forma:

(7') *Ras* (*~* afeta *s* (*Sa*)).

65. *BVerfGE* 58, 300 (330) – sem grifos no original.

formação se dá por meio de normas jurídicas que definem o instituto jurídico da propriedade. Às normas jurídicas que definem o instituto jurídico da propriedade pertencem normas sobre a criação e o desfazimento da posição de proprietário, bem como normas que prevêem consequências jurídicas a essa posição.<sup>66</sup> Podem ser eliminados tanto, de um lado, "posições jurídicas subjetivas concretas"<sup>67</sup> ou "direitos concretos de propriedade",<sup>68</sup> que surgiram porque foram cumpridas as condições estabelecidas pelas normas do instituto jurídico da propriedade (por exemplo: acordo e entrega; sucessão), quanto, de outro lado, as próprias normas do instituto jurídico da propriedade. Neste último caso, são eliminadas posições jurídicas abstratas, tais como a possibilidade jurídica ou a competência para adquirir ou transferir a propriedade sobre determinados objetos, ou ainda a possibilidade ou a competência para realizar determinadas ações jurídicas baseadas na posição de proprietário.<sup>69</sup> A eliminação de uma posição jurídica abstrata ocorre, por exemplo, quando a aquisição de terrenos rurais ou florestais depende de uma autorização, o que a torna impossível sob certas circunstâncias.<sup>70</sup> A garantia constitucional do instituto jurídico da pro-

66. Cf. Neil MacCormick, "Law as institutional fact", pp. 106-107.

67. *BVerfGE* 52, 1 (27).

68. *BVerfGE* 58, 300 (331).

69. Um exemplo nesse sentido é a capacidade ou a competência do proprietário de um apartamento alugado para aumentar o valor do aluguel. Acerca de sua proteção constitucional, cf. *BVerfGE* 37, 132 (139 e ss.).

70. Para um caso desse tipo, cf. *BVerfGE* 21, 73. Nesse caso, o Tribunal Constitucional Federal deixou explicitamente em aberto se o "direito de aquisição de propriedades agrária e florestal" é protegido por meio do art. 14, § 1º, 1. da Constituição alemã, e resolveu o caso no âmbito do art. 2º § 1º (*BVerfGE* 21, 73 (76-77, 79, 86-87)). Sobre essa questão, cf., por todos, Michael Kloepfer, *Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz*, pp. 37 e ss., o qual sustenta, com argumentos respeitáveis, que "a subordinação da liberdade de aquisição da propriedade ao art. 14 da Constituição alemã" é "uma exigência constitucional" (idem, p. 48, no mesmo sentido, Otto Kimmich, "Art. 14", in Rudolf Dolzer (Org.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg: Müller, 1984, § 88; em sentido contrário, Peter Wittig, "Der Erwerb von Eigentum und das Grundgesetz", *MfW* 20 (1967), pp. 2185 e ss.). É necessário salientar que aqui se está falando apenas da possibilidade jurídica, e não da possibilidade fática, de aquisição da propriedade; ou seja, não se está falando de "chances e possibilidades de ganhar dinheiro" (sobre isso, cf. *BVerfGE* 30, 292 (335)). Se estas estiverem em jogo, então, trata-se - no âmbito dos direitos a ações negativas - de um embaraço de ações e de uma afetação de situações, o que com certeza pode ocorrer paralelamente à eliminação de posições jurídicas.

riedade é subjetivada na medida em que existem direitos individuais à não-eliminação de posições abstratas que se relacionem à criação, ao desfazimento e às consequências jurídicas da posição de proprietário.

A eliminação de posições não ocorre somente em contextos institucionais como o da propriedade. Quando se proíbe a expressão de determinadas opiniões, elimina-se uma posição de *a*: a permissão de expressar essas opiniões. Uma tal proibição pode ser encarada sob dois aspectos: sob o aspecto do embaraço de uma ação e sob o aspecto da eliminação de uma posição. No caso de ações que não são atos jurídicos, o primeiro aspecto é o decisivo.

Mais uma vez é aconselhável reduzir a diversidade a uma forma padrão simples, como a seguinte:

- (8) *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição jurídica *RP* de *a*.<sup>71</sup>

A existência de uma posição jurídica significa que uma norma correspondente (individual ou universal) é válida. O direito do cidadão, contra o Estado, a que este não elimine uma posição jurídica sua é, nesse sentido, um direito a que o Estado não derroque determinadas normas.<sup>72</sup>

### 1.1.2 Direitos a ações positivas

Os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa.

71. Se se utiliza *RP<sub>a</sub>* para "a encontra-se na posição jurídica *RP<sub>a</sub>*", então, a estrutura desse enunciado pode ser representada da seguinte forma:

(8') *Ras* (~ elimina *s* (*RP<sub>a</sub>*)).

72. Quando se trata de normas como, por exemplo, as que constituem o instituto jurídico da propriedade, isso conduz a interessantes problemas relacionados ao caráter positivo ou negativo das ações estatais às quais o direito se refere. *a* tem um direito à não-eliminação da norma *N*, se *a* tiver um direito a que *N* exista. Se *a* tem um direito a que *N* exista, então, o caráter positivo ou negativo de seu direito depende tão-somente da constatação sobre se *N* já existe, ou não. Se se consideram como ação legislativa não apenas os atos de criação e revogação normativa, mas também a manutenção da vigência da norma, então, ao direito à não-eliminação como direito a uma ação negativa corresponde sempre um direito à manutenção da vigência, o qual é um direito a uma ação positiva. Os problemas que com isso se suscitam terão um papel quando da análise dos direitos à prestação normativa do Estado (Capítulo 9, III.4).

Trata-se de um direito a uma ação positiva *fática* quando se supõe um direito de um proprietário de escola privada a um auxílio estatal por meio de subvenções,<sup>73</sup> quando se fundamenta um direito a um mínimo existencial<sup>74</sup> ou quando se considera uma “pretensão individual do cidadão à criação de vagas nas universidades”.<sup>75</sup> O fato de a satisfação desse tipo de direitos ocorrer por meio de alguma forma jurídica não muda nada no seu caráter de direito a uma ação fática. É indiferente para a satisfação do direito de que forma ela ocorre. Decisivo é apenas o fato de que, após a realização da ação, os proprietários de escolas privadas dispõem de meios suficientes, que os necessitados dispõem de um mínimo para sua existência e que exista uma vaga na universidade para aquele que quer estudar. A irrelevância da forma jurídica na realização da ação para a satisfação do direito<sup>76</sup> é o critério para a distinção entre direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas.

Direitos a ações positivas *normativas* são direitos a atos estatais de criação de normas. Se se pressupõe uma titularidade de direitos fundamentais por parte do nascituro – algo que é deixado em aberto pelo Tribunal Constitucional Federal<sup>77</sup> –, o direito do nascituro à proteção por meio de normas do direito penal é um direito dessa espécie. Um outro exemplo é o direito de um titular do direito fundamental à liberdade científica “àquelas medidas estatais, também de caráter organizacional, que sejam imprescindíveis para a proteção de sua esfera de liberdade constitucionalmente protegida”.<sup>78</sup>

Quando se fala em “direitos a prestações” faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como *direitos a prestações em sentido estrito*. Mas, além de direitos a prestações fáticas, pode-se também falar de prestações normativas. Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações. Eles devem ser designados como *direitos a prestações em sen-*

73. *BVerwGE* 27, 360 (362 e ss.).  
74. Cf. Günter Dürig, “Art. 1º”, in Theodor Maunz/Günter Dürig, *Grundgesetz*, §§ 43-44.

75. *BVerfGE* 33, 303 (333).

76. Dessa irrelevância para a satisfação do direito não decorre a irrelevância para a satisfação de outras normas.

77. *BVerfGE* 39, 1 (41).

78. *BVerfGE* 35, 79 (116).

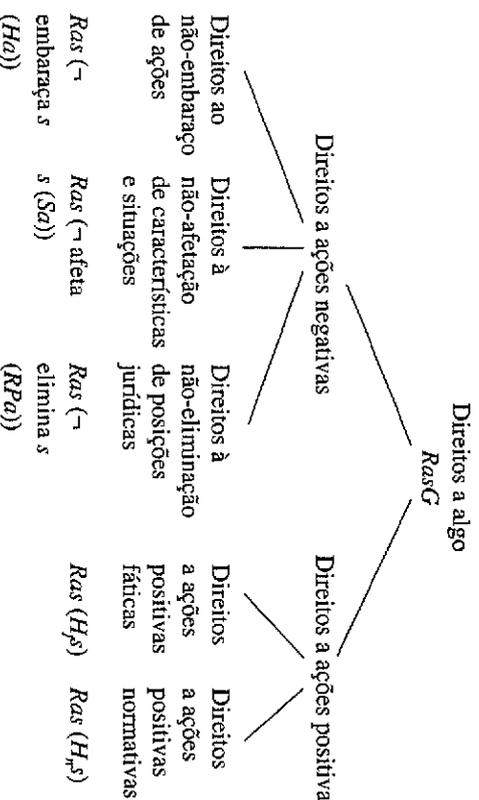
*tido amplo*.<sup>79</sup> Um exemplo de direito a uma prestação normativa é o direito ao estabelecimento de uma determinada competência de gestão em uma instituição, como, por exemplo, na universidade. O fato de o objeto desse direito ser uma competência, a qual, enquanto tal, deve ser atribuída ao *status* ativo, não dá ensejo a nenhuma objeção contra a classificação do direito a essa competência como um direito a uma prestação normativa positiva. A prestação normativa positiva consiste na garantia de uma competência de co-gestão.

Como se vê, o conceito de direito a uma ação positiva fática e o conceito de direito a uma ação positiva normativa abarcam coisas muito diversas. Aqui, interessa apenas fixar suas estruturas mais básicas:

(9) *a* tem, em face do Estado, um direito a que este realize a ação positiva fática  $h_f$

(10) *a* tem, em face do Estado, um direito a que este realize a ação positiva normativa  $h_n$ .<sup>80</sup>

É possível, agora, apresentar o seguinte quadro dos direitos a algo em face do Estado (*s*):



79. Cf. a esse respeito, Capítulo 9, I 4.

80. Se se utiliza  $H_f\ s$  para “o Estado realiza a ação positiva fática  $h_f$ ”, e  $H_n\ s$  para “o Estado realiza a ação positiva normativa  $h_n$ ”, então, a estrutura desses enunciados pode ser representada da seguinte forma:

(9)  $Ras(H_f\ s)$ ;  
(10)  $Ras(H_n\ s)$ .

## 1.2 Acerca da lógica do direito a algo

Até agora tratou-se de uma classificação dos direitos a algo naquilo que dizia respeito a seus objetos. Não menos importante para a dogmática dos direitos fundamentais é a definição da relação entre o conceito de direito a algo e os conceitos de dever e de liberdade. Neste ponto, são úteis algumas noções elementares de lógica deôntica.

### 1.2.1 As modalidades deônticas básicas

A lógica deôntica<sup>81</sup> é a lógica dos conceitos e dos enunciados deônticos.<sup>82</sup> Os conceitos deônticos básicos são os conceitos de dever, de proibição e de permissão. Enunciados deônticos são enunciados construídos com o auxílio desses conceitos. São exemplos de enunciados deônticos:

81. Em vez da expressão consagrada "lógica deôntica", que deriva da expressão grega τὸ δέον ("o que deve ser"), seria possível utilizar também as expressões "lógica do dever-ser" ou "lógica normativa". O termo "deôntico" foi utilizado pela primeira vez por Mally (cf. Ernst Mally, *Grundgesetze des Sollens: Elemente der Logik des Willens*, Graz: Leuschner und Lubensky, 1926, republicado em Ernst Mally, *Logische Schriften*, Dordrecht: Reidel, 1971, pp. 227-324, p. 232). Sobre a história da lógica deôntica, cf. Georges Kalinowski, *Einführung in die Normenlogik*, Frankfurt am Main: Athenäum, 1973, pp. 15 e ss.

82. Um dos estímulos mais importantes para o estabelecimento da lógica deôntica como disciplina especial da lógica foi o artigo de Georg H. v. Wright, "Deontic Logic", de 1951 (cf. Georg H. v. Wright, "Deontic Logic", *Mind* 60 (1951): 1-15, republicado em Georg H. v. Wright, *Logical Studies*, London: Routledge & Kegan Paul, 1957, pp. 58-74). Outros importantes trabalhos da mesma época são: Oskar Becker, *Untersuchungen über den Modalkalkül*, Meisenheim/Glan: Westkulturbetrieb Hain, 1952; Georges Kalinowski, "Théorie des propositions normatives", *Studia Logica* 1 (1953): 147-182; e Ota Weinberger, "Úvaly o logice normativních věř", *Filosofický Časopis ČSAV* 4 (1956): 918-926. Dentre os predecessores mais antigos devem ser mencionados sobretudo Leibniz (Gottfried W. Leibniz, *Elementa juris naturalis*, 1671, esboço manuscrito B (Hannover), manuscrito final C (Hannover), republicados em Gottfried W. Leibniz, *Sämtliche Schriften und Briefe*, 6ª série, v. 1, Darmstadt: Reichl, 1930, pp. 465 e ss. e 480 e ss.) e Bentham (cf. Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), pp. 299-300; do mesmo autor, *Of Laws in General*, p. 15). Sobre a discussão mais recente, cf. Risto Hilpinen (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht: Reidel, 1970; Hans Lenk (Org.), *Normenlogik*, Pullach: Verlag Dokumentation, 1974; Rainer Stuhlmann-Laeisz, *Das Sein-Sollen-Problem*, Stuttgart: Frommann-Holzboog, 1983, pp. 54 e ss.

(1) É obrigatório que *a* expresse a sua opinião.

(2) É proibido que *a* expresse a sua opinião.

(3) É permitido que *a* expresse a sua opinião.

O contraposto de enunciado deôntico é o enunciado declarativo. Se a este último se dá a seguinte forma:

(4) *a* expressa a sua opinião,

então, fica muito difícil fazer uma comparação estrutural. No entanto, se se dá a ele a seguinte forma:

(5) É o caso que *a* expresse a sua opinião,

então, fica claro que os enunciados deônticos e os enunciados declarativos, por mais que sejam coincidentes em seu conteúdo descritivo (... que *a* expresse a sua opinião), diferenciam-se, no entanto, em seu *modus*.<sup>83</sup> O mesmo conteúdo descritivo – Wittgenstein chama-o de "radical do enunciado".<sup>84</sup> Hare, de "frástica"<sup>85</sup> – está presente em (5) em um *modus* indicativo, e em (1) a (3) em um *modus* deôntico. Os conceitos deônticos devem ser concebidos, por essa razão, como *modalidades deônticas*.<sup>86</sup> Se se representa o radical do enunciado por meio de *p* e as modalidades deônticas por meio dos operadores deônticos *O* (operador de dever), *F* (operador de proibição) e *P* (operador de permissão), então, é possível representar os enunciados (1) a (3), apresentados anteriormente, da seguinte forma:

(6) *Op*.

83. Cf., a esse respeito, Erik Stenius, *Wittgensteins Traktat*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1969, pp. 206 e ss.

84. Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, p. 299.

85. Richard M. Hare, "Meaning and speech acts", p. 90. Cf., a esse respeito, Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 87 e ss. Alf Ross utiliza o termo "topic" (cf. Alf Ross, *Directive and Norms*, pp. 9 e ss. e 34 e ss.).

86. Sobre o paralelismo estrutural entre as modalidades deônticas e aquelas da lógica modal geral (necessidade/impossibilidade/possibilidade), cf. Georg H. v. Wright, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Amsterdam: North-Holland, 1968, pp. 13-14, bem como, de forma fundante, Gottfried W. Leibniz, *Elementa juris naturalis*, p. 466: "Omnes ergo Modalium complicationes et transpositiones et oppositiones, ab Aristotele alisque in Logicis demonstratae ad haec nostra sunt Modalia non inutiliter transferri possunt" (em tradução livre: "Portanto, todas as imbricações, transposições e oposições dos conceitos modais, demonstrados, na Lógica, por Aristóteles e outros, podem ser utilmente transferidos para as nossas modalidades jurídicas" [N. do T]).

- (7)  $Fp$ .  
 (8)  $Pp$ .<sup>87</sup>

Os três operadores deônticos podem ser definidos reciprocamente. Ser obrigatório expressar sua opinião ( $Op$ ) significa que não é permitido não expressar sua opinião. Isso pode ser escrito, com o auxílio do símbolo de negação “ $\neg$ ”,<sup>88</sup> como  $\neg P\neg p$ . Nesse sentido, vale:

$$(9) Op =_{df} \neg P\neg p.$$

O dever e a permissão são, portanto, definíveis reciprocamente. O mesmo vale para a relação entre a permissão e a proibição. Ser proibido expressar sua opinião significa que não é permitido expressá-la:

$$(10) Pp =_{df} \neg Pp.$$

A possibilidade de definição recíproca dos conceitos deônticos básicos faz com que fique claro que não seria necessário utilizar todos eles. Apenas um deles, não importa qual, seria suficiente.

Para a teoria dos direitos fundamentais o conceito de permissão tem especial interesse. Se se aceitarm as definições apresentadas, que correspondem ao sistema padrão da lógica deôntica,<sup>89</sup> então, a permissão consiste na negação da proibição:

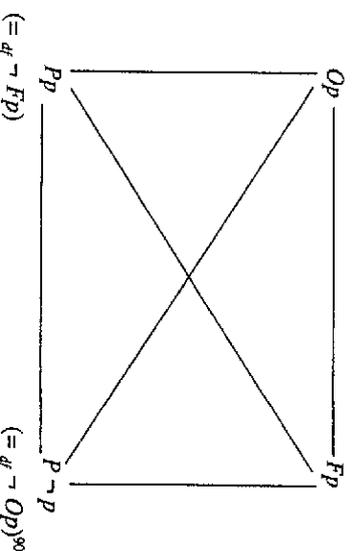
$$(11) Pp =_{df} \neg Pp.$$

Ser permitido expressar a sua opinião significa, nesse sentido, que não é proibido fazê-lo. Esse conceito de permissão é relativamente fraco. O que é permitido no sentido de não-proibido pode ser obrigatório. Quem defende a concepção de que o exercício de um direito é, ao mesmo tempo, um dever aponta para essa vinculação entre permissão e dever. O que esse conceito de permissão não abarca é a ausência tanto de uma proibição quanto de uma obrigação. A forma como essas posições devem ser construídas é demonstrada pelo assim chamado quadrado deôntico:

87. Não raro,  $Op$  é interpretado como a ligação entre operador deôntico e enunciado descritivo ( $p$ ). Cf., por exemplo, Maximilian Herberger/Dieter Simon, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, Frankfurt am Main: Metzner, 1980, p. 183. Aqui,  $p$  representa o radical do enunciado.

88. Sobre a negação, cf. W. V. O. Quine, *Grundzüge der Logik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1969, pp. 25-26.

89. Cf., a esse respeito, a apresentação de Dagfinn Føllesdal/Risto Hilpinen, “Deontic Logic: an introduction”, in Risto Hilpinen, *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, pp. 13 e ss.



A permissão aparece duas vezes no quadrado acima: uma vez como negação da proibição ( $Pp$ ) e uma vez como negação do dever ( $P\neg p$ ).  $Pp$  pode ser interpretado como a permissão de um fazer,  $P\neg p$ , como a permissão de uma abstenção. A primeira pode ser designada como “permissão positiva”, e a segunda como “permissão negativa”. Da conjunção das permissões positiva e negativa resulta uma posição composta, que pode ser designada por “faculdade e simbolizada por  $Lp$ ”.<sup>91</sup> Por meio da utilização do símbolo de conjunção “ $\wedge$ ” para “e”,<sup>92</sup> é possível defini-la da seguinte forma:

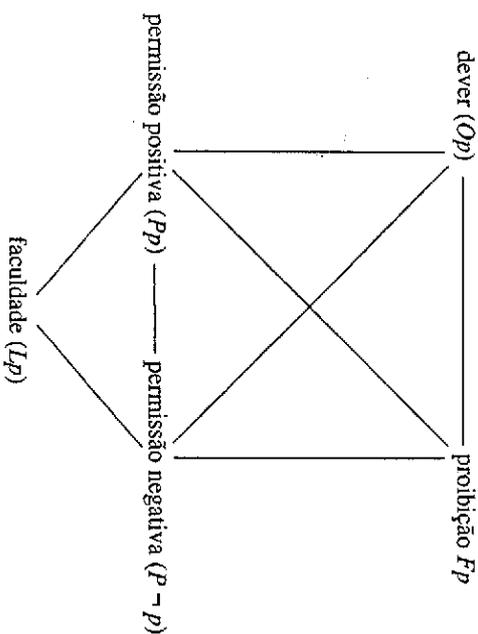
$$(12) Lp =_{df} Pp \wedge P\neg p.$$

A “faculdade” desempenhará um importante papel quando da análise da liberdade. Complementado com o conceito de faculdade, o que havia sido dito acerca dos conceitos deônticos básicos pode ser, agora, resumido da seguinte forma:

90. Entre os enunciados deônticos desse esquema existem as seguintes relações:  $Op$  e  $Fp$  são *contrários*. Eles são logicamente incompatíveis; mas da negação de um não decorre o outro.  $Op$  e  $P\neg p$ , tanto quanto  $Fp$  e  $Pp$ , são *contraditórios*, isto é, da negação de um decorre o outro.  $Op$  e  $Pp$ , tanto quanto  $Fp$  e  $P\neg p$ , são *subalternos*, isto é, de cada um dos primeiros decorre cada um dos segundos.  $Pp$  e  $P\neg p$  são *subcontrários*, isto é,  $Pp$  e  $P\neg p$  são logicamente compatíveis. Sobre as correspondentes relações no quadrado da lógica de predicados, cf. Gottlob Frege, *Begriffsschrift*, Halle: Nebert, 1879, p. 24.

91. Adomeit utiliza o termo “faculdade” para a permissão negativa expressa por meio de  $P\neg p$  (cf. Klaus Adomeit, *Rechtstheorie für Studenten*, 2ª ed., Heilidelberg: von Decker, 1981, pp. 42-43). Já Herberger e Simon utilizam o termo como aqui, mas usam o símbolo  $I$  (cf. Maximilian Herberger/Dieter Simon, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, pp. 184 e ss.).

92. A respeito da conjunção, cf. W. V. O. Quine, *Grundzüge der Logik*, p. 27.



### 1.2.2 Direitos a algo como relações jurídicas

Para poder, com base nas modalidades deônticas apresentadas, analisar o conceito de direito a algo e sua relação com outros conceitos, é necessário proceder a uma modificação desses conceitos que é fundamental para a teoria dos direitos subjetivos: a eles deve ser conferido um *caráter relacional*.

Acima foi demonstrado que direitos a algo devem ser concebidos como uma relação triádica entre um titular ( $a$ ), um destinatário ( $b$ ) e um objeto ( $G$ ). A chave para a análise da correspondência entre direito e obrigação está na equivalência lógica entre a relação triádica dos direitos e uma relação triádica das obrigações ou dos deveres.<sup>93</sup> De:

- (1)  $a$  tem, em face de  $b$ , um direito a que  $b$  o ajude decorre:
- (2) em face de  $a$ ,  $b$  está obrigado a ajudá-lo, e vice-versa. (2) expressa uma *obrigação relacional*. Uma obrigação não-relacional seria, por outro lado, expressa por:
- (3)  $b$  está obrigado a ajudar  $a$ .

93. Sobre o conceito de equivalência lógica, cf. Rudolf Carnap, *Meaning and Necessity*, p. 11.

A existência dessa obrigação não significa que  $a$  tenha, em face de  $b$ , um direito a ajuda. Pode ser que ninguém, ou um terceiro, tenha um direito a isso. É possível expressar a obrigação não-relacional da seguinte forma:

(4)  $OG$ .<sup>94</sup>

Já à obrigação relacional expressa por (2) deve ser dada a seguinte forma:

(5)  $ObaG$ .

Nessa fórmula,  $O$  é um operador triádico, que expressa uma modalidade deôntica relacional.<sup>95</sup> Que

(6)  $RabG$

é equivalente a (5) é algo que mostra que enunciados sobre direitos a algo e enunciados sobre obrigações relacionais descrevem a mesma coisa, de um lado a partir da perspectiva de  $a$  e, de outro, da perspectiva de  $b$ .

Enunciados sobre obrigações não-relacionais — como (4) — são enunciados que *omitem* o aspecto relacional. Eles não devem ser confundidos com enunciados sobre obrigações que existem em face de todos. Esses últimos não omitem o caráter relacional; eles o contêm em sua forma mais forte. É possível designar as obrigações por eles expressas como *obrigações relacionais absolutas*.

A moderna discussão sobre as relações jurídicas foi fortemente estimulada e influenciada pelo trabalho de Wesley Newcomb Hohfeld, publicado em duas partes nos anos de 1913 e 1917, chamado "(Some) fundamental legal conceptions as applied in judicial

94.  $G$  representa o radical do enunciado "que  $b$  ajude  $a$ ". O enunciado (4) expressa a obrigação de  $b$  de forma não relacionada a pessoas. Uma expressão relacionada a pessoas é obtida se se escreve:

(4')  $ObbG$ .

No enunciado (4'),  $O$  é um operador diádico, que se refere à relação entre um sujeito de direito e uma ação, mas não a uma ação entre diferentes sujeitos de direito. Por isso, ele deve ser denominado somente como "pessoal", e não como "relacional". A utilização de operadores pessoais é redundante no caso de mandamentos de ação se o sujeito da ação é o sujeito da obrigação.

95. Sobre o conceito e sobre a lógica das modalidades relacionais, cf. Risto Hilpinen, "An analysis of relativised modalities", in J. W. Davis *et al.* (eds.), *Philosophical Logic*, Dordrecht: Reidel, 1969, pp. 181 e ss.

reasoning".<sup>96,97</sup> Segundo Hohfeld, existem oito "relações jurídicas estritamente fundamentais (...) *sui generis*" (*strictly fundamental legal relations* ... *sui generis*).<sup>98</sup> Ele as designa com as expressões "direito" (*right*), "dever" (*duty*), "não-direito" (*no-right*), "privilegio" (*privilege*), "poder" (*power*), "sujeição" (*liability*), "incapacidade" (*disability*) e "imunidade" (*immunity*). Os quatro primeiros dizem respeito ao âmbito dos direitos a algo; os quatro últimos, ao das competências. Nesse ponto, interessam apenas os quatro primeiros.

No sistema de Hohfeld as expressões "direito", "dever", "não-direito" e "privilegio" representam relações jurídicas (*legal relations*) en-

96. Wesley N. Hohfeld, "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", *Yale Law Journal* 23 (1913/14), pp. 16 e ss.; do mesmo autor, "Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", *Yale Law Journal* 26 (1916/17), pp. 710 e ss., ambos republicados em Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven: Yale University Press, 1923, pp. 23 e ss. e 65 e ss. Muitas das ideias de Hohfeld foram antecipadas por Bentham, sobretudo em sua obra *Of Laws in General*, finalizada em 1782 (cf. H. L. A. Hart, "Bentham's *Of Laws in General*", *Rechts-theorie* 2 (1971), p. 57). Esse trabalho só foi publicado, contudo, em 1945, sob o título *The Limits of Jurisprudence Defined* (Jeremy Bentham, *The Limits of Jurisprudence Defined* (ed. by C. W. Everett), New York: Columbia University Press, 1945). Bentham é superior a Hohfeld em um ponto decisivo: ele baseia sua análise em um sistema de lógica deôntica, o qual, em muitos pontos, pode ser considerado como precursor dos modernos sistemas (cf. H. L. A. Hart, "Bentham's *Of Laws in General*", pp. 60 e ss.; Lars Lindahl, *Position and Change*, pp. 4 e ss.). O fato de que aqui se tenha escolhido a análise de Hohfeld como ponto de partida é justificado não apenas porque seu trabalho influenciou em enorme medida o debate sobre o tema, mas também porque, de um lado, supera em simplicidade e clareza as análises de Bentham e, de outro, embora não utilize explicitamente o sistema padrão da lógica deôntica, o pressupõe de forma implícita, razão pela qual representa uma base ideal para futuras investigações.

97. Da ampla literatura sobre Hohfeld, cf. Arthur L. Corbin, "Legal analysis and terminology", *Yale Law Journal* 29 (1919), pp. 163 e ss.; Manfred Moritz, *Über Hohfelds System der juristischen Grundbegriffe*, Lund: Gleerup, 1960; Alf Ross, *On Law and Justice*, London: Stevens, 1958, pp. 161 e ss.; do mesmo autor, *Directives and Norms*, pp. 118 e ss.; D. J. Hislop, "The Hohfeldian system of fundamental legal conceptions", *ARSP* 53 (1967), pp. 53 e ss.; Julius Stone, *Legal System and Lawyer's Reasoning*, London: Stevens, 1964, pp. 136 e ss.; Jürgen Schmidt, *Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung*, Köln: Heymanns, 1969, pp. 32 e ss.

98. Wesley N. Hohfeld, "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", p. 36.

tre dois sujeitos de direito. Aqui, direitos são concebidos como relações triádicas entre o titular, o destinatário e o objeto. No entanto, isso implica a não-aplicabilidade das concepções de Hohfeld, pois, no lugar da relação

(7) (...) tem, em face de (...), um direito a (...),

à qual corresponde um enunciado sobre direitos na forma

(8) *RabG*,

sempre é possível falar da relação

(9) (...) tem um direito a *G* em face de (...),

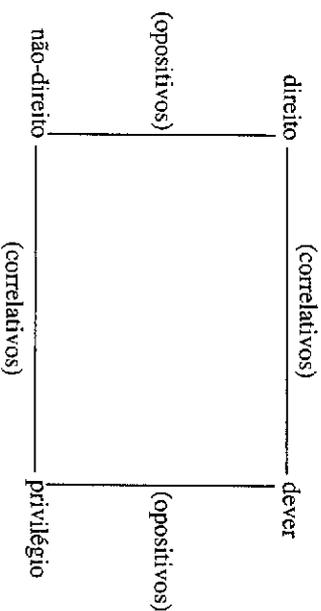
à qual corresponde um enunciado sobre direitos na forma

(10) *RGab*,

e vice-versa.

O núcleo da teoria de Hohfeld é formado por suas reses sobre as correspondências lógicas entre as relações jurídicas. A teoria de Hohfeld pode, nesse sentido, ser qualificada como uma teoria sobre as correspondências lógicas entre as relações jurídicas. As relações lógicas no âmbito dos direitos a algo podem ser representadas, segundo Hohfeld, por meio do seguinte esquema:

I.



Como ilustração, podem ser utilizados os seguintes exemplos no esquema apresentado:

I.	$a$ tem, em face de $s$ , um direito a que $s$ lhe garanta asilo	(corr.)	$s$ está, em face de $a$ , obrigado a lhe garantir asilo
	( <i>RasG/direito</i> )		( <i>OsaG/dever</i> )
	(op.)		(op.)
	$a$ não tem, em face de $s$ , um direito a que $s$ lhe garanta asilo	(corr.)	$s$ não está obrigado, em face de $a$ , a lhe garantir asilo
	(- <i>RasG/não-direito</i> )		(- <i>OsaG/privilegio</i> )

As relações lógicas entre essas quatro posições são facilmente identificáveis. O não-direito (*no-right*) é a negação do direito (*right*) e o privilégio (*privilege*) é a negação do dever (*duty*).<sup>99</sup> Hohfeld designa essa relação como uma relação entre *opositivos* jurídicos (*jurid oppositives*).

99. Idem, p. 39: "um dado privilégio é a mera negação de um dever". É sintomático que Hohfeld às vezes fale em "não-dever" em vez de em "privilégio" (idem, p. 48, nota 59). Discute-se se se privilégio e não-direito sejam relações, já que dizem respeito a algo negativo. Essa questão é respondida de forma negativa, dentre outros, por Albert Kocourek, "Non-legal-content Relations", *Illinois Law Quarterly* 4 (1922), p. 234; do mesmo autor, *Jural Relations*, 2ª ed., Indianapolis: s.e., 1928, pp. 91 e ss.; e Manfred Moritz, *Über Hohfelds System der juristischen Grundbegriffe*, p. 84. De forma afirmativa ela é respondida, dentre outros, por Geo W. Goble, "Affirmative and negative legal relations", *Illinois Law Quarterly* 4 (1922), pp. 94 e ss.; do mesmo autor, "Negative legal relations re-examined", *Illinois Law Quarterly* 5 (1922), pp. 37-38. É possível que, em face do Estado, uma ação *h* seja permitida a *a* mas que, em relação a terceiros, seja proibida. Nessa situação, é conveniente falar em duas relações jurídicas na qual *a* se encontra, das quais uma — a relação com o Estado — é o complemento, isto é, a negação, da relação de dever. Isso — e o fato de que com a aceitação de uma tal relação não está associada qualquer desvantagem — justifica tratar como relação também aquilo que surge da negação de uma relação, o que, de resto, corresponde à lógica geral das relações, de acordo com a qual "a negação (ou o complemento) de uma relação R (*R*) é a relação que existe entre *x* e *y*; se 'XRY' não for verdadeiro" (Günther Patzig, "Relation", in Hermann Krings/Michel Baumgartner/Christoph Wild (Orgs.), *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, v. 4, München: Kösel, 1973, p. 1.229).

Semelhantemente elementar é a segunda relação no quadrilátero de Hohfeld, que é a relação entre os correlativos jurídicos (*jural correlatives*), ou seja, entre o direito (*right*) e o dever (*duty*), de um lado, e o não-direito (*no-right*) e o privilégio (*privilege*), de outro lado. Como esclarecimento dessas relações será utilizada a possibilidade, mencionada anteriormente, de se tratar os direitos a algo como relações dialógicas. No lugar de *RabG* utiliza-se, então, *RGab*, e no lugar de *ObaG* utiliza-se *OGba*. É facilmente perceptível que a correlatividade das relações *RG* e *OG* consiste tão-somente no fato de que *OG* é a relação *conversa*<sup>100</sup> a *RG*. Se *a* tem um direito em face de *b*, então, *b* tem o dever correspondente em face de *a*, e vice-versa. Nesse sentido, a relação expressa por *RG* é a relação *conversa* àquela expressa por *OG*, da mesma forma que a relação professor/aluno é *conversa* à relação aluno/professor. Se *a* é o professor de *b*, então, *b* é o aluno de *a*, e vice-versa. Isso corresponde ao que Hohfeld diz: "se X tem um direito contra Y que obrigue o último a ficar longe das terras do primeiro, o correlativo (e equivalente) é que Y tem o dever em relação a X de ficar fora de sua propriedade".<sup>101</sup>

A parte mais interessante do esquema de Hohfeld é aquilo que ele denomina "privilégio" (*privilege*). Um privilégio é, para usar as palavras de Hohfeld, "a mera negação de um dever", a qual, como visto acima, deve ser representado por  $\neg Ob a G$ . Na explanação acerca das modalidades deonticas básicas ficou claro que a negação de um dever de fazer algo é equivalente à permissão de não fazê-lo, ou seja, que vale:

$$(11) \neg Op \leftrightarrow P \neg p^{102}$$

Essa lei pode ser representada com operadores triádicos:

$$(12) \neg Ob a G \leftrightarrow P a b \neg G^{103}$$

100. Sobre o conceito de relação *conversa*, cf. Günther Patzig, "Relation", p. 1.229; Alfred Tarski, *Einführung in die mathematische Logik*, 2ª ed., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1966, p. 102.

101. Wesley N. Hohfeld, "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", p. 38.

102. O privilégio de Hohfeld é, portanto, nada mais que uma permissão. Como designação para uma simples permissão, o termo "privilégio" pode gerar confusões. Sobre isso, cf. Glanville Williams, "The concept of legal liberty", in Robert S. Summers (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Blackwell, 1968, pp. 124-125.

103. Contra a equivalência entre a negação de um dever e a negação do privilégio, defendida por Hohfeld, Anderson suscita a objeção de que a segunda implica a

Um exemplo:

(13) Se, e somente se, em face do Estado  $a$  não está obrigado a se associar, a  $a$  é, então, permitido, em face do Estado, associar-se.

O esquema de Hohfeld pode, então, ser representado da seguinte forma:

$$\begin{array}{ccc} \text{II.} & RabG & \leftrightarrow & ObaG \\ & \neg & & \neg \\ & \neg RabG & \leftrightarrow & Pba\neg G \end{array}$$

Ao se escrever dessa forma, surge uma peculiar desordem. Isso é assim menos porque uma posição é representada por um novo símbolo

primeira, mas a primeira não implica a segunda. Como exemplo, ele alega que do fato de que  $a$  não esteja obrigado a zelar para que a grama de  $b$  não seja aparada não decorre que  $a$  seja permitido aparar a grama de  $b$  (cf. Alan R. Anderson, "Logic, norms, and roles", pp. 44-45 e 48). De fato, a permissão utilizada no exemplo não decorre da posição que a precede sobre a negação de uma obrigação. Isso reside no fato de que os objetos da obrigação e da permissão são de espécies bastante distintas. Para demonstrar isso será utilizado o operador de ação  $Do$  para a cláusula "zelar para que" (*see to it that*) (cf., nesse sentido, Lars Lindahl, *Position and Change*, pp. 65 e ss.). Para o objeto desse operador, utilizar-se-á simplesmente  $p$ . O primeiro enunciado, então, tem a forma  $\neg OaDo\neg p$ ; o segundo, a forma  $PaDo p$ .  $\neg OaDo\neg p$  é equivalente a  $Pa\neg Do\neg p$ , e isso é também pressuposto por Anderson.  $PaDo p$  decorre de  $Pa\neg Do\neg p$ , se  $\neg Do\neg p$  e  $Do p$  dissessem a mesma coisa. Mas é fácil perceber que  $\neg Do\neg p$  significa algo diverso de  $Do p$ , já que não se pode zelar para que o vizinho não beba mesmo que não se zele para que ele beba: o primeiro pode ser também realizado quando nada se faz. Isso faz com que fique claro que o problema suscitado por Anderson se baseia em problemas da lógica das ações. Desde que se tome o cuidado de que, nas transformações no esquema de Hohfeld, os objetos de direitos, deveres e permissões sejam sempre negados em sua inteireza (externamente) e que nenhuma negação seja inserida nos enunciados de ação (negação interna), então, as transformações deixam de criar dificuldades. Se  $a$  não está obrigado a zelar para que a grama de  $b$  não seja aparada, então, é permitido a  $a$  não zelar para que a grama de  $b$  não seja aparada, e se  $a$  não está obrigado a zelar para que a grama de  $b$  seja aparada, então,  $a$  é permitido não zelar para que a grama de  $b$  seja aparada. Essa solução evita os problemas suscitados por Anderson, mas também mostra que a lógica do esquema de Hohfeld não capta a estrutura do objeto do direito, a não ser por meio de negações externas bastante rudimentares. Como aqui não é necessária uma lógica de ações que torne isso possível, essa limitação pode ser aceita. Além disso, essa renúncia custa pouco, porque uma inclusão da lógica das ações não significaria uma modificação, mas apenas um refinamento do modelo. Sobre esse tipo de modelo mais refinado, cf. Stig Kanger/Helle Kanger, "Rights and parliamentarism", pp. 87 e ss., e Lars Lindahl, *Position and Change*, pp. 66 e ss.

lo, o operador triádico de permissão, e mais porque o objeto da permissão aparece como negado ( $\neg G$ ).<sup>104</sup> Isso aponta para uma incompletude fundamental do esquema. Permitted pode ser não apenas uma abstenção, mas também um fazer. Uma incompletude equivalente também pode ser constatada nas três outras posições do esquema de Hohfeld. Mas a eliminação dessas incompletudes não derruba o esquema; na verdade, ela conduz a um esquema duplo, que demonstra a fecundidade das concepções de Hohfeld.<sup>105</sup> Nesse esquema duplo, a ação e a abstenção são sempre uma ação e uma abstenção de  $b$ .

III. 1. Direito de  $a$ , em face de  $b$ , \_\_\_\_\_ Direito de  $a$ , em face de  $b$ ,

a um fazer

a uma abstenção



Nenhum direito de  $a$ , em face de  $b$ , a uma abstenção

Nenhum direito de  $a$ , em face de  $b$ , a um fazer

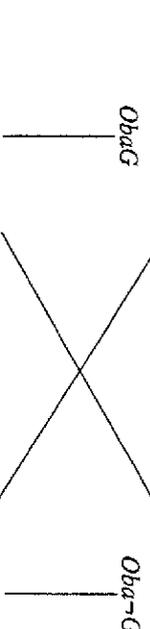
$\neg Rab\neg G$

$\neg RabG$

2. Dever de ação de  $b$ , em face de  $a$  \_\_\_\_\_ Dever de abstenção de  $b$ , em face de  $a$

$ObaG$

$Oba\neg G$



Permissão de ação para  $b$ , em face de  $a$  \_\_\_\_\_ Permissão de abstenção para  $b$ , em face de  $a$

$\neg Oba\neg G$

$\neg ObaG$

$(PbaG)$

$(Pba\neg G)$

104. Isso equivale exatamente à explicação feita por Hohfeld para a sua constatação de que "um dado privilégio é a mera negação de um dever": "a menção é, obviamente, a um dever que tenha um conteúdo ou um sentido exatamente oposto àquele do privilégio em questão" (Wesley N. Hohfeld, "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", p. 39).

105. Cf., a respeito, Frederic B. Fitch, "A revision of Hohfeld's theory of legal concepts", *Logique et Analyse* 10 (1967), pp. 270 e ss.

As relações *no interior* de ambos os esquemas parciais correspondem às relações do quadrado da lógica deôntica, apresentado anteriormente;<sup>106</sup> as relações *entre* ambos os esquemas parciais são caracterizadas pela equivalência entre as posições no interior de um e a posição correspondente no interior do outro, porque elas se referem à respectiva relação conversas.<sup>107</sup> Por isso, em seu conjunto, os esquemas parciais podem ser designados como “conversos”.<sup>108</sup>

106. Cf., neste Capítulo, II.1.2.1.

107. Hohfeld considera que suas relações são “relações jurídicas estritamente fundamentais (...) *sui generis*” (cf. Wesley N. Hohfeld, “Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning”, p. 36). Como o esquema demonstra, isso não pode significar que elas não sejam mutuamente definíveis.

108. Com isso demonstra-se, para o âmbito do direito a algo, a correção da tese da redução, a qual sustenta que é suficiente apenas *uma* modalidade deôntica básica (cf. Alf Ross, *Directives and Norms*, pp. 117-118). Visto que todas as posições no esquema parcial relativo aos direitos são equivalentes a posições no esquema parcial relativo aos deveres, e visto que todas as posições no esquema parcial relativo aos deveres podem ser expressas com o auxílio do operador deôntico triádico de mandamento, então, todos os enunciados sobre direitos a algo podem ser transformados em enunciados sobre obrigações relacionais formuladas com o auxílio do operador deôntico triádico de mandamento. Mas isso mostra apenas a possibilidade da redução ao operador deôntico triádico de mandamento. É necessário indagar como este se relaciona com o operador monádico do sistema padrão. Isso depende da interpretação dos enunciados formados por operadores monádicos. São possíveis uma interpretação fraca e uma interpretação forte. Limitando-se apenas aos dois enunciados mais importantes, na interpretação *fraca*, *OG* e *PG* são, em relação a *OabG* e *PabG*, apenas abstrações que dizem respeito ao aspecto relacional. Nessa interpretação, pode-se dizer que *OabG* implica *OG* e que *PabG* implica *PG*. Na interpretação *forte*, *OG* e *PG* dizem que *G* – por exemplo, a realização da ação *h* por parte de *a* – é, em sua inteireza, respectivamente obrigatória ou permitida pelo sistema jurídico. Nessa interpretação, embora *OabG* implique *OG*, *PabG* não implica *PG*. Se *a* está juridicamente obrigado, em face de *b*, a realizar a ação *h* (*OabG*), então, é obrigatório, nesse sistema jurídico, que *a* realize *h* (*OG*). Se, nesse sistema jurídico, não for obrigatório que *a* realize *h*, então, *a* não está obrigado a isso, mesmo em face de *b*. A referência a obrigações relacionais reciprocamente contraditórias não constitui uma objeção contra a implicação de *OG* por *OabG*. Se, em um mesmo momento, *a* está obrigado a *G* em face de *b* e, em face de *c*, a  $\neg G$ , o que significa que tanto *OabG* quanto *Oac  $\neg G$  são verdadeiros, é mesmo assim possível aceitar que tanto *OG* quanto *O*  $\neg G$  sejam verdadeiros na interpretação forte, pois o sistema jurídico, como um todo, contém, então, uma contradição. Se a contradição entre as obrigações relacionais é solucionada, também o é aquela entre obrigações não-relacionais. Já a relação entre a permissão relacional (*PabG*) e a permissão não-relacional (*PG*) não é tão simples na interpretação forte. O fato de que, em face de *b*, *a* seja permitido realizar *h* não significa que o sistema jurídico como um todo permita a realização de *h* por parte*

O esquema duplo pode ser visto como uma explicação do conceito de direito a algo no âmbito de um sistema lógico que, embora elementar, em geral é suficiente para fins práticos.<sup>109</sup> É certo que os conhecimentos que dele se extraem – por exemplo, de que a negação de um direito (o não-direito) de *a* em face de *b* a uma abstenção ( $\neg Rab \neg G$ ) é equivalente à permissão, para *b*, de uma ação em face de *a* (*PbaG*) – não conduzem a uma decisão em casos polêmicos – o que, de resto, nunca ocorre com conhecimentos analíticos –, já que, para tanto, são imprescindíveis valorações e conhecimento empírico; mas eles constituem a base necessária para uma argumentação jurídica racional que tenha pretensões de um máximo de clareza. Isso vale em medida muito especial para o segundo grupo de posições jurídicas fundamentais, o grupo das liberdades, que será tratado a seguir, do qual um aspecto essencial já foi abordado quando foram feitas considerações sobre o conceito de privilégio de Hohfeld, que se mostrou redutível ao conceito de permissão.

de *a*. O sistema jurídico como um todo proíbe a realização de *h* por parte de *a* se *a* estiver obrigado, em face de *c*, a se abster de realizar *h* (*Oac*  $\neg G$ ). Aquele que, em uma relação, viola uma proibição desrespeita o sistema jurídico. Aquele que, em uma relação, exercita uma permissão não precisa fazer algo que seja permitido pelo sistema jurídico como um todo. Se houver ao menos um sujeito de direito em face do qual *a* esteja juridicamente obrigado a realizar *h*, então, o sistema jurídico como um todo contém o mandamento para que *a* realize *h* (*OG*). Por outro lado, *a* é somente então permitido, pelo sistema jurídico como um todo, realizar *h* (*PG*), se houver para tanto uma permissão a *a* em todas as relações.

As relações entre modalidades deônticas relacionais e não-relacionais são, portanto, complexas. Ainda assim fica claro que as modalidades relacionais não podem ser substituídas pelas não-relacionais e, nesse sentido, ser a elas reduzidas. Tudo aquilo que pode ser dito com o auxílio de modalidades não-relacionais pode também o ser com o auxílio das modalidades relacionais. Com isso, fica clara a correção da tese da redução. A redução a uma modalidade deôntica é possível; é certo que essa modalidade deve ser internamente diferenciada (relacionada), mas isso não requer nenhum conceito normativo adicional. Para o âmbito dos direitos a algo demonstrouse, portanto, que existe aquilo que se pode chamar de “unidade do dever-ser”.

109. Estruturas sensivelmente mais complexas são obtidas quando, para o objeto do direito, não é utilizado apenas *G*, mas se decompõe essa expressão em partes menores. Esse caminho é trilhado por Kanger/Kanger e por Lindahl, que baseiam suas análises não apenas em uma lógica das modalidades deônticas, mas em uma combinação da lógica deôntica com uma lógica das ações (cf. Stig Kanger/Halle Kanger, “Rights and Parliamtentarism”, pp. 87 e ss., e Lars Lindahl, *Position and Change*, pp. 66 e ss.). Aqui, o modelo simples apresentado é suficiente.

## 2. Liberdades

### 2.1 Sobre o conceito de liberdade

O conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros. Seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado. Quase tudo aquilo que, a partir de algum ponto de vista, é considerado como bom ou desejável é associado ao conceito de liberdade.<sup>110</sup> Isso vale tanto para disputas filosóficas quanto para polémicas políticas. Isso é expresso de maneira aguçada por Aldous Huxley, em seu *Eyewitness in Gaza*: "Liberdade é um nome maravilhoso. É por isso que você está tão ansioso para fazer uso dele. Você acha que, se você chamar o encarceramento de verdadeira liberdade, as pessoas ficarão atraídas pela prisão. E o pior de tudo é que você tem razão".<sup>111</sup> A conotação emotiva da palavra "liberdade" dificilmente poderia ser caracterizada de forma mais precisa. Em geral, quem denomina algo como "livre" não faz apenas uma descrição, mas expressa também uma valoração positiva e suscita, no ouvinte, um estímulo para compartilhar desse valor.<sup>112</sup> A conotação emotiva positiva, relativamente constante, pode ser associada a significados descritivos cambiantes. Isso abre a possibilidade de uma definição persuasiva (*persuasive definition*).<sup>113</sup> Quem quer induzir alguém a uma determinada ação pode tentar fazê-lo dizendo que liberdade é realizar essa ação. Essa deve ser uma das razões para a perenidade da polémica acerca do conceito de liberdade e a popularidade de sua utilização.

Uma análise de tudo aquilo que esteve ou está associado ao termo "liberdade" conduziria a uma extensa filosofia jurídica, social e moral. Aqui interessam apenas as posições jurídicas fundamentais. Nesse contexto, o primeiro plano é ocupado por um determinado conceito de liberdade: o conceito de *liberdade jurídica*. Esse conceito pode ser

110. Isaiah Berlin ("Two concepts of liberty", in Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford University Press, 1969, p. 121) fala de "mais de dezamentos sentidos, registrados pelos historiadores das idéias, para essa palavra multifforme".

111. Aldous Huxley, *Eyewitness in Gaza*, London: Chatto & Windus, 1955, p. 123.

112. Cf. Charles L. Stevenson, *Ethics and Language*, New Haven: Yale University Press, 1944, pp. 20 e ss. e 206 e ss.

113. Cf. Charles L. Stevenson, "Persuasive definitions", *Mind* 47 (1938), pp. 331 e ss. Cf. já Thomas Hobbes, *Leviathan*, II, 21 (Oxford: Oxford University Press, 1960, p. 140): "é fácil o homem ser induzido a erro pelo enganoso nome da liberdade".

explicado de duas maneiras. É possível representá-lo como uma manifestação especial de um conceito mais amplo de liberdade, mas é também possível fundamentá-lo diretamente a partir do conceito que para ele é constitutivo, o conceito de permissão jurídica.

O primeiro caminho pode ser trilhado não apenas se se perguntar o que é liberdade *em si* – isso conduziria, como já foi salientado, a um ambicioso projeto de uma filosofia da liberdade; ele pode também ser trilhado a partir da indagação acerca da *estrutura* do conceito de liberdade – isso é menos ambicioso, mas, por isso, as perspectivas de êxito são maiores e, além disso, são criadas condições para uma resposta a questões mais amplas. À pergunta acerca da estrutura da liberdade pode ser dada, em um primeiro momento, uma resposta de cunho negativo. A liberdade não é um objeto como, por exemplo, um chapéu. É certo que é possível falar da liberdade que alguém *tem*, da mesma forma que se fala de um chapéu que se tem. Mas, no caso da liberdade, esse "ter" não se refere a uma relação de posse entre uma pessoa e um objeto. Por isso, parece plausível supor que a liberdade é uma qualidade, uma qualidade que, por exemplo, pode ser atribuída a pessoas, ações e sociedades. Essa seria, no entanto, uma perspectiva bastante rudimentar e superficial. Quem diz que uma pessoa é livre pressupõe que, para essa pessoa, não existem embaraços, restrições ou resistências de qualquer espécie.<sup>114</sup> Com isso, poder-se-ia considerar liberdade como uma relação diádica entre uma pessoa e um embaraço à liberdade. Mas isso também não é suficiente. Se se imagina que o Estado (*s*) quer obstruir *a* de visitar *b* no exterior, *s* poderia fazer isso simplesmente ao proibir a visita de *a*, mas *s* pode também fazê-lo negando-lhe divisas, impedindo-o de comprar passagens de avião, excluindo-o do exercício de uma profissão caso a visita se concretizar ou convocando-o para exercícios militares. Nesses casos, a ausência de liberdade tem características diferentes. Um enunciado com a estrutura "*a* não é livre para visitar *b*" não contempla essa diversidade. Mesmo enunciados como "*a* não é livre para comprar uma passagem de avião" não descrevem a situação de forma completa. A situação só

114. A ausência de obstáculos, restrições ou resistências constitui o cerne do conceito de liberdade. Cf. a definição clássica em Thomas Hobbes, *Leviathan*, II, 21 (p. 136): "liberdade [*liberty or freedom*] designa exatamente a ausência de oposição". O que se deve indagar é o que deve ser identificado como obstáculo e a que ele se refere.

é descrita de forma completa com o auxílio de enunciados que mencionem três coisas: a pessoa que não é livre; o obstáculo a que ela é submetida; e aquilo que esse obstáculo impede ou embarça. Isso sugere que se conceba uma liberdade *específica* de uma pessoa como uma relação triádica,<sup>115</sup> a *liberdade de uma pessoa* como a soma de suas liberdades específicas e a *liberdade de uma sociedade* como a soma das liberdades das pessoas que nela vivem.

Essa concepção repousa essencialmente em pessoas enquanto titulares de liberdades. Mas é também possível designar outras coisas como "livres", como, por exemplo, uma ação ou a vontade. Isso não implica uma objeção contra a concepção de liberdade relacionada a pessoas, pois enunciados sobre a liberdade de ações ou da vontade podem ser facilmente reduzidos a enunciados sobre a liberdade de pessoas. A liberdade de ação, tanto quanto a liberdade da vontade, é uma abstração em relação à liberdade das pessoas.<sup>116</sup> A base do conceito de liberdade é constituída, portanto, por uma relação triádica entre um titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade.

Se se parte desse pressuposto, então, há uma diferença decisiva se o objeto da liberdade é uma *alternativa de ação* ou *somente uma ação*. Aquele para o qual a liberdade consiste em *fazer* o necessário ou o razoável pressupõe apenas uma ação (por mais abstrata que seja). Exemplos de um tal conceito *positivo* de liberdade são os conceitos filosóficos de liberdade de Spinoza: "Ea res libera dicitur, quae ex sola suae naturae necessitate existit, et a se sola ad agendum determinatur";<sup>117</sup> de Kant: "O [*conceito*] positivo [*de liberdade*] é a facultade da razão pura de ser, por si mesma, prática. Mas isso não é possível senão por meio da sujeição da máxima de toda e qualquer ação à con-

115. Cf., a esse respeito, Gerald C. MacCallum Jr., "Negative and positive freedom", *Philosophical Review* 76 (1967), pp. 314 e ss., e, seguindo-o de perto, John Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 201 e ss.

116. Cf. Thomas Hobbes, *Leviathan*, II, 21 (p. 137); Gerald C. MacCallum Jr., "Negative and positive freedom", pp. 315-316.

117. Benedictus de Spinoza, *Ethica*, in *Opera* (Konrad Blumenstock, Org.), v. 2, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967, pp. 88 (I, def. 7). [N. do T.: Em tradução livre, "ser livre significa existir somente pela necessidade de sua própria natureza, e determinar sozinho o seu agir".]

dição de ser apta a tornar-se lei universal";<sup>118</sup> e de Hegel: "Necessário é o razoável enquanto substancial, e nós somos livres na medida em que o reconhecemos como lei e o seguimos como a substância de nossa própria essência".<sup>119</sup> Também os conceitos de liberdade que se referem somente a uma ação<sup>120</sup> conhecem o conceito de obstáculo à liberdade. Nesses, os obstáculos à liberdade são, por exemplo, idéias pouco claras, emoções, impulsos sensoriais ou consciência equivocada. Nesse sentido, também a liberdade positiva pode ser representada por meio de uma relação triádica.<sup>121</sup>

118. Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, pp. 213-214.

119. Georg W. F. Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte* (Theorie-Werkausgabe, v. 12), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1970, p. 57.

120. Em contextos ligados aos direitos fundamentais, um conceito positivo de liberdade, que se relacione a um agir correto e não a uma alternativa de ação dependente do abito de cada um, foi defendido, por exemplo, por Walter Hamel, *Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat*, Berlin: Duncker & Humblot, 1957, p. 8: "De forma geral, liberdade consiste na aceitação da vontade do Criador e, por isso, constitutiva, fundamento essencial do ser humano e de todas as esferas da vida"; e Herbert Krüger, "Der Wesensgehalt der Grundrechte", in Herbert Krüger/Jürgen Seifert, *Die Einschränkung der Grundrechte*, Hannover: Niedersächsische Landeszentrale für Politische Bildung, 1976, p. 53: "Obviamente, uma liberdade que não tem, em si mesma, algum sentido, especialmente um sentido compartilhado, não é mais uma liberdade, ao menos não quando se associa a esse conceito — e seria difícil pensar diferente — a concepção de algo pleno de valor (e não vazio de valor)".

121. No caso do conceito positivo de liberdade há uma relação especial entre o obstáculo à liberdade e o objeto da liberdade, que é a ação necessária ou razoável; em resumo, a ação correta. Quando o obstáculo desaparece, não resta outra possibilidade a não ser a de realizar a ação correta; então, ela passa a ser necessária. Essa relação pode ser estendida ao titular da liberdade. Se o titular da liberdade se liberta dos obstáculos à liberdade e, nesse sentido, é uma pessoa livre ou razoável, então, ele necessariamente realiza a ação correta. Em conjunto com a constatação adicional de que uma pessoa liberada dos obstáculos à liberdade é uma pessoa autônoma, a qual decide sobre si mesma, temos como resultado que uma pessoa autônoma faz exatamente uma coisa: o correto. Berlin observou que essa concepção, quando se transfere em base para uma teoria política, pode ter consequências desastrosas (Isaiah Berlin, "Two concepts of liberty", pp. XXXVII e 131-132; cf. também Christoph Link, *Herrschaftsordnung*, Wien: Böhlau, 1979, p. 155). Coerção política pode ser apresentada como eliminação de obstáculos à liberdade e, com isso, como libertação para aquilo que o indivíduo faria se fosse razoável; de forma sucinta, como libertação. Essa não é, contudo, uma consequência lógica do conceito positivo de liberdade, mas o resultado de sua transposição não diferenciada para o âmbito do direito e da política. A não-necessidade de uma transposição dessa espécie é demonstrada pela Filosofia do Direito de Kant. Cf. também C. B. Macpherson, "Berlins Teilung der Freiheit", in, do mesmo autor, *Demokratietheorie*, München: Beck, 1977, pp. 178 e ss.; Charles Taylor, "What's wrong

O que aqui interessa é a liberdade jurídica. Como será visto adiante, só se falará em liberdade jurídica quando o objeto da liberdade for uma alternativa de ação. Se o objeto da liberdade é uma alternativa de ação, falar-se-á em uma "liberdade *negativa*". Uma pessoa é livre em sentido negativo na medida em que a ela não são vedadas alternativas de ação. O conceito negativo de liberdade nada diz acerca daquilo que uma pessoa que é livre em sentido negativo deve fazer ou, sob certas condições, irá fazer; ele diz apenas algo sobre suas *possibilidades* de fazer algo.<sup>122</sup> O conceito mais amplo de liberdade, do qual a liberdade jurídica é uma manifestação especial, é, por isso, uma relação triádica, cujo terceiro elemento é uma *alternativa de ação*. Partindo-se disso, um enunciado sobre liberdade ou tem a seguinte forma:

(1) *x* é livre (não-livre) de *y* para fazer *z* ou para não fazer *z*.<sup>123</sup>

ou pode ser reduzido a um enunciado dessa forma.<sup>124</sup> Aqui, *x* simboliza o titular da liberdade (ou da não-liberdade), *y* simboliza o obstáculo à liberdade e *z* simboliza a ação cuja realização ou não-realização é o objeto da liberdade.

De acordo com o que foi até agora afirmado, a distinção entre liberdade positiva e liberdade negativa reside somente no fato de que no caso da primeira o objeto da liberdade é uma única ação, enquanto no caso da segunda ele consiste em uma alternativa de ação. Esses conceitos de liberdades positiva e negativa não coincidem sob todos os aspectos com seu uso na linguagem corrente. O conceito de liberdade

with negative liberty", in Alan Ryan, *The Idea of Freedom: Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Oxford: Oxford University Press, 1979, pp. 175 e ss.

122. Cf. Isaiah Berlin, "Introduction", in *Four Essays on Liberty*, p. XLII: "A liberdade da qual eu falo é, mais que a ação em si mesma, a oportunidade para a ação".

123. A relação que subjaz a esse enunciado não deve ser confundida com a relação triádica de liberdade de von Freytag Löringhoff. Segundo ele, a relação de liberdade tem a seguinte forma: "X é livre em face da vinculação inferior Y por meio da vinculação superior Z" (Bruno v. Freytag Löringhoff, "Die logische Struktur des Begriffs Freiheit", in Josef Simon (Org.), *Freiheit*, Freiburg: Alber, 1977, p. 43). Essa concepção expressa a hipótese substancial de que alguém "só pode se libertar [de uma vinculação] por meio da aceitação de uma vinculação nova, e de hierarquia superior" (idem, p. 42). Aqui, não se compartilha com essa hipótese. A relação de liberdade que aqui se pressupõe é neutra não apenas em face da questão "por meio de quê?", mas também em face da questão "para quê?", a qual introduz um elemento de dever no conceito de liberdade.

124. Sobre a redução de enunciados sobre liberdade a enunciados dessa forma, cf. Gerald C. MacCallum Jr., "Negative and positive freedom", pp. 315 e ss.

negativa aqui fixado é mais amplo que o habitual, enquanto o conceito de liberdade positiva é mais restrito. O já utilizado exemplo da emigração pode tornar isso claro. O objeto da liberdade é a alternativa de ação emigrar ou não emigrar. Aqui, interessam apenas dois dos diversos obstáculos a que uma pessoa *a* pode ser submetida em relação a essa alternativa de ação. A emigração de *a* pode ser juridicamente proibida, mas pode ser também que ela não seja possível em razão de falta de dinheiro. No primeiro caso existe uma não-liberdade jurídica; no segundo caso, uma econômica. Ambos os casos, contudo, enquadram-se no conceito de liberdade negativa aqui desenvolvido. A partir de um uso linguístico muito difundido, somente a liberdade jurídica seria caracterizada como "liberdade negativa". A econômica seria, quando muito, classificada como liberdade positiva. A distinção corrente tem sua justificativa. Para que *a* passe de uma situação de não-liberdade econômica para uma situação de liberdade econômica, ele tem que obter ou adquirir algo. Se a transformação da situação de não-liberdade econômica em uma situação de liberdade econômica tiver que ocorrer de uma forma juridicamente garantida pelo Estado, então, a ele pode ser concedido um direito a uma prestação em face do Estado, ou seja, um direito a uma ação estatal *positiva*. Já para a criação de uma situação de liberdade jurídica é necessária, ao contrário, apenas uma abstenção estatal, ou seja, uma ação *negativa*. Para a garantia da liberdade não é necessário um direito a prestações, apenas um direito de defesa. É inegável que essa diferença tem grande importância. O que se deve indagar é como as construções conceituais devem reagir a essa diferença. Com base na tradição, tanto a concepção ampla de liberdade negativa, apresentada anteriormente, quanto a concepção restrita, que se acaba de mencionar, podem suscitar uma pretensão ao predicado "negativa", e em ambos os casos a distinção entre liberdade positiva e liberdade negativa tem um significado fundamental. Nessa situação, parece ser apropriado que se fale em *liberdade negativa em sentido amplo e liberdade negativa em sentido estrito*. A liberdade negativa em sentido estrito equivale à concepção liberal de liberdade. Uma liberdade negativa em sentido estrito é sempre também uma liberdade negativa em sentido amplo, mas nem toda liberdade negativa em sentido amplo é também uma liberdade negativa em sentido estrito.

Uma liberdade negativa em sentido estrito deriva da relação triádica de liberdade quando o objeto da liberdade são alternativas de ação

e o obstáculo à liberdade são ações obstaculizadoras de terceiros, sobretudo do Estado. A fecundidade da concepção triádica de liberdade é demonstrada pelo fato de que diferentes conteúdos  $x$ ,  $y$  e  $z$  fazem surgir diferentes liberdades. Com base nessa concepção é possível organizar a confusão de conceitos de liberdade, pois ela possibilita a criação de uma classificação abrangente, por meio de substituições cada vez mais diferenciadas para o titular da liberdade ( $x$ ), para o obstáculo à liberdade ( $y$ ) e para o objeto da liberdade ( $z$ ). Apenas dois exemplos: se se utiliza  $y$  como uma situação de escassez econômica, surge um conceito de liberdade que pode ser denominado de conceito sócio-econômico de liberdade.<sup>125</sup> Esse conceito sócio-econômico de

125. Que uma situação de escassez econômica pode obstaculizar  $a$  em relação a uma alternativa de ação é algo de que não se duvida. Mas é possível questionar se isso justifica designar  $a$  como "não-livre". Nesse ponto, três observações são necessárias. (1) Normas de direitos fundamentais devem garantir liberdade. Se se denomina a ausência de uma situação de escassez econômica como "liberdade", daí decorre que normas de direitos fundamentais devem garantir isso também, ou seja, devem ser interpretadas no sentido dessa garantia. Aquele que pretendesse fazer objeções à conclusão desse argumento, esboçado aqui de forma rudimentar, poderia sustentar que não seria possível falar em liberdade ou em não-liberdade no contexto de situações de escassez econômica. Mas isso não é de forma alguma necessário. A conclusão mencionada pode também ser rejeitada se se define com mais precisão que tipo de liberdade as normas de direitos fundamentais devem garantir. (2) Em inúmeros contextos o conceito de liberdade está associado a uma conotação emotiva positiva. Por isso, qualquer definição do conceito de liberdade é suspeita de ser uma definição persuasiva, por meio da qual se pretende, sem argumentos, conquistar apoio em relação a uma valorização. Isso não exclui, contudo, a possibilidade de um uso explicitamente não-valorativo do conceito de liberdade. Se  $a$  não dispõe de meios para comprar um carro maior,  $a$  é, em um determinado sentido, economicamente não-livre, mas isso não é algo a ser necessariamente condenado. Se, em relação à compra do automóvel,  $a$  é designado, sem juízos de valor, como "econômica-mente não-livre", então, esse conceito é utilizado de forma puramente analítica ou classificatória. Uma tal utilização é possível e apropriada se uma análise da estrutura dos objetos a serem valorados precede à valoração. (3) Com frequência a ausência de determinadas situações de escassez é designada não como liberdade, mas como condição para o exercício ou para o valor da liberdade (cf. Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, pp. XLVI e LIII-LIV; John Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 204-205; Hans H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, Stuttgart: Kohlhammer, 1974, p. 50). Esses conceitos expressam uma preferência por um determinado tipo de liberdade: a liberdade em sentido estrito negativa ou liberal. Mas também aquele que queira manter essa preferência pode dizer — caso utilize o conceito de liberdade de forma não valorativa, mas analítica — que a liberdade econômica e condição para o exercício ou o valor da liberdade liberal.

liberdade deve ser claramente distinguido do conceito liberal-econômico de liberdade, o qual surge quando se substitui  $y$  por ações obstaculizadoras de terceiros, sobretudo do Estado, e  $z$  por alternativas econômicas de ação. Se se representa  $y$  por obstáculos na formação da vontade política e  $z$  por alternativas de ação política, obtém-se, então, um conceito negativo e democrático de liberdade.<sup>126</sup> Isso é suficiente para mostrar como, por meio de substituições cada vez mais diferenciadas na relação triádica, pode surgir uma tabela de todas as liberdades possíveis. É inegável a utilidade de uma tal tabela em um âmbito conceitualmente tão instável quanto o da liberdade. Equivocado seria pensar que com uma tal tabela, por meio de uma clarificação conceitual, as valorações seriam antecipadas. O que ocorre é o contrário. Dentre as posições em uma tabela de liberdades, algumas podem ser avaliadas como positivas; outras podem ser avaliadas como negativas e descartadas. Algumas podem ser atribuídas a normas de direitos fundamentais ou à constituição como um todo; outras, não. Entre as posições podem ser estabelecidas relações de preferência e, não menos importante, torna-se possível analisar as relações lógicas e empíricas entre as diferentes posições sobre uma base conceitualmente segura.

No que se segue, o interesse recai apenas sobre uma posição na tabela de liberdades, a liberdade *jurídica*. Como exemplo, utilizar-se-á a seguinte liberdade, construída a partir de substituições no enunciado relacional (1):

(2)  $a$  está livre de proibições jurídicas para expressar ou não expressar sua opinião.

Esse enunciado é equivalente a:

126. O conceito negativo e democrático de liberdade é, enquanto subespécie do conceito negativo de liberdade, um *conceito baseado em possibilidades*. Ao conceito democrático de liberdade enquanto conceito baseado em possibilidades é possível contrapor um conceito democrático de liberdade como *conceito baseado na realidade*. De acordo com este último, liberdade democrática não existe com a simples inexistência de obstáculos às ações de participação política; ela surge apenas quando essas ações são de fato realizadas. Um tal conceito de liberdade democrática baseado na realidade é uma variante do conceito *positivo* de liberdade. Um exemplo de conceito democrático de liberdade como conceito baseado na realidade é oferecido por Ulrich Scheuner, "Presselieferheit", *VVDStRL* 22 (1965), p. 20: "Liberdade não [é] (...) apenas defesa e fuga para uma esfera livre do Estado e sem responsabilidades, mas uma participação viva no todo, configuração e responsabilidade compartilhadas".

(3) É (juridicamente) permitido que *a* expresse sua opinião, e é (juridicamente) permitido que *a* deixe de expressar sua opinião.

O enunciado (3) expressa a liberdade jurídica da forma mais simples e clara. A transformação de (2) em (3) é possível porque entre o obstáculo à liberdade e o objeto da liberdade existe uma relação *analítica*. A proibição jurídica é exatamente a proibição do objeto da liberdade. No caso de liberdades não-jurídicas a questão é mais complicada. Entre o obstáculo e o objeto existe apenas uma relação *empírica*. É essa especificidade da liberdade jurídica que possibilita que a análise do conceito de liberdade jurídica se baseie diretamente no conceito de permissão, em vez de baseá-lo na relação triádica geral de liberdade.

Apoiando-se e, ao mesmo tempo, apartando-se do conceito de liberdade jurídica é possível construir um conceito de liberdade *fática*, o qual tem especial importância para as análises jurídicas, como um conceito contraposto ao conceito de liberdade jurídica:

(4) Em relação a uma alternativa de ação juridicamente livre, *a* é faticamente livre na medida em que tem a possibilidade real de fazer ou deixar de fazer aquilo que é permitido.

## 2.2 Liberdades jurídicas

A conexão entre os conceitos de liberdade jurídica e de permissão no sentido de negação de deveres e proibições é frequentemente descrita, e de diversas formas. Hobbes afirmava: "Nos casos nos quais o soberano não prescreveu nenhuma regra, o sujeito tem a liberdade de agir ou de se abster de acordo com a sua própria discricionariedade".<sup>127</sup> Segundo a formulação de Bentham, desde que o legislador "não tenha ordenado ou proibido nenhum ato (...) todos os atos são livres: todas as pessoas estão em liberdade em face da lei".<sup>128</sup> Em Jellinek se lê: "Se as pessoas estão em liberdade em sua face jurídica, então, chega-se à se examina essa liberdade em suas ações dos súditos que são *juridicamente irrelevantes* para o Estado".<sup>129</sup> No entanto, uma olhada mais atenta deixaria claro que, apesar das semelhanças, as posições que

127. Thomas Hobbes, *Leviathan*, II, 21, p. 143.

128. Jeremy Bentham, *Of Laws in General*, p. 253.

129. Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 104.

podem ser designadas como "liberdade jurídica" são de tipos bastante diversos. Para compreendê-las, é necessário distinguir entre liberdades jurídicas *protegidas* e *não-protegidas*.<sup>130</sup>

### 2.2.1 Liberdades não-protegidas

As liberdades não-protegidas podem ser totalmente reduzidas às permissões no sentido definido anteriormente. Permitidos podem ser tanto um fazer quanto um não-fazer. Se a liberdade jurídica for uma liberdade negativa no sentido explicado acima, então, ela não pode se esgotar nem em um, nem em outro.<sup>131</sup> A simples permissão para professar uma crença, que pode coexistir com a obrigação de fazê-lo, não cria uma liberdade jurídica, tanto quanto não a cria a simples permissão de não professar uma crença, que é conciliável com a proibição de professá-la. Uma liberdade jurídica de professar uma crença surge apenas quando – mas também sempre quando – é não apenas permitido fazê-lo, mas também não o fazer.<sup>132</sup> Nesse sentido, a liberdade jurídica não-protegida, que é totalmente redutível a permissões, pode ser definida como uma conjugação de uma permissão jurídica de se fazer algo e uma permissão jurídica de não o fazer. Essa conjugação foi designada acima como "faculdade" e simbolizada por  $Lp$ .<sup>133</sup> Se, para facilitar a comparação com o direito a algo (*RabG*), se utiliza a letra *G* ao invés de *P*, e se pressupõe que *P* simboliza uma permissão *jurídica*, então, a definição da liberdade jurídica não-protegida toma a seguinte forma:

(1)  $LG = {}_d P G \wedge P - G$ .

A negação da liberdade não-protegida é a *não-liberdade*. Por meio da utilização do símbolo de disjunção " $\vee$ " no lugar de "ou", ela deve ser definida da seguinte forma:

130. Jeremy Bentham diferencia entre liberdades "nuas" (*naked*) e "cobertas" (*vested*) (Jeremy Bentham, in *The Works of Jeremy Bentham* (ed. J. Bowring), fac-símile da edição de 1835-1843, v. 3, New York: Russell & Russell, 1962, p. 218). Essa diferenciação aproxima-se da diferenciação utilizada aqui entre liberdade protegida e liberdade não protegida.

131. Um conceito estrito de liberdade jurídica é utilizado por Ghanville Williams, "The concept of legal liberty", pp. 132-133. Para ele a liberdade jurídica consiste somente na negação da proibição e é, por isso, compatível com um mandamento.

132. Cf. *BVerfGE* 12, 1 (4).

133. Cf., neste Capítulo, II.1.2.1.

$$(2) \neg LG =_{df} O\neg G \vee \neg OG.$$

Nesse sentido, um sujeito de direito  $a$  não é juridicamente livre ( $\neg LG$ ), no que diz respeito a uma determinada ação, se a abstenção ( $O\neg G$ ) ou a realização dessa ação lhe é juridicamente obrigatória.

### 2.2.1.1 *Liberdades não-protetidas absolutas e relativas relacionadas a pessoas e objetos*

Em (1),  $L$  é um operador não-relacional (monádico) Mas liberdades podem ser relacionais. Assim é que  $a$  pode ser livre, em face do Estado, para fazer  $h$ , mas não ser livre em face de um terceiro, e vice-versa. Para expressar que um sujeito de direito se encontra em uma posição de liberdade não-protetida em face de outro sujeito de direito é necessário utilizar um operador triádico, como no caso do direito a algo. A liberdade não-protetida relacional tem a seguinte estrutura:

$$(3) LabG =_{df} PubG \wedge Pab\neg G.$$

Esse enunciado (3) expressa uma liberdade não-protetida apenas em face de um sujeito de direito, como, por exemplo, o Estado ou uma determinada pessoa privada. Um contraponto a isso é a liberdade não-protetida em face de todos os sujeitos de direito. Essa liberdade é um feixe composto exatamente do mesmo número de relações de liberdade correspondente ao número de sujeitos de direito no sistema jurídico. Ela deve ser denominada "liberdade absoluta em relação a pessoas".<sup>134</sup> Do outro lado está a liberdade relativa em relação a pessoas, que não existe em face de todos, mas somente de alguns — no mínimo, um — sujeitos de direito.

Os contrapontos aos conceitos de liberdade absoluta e de liberdade relativa em relação a pessoas são os conceitos de liberdade absoluta e de liberdade relativa em relação a objetos.  $a$  tem, em face de  $b$ , uma liberdade absoluta em relação a objetos se  $a$  é permitido, em face de  $b$ , realizar ou não realizar toda e qualquer ação; ele tem, em face de  $b$ , uma liberdade relativa em relação a objetos se  $a$  é permitido, em

134. A liberdade absoluta em relação a pessoas pode ser simbolizada, com o auxílio do quantificador universal ( $x$ ) (para todo  $x$ ...; cf., a esse respeito, W. V. O. Quine, *Grundzüge der Logik*, pp. 121 e ss.), da seguinte forma:

(x)  $LaxG$ .

face de  $b$ , realizar ou não realizar pelo menos uma ação. Se todos forem jurídica e absolutamente livres em relação a pessoas, está-se diante da situação normativa suposta por Hobbes no estado de natureza.<sup>135</sup>

### 2.2.1.2 *A liberdade não-protetida como mera negação do dever-ser*

A definição de liberdade não-protetida ( $LG$ ) por meio da conjunção entre a permissão de um fazer e a permissão de um não-fazer ( $PG \wedge P\neg G$ ) torna claro que a liberdade não-protetida consiste na mera ligação da permissão positiva com a permissão negativa. Mas essas permissões nada mais são que a negação dos deveres ( $OG$ ) e proibições ( $P\neg G$ ) correspondentes. Em vez de  $PG \wedge P\neg G$ ,  $LG$  poderia ser igualmente definida como  $\neg O\neg G \wedge \neg OG$ . Isso significa duas coisas. Em primeiro lugar, que a introdução do conceito de liberdade não-protetida não significa a introdução de uma categoria independente em relação ao dever-ser no sentido de um mandamento. Do ponto de vista lógico, liberdades não-protetidas nada mais são que uma determinada combinação de negações do dever-ser. Não se toma, com isso, partido na disputa sobre se, em ordenamentos normativos, o conceito primário é a liberdade, a qual é restringida pelo dever-ser, ou se o conceito primário é o dever-ser, o qual cria a liberdade por meio de não-deveres e não-proibições. A neutralidade do conceito de liberdade não-protetida diante dessa questão pode ser percebida no fato de que para o conceito de liberdade negativa não faz diferença se as liberdades são concebidas como negação do dever-ser ou o dever-ser como negação das liberdades. A possibilidade de se definir  $LG$  por meio de  $\neg O\neg G \wedge \neg OG$  demonstra, em segundo lugar, que as liberdades não-protetidas não implicam o direito de não ser embarçado no gozo dessas liberdades.<sup>136</sup> Um tal direito é um direito a algo e se distingue fundamentalmente de uma combinação de permissões. Se esse direito

135. Thomas Hobbes, *Leviathan*, I, 13, p. 85.

136. Cf., a esse respeito, Wesley N. Hohfeld, "Some fundamental legal conceptions", p. 43, bem como Ernst R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Parte 2, p. 324: "eu vou além e sustento que, ao mero poder fazer ou ser permitido nunca é contraposto um dever especial, específico, que a ele corresponde, mas, ao contrário, sempre que esse pareça ser o caso, está-se diante não de um mero poder fazer, mas também de uma pretensão".

estiver presente, a liberdade não-protetida transforma-se em liberdade protegida.

### 2.2.1.3 Normas constitucionais permissivas

Uma liberdade não-protetida existe caso tanto uma ação quanto a abstenção correspondente são qualificadas como permitidas. A qualificação de uma ação como permitida pode ocorrer por duas razões: ela pode basear-se em uma norma permissiva expressa ou ela pode ser fundamentada por meio da inexistência, no sistema jurídico, de normas mandatórias ou proibitivas no âmbito das quais se enquadrasse a ação ou a abstenção em questão.<sup>137</sup> No primeiro caso é possível falar

137. Neste caso, a qualificação baseia-se no enunciado "o que não é proibido é permitido" ( $\neg O \rightarrow P$  ou  $\neg O \rightarrow P \rightarrow P$ ). Este enunciado parece ser trivial, mas uma simples olhada na discussão a seu respeito faz com que surja a impressão oposta (cf., por exemplo, Georg H. v. Wright, *Norm and Action*, pp. 85 e ss.; do mesmo autor, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, pp. 82 e ss.; Carlos E. Alchourrón/Eugenio Buljgin, *Normative Systems*, Wien: Springer, 1971, pp. 119 e ss.; Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, p. 81; Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, pp. 170 e ss.). Um dos problemas que sempre dá ensejo a que se duvide do enunciado "o que não é proibido é permitido" é aquele que se refere à abertura do ordenamento jurídico. Assim, lê-se em Christiane Weinberger/Ota Weinberger (*Logik, Semantik, Hermeneutik*, p. 116): "O enunciado 'o que não é proibido é permitido' é válido apenas se se pressupõe que o sistema de normas é algo fechado, isto é, que, nesse sistema, devido é apenas aquilo que expressamente foi definido como tal". Isso é correto apenas a partir do pressuposto de que o enunciado "o que não é proibido é permitido" deva ser interpretado da seguinte forma: "o que não é expressamente proibido é permitido". Mas uma tal interpretação não é nem necessária, nem apropriada. Ao contrário, parece ser mais apropriado compreender o enunciado "o que não é proibido é permitido" da seguinte forma: "o que não é expressa ou tacitamente proibido é permitido". A partir dessa interpretação, esse enunciado é válido também em sistemas normativos abertos no que diz respeito à exploração da normação. Ele expressa que, em um sistema normativo livre de contradições, uma ação deve ser sempre qualificada ou como proibida ou como permitida. Um problema adicional é suscitado por qualificações normativas retrospectivas. Mas também nesse ponto deve ser dito que toda ação deve ser qualificada, por um sistema jurídico livre de contradições S, no momento *t*, apenas ou como proibida ou como permitida. Embora aquele que entende serem possíveis qualificações normativas retrospectivas possa afirmar que a ação *t*, até o momento *t*, era permitida por S e que, depois do momento *t*, passou a ser qualificada por S como proibida, ele não pode afirmar que ela, em um mesmo momento, por meio do mesmo sistema jurídico, era qualificada tanto como permitida quanto como proibida. Portanto, ele terá que aceitar  $\neg(O \rightarrow P \wedge P)$ , do qual decorre  $\neg O \rightarrow P \rightarrow P$ .

em uma permissão *explícita*: no segundo, em uma permissão *implícita*. Normas de direitos fundamentais são, na medida em que por meio delas algo é permitido, *normas permissivas explícitas*.

O conceito de norma permissiva sempre suscitou problemas. Sua formulação clássica pode ser encontrada em Kant: "Uma ação que não seja nem obrigatória nem proibida é meramente permitida, porque, em relação a ela, não há nenhuma lei restritiva da liberdade (competência) e, portanto, também nenhum dever (...). Seria possível perguntar (...) se, para que alguém seja livre para fazer ou se abster segundo lhe aprouver, é necessária, além da lei mandatória (*lex praeceptiva*, *lex mandati*) e da lei proibitiva (*lex prohibitiva*, *lex vetiti*), também uma lei permissiva (*lex permissiva*)".<sup>138</sup> Uma resposta clara a essa pergunta pode ser encontrada em Thon. Segundo ele, a norma permissiva é "um enunciado completamente inútil e supérfluo".<sup>139</sup> O ordenamento jurídico cria "direito apenas por meio da imposição de deveres e proibições".<sup>140</sup> Permissões não seriam nada mais que a ausência de proibições. Direitos consistiriam apenas de deveres e proibições, os quais protegeriam a realização do que não é nem obrigatório, nem proibido.<sup>141</sup> Contra essa tese da superfluidade das normas permissivas são suscitadas objeções, especialmente no que diz respeito às normas de direitos fundamentais. Normas de direitos fundamentais permissivas são normas de hierarquia constitucional, ou seja, normas do mais alto nível hierárquico. Normas proibitivas e normas mandatórias de nível inferior, que proíbem ou obrigam algo que as normas de direitos fundamentais permitem fazer ou deixar de fazer, são a elas *contrárias*, e, por isso, inconstitucionais. Nesse sentido, no âmbito da

138. Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, p. 223.

139. August Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar: Böhlau, 1878, p. 292. Semelhante é a concepção de Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, pp. 172 e ss. Segundo Raz, a norma permissiva é aceitável somente se ela estabelecere exceções a normas mandatórias e proibitivas. Cf. também Hans Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre*, 2ª ed., Einstdedeln: Benziger, 1948, p. 109 — o qual encara a norma permissiva como algo "juridicamente sem importância".

140. August Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, p. 288.

141. No âmbito dos direitos fundamentais essa concepção é defendida por Schwabe: "A permissão é, como já mencionado, objetivo e objeto protegido da pretensão de abstenção, mas não é uma categoria normativa independente. Portanto, ela não pode ser parte do direito fundamental subjetivo" (Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, p. 46).

estrutura escalonada do ordenamento jurídico, as normas de direitos fundamentais permissivas têm a importantíssima função de estabelecer “os limites do dever-ser”<sup>142</sup> em relação às normas de nível inferior. Essa função não pode ser realizada por meio da mera ausência de normas mandatórias ou proibitivas. Ela pode, contudo, ser realizada por meio de normas permissivas de proteção, ou seja, por meio de normas que proíbem ao Estado ordenar ou proibir determinadas ações, e por meio de normas negativas de competência, que retiram do Estado a competência para ordenar ou proibir determinadas ações. No entanto, esse tipo de normas permissivas de proteção não autoriza que se fale de uma contradição de uma norma infraconstitucional mandatória ou proibitiva em relação a uma norma de direito fundamental permissiva. Em relação a elas é possível falar apenas de uma violação, por parte do criador da norma, da norma proibitiva a ele endereçada, bem como de uma extrapolação de competência. Mas por que se deveria renunciar a falar em contradições entre normas infraconstitucionais mandatórias e proibitivas e normas constitucionais permissivas? A esse argumento teórico soma-se ainda um argumento prático. Da perspectiva do titular de um direito fundamental as normas de direitos fundamentais apresentam-se, dentre outras, como normas que outorgam permissões. A partir de uma perspectiva orientada pela compreensão geral e pelo uso comum da linguagem, parece ser plausível supor a existência de normas constitucionais permissivas. Embora isso não seja um argumento conclusivo a favor de uma construção dogmática, sua vinculação ao argumento teórico exposto acima cria uma fundamentação suficiente para que a existência de normas constitucionais permissivas no âmbito dos direitos fundamentais não seja considerada nem sem sentido, nem supérflua.

## 2.2.2 Liberdades protegidas

A posição da liberdade jurídica não-protetida, que nada mais é que a permissão de fazer algo e a permissão de se abster de fazê-lo, não inclui, em si, uma proteção por meio de normas e direitos garan-

tadores de liberdade. No caso das liberdades jurídicas não-protetidas de nível constitucional, contudo, isso não significa uma desproteção total. Como foi demonstrado acima, são inconstitucionais as normas infraconstitucionais que ordenam ou proíbem algo que uma norma de direito fundamental permite fazer ou deixar de fazer. Contudo, a proteção constitucional da liberdade não se limita a isso. Ela é constituída por um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida. Se uma liberdade está associada a um tal direito e/ou norma, então, ela é uma *liberdade protegida*.

### 2.2.2.1 Sobre a estrutura básica da proteção

A estrutura da proteção das liberdades é mais simples nas relações entre iguais. Tanto o comerciante *a* quanto o comerciante *b* são livres para conquistar *c* como comprador. No entanto, nenhum deles tem, em face do outro, um direito a que o outro não frustrar seus esforços, por meio de múltiplas ações, como, por exemplo, por meio de melhores ofertas. Eles não estão, contudo, desprotegidos no exercício de sua liberdade. Assim, para atrapalhar as ações de *a*, *b* não pode matá-lo ou feri-lo ou, ainda, praticar atos de concorrência desleal. Nesse contexto, Hart fala de um “perímetro protetor” que, nos ordenamentos jurídicos, circunda cada liberdade em maior ou menor grau.<sup>143</sup> Um tal perímetro protetor deve ser distinguido da proteção – *de igual conteúdo* – de uma liberdade. Uma proteção de igual conteúdo ocorreria se *a* tivesse, em face de *b*, um direito a que este não o atrapalhasse na conquista de *c* como comprador. Liberdades que são protegidas exclusivamente por um perímetro protetor são liberdades protegidas *indiretamente*.

Liberdades que são protegidas por uma proteção substancialmente equivalente são liberdades protegidas *diretamente*. Tanto a proteção indireta quanto a proteção direta podem ocorrer seja por meio de normas que conferem direitos subjetivos (proteção subjetiva), seja por meio de normas que não conferem direitos subjetivos (proteção objetiva). Há, portanto, quatro tipos básicos de liberdade protegida.

<sup>142</sup> Christiane Weinberger/Ota Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, p. 115.

<sup>143</sup> H. L. A. Hart, “Benham on legal rights”, pp. 180 e ss.

## 2.2.2.2 Sobre a proteção das liberdades fundamentais

Toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado. Toda liberdade fundamental que existe em relação ao Estado é protegida, no mínimo, por um direito, garantido diretamente e subjetivamente, a que o Estado não embarce o titular da liberdade e subjuntamente para o qual ele é constitucionalmente livre. Se se com- binam liberdade e proteção no conceito de liberdade protegida, então, esse tipo de liberdade protegida é composto pela associação entre uma liberdade não-protegida e um direito ao não-embarço de ações.<sup>144</sup> O direito ao não-embarço e um direito a uma ação negativa. Aos direitos a ações negativas correspondem proibições dessas ações. Proteções por meio de proibições podem ser chamadas de "proteções negativas". Quando se fala em direitos fundamentais como "direitos de defesa", quer-se, em geral, fazer referência aos direitos, contra o Estado, a ações negativas que protegem liberdades fundamentais. Esses direitos estão ligados à competência para questionar judicialmente sua violação. Quando se juntam essas três posições — uma liberdade jurídica, um direito contra o Estado a um não-embarço e uma competência para questionar judicialmente a violação desse direito —, é possível falar em um direito negativo de liberdade em face do Estado que seja totalmente desenvolvido.

Uma proteção positiva de uma liberdade em face do Estado surge da combinação de uma liberdade com um direito a uma ação positiva. O conceito de proteção positiva é pouco problemático quando se trata de coisas como a proteção contra terceiros por meio de normas do direito penal. Os problemas surgem nos casos de direitos a prestações, como, por exemplo, subvenções. Se, em ambos os casos, se trata de tornar factivamente possível ao portador da liberdade aquilo que a ele é permitido e, nesse sentido, juridicamente possível, então, existe uma coincidência estrutural. Essa coincidência estrutural justifica, a despeito do uso ordinário da linguagem, chamar de proteção da liberdade também a ligação entre uma liberdade e um direito a uma prestação

144. A estrutura dessa espécie de liberdade protegida pode ser representada por:

(1)  $LasHa \wedge Ras$  (— embarça s ( $Haf-Hra$ )).

O enunciado (1) deve ser lido da seguinte forma:

(2) A  $a$  é facultado, em relação ao Estado ( $s$ ), realizar  $h$ , e  $a$  tem, em face do Estado, um direito a que este não o embarce em relação à alternativa de ação  $h$ - $h$ .

em sentido estrito, a qual torna possível o real gozo daquilo que é facultativo. Com isso ainda não se toma partido acerca da existência e da eventual extensão de normas sobre proteções positivas na Constituição alemã.<sup>145</sup>

## 3. Competências

### 3.1 Questões terminológicas

Os direitos a algo e as liberdades representam apenas uma parcela das posições que são chamadas de "direitos". Um terceiro e não menos importante grupo é constituído pelas posições que são designadas por termos ou expressões como "poder" ou "poder jurídico"<sup>146</sup> (*power*),<sup>147</sup> "competência"<sup>148</sup> (*competence*),<sup>149</sup> "autorização",<sup>150</sup> "capacidade",<sup>151</sup> "direito formativo"<sup>152</sup> e "capacidade jurídica".<sup>153</sup> As posições que pertencem a esse grupo serão aqui chamadas de "competências". A escolha desse termo justifica-se porque os outros candidatos são todos eles menos adequados. "Poder" ou "poder jurídico" apontam para algo fático, "capacidade" está muito próxima da permissão, "direitos formativos" são apenas um segmento do âmbito das competências e "capacidade jurídica" seria adequada, mas é um termo muito trabalhoso.<sup>154</sup>

145. Cf., a esse respeito, Capítulo 9, IV.

146. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, p. 82.

147. Jeremy Bentham, *Of Laws in General*, pp. 80 e ss.; Wesley N. Hohfeld, "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", p. 36.

148. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, pp. 153-154.

149. Alf Ross, *Directives and Norms*, p. 119; Georg H. v. Wright, *Norm and Action*, p. 192.

150. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, pp. 150 e ss.

151. Klaus Adomeit, *Rechtstheorie für Studenten*, p. 49; Manfred Moritz, *Über Hohfelds System der juristischen Grundbegriffe*, Lund: CWK Gleerup, 1960, p. 85.

152. Klaus Adomeit, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, Berlin: Duncker & Humblot, 1969, pp. 7 e ss.

153. Alois v. Binz, *Lehrbuch der Pandekten*, v. 1, 2ª ed., Erlangen: Deichert, 1873, p. 211; Ernst R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Parte 2, p. 50; Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 48.

154. Uma desvantagem do conceito de competência (*Kompetenz*) é a facilidade de confundir-lo com a competência no sentido organizacional (*Zuständigkeit*). Essa última é definida por Wolff da seguinte forma: "A competência no sentido organiza-

### 3.2 Competência e permissão

Competências existem tanto no direito público quanto no direito privado.<sup>155</sup> Assim, tanto a celebração de um contrato ou de um casamento quanto a promulgação de uma lei ou a edição de um ato administrativo são o exercício de uma competência.<sup>156</sup> O que é comum a esses casos é o fato de que, por meio de determinadas ações do titular ou dos titulares da competência, uma situação jurídica é alterada. A alteração de uma situação jurídica por meio de uma ação pode ser descrita de duas formas diversas. Ela pode ser descrita como a criação de *normas* individuais ou gerais,<sup>157</sup> as quais sem essa ação não seriam válidas; mas ela pode ser também descrita como *alteração das posições* jurídicas dos sujeitos de direito submetidos à norma.<sup>158</sup>

O conceito de competência deve ser claramente distinguido do conceito de permissão.<sup>159</sup> Ainda que uma ação que seja o exercício de

cional é, portanto, o *dever* e a *legitimidade*, fundados em enunciados jurídicos organizacionais e atos jurídicos complementares, de/para tratar de determinados assuntos de uma entidade organizacional, em geral de determinadas formas e maneiras" (Hans J. Wolff/Otto Bachof, *Verwaltungsrecht*, II, 4ª ed., München: Beck, 1976, p. 15 – sem grifos no original). Desse conceito de competência ele diferencia um conceito de "competência em sentido estrito", que consiste em *capacidades*, as quais são fundamentadas por meio de *autorizações*. Como exemplo ele utiliza a autorização para dispor e regulamentar (idem). A distinção proposta por Wolff não é muito clara, especialmente no que diz respeito a seu conceito de legitimação. Ainda assim, é possível afirmar que a competência em sentido estrito de Wolff corresponde, em linhas gerais, ao conceito de competência aqui utilizado. Já a sua competência no sentido organizacional é algo que consiste essencialmente de deveres e permissões para o exercício de tarefas, bem como de proibições dirigidas a outras entidades organizacionais em relação ao exercício da mesma tarefa. Como "competência" (*Kompetenz*) Wolff não denomina nem uma nem outra, mas o "objeto do dever de exercício, ou seja, da tarefa a ser realizada" (idem). Essas definições conceituais, de um autor tão preocupado com a precisão, fazem com que fique clara a ambiguidade do conceito de competência, que só pode ser enfrentada por meio de uma análise dos conceitos jurídicos fundamentais.

155. Uma sistematização ainda hoje interessante pode ser encontrada em Alois v. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, pp. 214 e ss.

156. Cf., nesse sentido, H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, pp. 27 e ss.; Alf Ross, *Directives and Norms*, pp. 130 e ss.

157. Nesse sentido, cf. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, p. 42.

158. Cf. Lars Lindahl, *Position and Change*, p. 193, que, com precisão, fala da "dinâmica" da teoria das posições jurídicas".

159. Cf., a respeito, Alois v. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, p. 211; Wesley N. Hohfeld, "Some fundamental legal conceptions", p. 58. Tentativas de compreender o conceito de competência com o auxílio do conceito de permissão podem ser

uma competência seja, em geral, também permitida,<sup>160</sup> uma ação que seja meramente a realização de algo permitido não é, por si só, o exercício de uma competência, o que é perceptível pela diversidade de ações permitidas que não implicam alteração de uma situação jurídica.<sup>161</sup> A diferença entre as permissões e as competências manifesta-se também em suas negações. A negação de uma permissão é uma proibição; a negação de uma competência, uma não-competência.<sup>162</sup>

A permissão nada adiciona à capacidade de ação, que existe independentemente dela. É igualmente possível fumar e não fumar, independentemente de ela. É igualmente possível fumar e não fumar, independentemente de Georg H. v. Wright, *Norm and Action*, pp. 192-193; Lars Lindahl, *Position and Change*, pp. 212 e ss. Cf. também Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 639: "Capacidade e 'permissão' são, portanto, (...) conceitualmente coincidentes".

160. Mas ela pode também ser proibida. Isso é válido ao menos quando se trata de uma proibição relativa, ou seja, de um dever, em face de outros sujeitos de direitos específicos, de não realizar essa ação (cf., a respeito, Ernst R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Parte 2, p. 50). Já a relação entre a competência e a proibição absoluta é problemática. Em geral, no caso de uma proibição absoluta parece ser conveniente retirar daquele atingido pela proibição a competência correspondente. Mas isso não precisa necessariamente ocorrer. Nesse sentido, o Superior Tribunal Federal (STF) considerou válido um contrato sobre medicamento medicamentoso embora sua comercialização violasse a lei sobre produtos farmacêuticos (BGH, NJW 68, 2.286). Também o § 134 do Código Civil alemão pressupõe que uma competência e uma proibição que diga respeito ao seu exercício possam coexistir: "Um negócio jurídico que contrarie uma proibição legal é nulo, se da lei não se depreender algo diverso". Um exemplo clássico da coexistência entre uma proibição e uma competência era a proibição de casamento para os casos em que um dos cônjuges tivesse mantido relações sexuais com parentes do outro (§ 4, 2, da Lei 16 do Conselho de Controle – lei sobre matrimônio –, de 20.2.1946 (ABIKR., p.77)), sobre a qual o Tribunal Constitucional Federal observou: "o matrimônio celebrado em contrariedade com a proibição é válido desde o início" (*BVerfGE* 36, 146 (148, 160)).

161. Isso fica especialmente claro no caso de ações não-proibidas que, realizadas por uma outra pessoa ou sob outras circunstâncias, juristicamente exercem o exercício de uma competência. Cf. Ernst R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Parte 2, p. 54: "Embora seja certo que, de acordo com nossas leis, os contratos celebrados por incapazes não se vinculam, mesmo que o incapaz tenha pretendido gerar tais efeitos jurídicos, não se pode afirmar que a ele é proibido celebrar contratos, que não pode acelar empréstimos, que não pode prometer restituição, que uma tal promessa seria ilegal". No mesmo sentido, Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 47: "Não seria correto afirmar que ao incapaz não é permitido celebrar um contrato, na verdade, ele não é capaz de fazê-lo, já que, não importa o que ele faça, disso não decorre um contrato".

162. Cf. Klaus Adomeit, *Rechtstheorie für Studenten*, p. 49.

dentemente do fato de uma ou outra ação ser permitida ou proibida. Mas normalmente alguém fuma somente se fumar for permitido, e não proibido e associado a sanções legais. Mas se, apesar da proibição, essa pessoa fuma, a ação que ela realiza é a mesma que realizaria se fumar fosse permitido – a única diferença consiste no fato de que no primeiro caso a ação é uma ação proibida. Completamente diferentes são as coisas nos casos de competências. Como Jellinek afirmava, elas são as coisas que competem, “à capacidade de ação do indivíduo, algo (...) competências acrescem, “à capacidade de ação do indivíduo, algo (...) que ele por natureza não possui”. “O indivíduo pode manter as relações sexuais que quiser, mas elas convertem-se em casamento somente sob as condições estabelecidas pelo direito objetivo; não importa que vertem em testamento com base nas previsões legais. Aqui a liberdade natural encontra seus limites. Pois todas as disposições que dizem respeito à validade de atos e de negócios jurídicos estabelecem uma *capacidade jurídica* conferida expressamente pelo ordenamento jurídico. Essa capacidade encontra-se em nítido contraste em relação àquilo que é simplesmente permitido”.<sup>163</sup>

### 3.3 *Competência e capacidade fática*

O critério da alteração da situação jurídica é adequado para a distinção entre a competência e a permissão, mas é inadequado para a distinção entre a capacidade fática e a competência. Nem toda ação por meio da qual se produz uma alteração de posições jurídicas pode ser considerada como exercício de uma competência. Quando *a* realiza um ato delituoso contra *b*, tanto a posição de *a* quanto a de *b* são modificadas. A partir desse momento, *a* está obrigado, em face de *b*, a compensá-lo pelos danos, e *b* tem, também a partir daquele momento, um direito correspondente contra *a*. No entanto, a realização do ato delituoso não é considerada como o exercício de uma competência.<sup>164</sup>

163. Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 47.

164. Cf. Ernst R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Parte 2, p. 50. A tentativa de Hohfeld de definir o conceito de “poder” (*power*) com o auxílio do conceito de “controle volitivo” (*volitional control*) deve ser, por essa razão, rejeitada (cf. Wesley N. Hohfeld, “Some fundamental legal conceptions”, p. 51). Quando Hislop afirma: “A, ao assaltar B, tem o poder legal de criar uma *pretensão* de reparação para B, mas esse *poder* está vinculado com o dever de não ser usado”

### 3.4 *Exercícios de competência como ações institucionais*

Um problema central do conceito de competência é, portanto, o de responder à questão sobre como diferenciar as ações que são o exercício de uma competência das ações que, ainda que alterem situações jurídicas, não constituem o exercício de uma competência. A resposta é: ações que constituem o exercício de uma competência são *ações institucionais*. Ações institucionais são ações que podem ser realizadas não somente em razão de capacidades naturais; elas pressupõem a existência de regras que lhes são constitutivas.<sup>165</sup> O exemplo clássico de regras constitutivas são as regras do jogo de xadrez. Sem essas regras poder-se-ia fazer referência apenas a movimentos de figuras em um tabuleiro, mas não a “lances” ou a um “xeque-mate”. Semelhante é o caso de uma promessa. Sem as regras que lhe são constitutivas, uma manifestação como “eu lhe prometo que (...)” poderia ser interpretada como uma informação acerca de uma intenção ou como um predição de um comportamento futuro, mas não como promessa. O contrário a essas regras constitutivas, que criam a possibilidade de uma determinada ação, são as regras regulativas, que se referem a ações que são possíveis independentemente dessas mesmas regras.<sup>166</sup>

(D. J. Hislop, “The Hohfeldian system of fundamental legal conceptions”, p. 64), ele utiliza o conceito de poder (*power*) no sentido de uma capacidade fática de produzir consequências jurídicas, não no sentido de uma competência. A tentativa de encontrar uma definição do conceito de competência por meio do conceito de capacidade fática no âmbito de um sistema formal pode ser encontrada, por exemplo, em Frederic B. Fitch, “A revision of Hohfeld’s theory of legal concepts”, pp. 273 e ss. Cf. também Manfred Moritz, *Über Hohfelds System der juristischen Grundbegriffe*, p. 102, o qual, também em relação a uma ação delituosa, faz menção a uma “capacidade” no sentido de uma competência.

165. Cf., a respeito, John R. Searle, *Speech Acts*, pp. 33 e ss.; John L. Austin, “Performative utterances”, in, do mesmo autor, *Philosophical Papers*, 2ª ed., London: Oxford University Press, 1970, pp. 233 e ss.; Alf Ross, *Directives and Norms*, pp. 53 e ss.; Neil MacCormick, “Law as institutional fact”, pp. 105 e ss., o qual, ao invés de ações institucionais, fala de “fatos institucionais”. John L. Austin (*How to do Things with Words*, p. 19) utiliza a expressão “atos convencionais”.

166. John R. Searle, *Speech Acts*, p. 33. Também essas ações podem ser descritas fazendo-se referência a uma regra. Isso ocorre, por exemplo, quando uma determinada ação é descrita como “assassinato”. Essa ação continua a ser o que é mesmo sem o § 211 do Código Penal alemão; sua qualificação como assassinato é apenas uma dentre as inúmeras formas possíveis de descrição geral de uma ação natural, a qual foi escolhida para, por meio do estabelecimento de uma norma, transformá-la em uma ação proibida e associar a ela uma consequência jurídica.

O mesmo vale para o âmbito do direito. Quem interpreta o comportamento de duas pessoas como uma celebração de contrato ou o comportamento de um grupo de pessoas como um ato legislativo pres-supõe regras que tornam as ações naturais ou sociais observáveis em ações jurídicas.<sup>167</sup> Essas regras jurídicas constitutivas serão aqui denominadas "normas de competência".<sup>168</sup> A elas são contrapostas as normas de conduta. As *normas de competência* criam a possibilidade de atos jurídicos e, por meio deles, a capacidade de alterar posições jurídicas. As *normas de conduta* não criam alternativas de ação que, sem essas normas, seriam impossíveis; elas apenas qualificam ações, ao estabelecer obrigações, direitos a algo e liberdades.

Já houve diversas tentativas de reduzir as normas de competência a normas de conduta, ou de reduzir a modalidade jurídica da competência às permissões, deveres e proibições. Essas tentativas podem ser divididas em dois grupos. No primeiro grupo estão os esforços em se considerar como sanção a não-satisfação de normas de competência — em geral, a nulidade ou anulabilidade da norma produzida —, para depois, então, encarar a satisfação das normas de competência como um dever de evitar essa sanção. Essa perspectiva, que para algumas questões pode até mesmo ser adequada, não consegue captar o caráter constitutivo das normas de competência. No caso das normas de conduta enquanto regras regulativas há um comportamento que, em primeiro lugar, pode existir sem a existência da regra e que, em segundo lugar, é qualificado por meio da norma como obrigatório, proibido ou permitido e, eventualmente, associado a uma sanção. A conduta que é possível independentemente da norma poderia não ter, sem ela, a característica de ser obrigatória, proibida ou permitida e não teria, em vários casos, nomes como "lesão corporal", "constrangimento" etc., os quais são utilizados para associá-la a uma sanção; mas essa conduta não é, com a existência da norma, diferente do que seria sem ela,

167. Cf., nesse ponto, Alf Ross, *Directives and Norms*, pp. 56-57.

168. Uma outra expressão, tão adequada quanto, seria "norma autorizadora"; cf. Klaus Adomeit, *Rechtstheorie für Studenten*, pp. 48 e ss. As normas de competência podem ser subdivididas em normas que estabelecem quem tem determinada competência (normas sobre o titular da competência), normas que regulam o procedimento do exercício de competências (normas procedimentais de competência) e normas que definem os objetos da competência (normas substanciais de competência). A respeito, cf. Alf Ross, *Directives and Norms*, p. 130.

com a exceção de que, com a existência, ela passa a ter as características de obrigatoria, proibida ou permitida e passa a ser designada como "lesão corporal", "constrangimento" etc. No caso das normas de competência, por causa de seu caráter constitutivo, a situação é muito diferente. Sem as regras do processo legislativo seria possível que, em uma assembleia, ocorresse a ação física de levantar os braços; seria também possível que essa ação fosse interpretada como a manifestação de uma vontade; mas ela não seria um ato de legislação.<sup>169</sup> A diferença entre normas de conduta e normas de competência é especialmente clara nos casos de seu descumprimento. O descumprimento de uma norma de competência não implica a ilegalidade, mas a nulidade ou a deficiência do ato. Se uma conduta que é o descumprimento de uma norma de competência é, ainda assim, classificada como ilegal, isso ocorre porque se pressupõe que, ao lado da norma de competência, há uma norma de conduta que obriga o correto exercício da competência.

Mais importante que o primeiro é o segundo grupo de tentativas de redução. A ele pertencem os esforços de conceber todos os fatos naturais ou sociais que constituem o suporte fático da norma de competência como pressupostos para a validade das normas de conduta. Ross expressa isso da seguinte forma: "Normas de competência são logicamente redutíveis a normas de conduta, na seguinte forma: normas de competência fazem com que seja obrigatório agir de acordo com as normas de conduta, as quais foram criadas de acordo com o procedimento por elas prescrito".<sup>170</sup> Essa redução é possível,<sup>171</sup> mas com ela se perde algo essencial para o sistema jurídico.<sup>172</sup> A posição do titular da competência deixa de ser compreendida. Essa posição é, contudo, de importância fundamental, pelo menos para os sistemas jurídicos desenvolvidos.<sup>173</sup> Nem a estrutura escalonada do ordenamen-

169. Para um desenvolvimento desse argumento, cf. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, pp. 34-35.

170. Alf Ross, *Directives and Norms*, p. 118.

171. As objeções de Hart contra tentativas de redução do segundo grupo apóiam-se sobretudo no fato de que "o direito sem sanção é perfeitamente concebível" (H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 38). Essa objeção não atinge a versão aqui considerada. Ela prescinde do conceito de sanção.

172. Cf. Klaus Adomeit, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, p. 19.

173. Hart designa a introdução de competências legislativas e judiciais como um "avanço tão importante para a sociedade quanto a invenção da roda" (H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 41).

to jurídico nem a autonomia privada podem ser representadas adequadamente por um modelo que se limita a desenvolver cadeias de pressupostos para deveres, proibições e permissões. Sem o conceito de competência, ou algo equivalente, seria apenas possível descrever as posições de um cidadão como o destinatário de deveres, proibições e permissões (relacionais e não-relacionais), mas não como um legislador privado (*private legislator*).<sup>174</sup> Sua competência privada para a conformação do direito seria compreensível apenas como uma possibilidade fática para desencadear consequências jurídicas por meio de alguma conduta. Com isso, perder-se-ia de vista aquilo que diferencia a competência da mera possibilidade de desencadear consequências jurídicas por meio de alguma ação delitosa.

A tese reducionista é procedente a partir de outra perspectiva. O conteúdo normativo de uma competência é idêntico à classe dos deveres, proibições e permissões (relacionais e não-relacionais) que são possíveis de acordo com ela.<sup>175</sup> Da mesma forma que a introdução de modalidades relacionais em nada altera a unidade do dever-ser e apenas implica uma qualificação desse dever-ser como dever-ser relacional, também a introdução do conceito de competência em nada altera esse cenário. O conceito de dever-ser recebe apenas uma qualificação adicional: a de *dever-ser possível*.

### 3.5. Competência, sujeição, não-competência, não-sujeição

Uma competência é a posição criada por uma norma de competência. Aqui será examinada apenas a posição que um sujeito de direito (a) tem quando ele pode alterar a posição jurídica de outro sujeito de direito (b) sem que, para isso, sejam necessárias ações de outros sujeitos.<sup>176</sup> O fato de a poder alterar a posição jurídica de b significa que a, por meio de um ato seu, pode criar uma posição jurídica de b, a

174. Cf. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 40.

175. Os possíveis deveres, proibições e permissões baseados em uma competência  $K_1$  incluem não apenas os deveres, proibições e permissões diretamente possíveis, mas também os indiretamente possíveis. Um dever é indiretamente possível de acordo com  $K_1$ , se, de acordo com  $K_1$ , uma outra competência  $K_2$  puder ser fundamentada e o dever for possível de acordo com  $K_2$ . Em tese, a cadeia de subcompetências é limitada.

176. O principal exemplo de uma competência para cujo exercício é necessária uma ação de outro sujeito de direito é a competência para celebrar um contrato.

qual, em iguais circunstâncias, não existiria sem esse ato. Nesse sentido, a posição de a pode ser descrita da seguinte forma:

(1) a tem, em face de b, a competência para criar uma posição jurídica  $RP$  de b.

Se, em correspondência com a relação triádica dos direitos, se utiliza  $K$  como o operador triádico de competência e  $RPb$  como enunciado sobre a posição de b, então (1) pode ser representado como:

(2)  $Kab (RPb)$ .

$RP$  pode simbolizar uma posição jurídica de qualquer natureza, como, por exemplo, uma simples obrigação não relacional ( $ObG$ ), um direito a algo ( $KabG$ ) ou uma liberdade ( $LibG$ ), mas pode simbolizar também competências de nível inferior ( $K'bc (RPc)$ ).

Da mesma forma que ocorre nos casos de direitos a algo, também no caso das competências é possível construir relações conversas. A relação conversa à competência será chamada de *sujeição*.<sup>177</sup> Se a tem, diante de b, a competência para alterar uma posição jurídica de b, b encontra-se, em face de a, e no que diz respeito a essa posição, em uma relação de sujeição, e vice-versa. Se se utiliza  $S$  para representar a relação de sujeição, então, vale:

(3)  $Kab (RPb) \leftrightarrow Sba (RPb)$ .

Duas outras posições são obtidas se se negam  $Kab (RPb)$  e  $Sba (RPb)$ :

(4)  $\neg Kab (RPb)$

simboliza um enunciado segundo o qual a não tem, em face de b, uma competência em relação a  $RPb$ . Essa posição deve ser denominada de *não-competência*.

(5)  $\neg Sba (RPb)$

representa um enunciado segundo o qual b, em face de a e em relação a  $RPb$ , não se encontra em uma relação de sujeição. Essa posição deve ser denominada de *não-sujeição*. Seguindo o esquema de Hohfeld, as quatro posições apresentadas podem ser sistematizadas da seguinte forma:

177. Cf., sobre isso, Alf Ross, *Directives and Norms*, pp. 119 e 132. Hohfeld fala em *liability* (Wesley N. Hohfeld, "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", p. 36).

IV.	<i>Kab (RPb)</i> (competência)	↔	<i>Sba (RPb)</i> (sujeição)
	↖		↗
	↖ (não-competência)	↔	↗ (não-sujeição) <sup>178</sup>

### 3.6 Direitos fundamentais e competências

O conceito de competência é imprescindível para a compreensão da estrutura dos direitos fundamentais. Isso vale tanto em relação às competências do cidadão quanto em relação às competências do Estado.

#### 3.6.1 Competências do cidadão

Não há dúvidas de que existem competências do cidadão que gozam de proteção no âmbito dos direitos fundamentais. O legislador violaria uma norma de direito fundamental se revogasse as competências para contrair matrimônio, criar associações, adquirir propriedade ou manifestar disposições testamentárias. Isso não diz ainda muita coisa acerca do papel das competências no âmbito das posições de direitos fundamentais. Para poder avaliá-lo com mais exatidão, é necessário determinar a relação das competências com os direitos a algo e as liberdades. Instrutiva é a decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre a lei de transações imobiliárias, de 1969.<sup>179</sup> A lei sobre transações sobre a lei de transações imobiliárias, de 1969.<sup>179</sup> A lei sobre transações imobiliárias restringe a competência para a *live* alienação e aquisição de propriedades rurais e florestais. Enquanto o tribunal havia deixado em aberto, em uma decisão anterior, se a competência para a *acquisitio* de propriedade — ele falava de “liberdade de aquisição” — era protegida pelo art. 14, § 1º, da Constituição alemã,<sup>180</sup> na decisão de 1969 ele in-

cluiu a competência para alienar propriedades na proteção do art. 14, o que tem como consequência o fato de que para a revogação de determinadas competências — como a de alienar livremente propriedades rurais e florestais — seja exigida uma justificação. Aqui interessa apenas o fato de que, com isso, se aceita a existência de um direito fundamental *prima facie*<sup>181</sup> a uma competência. Esse direito tem a estrutura do direito à não-eliminação de uma posição, exposto anteriormente. É interessante como o tribunal fundamenta esse direito a uma competência: “Essa capacidade é também um componente elementar da liberdade de ação no âmbito da ordenação da propriedade. Por isso, uma proibição de alienação é uma das intervenções mais graves nesse âmbito de liberdade dos cidadãos”.<sup>182</sup> Imediatamente antes dessa passagem, afirma que o art. 14, § 1º, 1, da Constituição alemã garante “a propriedade privada como um instituto jurídico”. E acrescenta: “Essa garantia assegura um conjunto básico de normas, que definem a propriedade no sentido desse dispositivo de direito fundamental”. Com isso, o direito a uma competência é associado tanto ao conceito de garantia de institutos quanto ao conceito de liberdade.

O núcleo dogmático da teoria da garantia de institutos, criada por Martin Wolff,<sup>183</sup> desenvolvida por Carl Schmitt<sup>184</sup> e recepcionada pelo Tribunal Constitucional Federal,<sup>185</sup> é uma proibição, endereçada ao legislador, contra a eliminação ou a alteração substancial de determinados institutos jurídicos de direito privado. Institutos jurídicos de direito privado são complexos de normas formados essencialmente por normas de competência. Portanto, a garantia de institutos é, sobretudo, uma proibição, endereçada ao legislador, contra a eliminação de determinadas competências dos cidadãos. Se a essa proibição não corresponde nenhum direito, então, a proteção é (meramente) *objetiva*. A teoria das garantias de institutos restringe-se à alegação de que existe

181. Sobre o conceito de direito fundamental *prima facie*, cf. Capítulo 3, 1.5, e, no mesmo Capítulo, II.3.1.

182. *BVerfGE* 26, 215 (222).

183. Cf. Martin Wolff, “Rechtsverfassung und Eigentum”, in *Berliner Juristischen Fakultät (Org.), Festgabe für W. Kahl*, Tübingen: Mohr, 1973, pp. 5-6.

184. Cf. Carl Schmitt, “Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung”, in Carl Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin: Duncker & Humblot, pp. 160 e ss.

185. Cf., por exemplo, *BVerfGE* 6, 55 (72).

178. Cf. Wesley N. Hohfeld, “Some fundamental legal conceptions”, pp. 36 e 50 e ss. Hohfeld utiliza os conceitos *power* (competência), *liberty* (sujeição), *disability* (não-competência) e *immunity* (não-sujeição). Uma terminologia próxima à aqui utilizada pode ser encontrada em Ross: *competence* (competência), *subjectum* (sujeição), *disability* (não-competência) e *immunity* (não-sujeição). Cf. Alf Ross, *Directives and Norms*, p. 119.

179. *BVerfGE* 26, 215.

180. *BVerfGE* 21, 73 (76-77).

uma tal proteção objetiva. Se a proibição correspondem direitos dos cidadãos, então, a proteção é (também) *subjektiva*. Na medida em que o Tribunal Constitucional Federal aceita a existência de um direito *prima facie* à não-eliminação da competência para alienar propriedades, decorrente do art. 14, § 1º, da Constituição alemã, ele subjektiviza um pouco mais a proteção do instituto jurídico. Em que extensão a proteção de institutos jurídicos de direito privado deve ser subjektivizada por meio do reconhecimento de direitos a competências é algo que será analisado mais adiante.<sup>186</sup>

Quanto mais individualista for uma teoria normativa dos direitos fundamentais, mais direitos a competências ela reconhecerá. A razão para isso está na relação entre liberdade e competência. Como já se salientou, o tribunal afirma, na decisão mencionada: "Essa capacidade é também um componente elementar da liberdade de ação no âmbito da ordenação da propriedade".<sup>187</sup> Acima foi mencionada a tese de Jellinek segundo a qual competências jurídicas acrescem, "à capacidade de ação do indivíduo, algo (...) que ele por natureza não possui".<sup>188</sup> Isso expressa o ponto central para a relação entre liberdade e competência: por meio do reconhecimento de competências, a margem de ação do indivíduo é expandida. Uma expansão das competências do indivíduo significa — desde que se pressuponha que o exercício da competência não é nem obrigatório, nem proibido — um aumento da sua liberdade jurídica. Por essa razão, o não-reconhecimento ou a eliminação de uma competência é um obstáculo para a liberdade — e, sem dúvida, um obstáculo especialmente eficaz. Ele faz com que o objeto da liberdade (realizar ou não realizar o ato jurídico) seja eliminado por razões *correlativas*. A liberdade jurídica de realizar um ato jurídico pressupõe necessariamente a competência para fazê-lo.

A relação entre a competência e a liberdade jurídica é interessante também em outro ponto. Enquanto nos casos de garantia de uma liberdade jurídica, ou seja, quando se permite que algo seja realizado ou deixe de ser realizado, o ordenamento jurídico comporta-se de forma passiva em relação às alternativas de ação, ele se comporta de forma ativa no caso da garantia de uma competência: ele cria uma alternativa de

ação. O reconhecimento de competências, sejam elas de direito privado (por exemplo: aquisição da propriedade), sejam elas de direito público (por exemplo: direito de votar), é apenas uma das três formas por meio das quais o ordenamento jurídico pode ativamente ampliar a margem de ação — e, com isso, a liberdade negativa — de um indivíduo. As outras duas são a criação de normas de proteção, sobretudo aquelas do direito penal, que zelam para que terceiros não embarquem o exercício de alternativas de ação, e a concessão de direitos a prestações positivas em sentido estrito, que devem assegurar a possibilidade fática do exercício de alternativas de ação. Na medida em que o direito ativamente cria liberdades, ele cria também sempre — direta ou indiretamente — não-liberdades. O exercício de competências leva à imposição de obrigações, não-direitos e não-competências; normas de direito penal que asseguram liberdades excluem a liberdade jurídica de se fazer aquilo que elas protegem; e a satisfação de direitos a prestações sociais pressupõe que o Estado retire de outros os meios necessários para tanto, o que restringe sua liberdade fática de ação. É certo que isso em nada altera o fato de as liberdades ativamente criadas serem liberdades, mas suscita a questão acerca da *correta* distribuição das liberdades.

### 3.6.2 Competências do Estado

O contraponto à competência do cidadão é a competência do Estado ou de seus órgãos. Neste ponto, as normas de direitos fundamentais entram em jogo como normas negativas de competência.<sup>189</sup> Uma norma negativa de competência é uma norma que restringe uma norma positiva de competência.<sup>190</sup> É possível também dizer que normas

189. Sobre a classificação das normas de direitos fundamentais como normas negativas de competência, cf., por exemplo, Horst Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, Karlsruhe: Müller, 1961, pp. 29 e ss.; do mesmo autor, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", *VVDStRL* 20 (1963), pp. 89 e ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, § 291; Friedrich Müller, *Die Einheit der Verfassung*, p. 142; Jürgen Schwab, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, p. 291; Peter Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", p. 135; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", p. 1.530.

190. Os problemas que podem surgir a partir da classificação das normas de direitos fundamentais como normas negativas de competências podem ser percebidos na seguinte manifestação de Goehlich: "direitos fundamentais como liberdades são capacidades originárias; as competências, por sua vez, são capacidades derivadas da

186. Cf. Capítulo 9, III.5.1.

187. *BVerfGE* 26, 215 (222).

188. Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 47.

negativas de competência introduzem cláusulas de exceção nas normas positivas de competência. Dessa forma, elas colocam o Estado em uma posição de não-competência, e o cidadão em uma posição de não-sujeição. É possível indagar se é necessário falar nesses tipos de posição e, por conseguinte, em normas negativas de competência. Quando o cidadão se encontra em uma posição constitucional de não-sujeição diante do Estado, ele tem sempre um direito a que o Estado não atue no âmbito da não-sujeição. A esse direito corresponde uma proibição, dirigida ao Estado, de agir no âmbito de sua não-competência, definido pelas normas de direitos fundamentais. Contudo, não é apenas possível e não-prejudicial falar de normas negativas de competência e, por conseguinte, de não-sujeições e não-competências, mas é também conveniente. Caso contrário seria possível explicar apenas de forma incompleta a deficiência de atos de criação normativa que se encontram no âmbito de uma não-competência. Em um primeiro momento eles seriam apenas classificados como proibidos. A definição teria que ser interpretada como a consequência jurídica não de uma extrapolação de competência, mas de uma violação de uma proibição. Caso se aceitem tanto uma norma proibitiva quanto uma norma negativa de competência, é possível explicar, com a ajuda da primeira, a qualificação como proibida e, com a ajuda da segunda, a qualificação como deficiente.

### III — O DIREITO FUNDAMENTAL COMPLETO

Até este ponto o que interessava eram as posições de direitos fundamentais na sua expressão individual. Quem fala de um direi-

to de ordem democrática e federal. Como 'normas negativas de competência', os direitos fundamentais não seriam primariamente liberdades, mas apenas direitos subjetivos a capacidades demarcadas, ou seja, como competências, eles seriam determinados apenas de forma negativa, não a partir de sua substância" (Helmut Goerlich, *Grundrechte als Verfahrungsgarantie*, p. 20). Mas por que deveriam os direitos fundamentais (normas de direitos fundamentais), enquanto normas negativas de competência (garantir) "apenas direitos subjetivos a capacidades demarcadas"? Enquanto normas negativas de competências, eles restringem a competência do Estado. Na medida em que o fazem, eles colocam o titular do direito fundamental na posição de não-sujeição (cf., acima, II.3.5). Essa posição é tudo menos uma "capacidade demarcada". Na verdade, dentro dos limites da norma negativa de competência, ela é caracterizada pela não sujeição do titular da posição a deveres e proibições, isto é, por sua liberdade.

to fundamental, como do direito à vida ou da liberdade de expressão, normalmente não quer fazer menção a uma posição individual, mas ao direito fundamental completo. Mas o que é um direito fundamental completo? A resposta mais simples seria aquela segundo a qual um direito fundamental completo é um feixe de posições de direitos fundamentais. Permanece, no entanto, a questão acerca daquilo que faz com que as posições individuais se unam em um direito fundamental. Aqui também a resposta mais simples seria: sua atribuição a uma disposição de direito fundamental. As posições jurídicas sempre correspondem normas que as reconhecem. Nesse sentido, a *união* de um feixe de posições em um direito fundamental equivale à atribuição de um feixe de normas a uma disposição de direito fundamental. Com isso, no entanto, é contemplado somente um dos aspectos de um conceito inteiramente desenvolvido de direito fundamental completo, como se verá a seguir.

Para complementar o cenário, é recomendável uma breve olhada em um exemplo. Em razão da diversidade de posições a que nela se faz referência, um bom exemplo é a decisão da Lei Provisória sobre o Ensino Superior Integrado na Baixa Saxônia.<sup>191</sup> No que diz respeito aos cidadãos, fala-se em três posições de espécies diferentes: uma *liberdade jurídica* para realizar atos no âmbito científico,<sup>192</sup> um direito a que o Estado não embarace os atos no âmbito científico,<sup>193</sup> ou seja, um *direito a uma ação negativa* do Estado que garanta essa liberdade jurídica (direito de defesa), e um *direito a uma ação positiva* do Estado que proteja essa mesma liberdade. Esse último direito tem um papel central na decisão, e o tribunal o resume com as seguintes palavras: "Ao indivíduo titular do direito fundamental do art. 5º, § 3º, surge, a partir de uma decisão valorativa, um direito àquelas medidas estatutais, também de caráter organizacional, que sejam imprescindíveis para a proteção de sua esfera de liberdade constitucionalmente protegida, porque só a partir dessas medidas é que se torna possível a atividade

191. *BVerfGE* 35, 79. A respeito, cf. Andreas Sartler, "Die Pflicht des Gesetzgebers zum Erlass von Vorschriften über die Organisation von Hochschulen", in Hans Schneider *et al.* (Orgs.), *Im Dienst am Recht und Staat: Festschrift für Werner Weber*, Berlin: Duncker & Humblot, 1974, pp. 325 e ss.

192. *BVerfGE* 35, 79 (112-113).

193. *Idem*.

científica livre".<sup>194</sup> Nessa citação a formulação do direito está ligada à sua fundamentação. De início, interessa aqui apenas o direito. O que é digno de nota é a forma como são descritas as ações estatais que constituem seu objeto. A descrição insere as ações estatais em uma relação meio-fim.<sup>195</sup> O titular do direito fundamental tem um direito a uma ação estatal, que é "imprescindível para a proteção de sua esfera liberdade constitucionalmente protegida". Difícilmente seria possível pressar melhor o fato de que se trata de uma proteção positiva subjetiva<sup>196</sup> de uma liberdade.

No que diz respeito ao Estado, o tribunal formulou, em um nível abstrato, o dever de, "por meio de adequadas estruturas universitárias livres, garantir aos titulares do direito individual do art. 5º, § 3º, da Constituição alemã tanta liberdade na sua atividade científica quanto for possível levando-se em consideração as tarefas da universidade e os interesses dos diferentes titulares de direitos fundamentais que nela atuam".<sup>197</sup> Esse dever expressa com clareza o *caráter principiológico* das normas de direitos fundamentais. Chega-se à concretização de mencionado direito a uma ação positiva por meio da formulação de *deveres definitivos* relativamente específicos para o Estado. Nesse sentido, estabelece-se, em primeiro lugar, o dever de considerar a especial posição dos professores universitários na organização da liberdade científica.<sup>198</sup> No que diz respeito à docência, isso é concretizado por meio de um dever de influência determinante, e, no que diz respeito à pesquisa, por meio de uma influência decisiva.<sup>199</sup> No nível diretamente ligado ao caso foram estabelecidas proibições que se referem às relações majoritárias e aos procedimentos decisórios nos órgãos colegiados das universidades, bem como a composição dos grupos neles representados.<sup>200</sup> Tais proibições, como, por exemplo, a que veda que professores universitários sejam voto minoritário em comis-

194. *BVerfGE* 35, 79 (116).

195. O tribunal fala expressamente em uma "conexão causal entre normas organizacionais (...) e interferências no livre exercício da pesquisa e da docência" (*BVerfGE* 35, 79 (120)).

196. Cf., neste Capítulo, II.2.2.2.

197. *BVerfGE* 35, 79 (123-124).

198. *BVerfGE* 35, 79 (126-127).

199. *BVerfGE* 35, 79 (131-132).

200. *BVerfGE* 35, 79 (139 e ss.).

sões julgadoras de concursos, têm um caráter de regra<sup>201</sup> que não poderia ser mais claro.

Esses poucos exemplos já demonstram o quão abrangente e multifacetado é aquilo que se pode reunir no conceito de *direito fundamental completo*. As normas e posições mencionadas podem ser divididas a partir de três perspectivas: (1) de acordo com as posições de que se trate no sistema de posições jurídicas fundamentais; (2) segundo seu grau de generalidade; e (3) segundo se trate de posições com caráter de regra ou de princípio ou, respectivamente, de posições definitivas ou *prima facie*. Entre essas normas e posições existem relações das mais variadas. Três relações, que extrapolam a simples coexistência no feixe de posições, são facilmente diferenciáveis: uma relação de especificação, uma relação meio-fim e uma relação de sopesamento. Um exemplo de *relação de especificação* é aquela entre a liberdade jurídica de se fazer tudo aquilo "que deve ser interpretado, segundo seu conteúdo e sua forma, como uma tentativa séria e planejada para se atingir a verdade" e a liberdade de escolha do enfoque do problema e dos princípios da metodologia científica.<sup>202</sup> Uma *relação meio-fim* já foi mencionada de passagem acima. Com frequência desempenha ela um papel decisivo, sobretudo nos casos de normas de organização e de procedimento. Relações de maioria não têm, em si, uma ligação direta com atividades de pesquisa, mas elas podem ter efeitos nessas atividades. Para mencionar mais um exemplo: não informar um candidato, em um exame estatal para estudantes de Direito, acerca das conseqüências de seus atos durante a prova oral não tem, por si só, relação com a escolha e com o exercício da profissão daquele que está sendo examinado, mas pode ter efeitos neles.<sup>203</sup> Uma grande parte das discussões sobre direitos fundamentais como garantias de procedimento<sup>204</sup> diz respeito à incorporação de posições procedimentais no direito fundamental completo, por meio de uma relação meio-fim. Mas mais interessante que as anteriores é a *relação de sopesamento*. Ela pode desempenhar um papel no âmbito da relação de especificação, na fundamentação de uma definição de significado e também no âm-

201. *BVerfGE* 35, 79 (145).

202. *BVerfGE* 35, 79 (113).

203. Cf. *BVerfGE* 52, 380 (388 e ss.).

204. Cf., com diversas referências, Helmut Goerlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Baden-Baden: Nomos, 1981.

bito de uma relação meio-fim, na identificação e na exclusão de fins ou, ainda, na exclusão de meios. Mas ela pode também existir fora dessas relações. A relação de sopesamento consiste na relação – que corresponde à lei de colisão – entre uma posição *prima facie* e uma posição definitiva. Para se passar de uma para a outra é necessário estabelecer a relação da posição *prima facie* com outras posições *prima facie* e com princípios que não dizem respeito a posições jurídicas individuais, mas a interesses coletivos. Na decisão mencionada o Tribunal Constitucional Federal expressa isso com as seguintes palavras: “Contudo, o dever estatal de realizar um grau possível de liberdade científica encontra os limites naturais que resultam da confluência das pretensões de diversos titulares de direitos fundamentais e da consideração de outros interesses significativos da comunidade”.<sup>205</sup>

Se se parte do pressuposto de que o grau de generalidade não é razão favorável ou contrária à inclusão de uma posição no direito fundamental completo, então, há quatro coisas que podem ser chamadas de “direito fundamental completo”: (1) um feixe de posições definitivas; (2) um feixe de posições definitivas, incluindo as relações que existem entre elas; (3) um feixe de posições definitivas e *prima facie*; e (4) um feixe de posições definitivas e *prima facie*, incluindo as relações que existem entre elas. Já foi demonstrado acima que as normas de direitos fundamentais têm um duplo caráter, o que significa, entre outras coisas, que às disposições de direitos fundamentais podem ser atribuídos tanto regras quanto princípios.<sup>206</sup> Isso significa que no feixe que constitui o direito fundamental completo se incluem tanto posições definitivas quanto posições *prima facie*. Incluir nele as relações nas quais as posições se encontram reciprocamente é algo não apenas possível e não-prejudicial, mas também necessário, se se pretende construir um conceito teoricamente interessante de direito fundamental completo, ou seja, um conceito cujo conteúdo é mais que a simples reunião aditiva de posições. Um direito fundamental completo é, por essa razão, um feixe de posições definitivas e *prima facie*, relacionadas entre si por meio das três formas apresentadas e que são atribuídas a uma disposição de direito fundamental.

205. BVerfGE 35, 79 (122).

206. Cf. Capítulo 3, II.3.3.

Um direito fundamental completo desse tipo é algo fundamentalmente diverso do direito fundamental completo que é constituído somente por uma conjunção de posições definitivas. Este tem um caráter estático; aquele, um caráter dinâmico. Um é o resultado provisório de um processo decisório e argumentativo, que se localiza fora do direito fundamental; o outro inclui exigências que extrapolam esse resultado e, por isso, colide com outros direitos fundamentais e com princípios que dizem respeito a interesses coletivos e, dessa forma, está necessariamente ligado com seu ambiente normativo. Além disso, ele contém razões para sua própria posição definitiva. Em um a decisão valorativa da qual fala o Tribunal Constitucional Federal<sup>207</sup> é algo internalizado na forma de princípios; no outro a decisão valorativa é algo externo.

O direito fundamental completo é algo bastante complexo, mas em hipótese alguma um objeto inescrutável. Ele é composto de elementos de estrutura bem definida – das posições individuais dos cidadãos e do Estado –, e entre essas posições há relações claramente definíveis – as relações de especificação, de meio-fim e de sopesamento. Isso não significa que não pode haver polêmica acerca daquilo que faz parte do direito fundamental completo. A polêmica acerca daquilo que faz parte do direito fundamental completo tem seu contraponto na polêmica acerca de que normas devem ser atribuídas às disposições de direitos fundamentais como normas de direitos fundamentais. Assim, com base no dever formulado pelo Tribunal Constitucional Federal segundo o qual o Estado não deve criar apenas meios organizacionais, mas também pessoais e financeiros, para o “livre desenvolvimento da ciência”,<sup>208</sup> é possível chegar a deveres concretos muito distintos. É possível também ser ainda mais radical e pôr em dúvida que um tal dever deva ser atribuído ao art. 5º, § 3º, 1.ª da Constituição alemã, e afirmar que ao Estado é permitido, mas não obrigatório, cuidar do bom funcionamento das instituições acadêmicas; ele poderia deixar o fomento da ciência totalmente nas mãos da iniciativa privada, cuja ação ele não poderia embarçar. Isso faz com que fique claro que no âmbito do questionamento acerca do que faz parte do direito fundamental completo todos os problemas da interpretação dos direitos fundamentais vêm à tona.

207. Cf. BVerfGE 35, 79 (114, 116).

208. BVerfGE 35, 79 (115).