

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**FACULDADE DE DIREITO**

DIREITO E SITUAÇÃO:

FENOMENOLOGIA SITUACIONAL DO DIREITO E AS SITUAÇÕES

JURÍDICAS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Monografia apresentada por Rodrigo Moreto Cubek, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, sob orientação do Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel e co-orientação do Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior.

Curitiba  
2.002

## TERMO DE APROVAÇÃO

**RODRIGO MORETO CUBEK**

o

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela banca examinadora.

Orientador:

  
Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR.

Co-orientador:

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR.

  
Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Carmem Lúcia Silveira Ramos  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR.

  
Prof. Ms. Sérgio Seleme  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR.

Curitiba, 21 de novembro de 2.002

“Filosofia, pobre de ti! Jurisprudência, medicina, e tu também, triste teologia!... tanto que vos estudei, e tão a fundo, cheio de ardor e paciência, para agora aqui estar, pobre louco, tão sábio quanto antes. Intitulo-me, é certo, de Mestre, de Doutor, e há dez anos que arrasto os meus alunos atrás de mim. Mas sei bem que nada podemos conhecer!... E é isso que me faz ferver o sangue! Sei mais, é verdade, do que quantos parvos, e doutores, e mestres, e escritores, e monges há por esse mundo fora! Escrúpulos e dúvidas deixaram de me atormentar! Nada receio, por parte do diabo ou do inferno; mas em troca perdi toda a alegria. Não creio que saiba realmente algo de bom, nem que alguma coisa possa ensinar aos homens para os converter e tornar melhores. Também não possuo quaisquer bens, dinheiro, honras ou domínios neste mundo: um perro, por tal preço, desdenharia desta vida! Só o que me resta, doravante, é entregar-me à magia. Oh! se a força do espírito e da palavra me desvendassem os segredos que ignoro, se nunca mais me visse constrangido a confessar, penalizado, que nada sei; se, enfim, pudesse conhecer tudo o que o mundo em si oculta e, sem mais me prender com palavras vãs, ver o que a natureza contém de secreta energia e de semente eterna!”

*Monólogo de Fausto, pronunciado antes de aceitar a companhia de Mefisto, na primeira versão da famosa obra de Johann Wolfgang von Goethe*

## SUMÁRIO

PALAVRAS INTRODUTÓRIAS	01
PRIMEIRA PARTE -- A DELIMITAÇÃO DO TERRITÓRIO	07
CAPÍTULO PRIMEIRO -- BREVE EXCURSO SOBRE AS REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS ACERCA DOS DIREITOS SUBJETIVOS: A DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO	21
SEGUNDA PARTE -- OS ALICERCES DO EDIFÍCIO	29
CAPÍTULO SEGUNDO -- UMA OPÇÃO PRELIMINAR: O CONCEITO DE NORMA JURÍDICA	50
CAPÍTULO TERCEIRO -- A SITUCIONALIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS E A NORMA CONCRETA SITUACIONAL	57
TERCEIRA PARTE -- OS CONTORNOS DO EDIFÍCIO	83
CAPÍTULO QUARTO -O ÍTER DE FORMAÇÃO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS	84
CAPÍTULO QUINTO -- A TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA A PARTIR DAS TEORIZAÇÕES DE TORQUATO CASTRO	98
QUARTA PARTE -- A VISUALIZAÇÃO DA CIDADE: OUTROS EDIFÍCIOS PARA COMPARAÇÃO	113
CAPÍTULO SEXTO -- UMA TIPOLOGIA DAS DIFERENTES <i>TEORIAS DA SITUAÇÃO JURÍDICA</i>	114
CONSIDERAÇÕES FINAIS	137
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	141
ÍNDICE	143

## RESUMO

Perplexos, *sitiados em sua situação*, não é raro que os estudiosos do direito civil contemporâneo vislumbrem as maravilhas e as mazelas de um *sempre* admirável mundo novo. Nos tempos contemporâneos, já rotulados, entre tantas coisas, como pós-modernos, muitas são as demandas por respostas. Igualmente, muitas são as respostas apresentadas. É necessário, porém, identificar aquele conjunto ínfimo de respostas que permite soluções minimamente adequadas. Despretensiosamente, o presente estudo, nos seus restritos limites e possibilidades, ousa realizar uma travessia conceptual no resgate de mais uma resposta, quase ignorada pelo direito civil brasileiro: aquela oferecida pelo conceito de *situação jurídica*. O território das reflexões sobre a situacionalidade do fenômeno jurídico opõe-se ao vazio abstracionista próprio das noções correntes de sujeito de direito, direito subjetivo e relação jurídica, cunhadas, há muito tempo, na ruptura individualista moderna. A modernidade, ao separar, com uma navalha, fatos concretos e conceitos abstratos, permitiu a formação de uma falsa imagem do fenômeno jurídico, absolutamente descomprometida com a complexidade do homem concreto e de suas relações. O transcurso, com vistas à compreensão da noção, cambiou da obra dos poucos autores brasileiros que se debruçaram sobre o tema, como o brilhante Torquato Castro, Professor Catedrático na Escola do Recife, profundamente influenciado pelo pensamento de Pontes de Miranda, na direção do necessário além-mar *sem limites*, para compreender as reflexões conduzidas, dentre muitos outros, por António Menezes Cordeiro e José de Oliveira Ascensão, em Portugal, Laurent Leveneur, na França, Karl Larenz, na Alemanha, e Emilio Betti, Guido Alpa, Santoro Passarelli e Pietro Perlingieri, na Itália. Se as respostas encontradas ao longo da presente travessia são adequadas, apenas a potencialização da reflexão sobre a noção de situação jurídica pelos estudiosos do direito civil brasileiro permitirá concluir. O certo é que, ainda e sempre, como dizia o poeta já há séculos, *navegar é preciso!*

## PALAVRAS INTRODUTÓRIAS

Lembro-me de tudo, exatamente, como se fosse hoje. Eu ainda estava no meu segundo ano do curso -- já se vão quatro anos, portanto -- e apresentava os resultados parciais alcançados com a minha pesquisa "*O Ambiental, o Urbano e o Jurídico: Apontamento sobre a Função Ambiental da Propriedade Privada Urbana*," desenvolvida pelo Conselho Nacional de Pesquisa/CNPq, no Evento de Iniciação Científica da Universidade Federal do Paraná/EVINCI, na versão de 1.999. Preocupado em expor minhas conclusões sobre a relação entre o *direito de propriedade* e o *meio ambiente*, fui surpreendido pela Banca Examinadora com uma questão para a qual eu não possuía resposta. Um professor de cujos nome e face realmente não me recordo, mas a quem muito agradeço, questionou-me sobre uma *possível* compreensão da propriedade a partir da perspectiva da *teoria da situação jurídica*. Como eu nem sabia a resposta, nem sequer possuía qualquer noção ainda que vaga sobre o tema das situações jurídicas, obriguei-me a iniciar, já em 1.999, ao menos um esboço da pesquisa que resta consignada neste texto.

Principiando a busca, verifiquei que, definitivamente, eu não era o único que desconhecia a noção de *situação jurídica*. Todos os livros que eu folheava à procura de uma resposta voltavam-se a tantos e tão diversos temas, sem porém enunciar uma linha que fosse sobre o conceito. Porém, a cada livro que eu encontrava sobre o assunto muito raramente, por sinal, mais evidente restava para mim a riqueza e o potencial explicativo da noção de *situação jurídica*. Assim, não tive dúvidas: com vistas a compreender a noção de *situação jurídica*, deixei de lado a

minha pesquisa sobre o direito proprietário, consciente de que o novo conceito que eu passava a estudar lançaria inúmeras luzes sobre a matéria.

Em minha pesquisa sobre a “*função social da propriedade*” sempre me chamou a atenção, nos livros em que eu estudava, a capacidade dos autores para a defesa de *discursos* caracterizados por feições nitidamente *políticas* apregoando a necessidade de *novos contornos proprietários*, sem esboçar qualquer preocupação com a demonstração técnico-jurídica de identificação e delimitação dessas *novas propriedades*. Acredito que a visualização das *propriedades* como *situações jurídicas* constitui inegável avanço. A noção de *situação jurídica* permite evidenciar o caráter elástico e plural das *novas propriedades*.

Certamente, a maior das dificuldades que encontrei na realização desta travessia foi, justamente, a busca pelo material bibliográfico. Inúmeros foram os livros folheados para que, aos pouquinhos, este trabalho viesse a ser escrito. Outra dificuldade foi a absoluta ausência de uniformidade conceptual entre os autores que tratam do tema. Não raro, para cada autor, havia uma estrutura teórica absolutamente distinta, de modo a fazer-me questionar se, realmente, existia uma correspondência entre as diferentes acepções empregadas pelos estudiosos. A noção de situação jurídica não me parecia um *objeto* a ser pesquisado, mas *inúmeros objetos*: um para cada autor.

Nesta travessia, no exame dos inúmeros autores, uma feliz surpresa: descobrir que o Brasil quase sempre tão alheio a tudo, incrivelmente, estava no ápice das reflexões sobre o tema, como concluí após a leitura do único trabalho completamente dedicado ao tema no país, à exceção deste, ora apresentado ao leitor. A nação lá havia sido colocada pelo brilhante Torquato Castro, Professor Catedrático de Direito Civil na Universidade Federal de

Pernambuco, cujo pensamento é de riqueza e consistência ímpares. A absoluta ausência de reflexão entre os demais autores do direito civil havia sido compensada pela qualidade dos estudos de um só civilista.

Acredito na importância deste trabalho, pois sei que ele se encontra em uma via das reflexões sobre o direito grandemente esquecida: trata-se de uma pesquisa voltada à compreensão de uma das *teorias clássicas do direito civil*. Observo, entre os estudiosos, um interesse patente em temas de *suposta novidade*<sup>1</sup>, tantas vezes *rotulados* das mais diversas formas: *críticos, pós-modernos, contemporâneos, etc.* Não é nesta via que se encaminham nem este estudo, nem este estudioso. Em outro sentido, empenhei-me aqui no resgate de um *conceito* esquecido e não suficientemente conhecido pelo direito civil brasileiro. Assim, trata-se de um trabalho de índole precipuamente conceptual. Sei, porém, do risco que corro ao empreender uma jornada científica conceptual: com ar de menosprezo, a atitude científica da academia, não raro, será de indagar das *aplicações práticas* da pesquisa, auscultando, às vezes intimamente e de forma não declarada, as suas potencialidades de mobilização política.

Não se está, porém, a afirmar que a pesquisa que engendrou a redação do texto que ora se apresenta ao leitor não possua importante viés prático. Bem ao contrário, acredito, até mesmo, ser difícil imaginar outro tema com tamanha implicação prática para o direito civil além da *teoria da situação jurídica*. Acredito que a importância *prática* desta *teoria* pode ser compreendida a partir do exame da chamada *crise do direito civil*.

---

<sup>1</sup> Quem sabe, até mesmo, expressão de um retorno ao “*mito do progresso*,” imputado como característico da *modernidade*, mas frequentemente encontrado também na atitude daqueles que afirmam dela ser críticos.



Não são raras as vozes que se levantam no direito civil contemporâneo para apontar para a existência de uma verdadeira crise. Em *uma possível* interpretação do fenômeno, pode-se valer das duas possibilidades de significação atribuídas ao termo grego *krisis*: (i) *convulsão* e (ii) *juízo*. A primeira dimensão da crise tem sido suficientemente compreendida pelos estudiosos. Inúmeros são os trabalhos científicos para asseverar que os modelos do *longínquo início do século XX* não servem mais para apreender a realidade jurídica contemporânea. Às vezes, em uma verdadeira *catarse crítica*, apontam para a completa inadequação de todos os referenciais sujeito de direito, direito subjetivo, etc sem esboçar qualquer preocupação construtiva ou ter a coragem de empunhar uma *proposta substitutiva*. Tais juristas se esquecem, portanto, da segunda dimensão da *crise*: *se é certo que o direito civil está em 'convulsão,' é o momento de realizar-se um 'juízo.'* Para além de asseverar que o direito civil contemporâneo *não serve*, deve-se esboçar preocupação com a construção de referenciais teóricos que *servem*. Assim, insta salientar que acredito que a *teoria da situação jurídica serve* para compreender a realidade crítica positivada contemporânea da civilística. Na crise do caos contemporâneo, há uma luz na escuridão: *a teoria da situação jurídica*.

A realidade positivada do direito civil atual é caótica. E o caos resultou dos seguintes processos: (i) séculos sem a preocupação com um adequado aprimoramento científico do direito civil legaram uma imensidão de diplomas legislativos, de difícil identificação, anteriores ao Código Civil de 1.916, mas ainda em vigor, uma vez que dispõem sobre matérias que não foram reguladas pelas codificações supervenientes como exemplo, cito a Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1.850, também chamada de Lei de Terras, cujos dispositivos concernentes às

*terras devolutas*, segundo o entendimento doutrinário majoritário, ainda continuam vigendo ; (ii) a edição do Código Civil de 1.916, imbuído de uma pretensão de completude normativa e perenidade; (iii) o *big bang* da *codificação decimonónica*,<sup>2</sup> decorrente da edição de inúmeros diplomas legislativos, regulando matérias nela não previstas; (iv) a formação de *microssistemas* de direito, dotados, até mesmo, de *subprincípios informativos* próprios; (v) a promulgação da Constituição Federal de 1.988, com inúmeras implicações na civilística; e (iv) a emergência do novo Código Civil, neste ano de 2.002.

Como se demonstrará ao longo do trabalho, a *teoria da situação jurídica* aqui subscrita permite a conversão do *caos* em *ordem*. Neste sentido, ao longo deste texto, será exposto o caminho *lógico* percorrido pelo direito, desde a ocorrência dos fatos que conformam o *problema* ou *caso concreto*, até a produção de uma *situação jurídica*, que nada constitui além de uma das dimensões da *resposta* concedida pelo ordenamento jurídico ao *problema* apresentado.

Aos meus vinte e dois anos de idade, neste período tão conturbado em que escrevo minha monografia de conclusão de curso, chama-me a atenção o ardor com que os estudiosos do direito civil dedicam-se à crítica dos chamados “*paradigmas*”/“*epistemes*”/“*metanarrativas*” considerados clássicos e, portanto oriundos de um tempo passado longínquo que “*não nos pertence*.” Há algo porém que salta aos meus olhos com maior intensidade que referido fenômeno: observar, na redação das obras recentes do direito civil brasileiro o quanto as *teorias e noções clássicas* são tão pessimamente compreendidas e relegadas à condição de *segundo plano* e não de *fundamento*.

---

<sup>2</sup> Este termo é utilizado por Ricardo Luis Lorenzetti, no seu **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1.998.

Nesta verdadeira *guerra de trincheiras* que constitui o *pano de fundo* do *aparelhamento* da ciência do direito civil brasileiro processo pelo qual a ciência do direito civil deixa de ser um *espaço para o exercício da reflexão e da sinceridade* e passa a ser vislumbrada como um *espaço de luta* (Contra quem? Quem é o inimigo? A favor de quem?), o direito civil *propriamente* é a maior vítima. As teorias clássicas são *substituídas* por *slogans* dotados de um maior potencial de mobilização. Neste sentido, constitui verdadeira prova contumaz do que digo o fato de que, neste país repleto de estudos de direito civil sobre *descodificação, constitucionalização, repersonalização e pós-modernidade*, apresentados como verdadeiras *chaves explicativas da atualidade*<sup>3</sup> ou quiçá *panacéias*, o trabalho ora oferecido ao leitor constitua o segundo estudo completamente voltado à temática das *situações jurídicas*, considerada basilar e indispensável entre os estudiosos europeus.

*“Por uma inevitável e trágica compensação, quanto menos um homem é apto a enxergar o mundo, mais assanhado fica de transformá-lo – de transformá-lo à imagem e semelhança da sua própria escuridão interior.”*

Olavo de Carvalho

*Breve nota:* A pesquisa preliminar realizada, em muito transcende a monografia de conclusão de curso agora apresentada. Incompleta, esta monografia constitui tão-somente o texto que este aluno pode, por ora, desenvolver, em meio a inúmeras outras atribuições pertinentes à formatura. Ressalvo, porém, que, no futuro, aprimorarei as considerações aqui consignadas.

Rodrigo Moreto Cubek

---

<sup>3</sup> Tomo emprestada a expressão utilizada por Judith Martins-Costa para referir-se à *pós-modernidade*, no seu **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.000, p. 470, nota de rodapé n.º 72.

## **PRIMEIRA PARTE**

### **A DELIMITAÇÃO DO TERRITÓRIO**

## CAPÍTULO PRIMEIRO

### BREVE EXCURSO SOBRE AS REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS ACERCA DOS DIREITOS SUBJETIVOS: A DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO

No aludido território da *crise* instaurada no direito civil brasileiro, faz-se necessário delimitar o objeto de reflexão do presente estudo. A investigação realizada neste trabalho possui como objeto conceitos que, sem exagero algum, podem ser considerados verdadeiros fundamentos do direito civil brasileiro. Seja em função da sua importância basilar, seja, correlatamente, da usual ausência, por parte dos civilistas, da concessão da atenção por eles merecida, tais conceitos podem, sem erro, ser considerados também os fundamentos da crise.

Além disso, uma reflexão sobre a fundamental noção de direito subjetivo tem a utilidade de constituir uma verdadeira introdução ao estudo das situações jurídicas. Insta noticiar que, ao principiar a redação deste trabalho, cogitou-se abordar a indispensável temática dos direitos subjetivos em momento ulterior, quando já estivessem assentados na cabeça do leitor os fundamentos concernentes às situações jurídicas. Então, após compreendida a noção de situação jurídica, poder-se-ia compreender o direito subjetivo enquanto uma espécie de situação jurídica. Opera-se, aqui, porém, a redação em sentido inverso. Uma reflexão preliminar sobre o conceito de direito subjetivo possui a função didática de realizar a ponte entre o arcabouço conceitual vigente e aquele em construção.

A trajetória das reflexões sobre o direito subjetivo não é uniforme. Bem ao contrário, ao longo do tempo, assume sentidos diversos, privilegiando, a cada momento, valores distintos. Ora a disciplina jurídica concede máximo enfoque à liberdade do sujeito, traduzindo-se tal fenômeno na supremacia da vontade individual como fundamento da noção de direito subjetivo. Ora impera uma preocupação com o aprimoramento da técnica jurídica, fazendo com que a ancoragem do conceito seja deslocada do primado da vontade para as reflexões sobre a noção de interesse. Como constitui quase uma regra geral dentre as teorias jurídicas, não faltam propostas conciliatórias, às vezes, até mesmo, pretendendo contornar problemas insuperáveis de modo absurdo. Em verdade, como adiante restará evidente, no percurso realizado pelos estudiosos do direito civil, a noção de situação jurídica possuirá enorme relevância no aprimoramento conceitual dos direitos subjetivos.

## **1. Os referenciais de António Menezes Cordeiro**

António MENEZES CORDEIRO,<sup>4</sup> estudioso fundamental para a redação desta exposição concernente aos direitos subjetivos, aborda, de forma bastante elucidadora, a temática da origem do conceito e das diversas transformações ocorridas ao sabor do tempo e dos autores. Saliente-se que o jurista possui êxito na tarefa de conciliação das noções de situação jurídica e direito subjetivo de modo consistente. Sobretudo, tendo em vista esse fato, adotou-se os seus ensinamentos como referenciais para este trabalho. Nesse sentido, os direitos subjetivos seriam situações jurídicas enquadradas na categoria de *compreensivas*,

naquele sentido peculiar de *construídas pela história e pela cultura jurídicas*.<sup>5</sup> Aponta o autor para a relevância e atualidade do debate acerca da noção de direito subjetivo, tendo em vista a sua relação fundamental com todo o direito civil.

Para a compreensão da temática, tal como está inserida no pensamento de António MENEZES CORDEIRO,<sup>6</sup> deve-se esclarecer um conceito bastante utilizado pelo autor: *vetor do direito civil*. *Vetores do direito civil* seriam elementos de elaboração na ordem significativo-ideológica, responsáveis por implicações fundamentais do ponto de vista prático. Assim, no debate em questão, observa-se o cotejamento de importantes *vetores do direito civil*, tais como a *vontade* e a *liberdade*. Para além da mera formulação conceptual, a discussão encerraria opção de filiação a grandes *vetores* que permeiam o direito civil e, no mais das vezes, exteriorizam-se em aspectos muito diferenciados da seara.

## 2. Os romanos e o medievo

Principiando a narrativa histórica, António MENEZES CORDEIRO<sup>7</sup> afirma o desconhecimento da noção de direito subjetivo pelos romanos. No lugar hodiernamente ocupado pela noção de direito subjetivo, estava a *ação*, de índole processual. Isto é, da pessoa que detivesse uma posição favorável em relação a uma particular proteção do direito, dizia-se que dispunha de uma *ação*. Assim, a *ação* seria a possibilidade de obter uma injunção junto a um magistrado, de modo a

---

<sup>4</sup> MENEZES CORDEIRO, António. **Teoria Geral do Direito Civil**, 1.º vol, 2.ª ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1.994. p. 161-289

<sup>5</sup> *Op. cit.* p. 181

<sup>6</sup> *Op. cit.* p. 183

<sup>7</sup> *Op. cit.* p. 183

habilitá-lo à tomada de medidas concretas, na hipótese de verificação dos fatos alegados.

Segundo o jurista português,<sup>8</sup> a gênese do direito subjetivo teria ocorrido no medievo, a partir de reflexão sobre a noção referida de ação, própria do sistema processual dos romanos. Em um verdadeiro exercício de abstração, isolou-se a posição substantiva de sua correspondente ação no campo processual, de modo a identificar o *direito* pertinente ao *sujeito*.

Aos teóricos do jusnaturalismo, atribui António MENEZES CORDEIRO<sup>9</sup> a elevação da noção de direito subjetivo a uma posição de *relevo ideológico*, deixando de ser apenas um *expediente técnico*. Nessa perspectiva, determinados *direitos* impor-se-iam ao Estado, cabendo-lhe apenas o reconhecimento. Tais *direitos* seriam inatos a todas as pessoas, tão-somente por serem pessoas. Os jusnaturalistas referem-se, desse modo, a duas modalidades de *direitos*, cujo diferencial relaciona-se justamente a serem eles inatos ou não: (i) originais e (ii) adquiridos.

### 3. O primado da vontade

Segundo António MENEZES CORDEIRO,<sup>10</sup> Friedrich K. von SAVIGNY, profundamente influenciado pelo jusnaturalismo, constituiria o referencial teórico inicial na construção da noção de direito subjetivo, tal qual a ciência civilística contemporânea a compreende. O autor alemão possuía uma intensa preocupação

---

<sup>8</sup> *Op. cit.* p. 184

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> *Op. cit.* p. 188



na edificação de um sistema teórico integrado, apto a captar a essência histórico-cultural da seara civilística. Em seu entendimento, a noção de *vontade humana* constituiria o fundamento dos direitos e das relações jurídicas civis, motivo pelo qual deveria ser colocado no núcleo do sistema de direito civil. Nesse sentido, ao conceituar o direito subjetivo como um *poder da vontade*, SAVIGNY permite o reconhecimento de um espaço de liberdade independente de qualquer vontade distinta daquela do sujeito titular.

No aprimoramento conceptual dos estudos de SAVIGNY, importante participação possuiu Georg Friedrich PUCHTA,<sup>11</sup> lembrado sempre por sua *pirâmide conceptual*, paradigmática para o movimento teórico conhecido por *Jurisprudência dos Conceitos*. Para PUCHTA, o direito subjetivo constituiria o *reconhecimento da liberdade jurídica pessoal* e possuiria como objeto a *sujeição das pessoas ao exercício dessa liberdade (poder)*. As pessoas seriam dotadas de uma certa liberdade para o direito, exteriorizada tanto na declaração de sua vontade quanto na sua atuação sobre os objetos.

Nessa concepção, o direito subjetivo assenta-se em um *vetor significativo-ideológico*, assumindo especificamente a finalidade precípua de defesa do liberalismo. Porém, segundo MENEZES CORDEIRO, na trajetória da noção, observa-se um enfraquecimento progressivo de tal aspecto significativo-ideológico, podendo-se atribuí-lo ao *conceptualismo* encerrado pelo método científico apriorístico próprio de SAVIGNY.<sup>12</sup> Desse modo, já com Bernard WINDSCHEID se deixa de lado a *fundamentação filosófico-ética* da noção de direito subjetivo, tal como concebida por SAVIGNY. Em conseqüência, a noção abandona o nível

---

<sup>11</sup> *Op. cit.* p. 189

<sup>12</sup> *Idem.*

significativo-ideológico, até então por ela ocupado, para reduzir-se a uma mera expressão técnica. Eis o conceito de WINDSCHEID: “*um poder ou senhorio da vontade, concedido pela ordem jurídica.*”<sup>13</sup> Nesses termos, o direito subjetivo torna-se a simples *proteção jurídica* concedida ao *poder da vontade*.

#### **4. A preocupação tecnicizante e a fundamentação na noção de interesse**

Em função do caráter *técnico* e isento de um *nível significativo-ideológico* da noção composta por WINDSCHEID, sobreveio um importante efeito: as teorizações sobre o direito subjetivo passaram a ser submetidas ao crivo de críticas marcadas por um prisma técnico. Nesse sentido, Rudolf von IHERING construiu importantes críticas às teorias que colocam a vontade no núcleo do direito subjetivo, entre as quais figura também a concepção de WINDSCHEID. Segundo MENEZES CORDEIRO, as críticas de IHERING seriam *definitivas*, permanecendo, até o presente momento, sem resposta.<sup>14</sup>

A argumentação crítica de IHERING aponta para a inconsistência das *teorias da vontade*, sobretudo, em função da constatação da presença de direitos subjetivos em pessoas (i) absolutamente destituídas de vontade, como os *dementes*, e (ii) que não podem assumir uma vontade apta a constituir o suporte de direitos subjetivos por ignorar a sua existência, consoante o exemplo do sujeito titular que (a) perdeu o objeto do seu direito, dele se esquecendo, ou (b) adquiriu um

---

<sup>13</sup> *Op. cit.* p. 191

<sup>14</sup> *Op. cit.* p. 193

direito em *sorteio*, sem que ainda houvesse tomado ciência desse fato.<sup>15</sup> MENEZES CORDEIRO conclui, a partir das teorizações de IHERING, pela absoluta prescindibilidade da *vontade humana* na conceituação do direito subjetivo. Afinal, se a *vontade humana* viesse a compor o conceito, em todos os direitos subjetivos ela deveria ser encontrada, por definição. Porém, inúmeros são os exemplos da existência de direitos subjetivos, nos diferentes ordenamentos, destituídos de qualquer vontade.

Além das críticas formuladas por IHERING, MENEZES CORDEIRO acrescenta as seguintes: (i) há direitos subjetivos sem que exista vontade; (ii) não se pode confundir *direito subjetivo* com *poder*, pois se tratam de termos imbuídos de sentido técnico específico; (iii) tendo em vista que o direito é uma realidade sociocultural, não se pode fundamentá-lo simplesmente na vontade de uma pessoa; (iv) não há correspondência entre o *dogma da vontade* e a realidade da condição humana, sob os pontos de vista antropológico e existencial.<sup>16</sup>

Na concepção de direito subjetivo formada por IHERING, destaca-se uma especial preocupação com a *finalidade* do instituto. Nesse sentido, não seria nem a vontade, nem sequer o poder, o aporte substancial da noção, mas sim o *aproveitamento dos bens*.<sup>17</sup> O direito subjetivo possuiria escopo relacionado à garantia do aproveitamento de bens com segurança jurídica. No núcleo do conceito, estaria a noção de *interesse*, consoante resta evidente a partir do seu próprio enunciado: "*direitos subjetivos são interesses juridicamente protegidos*."<sup>18</sup> Trata-se, portanto, de uma formulação simples e direta: *direito subjetivo = interesse + proteção*

---

<sup>15</sup> *Op. cit.* p. 193-4

<sup>16</sup> *Op. cit.* p. 195

<sup>17</sup> *Op. cit.* p. 196

*jurídica*. O direito subjetivo, na perspectiva em exame, conferiria tutela jurídica à proteção de um interesse do seu titular. Para uma adequada compreensão da noção de *interesse*, sempre presente no pensamento de IHERING, pode-se distinguir dois sentidos: (i) objetivo, exprimindo a aptidão de certos bens para a satisfação de determinadas necessidades; e (ii) subjetivo, traduzindo a relação de índole psicológica estabelecida entre o sujeito e os bens por ele desejados.<sup>19</sup>

Contra a concepção de IHERING, MENEZES CORDEIRO enuncia as seguintes críticas: (i) não existe uma perfeita identificação entre *direito subjetivo* e *interesse*; (ii) podendo-se, perfeitamente, observar a proteção de *interesses* sem que seja necessária a formação de *direitos subjetivos* específicos – situam-se nessa condição os chamados *interesses reflexamente protegidos*, como por exemplo o interesse de cada cidadão em relação à correta vacinação dos demais; (iii) além disso, de igual modo, verifica-se a existência de *direitos* sem que haja um *interesse* que o fundamente – tem-se, como exemplo, o direito de propriedade sobre a coisa deteriorada --; (iv) a dificuldade de determinação da existência do direito subjetivo, uma vez que a única pessoa apta a afirmar, efetivamente, se existe ou não um *interesse* é o próprio sujeito titular; (v) levando-se ao “*pé da letra*” a concepção de IHERING, poder-se-ia afirmar que, na hipótese de o *interesse* pessoal deixar de existir, como consequência necessária o direito subjetivo desapareceria; (vi) desse modo, verificar-se-ia a construção de uma nova instância de controle dos mecanismos determinantes de proteção jurídica, desta vez autônoma ao próprio ordenamento jurídico: a consciência da existência ou não de um *interesse* --; (vii) ao

---

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Idem.

construir uma concepção meramente tecnicizante da noção de direitos subjetivos, prescinde-se da consideração de seu nível significativo-ideológico.<sup>20</sup>

## 5. Uma tentativa de síntese entre a vontade e o interesse

Frente ao debate encerrado pelas concepções que ou, por um lado, consideram a *vontade* como o núcleo da noção de direito subjetivo ou, por outro, fundamentam-na no *interesse*, não foram raras as tentativas de conciliação entre as distintas perspectivas, com vistas à realização de uma síntese. MENEZES CORDEIRO, muito embora afirme que um dos primeiros estudiosos a pretender realizar tal empreitada tenha sido BERNATZIK, volta-se, mais extensivamente, à síntese produzida por REGELBERGER.<sup>21</sup> Para este último jurista, haveria a formação de um direito subjetivo toda vez que o ordenamento facultasse à pessoa a *realização de um escopo reconhecido* – idéia semelhante ao *interesse protegido* -- e lhe reconhecesse, para tanto, um poder jurídico – noção análoga ao *poder da vontade*.<sup>22</sup>

Segundo MENEZES CORDEIRO, REGELBERGER não teria realizado, efetivamente, uma síntese entre as diferentes concepções, mas tão-somente uma justaposição que se sujeita às críticas já realizadas tanto ao pensamento de SAVIGNY quanto ao de IHERING.<sup>23</sup> Uma síntese verdadeira deveria ser apta a *dissolver* as propostas precedentes em uma nova, esta imbuída

---

<sup>20</sup> *Op. cit.* p. 197-8

<sup>21</sup> *Op. cit.* p. 199-202

<sup>22</sup> *Op. cit.* p. 199

<sup>23</sup> *Op. cit.* p. 201

de condições de as *superar*. Para MENEZES CORDEIRO na superficialidade de referido conceito, observa-se um compromisso meramente lingüístico com os enfoques dos doutrinadores precedentes. Além disso, merece também ser criticado por valer-se de termos confusos, tais como *escopo reconhecido* e *poder jurídico*.<sup>24</sup> Muito embora a referida inconsistência, o conceito de REGELSBERGER foi incorporado pela doutrina majoritária, destacando-se a sua influência no pensamento de ENNECCERUS/NIPPERDEY, CESARINI SFORZA, Leonardo COVIELLO, CASTRO MENDES, CABRAL DE MONCADA, Manuel de ANDRADE e MOTA PINTO.<sup>25</sup>

## **6. Tentativas de contornar a problemática encerrada pela noção de direito subjetivo**

Prosseguindo a trajetória realizada pelo estudiosos, com vistas a uma adequada conformação conceptual, MENEZES CORDEIRO debruça-se sobre algumas das tentativas de contornar a problemática encerrada pela noção de direito subjetivo, inaptas, no entanto, para resolvê-la.<sup>26</sup> Referidas tentativas procuram solucionar a questão por via externa ao conceito de direito subjetivo, deixando de lado a preocupação com o seu conteúdo. Nesse sentido, o autor português diferencia três posicionamentos principais: (i) negativistas; (ii) protecionistas; e (iii) neo-empíricos.

---

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> *Op. cit.* p. 202

<sup>26</sup> *Op. cit.* p. 203-6

Primeiramente, referindo-se aos negativistas, alude o jurista lusitano aos doutrinadores que procuraram substituir a figura do direito subjetivo por outra.<sup>27</sup> Cita, como exemplo, Lèon DUGUIT, para quem a noção de direito subjetivo estaria fundamentada em pressupostos metafísicos. Deve-se ressaltar que a concepção criticada por DUGUIT cujo pensamento será examinado com maior profundidade no último capítulo deste texto é aquela assentada na noção de vontade, sobre a qual pairam inúmeras críticas de outros juristas, consoante já examinado. Estranha o autor francês a pretensão de que uma vontade humana seja considerada superior às demais. A referida noção de direito subjetivo possuiria duas inconveniências: (i) técnica, por considerar inconcebível a referida hierarquização das vontades; e (ii) política, vislumbrando na figura uma natureza anti-social.<sup>28</sup> Tendo essas observações em vista, o jurista francês propõe a substituição da noção de direito subjetivo pela de *situação jurídica*. MENEZES CORDEIRO utiliza outro nome: *situação vantajosa*, garantida pelo Estado a certas pessoas em determinadas condições. Consoante já ressaltado, referidas noções serão mais pormenorizadamente examinadas em momento oportuno. Na crítica formulada por MENEZES CORDEIRO, a pura negação do direito subjetivo apenas seria aceitável caso essa noção corporificasse um mero *expediente técnico*, o que, em verdade, não se verifica.<sup>29</sup> O direito subjetivo possuiria um inegável nível significativo-ideológico, constituindo elemento fundamental na cultura ocidental.

Por sua vez, os protecionistas empenham-se em reduzir os direitos subjetivos à simples tutela proporcionada pelo direito. Assim, para THON, a

---

<sup>27</sup> *Op. cit.* p. 203

<sup>28</sup> *Idem.*

<sup>29</sup> *Op. cit.* p. 203-4

expressão prática do direito subjetivo seria a tutela concedida pela normatividade aos interesses de um particular contra os demais, afirmando-se, sobretudo, enquanto fonte de pretensões judiciais.<sup>30</sup> Na concepção de NAWIASKY, quando um indivíduo se tornasse titular de um direito subjetivo, deferir-se-lhe-ia o poder de dispor da tutela jurídica para a garantia de um interesse seu.<sup>31</sup> A existência de proteção jurídica ao interesse dependeria da atuação individual do sujeito titular, cabendo-lhe solicitar a tutela do direito. Referidos posicionamentos possuem importância considerável, uma vez que são, continuamente, suscitados pela doutrina. Tal, no entanto, não constitui motivo para a sua aceitação, uma vez que se fundamentam em um equívoco: ao definirem o direito subjetivo a partir de um prisma centrado em *medidas de proteção jurisdicional*, cometem o erro de tomarem a exceção como regra, pois apenas raramente a intervenção judiciária se impõe. Para MENEZES CORDEIRO, a perspectiva protecionista não delimitaria *aquilo que o sujeito titular pode fazer*, mas, em sentido bem diferente, *aquilo que os demais não devem fazer*, sob pena de sujeitarem-se à coação. Portanto, a concepção aqui esposada não atinge a essência do direito subjetivo.<sup>32</sup>

Finalmente, os neo-empíricos não acreditam na possibilidade de definir o que seja um *direito subjetivo*. Em função disso, limitam-se a descrever os elementos que, eventualmente, podem integrá-lo. O exemplo referido por MENEZES CORDEIRO é o do célebre jurista alemão Karl LARENZ cuja obra, como, oportunamente, verificar-se-á, constitui importante referencial para este trabalho segundo o qual, quando alguém tenha um direito subjetivo, tal está a significar *que*

---

<sup>30</sup> *Op. cit.* p. 204

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> *Idem.*



*algo lhe compete ou é devido, em virtude do direito.*<sup>33</sup> No entendimento do jurista português, o enunciado formulado por LARENZ não pode ser considerado uma definição propriamente, mas, em outro sentido, um *conceito aberto* ou um *conceito de enquadramento*. O estudioso alemão teria desistido de uma definição global e formalizada de direito subjetivo, preferindo, em relação a ela, a enumeração de uma série de tipos de figuras subjetivas, às quais corresponderia uma diversidade extraordinária de situações em concreto. Segundo MENEZES CORDEIRO, a perspectiva aqui exposta traduz um retrocesso na ciência do direito, tendo em vista apregoar o abandono das formulações conceituais abstratas. Para o autor, apenas uma fórmula imbuída de alto grau de abstração terá condições de abarcar todas as possibilidades de conteúdo do direito subjetivo.<sup>34</sup>

Para MENEZES CORDEIRO, nem os *negativistas*, nem os *protecionistas*, nem os *neo-empíricos*, consideram, em suas concepções, a autonomia ontológica do direito subjetivo, considerado enquanto fenômeno cultural construído ao longo da história.<sup>35</sup> O direito subjetivo possuiria um inegável nível significativo-ideológico construído no processo histórico de defesa da liberdade enquanto valor fundamental da sociedade. No entendimento do autor, no núcleo da noção de *liberdade* residiria aquela de *livre arbítrio*. Porém, deve-se ressaltar que o autor é contundente ao afirmar não se tratar de uma *liberdade abstrata* aquela por ele referida.<sup>36</sup> Ao contrário, o direito subjetivo fundamenta-se em uma *liberdade concreta* voltada ao gozo de vantagens determinadas. Relacionam-se tais vantagens à afetação de certos bens, que passam a permanecer à disposição do sujeito. Nesse

---

<sup>33</sup> *Op. cit.* p. 205

<sup>34</sup> *Idem.*

<sup>35</sup> *Op. cit.* p. 206

sentido, segundo o jurista português, a afirmação e a defesa de referida *liberdade*, para além de uma questão de índole principiológica no campo das abstrações teóricas, possui ampla projeção material na economia.<sup>37</sup>

Não se confunda, porém, a defesa do vetor *liberdade* com a absoluta ausência de limites. Em outro sentido, o autor lembra que as revoluções industrial e pós-industrial legam como lição a necessidade de limitar a liberdade, valendo-se, para tanto, de idéias como *cooperação, participação, responsabilidade e deveres iminentes*.<sup>38</sup> As limitações introduzidas na proteção à liberdade possuiriam inegáveis implicações na conformação do direito subjetivo. Assim, MENEZES CORDEIRO chega, até mesmo, a afirmar que o direito subjetivo sempre se subordinará ao *interesse coletivo*, segundo o modo como é considerado pelo direito vigente no específico contexto histórico. Afirma ainda, veementemente, que o direito subjetivo não é inato às pessoas, mas se integra em um ordenamento jurídico, responsável pela sua instituição e proteção.<sup>39</sup>

## **7. A Escola jurídico-formal e a compreensão do direito subjetivo como situação jurídica**

A solução preconizada por MENEZES CORDEIRO ao debate acerca da noção de direito subjetivo é aquela construída a partir das teorizações da

---

<sup>36</sup> *Op. cit.* p. 210

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> *Op. cit.* p. 211

<sup>39</sup> *Op. cit.* p. 211-2

chamada *Escola jurídico-formal*.<sup>40</sup> Nessa concepção, o direito subjetivo, muito para além de mero *expediente técnico*, possuiria também um inegável *nível significativo-ideológico*. A noção de direito subjetivo fundamenta-se em valores fundamentais do sistema de direito, tais como a razão e a liberdade. Referidos valores constituem verdadeiras *marcas* deixadas pelo movimento jusracionalista e liberal na cultura do ocidente. Para o autor, o reconhecimento do nível significativo-ideológico da noção de direito subjetivo, na história recente, poder-se-ia enquadrar na retomada de consciência da humanidade ocorrida após as atrocidades cometidas por ocasião da Segunda Guerra Mundial.<sup>41</sup>

As doutrinas totalitárias que infestaram o mundo nas décadas de 1.930/40 constituíram verdadeiros atentados contra valores, segundo o jurista português, próprios do pensamento liberal, como a *igualdade formal* e a *dignidade da pessoa humana*.<sup>42</sup> Acompanharam ou precederam esse processo ataques correspondentes dirigidos à noção de direito subjetivo. Citando KASPER e RAISER, MENEZES CORDEIRO remete-se à doutrina que apregoava a sua substituição pelas idéias de *dever e responsabilidade*.

No despertar do pós-guerra, pretende-se recuperar o sentido da noção de direito subjetivo. Para corroborar com tal afirmação, o jurista português aduz que, de forma crescente, têm-se utilizado dos direitos subjetivos, sobretudo nas constituições contemporâneas. É digna de nota a alusão aos direitos fundamentais, direitos humanos, direitos dos trabalhadores e direitos das minorias. MENEZES CORDEIRO afirma que a retomada da noção foi de tal amplitude que, não raro,

---

<sup>40</sup> *Op. cit.* p.212

<sup>41</sup> *Op. cit.* p. 211-2

<sup>42</sup> *Op. cit.* p.212

designa-se de direitos subjetivos realidades que não comportam tal qualificação por motivos de ordem técnica.<sup>43</sup>

Importante definição de direito subjetivo, dotada de papel determinante nas reflexões posteriores, foi formulada por Manuel Gomes da SILVA. Em seu entendimento, o direito subjetivo seria "*a afectação jurídica dum bem à realização de um ou mais fins de pessoas individualmente consideradas.*"<sup>44</sup> Segundo MENEZES CORDEIRO, muito embora os direitos subjetivos encerrem a afetação jurídica de bens, não se pode concluir pela equivalência entre ambas as noções. Às vezes, as afetações jurídicas de bens não implicam a formação de direitos subjetivos, mas tão-somente deveres ou poderes-deveres. Nesses casos, o destinatário da afetação não se encontra em situação de liberdade para decidir acerca do aproveitamento do bem. Além disso, apesar de a fórmula pretender introduzir na noção de direito subjetivo um certo caráter personalista, ela acaba por encaminhar-se em outro sentido. Essa dificuldade pode ser compreendida a partir da seguinte questão: *quem determina os fins a serem realizados pela afetação dos bens?* Caso se conclua que apenas as pessoas determinam os fins, mais importante, em um conceito, que realizar referência aos fins seria acentuar a liberdade de autodeterminação do sujeito. Por outro lado, na hipótese oposta de tais fins derivarem exclusivamente da lei, verificar-se-ia uma descomunal restrição da liberdade individual. Nesta última situação, pode-se conduzir, até mesmo, a uma crise da noção de direito subjetivo, uma vez que se estaria desconsiderando o seu

---

<sup>43</sup> *Op. cit.* p. 213-4

<sup>44</sup> *Op. cit.* p. 214

*nível significativo-ideológico*, identificado, justamente, com a valoração da *liberdade*.<sup>45</sup>

MENEZES CORDEIRO, entre as vantagens do enunciado formulado por Manuel Gomes da SILVA,<sup>46</sup> afirma que ele (i) não situa a *vontade* ao centro do conceito; (ii) igualmente, também não comete o equívoco de fundamentá-lo na *proteção*; e, por fim, (iii) não confunde *direito* com *poder*. Dentre as desvantagens, MENEZES CORDEIRO aponta que SILVA não considerou, do modo devido, nem (i) ao nível significativo-ideológico do direito subjetivo, (ii) nem tampouco a necessidade de integração entre as noções de *liberdade* e *ordenamento jurídico*.

MENEZES CORDEIRO propõe o seguinte o seguinte conceito de direito subjetivo: “*permissão normativa específica de aproveitamento de um bem*.”<sup>47</sup> O autor pretendeu, em a sua definição, a realização de uma síntese entre os caracteres técnico e significativo-ideológico, considerando ambos a expressão essencial do direito subjetivo. Para tanto, valeu-se da noção de *permissibilidade*, isto é, o *âmbito de liberdade concreta reconhecido ao sujeito*. Ressalva, porém, não negar a existência de limites no interior do conteúdo do direito subjetivo. Afirma ainda que, no conceito enunciado, contempla-se a trajetória que parte da *permissão* para dirigir-se aos *deveres*. A delimitação do âmbito da *permissão* deixará evidenciados os *deveres* existentes.<sup>48</sup>

O núcleo do conceito residiria na noção de *permissão específica*. MENEZES CORDEIRO salienta que a fundamentação do direito subjetivo em referida noção permitiria: (i) resolver a questão atinente à defesa dos direitos, sem

---

<sup>45</sup> *Op. cit.* p. 214-5

<sup>46</sup> *Op. cit.* p. 215

<sup>47</sup> *Op. cit.* p. 216

que haja a necessidade de alusão a normas distintas daquelas que garantem a *permissão específica*, afinal o *não-titular* não terá permissão, sendo absolutamente desnecessária a previsão expressa desse fato; (ii) exprimir exatamente o conteúdo dos direitos, pois, por meio de delimitações negativas, pode-se determinar a ausência de permissão em relação a determinados aspectos dos direitos; (iii) compreender o modo como se processa a relação entre o ordenamento jurídico e os bens -- ela ocorre por meio de condutas humanas, sejam jurídicas, sejam materiais, e não diretamente --; (iv) contrapor e relacionar, com suficiente clareza, a noção de direito subjetivo frente a inúmeras outras realidades, como a *autonomia privada* e os *poderes funcionais*.<sup>49</sup> Muito embora reconheça a possibilidade de conceituação do direito subjetivo tão-somente como uma *permissão normativa específica*, o autor aponta para o inconveniente teórico de que referida definição transformá-lo-ia em um conceito analítico. Perderia, assim, a sua fundamentação compreensiva oriunda na história e da cultura que, de modo necessário, relaciona-o aos bens da vida.<sup>50</sup>

Criticando a formulação conceptual de MENEZES CORDEIRO, José de Oliveira ASCENSÃO afirma (i) que a referência à *permissão normativa* aparenta fundamentar-se, ainda, no plano das normas jurídicas e não no pertinente às posições jurídicas.<sup>51</sup> MENEZES CORDEIRO contesta tal crítica, defendendo que a sua formulação conceptual permite qualificar o direito subjetivo como uma posição jurídica, ao contrário do que conclui ASCENSÃO. Em decorrência da aplicação de uma norma permissiva a uma pessoa, surgiria a posição jurídica de direito subjetivo.

---

<sup>48</sup> *Op. cit.* p. 216-7

<sup>49</sup> *Op. cit.* p. 217

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> Referida afirmação é reproduzida pelo próprio MENEZES CORDEIRO em sua obra. (*Op. cit.* p. 218)

ASCENSÃO aduz, ainda, (ii) que a expressão *aproveitamento* é utilizada de modo demasiadamente genérico, chegando, até mesmo, ao esvaziamento de sentido. MENEZES CORDEIRO, em resposta à crítica, especifica o significado do termo *aproveitamento* em seu conceito: trata-se do *conteúdo concreto da permissão*, ou seja, *a disponibilidade que cabe ao titular*. Aduz, ainda, que o termo *aproveitamento* poderia ser substituído, com vistas a uma melhor formulação técnica do conceito, por *atuação*.<sup>52</sup>

Por sua vez, no conceito proposto por José de Oliveira ASCENSÃO, os direitos subjetivos seriam *"a posição de vantagem resultante da afectação de meios jurídicos aos fins de pessoas."*<sup>53</sup> MENEZES CORDEIRO aponta diversos defeitos em referido conceito, sobretudo e mais uma vez, que nele não se concede a relevância merecida pelo nível significativo-ideológico. Porém, em comentário sobre o conceito enunciado, segundo ASCENSÃO, a noção de autonomia e, portanto, liberdade estaria implícita, uma vez que *"são as pessoas que determinam a prossecução dos fins."* Nesse sentido, ASCENSÃO afirma reconhecer a importância do nível significativo-ideológico na conformação conceptual do direito subjetivo. Para MENEZES CORDEIRO, o conceito lavrado por ASCENSÃO possuiria enormes dificuldades de operacionalidade pelo estudioso do direito. Por exemplo, com fundamento na referida noção, torna-se dificultoso definir um direito de crédito ou um direito real.<sup>54</sup>

A Escola jurídico-formal assenta a noção de direito subjetivo naquela de posição jurídica. Mesmo em face das peculiaridades dos conceitos lavrados pelos

---

<sup>52</sup> *Op. cit.* p. 217-8

<sup>53</sup> *Op. cit.* p. 220

<sup>54</sup> *Op. cit.* p. 220-1

diferentes autores, referido aspecto comum resta bastante evidenciado: os direitos subjetivos são posições jurídicas. Para António MENEZES CORDEIRO, trata-se da posição jurídica de um sujeito frente a uma permissão normativa específica de aproveitamento de um bem. Muito embora não haja menção explícita à qualificação dos direitos subjetivos enquanto posições jurídicas, ao ser questionado por ASCENSÃO, MENEZES CORDEIRO declara que tal se optou por realizá-lo de modo implícito em sua conformação conceptual, limitando-se a aludir ao termo “*permissão*.” Por sua vez, a escolha de José de Oliveira ASCENSÃO não permite dúvidas: ele explicita a qualificação dos direitos subjetivos como posições jurídicas, conceituando-os como uma posição de vantagem resultante da afetação de meios jurídicos aos fins das pessoas.

Se a nota característica dos direitos subjetivos está na noção de posição jurídica, a sua exata compreensão apenas ocorrerá a partir do conceito de situação jurídica. Consoante restará evidenciado ao longo do trabalho, a noção de situação jurídica permite entender, justamente, a estrutura em que ocorre o posicionamento de um sujeito frente a um objeto, com vistas à produção de efeitos jurídicos. Assim, a compreensão contemporânea da noção de direito subjetivo pressupõe o conhecimento do arcabouço conceptual pertinente à teoria da situação jurídica. A aplicação da teoria da situação jurídica aos direitos subjetivos permite a construção de um conceito imbuído de notável rigor técnico, o qual afasta os inconvenientes da fundamentação na vontade, permitindo uma adequada operacionalidade do direito, sem prescindir do nível significativo-ideológico. Mantém-se a defesa do valor liberdade, uma vez que os direitos subjetivos são considerados situações jurídicas compreensivas. As situações jurídicas



compreensivas traduzem esquemas construídos culturalmente e consagrados pela história de uma sociedade.

Ainda que vislumbrados enquanto situações jurídicas, é fato que os direitos subjetivos constituem um elemento próprio da cultura da sociedade contemporânea. As pessoas acreditam que possuem direitos e os defendem. Nesse sentido, a existência do conceito de direito subjetivo desempenha, até mesmo, uma função psicológica grandemente arraigada no homem ocidental contemporâneo: o fato de as pessoas acreditarem que possuem direitos coloca em movimento o aparato jurisdicional, mesmo que, em verdade, elas não os tenham. Assim, tendo em vista a relevância cultural do conceito, qualquer teoria científica que pretenda assentar o direito da sociedade brasileira contemporânea em outras bases será, para dizer o mínimo, alienada da realidade. Os juristas não possuem o direito de prescindir da noção de direito subjetivo. Porém, ainda que não possuam tal direito, certamente possuem um dever: pensar mecanismos conceituais para viabilizar a operacionalidade do ordenamento jurídico, sem olvidar referido conceito. Nesse sentido, as contribuições da teoria da situação jurídica são inúmeras, especialmente em relação aos debates acerca dos direitos subjetivos.

## **SEGUNDA PARTE**

### **OS ALICERCES DO EDIFÍCIO**

## CAPÍTULO SEGUNDO

### UMA OPÇÃO PRELIMINAR: O CONCEITO DE NORMA JURÍDICA

Antes da exposição da *teoria da situação jurídica*, insta apresentar os seus fundamentos. As especificidades das nuances da *teoria* subscrita, em grande parte, são determinadas pelo conceito de norma jurídica adotado na sua elaboração. Caso a opção fosse por outro conceito de norma jurídica, a *teoria da situação jurídica* conformada possuiria outras características. E não se pode esquecer que, assim como a estabilidade da estrutura de um edifício é determinada pela rigidez de seus alicerces, a consistência de uma *teoria da situação jurídica* está imbricada em seus fundamentos conceituais, sobretudo relacionados à perspectiva acerca da normatividade adotada.

Nas atividades de pesquisa que precederam a elaboração deste texto, notou-se a absoluta diversidade de noções de norma jurídica utilizadas pelos juristas para a fundamentação de suas *teorias*. Em alguns casos, observou-se, até mesmo, ausência de preocupação maior por parte do estudioso em relação a tão basilar aspecto. Tendo em vista, entre outros aspectos, justamente, o modo como o estudioso das situações jurídicas se posiciona frente ao conceito de norma jurídica, em capítulo específico, mais a frente, expor-se-á uma tipologia dos diferentes autores que tratam do tema.

Com fundamento nos autores examinados, observou-se que, no debate contemporâneo sobre os conceitos de norma jurídica, divisam-se determinadas vertentes que merecem destaque. Sobretudo entre os autores

italianos, a preferência favorece a *teoria da norma jurídica enquanto juízo hipotético*. Essa concepção possui, ainda, um desdobramento: a *teoria da norma jurídica enquanto juízo valorativo*. Uma perspectiva também abordada neste trabalho é aquela que vislumbra a *norma jurídica como proposição lingüística*, também importante na discussão atual acerca do tema. Porém, deve-se destacar que o posicionamento sobre o qual este texto se deterá mais extensivamente é a *teoria da norma jurídica de PONTES DE MIRANDA*, adotada como referencial aqui. A teoria pontiana, inspirada notadamente na literatura germanística, em função de sua inegável consistência teórica consoante adiante fundamentação que realizará no momento oportuno, constituirá o *alicerce* do *edifício* cuja imagem será esboçada neste trabalho.

## **1. Norma jurídica como imperativo sancionatório**

Nesta breve nota, ressalva-se que possui apenas relativa utilidade referir-se, ainda que sucintamente, a esta concepção normativa. Dentre os autores pesquisados, nenhum optou por assentar a sua *teoria da situação jurídica* em referida perspectiva. Bem ao contrário, muitos a rejeitaram expressamente. Nesse sentido, muito embora um maior aprofundamento conceitual se justificasse por motivos de perfeccionismo acadêmico, não se dedica maior atenção a tais conceitos, com vistas à preservação do viés precípua deste trabalho, voltado à investigação das matrizes teóricas das diferentes concepções das situações jurídicas. Oportuniza-se, porém, a apresentação dos possíveis motivos que conduziram ao afastamento de de tal teoria.

Assim, Natalino IRTI subdivide referida concepção em duas vertentes, afirmando que (i) a *teoria da norma como comando ou imperativo* não permitiria a compreensão daquelas normas relativa ou absolutamente destituídas de conteúdo imperativo e, por sua vez, (ii) a *teoria da normatividade construída a partir da noção de sanção* levaria a concluir pela necessidade de afastamento do mundo jurídico de todas as espécies normativas que não puderem ser reduzidas ao nexo que relaciona a ocorrência de um fato ilícito à aplicação de uma sanção.<sup>55</sup>

Por sua vez, Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA salienta a falsidade da teoria, sobretudo, por pretender explicar a causa (*regra jurídica*) a partir de um de seus efeitos (*sanção*). O grande jurista, contra referida teoria, apresenta os seguintes argumentos: (i) o *imperativo* não pode ser utilizado para conceituar a regra jurídica, pois seria um elemento pré-jurídico, anterior à constituição da norma; (ii) a regra jurídica existe independentemente de sua aplicação pelo Estado; (iii) a atuação do Estado -- na realização de um julgamento, por exemplo -- limita-se a aplicar o direito, tanto material quanto processual, não o criando ou influenciando em sua incidência; (iv) na caracterização da regra jurídica, o elemento fundamental é a sua *incidência* e não a sua *aplicação*.<sup>56</sup>

## 2. Norma jurídica como juízo hipotético

Nesta teoria, compreende-se a norma jurídica como um juízo hipotético que relaciona certos efeitos à verificação da ocorrência de determinado fato. Acentua-se, aqui, o nexo lógico existente entre os efeitos produzidos e o fato

---

<sup>55</sup> IRTI, Natalino. *Introduzione allo Studio del Diritto Privato*. CEDAM: Padova: 1.994. p. 06

contemplado em hipótese. Ela pode ser, de forma coerente, expressa por meio da seguinte fórmula: "se A, então B."<sup>57</sup>

Muito embora ressalvando que tal teoria nem seja aceita pela generalidade dos estudiosos, nem seja isenta de aspectos problemáticos, Natalino IRTI afirma que ela é bastante adequada para compreender a estrutura da norma jurídica de direito privado, uma vez que superaria a concepção normativa assentada nas noções de imperativo e sanção. Para o jurista, a teoria em análise ofereceria uma representação simples e clara da generalidade das normas.<sup>58</sup>

### 3. Desdobramento: norma jurídica como juízo valorativo

Muito embora haja uma grande inter-relação com aquela precedente, esta teoria têm sido a mais difundida, sobretudo entre os estudiosos italianos. Após proceder a estudo comparativo, o mesmo mestre italiano identificou quatro posicionamentos principais, entre os autores que defendem tal concepção normativa.<sup>59</sup>

Para alguns autores, (i) a norma encerraria uma valoração dos fatos, atribuindo-lhes, de acordo com o valor nela consagrado, determinados efeitos. Nessa linha de pensamento, a valoração seria um *dado* já existente previamente ao processo de aplicação da norma e teria seu momento de máxima concretização na produção de efeitos jurídicos.

---

<sup>56</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Parte Geral, Tomo I, 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1.970. p. 13-4

<sup>57</sup> *Op. cit.* p. 08

<sup>58</sup> *Idem.*

<sup>59</sup> *Op. cit.* p. 09.

Já para outros juristas, (ii) a norma não encerraria *a priori* uma valoração dos fatos, mas, em outro sentido, possuiria uma especial função na operacionalidade de realização do direito, qual seja aquela de constituir-se em cânone ou critério da valoração dos fatos a ser realizada *a posteriori*.

Em terceiro lugar, (iii) uma importante posição também defendida coloca o *dever* no âmago da concepção normativa: a norma, ao valorar um certo fato e acolhê-lo como *hipótese*, em consequência necessária, valoraria também um certo comportamento como *devido* e constituiria, assim, *deveres jurídicos*.

Por fim, no pensamento de outros autores, (iv) a noção de *interesse* estaria ao centro: a norma jurídica valoraria os diferentes interesses presentes na realidade social, procedendo, desse modo, à composição de possíveis conflitos em relação aos bens da vida.

No entendimento de Natalino IRTI,<sup>60</sup> haveria uma grande proximidade entre as teorias da *norma jurídica como juízo hipotético* e da *norma jurídica como juízo valorativo*. Sobretudo na primeira e na última concepções expostas, para o autor, referida compatibilidade estaria mais evidenciada, uma vez que, de acordo com o pensamento nelas consignado, *a norma jurídica não se limitaria a valorar os fatos em uma posição meramente contemplativa*, mas, para além disso, ao valorá-los, atribuir-lhes-ia determinados efeitos jurídicos. Deve-se observar, porém, que em todas as concepções esboçadas ocorre, ainda que de modo diferenciado, a produção dos indigitados efeitos jurídicos.

Segundo Natalino IRTI,<sup>61</sup> seria equivocado definir a *norma jurídica*, simplesmente, como cânone ou critério de valoração, destinada à execução da

---

<sup>60</sup> *Op. cit.* p. 10.

<sup>61</sup> *Op. cit.* p. 10-11.

atividade jurisdicional a realizar-se posteriormente, consoante postula a segunda perspectiva apresentada. O autor defende que, muito embora o processo de valoração dos fatos, de modo a atribuir-lhes conseqüências jurídicas, possua importante apoio na norma jurídica, na verdade, não constitui o elemento essencial da estrutura normativa. O juízo de valoração dos fatos não estaria consignado na norma, mas ocorreria exteriormente a ela, de modo sucessivo e eventual.<sup>62</sup>

No entanto, o autor relativiza o seu posicionamento ao afirmar que a norma possuiria *também e em apenas certa medida* referida função de cânone ou critério de valoração, relacionada à atribuição de relevância jurídica àqueles fatos que constituem uma hipótese normativa.<sup>63</sup> Esses fatos contrastariam com outros que, por não estarem previstos em norma jurídica alguma, restariam privados de tal relevância. Evidencia-se, assim, um *limitado* juízo de valoração do qual a norma estaria provida: o juízo de diferenciação entre os fatos juridicamente relevante e os demais. O autor, apontando para a importância desse fenômeno, afirma que a doutrina tradicional tem-no denominado de *silogismo judiciário*: a norma jurídica constituir-se-ia em premissa maior da sociedade.<sup>64</sup>

No entendimento de Natalino IRTI, o objeto da valoração normativa seria o *próprio comportamento humano declarado como devido*. O autor, desse modo, afasta a concepção dos autores que identificam o objeto da valoração com a realidade social externa, o conflito de interesses ou, até mesmo, pura e simplesmente o fato hipotético. Para uma adequada compreensão do processo de valoração do comportamento humano e suas implicações no direito, o autor, ainda,

---

<sup>62</sup> *Op. cit.* p. 12-13

<sup>63</sup> *Op. cit.* p. 13.

<sup>64</sup> *Idem.*



distingue três modalidades de juízo valorativo: (i) a *avaliação nomogenética*, que precederia à existência da norma jurídica e constituiria objeto de preocupação, sobretudo, dos sociólogos do direito; (ii) a *avaliação normativa*, responsável pela elevação do comportamento humano ao plano do dever; e (iii) a *avaliação aplicativa*, que ocorreria após a constituição da norma.<sup>65</sup>

#### 4. Norma jurídica como proposição lingüística prescritiva

Ressalvando partir de um ponto de vista formal, porém, não formalista, como expressamente adverte para compreender a norma jurídica, Norberto BOBBIO reputa ser ela uma *proposição*.<sup>66</sup> *A norma jurídica seria uma proposição e pertenceria à categoria geral das proposições prescritivas.*<sup>67</sup>

Ao elucidar o que significa a norma jurídica ser considerada uma proposição, o saudoso senador italiano diferencia duas noções: *proposição* e *enunciado*. Uma proposição seria um conjunto de palavras que, em sua unidade, permitiria a identificação de um significado. Segundo o autor, a forma mais comum seria a apresentação de um *juízo*, composto pela atribuição de um *predicado* a um *sujeito* e estruturado segundo a fórmula "S é P". Por sua vez, um enunciado seria, simplesmente, a forma gramatical e lingüística por meio da qual se exprime um determinado significado. Nesse sentido, de igual modo, uma mesma proposição

---

<sup>65</sup> *Op. cit.* p. 12-14.

<sup>66</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Buerio Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2.001. p. 69

<sup>67</sup> *Op. cit.* p. 72.

pode ser expressa por meio dos mais diversos enunciados e um mesmo enunciado, de acordo com as circunstâncias, também pode exprimir diferentes proposições.<sup>68</sup>

Conforme exposto, asseverar que a norma jurídica seja uma proposição constitui nada além de afirmar que ela é *um conjunto de palavras que, consideradas conjuntamente, possui um significado*.<sup>69</sup> Para a compreensão da

---

<sup>68</sup> *Op. cit.* p. 72-74

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 75

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 75-77

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 77-79

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 80-83

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 83-87

<sup>69</sup> IRTI, Natalino. **Introduzione allo Studio del Diritto Privato**. CEDAM: Padova: 1.994. p. 14-15

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 16

<sup>69</sup> *Idem.*

<sup>69</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Parte Geral, Tomo I, 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1.970. p. 03

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 08

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 15-16

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 08-9

<sup>69</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1.981. p. 03

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 04-5

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 01

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 02-3

<sup>69</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Parte Geral, Tomo I, 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1.970. p. 09

<sup>69</sup> *Idem.*

<sup>69</sup> *Idem.*

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 10

dinâmica das proposições, impõe-se distinguir entre dois aspectos de análise, com fundamento no pensamento de Norberto BOBBIO: (i) *a forma gramatical* (modo como a proposição é expressa) e (ii) *a função* (fim a que se propõe alcançar o sujeito que pronuncia a proposição).<sup>70</sup>

Segundo o critério (i) da forma gramatical,<sup>71</sup> pode-se estabelecer quatro ordens de proposições: (a) declarativas, cujo exemplo seria *chove.*; (b) interrogativas, *chove?*; (c) imperativas, *pegue o guarda chuva!*; e (d) exclamativas, *veja só como você está molhado!*. Por seu turno, de acordo com o referencial (ii) da

<sup>69</sup> Idem.

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 15

<sup>69</sup> Idem.

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 11

<sup>69</sup> Idem

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 04

<sup>69</sup> Idem.

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 13

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 14

<sup>69</sup> *Op. cit.* p. 15

<sup>69</sup> Idem.

<sup>69</sup> O termo *fatispécie* é empregado na seguinte tradução do texto italiano: BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, Tomo I, trad: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra: 1.969.

<sup>69</sup> BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, Tomo I, trad: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra: 1.969. Ver "*Nota do Tradutor*" aduzida na nota de rodapé n.º 03, p. 17-18.

<sup>69</sup> Idem, sobretudo, ver a nota de rodapé n.º 02

<sup>69</sup> IRTI, Natalino. **Introduzione allo Studio del Diritto Privato**. CEDAM: Padova: 1.994. p. 17

<sup>69</sup> Idem.

<sup>70</sup> *Op. cit.* p. 75

<sup>71</sup> *Op. cit.* p. 75-77

função desempenhada, existiria outras quatro espécies de proposições: (a) asserções; (b) perguntas; (c) comandos; e (d) exclamações. Com freqüência, nota-se uma correspondência entre a forma gramatical utilizada e a função desempenhada, porém ambas as perspectivas, de modo algum, confundem-se, uma vez que se relacionam a *objetos* absolutamente diversos.

Com fulcro na exposição relacionada ao critério (ii) da função desempenhada,<sup>72</sup> vale destacar, para o estudo da perspectiva normativa, as proposições que exercem a função (c) de comando. Ao pronunciar tais proposições, o sujeito tem em mente o fim de *influir sobre o comportamento alheio para modificá-lo*. Vale lembrar que a função de comando pode ser expressa por meio das quatro formas gramaticais já referidas, muito embora a mais comumente utilizada seja mesmo a imperativa.

Norberto BOBBIO afirma, ainda, que a *função prescritiva* seria uma das três funções fundamentais da linguagem, ao lado da *expressiva* e da *descritiva*.<sup>73</sup> Ao passo que a (i) função descritiva teria como objetivo *fazer conhecer*; a (ii) expressiva almejaria *fazer participar aos outros uma determinada situação sentimental*; e, por fim, a (iii) prescritiva visaria a *fazer fazer*, isto é, expediria comandos, conselhos e advertências, de modo a influenciar o comportamento alheio. As três funções lingüísticas fundamentais originariam três tipos diferentes de linguagem muito embora *apenas idealmente*, uma vez que jamais encontrados em estado puro. Trata-se das linguagens *científica*; *poética*; e *normativa*.

Freqüentemente, os discursos combinam mais de um tipos de linguagem. Dentre os exemplos apresentados por Norberto BOBBIO, destacam-se a

---

<sup>72</sup> *Op. cit.* p. 77-79

<sup>73</sup> *Op. cit.* p. 80-83

*celebração*, que combina proposições descritivas e expressivas (*comunicar o falecimento do ente querido e expressar tristeza*), e o *sermão*, composto de proposições expressivas e prescritivas (*suscita sentimentos de religiosidade e persuade a fazer o bem*).

O cotejamento em face das proposições descritivas é de grande utilidade para a compreensão das proposições prescritivas.<sup>74</sup> Primeiramente, ambas possuiriam uma (i) *função diferenciada*: ao passo que a descrição visaria a informar outrem acerca de algo, a prescrição objetivaria modificar o comportamento de terceiros. Além disso, observando-se o (ii) *comportamento do destinatário*, poder-se-ia concluir que, enquanto na descrição o consentimento do destinatário manifesta-se no momento em que ele passa a acreditar na veracidade da proposição, na prescrição o consentimento é evidenciado no momento em que o destinatário executa o que foi preceito. Por fim, acerca da (iii) *valoração da proposição*, observa-se que, muito embora as descrições possam ser verdadeiras ou falsas, as prescrições, por definição, não se submeteriam à valoração de veracidade e falsidade.

Apesar de não se submeter à valoração de veracidade e falsidade, as normas jurídicas poderiam ser vislumbradas a partir<sup>o</sup> de outras ordens de valoração, que permitem concluir pela existência ou não de *justificação*. Norberto BOBBIO destaca duas: (i) a *correspondência a valores últimos*, responsável pela *justificação material* das normas e, conseqüentemente, pela conclusão de serem elas *justas ou convenientes*; e (ii) a *derivação das fontes primárias de produção normativa*, atinente à *justificação formal* das normas e à sua adjectivação como *válidas*.

---

<sup>74</sup> *Op. cit.* p. 83-87

Segundo o pensamento de Natalino IRTI,<sup>75</sup> é possível, ainda que em restrita medida, compatibilizar as teorias da norma jurídica como *juízo hipotético* e enquanto *proposição prescritiva*, uma vez que todo *juízo hipotético* operaria, essencialmente, como uma *prescrição*. Tal ocorre porque, ao se afirmar que um certo comportamento é devido, faz-se referência implícita à necessidade de modificação do comportamento desconforme, realizando-se, desse modo, a função prescritiva.

Porém, o professor Natalino IRTI,<sup>76</sup> defensor da *teoria da norma jurídica como juízo hipotético*, muito embora aponte para a referida possibilidade de compatibilização, constrói diversas ressalvas à teoria ora em exame. Para o autor, a perspectiva lingüística seria *externa* à normativa, não permitindo a compreensão *do que a norma jurídica seja*, mas, tão-somente, explicando *uma das muitas possibilidades de uso da linguagem* (prescrição normativa).<sup>o</sup> O eminente professor salienta que *a palavra seria apenas um instrumento*. Deste modo, a perspectiva lingüística não seria apta a compreender o fenômeno normativo, mas apenas o *meio* pelo qual a norma se expressa (linguagem).

Além disso, Natalino IRTI afirma que, na perspectiva da teoria em exame, a norma jurídica não existe como um ente autônomo, impondo-se, ao contrário, a participação tanto do autor da prescrição quanto do seu destinatário na construção da mensagem prescritiva.<sup>77</sup> Desse modo, voltariam a aflorar na compreensão da normatividade elementos de ordem psicológica que a *teoria do juízo hipotético*, segundo o jurista italiano, já haveria sepultado.

---

<sup>75</sup> IRTI, Natalino. **Introduzione allo Studio del Diritto Privato**. CEDAM: Padova: 1.994. p. 14-15

<sup>76</sup> *Op. cit.* p. 16

<sup>77</sup> *Idem.*

## 5. Teoria normativa de Pontes de Miranda

Na concepção do eminente jurista brasileiro PONTES DE MIRANDA, as regras jurídicas seriam a *"norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida."*<sup>78</sup> Em outro momento, refere-se a elas como *"factos do mundo dos pensamentos, factos a que temos de atender por seu encadeamento histórico, por sua intensidade presente e pela previsão ou visão de suas consequências."*<sup>79</sup>

Para melhor compreender o conceito exarado pelo jurista em ambos os excertos, pode-se segmentá-lo, individualizando os seguintes elementos: (i) as regras jurídicas são fatos; (ii) as regras jurídicas são normas; (iii) elas pertencem à parcela do mundo físico denominada de *"mundo dos pensamentos;"* (iv) as regras jurídicas existem porque o homem assim o quis, isto é, elas encontram o seu fundamento na *vontade humana*; (v) a vontade humana que conduz à existência das regras jurídicas possui três vetores principais: (a) a ordenação do fatos, ou seja, a transformação do *caos em ordem*; (b) a garantia de uma certa previsibilidade em relação à ocorrência de certos fatos futuros relevantes para o direito; e (c) uma distribuição ordenada e previsível dos bens da vida; (vi) há três motivos fundamentais para que as regras jurídicas sejam atendidas pelos homens, quais sejam (a) a sua inserção na história dos homens, (b) a força com que elas se impõem aos seus destinatários, (b) a previsão de que elas produzirão as conseqüências que lhes são pertinentes.

---

<sup>78</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Parte Geral, Tomo 1, 3.ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1.970. p. 03

Com vistas a compreender os contornos da regra jurídica no entendimento de PONTES DE MIRANDA, vale afirmar que ele chega, até mesmo, a distinguir quatro espécies de ângulos de análise, determinados a partir da perspectiva de quem observa "*o direito por sobre ele,*" ou seja, exteriormente.<sup>80</sup> Nesse sentido, as regras jurídicas poderiam ser observadas: (i) como *imperativos*, a partir do ponto de vista da *lógica*; (ii) como *regras sociais*, sob o enfoque da *sociologia*; (iii) como regras dirigidas a todos; e (iv) como regras para o julgamento de uma conduta. Muito embora não esteja expresso na obra do autor, tendo em mente uma perspectiva sistemática do seu arcabouço teórico, pode-se concluir que o item (iii) refere-se ao ponto de vista da *incidência* da regra jurídica e o (iv) ao ângulo da sua *aplicação*, ambos interessando, sobretudo, aos estudiosos da ciência do direito.

Segundo PONTES DE MIRANDA, a técnica de formação da regra jurídica seria em muito semelhante à mecânica das leis físicas, uma vez que a regra jurídica constituiria um fato existente no mundo físico, do qual o mundo dos pensamentos seria apenas uma parcela.<sup>81</sup> Em função dessa tão peculiar técnica, a regra jurídica seria dotada de uma especial *eficiência* para submeter a ordem social à mesma coordenação própria do mundo físico.

Os peculiares contornos da concepção pontiana de regra jurídica podem ser melhor vislumbrados caso seja compreendida a importante função que a regra jurídica possui, segundo o entendimento do mestre, no processo de adaptação da sociedade. Para PONTES DE MIRANDA, "*a adaptação é a grande lei da vida, e*

•

---

<sup>79</sup> *Op. cit.* p. 08

<sup>80</sup> *Op. cit.* p. 15-16

<sup>81</sup> *Op. cit.* p. 08-9



*do mundo não vivo. A história dos seres escreve-se, capitaliza-se neles. Os nossos atos nos acompanham.*"<sup>82</sup>

Para PONTES DE MIRANDA, a evolução e o retrocesso do ordenamento jurídico de uma sociedade, por ocasião de ingresso de uma nova regra jurídica, pode ser auferida mediante dois critérios fundamentais: (i) a dilação dos círculos sociais; e (ii) a diminuição da violência e do caráter despótico do direito.<sup>83</sup> Assim, tanto maior será a adaptação social promovida pelo direito quanto maior for a sociabilidade por ele produzida (*razão direta*) e quanto menor for grau de violência e despotismo por ele empregado (*razão inversa*). Para o renomado jurista, a importância do direito no processo de adaptação social é ímpar, uma vez que apenas a regra jurídica se impõe com a força da *incidência*, sobre a qual, mais além, discorrer-se-á. Para o mestre, sem a ocorrência de adaptações, todos os seres, inclusive o homem, morreriam. As adaptações processam-se por meio de elementos tanto interiores quanto externos ao indivíduo, destacando-se, como elemento principal, -- verdadeira *pedra angular* entre todos os animais, mas sobretudo em relação ao homem --, a *sensação*. Por meio da sensação que seria possível distinguir entre o que é *útil* e o que é *prejudicial*.<sup>84</sup>

Em função disso, no passado remoto, o fundamento do fenômeno jurídico residia justamente no respeito às leis *para não sofrer a dor da aplicação de terríveis penas e prosseguir na busca pelo prazer em sociedade*. A consciência do indivíduo pouco intervinha: *bastava as sensações de dor e de prazer*. O homem torna-se livre na exata medida em que principia a *conhecer* os fenômenos naturais,

---

<sup>82</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1.981. p. 03

<sup>83</sup> *Op. cit.* p. 04-5

<sup>84</sup> *Op. cit.* p. 01

evitando-os ou utilizando-os de forma mais complexa que aquela pertinente simplesmente à sensação. Desse modo, ocorre uma substituição fundamental: o "*não persista*" cede lugar ao "*não faça*." Assim, a advertência sensorial inconsciente só possível quando o homem já sente a dor ("*não persista*" *sentindo a dor*) deixa de constituir o centro do fenômeno jurídico, sendo substituída por uma advertência consciente prévia ("*não faça*").<sup>85</sup>

Como se pode perceber, a concepção do direito, na perspectiva de PONTES DE MIRANDA, possui traços que a fazem, em muito, assemelhar-se aos fenômenos naturais. O mesmo jurista, porém, relativiza essa perspectiva, ao asseverar que a vida humana não se processa em um *puro* mundo físico -- como ocorre com os entes destituídos de vida -- ou em um *puro* mundo biológico -- tal qual os demais seres vivos --, mas em um verdadeiro *complexo físico, vital e, até mesmo, psíquico*, ao qual denomina de *mundo social*.<sup>86</sup> É esse universo tão especial, o *mundo social*, seria regido por leis aptas a descrever os fatos que nele ocorrem (*leis científicas*), por leis intrínsecas aos fatos que o compõe, por cujo conhecimento se deve buscar (*leis "procuradas"*) e por leis dotadas da peculiar característica de *incidir* sobre tais fatos (*regras jurídicas*).<sup>87</sup>

Além disso, os traços de similitude entre a concepção de PONTES DE MIRANDA de direito e os fenômenos físicos, de igual modo, são relativizados quando o jurista afirma que a realização da regra jurídica não ocorre, simplesmente, de forma mecânica. Essa constatação poderia ser demonstrada pelas situações em

---

<sup>85</sup> *Op. cit.* p. 02-3

<sup>86</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Parte Geral, Tomo I, 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1.970. p. 09

<sup>87</sup> *Idem.*

que não basta a *incidência*, mas também se faz necessária a *aplicação* da regra jurídica.<sup>88</sup>

À parte as relativizações realizadas, no pensamento pontiano, não se pode *confundir* o fenômeno jurídico com a *operação de aplicação das regras jurídicas*.<sup>89</sup> O processo de aplicação -- muito embora, não raro, seja necessário -- envolve a participação da *vontade humana*, expressa por pessoas imbuídas de interesses individuais e mesmo por agentes do Estado. A operação de aplicação, também por esse motivo, seria estranha ao fenômeno jurídico, constituindo ela tão-somente um suporte material para a incidência da regra jurídica. No núcleo da concepção pontiana de direito está a *incidência* e não a *aplicação*, porém, freqüentemente, sem a *aplicação* não há a realização do direito.<sup>90</sup>

Deve-se salientar que o conceito-chave da concepção normativa de PONTES DE MIRANDA, isto é, a *incidência*, também não se confunde com a *respeitabilidade* da regra jurídica.<sup>91</sup> Para o autor, a confusão entre ambos os conceitos constitui a razão de incontáveis equívocos, como, por exemplo, a concessão de uma importância indevida ao elemento psicológico dos destinatários da norma.

De igual modo, a *incidência* não se confunde com a *existência* da regra jurídica. Às vezes, muito embora a regra já exista, ela ainda não incide, como, por exemplo, ocorre naquele período compreendido entre os momentos da

---

<sup>88</sup> Idem.

<sup>89</sup> *Op. cit.* p. 10

<sup>90</sup> Idem.

<sup>91</sup> *Op. cit.* p. 15

publicação de uma regra e do início da produção de seus efeitos, denominado *de vacatio legis*.<sup>92</sup>

Deve-se, ainda, distinguir entre *incidência* e *eficácia*. Apesar de a incidência da regra jurídica constituir o seu momento de eficácia, isto é, de produção dos efeitos que lhe são pertinentes, o fenômeno da eficácia não se restringe à incidência normativa. Com essa diferenciação, PONTES DE MIRANDA afirma depositar uma verdadeira *pá de cal* em inúmeros equívocos encontrados no pensamento de juristas europeus em relação à questão da *eficácia*.

Nesse sentido, haveria, basicamente, duas formas de eficácia: (i) aquela já apresentada aqui, pertinente à regra jurídica, confundindo-se com a sua *incidência*; e (ii) aquela atinente ao fato jurídico, consubstancializando-se na *juridicização de suas consequências*. A concepção do jurista acerca da segunda modalidade de eficácia pode, de forma adequada, ser compreendida a partir da seguinte seqüência: (a) a regra jurídica enuncia algo sobre os fatos; (b) em se verificando a ocorrência dos fatos referidos pela regra jurídica, ela incide sobre eles; (c) em função da incidência da regra jurídica, os fatos adquirem juridicidade (tornam-se *fatos jurídicos*) e passam a irradiar uma certa *eficácia jurídica*. Assim, esta última espécie de eficácia não proviria da regra jurídica simplesmente, mas da *juridicização dos fatos*. A *juridicidade seria a cor que impregna os fatos aptos a produzir efeitos jurídicos*.

Consoante exposto, apenas é possível a exata compreensão da noção pontiana do fenômeno normativo a partir do conhecimento da noção de incidência e do modo como ela se processa. Nesse sentido, verifica-se a incidência da regra jurídica quando ocorrem certos fatos nela previstos (*fatos-conteúdo* ou

---

<sup>92</sup> Idem.

*suporte fático*). A incidência da regra jurídica seria "*como a da planície da máquina de impressão, deixando a sua imagem colorida em cada folha.*" Ela simplesmente ocorre, atingindo a todos os fatos relacionados ao conteúdo da regra jurídica, independentemente de esta vir a ser atendida ou não. De igual modo, o desconhecimento da regra jurídica não constitui obstáculo para a incidência, ressalvando-se, no entanto, que eventual violação ao *princípio da publicidade do direito* poderá produzir consequências no plano da validade.

O conceito de *incidência* é relevante de tal forma, no entendimento de PONTES DE MIRANDA, que, para ele, "*é falsa qualquer teoria que considere apenas provável ou suscetível de não ocorrer a incidência das regras jurídicas.*" Tal ocorreria, sobretudo, em função de que "*o homem não organizou a vida social deixando margem à não incidência, porque teria sido o ordenamento alógico, em sistema de regras jurídicas em que essas poderiam não ser.*" Assim, tem-se que a mais remota possibilidade de não incidência já bastaria para questionar, de modo inelutável, a logicidade do ordenamento jurídico.

A noção de *incidência*, além de constituir o núcleo da normatividade -- ou talvez justamente por isso --, estaria também ao centro de muitas das incorreções encerradas pelos demais modos de compreensão da norma jurídica. Nesse sentido, segundo o autor, muitos juristas não entendem, de forma suficientemente adequada, os diferentes significados do termo equívoco, oriundo do idioma alemão, *gültigkeit*. Haveria quatro possibilidades de significação, mal compreendidas: (i) o *existir*; (ii) o *incidir sobre a regra jurídica*; (iii) o *ter força de aplicação*; (iv) o *valer*.

Em função da equivocidade do termo alemão, configurou-se, entre os estudiosos do direito, três incorreções principais, em relação à regra jurídica: a

indistinção entre (i) o *existir* e o *incidir*, (ii) o *incidir* e o *ser aplicada*; e (iii) o *incidir* e o *valer*.

Tais incorreções constituiriam o fundamento do debate entre as teorias do *imperativo ou comando* e do *juízo hipotético*. Tendo em vista que os argumentos de PONTES DE MIRANDA contra a primeira das concepções já foram apresentados, relata-se que, contra a segunda, o jurista brasileiro afirma que (i) na conformação dos nuances da regra jurídica, o aspecto basilar é a sua *incidência* e não a sua *aplicação*, consoante já salientado; (ii) no núcleo da regra jurídica, não há elemento hipotético algum, uma vez que a incidência (*núcleo*) é um fato; (iii) o único aspecto hipotético relaciona-se à atividade operacional de aplicação da regra jurídica pelo Estado, *que poderá ocorrer ou não*.

Em síntese, PONTES DE MIRANDA aponta para a incorreção dos estudiosos europeus na compreensão do enunciado normativo. Em verdade, o enunciado por eles apresentado refere-se tão-somente ao procedimento de aplicação da regra jurídica: "Se A e a, mas, no plano do atendimento, não-A, então A," sendo "A" a norma e "a" os fatos nela previstos. Isto é, tais cientistas partem de uma regra jurídica definida previamente para, tendo em vista o seu não atendimento, determinar a necessidade de sua imposição (*aplicação*).

Na estrutura proposta pelo mestre brasileiro, tem-se o seguinte enunciado: "Se a, então a regra A." Aqui, portanto, principia-se da ocorrência de um fato, para, então, verificar-se a imposição (*incidência*) de uma regra jurídica. Exposta, portanto, está a confusão: as teorias do *imperativo ou comando* e do *juízo hipotético* expõem o modo como se processa a *aplicação* da regra jurídica, não sendo aptas para compreender a sua essência, residente, justamente, no fenômeno da *incidência*. Por seu turno, a fórmula construída por PONTES DE MIRANDA volta-

se à compreensão da regra jurídica a partir do ângulo correto, motivo pelo qual merece sobrepor-se às demais teorias.

Além disso, sustenta-se também que as mesmas críticas formuladas por Natalino IRTI em relação à concepção da *norma jurídica enquanto proposição lingüística* podem ser referidas para justificar a opção deste trabalho pela perspectiva pontiana. A teoria que vislumbra a norma jurídica como uma proposição lingüística não apreende a essência do fenômeno jurídico, mas tão-somente o instrumento pelo qual ele se manifesta, isto é, a palavra.

Tendo em vista o seu convincente rigor técnico, adota-se, neste trabalho, a concepção de PONTES DE MIRANDA acerca da regra jurídica como fundamento maior para as reflexões sobre o seu significado e a sua estrutura. Em função disso, ao longo do texto, realizar-se-á um maior aprofundamento nas digressões teóricas do jurista. Após compreendido o referencial conceptual de norma jurídica albergado nos estudos que precederam a elaboração deste texto, pede-se licença ao leitor para realizar, ainda, outra reflexão acerca de tema correlato. A seguir, examinar-se-á um importante conceito utilizado, sobretudo, entre os autores italianos, a "*fattispecie*," pretendendo-se, com ele, enriquecer ao menos, minimamente a noção normativa aqui esposada.

## **6. As contribuições da noção de "fatispécie" para a compreensão da estrutura da regra jurídica**

Inicialmente, cabe advertir que, no presente texto, acolheu-se o termo *fatispécie*, produto do aportuguesamento da expressão italiana "*fattispecie*"

realizado por Fernando de MIRANDA, tradutor da obra de Emílio BETTI<sup>93</sup> para a língua pátria. No entanto, é importante ressaltar que, apesar de se adotar aqui o neologismo do jurista português, o sentido concedido ao termo destoa daquele por ele utilizado. Ao passo que Fernando de MIRANDA utiliza o termo *fatispécie* para referir-se apenas às situações de fato já concretizadas, preferindo a expressão *previsão* para aludir à descrição daqueles fatos, tomados ainda abstratamente, que constituem o objeto da incidência normativa, neste trabalho, o termo *fatispécie* será utilizado, justamente, em sentido próximo a esta última perspectiva.

Em segundo lugar, outra advertência a se realizar é que, muito embora a noção de *fatispécie* tenha sido cunhada entre aqueles estudiosos que assumem uma concepção normativa conforme ou, ao menos, próxima à *teoria do juízo hipotético*, neste estudo, dela se lançará mão com vistas a compreender a estrutura fundamental da regra jurídica, por se entender aqui pela existência de possibilidades de compatibilização tanto com o pensamento pontiano quanto com a noção de sistema jurídico que adiante será apresentada.

Após tais ressalvas, insta voltar ao pensamento de Emílio BETTI, responsável pela introdução da noção de *fatispécie* nas teorizações de direito civil, em sua obra sobre as *"Instituições de Direito Romano."* Segundo o autor, o termo derivaria da expressão latina medieval *"facti species,"* cuja tradução seria *"figura do fato."* Destaca ele, ainda, algo que, ao longo do presente trabalho se revelará de relativa importância: a compreensão normativa fundamentada na noção de *fatispécie* possui um íntimo entrelaçamento com o *processo legislativo de configuração por tipos.*

---

<sup>93</sup> *Op. cit.*



Natalino IRTI,<sup>94</sup> por sua vez, salienta que o termo é de uso bastante comum entre os estudiosos do direito na Itália, destacando duas possibilidades básicas de significação encontrada entre os diversos autores: (i) *fastipécie abstrata*, relacionada aos fatos previstos abstratamente pela regra e (ii) *fatispécie concreta*, atinente aos fatos concretos que, em função de sua previsão normativa, ensejam a produção de efeitos jurídicos. Segundo o autor, este último modo de utilização (ii) seria profundamente equivocado, pois a *fatispécie* constitui a *descrição ou o esquema de um fato* e não, como ali se sugere, um *fato real já verificado*.

Sobretudo em função desta convincente argumentação de Natalino IRTI, ao traduzir-se para o português a expressão de origem italiana, tomou-se posicionamento diferenciado daquele optado por Fernando de MIRANDA. Deve-se, porém, ressaltar que, tendo em vista o arcabouço conceptual de Emílio BETTI, a escolha realizada por seu tradutor é plenamente justificável, pois a noção construída por este jurista italiano possui uma *certa* proximidade em relação àquela de *fatispécie concreta*.

Na concepção normativa de Emílio BETTI, a noção de *fatispécie* adquire grande relevo. O pensamento do autor acerca da realização do direito pode ser sintetizado mediante a seguinte seqüência: (i) ocorre um fato; (ii) referido fato, *enquadrado em sua moldura circunstancial*, está imbuído de determinados elementos de modo a corresponder ao tipo contemplado na *fatispécie*; (iii) há a *síntese normativa*, estabelecendo-se um nexo entre o tipo consignado na *fatispécie* e a disposição correspondente; (iv) produz-se a *situação jurídica*, conceito que será desenvolvido oportunamente.

---

<sup>94</sup> *Op. cit.*

Emílio BETTI destaca que haveria um *nexo de causalidade*, comparável àquele próprio dos fenômenos naturais, entre a *fatispécie* e a disposição encerrada pela regra jurídica. Em se verificando os fatos previstos na regra jurídica (*fatispécie abstrata*), produzir-se-ia a *fatispécie (concreta)* que, por sua vez, constitui a causa de diversos *efeitos jurídicos*. Para o autor, a noção de *fatispécie (concreta)* seria preferível à idéia de fato jurídico, pois indicaria tanto o fato propriamente dito como, também, o *estado de fato e de direito* em que ele se enquadra. Neste estudo, porém, mantém-se o conceito de *fato jurídico* cunhado por PONTES DE MIRANDA.

Como já referido, em outro sentido está a concepção de Natalino IRTI. No pensamento deste autor, em consonância com a *teoria do juízo hipotético* ("se A, então B"), a estrutura interna da regra jurídica seria composta por três elementos nucleares: (i) *o fato previsto como hipótese*; (ii) *o efeito estatuído como consequência da verificação do fato*; (iii) *o nexo unificador entre fato e efeito*. Desse modo, na parcela da regra jurídica que o autor denomina de *parte hipotética*, descrever-se-ia um *fato* que pode ou não vir a ocorrer. Assim, não se trata de um *fato real*, mas de um *fato eventual*. Evidente, portanto, está a função nuclear que a noção de *fatispécie* exerceria no mecanismo de processamento do *juízo hipotético*.

Além disso, também é relevante examinar o modo como os *fatos em hipótese* são descritos na regra jurídica. Nesse sentido, para Natalino IRTI, a técnica de descrição do fato seria absolutamente arbitrária, modificando-se de tempos em tempos e não obedecendo a critério algum, nem de veracidade ou falsidade, nem sequer de fidelidade ou infidelidade à realidade concreta dos fatos. Não haveria, assim, um modelo fixo ou um esquema rigoroso pelo qual a descrição do fato dever-se-ia pautar. Ao legislador, assegura-se, do ponto de vista da técnica de descrição

do fato, isto é, da constituição da fatispécie (*figura do fato*), a maior discricionaridade possível.

No entanto, muito embora ressalte tal *discricionaridade*, Natalino IRTI destaca três metodologias bastante usuais para a *constituição da fatispécie*: (i) *seletivo*: a regra jurídica, ao invés de pretender expressar toda a riqueza e complexidade do fato descrito, deveria escolher certos elementos e construiria uma síntese de índole abstrata, sendo bastante comum; (ii) *combinatório*, que, por sua vez, encerraria duas possibilidades: (a) a regra jurídica acrescentaria ao fato certos elementos não pertinentes à sua essência, como, por exemplo, nas hipótese em que se exige uma especial formalidade (*elemento não essencial*) para a juridicização de certo fato; (b) a regra jurídica poderia, também, na descrição da fatispécie, unir fatos que, originalmente, apresentam-se de forma autônoma, permitindo-se, assim, distinguir entre: (a') *fatispécie simples*, ou seja, aquela composta por um único fato; e (b') *fatispécie complexa*, ou seja, aquela que encerra dois ou mais fatos; (iii) *classificatório*, por meio do qual a regra jurídica criaria verdadeiras categorias, organizando a disposição dos fatos, seja (a) em uma *relação de gênero e espécie*, como, por exemplo, ao discorrer sobre *contratos* (*gênero*) e *contrato de comodato* (*espécie*), seja (b) ao prever uma *regra de exceção*, como, para ilustrar, a *impossibilidade de o tutor realizar negócio jurídico com o tutelado* (*incapacidade específica*).

Cabe lembrar também que, às vezes, um *efeito jurídico* pode vir a constituir um dos elementos descritos na fatispécie, tornando necessária, então, a realização de um complexo *itinerário lógico*. Para elucidar eis o exemplo do art. 1.288 do Código Civil: "O dono ou o possuidor do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior, não podendo realizar obras

*que embarquem o seu fluxo, porém a condição natural e anterior do prédio inferior não pode ser agravada por obras feitas pelo dono ou possuidor do prédio superior.*" Neste exemplo, claro está que o fato em hipótese (propriedade ou posse de bem imóvel) constitui um *efeito jurídico* com fundamento em outros fatos jurídicos e em outras regras jurídicas, notadamente aquelas que regulam a disciplina dos direitos reais.

Por fim, impõe-se demonstrar a compatibilidade da noção de *fatispécie* com o pensamento pontiano e sugerir, desse modo, uma linha de definição. Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA assim enuncia: "... é essencial a todo estudo sério do direito considerar-se, em ordem, a) a elaboração da regra jurídica (fato político), b) a regra jurídica (fato criador do mundo jurídico), c) o **suporte fático (abstrato) a que ela se refere**, d) a incidência quando o suporte fático (concreto) ocorre, e) o fato jurídico, que daí resulta, f) a eficácia do fato jurídico, isto é, as relações jurídicas e mais efeitos dos fatos jurídicos." (sem grifo no original) Ao aludir ao "*suporte fático (abstrato) a que [a regra jurídica] se refere*," o jurista constrói noção imbuída de contornos idênticos àqueles da *fatispécie*, tendo o mérito, ainda, de diferencia-la do "*suporte fático (concreto)*." Também para PONTES DE MIRANDA, a regra jurídica *descreve* os fatos sobre os quais incidirá, consignando a previsão, em abstrato, de um *suporte fático* que, caso se realize, de forma suficiente, no plano da concretude, imporá a sua incidência.

Desse modo, com fundamento nas reflexões já alinhavadas e de modo a conciliar as noções de *fatispécie* e *suporte fático*, pode-se apresentar o seguinte: (i) *fatispécie* é descrição, em abstrato, do suporte fático suficiente para que a regra jurídica incida; (ii) a regra jurídica estrutura-se por meio da constituição de uma *fatispécie*. A definição de tais conceitos é relevante, primeiramente, para que

não se reproduza aqui a mesma confusão já aludida em relação à diferenciação entre *fatispécie (abstrata)* e *fatispécie (concreta)*, agora corporificada na distinção acerca de *suporte fático (abstrato)* e de *suporte fático (concreto)*. Neste trabalho, ora em diante, far-se-á referência a *fatispécie* -- sempre abstrata -- e *suporte fático* - - sempre concreto.

## CAPÍTULO TERCEIRO

### A SITUCIONALIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS E A NORMA CONCRETA SITUACIONAL

O eminente jurista alemão Karl LARENZ, cujos estudos de grande valia foram para a realização deste trabalho, por todos os demais autores que se ocupam do polêmico tema, é enfático ao apontar para a existência de uma íntima *conexão* entre as regras jurídicas. Tal conexão possuiria relevância extrema, uma vez que seria responsável por inúmeras implicações na conformação da resposta que o ordenamento jurídico concede aos problemas ensejados pelo caso concreto. Desse modo, a compreensão do procedimento de realização do direito só é possível caso se leve em consideração tão importante fator. Para o autor citado, toda regra jurídica constituiria apenas pequena parcela de uma regulamentação muito mais ampla. As regras estariam sintonizadas entre si, exercendo, cada uma, a sua peculiar funcionalidade no interior de um *contexto de regulamentação*.

#### 1. Um breve excurso pela metodologia da Ciência do Direito

##### 1.1. As construções jurídicas

Muito embora o ângulo de análise do presente trabalho não seja aquele atinente à *operacionalidade do direito*, realizada por meio da hermenêutica e da aplicação das regras jurídicas, mas, em outro sentido, a compreensão do *direito*

*civil enquanto fenômeno*, fundada, sobretudo, na conformação pontiana de uma *regra jurídica que incide, independentemente de vir a ser interpretada e aplicada, ou sequer conhecida*, para o pleno entendimento do aspecto *situacional* da normatividade, é oportuno volver os olhos para os debates contemporâneos acerca da metodologia jurídica, sobretudo, em relação à construção teórica atual da noção de *sistema*. Em tais reflexões, encontram-se fundamentos concisos para a compreensão do modo como se processa e estrutura a conexão entre as diferentes regras jurídicas.

Para o mesmo Karl LARENZ, um conceito nuclear para a compreensão da metodologia do direito seria aquele de *construção jurídica*.<sup>95</sup> Ao conceituar o que entende por *construção jurídica*, o autor remete-se àquela (i) *atividade* dos operadores do direito, (ii) com vistas a *inserir* no sistema ou (a) uma *regulação* específica, já encontrada previamente em lei, ou (b) um *modelo contratual* novo, desenvolvido no trânsito jurídico. Para o mesmo jurista, a noção em exame seria imprescindível à formação do sistema, muito embora tenha dúvidas acerca tanto (i) da sua importância na tarefa de conhecimento do direito, quanto (ii) da presença de uma suposta *isenção valorativa*, decorrente da pretensão de tal atividade de vir a ser tão-somente o resultado de uma *operação lógica de pensamento*. A relevância da noção relaciona-se ao fato de ela permitir, na formação do sistema, a comparação entre os elementos dele constituintes, evidenciando, assim, tanto o que apresentariam em comum, quanto o que os diferenciaria. Nesse sentido, exerceria um papel fundamental na eliminação de possíveis *contradições* verificadas no interior da concepção sistemática.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, 6.<sup>a</sup> ed, trad: José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1.997. p. 627

<sup>96</sup> *Op. cit.* p. 627-8

Sendo controversa, entre os cientistas, a *construção jurídica* correta acerca da sistematização do direito, haveria a formação de *teorias jurídicas*. Citando Ralf DREIER, Karl LARENZ afirma que uma *teoria* seria (i) um *sistema de enunciados* que, por sua vez, (ii) apresentariam entre si determinadas *relações de inferência*, (iii) satisfazendo, no mínimo, os *imperativos de consistência e comprovação*.<sup>97</sup> Especificamente, acerca das *teorias jurídicas*, os enunciados formulados teriam como objeto a *normatividade* em vigor. Além disso, referidos enunciados, para serem aptos a compor uma teoria jurídica *consistente*, não poderiam manter *contradições* uns com os outros, nem *do ponto de vista lógico*, nem sequer *sob a perspectiva valorativa*.

Uma questão a que se volta Karl LARENZ é aquela atinente às possibilidades de comprovação das teorias jurídicas, isto é, aferir se elas seriam *verificáveis ou falsificáveis* em sua *correção*, consideradas enquanto um sistema de enunciados. Para o autor, a ciência do direito deveria pretender a formulação de *enunciados corretos*, de modo a produzir um *conhecimento adequado* de seu objeto. A necessidade de comprovação das *teorias jurídicas* seria semelhante àquela encontrada entre as ciências exatas, uma vez que os seus enunciados não seriam apenas inferências lógicas obtidas a partir de axiomas fixos por uma *simples operação mental*. Assim, as teorias jurídicas seriam, plenamente, passíveis de *falsificação*, encontrando-se, não raro, nos debates acadêmicos sobre a *construção jurídica* do sistema, *teorias incorretas e não conformes*.<sup>98</sup> Em verdade, elas não seriam *meras expressões de opinião*, dentre as quais se pode livremente escolher,

---

<sup>97</sup> *Op. cit.* p. 638

<sup>98</sup> *Op. cit.* p. 640



mas, ao contrário, devem adequar-se *objetivamente* à normatividade vigente (*critério de adequação das teorias jurídicas*).<sup>99</sup>

Deve-se, no entanto, relativizar a afirmação realizada acerca das possibilidades de *falsificação* das teorias jurídicas. Ao passo que as teorias pertinentes às ciências exatas teriam o objetivo de *explicar* os fenômenos da natureza e reconduzi-los a determinadas leis científicas de cunho *geral*, aquelas atinentes à ciência do direito não seriam aptas a explicar coisa alguma, mas tão-somente *clarificar* as conexões jurídicas encontradas no sistema. Assim, a *comprovação* das teorias jurídicas teria como fundamento: (i) as regras jurídicas vigentes, (ii) os princípios jurídicos reconhecidos e (iii) a integralidade do sistema, ao qual a teoria se deveria adequar. O autor salienta, ainda, as dificuldades atinentes à comprovação das teorias jurídicas, sobretudo porque, não raro, como sua decorrência, pode-se impor a modificação, ampliação, redução e ou, até mesmo, a completa transformação do sistema. No exemplo citado pelo jurista, tal ocorreu em relação ao sistema parcelar dos *direitos subjetivos*, quando da *descoberta* dos chamados *direitos potestativos*.<sup>100</sup>

Com vistas a compreender o panorama das reflexões contemporâneas sobre a noção de “sistema” de direito, constitui de relativa utilidade a exposição preliminar de um debate subjacente, concernente aos modelos conceituais empregados pelos autores, dotado de importantes implicações na ciência do direito. Nesse sentido, nas próximas páginas, o leitor fará a travessia que

---

<sup>99</sup> Acerca destes temas, são bastante interessantes as ponderações realizadas por Claus-Wilhelm CANARIS em *Función, Estructura y Falsificación de las Teorías Jurídicas*, trad: Daniela Brückner y José Luis de Castro. Madrid: Civitas, 1.995

<sup>100</sup> *Op. cit.* p. 643

principia no modelo conceitual geral abstrato, passa pelo exame dos conceitos gerais concretos para chegar até a noção de “*tipo*.”

## 1.2. Uma travessia por modelos conceptuais na ciência do direito

### 1.2.1. Os “conceitos gerais abstratos”

Segundo Karl LARENZ, as regras jurídicas possuiriam uma *missão* bastante evidente, podendo ser compreendida a partir dos seguintes elementos (i) *classificar*, com clareza, uma série de fenômenos da vida; (ii) *caracterizar* os referidos fenômenos, valendo-se, para tanto, de *notas distintivas* facilmente identificáveis; e (iii) *ordenar* os indigitados fenômenos, de modo a relacionar, a fenômenos similares, idênticas consequências jurídicas.<sup>101</sup> Com vistas a cumprir referida missão, para o autor, o caminho *mais curto* mas, não necessariamente o *melhor*, em um primeiro momento, *pareceria ser* a formulação de previsões, conforme a estrutura de um *conceito geral abstrato*, às quais poderiam ser subsumidos todos os fenômenos da vida que apresentarem *certas notas distintivas* antecipadamente definidas. Assim, seria comum caracterizar, por meio de conceitos gerais abstratos, (a) as *situações de fato* a regular, (b) o *conteúdo da regulação* e (c) as *consequências jurídicas* produzidas.<sup>102</sup>

Os *conceitos gerais abstratos*, para o jurista alemão, (i) constituir-se-iam por *notas distintivas*. Estas, por sua vez, (ii) mediante um processo de

---

<sup>101</sup> *Op. cit.* p. 622

<sup>102</sup> *Op. cit.* p. 623

*abstração*, seriam *desligadas* dos objetos que, no campo concreto, apresentam-nas. Além disso, (iii) por meio de um processo de *generalização*, elas também seriam *separadas* umas das outras, deixando de estar impregnadas pelo caráter de *totalidade*, atinente à origem comum no objeto concreto do qual foram extraídas.<sup>103</sup>

Citando o filósofo alemão George W. Friedrich HEGEL, Karl LARENZ afirma que o processo de *abstração* seria apto tão-somente para apreender propriedades ou momentos particulares do objeto concreto a ela relacionado, em função, sobretudo, do fato de encerrar sempre uma *separação* em face da perspectiva concreta e um *isolamento* das constatações resultantes.<sup>104</sup> Assim, o objeto não seria apreendido na *plenitude concreta* de todas as suas partes que, juntas, constituem-no como um *todo* único, mas, apenas, na *exata medida* que sobressaem nele determinadas *notas*, representativas de certas propriedades. Essas *notas*, então, passam a ser consideradas *gerais*. Além disso, elas também são *desligadas* de sua originária união umas com as outras e, desse modo, *isoladas*.

Primeiramente, por meio do *isolamento* e da *generalização* de tais *notas*, torna-se possível a formação de *conceitos* capazes de subsumir todos aqueles objetos que as apresentarem. Deixa-se de lado, então, a *vinculação concreta* que as referidas notas apresentam entre si. Em igual sentido, com a eliminação de notas relacionadas a aspectos particulares de cada objeto concreto, viabiliza-se a constituição de *conceitos* imbuídos do mais elevado grau de *abstração*, também de modo a potencializar o alcance da subsunção. Mediante o acréscimo ou a subtração de *notas específicas*, os *conceitos* estariam aptos a alcançar diferentes graus de *abstração*, podendo-se, assim, diferenciar entre (i) *conceitos inferiores*,

---

<sup>103</sup> *Op. cit.* p. 644

<sup>104</sup> *Op. cit.* p. 646-8

subsumíveis a; (ii) *conceitos superiores*, que, por sua vez, também seriam subsumíveis a determinados; (iii) *conceitos supremos*.<sup>105</sup> Assim, ao imaginar a possibilidade de formulação de um *conceito supremo*, deve-se atentar que (i) ele seria *diminuto*, isto é, caracterizado por poucas notas, e (ii) possuiria amplo alcance, em contrapartida.<sup>106</sup>

A seleção das *notas distintivas*, para Karl LARENZ, seria direcionada pelo *fim* pretendido pela ciência, ao definir o conceito. Em função disso, explicar-se-ia a ocorrência daquelas situações em que, a um mesmo conceito da ciência do direito, corresponderiam conteúdos diversos em outras ciências.<sup>107</sup> Às notas escolhidas, atribui-se, então, exagerada importância, uma vez, que passam a ser consideradas *conceptualmente necessárias*. Em função da simples constatação de sua *presença ou ausência*, estará definida a possibilidade ou não de subsunção do conceito a uma determinada situação de fato.

Portanto, não haveria espaço para a realização de um juízo de ponderação acerca da aplicação do conceito, de acordo com o *peso diferenciado* correspondente às peculiaridades do caso concreto: no lugar do "*mais ou menos*," o pensamento-chave seria, simplesmente, aquele atinente ao "*isto ou aquilo*."<sup>108</sup> Apontando para o equívoco dessa perspectiva, em nota de rodapé, o autor remete-se a Jürgen RÖDIG, para quem os *juristas pensariam continuamente por*

---

<sup>105</sup> *Op. cit.* p. 648

<sup>106</sup> *Op. cit.* p. 650

<sup>107</sup> *Op. cit.* p. 647

<sup>108</sup> *Op. cit.* p. 646

*alternativas*. Desse modo, não haveria, com a aludida simplicidade, um *"isto ou aquilo."*<sup>109</sup>

Além disso, segundo o autor, o pensamento abstracto possui uma forte tendência para o *esvaziamento de sentido*. Nesse sentido, se é certo afirmar que, quanto maior for o grau de *abstração*, maior também será a potencialidade de *alcance* dos conceitos (*relação direta*), igualmente, é correto concluir que, para tanto, menor será o seu *conteúdo* (*relação inversa*). Um elevado grau de abstração impõe a minimização do conteúdo conceptual.<sup>110</sup> Desse modo, deixam-se de lado muitos dos traços particulares dos fenômenos da vida e, sobretudo, aquele fundamental elemento que os une e determina a sua relevância para o direito. Conforme já exposto, as notas distintivas que, sobressaindo isoladamente, serão utilizadas na formulação do conceito, de forma alguma, terão condições de esgotar o fenômeno considerado. Inobstante essa constatação, em situações em que a abstração seja levada ao extremo, em função da interrupção das conexões de sentido entre as notas distintivas agora consideradas apenas isoladamente, corre-se o sério risco de produção de conclusões absurdas.

Ao transcrever o pensamento de Karl LARENZ, deve-se ressaltar que, neste texto, não se está a subscrevê-lo. Lembra-se, assim, a crítica formulada por António MENEZES CORDEIRO contra o autor alemão, aqui já enunciada: *apregoar o abandono das formulações conceituais abstratas constituiria um verdadeiro retrocesso na ciência do direito.*<sup>111</sup> Nesse sentido, destaca-se que o objetivo da exposição do pensamento de Karl LARENZ neste trabalho é tão-somente

---

<sup>109</sup> Trata-se da nota de rodapé n.º 37 (Idem)

<sup>110</sup> *Op. cit.* p. 648

<sup>111</sup> MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.* p. 205

introduzir o leitor no panorama das reflexões contemporâneas sobre o “sistema” de direito, com vistas a uma posterior reflexão sobre a estrutura da conexão normativa na elaboração da resposta concedida pelo ordenamento jurídico ao problema encerrado pelos fatos. Muito embora, ao longo de referida jornada, este texto se depare em frente a relevantes e inquietantes temáticas subjacentes, faz-se necessário manter o fio condutor originário, prescindindo de adentrar em todos os debates aqui referidos.

### 1.2.2. Os “conceitos gerais concretos”

Segundo Karl LARENZ, uma noção de capital importância para a compreensão dos contornos contemporâneos do sistema jurídico reside na fórmula do *conceito geral concreto*, a estrutura de pensamento nuclear na filosofia de George W. Friedrich HEGEL.<sup>112</sup> No entendimento do filósofo, equivocam-se aqueles que, ao aludir a um *conceito*, procuram defini-lo como uma idéia geral, constituída a partir do abandono das particularidades dos objetos correspondentes. Tais *conceitos* seriam *ocos e vazios, meros fantasmas e sombras*.

Para o filósofo, o elemento central de todo *conceito* não seriam, simplesmente, aqueles aspectos comuns aos objetos a ele referidos, mas, de forma mais contundente, os traços específicos de cada objeto que, por si, ousa encontrar guarida na estrutura de outro similar, revelando, com máxima clareza, o seu *vinculatividade recíproca*.<sup>113</sup> Assim, no *conceito geral concreto*, o aspecto generalizante não se resume, simplesmente, à adição de *notas distintivas*

---

<sup>112</sup> *Op. cit.* p. 650

<sup>113</sup> *Op. cit.* p. 651

concebidas de modo isolado, uma vez que aqui se tem em mente uma *totalidade* de momentos relacionados entre si. Ressalve-se que, nesta *totalidade*, cada momento mantém o seu sentido pleno.

Karl LARENZ afirma que, segundo George W. Friedrich HEGEL, ao contrário do *conceito geral abstrato*, o *conceito geral concreto* não seria constituído de modo arbitrário pelo sujeito que se põe a conhecê-lo, mas existiria, de forma inerente, nos objetos que dele participam.<sup>114</sup> O conceito, assim entendido, não seria um *produto do pensamento*, mas, em outro sentido, um *princípio* que se *revela, atua, constrói e configura*. No *princípio* de todo o fenômeno da vida, encontrar-se-ia um *conceito*, em suas pureza e simplicidade *concretas*. Referido *princípio* desenvolver-se-ia em *momentos* sucessivos que, unificados na perspectiva concreta, revelariam a sua natureza conceptual ímpar.

Acerca do *conceito geral concreto*, deve-se sublinhar, com vistas a uma melhor compreensão, as seguintes proposições: (i) os momentos que compõem todo o conceito não são passíveis de autonomização; (ii) cada um dos momentos apenas pode vir a ser apreendido, de forma plena, em conjunto aos demais; (iii) o conhecimento acerca do conceito, para ser adequado, deve (a) albergar o desenvolvimento dos seus momentos e (b) a conexão que cada momento apresenta em relação aos demais; e (iv) a *desenvolução* do conceito constitui um movimento de duplo sentido, isto é, para compreender o conceito, o sujeito deve transitar desde o primeiro momento conceptual, implícito, até o momento mais elaborado, realizando, posteriormente, o retorno.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> *Op. cit.* p. 652

<sup>115</sup> *Op. cit.* p. 652-5

### 1.2.3. Os "tipos"

Muito embora alguns autores entendam que o *tipo* não seja um *conceito*, mas tão-somente uma *imagem apreendida pela intuição*, em outro sentido, é possível a visualização de uma construção tipológica de maior complexidade. Assim, Karl LARENZ apregoa a necessidade de realização da travessia que parte do *tipo tão-somente intuído ao tipo efetivamente pensado*.<sup>116</sup> Para que o tipo seja conhecido, não basta a sua contemplação pela *intuição* humana, impondo-se, de igual modo, a identificação daqueles elementos que o caracterizam e distinguem-no dos demais.

Em apenas aparente paradoxo, no processo cognitivo do tipo, o primeiro passo a ser dado identifica-se com aquele pertinente ao *pensamento abstrator*: deve-se separar, a partir do objeto concreto, certas propriedades gerais, relações e proporções, designando-as com um *nome*. No segundo passo, porém, verifica-se a fundamental distinção: se, no pensamento abstrator, referidos elementos são condensados em *notas isoladas*, a partir das quais, por eliminação, são constituídos conceitos dotados de progressiva generalidade (*conceitos gerais abstratos*), na perspectiva do pensamento tipológico, as *notas* distintivas formuladas não são nem eliminadas, nem sequer isoladas, mas, ao contrário, são mantidas em unidade. Desse modo, por meio de tais notas, é possível descrever o tipo como uma grande *nota distintiva da totalidade* do objeto definido, salvaguardando a essência da imagem intuída.<sup>117</sup> Consoante bem ponderou Karl ENGISCH citado por Karl

---

<sup>116</sup> *Op. cit.* p. 656

<sup>117</sup> *Op. cit.* p. 656-7



LARENZ, o *tipo* ocupa uma posição intermediária entre a *generalidade abstrata* e a *individualidade concreta*.<sup>118</sup>

Karl LARENZ afirma que a noção de *tipo* possui grande relevância na ciência contemporânea, valendo-se dela, por exemplo, Max WEBER, nas ciências sociais, e Georg JELLINEK, na Teoria Geral do Estado.<sup>119</sup> Com vistas a uma adequada compreensão da noção, podem ser enumeradas as seguintes espécies de significado, comumente, atribuídos ao termo *tipo*:

a) *Tipos empíricos*:

1. *Tipo médio ou de freqüência*. Neste caso, trata-se de situação semelhante àquela referida pelas expressões "normalmente" e "aquilo que seria de esperar." Essa formulação tipológica é empregada, por exemplo, quando se alude às reações típicas de uma pessoa em uma determinada condição. Tais reflexões encontram-se desenvolvidas na obra de Karl ENGISCH. Exemplo reside na noção de *usos comerciais*, um tipo de comportamento esperado na prática mercantil.<sup>120</sup>

2. *Tipo de totalidade ou configuração*. Aqui, refere-se a um conjunto maior ou menor de elementos que caracterizam uma determinada imagem em sua globalidade, sem que, no entanto, seja necessária a presença de todos.<sup>121</sup>

b) *Tipos não empíricos*:

1. *Tipo imaginado*. Consoante já salientado, para alguns autores, o tipo seria apenas uma imagem global apreendida pela intuição mental. Desse modo, seria impossível a distinção entre os traços tipológicos particulares, uma vez que, em

---

<sup>118</sup> *Op. cit.* p. 657

<sup>119</sup> *Op. cit.* p. 656

<sup>120</sup> *Op. cit.* p. 657

<sup>121</sup> *Idem.*

uma imagem mentalizada, só poderia haver a reunião de simples impressões sensoriais.<sup>122</sup>

2. *Tipo ideal lógico*. Muito embora, em certa medida, também derive da experiência, o tipo, assim entendido, não precisa realizar-se no plano concreto em sua plenitude. Neste caso, formula-se a *representação de um modelo*, utilizado como *padrão de comparação* para a análise da realidade empírica. Atribui-se a Max WEBER a elaboração destas noções.<sup>123</sup>

Assim, o *tipo ideal lógico* seria (i) um produto do pensamento constituído a partir da (ii) *unificação* de uma multiplicidade de fenômenos empíricos particulares, verificados com certa frequência, e, posteriormente, da (iii) *ênfase* de determinados pontos de vista, aos quais os indigitados fenômenos se submetem. Como exemplos, os tipos ideais lógicos da *economia livre de mercado* e da *economia totalmente dirigida*.<sup>124</sup>

3. *Tipo ideal axiológico*. Em certas situações, concede-se a um determinado *tipo ideal lógico* um especial significado de valor, atribuindo-lhe uma *supremacia* em relação a outras possibilidades de configuração tipológica pela realidade empírica. Deve-se ressaltar, no entanto, que, ao que parece a Karl LARENZ, Max WEBER não compartilha de reflexões dessa ordem. Como exemplo, pode-se pensar que, em uma sociedade socialista, conceda-se uma *supremacia axiológica* ao *tipo ideal da economia totalmente dirigida* em face do *tipo ideal da economia livre de mercado*.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> *Op. cit.* p. 657-8

<sup>123</sup> *Op. cit.* p. 658

<sup>124</sup> *Idem.*

<sup>125</sup> *Op. cit.* p. 659

4. *Tipo ideal normativo*. Igualmente, como nas formulações tipológicas precedentes, trata-se de um *modelo*. Porém, aqui, (i) nem se pretende retratar a realidade empírica com vistas a, após, analisá-la, (ii) nem se limita a atribuir a um determinado tipo uma supremacia axiológica em relação aos demais, mas, em outro sentido, (iii) descreve-se uma realidade ideal à qual se *deve* pretender corresponder. Em função do caráter idealizado do modelo, a correspondência a ele jamais será plena, muito embora assim se deva pretender. Para ilustrar, a antiga figura do *bonus pater familias* e as noções contemporâneas de *bom profissional, bom juiz, etc.*<sup>126</sup>

5. *Tipo real normativo*. Refere-se aqui àqueles tipos encontrados na realidade empírica, acerca dos quais a regra jurídica se limita a aludir, sem a preocupação de definir um conceito, na normatização das situações de fato. Quando a regra jurídica remete-se a *proprietário, possuidor e detentor*, em verdade, estaria designando determinados tipos, encontrados na realidade empírica, que, em função da sua previsão normativa, adquiririam significado jurídico.<sup>127</sup>

6. *Standarts*. Trata-se aqui de tipos que expressam (i) determinados referenciais de comportamento (ii) considerados *corretos* pela sociedade. Segundo Karl LARENZ, os *standarts* seriam, simultaneamente, um (i) *tipo médio ou de freqüência* e (ii) ou um (a) *tipo ideal axiológico* ou um (b) *tipo ideal normativo*.<sup>128</sup> Neste último caso, considera-se a hipótese de o tipo aludido revestir-se de significado jurídico. Assim, quando certos comportamentos *normais ou freqüentes* passam a ser considerados *referenciais de correção a serem seguidos* pela

---

<sup>126</sup> Idem.

<sup>127</sup> *Op. cit.* p. 662

<sup>128</sup> *Op. cit.* p. 661

sociedade, tem-se a constituição de um *standart*. Como exemplo, as noções de *bons costumes*, *moral ilibada* e *boa-fé contratual*.<sup>129</sup>

7. *Tipo jurídico estrutural*. Nesta modalidade, compreendem-se aqueles tipos qualificados por ser (i) complexos de regulação inter-relacionados, (ii) constituídos por (a) conteúdos normativos e pelos (b) correspondentes fenômenos da vida, (iii) admitindo-se a variabilidade e/ou a ausência de alguns de tais elementos na perspectiva do caso concreto.<sup>130</sup> O conhecimento dos contornos do tipo processar-se-ia segundo os seguintes passos: (i) primeiramente, deve-se identificar as disposições legais atinentes à formulação tipológica; (ii) após, impõe-se inquirir acerca do sentido resultante da unificação das referidas disposições, de modo a visualizar-se um *modelo*; e (iii), por fim, conhecendo o modelo deve-se, a partir dele, reinterpretar as disposições legais encontradas, conformando-se, então, o tipo.<sup>131</sup>

Segundo Karl LARENZ, os *tipos jurídicos estruturais* não foram inventados pelo legislador, mas, bem ao contrário, foram por ele, simplesmente, encontrados na realidade social, impondo-se, em etapa posterior, a sua regulamentação. Os fenômenos da vida já existiam em sua concretude, havendo o legislador apenas os apreendido em sua *tipicidade*, adicionando-lhes as regras que entendeu pertinentes.

Nesse sentido, em uma possível reflexão, poder-se-ia explicar a formação da disciplina proprietária contemporânea a partir do regramento de tipos proprietários, encontrados na realidade dos fatos. Há inúmeros tipos proprietários,

---

<sup>129</sup> “En effet, les standards reposant en général sur des notions de moralité civile et commerciale courante, l'expérience de la catégorie spéciale d'actes de conduite sociale qu'il s'agit de juger devient absolument nécessaire pour leur application.” (STATI, Marcel **Le Standard Juridique**. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1.927. p. 41)

<sup>130</sup> *Op. cit.* p. 664

<sup>131</sup> *Op. cit.* p. 666

cujas peculiaridades impõem um regramento específico, em sentido diverso da perspectiva monolítica uniformizante: as propriedades urbana, rural, intelectual, industrial e tantas outras que poderiam ser pensadas são diferentes em sua natureza.

### **1.3. Uma breve introdução aos debates contemporâneos sobre o “sistema” de direito**

#### **1.3.1. O sistema “externo” ou “conceptual abstrato”**

Dentre as múltiplas possibilidades de *construção sistemática* existentes, Karl LARENZ destaca, inicialmente, aquela à qual denomina de *sistema conceptual abstrato (sistema externo)*. A constituição de *tal sistema* processar-se-ia segundo critérios, eminentemente, próprios da lógica formal e estaria fundamentada, sobretudo, nos aludidos *conceitos gerais abstratos*.<sup>132</sup> Nessa perspectiva, supostamente, estariam garantidas, de forma absoluta, primeiramente, tanto (i) a *clareza* das disposições normativas, quanto (ii) a *segurança jurídica*, viabilizando-se, assim, a formulação de uma *resposta adequada* a toda a questão jurídica surgida, por meio de uma *simples operação lógica de pensamento*; além disso, também se asseguraria (iii) a *homogeneidade dos efeitos* produzidos pelo ordenamento jurídico frente a situações de fato similares e, conseqüentemente, (iv) a *cientificidade* da ciência do direito “*jurisprudência*”, na expressão utilizada por Karl LARENZ. Enleva-

---

<sup>132</sup> *Op. cit.* p. 624

se, neste último aspecto, um conceito, estritamente, *cientificista* da ciência, segundo o autor alemão.<sup>133</sup>

Para o jurista, referida concepção sistemática encerraria a *pretensão* de (i) *repartir* a multiplicidade dos processos da vida em compartimentos (a) estanques e (b) imutáveis, (ii) de modo a que bastasse *destacar* os indigitados processos da vida para encontrá-los em seu correspondente compartimento. No entanto, a realização de tal pretensão seria impossível, sobretudo, porque (i) os acontecimentos da vida, na riqueza de sua concretude, não são dotados de *fronteiras* caracterizadas por tamanha rigidez, consoante referida perspectiva exige, apresentando, em outro sentido, (a) formas mistas e (b) formas de transição; (ii) a vida produziria, de forma constante, novas configurações, não previstas, anteriormente, em um sistema acabado; e (iii) a linguagem empregada nas regras jurídicas, raramente, possui o *grau de precisão* necessário para uma definição conceptual. <sup>134</sup>

Karl LARENZ, ainda, reproduz algumas das inúmeras críticas que os doutrinadores contemporâneos tecem em relação à referida concepção sistemática. Atualmente, coloca-se em questão *as pretensões de plenitude e unidade lógica do sistema de conceitos gerais abstratos*, bem como se assevera para o verdadeiro *descolamento* dessa concepção em relação à realidade material, tornando-a inábil para a obtenção do conhecimento acerca do direito. Inobstante isso, aponta-se também para a inadequação do *conceito geral abstrato* frente à ciência do direito, uma vez que, para os formuladores dessa crítica, ela não objetivaria apenas a descrição e ordenação dos fatos, mas, em igual medida, manteria relação direta com

---

<sup>133</sup> *Op. cit.* p. 625-6

<sup>134</sup> *Op. cit.* p. 626

*pautas de valoração* e com as *valorações* a elas correspondentes. Para o jurista, em tal sistema, a questão atinente à *valoração apropriada* é suplantada por aquela concernente à *subsunção adequada*, permitindo-se, assim, que a *lógica formal* ocupe o lugar tanto da *teleologia* quanto da *ética jurídica*.<sup>135</sup>

Apesar das considerações críticas formuladas, conforme relata Karl LARENZ, ainda atualmente, a noção de *sistema conceptual abstrato* exerceria um *verdadeiro fascínio* sobre muitos juristas, motivada, segundo o autor, por uma relutância em abandonar a pretensão de cientificidade da *ciência do direito (jurisprudência)*. Tais juristas, no entanto, estariam esquecendo que a ciência do direito -- uma *ciência compreensiva* -- apenas poderia justificar referida pretensão por meio do desenvolvimento de um *método* adequado ao seu objeto, sendo impossível defendê-la mediante a acomodação aos métodos pertinentes às ciências exatas.<sup>135</sup>

### 1.3.2. O sistema “interno” ou “conceptual concreto”

Por seu turno, na *concepção sistemática* proposta por Karl LARENZ, o ordenamento jurídico estaria subordinado a determinadas *idéias jurídicas diretivas, princípios, pautas gerais de valoração*, que, por estarem relacionados a *uma idéia geral de direito*, permitiriam (i) a justificação; (ii) a unificação; e (iii) a exclusão de contradições de *valoração*; das decisões jurídicas proferidas.<sup>136</sup> Evidencia-se, portanto, a elevada importância que tais elementos possuiriam no processo da hermenêutica jurídica, no qual ocorre a conformação do sistema. Para o autor, a

---

<sup>135</sup> *Op. cit.* p. 696

<sup>136</sup> *Op. cit.* p. 694

constituição do sistema ocorreria por meio da *exposição das conexões de sentido* encontradas na relação das regras jurídicas entre si e com referidos elementos. Indigitada *exposição* deveria ocorrer *de modo ordenado* e externar uma *visão de conjunto*.<sup>137</sup>

Nesse sentido, o sistema possuiria caráter (i) *aberto*, sendo *inacabado e inacabável*, e (ii) *fragmentário*, não podendo integrar todas as regras jurídicas existentes.<sup>138</sup> Por exemplo, nessa perspectiva, as regras de índole meramente técnica, como aquelas que regulamentam o *horário do expediente forense*, por não se relacionarem a uma *idéia jurídica geral* fundante do sistema, dele não participariam, denunciando a sua *fragmentaridade* tratar-se-iam de "*normas estranhas ao sistema*," segundo Claus-Wilhelm CANARIS.<sup>139</sup>

Karl LARENZ, ao tratar das *mutações* que o sistema jurídico, em função de sua *abertura*, poderia apresentar, salienta que os *princípios* seriam o local privilegiado para ensejar a sua ocorrência. Assim, em relação aos *princípios*, observam-se *mutações* em quatro aspectos principais: (a) na espécie de *jogo concertado* por eles; (b) na alcance da sua incidência; (c) na *limitação recíproca* de uns em relação aos outros; (d) na descoberta de novos princípios. No entendimento do jurista, isso ocorreria sobretudo em função de três *causas*: (i) a alteração legislativa; (ii) a inserção de *novos conhecimentos jurídicos* no âmago concepção sistemática; e (iii) a modificação da jurisprudência dos tribunais.<sup>140</sup>

Em tal concepção, o sistema possuiria uma *missão* bem delimitada: evidenciar a *conexão de sentido* inerente ao ordenamento jurídico, considerado

---

<sup>137</sup> Idem.

<sup>138</sup> *Op. cit.* p. 695

<sup>139</sup> *Op. cit.* p. 696



enquanto um *todo coerente*. Assim, pressupõe-se sempre que as regras jurídicas e os demais complexos de regulação concebidos pelo jurista possuem uma *conexão de sentido*, isto é, são, em conjunto, algo mais que, simplesmente, uma aglomeração de elementos criados, de forma arbitrária, pelo legislador. Deve-se ressaltar que, em relação a tal *pressuposição*, não se poderia realizar prova. Salaria o autor que ela seria verdadeira apenas até certo ponto, pois, de modo bastante evidente, verifica-se a existência de inúmeros preceitos meramente casuais.<sup>141</sup> Portanto, nessa perspectiva, o sistema não seria algo *estático*, mas, ao contrário, uma realidade *dinâmica*, incorporando a estrutura da *historicidade*, de modo a habilitar-se para refletir a *concretude* do ordenamento jurídico.

### **1.3.3. A função dos princípios no sistema interno ou conceptual concreto**

Karl LARENZ reputa aos *princípios ético-jurídicos* a função de constituírem o *fundamento* do sistema assim entendido.<sup>142</sup> Para a compreensão da noção de *princípios ético-jurídicos* inserida no arcabouço teórico do mesmo autor, insta mencionar que seriam (i) *pautas diretivas*, isto é, critérios de orientação para as atividades de hermenêutica e de aplicação do direito, (ii) imbuídas de uma *força própria de convicção*, ou seja, dotadas da capacidade de *sugerir um significado* e de *interferir no processo de construção jurídica*, (iii) e aptas a *justificar* as decisões jurídicas proferidas. Os *princípios* podem, para o jurista alemão, tanto estar

---

<sup>140</sup> *Op. cit.* p. 674

<sup>141</sup> *Op. cit.* p. 696-7

<sup>142</sup> *Op. cit.* p. 674

expressamente declarados nas regras jurídicas, quanto vir a ser determinados a partir da *cadeia de sentido* que, em sua conexão, elas encerrariam. Nesta última hipótese, o operador jurídico poderia lançar mão, com vistas a facilitar a determinação, ou de uma *analogia geral das regras jurídicas* ou do *retorno à 'ratio legis'*.<sup>143</sup>

O autor salienta que os *princípios* não teriam caráter semelhante a simples regras jurídicas dotadas de uma maior generalidade que aquela comumente verificada, em relação às quais haveria a possibilidade de subsunção das situações de fato ocorridas.<sup>144</sup> Em outro sentido, apenas seria possível a subsunção em se verificando a *concretização* dos princípios, com a decorrente *especificação*, no processo hermenêutico, das *consequências jurídicas* previstas para os fatos verificados.

No sistema jurídico, observam-se princípios imbuídos de diferentes graus de concretização, podendo-se distinguir entre: (i) *princípios propriamente ditos*, que não encerrariam especificação alguma acerca da previsão de consequências jurídicas a serem produzidas; e (ii) *subprincípios*, imbuídos de alguma especificação. Comumente, os *princípios propriamente ditos* constituem a *idéia diretiva* em função da qual os *subprincípios* existem. Para exemplificar, com fundamento no artigo 1.º da Constituição Federal, ao *princípio* do Estado Democrático de Direito, corresponderiam vários *subprincípios*, entre os quais poder-se-ia citar: (a) a cidadania e (b) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> *Op. cit.* p. 674-6

<sup>144</sup> *Op. cit.* p. 675

<sup>145</sup> *Op. cit.* p. 678

Segundo Claus-Wilhelm CANARIS, o *conteúdo de sentido* dos princípios apenas poderia ser determinado tendo-se em mente o seu *jogo concertado de complementação e restrições recíprocas*. Para construir essa noção, o autor remete-se à teoria do *sistema móvel* cunhada por Walter WILBURG. Em reflexão acerca da disciplina da responsabilidade civil, Walter WILBURG construiu sua noção de sistema, segundo os seguintes termos: (i) o sistema da responsabilidade civil seria composto por quatro *forças móveis* ou *elementos*: (a) uma *falta* cometida pelo sujeito responsabilizado, a partir da qual se ensejaram ou danos; (b) uma situação de *perigo* provocada pelo sujeito; (c) a *proximidade do nexo de causalidade* existente entre as causas descritas e os danos provocados; (d) a ponderação da *situação patrimonial* tanto do sujeito responsabilizado quanto daquele que sofreu o dano; (ii) em regra, as conseqüências jurídicas produzidas pelo sistema seriam resultado de uma atuação conjunta das distintas *forças móveis*; (iii) porém, na hipótese de, face ao caso concreto, uma das *forças móveis* apresentar uma especial intensidade, ela poderia *substituir as demais (mobilidade)*. Nesse sentido, as características fundamentais do *sistema móvel* seriam (i) a *igualdade fundamental* de cada categoria (*forças móveis* ou *elementos*); e (ii) a *substitutibilidade mútua* entre os elementos.<sup>146</sup>

Claus-Wilhelm CANARIS critica a teoria, afirmando que o sistema, ainda que fosse composto por elementos dotados de *mobilidade* entre si, também poderia ser *fechado*. Isto é, a *mobilidade* não constitui garantia alguma de *abertura* sistemática.<sup>147</sup> Por seu turno, segundo Karl LARENZ, a teoria não seria adequada para compreender a condição daqueles princípios que constituem objeto de uma

---

<sup>146</sup> CANARIS, Claus Wilhem. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, trad: António Menezes Cordeiro. Lisboa: Lacoste Gulbenkian, 1.989. p. 129-31

<sup>147</sup> *Op. cit.* p. 131

regulamentação bem determinada e possuem aplicabilidade imediata, uma vez que eles não seriam passíveis de *mobilidade*. No entanto, em nota de rodapé, o autor considera que a teoria seja apropriada para as hipóteses em que lei tenha constituído *previsões abertas*, cuja concretização deva ocorrer segundo as particularidades do caso.<sup>148</sup>

Em breve nota, insta mencionar que, para Karl LARENZ, a noção de *sistema móvel* formulada por Walter WILBURG, possui condições de contribuir para a compreensão da *mobilidade* característica dos elementos que compõem o *tipo jurídico estrutural*.<sup>149</sup> Nesse sentido, de acordo com o caso concreto, pode-se divisar a produção de diferentes conseqüências jurídicas, em função sobretudo da variabilidade (i) dos elementos presentes, (ii) da intensidade apresentada por cada elemento e (iii) das conexões existentes entre eles. Para além disso, os tipos, assim entendidos, poderiam transformar-se uns nos outros, de modo a visualizar-se uma *série de tipos*. Como conseqüência, permitir-se-ia a aplicação a um determinado tipo da disciplina jurídica atinente, em princípio, a outro, desde que haja pertinência para tanto em função das peculiaridades do caso concreto.

Ainda para Karl LARENZ, de modo diferente do que se processa em relação às regras jurídicas, a atuação dos princípios pode ocorrer em maior ou menor medida. Citando Robert ALEXY, afirma que os princípios prescrevem a realização de algo pelos homens, na medida mais elevada possível em face das possibilidades jurídicas e fácticas. Como é bastante comum que os princípios se posicionem em *contradição* entre si, vale salientar que, nessa hipótese, cada um dos princípios envolvidos deve ceder perante os demais, de modo a possibilitar a sua

---

<sup>148</sup> *Op. cit.* p. 679

<sup>149</sup> *Op. cit.* p. 680-1

*realização em 'termos ótimos.'* Existiria, assim, um verdadeiro *mandado de otimização* da realização dos princípios, que, na apreciação do caso concreto, deve ser enlevado, conjuntamente, com a *ponderação do valor dos bens jurídicos em causa*.<sup>150</sup>

## **2. Algumas palavras sobre a “norma concreta situacional”**

Ao se apresentar um problema que espera uma resposta por parte do direito tem-se que a totalidade dos fatos ocorridos no campo da concretude social faz incidir uma generalidade de regras jurídicas específicas que conformam, também em sua totalidade, a resposta que ordenamento jurídico concederá ao problema concreto. Nesse sentido, para a solução, por exemplo, de questão relativa à matéria proprietária, comporão parte da resposta que o ordenamento jurídico concede ao problema, para além da regra específica prevista no Código Civil, inúmeras outras regras constantes de outros diplomas, como, por exemplo o Estatuto da Cidade, em se tratando de solo urbano, ou mesmo o Estatuto da Terra, em hipótese de bem imóvel rural. Além disso, os dispositivos previstos constitucionalmente também incidirão, sobretudo o princípio maior da função social da propriedade. Pode-se também dizer que terão influência na conformação da resposta pelo ordenamento jurídico também posicionamentos jurisprudências e doutrinários que, nas suas limitações, nesta ciência compreensiva e viva, constituem também fonte do direito.

Para solucionar problemas concretos, as diferentes regras jurídicas conformariam tipos proprietários, de modo a conceder a exata resposta que os fatos

---

<sup>150</sup> *Op. cit.* p. 685-6

merecem. Um problema ocorrido em solo urbano seria resolvido lançando-se mão dos diferentes dispositivos pertinentes à propriedade urbana, distintos de outros tipos proprietários, como, por exemplo, as propriedades rural, intelectual, industrial, etc. Nesse sentido, a situação de fato conforma uma situacionalidade para as regras jurídicas, constituindo o elemento determinante da conformação da resposta do direito.

Fala-se em norma concreta situacional para aludir à verdadeira síntese de todas as regras jurídicas que, em face da ocorrência dos fatos, incidem, conformando a resposta do direito.<sup>151</sup> A norma jurídica situacional possui nas sentenças e nos acórdãos um espelho que permite sua compreensão a partir do viés da operacionalidade do direito. Em uma premissa auto-evidente: em um 'decisum' idealmente correto de determinado problema encerrado por caso concreto, encontra-se uma norma que constitui a resposta do direito ao fatos encerrados pelo caso. No exame de tal 'decisum' verificar-se-á que o magistrado recorreu a inúmeros diplomas legais, precedentes jurisprudenciais e posicionamentos doutrinário, além de a sua própria consciência. Todos os aludidos elementos participam da conformação da norma concreta situacional, isto é, da norma síntese de todas as normas que incidem sobre a situação de fato.

O debate acerca dos conceitos gerais concretos e formulações tipológicas permite auxiliar a compreensão da estrutura de referida norma concreta situacional. Tais noções evidenciam que, para solucionar um problema concreto, é preciso buscar no ordenamento jurídico com um todo elementos que conformam, por exemplo, um conceito geral concreto ou tipo proprietário. Identificar-se-á princípios e

---

<sup>151</sup> A noção de norma concreta situacional, muito embora não esteja claramente explicada, encontra-se mencionada em CASTRO, Torquato: **Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional: Estrutura, Causa e Título Legitimatório do Sujeito**. São Paulo: Saraiva, 1985.

regras dispersas por todo o sistema que, juntas, conformarão a norma concreta situacional que irá incidir.

## **TERCEIRA PARTE**

### **OS CONTORNOS DO EDIFÍCIO**



## CAPÍTULO QUARTO

### O ÍTER DE FORMAÇÃO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS

Neste capítulo, principia-se a exposição da *teoria da situação jurídica* propriamente. Destaca-se que, como o leitor observará, os capítulos precedentes constituem o seu fundamento, encerrando noções sempre recorrentes ao longo do texto. Inicialmente, apresentar-se-á, para a compreensão do leitor, o caminho realizado pelo direito na sua operacionalidade, de modo a que, partindo-se da ocorrência concreta de determinados *atos*, chegue-se, por fim, à conformação de uma *situação jurídica* específica.

#### 1. A formação do suporte fáctico

##### 1.1. Noções gerais.

Para compreender, exatamente, a que alude PONTES DE MIRANDA quando se remete à expressão *fato*, deve-se atentar para o significado da fórmula assim sintetizada: *novum*. Isto é, cada fato constitui algo novo que ocorreu, ocorre ou ainda ocorrerá. No *acontecer* dos fatos, constrói-se o *mundo*. Para além disso, o *mundo*, em última análise seria o *somatório* de todos aqueles fatos que já ocorreram e que, ainda no momento presente, enquanto estas linhas são lidas e

compreendidas, ocorrem. No *mundo*, assim constituído, os fatos futuros ocorrerão.<sup>152</sup>

Por *suporte fático*, entenda-se aquele fato ou conjunto de fatos sobre o qual norma concreta situacional incide, de modo a produzir *fatos jurídicos*. Os fatos que compõem o *suporte fático* existem tão-somente no *mundo físico*. Apenas com a incidência da norma concreta situacional e, conseqüentemente, com a sua juridicização, quando adquirirem as cores próprias de *fatos jurídicos*, processar-se-á o ingresso no *mundo jurídico*.<sup>153</sup>

PONTES DE MIRANDA salienta a existência do *princípio da esquematização do fático*. Segundo tal *princípio*, o direito esquematizaria o mundo físico, fixando e distinguindo aqueles fatos físicos que possuem relevância jurídica dos demais.<sup>154</sup> Desse modo, na *escolha* dos fatos que *merecem* regramento, deixa-se de lado muitos outros. Para que a incidência de cada *regra jurídica* componente da norma concreta situacional ocorra, é preciso que o suporte fático nela previsto -- na expressão utilizada por este trabalho, a *fatispécie* -- exista. Em existindo, de forma *suficiente*, o suporte fático, a regra jurídica incide.

## 1.2. Os fatos e a configuração do suporte fático

Na configuração do suporte fático, PONTES DE MIRANDA observa duas possibilidades: ou (i) a regra jurídica poderia concebê-lo como um *esquema rígido e indeformável*; ou (ii) seria possível a *deformação ou alteração* do suporte

---

<sup>152</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Parte Geral, Tomo I, 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1.970. P. 05

<sup>153</sup> *Op. cit.* p. 19

<sup>154</sup> *Op. cit.* p.20

fático -- contanto que não atinja os seus elementos-kerne -- em função da incidência de outra regra jurídica, pertinente para tanto.<sup>155</sup>

Segundo o autor, na configuração do suporte fático, todos os seus elementos seriam essenciais, para que haja a incidência normativa. Se um determinado elemento fosse considerado como não essencial, certamente, ele não pertenceria ao suporte fático. No exemplo apresentado pelo jurista, é possível que a regra jurídica A, muito embora considere necessários [a b c] para que haja a produção do fato jurídico x, preveja a sua nulidade ou anulabilidade nos casos de, eventualmente, *faltar [a] ou acontecer [d]*. Nestas hipóteses, porém, faz referência ao suporte fático de outras regras jurídicas, que possuem como objeto a *validade* do fato jurídico.<sup>156</sup>

Apesar de PONTES DE MIRANDA salientar a imprescindibilidade de todos os elementos previstos na fatispécie para a configuração suficiente do suporte fático, deve-se distinguir aqueles referidos pelo jurista como *elementos-kerne*.<sup>157</sup> Os elementos-kerne seriam comuns às várias apresentações dos diferentes suportes fáticos, deformados ou alterados pela incidência normativa, quando não concebidos como um esquema absolutamente rígido. Dos elementos-kerne, dependeria a determinação da data da conformação suficiente do suporte fático, uma vez que, sem eles, o suporte fático não existe.

A composição do suporte fático poderia integrar fatos de natureza mais variada possível, podendo ser desde o *nascimento de um homem* até a simples *queda de um fruto*. O autor salienta que, muito embora fosse de imensa utilidade

---

<sup>155</sup> *Op. cit.* p. 33

<sup>156</sup> *Idem.*

<sup>157</sup> *Op. cit.* p. 33-4

compreender as dissimilaridades e os traços comuns dos fatos sobre os quais a regra jurídica incide, em função de sua grande variabilidade, tal seria muito difícil. Assim, limita-se a afirmar que os fatos constituintes do suporte fático poderiam ser: (i) um estado, como por exemplo, o *ser proprietário*; (ii) de ordem matemática, como a *forma geométrica* de um imóvel; (iii) atinentes à medida do tempo, o *período do prazo prescricional* seria o exemplo; (iv) biológicos, como a *morte*; e (v) extremamente íntimos, como, para ilustrar, a *premeditação*.<sup>158</sup>

O eminente jurista brasileiro salienta que os fatos aptos a integrarem o suporte fático de uma regra jurídica sempre, de alguma forma, manteriam conexão com o ser-humano.<sup>159</sup> Nesse sentido, os fatos podem (i) relacionarem-se à condição física do homem, como, por exemplo, a morte e o alcance da maioridade; (ii) referirem-se à perspectiva do *agir humano*, como o *declarar a vontade*; e (iii) atingirem a sua esfera jurídica, como o *dano por fato de coisa*.<sup>160</sup> Desse modo, o autor reafirma a vocação do direito para a procedimentalização da *adaptação social*, cujo sentido deve ser buscado nas relações interpessoais.

*Deve-se ressaltar, porém, que, muito embora haja a necessidade de completar todos os elementos previstos na fatispécie para que se conforme, de forma suficiente, o suporte fático e se processe a incidência da regra jurídica, tais observações não se aplicam à norma concreta situacional. Tal ocorre porque os contornos da norma concreta situacional são determinados pela situação de fato. Para cada situação de fato diferenciada, haverá a conformação de suportes fáticos distintos, processando-se a incidência das regras jurídicas correspondentes. Na*

---

<sup>158</sup> *Op. cit.* p. 19

<sup>159</sup> *Op. cit.* p. 24

<sup>160</sup> *Idem.*

incidência de tais regras jurídicas, por constituir a resposta do ordenamento jurídico, forma-se uma norma síntese, aludida aqui como norma concreta situacional.

### **1.3. Os fatos e a sua temporalidade na formação do suporte fático**

Além disso, também é relevante examinar a relação existente entre a *temporalidade e os fatos componentes do suporte fático*. PONTES DE MIRANDA salienta a extrema variabilidade que caracteriza tal relação, apresentando as seguintes possibilidades: (i) *contemporaneidade entre os fatos*, como, por exemplo, aquela exigida entre as declarações de vontade firmadas por duas pessoas ao casarem; (ii) *sucessividade imediata*, como ocorre na compra e venda de balcão: primeiramente, paga-se o preço e, após, entrega-se a mercadoria; (iii) *sucessividade dentro de um prazo*, determinando-se, aqui, um lapso temporal máximo entre os fatos, sendo o exemplo a exarcação de título executivo extrajudicial, com prazo decadencial, e sua posterior execução; e a (iv) *sucessão em ordem*, como se processa na firmação da escritura pública de compra e venda de bem imóvel e sua posterior inscrição no registro de imóveis.<sup>161</sup>

O autor ressalva que, às vezes, não há a previsão de uma ordem temporal para a ocorrência dos fatos, como se processa, por exemplo, no preenchimento do texto de uma letra de câmbio, e, em outro sentido, às vezes, não basta a verificação de uma ordem temporal para a configuração do suporte fático, impondo-se também que os fatos guardem entre si uma relação de causalidade.<sup>162</sup>

---

<sup>161</sup> *Op. cit.* p. 29-30

<sup>162</sup> *Idem.*

#### 1.4. Classificação dos fatos

PONTES DE MIRANDA, para melhor entender a conformação do suporte fático, ainda, remete-se a duas formas de classificação dos fatos que o compõem. Primeiramente, os fatos poderiam ser (i) *do mundo físico e biológico (inclusive do homem)* -- alguns autores enunciariam esta modalidade, simplesmente, como *fatos do mundo físico e animal* -- e (ii) *atos humanos*, englobando-se aqui (a) as ações, (b) as omissões e (c) as manifestações de vontade. Segundo o autor, em regra, os *fatos psíquicos internos* não interessariam ao direito, ressalvando-se, no entanto, que, nos casos em que se relacionem a fato exterior, também se processe sobre eles o fenômeno da incidência.<sup>163</sup>

Em uma segunda classificação, os fatos poderiam ser agrupados em (i) *acontecimentos simples*, aludindo-se aqui àqueles que não poderiam ser desagregados em dois ou mais fatos autônomos, guardando semelhança ao *fato atômico* de Ludwig WITTGENSTEIN -- a morte, como exemplo; (ii) *acontecimentos em complexo*, que, ao contrário dos precedentes, admitem a desagregação em outros fatos dotados de autonomia; e (iii) *estados ou acontecimentos continuativos*, acolhendo-se, nesta espécie, as *permanências fáticas* aptas a revelar alguma qualidade atribuída ao *quid* ou as circunstâncias em que ele se encontra -- por exemplo, a situação de a coisa ser *bem imóvel*.<sup>164</sup>

---

<sup>163</sup> *Op. cit.* p. 06

<sup>164</sup> *Op. cit.* p. 23

### **1.5. Classificação dos suportes fáticos**

Expostas as diferentes classificações dos fatos que compõem os suportes fáticos das regras jurídicas, insta salientar que os suportes fáticos, *per se*, também podem constituir objeto de distinção classificatória. Assim, eles poderiam ser ou (i) simples, quando compostos de apenas um fato, ou (ii) complexos, quando formados por dois ou mais fatos, sendo esta a modalidade mais comum.<sup>165</sup>

### **2. A incidência das regras jurídicas e a formação da norma concreta situacional**

Consoante a explanação aqui já realizada, havendo a suficiência do suporte fático, isto é, em se verificando a ocorrência concreta de todos os fatos previstos na fatispécie, processa-se o fenômeno da incidência da regra jurídica. Conforme já relatado, do mesmo modo como a plancha de uma impressora deixa as suas marcas na folha de papel em branco para posterior decodificação pelo leitor, assim também a regra jurídica incide sobre o suporte fático, gravando-lhe suas marcas, imprimindo-lhe suas cores. Com a incidência, há a jurisdicização do suporte fático, por meio da qual se constitui o fato jurídico.

Ao passo que o suporte fático pertence tão-somente ao mundo físico, o fato jurídico já constitui parte do mundo jurídico. Por meio da incidência, os fatos que compõem o suporte fático não deixam de existir na concretude do mundo físico para, então, transformarem-se em substância de outra realidade. Em outro

---

<sup>165</sup> *Op. cit.* p. 26

sentido, com o fenômeno da incidência, produz-se um *novum* no mundo jurídico, que só existe em outro nível da realidade: aquele dos pensamentos humanos. Assim, suporte fático e fato jurídico possuem localização distintas: ao passo que o primeiro pertence, no mundo físico, apenas ao nível dos fatos concretos, o último participa do nível dos pensamentos humanos, compondo o mundo jurídico. Deve-se ressaltar, no entanto, que o nível dos pensamentos, em que se situa o mundo jurídico, constitui também parte do mundo físico.

Deve-se ainda atentar que, é com o fenômeno da incidência que se processa a construção do mundo jurídico, composto por fatos jurídicos. Conforme o pensamento de PONTES DE MIRANDA, o mundo jurídico seria uma porção restrita e bem delimitada do mundo físico (ou *mundo*, simplesmente).<sup>166</sup> O mundo físico, por sua vez, seria composto por fatos e com estes concorreria para a construção do mundo jurídico. Como salienta o autor, um fato jurídico é, ao mesmo tempo, um *novum* pertinente ao mundo físico e ao mundo jurídico. Por meio da jurisdicização, há a seleção de determinados fatos concretos para que adquiram uma especial adjetivação (*fatos jurídicos*) e adentrem no mundo jurídico. Além de existirem no plano da realidade concreta, adentrarão também no plano da realidade dos pensamentos. E, como exposto, a jurisdicização de um fato só ocorre por meio da incidência da regra jurídica, em função de sua previsão normativa na fatispécie.<sup>167</sup>

PONTES DE MIRANDA já lembrava que é comum que um mesmo fato ou conjunto de fatos constituam o suporte fático de mais de uma regra jurídica.<sup>168</sup> Nesta hipótese, para o autor, todas as regras jurídicas incidiriam,

---

<sup>166</sup> *Op. cit.* p. 06

<sup>167</sup> *Op. cit.* p. 06-7

<sup>168</sup> O jurista denomina o fenômeno de "*múltipla incidência*." (*Op. cit.* p. 27)



formando-se, para cada uma delas, um fato jurídico correspondente. Naturalmente, a partir de cada fato jurídico produzido, irradiar-se-iam os efeitos jurídicos respectivos. Tendo em vista essa constatação, PONTES DE MIRANDA conclui que um mesmo fato concreto pode adentrar várias vezes o mundo jurídico (jurisdicização), sem deixar de ser um só.<sup>169</sup>

### 3. O fato jurídico e sua situacionalidade.

Torquato CASTRO define o *fato jurídico* como a causa da solução jurídica oferecida pelo ordenamento ao problema verificado concretamente (efeitos jurídicos), em função da ocorrência de um *novum* no mundo fático.<sup>170</sup> Referida relação de *causalidade* pode ser explicada pela premissa de que um *fato* apenas recebe a adjetivação de *jurídico* por ser dotado de uma especial *significância* para o direito.<sup>171</sup> Nesse sentido, um fato não constitui a causa da produção de efeitos jurídicos, simplesmente, por existir, mas, muito para além disso, por significar. A *causalidade*, sob o enfoque jurídico, está conectada à significância dos fatos envolvidos.<sup>172</sup>

Deve-se pensar que um fato significa algo para o direito não apenas por existir, mas por existir em situação.<sup>173</sup> Um fato passa a significar algo para o direito quando situa-se como razão, motivo ou causa do problema concreto cuja

---

<sup>169</sup> *Ideiri*.

<sup>170</sup> CASTRO, Torquato. **Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional: Estrutura, Causa e Título Legitimatório do Sujeito**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 27

<sup>171</sup> *Op. cit.* p. 24

<sup>172</sup> *Op. cit.* p. 24-5

<sup>173</sup> *Op. cit.* p. 32

solução se pretende. Assim, é a peculiar situação do fato que constitui o motivo em função do qual o direito produz uma decisão jurídica. Um fato apenas constitui causa da produção de efeitos jurídicos em função de sua situação.

Segundo Torquato CASTRO, o fato situado, por significar algo para o direito, constituiria o elemento determinante na produção de uma situação jurídica, apta a criar uma solução para o problema concreto. No fato jurídico, residiria tanto a razão de ser da situação jurídica quanto a explicação que a caracteriza como fenômeno situacional e concreto. Em verdade, o fato seria responsável pela situacionalidade intrínseca ao direito, uma vez que ele lhe ofereceria um problema situado, envolvendo pessoas, bens e interesses determinados. Para o autor, não seria da essência do direito voltar-se à solução de problemas em abstrato, mas oferecer uma resposta situada a questões concretas apresentadas pelos fatos.<sup>174</sup>

Um fato jurídico constituiria sempre um acontecimento que envolve pessoas, bens e interesses concretos.<sup>175</sup> Ao fato jurídico caberia a função de viabilizar a concreção dos sujeitos e objetos considerados pela norma, oferecendo as pessoas, os bens e os interesses concretos para que, sobre eles, processe-se a incidência. Deve-se salientar, porém, que apenas com a incidência normativa, haverá a determinação da posição dos sujeitos frente aos objetos, não bastando, para tanto, a situacionalidade do fato.<sup>176</sup>

Torquato CASTRO salienta que um fato jurídico é sempre revestido de exterioridade: revela-se como acontecimento do mundo exterior ao homem.<sup>177</sup> Ainda quando fundado em elementos psicológicos, como nos exemplos do dolo, da

---

<sup>174</sup> *Op. cit.* p. 42

<sup>175</sup> *Op. cit.* p. 35

<sup>176</sup> *Op. cit.* p. 31

culpa e da boa fé, o fato somente significará algo para o direito na medida de suas manifestações exteriorizadas. Emoções, pensamentos, sentimentos não podem, por si, virem a constituir fato jurídico. A jurisdição estatal não atinge a *psique* humana. Porém, deve-se ressaltar, porém, que não basta a exterioridade do fato. Isto é, um fato pode ser exterior, sem que, no entanto, seja considerado jurídico. Além de exterior, o fato deve relacionar-se à perspectiva da normatividade para possuir relevância na operação social de adequação da conduta humana.

O esquema do fato jurídico delimita e distingue aqueles fatos que possuem relevância jurídica daqueles que não a possuem. O fato que acaba por ficar fora do esquema circunscrito pelo fato jurídico não possui relevância jurídica. 178 É a norma jurídica que é a responsável tanto pela jurisdicização do fato - e sua conseqüente adjetivação como jurídico -- quanto pela jurisdicização das conseqüências do fato (efeitos). Como já referido, a norma situacional é posta pelas fontes do direito, notadamente, pela lei, costume e jurisprudência.

Ainda que em plano tão-somente ideal, deve-se contemplar, no fato jurídico, uma certa unidade, de modo a torná-lo apto à produção dos efeitos para o qual foi constituído. Torquato CASTRO ressalva, no entanto, que, normalmente, além dos fatos que constituem a unidade do fato jurídico, para a adequada produção dos efeitos pretendidos, também seria necessária a verificação de determinadas circunstâncias. 179 Remetendo-se ao conceito já examinado de suporte fático, o autor divisa, no seu interior, além daquele conjunto de fatos que, em função da incidência normativa, alçarão as cores de fato jurídico, certas circunstâncias

---

<sup>177</sup> *Op. cit.* p. 25

<sup>178</sup> *Op. cit.* p. 28

<sup>179</sup> *Op. cit.* p. 27

imprescindíveis para a produção de efeitos. Lançando mão de tais circunstâncias, a norma operaria a qualificação do fato como jurídico.<sup>180</sup>

Torquato CASTRO afirma, ainda, que muito embora a doutrina tradicional tenha edificado uma série de classificações acerca do fato jurídico distinguindo-os entre (i) constitutivos; (ii) modificativos; (iii) extintivos; e, até mesmo, para alguns, (iv) declaratórios, na verdade todos os fatos jurídicos seriam, essencialmente, constitutivos, na medida que se caracterizam por possuírem uma potencialidade para a constituição de efeitos jurídicos.<sup>181</sup>

Acerca das modalidades de configuração dos fatos jurídicos, o mestre pernambucano salienta a sua extrema diversidade. Poderiam eles ser formados por (i) fatos naturais, (ii) atos humanos e/ou (iii) efeitos decorrentes de outros fatos jurídicos. Além disso, os fatos jurídicos poderiam ser (i) simples, quando formados por apenas um fato, ou (ii) complexos, na hipótese de congregação de vários fatos distintos.<sup>182</sup> Em relação aos fatos complexos, pode-se ainda diferenciar (a) aqueles em que se exige a presença simultânea dos fatos componentes e (b) aqueles em que os fatos devam ocorrer sucessivamente.<sup>183</sup>

Quando o fato jurídico for composto por fatos que devam ocorrer de forma sucessiva, apenas se ensejará a produção dos efeitos de direito pertinentes a partir da verificação do último fato da cadeia. Apenas com o acontecimento deste último fato, completar-se-á o suporte fático para a incidência normativa. No momento intermédio entre o acontecer das diferentes etapas sucessivas da formação do fato complexo, enquanto se aguarda a verificação da etapa posterior,

---

<sup>180</sup> *Op. cit.* p. 26

<sup>181</sup> *Op. cit.* p. 39

<sup>182</sup> *Op. cit.* p.43

configura-se um estado de pendência da configuração do fato jurídico. Neste estado de pendência, enseja-se a situação de fato de expectativa de direitos, caracterizada, justamente, pela esperança de que as demais etapas da cadeia de fatos ocorram, viabilizando-se, dessa forma, a produção dos efeitos jurídicos.<sup>184</sup>

Além disso, com fundamento no pensamento de Paul OERTMANN e PONTES DE MIRANDA, Torquato CASTRO afirma que, em determinadas situações de fato, poder-se-ia também distinguir entre (i) fato-causa, que seria o fato jurídico propriamente, e (ii) fato-concausa, constituindo este apenas uma condição para a produção dos efeitos jurídicos pertinentes àquele. Como exemplo, apresenta a cessão de crédito (fato-causa) que, embora perfectibilizada, apenas produzirá efeitos após a notificação do devedor acerca da cessão (fato-concausa).<sup>185</sup>

O eminente jurista da Escola do Recife aduz, ainda, que segundo a concepção tradicional, em se verificando a participação de um ato de manifestação de vontade na formação da situação de fato, ele sempre passaria a ocupar a importante posição de fato-causa.<sup>186</sup> Esse entendimento, por privilegiar o dogma da autonomia da vontade, afirma que o ato de manifestação de vontade, por si, já encerraria todo o direcionamento da produção de efeitos jurídicos, relegando aos demais fatos componentes da situação de fato uma posição meramente secundária, de condicionadores da eficacibilidade e não de determinantes do conteúdo dos efeitos a serem produzidos. No entanto, referida concepção tem constituído objeto de severas críticas de importantes juristas contemporâneos. Torquato CASTRO aponta, então, o erro de transformar um determinado fato, assinalado pela norma

---

<sup>183</sup> *Op. cit.* p. 43-4

<sup>184</sup> *Op. cit.* p. 36

<sup>185</sup> *Op. cit.* p. 36-7

jurídica como momento decisivo no processo de produção de efeitos jurídicos, em simples condição de eficacibilidade, tão-somente por não encerrar uma manifestação de vontade. Nesse sentido, ao passo que na concepção criticada, de índole eminentemente voluntarista, na sucessão testamentária, concluir-se-ia pelo absurdo de considerar o testamento como fato-causa e a morte do *de cuius* como simples fato-concausa, por não encerrar uma manifestação de vontade, por seu turno, no entendimento contemporâneo, abre-se possibilidades para a correção do equívoco.

Torquato CASTRO ressalva, no entanto, que autores prestigiados, de forma minoritária, criticam a distinção entre fato-causa e fato-concausa. Por exemplo, segundo Andreas VON TUHR, a distinção não seria correta, pois a norma jurídica não atribuiria a nenhum fato específico componente do fato jurídico enquanto totalidade a potencialidade para a produção de efeitos.<sup>187</sup> Assim, todos os fatos componentes possuiriam idêntica importância, verificando-se a produção de efeitos apenas após a ocorrência do último fato, quando se consolida o fato jurídico.

---

<sup>186</sup> *Op. cit.* p. 37

<sup>187</sup> *Op. cit.* p. 37

## CAPÍTULO QUINTO

### A TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA A PARTIR DAS TEORIZAÇÕES DE TORQUATO CASTRO

#### 1. A noção de situação jurídica

Quando uma situação de fato adquire as cores de fato jurídico, instaura-se uma situação jurídica. A situação jurídica traduz-se no posicionamento, em função de uma disposição normativa, de sujeitos concretos perante certos objetos.<sup>188</sup> O posicionamento dos sujeitos lhes confere uma certa medida de participação de uma coisa definida, no âmbito da situação jurídica, como objeto. Torquato CASTRO salienta que as pessoas passam a ser sujeitos quando e na medida em que integram uma situação jurídica, pois ela lhes<sup>o</sup> define a medida da participação que lhes cabe na objetividade.<sup>189</sup> O mestre pernambucano afirma que, por *coisa* que se irá tornar objeto, pode-se entender de acordo com o seu sentido mais genérico, consoante se fazia na última fase do direito romano, englobando, por exemplo, (i) parcela do mundo físico (terreno, casa, etc); (ii) atos humanos externos (declarações de vontade, prestações, etc); e, até mesmo, (iii) qualificações (atributos do proprietário, do pai, etc).<sup>190</sup>

---

<sup>188</sup> *Op. cit.* p. 46

<sup>189</sup> *Op. cit.* p. 50

<sup>190</sup> *Op. cit.* p. 37

Segundo Torquato CASTRO, para o direito, a relação fundamental constitui aquela que se firma entre o sujeito e o corpo do objeto. Somente após instaurada essa relação, são definidas as relações mantidas entre sujeitos.<sup>191</sup> De forma mais contundente, para o direito, apenas em função da relação sujeito/corpo do objeto firmar-se-iam as relações sujeito/sujeito. O “*Ter*” constituiria o núcleo do fenômeno jurídico, na medida que sintetiza a forma de participação da pessoas nas realidades que compõem o mundo (caráter atributivo do direito) A perspectiva do “*Ter*” possuiria dois reflexos fundamentais no território da subjetividade: ou (i) projetaria diretamente o Ser no confronto de Outrem, constituindo, portanto, o *leitmotiv* das disputas mantidas entre os sujeitos; ou, ainda que somente, (ii) encerraria uma projeção reflexa do Ser contra os demais, consignada no *Ter por si*.<sup>192</sup>

Assim, as relações entre sujeitos de direito, secundárias na fenomenologia jurídica, não seriam contatos do Eu em pura espiritualidade (Eu-Espírito/Eu-Espírito). Em outro sentido, Torquato CASTRO, do alto de seu aporte filosófico explica que seriam definidas enquanto projeções da relação atributiva (*Ter*) de objetos (Matéria) ao sujeito (Eu-Espírito-Matéria).<sup>193</sup> Desse modo, elas resumem-se ao confronto entre duas posições de direito de sujeitos perante objetos. Por exemplo, a relação entre credor e devedor, na verdade, constitui uma relação entre posições de direito (posição de credor e posição de devedor), determinadas em função de um mesmo objeto (comportamento do devedor, isto é, a prestação).

---

<sup>191</sup> *Op. cit.* p. 54

<sup>192</sup> *Op. cit.* p. 54-5

<sup>193</sup> *Op. cit.* p. 57



Neste exemplo, a normatividade atribuiu (Ter) ao sujeito que ocupa a posição de credor um crédito e àquele que ocupa a de devedor um débito.<sup>194</sup>

As situações jurídicas constituem um campo fértil para a diversidade. Por se individualizarem em função das pessoas dos sujeitos e da concretude dos objetos, pode-se afirmar que, para cada pessoa diferente investida na posição de sujeito, para cada objeto concreto, haverá uma nova situação jurídica.

A formação da situação jurídica possui fundamento tanto na situação de fato quanto na normatividade. Se é verdade que, primordialmente, o fato já apresenta uma disposição específica entre pessoas e coisas, também é certo que a normatividade introduz, no modo como o fato está disposto, uma disposição sua. A norma, assim, tem limites: ela não pode tudo. Há situações em que a norma nada pode dispor: por exemplo, ela não pode ressuscitar quem já tenha morrido. Mesmo mantendo consciência acerca de suas limitações, Torquato CASTRO afirma que, a partir da disposição introduzida pela norma, a pessoa, agora sob as vestes de sujeito, posiciona-se em relação às coisas (objeto), de forma específica, em razão de um “*mérito*” seu.<sup>195</sup> O mérito da pessoa do sujeito, que lhe permitirá a participação na objetividade, seria aferido pelo critério da normatividade. À norma jurídica, caberia a repartição do mundo, atribuindo com justiça objetos aos sujeitos. Em verdade, a situação jurídica exprimiria uma medida do mérito do sujeito, reconhecido normativamente, retratada na sua participação na objetividade.<sup>196</sup>

O pensador da Escola do Recife ressalva que a situação jurídica, fenômeno essencialmente concreto, não é apanhada pela lei em sua integralidade.

---

<sup>194</sup> *Idem.*

<sup>195</sup> *Op. cit.* p. 58

<sup>196</sup> *Idem.*

Em função do caráter abstrato da lei, a situação jurídica, ao ser vislumbrada por meio dela, sofreria, em sua imagem, uma profunda refração.<sup>197</sup> Na lei, a situação jurídica adquiriria a aparência da densidade própria da abstração, perdendo a riqueza e nitidez apenas encontradas na densidade da concretude. Para o autor, em verdade, ao abstrair, a lei retiraria da situação jurídica inúmeras notas encontradas concretamente, mutilando-a e despindo-a a um conjunto ínfimo de conotações. E o conteúdo deste conjunto ínfimo (mínimo), consagrado na lei, obedece a critério eminentemente político.

No exato momento da incidência, a norma jurídica operaria qualificações acerca das pessoas, dos bens e dos interesses envolvidos na situação de fato. Isso ocorreria imediatamente à configuração do fato jurídico causa da situação jurídica, decorrente da conformação suficiente do suporte fático.<sup>198</sup> Desse modo, a normatividade procederia à determinação de quem será o sujeito ou os sujeitos, aquilo que será o objeto e a exata medida do objeto que caberá ao sujeito ou a cada um dos sujeitos. Para Torquato CASTRO, assim se constitui uma situação jurídica.

Insta ressaltar que, segundo o citado mestre pernambucano, a consciência da pessoa do sujeito quanto à existência de uma situação jurídica, as atividades por ela desempenhadas e o reconhecimento, por parte da autoridade estatal, acerca do *posicionamento* do sujeito frente ao objeto estão em segundo plano na fenomenologia do direito.<sup>199</sup> Tais acontecimentos seriam posteriores ao

---

<sup>197</sup> *Op. cit.* p. 61

<sup>198</sup> *Op. cit.* p. 34

<sup>199</sup> *Op. cit.* p. 69

momento de constituição da situação jurídica, não dizendo respeito à perspectiva da incidência da norma jurídica, mas tão-somente à sua aplicação.

## 2. Elementos da situação jurídica

Segundo Torquato CASTRO, a situação jurídica seria constituída, minimamente, pelos seguintes elementos: (i) sujeito; (ii) objeto e (iii) posição jurídica do sujeito. Na maioria das vezes, vislumbrar-se-ia também um quarto elemento: (iv) relação jurídica intersubjetiva.<sup>200</sup>

O jurista citado remete-se a Francesco CARNELUTTI, afirmando que, para o autor italiano, sujeito e objeto poderiam ser considerados como os dados reais da situação jurídica, pois seriam realidades do mundo físico ou social, ao passo que a posição jurídica do sujeito ou, em havendo mais de um, dos sujeitos e a eventual relação jurídica intersubjetiva não receberiam tal qualificação. Os sujeitos seriam constituídos por *pessoas*, sejam físicas, sejam jurídicas. Por sua vez, como também já ressaltado, a objetividade seria composta por *coisa*, na sua acepção mais abrangente.

Deve-se atentar, porém, que seria equívoco imaginar que o *abstractum* físico ou social encerrado pelas perspectivas subjetiva e objetiva seria suficiente para permitir a juridicização de tais elementos. Sujeito de direito e objeto de direito não são preexistentes à operacionalidade normativa. Desse modo, pode-se compreender que a situação jurídica não engloba nem a pessoa em toda a sua realidade concreta (psicofísica), nem as coisas, atos humanos, qualificações em toda a riqueza de sua apresentação natural. Torquato CASTRO salienta que a

---

<sup>200</sup> *Op. cit.* p. 65

situação jurídica abrangeria tais elementos apenas na exata medida em que eles participam do fim pretendido pela normatividade, situada concretamente em atenção aos fatos verificados. Apenas a porção da pessoa e da coisa que contribuir para que a normatividade responda ao problema apresentado pelos fatos situados será revestida da roupagem de sujeito e objeto. Para o autor, no exato momento da sua incidência, a norma jurídica delimitaria: (i) (a) até quanto e (b) até quando a pessoa pode ser considerada sujeito e (ii) (a) até quanto e (b) até quando a coisa pode tornar-se objeto. Nesse sentido, pode asseverar que, para o direito, sujeito e objeto constituem pura construção normativa, marcados pela nota da relatividade a fatos e normas situados.

Sujeito, então, seria aquela pessoa qualificada pela normatividade para ocupar uma posição jurídica no âmago de uma situação jurídica. Para Torquato CASTRO, as pessoas seriam qualificadas como sujeitos, para o direito, tão-somente em função de sua participação na operação desenvolvida pela normatividade, ao oferecer uma resposta a uma determinada situação de fato, jamais, como tantos autores alardeiam, em função apenas de imperativos de ordem teórica. Deve-se atentar, portanto, que a noção de sujeito, em si, já corresponde a uma relação. Como lembra o jurista, ser *subjectus* é ser aquilo que subjaz a algo, encerrando, portanto, uma relação frente a algo a que se deve suportar. Os contornos daquilo que se deve suportar conformam os limites da própria subjetividade.

Nesse sentido, a posição jurídica constitui a síntese de todas as relações constituída pela normatividade entre o sujeito e a objetividade a ele atribuída (o 'algo' a suportar). É por meio da posição jurídica que o sujeito se vincula ao objeto. O posicionamento do sujeito frente à objetividade pode ocorrer de diversos modos, em função do complexo fato/normatividade. Como exemplo de

posições jurídicas, pode-se apresentar os direitos subjetivos, os poderes e os deveres. Insta salientar que o posicionamento do sujeito em face da objetividade sintetiza relações que, se tomadas isoladamente, poderão ser melhor compreendidas. Nesse sentido, uma mesma posição jurídica pode sintetizar faculdades, direitos potestativos, ônus e deveres, por exemplo.

### **3. A legitimação da pessoa em uma subjetividade: a noção de título legitimatário**

No pensamento de Torquato CASTRO, uma pessoa será revestida de subjetividade e ocupará uma posição jurídica apenas em função de um *'título jurídico legitimatário.'* É o título jurídico que legitima a pessoa a ocupar a posição de sujeito em uma situação jurídica. Ao título, caberia a função de individualizar a pessoa revestida de subjetividade, importante sobretudo naquelas situações jurídicas em que se encontram presentes mais de um sujeito:

A titularidade sempre estaria relacionada à ocorrência de um fato, que, em função de sua situação e da incidência normativa, constituiria a causa da participação de uma pessoa, passando, então, a ser qualificada como sujeito, em uma situação jurídica. No entanto, a titularidade não se reduziria a fatos, ainda que se expressasse através deles. Os fatos contribuiriam para a determinação da titularidade na medida do seu valor para a causalidade jurídica. Os fatos, em sua situação, permitiriam concluir pela pessoa que será titular da posição de sujeito, após a incidência normativa.

Nesse sentido, o título constitui o critério de individuação e de identificação da pessoa que ocupará a posição de sujeito. O jurista de Pernambuco

destaca que a titularidade correlaciona uma realidade concreta (pessoa) com uma qualificação ideal (sujeito). Expressaria, portanto, uma relação de causalidade eficiente, mantida entre a ocorrência de determinados fatos e a constituição de uma situação jurídica. Referida causalidade eficiente fundamentar-se-ia no fenômeno da incidência normativa. Um fato apenas constituirá o título de ingresso de uma pessoa em uma situação jurídica, como sujeito, em função da incidência normativa.

Para a adequada compreensão de sua importância, Torquato CASTRO lembra que o título define, no âmbito de uma situação jurídica, (i) a natureza, (ii) a direção e (iii) o alcance da atuação subjetiva. Desse modo, é o título que permitiria aferir se a ação praticada pela pessoa do sujeito possui juridicidade ou é abusiva (injurídica). A titularidade de uma subjetividade impõe-se *erga omnes*, legitimando a atuação da pessoa na integralidade do espaço juridicamente delimitado.

O jurista salienta que, na individuação dos elementos ideais referidos pela normatividade, insta volver para as origens de fato de toda situação jurídica. O iter da formação das situações jurídicas sempre se iniciaria nos fatos concretamente situados. Existiria, assim, um nexos causal entre a situação de fato e a situação de direito, definido pela incidência normativa. Consoante explanação anterior, apenas a partir da identificação da situação de fato, poder-se-ia compreender o conteúdo da norma situacional formada pelo ordenamento jurídico para oferecer uma resposta adequada ao problema verificado. Portanto, na situação jurídica, a delimitação da pessoa do sujeito, de sua posição perante a objetividade e do conteúdo da objetividade estaria em íntima conexão com a situação de fato.

#### 4. Espécies de situações jurídicas.

As situações jurídicas podem ser apresentadas sob dois esquemas gerais, conforme o pensamento de Torquato CASTRO: (i) as situações jurídicas uniposicionais e (ii) as situações jurídicas relacionais.<sup>201</sup>

##### 4.1 Situações jurídicas uniposicionais.

Para cumprir a sua função atributiva, a norma jurídica, preliminarmente, delimita os contornos da subjetividade e da objetividade. Não raro, a função atributiva da norma já é cumprida, em sua integralidade, tão-somente com a investidura de uma pessoa na titularidade de uma subjetividade. Existe, assim, uma coincidência entre os momentos qualificativo e atributivo da normatividade, isto é, entre os momentos em que se define o bem que o sujeito merece e aquele em que se realiza a atribuição.

As situações jurídicas referidas por tais normas prescindem da participação de qualquer outro sujeito. Eventuais comportamento de outrem serão sempre exteriores à situação jurídica, em face da suficiência da operação atributiva conduzida pela normatividade. Torquato CASTRO afirma que, nessas situações jurídicas, vislumbra-se apenas o uniposicionamento de um sujeito perante a objetividade: haveria tão-somente uma única posição. Como exemplos, podem ser citadas as situações jurídicas (a) reais; (b) qualificadoras; e (c) configurativas de direitos potestativos.

---

<sup>201</sup> *Op. cit.*

#### 4.1.1 Situações jurídicas reais.

Conformando-se o fato jurídico, tais situações jurídicas seriam constituídas, independentemente de qualquer ato humano, quer seja da participação da pessoa do sujeito, quer seja de outrem. Segundo o pensador pernambucano no direito brasileiro, compondo-se, de forma suficiente, o suporte fático da aquisição proprietária -- com a tradição ou com o registro, dependendo da natureza do bem --, haveria, de forma automática, a incidência normativa, juridicizando tais fatos e formando a situação jurídica proprietária.

A perspectiva proprietária é compreendida, então, pelo posicionamento da pessoa do sujeito em face da objetividade (*coisa*), descartando-se a concepção que a vislumbra a partir de uma relação jurídica entre o sujeito proprietário e um *sujeito passivo universal*. Torquato Castro afirma que esta última teoria, descomprometida com a apreensão da concretude do fenômeno jurídico, teria conduzido a ciência do direito por tortuosos caminhos que, dentre outras conseqüências nefastas, levaram ao esquecimento da noção de titularidade. A posição de sujeito de direito não poderia ser ocupada por um *ente imaginário, irreal*; mas por pessoas situadas concretamente, afinal, é a situação concreta dos fatos que expressa a titularidade.

Dentre as contribuições da *teoria da situação jurídica* ao disciplinamento proprietário, pode-se destacar duas, de inegável importância: 1) a formação de um modelo jurídico, na teoria geral do direito civil, para a compreensão da conformação proprietária contemporânea, em toda a sua variabilidade, pluralidade e elasticidade; 2) a viabilização da realização concreta do princípio da função social da propriedade, bem como a compreensão das implicações de sua



incidência, incompatível com a compreensão proprietária fundada em uma fórmula conceptual de direito subjetivo.

Primeiramente, a noção de situação jurídica possibilita o disciplinamento de uma certa situação de fato considerando toda a riqueza e multiplicidade de seus elementos. Nesse sentido, trata-se de noção afinada à concepção proprietária contemporânea, variável, elástica e plural. Em face do sujeito proprietário e do bem, visualiza-se uma propriedade distinta, de acordo com a fórmula que proclama *Non c'è La proprietà, ma ci sono le proprietà!* Não há apenas a propriedade clássica "*ius utendi et abutendi*", modelo e espelho do grande latifúndio, mas outras propriedades são consagradas: na profunda distinção constitucional, há as propriedades rural e urbana. Além dessa divisão fundamental, inúmeras outras podem ser referidas, como, por exemplo, a propriedade intelectual. No mesmo sentido, variando sujeito e/ou objeto, tem-se uma nova situação jurídica. A situação jurídica é o modelo/espelho da pluralidade encontrada na concretude.

Deve-se também considerar que, para cada modalidade proprietária referida, visualiza-se um regime proprietário específico. A noção de situação jurídica em muito auxiliará na compreensão do modo como ocorre a determinação desse regime específico pelo direito. O trajeto realizado desde os fatos, em sua riqueza concreta, passando pela conformação suficiente do suporte fático das normas jurídicas envolvidas, a verificação do fenômeno da incidência, a formação da resposta do ordenamento jurídico à situação de fato, a juridicização dos fatos concretos, a construção da situação jurídica proprietária diferenciada, a produção dos efeitos jurídicos aptos a solucionar o problema apresentado pelos fatos, eis o percurso contemporâneo do direito das coisas. Tal percurso se confunde com o iter de formação das situações jurídicas.

Além disso, viabiliza-se a realização concreta do princípio da função social da propriedade, cujos efeitos serão determinados em face das peculiaridades do caso concreto. A noção de situação jurídica em muito auxilia na compreensão da limitação do conteúdo proprietário em consequência de sua funcionalização. Na perspectiva conceitualista do direito subjetivo, defendia-se, sob os mais diferentes argumentos, a existência de um conteúdo determinado *a priori*. No caso do *direito subjetivo de propriedade*, consoante já exposto, o seu conteúdo resumia-se na fórmula "*ius utendi et abutendi*", incorporada pelo código civil brasileiro de 1.916. Eventuais limitações implicavam o parcelamento do direito de propriedade em direitos reais autônomos, previstos, de igual modo, com conteúdo extensivamente determinado. Em virtude disso, as teorizações iniciais sobre o princípio da função social da propriedade afirmavam que suas consequências seriam no campo do exercício dos direitos e não no de seu conteúdo. Nas reflexões posteriores, que apontam para o caráter determinante no conteúdo proprietário, verifica-se uma incompatibilidade entre a concepção conceitualista de direito subjetivo e a previsão do princípio da função social.

A noção de situação jurídica, em função da variabilidade que a caracteriza, permite a realização efetiva da inserção do princípio da função social no disciplinamento proprietário, assumindo o seu papel determinante em relação ao conteúdo e não apenas ao exercício da propriedade. Em função da situacionalidade dos fatos concretos, determinada será a incidência do princípio da função social da propriedade e seu alcance na conformação da situação jurídica proprietária. Em função das especificidades da situação jurídica proprietária formada, distintas serão os efeitos jurídicos produzidos, todos assentes em transformações internas à propriedade e não apenas ao seu exercício.

#### **4.1.2 Situações jurídicas qualificadoras.**

Trata-se aqui daquelas situações jurídicas que possuem como objeto uma qualificação da pessoa do sujeito. Referida qualificação individualiza a pessoa no contexto do ordenamento jurídico, em função de certos aspectos, determinando a possibilidade de sua participação (titularidade) ou a necessidade de sua exclusão de outras situações jurídicas.

Um exemplo reside na situação jurídica que atribui à pessoa do sujeito a sua personalidade jurídica. Outro exemplo seriam as situações jurídicas que individualizam e qualificam as pessoas dos sujeitos em função do estado de família, diferenciando a situação do pai daquela dos filhos. A qualificação como solteiro ou casado, em função do estado civil, também corporifica uma situação jurídica de igual índole. Por fim, a atribuição à pessoa do sujeito de capacidade jurídica ou, em determinados casos, de incapacidade jurídica, seja geral, seja específica, também assim pode ser entendida.

#### **4.1.3 Situações jurídicas configurativas de direitos potestativos.**

Segundo Torquato CASTRO, direitos potestativos seriam aqueles poderes cujo exercício possuiria o condão de alterar, unilateralmente, situações jurídicas preexistentes. As normas que, em sua fatispécie, prevêem-nos, em face da situação concreta, constituiriam uma situação jurídica que atribuiria ao sujeito a possibilidade de fazer atuar certos efeitos jurídicos neies configurados previamente.

No direito potestativo, o sujeito titular poderia decidir acerca da oportunidade de exercício, ensejando ou não a produção dos efeitos pré-configurados.

#### 4.2 Situações jurídicas relacionais.

Em outros casos, em função da natureza do objeto situacional, impor-se-ia a distinção, na fenomenologia do direito, entre o momento de qualificação no qual se definiria o “bem” a que o sujeito faz jus e o momento de atribuição do referido bem ao sujeito. Nesta hipótese, muito embora a norma proceda à qualificação, definindo o bem que o sujeito merece, a atribuição do bem ao sujeito destinatário acabaria por estar na dependência de comportamento sob a responsabilidade de outro sujeito. Essas situações, portanto, seriam integradas por dois sujeitos, ocupantes de posições jurídicas distintas. *A um sujeito, a normatividade destinaria o objeto, enquanto ao outro a norma cominaria um comportamento, por meio do qual o objeto será atribuído ao primeiro.* Torquato CASTRO destaca que o vínculo entre os sujeitos seria constituído, então, a partir do objeto em relação ao qual ambos estariam posicionados: o objeto deferido seria atribuído ao sujeito destinatário mediante um comportamento exigível do outro.

Nestas situações jurídicas, verificar-se-ia a disposição, pela normatividade, dos sujeitos em posições jurídicas que, muito embora se oponham, estariam coordenadas entre si em função de uma mesma objetividade. Entre os sujeitos, constituir-se-ia uma relação jurídica que reflete nada além do modo como eles se encontram posicionados frente ao objeto, exprimindo o direito de um e o dever de outro.

No entendimento do jurista nordestino, o comportamento pertinente a cada sujeito nas situações jurídicas relacionais é tipificado em duas ordens diversas, em função da natureza do objeto situacional. Em expressando o objeto(i) (a) um fim ético em si ou: (b) um fim de índole institucional, não haveria disponibilidade ao sujeito destinatário acerca da realização ou não do comportamento. Como exemplo, apresenta-se os direitos da personalidade (fim ético) e o direito ao exercício da função parental (fim institucional): o comportamento devido pelo pai e pela mãe nas relações familiares não é passível de livre disposição. Em outro sentido, (ii) se o objeto possuir um caráter meramente patrimonial ou econômico, o comportamento a ele relacionado é passível de livre disposição pelo sujeito destinatário. Figuram aqui os direitos obrigacionais.

Torquato CASTRO<sup>202</sup> destaca, ainda, a necessidade de considerar, com grande cuidado, a terminologia corrente na doutrina que diferencia, na relação intersubjetiva, um sujeito definido como *ativo* e outro considerado *passivo*. Na verdade, por assumirem uma posição no âmago de uma mesma situação jurídica, os sujeitos estariam coordenados entre si para a consecução do fim maior atinente à realização do direito: os sujeitos são colaboradores. Além disso, ambos os sujeitos poderiam ser considerados ativos, uma vez que possuem aptidão para resguardar a sua posição jurídica. Mesmo ao devedor, o ordenamento jurídico atribui prerrogativas, incluindo a de manter o vínculo que o une ao credor e a de pagar.

## QUARTA PARTE

o

A VISUALIZAÇÃO DA CIDADE:

OUTROS EDIFÍCIOS PARA COMPARAÇÃO

o

## CAPÍTULO SEXTO

### UMA TIPOLOGIA DAS DIFERENTES *TEORIAS DA SITUAÇÃO JURÍDICA*

Consoante prometido em capítulo anterior, volta-se agora à exposição de uma tipologia de *teorias da situação jurídica* encontradas entre os diferentes autores estudados. Optou-se, como critério primordial, a identificação da *teoria da norma jurídica* que fundamenta e explica o *iter de formação das situações jurídicas* apresentado pelos juristas. Porém, referido critério revelou-se insuficiente, tendo em vista, sobretudo, três aspectos. Primeiramente (i), verificou-se, entre os pensadores estudados, a apresentação de uma *notícia histórica* acerca do *conceito de situação jurídica*, que, sob pena de grave equívoco, não poderia ser compreendida como a proposição de uma *teoria*. Ao contrário, entre tais juristas, chega-se, até mesmo, a rejeitar a noção. Além disso (ii), há estudiosos que não se preocupam nem com o *iter de formação das situações jurídicas*, nem sequer com a exposição de uma *teoria da situação jurídica*, limitando-se à apresentação e defesa de um *conceito de situação jurídica*. Além disso (iii), encontrou-se juristas que não fundamentam o *iter de formação das situações jurídicas* em uma *teoria da norma jurídica* propriamente, mas na noção de *decisão jurídica*.

Em face de tais aspectos problematizantes, na tipologia apresentada a seguir, principiar-se-á pela exposição do pensamento dos autores que apresentam uma *notícia histórica* da noção. Dar-se-á seqüência ao trabalho, apresentando as lições dos juristas aludidos que, não se preocupando nem com o *iter de formação das situações jurídicas*, nem sequer com a construção de uma *teoria da situação*

*jurídica*, limitam-se à defesa de um *conceito de situação jurídica*. Em seguida, expor-se-á o arcabouço conceptual dos autores que fundamentam o *iter de formação das situações jurídicas* em uma *decisão jurídica exarada pelo órgão competente* e não em uma *teoria da norma jurídica* propriamente. Então, adentrar-se-á na apresentação das *teorias da situação jurídica* que fundamentam o seu *iter de formação das situações jurídicas* em uma *teoria da norma jurídica*.

Dentre estas últimas teorias, far-se-á três diferenciações, conforme estejam relacionadas à noção de norma jurídica (i) como juízo hipotético incluindo sua variante nomeada de *juízo valorativo*, (ii) enquanto proposição lingüística e, por fim, (iii) proximamente aos referenciais apresentados por PONTES DE MIRANDA. Assim, segue-se a exposição.

Autores que apresentam uma *notícia histórica* da noção, sem conceber, propriamente, uma teoria:

### **1. As situações jurídicas como estágio preliminar no processo de formação dos direitos subjetivos**

Este é o primeiro sentido imputado às situações jurídicas, em conformidade com a sua concepção originária, encontrada na obra do estudioso alemão do século XIX Josef KOHLER. No Brasil, Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, em seu Tratado de Direito Privado, ao aludir à noção de situação jurídica, remete-se justamente à conformação concebida inicialmente por Josef KOHLER.<sup>203</sup> Nessa concepção, uma situação jurídica seria um elemento ou degrau da formação ou desenvolvimento de um direito subjetivo. Parte-se, para formular referida noção,



do pressuposto rejeitado por PONTES DE MIRANDA de que determinados suportes fáticos podem possuir significado jurídico ainda que não estejam completos.<sup>204</sup>

Segundo o grande jurista brasileiro, a noção seria de larga amplitude, englobando os mais diferenciados estados. Um exemplo de situação jurídica, admitido por Josef KOHLER, refere-se àquela de que está imbuído o herdeiro em testamento de pessoa que ainda não morreu. Ao enunciar referido exemplo, segundo PONTES DE MIRANDA, o autor alemão cometeu o equívoco de não distinguir (i) o elemento definitivo, morte, dos demais (ii) elementos secundários que constituem o fato jurídico da herança.<sup>205</sup>

Ao tratar do tema, PONTES DE MIRANDA refere-se à noção de situação jurídica de modo meramente secundário, valendo-se da categoria para expor o seu posicionamento em relação à simples expectativas de direitos.<sup>206</sup> Assim, ao não admitir a possibilidade de a simples expectativa ensejar a produção de efeitos jurídicos, o que seria viabilizado com o acatamento da teoria de Josef KOHLER, cessam as preocupações de PONTES DE MIRANDA em relação à noção de situação jurídica, ao menos nos textos localizados nas atividades de pesquisa para a produção deste trabalho.

Para PONTES DE MIRANDA, a simples expectativa, por não constituir fato jurídico, não seria apta a ensejar a produção de efeitos jurídicos. Por exemplo, o estado dos filhos, anteriormente à morte dos pais, gera tão-somente uma

---

<sup>203</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Parte Geral, Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1.955. p. 295-8.

<sup>204</sup> *Op. cit.* p. 295

<sup>205</sup> *Op. cit.* p. 296

<sup>206</sup> *Op. cit.* p. 297

esperança de fato de que, no futuro, eles venham a receber a herança. Não há certeza alguma de que isso venha a ocorrer, uma vez que os pais ainda não morreram: (i) os filhos podem morrer antes dos pais; e (ii) os pais podem deserदार os filhos. Apenas após a morte dos pais, completa-se o suporte fáctico, produzindo o fato jurídico que terá como efeitos a sucessão patrimonial.<sup>207</sup>

## **2. A situação jurídica como categoria substitutiva da noção de direito subjetivo**

Vicente RÁO remete-se à famosa doutrina das *situações jurídicas* formulada por Léon DUGUIT,<sup>208</sup> de grande destaque, sobretudo, pelo seu viés político socialista.<sup>209</sup> Deve-se ressaltar, porém que o eminente jurista brasileiro, em sua obra, demonstra conhecer outras noções de *situação jurídica* distintas daquela do referido estudioso francês.<sup>210</sup> Porém, opta-se aqui por examinar o pensamento de Léon DUGUIT. Assim, segundo Vicente RÁO, a doutrina de Léon DUGUIT assentar-se-ia em três postulados: (i) a regra de direito; (ii) a situação de direito e (iii) as vias de direito (meios pelos quais a *situação* pode ser defendida das pretensões e violações de outrem).<sup>211</sup>

---

<sup>207</sup> *Op. cit.* p. 295

<sup>208</sup> As reflexões sobre “*la situation de droit*” estão em DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**, 10.<sup>a</sup> ed. Paris: Ancienne, 1921. p. 110-147.

<sup>209</sup> RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**, 2.<sup>o</sup> vol. São Paulo: Max Liminad, 1.958. p. 51-67

<sup>210</sup> Afirma o jurista paulistano: “Relação jurídica e situação jurídica. Costuma-se distinguir a *relação jurídica* da *situação jurídica* para se afirmar que também esta pode receber, como de fato recebe, frequentemente, uma proteção legal. Mas, em rigor, a situação jurídica (entendida, não no sentido que lhe atribui Duguit e acima explicamos) é uma consequência do direito subjetivo, e criada por este direito e, se recebe o amparo da lei, assim sucede por se caracterizar como decorrência de um direito.” (*op. cit.* p. 299)

<sup>211</sup> *Op. cit.* p. 51

A regra jurídica possuiria como fundamento o *fato da solidariedade social*,<sup>212</sup> que, por sua vez, compreende dois outros fatos: (a) a *interdependência*,<sup>213</sup> responsável pela vinculação dos membros de uma comunidade entre si, segundo as suas *necessidades*; e (b) a *divisão do trabalho social*,<sup>214</sup> entre os membros da sociedade. Segundo Vicente RÁO, o pensador francês defenderia que, originalmente, a regra jurídica confundir-se com as demais modalidades normativas por exemplo, as regras morais e econômicas, adquirindo a qualificação de *jurídica* tão-somente no momento em que a *consciência social* do grupo passou a exigir a sua aplicação com o emprego de *meios coercitivos*.<sup>215</sup>

A regra jurídica preexistiria ao Estado, não sendo, portanto, considerada o produto da *vontade* de um ente personificado estatal. Logo DUGUIT chegaria, até mesmo, a negar a própria personalidade do Estado, afirmando que, em seu lugar, existiria uma *função social* que os governantes deveriam exercer em consonância com a regra jurídica.<sup>216</sup> Do mesmo modo, ao invés de direitos subjetivos ressalve-se tratar-se aqui da noção de direito subjetivo fundada na *teoria da vontade*, já examinada, aos indivíduos também caberia o exercício de uma *função social* em conformidade com o direito.<sup>217</sup>

Engendra-se, então, a noção de *situação jurídica* no pensamento do jurista francês. Trata-se de “*um conjunto de imperativos, de mandamentos, os quais, longe de criarem, para os indivíduos, obrigações e direitos em sentido subjetivo,*

---

<sup>212</sup> *Op. cit.* p. 52

<sup>213</sup> *Idem.*

<sup>214</sup> *Op. cit.* p. 53

<sup>215</sup> *Idem.*

<sup>216</sup> *Op. cit.* p. 54

<sup>217</sup> *Op. cit.* p. 54-5

*dirigem-se a todos os membros da comunidade e aos órgãos do Estado, e são de tal modo organizados que, em caso de perturbação, acarretam o uso da coerção social. ora sob provocação da parte, ora sob a ação espontânea dos órgãos desta coerção.*"<sup>218</sup> Ao se destinar "algum bem a um fim determinado, individual ou coletivo, tutelado pelo direito mediante um sistema de sanções e coerções sociais,"<sup>219</sup> estar-se-ia constituindo uma *situação jurídica*. A gênese das *situações jurídicas* coincidiria, portanto, com a garantia do terceiro postulado, já mencionado. Afinal, apenas com as *vias de direito* constitui-se uma sanção, a fim de assegurar o respeito à regra jurídica.<sup>220</sup>

**3. Juristas que, não se voltando à compreensão nem do *iter de formação das situações jurídicas*, nem sequer de uma *teoria da situação jurídica*, restringem-se à apresentação e defesa de um *conceito de situação jurídica***

Este é o caso de Orlando GOMES,<sup>221</sup> cujas reflexões sobre a noção, embora revestidas de certa complexidade observada, sobretudo, na distinção entre as *situações jurídicas objetiva e subjetiva* não chegam a conformar uma *teoria*. Em ao contrário, o autor não se preocupa nem mesmo com o *iter de formação das situações jurídicas*, limitando-se à exposição de um *conceito*. Para Orlando GOMES, a expressão *situação jurídica*, muito embora usual nas obras jurídicas, seria empregada nas mais distintas acepções. Para o jurista pernambucano, porém, ela

---

<sup>218</sup> *Op. cit.* p. 56

<sup>219</sup> *Idem.*

<sup>220</sup> *Op. cit.* p. 57

designaria "uma categoria geral que se especifica numa relação jurídica ou numa qualificação."<sup>222</sup> Nesse sentido, salienta que a *relação jurídica* seria uma espécie do gênero *situação jurídica*.

O autor vislumbra na doutrina positivista a inspiração para a construção da noção de situação jurídica. A teoria da situação jurídica contestaria a categoria do direito subjetivo, acimada de ser uma noção "metafísica."<sup>223</sup> Destaca o já referido Leoa DUGUIT, que seria o precursor do movimento teórico que preconizava a eliminação do direito subjetivo, sob a alegação de que não corresponderia à realidade dos fatos. Atribui, porém, a Gaston JÈZE, a sistematização, de forma mais consistente, da doutrina da situação jurídica.<sup>224</sup> Segundo Orlando GOMES, para a compreensão da conformação contemporânea da noção, deve-se diferenciar entre situação jurídica (i) objetiva e (ii) subjetiva.

A *situação jurídica objetiva*, primeiramente, seria (a) *geral ou impessoal*, por constituir-se em criação legislativa. Tendo em vista que a lei possui um sentido universal, a situação jurídica objetiva seria, de modo uniforme e generalizado, estendida aos indivíduos, sem considerar suas peculiaridades. Além disso, seria (b) *permanente*, perdurando por todo período previsto legislativamente. Os poderes, abstratamente considerados, não se exaurem com o seu exercício. Seria também (c) *alterável*, no seguinte sentido: eventual lei superveniente poderia modificar completamente o seu conteúdo. Por fim, seria (d) *irrenunciável*, não se admitindo a proibição absoluta a qualquer indivíduo de vir a participar dela. O autor ressalva, porém, a possibilidade individual de abstenção e de renúncia relativa à

---

<sup>221</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. São Paulo: Forense, 1.993. p. 122-3

<sup>222</sup> *Op. cit.* p. 122

<sup>223</sup> *Op. cit.* p. 123

participação na situação jurídica objetiva. Exemplo apresentado pelo autor: a previsão, em abstrato, dos poderes gerais do comprador e do devedor.<sup>225</sup>

Por sua vez, a *situação jurídica subjetiva* seria (a) *individual*, constituindo a *personalização* de uma situação jurídica *geral ou impessoal* (objetiva). Expressaria, assim, o exercício, pelos indivíduos, dos poderes conferidos pela lei em termos gerais. Em segundo lugar, seria (b) *temporária*,<sup>o</sup> extinguindo-se com o exercício dos poderes deferidos ao indivíduo. Também seria, (c) *inalterável*,<sup>o</sup> não podendo ser modificada por lei superveniente. Nesta hipótese, o conteúdo dos poderes individuados permaneceria intangível, ainda que em face alteração dos poderes previstos abstratamente. Como último aspecto, seria (d) *renunciável*. Querendo, o indivíduo legitimado para exercer o poder poderia, perfeitamente, a isso renunciar. Como ilustração, os poderes específicos decorrentes de uma determinada relação de compra e venda.<sup>226</sup>

Guido ALPA, assim como Orlando GOMES, apresenta o seu *conceito de situação jurídica*, sem preocupar-se com a construção de uma *teoria* ou com a exposição de um *iter de formação das situações jurídicas*. Porém, o seu pensamento possui certas peculiaridades que merecem exame aprofundado. Para Guido ALPA, a noção de situação jurídica apenas poderia ser compreendida a partir daquela de relação jurídica. A noção de relação jurídica constituiria o fundamento de toda a dogmática jurídica. Desse modo, as situações jurídicas sempre fariam parte

---

<sup>224</sup> Idem.

<sup>225</sup> Idem.

<sup>226</sup> Idem.

de uma relação entre sujeitos, não podendo ser compreendidas sob qualquer outro enfoque.<sup>227</sup>

Segundo Guido ALPA, relação jurídica seria qualquer relação mantida entre dois ou mais sujeitos, à qual o ordenamento concede *relevância*.<sup>228</sup> Ainda, atribui a SAVIGNY a responsabilidade pela noção, tanto em relação ao nome, quanto acerca da idéia de que é possível reconduzir a relação havida entre dois sujeitos dotada de relevância jurídica a um elemento unificante. As relações jurídicas seriam compostas por dois lados, pertinentes aos sujeitos segundo detenham poderes ou deveres: ativo e passivo. A esses lados das relações jurídicas corresponderiam as situações jurídicas em que se encontra cada sujeito. Assim, as situações jurídicas poderiam ser classificadas como ativas ou passivas.<sup>229</sup>

Guido ALPA remete-se a uma importante teoria acerca das situações jurídicas, com grande influência sobretudo no sistema da Common Law, cunhada no início do século vinte, em território norte-americano, por Wesley HOHFELD.<sup>230</sup> Para o autor italiano, o principal mérito de referida teoria consistiu na exposição, em ordem conceptual, das situações jurídicas. Wesley HOHFELD identifica determinadas situações jurídicas elementares, afirmando que elas constituiriam o *mínimo comum denominador* do direito e seriam universais. Elas poderiam ser ordenadas de acordo com dois aspectos: segundo (i) a sua oposição e (ii) a sua correlação. Assim, seriam (i) situações jurídicas opostas: (a) direito e não direito; (b) prerrogativa e dever; (c) poder e incapacidade; e (d) imunidade e

---

<sup>227</sup> ALPA, Guido. **Istituzioni de Diritto Privato: Nozioni**, 3.<sup>a</sup> ed. Milano: UTED, 2.000. p. 74

<sup>228</sup> *Op. cit.* p. 73

<sup>229</sup> *Idem.*

<sup>230</sup> *Op. cit.* p. 75

sujeição. Por sua vez, seriam situações jurídicas correlatas: (a) direito e dever; (b) prerrogativa e não direito; (c) poder e sujeição; e (d) imunidade e incapacidade.

Outra teoria de grande importância, referida por Guido ALPA como similar àquela de Wesley HOHFELD, foi cunhada por Alf ROSS. Alf ROSS, após identificar determinadas situações jurídicas elementares, distingue-as segundo as especificidades da norma jurídica que constitui o seu fundamento. Nesse sentido, pode-se correlacionar as situações jurídicas (i) com fundamento em norma de conduta do seguinte modo: (a) dever e liberdade; e (b) pretensão e não pretensão. As situações jurídicas (ii) com fundamento em norma de competência seriam: (a) sujeição e imunidade; e (b) competência e incapacidade. Para Guido ALPA, pode-se relacionar as teorias de Wesley HOHFELD e Alf ROSS, identificando (a) competência e poder; (b) pretensão e prerrogativa; (c) não pretensão e não direito; e (d) liberdade e direito.<sup>231</sup>

#### **4. Estudiosos que não fundamentam o *iter de formação das situações jurídicas em uma teoria da norma jurídica propriamente, mas em uma decisão jurídica pronunciada pelo órgão jurisdicional***

Tem-se aqui o entendimento de António MENEZES CORDEIRO, para quem a situação jurídica constituiria (i) o produto decorrente da apreciação jurisdicional sobre o caso concreto. Ela sempre resultaria, portanto, de uma decisão jurídica, integrando -- e, para além disso, constituindo o seu ponto alto -- todo o processo de determinação das fontes do direito, sua interpretação e aplicação. Para o autor, (ii) ela encerraria, ao seu centro, apenas pessoas, uma vez que, ao direito

---

<sup>231</sup> Idem



corresponderia uma função direcionada à solução de problemas humanos. Em virtude disso, caber-lhe-ia a adjetivação *situação jurídica subjetiva*. Além disso, destaca o jurista português que (iii) a situação jurídica não possuiria uma natureza meramente fáctica, mas, indo além, exprimiria uma síntese fato-valor. Nesse sentido, atribui-lhe uma (iv) natureza eminentemente cultural e, conseqüentemente, (vii) objetividade e (viii) exterioridade.<sup>232</sup>

Deve-se ressaltar, porém, que António MENEZES CORDEIRO atribui à noção de situação jurídica um papel fundamental na ciência jurídica contemporânea, sobretudo em função dos relevantes debates, atualmente travados, acerca da inserção do direito no campo da concretude. Para a metodologia científica do direito, o autor destaca duas contribuições da noção de situação jurídica: (i) em um primeiro aspecto, ela seria apta a evitar o abstracionismo pré-jurídico decorrente da compreensão do fenômeno do direito fulcrada apenas no exame de leis; (ii) além disso, ela também preveniria um indesejável empirismo absoluto, relacionado ao estudo centrado tão-somente em simples casos concretos.<sup>233</sup>

Ao longo de sua obra, o autor expõe a sua concepção sobre as situações jurídicas por meio de classificações, a seguir expostas.

*Situações simples e complexas.*<sup>234</sup> A situação jurídica seria simples se for composta de apenas um único elemento. Isso ocorrerá quando, na hipótese de vir a ser retirado qualquer fator do seu conteúdo, ela tornar-se ininteligível. Por sua vez, seria complexa quando for composta por mais de um elemento. Tal se evidenciará sempre que, a partir do seu conteúdo, possam ser extraídas realidades

---

<sup>232</sup> MENEZES CORDEIRO, António. **Teoria Geral do Direito Civil**, 1.º vol, 2.ª ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1.994. p. 163

<sup>233</sup> *Op. cit.* p. 161

<sup>234</sup> *Op. cit.* p. 165-7

que, em outras circunstâncias, seriam aptas a constituir uma situação jurídica autônoma. Como exemplo de uma situação jurídica simples, o autor apresenta aquela que configura o poder deferido a um certo sujeito de exigir de outrem um determinado comportamento, conhecida com o nome de *pretensão*. Já a exposição concernente à complexa poderia ser ilustrada com a figura do *direito de propriedade*, que encerra uma diversidade de poderes, faculdades, pretensões, deveres, funções e ônus.

Em interessante constatação, o autor identifica na linguagem o motivo fundamental que conduz à referida distinção. A situação somente será simples ou complexa em função dos quadros lingüísticos utilizados para defini-la. Às vezes, para referir-se a ela, pode-se recorrer a apenas uma única expressão (simplicidade). Em outras vezes, requer-se uma composição lingüística com o emprego de diversas expressões (complexidade). Assim, o caráter de simplicidade ou de complexidade não se deve à natureza da situação, mas tão-somente ao modo como a ciência do direito emprega a linguagem para referenciá-la.<sup>235</sup>

*Situações uni-subjetivas e pluri-subjetivas.*<sup>236</sup> Ao passo que as uni-subjetivas referem-se a apenas uma única pessoa, as pluri-subjetivas relacionam duas ou mais. Impõe-se ressaltar aqui que, ao longo do texto, o autor utiliza as expressões sujeito e pessoa indistintamente. Para ilustrar, o dever de realizar um determinado comportamento pertenceria à primeira espécie, ao passo que a relação obrigacional, envolvendo credor e devedor, poderia ser localizada nesta última. O autor salienta que a pluri-subjetividade expressaria uma totalidade, sendo, portanto, distinta do simples somatório das posições individuais que a compõem. Dentre as

---

<sup>235</sup> *Op. cit.* p. 165

<sup>236</sup> *Op. cit.* p. 168-9

situações pluri-subjetivas, destaca uma modalidade especialmente relevante: aquelas que encerram uma *complexidade subjetiva*. Elas se caracterizariam pela presença de vários sujeitos em um contexto em que, freqüentemente, encontra-se apenas um. Como exemplo, estaria a *contitularidade* (condomínio, etc). Afinal, normalmente, a titularidade é apenas uni-subjetiva.

*Situações jurídicas absolutas e relativas.*<sup>237</sup> Muito embora ressalve a existência de divergência doutrinária, António MENEZES CORDEIRO, na classificação por ele proposta, considera absoluta aquela situação jurídica que é bastante em si, não dependendo de nenhuma outra que venha a ela se opor, assumindo um sinal contrário. Segundo o autor, o direito de propriedade poderia aqui ser vislumbrado, pois se esgotaria na relação entre uma pessoa e uma coisa. Por seu turno, será relativa quando, para que se consubstancie, imponha-se o equacionamento de uma outra, frente a ela, de conteúdo distinto. Inclui-se aqui o direito de crédito: à situação jurídica do credor opor-se-ia outra, pertinente ao devedor. Ao passo que a situação jurídica relativa, por relacionar duas ou mais pessoas, ensejaria sempre uma *relação jurídica* (intersubjetiva), a absoluta, em hipótese alguma, formaria referida categoria jurídica. Admitir tal possibilidade, para o jurista português, constituiria um verdadeiro absurdo lingüístico e prático.

No entanto, o autor afirma que, na doutrina clássica, aponta-se para outros critérios de distinção. Segundo o critério da (i) eficácia, seriam situações jurídicas absolutas aquelas que produzem efeitos *erga omnes* e relativas aquelas cujos efeitos operassem apenas *inter partes*. Por seu turno, na análise a partir do critério da (ii) responsabilidade, poder-se-ia identificar, como absolutas, as situações que, *no caso de sua eventual violação*, ensejariam a responsabilização de qualquer

---

<sup>237</sup> *Op. cit.* p. 170-1

sujeito prevaricador envolvido e, como relativas, aquelas que permitiriam a responsabilização tão-somente de uma única pessoa.

Para António MENEZES CORDEIRO, referidos critérios não são consistentes, impondo-se, portanto, o seu afastamento. Na verdade, toda a situação jurídica -- tão-somente em função do fato de *existir* -- produziria efeitos *erga omnes*, tornando imperativo que todos a respeitem, sob pena de responsabilização.

*Situações jurídicas patrimoniais e não-patrimoniais.*<sup>238</sup> O autor, aqui, distingue entre as situações que são passíveis de avaliação em termos monetários, às quais denomina de *patrimoniais*, e aquelas que, por não possuírem um caráter econômico não o admitem. A estas últimas reputaria *não-patrimoniais* ou *pessoais*.

Acerca desta classificação, o autor realiza duas advertências. Primeiramente (i), deve-se atentar nem todas as situações jurídicas reguladas pelo *direito patrimonial* inserem-se entre as *situações jurídicas patrimoniais*. Às vezes, situações desprovidas de caráter econômico constituem objeto de regulação pelo direito patrimonial, como, por exemplo, a propriedade de uma coisa dotada de mero valor sentimental. Além disso (ii), insta ressaltar que o direito à indenização por dano moral não exprime nem um suposto caráter econômico, nem a possibilidade de conversão em valores monetários, dos bens violados (personalidade). No dano moral, a indenização possui índole meramente compensatória, não sendo apta a reparar o dano sofrido.

*Situações jurídicas ativas e passivas.*<sup>239</sup> As ativas (i) derivariam de normas que configuram poderes ou permissões, (ii) seriam percebidas como *vantagens* e (iii) deixariam a produção de efeitos na pendência da vontade do

---

<sup>238</sup> *Op. cit.* p.172-4

<sup>239</sup> *Op. cit.* p. 175-6

próprio sujeito titular. Por sua vez, as passivas (i) resultariam de normas proibitivas ou impositivas, (ii) funcionariam como um *peso*, sendo, assim, consideradas *desvantajosas*, e (iii) relegariam a possibilidade de produção de efeitos a um sujeito diferente daquele que constitui o seu titular.

António MENEZES CORDEIRO salienta a possibilidade de múltipla combinação, em medidas diversas, de situações jurídicas ativas e passivas na formação de situações jurídicas complexas. Na perspectiva proprietária, segundo o autor, isso estaria bastante evidente, pois, muito embora, em seu contexto global, configure-se de modo essencialmente ativo, seria possível vislumbrar, no seu âmago, uma diversidade de *posições passivas*.

*Situações jurídicas analíticas e compreensivas.*<sup>240</sup> António MENEZES CORDEIRO diferencia duas modalidades de perfis de situações jurídicas que, segundo afirma, possuiriam, conjuntamente, importante funcionalidade na produção do conhecimento científico. O autor salienta a impossibilidade de a ciência jurídica, em seu estado contemporâneo, abdicar do instrumental oferecido pelas referidas noções. As *situações jurídicas analíticas* seriam obtidas mediante a redução da realidade do direito a *fatores componentes* considerados *elementares* e se apresentariam como *fórmulas lógicas*. Como crítica, o autor afirma a sua insuficiência, uma vez que *reduziriam* a realidade que, em verdade, deveriam *traduzir*. Por seu turno, as *situações jurídicas compreensivas* considerariam a realidade jurídica de forma autônoma e segundo as perspectivas da cultura e da historicidade. Ao contrário de reduzir a realidade a esquemas lógicos, traduziriam esquemas culturais.

---

<sup>240</sup> *Op. cit.*, p. 177-8

Quando se alude ao direito de propriedade, refere-se a um esquema bem definido pela história e pela cultura. A sua análise, de modo a identificar os fatores elementares que o compõem, conduzem a uma perda insuperável da riqueza que, apenas em sua totalidade compreensiva, pode ser vislumbrada. Trata-se, portanto, de uma situação compreensiva. A situação analítica seria, por exemplo, o poder de livre disposição sobre a coisa, um dos elementos a que, por análise, a realidade proprietária poderia ser reduzida.

*Autores que fundamentam o iter de formação das situações jurídicas em uma teoria da norma jurídica:*

### **5. Juristas cuja concepção normativa se aproxima da *teoria da norma jurídica como juízo hipotético* (incluindo a perspectiva do *juízo valorativo*)**

O processo de formação das situações jurídicas exposto por José de Oliveira ASCENSÃO obedeceria o seguinte iter: (i) parte-se da normatividade, verificando-se a existência de previsão para a ocorrência de determinados fatos; (ii) produz-se as conseqüências jurídicas previstas na norma; e, então, (iii) enseja-se uma situação jurídica individual.<sup>241</sup> Para o autor, a noção em exame não se resume a uma simples subjetivação de regras jurídicas. Ele critica a concepção segundo a qual, com a verificação de situações reais correspondentes à fatispécie, a norma, essencialmente objetiva, subjetiva-se, conformando uma situação jurídica individual

---

<sup>241</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: Introdução e Teoria Geral**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1.878. p. 466

cujo único mérito será opor-se à perspectiva generalizante da lei em abstrato. Em outra direção, o autor ressalta que a natureza da situação jurídica é essencialmente distinta daquela da regra jurídica, pois, ao passo que esta é geral, aquela é constituída por pessoas, sendo a elas delimitada.<sup>242</sup>

Saliente-se que José de OLIVEIRA ASCENSÃO concede à noção de situação jurídica uma nuclear funcionalidade na teoria<sup>o</sup> geral do direito civil. Segundo o jurista português, pode-se, até mesmo, aventar a constituição de uma introdução ao estudo do direito ancorada na análise das situações jurídicas.<sup>243</sup> Deve-se atentar, porém, que não seria viável proceder à referida empreitada a partir do estudo do seu conteúdo específico em concreto. Impõe-se, então, identificar e compreender os elementos recorrentes em toda a situação jurídica em concreto. Nesse sentido, o autor afirma que todas as situações jurídicas, *mais ou menos*, apresentam (i) um ou mais sujeitos e (ii) um objeto, exprimem-se em (iii) poderes e vinculações e são (iv) dinamizadas por fatos.<sup>244</sup>

Além disso, o autor também se remete à noção de *situação extrajurídica*.<sup>245</sup> Trata-se aqui daquelas situações concretas que não são passíveis de solução pelo ordenamento, por lhes faltarem significado jurídico. A situação extrajurídica diferencia-se da lacuna, pois, muito embora em ambas as hipóteses inexista a previsão de regramento específico, apenas nesta última impõe-se a regulação pelo direito. Como exemplo, apresentam-se as situações concretas que se referem às ordens religiosas, moral ou de cortesia sem que, no entanto, adquiram o significado pertinente à juridicidade. Mais especificamente, seria impensável

---

<sup>242</sup> *Op. cit.* p. 540

<sup>243</sup> *Idem*

<sup>244</sup> *Op. cit.* p. 466

conceder juridicidade à situação concreta em que o sujeito X, contrariando os bons costumes, recusou-se a cumprimentar o sujeito Y, não apertando a mão por ele estendida.<sup>246</sup>

Considerando as especificidades de Portugal, José de OLIVEIRA ASCENSÃO afirma que a simples conclusão de que a situação de fato verificada enquadra-se na *descrição fundamental da ordem jurídica* não basta para determinar a necessidade de regulação pelo direito. Além disso, para que haja a regulação, deve-se encontrar um *indício normativo*. Somente, então, seria possível a conclusão de que o sistema jurídico impõe uma solução para o problema concreto. Segundo o autor, em se enquadrando a situação de fato na *descrição fundamental da ordem jurídica*, mas inexistindo um *indício normativo* a ela relacionado, estar-se-ia em frente a uma lacuna no sistema jurídico.<sup>247</sup>

No Brasil, porém, insta realizar uma advertência de ordem processual: em face do *princípio da indeclinabilidade de jurisdição do Estado*, o juiz não pode recusar-se a decidir o caso concreto a ele levado. Nesse sentido, muito embora possa-se refletir sobre as noções de *situação extrajurídica* e *lacuna* para evidenciar a ausência de incidência sobre determinados fatos, a regulação da situação em concreto, ainda que na fase de aplicação da normatividade, deverá ocorrer sempre.

---

<sup>245</sup> *Op. cit.* p. 368

<sup>246</sup> *Op. cit.* p. 369

<sup>247</sup> *Idem.*



## 6. Estudiosos que compreendem a norma jurídica de modo semelhante à *teoria da norma jurídica enquanto prescrição lingüística*

Paolo ZATTI e Vittorio COLUSSI<sup>248</sup> vislumbram a noção de situação jurídica a partir de uma reflexão sobre a estrutura do discurso jurídico. Para eles, a linguagem do direito possuiria uma função elementar: construir um discurso sobre regras de conduta, fatos condicionantes de conduta e comportamentos devidos. Os autores diferenciam dois modos mediante os quais o discurso jurídico poderia constituir-se: (i) objetivamente, com a indicação dos fatos que compõem a fatispécie e a fixação, com base neles, dos comportamentos lícitos ou devidos, como consequência jurídica; (ii) a partir da perspectiva do sujeito, cujos comportamentos são regulados pela normatividade. Nesta última modalidade, vale-se dos conceitos pertinentes à linguagem do direito para indicar uma situação jurídica subjetiva.

Para Paolo ZATTI e Vittorio COLUSSI identificam as noções de situação e de posição, afirmando que situação jurídica subjetiva seria a "situação, ou posição, em que se encontra um sujeito por efeito da aplicação de uma ou mais regras do direito." Os juristas italianos chegam a visualizar três conceitos fundamentais, a partir dos quais se enseja a construção de conceitos imbuídos de maior complexidade: obrigação, faculdade e poder. Esses conceitos constituiriam o fundamento de toda a situação jurídica.

Segundo Paolo ZATTI e Vittorio COLUSSI, muito embora se possa vislumbrar as situações jurídicas isoladamente, deve-se sempre ter em mente que, na realidade, elas apenas existem unidas entre si. A normatividade, ao criar

---

<sup>248</sup> COLUSSI, Vittorio; ZATTI, Paolo. **Lineamenti de Diritto Privato**, 4.<sup>a</sup> ed. Milão: CEDAM, 1.993.

situações jurídicas, constitui sempre relações jurídicas entre dois ou mais sujeitos: ao atribuir um poder, sempre constitui também um dever. Assim, os autores conceituam relação jurídica como "a relação de caráter jurídico entre duas pessoas que se localizam em situações jurídicas correlatas entre si."

## **7. Pensadores que sustentam uma concepção normativa próxima daquela adotada neste texto**

Recuperando algumas noções já enunciadas neste trabalho, pode-se afirmar que, para o professor Emílio BETTI,<sup>249</sup> o iter de produção das situações jurídicas, como defendido neste texto, inicia-se com o *acontecer dos fatos*. Segundo coloca expressamente, obedeceria ao seguinte esquema: (i) ocorrem fatos concretos no mundo; (ii) o fatos concretos verificados, vislumbrados em conjunto com as circunstâncias que os acompanham, encontram correspondência em uma fatispécie abstrata; (iii) forma-se a fatispécie concreta; (iv) verifica-se, por meio de uma síntese, a formação de um *nexo* entre a fatispécie concreta e uma *disposição*; (iv) produz-se, finalmente, uma nova situação jurídica, de modo automático.

Apenas para lembrar algo já mencionado neste texto, segundo Natalino IRTI, a noção de fatispécie concreta, para Emílio BETTI, assemelha-se à noção de fato jurídico corrente nos demais autores. No entanto, Emílio BETTI constrói uma noção própria de fato jurídico, atribuindo a esta categoria uma funcionalidade bastante restrita. Distingue-se a concepção de Emílio BETTI, por exemplo, por não atribuir ao fato jurídico uma função na constituição de novas situações jurídicas, mas tão-somente na transformação daquelas já existentes.

---

<sup>249</sup> *Op. cit.*

Define-o como o (i) fato ao qual o (ii) direito atribui relevância jurídica, de modo a (iii) modificar as situações preexistentes, transformando-as.

Assim, pode-se apresentar o seguinte esquema: (i) verifica-se a ocorrência de determinado fato, imbuído de certos requisitos pressupostos pela normatividade; (ii) a normatividade incide uma situação jurídica preexistente (inicial); (iii) a normatividade transforma referida situação jurídica em uma nova (final); e assim (iv) se processa a constituição, modificação ou extinção de poderes e vínculos. Desse modo, a situação jurídica nova não passa de um desenvolvimento da preexistente, ensejado pela ocorrência do fato jurídico.

Para o eminente jurista italiano, o nexos de causalidade mantido entre a fatispécie e a disposição, muito embora se assemelhe à causalidade natural, deve ser relativizado às especificidades do fenômeno jurídico. O produto da *causalidade jurídica* seriam os efeitos jurídicos. Ao contrário dos efeitos naturais, os jurídicos constituem uma criação do espírito humano, uma vez que são produzidos pela *valoração jurídica*. Segundo o autor, no âmbito da normatividade, realizar-se-ia uma valoração em abstrato, segundo a seguinte procedimentalidade: (i) parte-se da previsão de um tipo de *situação de fato*; (ii) classifica-se a *situação de fato* prevista, segundo determinados critérios; e (iii) atribui-se à *situação de fato* o nascimento de novas *situações jurídicas*.

Nesse sentido, apesar de a doutrina corrente afirmar, simplesmente, que as situações jurídicas sejam efeitos jurídicos, na verdade, a sua natureza transcende essa perspectiva. As situações jurídicas, nesse sentido, seriam as respostas que ordenamento jurídico concede às diferentes situações de fato. O autor salienta a sua dinamicidade, ao afirmar que elas são configuradas à medida que sobrevêm os fatos jurídicos.

Emílio BETTI salienta que a lei, por si, não possui aptidão para ensejar a formação de situações jurídicas. Para além da simples previsão legal, deve-se verificar a ocorrência dos fatos previstos legislativamente.

*Expectativa de direito.* Segundo o autor, é possível que, em certas hipóteses a fatispécie abstrata não se transforme em fatispécie concreta inteiramente de uma só vez, mas aos poucos, por meio de gradações, em uma verdadeira progressão de fases intermediárias. Nesses casos, à realização incompleta da fatispécie, pode corresponder uma situação jurídica preliminar, caracterizada pela esperança de futura conformação plena (expectativa de direito). Após completarem-se os vários elementos de fato previstos na fatispécie abstrata e realizar-se totalmente a fatispécie concreta, produz-se a situação jurídica final, em regra sem efeito retroactivo.

*Qualificações.* Em certos casos, as novas situações jurídicas produzidas constituem-se em simples qualificações, atribuídas pela normatividade a pessoas, coisas ou atos humanos. Ao explicar a formação desta modalidade de situação jurídica, Emílio BETTI desenvolve o importante conceito de *norma de organização ou de configuração*. Referidas normas possuiriam a finalidade de realizar uma parcela da configuração por tipos (de pessoas, coisas ou atos humanos) que, por sua vez, constitui o pressuposto da regulação jurídica (posterior). Nos exemplos citados pelo autor, as normas de organização ou configuração (i) em se verificando certos pressupostos, atribuem às pessoas uma determinada capacidade jurídica, (ii) determinam, em relação às coisas, a possibilidade de livre comercialização e a categoria em que se enquadram, e (iii) estabelecem, a partir de determinados requisitos, a validade dos atos humanos.

*Relação jurídica.* Segundo Emílio BETTI, a relação jurídica seria a espécie mais aprimorada do gênero situação jurídica, diferenciando-se ambas por questão de *especificação* e de *aspecto*. Ao conceituá-la, o jurista italiano afirma que seja uma relação que o direito constitui entre duas pessoas, na medida que atribui a uma um poder e à outra o vínculo correspectivo. Saliendo o caractere da *bilateralidade*, assevera que, às várias espécies de poderes aptos a conformar a posição ativa (poder), correspondem, na posição passiva (vínculo), obrigações, sujeições e exclusões. Conforme enuncia o autor, tendo em vista que as normas de direito privado, normalmente, visam a regular conflitos de interesses envolvendo várias pessoas, é freqüente que as situações jurídicas configurem relações jurídicas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

### CONCLUSÕES

Ao longo desta jornada, muitas das conclusões alçadas já foram expostas ao leitor no decorrer da redação do trabalho. Ocupa-se, porém, este espaço para, tendo em vista imperativos de clareza e síntese, destacar algumas e apresentá-las novamente de modo resumido:

1. A noção de situação jurídica constitui importante instrumental teórico para a compreensão da operacionalidade do direito civil contemporâneo;
2. Ressalve-se, porém, que, muito embora as reflexões realizadas neste texto limitem-se ao *direito civil*, a noção de situação jurídica possui potencialidades para auxiliar a compreensão de todas as demais searas do direito;
3. Entre os autores estudados, observou-se uma enormidade de distintas conceituações de situação jurídica;
4. Dentre as teorias pesquisadas, optou-se pela noção de situação jurídica apresentada por Torquato Castro, por evidenciar maior rigor teórico, tendo em vista assentar-se na teoria normativa de Pontes de Miranda;
5. Outra teoria da situação jurídica de notável rigor teórico é aquela lavrada por Emílio BETTI;
6. Na compreensão do iter de formação das situações jurídicas, é necessário atentar para o conceito de norma jurídica que o fundamenta e integra;

7. A teoria da norma jurídica de Pontes de Miranda possui maior potencial explicativo da fenomenologia do direito que as demais teorias estudadas, ao longo da pesquisa, com fundamento nas razões apresentadas oportunamente;

8. A teoria da norma jurídica de Pontes de Miranda pode vir a ser “enriquecida” pelas contribuições oriundas dos debates contemporâneos sobre a noção italiana de “*fatispécie*,”

9. A teoria de norma jurídica de Pontes de Miranda é compatível com a noção de “*norma concreta situacional*,” isto é, a resposta normativa concedida pelo direito em face de um problema concreto a ele apresentado pelos fatos;

10. As regras jurídicas existem em *situcionalidade* umas em relação aos outras;

11. O iter de formação das situações jurídicas inicia-se sempre com o *acontecer* dos fatos;

12. Prossegue-se com a *incidência normativa*, na hipótese de tais fatos conformarem, de forma suficiente, o suporte fáctico normativo;

13. Ao incidirem diferentes regras jurídicas, de acordo com as peculiaridades dos *fatos em situação*, forma-se a “*norma concreta situacional*,”

14. Com a incidência normativa, produz-se *fatos jurídicos* dotados de uma *potencialidade para a produção de efeitos jurídicos*;

15. Os *efeitos jurídicos* produzidos pelos *fatos jurídicos* sintetizam-se na *atribuição de coisas a pessoas*;

16. A atribuição de coisas a pessoas ocorre no âmbito de uma situação jurídica;

17. No interior da situação jurídica, a pessoa adquire a titularidade de uma subjetividade e a parcela da coisa a ser atribuída passa a ser considerada objeto;

18. Na situação jurídica, há o posicionamento de um sujeito em face de um objeto, em função do qual passa a possuir direitos e deveres;

19. Há inúmeras possibilidades de *posicionamento* evidenciando a riqueza das potencialidades da noção de situação jurídica;

20. Dentre as situações jurídicas, o direito subjetivo é a mais relevante em função do seu *nível significativo-ideológico*;

21. Há compatibilidade entre as noções de situação jurídica e direito subjetivo.

## LINHAS PARA ULTERIOR REFLEXÃO

Enuncio aqui, exemplificativamente, algumas linhas para ulterior reflexão, com vistas a um aprimoramento das noções consignadas neste trabalho:

1. *A situação do conceito de situação jurídica na trajetória do pensamento jurídico.* Há indícios de que a noção de situação jurídica represente uma ruptura na linha de reflexão adotada pelos estudiosos do direito desde o principiar da modernidade. Na noção de situação jurídica, compõem-se uma estrutura em que estão indissociados *sujeito* e *objeto*, ao contrário das reflexões próprias da tradição dos direitos subjetivos.

2. *A perspectiva proprietária vislumbrada a partir da perspectiva da situação jurídica.* A noção de situação jurídica permite compreender e, até mesmo,



resolver inúmeros problemas existentes, sobretudo, acerca das propriedades. Com a situação jurídica, pode-se vislumbrar, em toda a sua riqueza, as transformações conceituais engendradas pelo *princípio da função social* na propriedade.

3. *O processo obrigacional como uma sucessão de situações jurídicas.* A noção de situação jurídica pode auxiliar a compreender a perspectiva contemporânea das relações obrigacionais. Em reflexão iniciada por Emílio BETTI, pode-se vislumbrar uma *sucessão de situações jurídicas* formadas a partir da ocorrência de um fato determinado (por exemplo, o enlace formal de um contrato).

4. *As situações jurídicas personalíssimas.* O debate acerca da controvertida questão da colisão de direitos personalíssimos pode ser, em muito, enriquecido pela noção de situação jurídica. Percebe-se, então, na operacionalidade do direito, a *relativização* dos direitos da personalidade, que passam a ser compreendidos a partir do posicionamento de um sujeito a um objeto. Na *situação jurídica*, não adentra a *pessoa* como um todo, mas apenas a sua *parcela* revestida de *subjetividade*. Desse modo, conciliam-se, com rigor técnico, “direitos” incompatíveis se considerados, autonomamente, como *absolutos* *entre si*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALPA, Guido. **Istituzioni de Diritto Privato: Nozioni**, 3.<sup>a</sup> ed. Milano: UTED, 2.000.
2. ALPA, Guido. **Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali** Roma: Laterza, 1993.
3. ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978.
4. AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. Rio: Renovar, 2.000.
5. BETTI, Emílio. **Teoria Geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.
6. BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2.001.
7. CANARIS, Claus Wilhem. **Función, Estructura y Falsificación de las Teorías Jurídicas**, trad: Daniela Brückner y José Luis de Castro. Madrid: Civitas, 1.995
8. CANARIS, Claus Wilhem. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, trad: António Menezes Cordeiro. Lisboa: Lacouste Gulbenkian, 1.989.
9. CARNELUTTI. **Teoria generale del diritto**, 3.<sup>a</sup> ed. Roma: Foro Italiano, 1.951.
10. CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1.985.
11. COSTA JUNIOR, Olímpio. **A relação jurídica obrigacional**. São Paulo: Saraiva, 1.984.
12. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho processal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1981.
13. DE NARDO, Valentino. **Sui fondamenti del diritto**. Milão: CEDAM, 1.996.
14. DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**, 10.<sup>a</sup> ed. Paris: Ancienne, 1921.
15. GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Barcelona: Labor, 1.936.
16. GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, 12.<sup>a</sup> ed. Rio: Forense, 1.997
17. IRTI, Natalino. **Introduzione allo studio del diritto privato**. Milão: CEDAM, 1.990.

18. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, 6.<sup>a</sup> ed, trad: José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1.997.
19. LEVENEUR, Laurent. **Situations de fait et droit privé**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1.990.
20. LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1.997
21. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1.998.
22. MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.000
23. MENEZES CORDEIRO, António. **Teoria geral do direito civil, 1.ºvol.** Lisboa: AAFD, 1995
24. NICOLÒ, Rosario. **Le situazioni giuridiche suggestive in Letture di diritto civile**. Padova: CEDAM, 1.990.
25. PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla Problematica della Proprietà**. Camerino: Università degli Studi di Camerino, 1.971
26. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1.981.
27. PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado, tomo V**. Rio: Borsoi, 1955.
28. RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**, 2.º vol. São Paulo: Max Liminad, 1.958.
29. SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Doctrinas Generales del Derecho Civil**. Madri: Revista de Derecho Privado, 1.964.
30. SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Lineamenti di diritto civile**. Padova: CEDAM, 1940.
31. ZATTI, Paolo; COLUSSI, Paolo. **Lineamento de Direito Privado**. Milão: CEDAM, 1.993.

## ÍNDICE

PALAVRAS INTRODUTÓRIAS	01
PRIMEIRA PARTE -- A DELIMITAÇÃO DO TERRITÓRIO	07
CAPÍTULO PRIMEIRO -- BREVE EXCURSO SOBRE AS REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS ACERCA DOS DIREITOS SUBJETIVOS: A DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO	08
1. Os referenciais de António Menezes Cordeiro	09
2. Os romanos e o medievo	10
3. O primado da vontade	11
4. A preocupação tecnicizante e a fundamentação na noção de interesse	12
5. Uma tentativa de síntese entre a vontade e o interesse	16
6. Tentativas de contornar a problemática encerrada pela noção de direito subjetivo	17
7. A Escola jurídico-formal e a compreensão do direito subjetivo como situação jurídica	21
SEGUNDA PARTE -- OS ALICERCES DO EDIFÍCIO	29
CAPÍTULO SEGUNDO -- UMA OPÇÃO PRELIMINAR: O CONCEITO DE NORMA JURÍDICA	30
1. Norma jurídica como imperativo sancionatório	31
2. Norma jurídica como juízo hipotético	32
3. Desdobramento: norma jurídica como juízo valorativo	33
4. Norma jurídica como proposição lingüística prescritiva	36
5. Teoria normativa de Pontes de Miranda	42
6. As contribuições da noção de "fatispécie" para a compreensão da estrutura da regra jurídica	50
CAPÍTULO TERCEIRO -- A SITUACIONALIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS E A NORMA CONCRETA SITUACIONAL	57
1. Um breve excuro pela metodologia da Ciência do Direito	57

1.1.As construções jurídicas	57
1.2. Uma travessia por modelos conceituais na ciência do direito	61
1.2.1. Os “conceitos gerais abstratos”	61
1.2.2. Os “conceitos gerais concretos”	65
1.2.3. Os "tipos"	67
1.3. Uma breve introdução aos debates contemporâneos sobre o “sistema” de direito	72
1.3.1. O sistema “externo” ou “conceptual abstrato”	72
1.3.2. O sistema “interno” ou “conceptual concreto”	74
1.3.3. A função dos princípios no sistema interno ou conceptual concreto	76
2. Algumas palavras sobre a “norma concreta situacional”	80
TERCEIRA PARTE -- OS CONTORNOS DO EDIFÍCIO	83
CAPÍTULO QUARTO -O ÍTER DE FORMAÇÃO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS	84
1. A formação do suporte fático	84
1.1.Noções gerais	84
1.2. Os fatos e a configuração do suporte fático	85
1.3. Os fatos e a sua temporalidade na formação do suporte fático	88
1.4. Classificação dos fatos	89
1.5. Classificação dos suportes fáticos	90
2. A incidência das regras jurídicas e a formação da norma concreta situacional	90
3. O fato jurídico e sua situacionalidade	92
CAPÍTULO QUINTO -- A TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA A PARTIR DAS TEORIZAÇÕES DE TORQUATO CASTRO	98
1. A noção de situação jurídica	98
2. Elementos da situação jurídica	102
3. A legitimação da pessoa em uma subjetividade: a noção de título legitimatário	104
4. Espécies de situações jurídicas	106
4.1 Situações jurídicas uniposicionais	106
4.1.1 Situações jurídicas reais	107
4.1.2 Situações jurídicas qualificadoras	110

4.1.3 Situações jurídicas configurativas de direitos potestativos	110
4.2 Situações jurídicas relacionais	111
QUARTA PARTE -- A VISUALIZAÇÃO DA CIDADE: OUTROS EDIFÍCIOS PARA COMPARAÇÃO	113
CAPÍTULO SEXTO -- UMA TIPOLOGIA DAS DIFERENTES <i>TEORIAS DA SITUAÇÃO JURÍDICA</i>	114
1. As situações jurídicas como estágio preliminar no processo de formação dos direitos subjetivos	115
2. A situação jurídica como categoria substitutiva da noção de direito subjetivo	117
3. Juristas que, não se voltando à compreensão nem do iter de formação das situações jurídicas, nem sequer de uma teoria da situação jurídica, restringem-se à apresentação e defesa de um conceito de situação jurídica	119
4. Estudiosos que não fundamentam o iter de formação das situações jurídicas em uma teoria da norma jurídica propriamente, mas em uma decisão jurídica pronunciada pelo órgão jurisdicional	123
5. Juristas cuja concepção normativa se aproxima da teoria da norma jurídica como juízo hipotético (incluindo a perspectiva do juízo valorativo)	129
6. Estudiosos que compreendem a norma jurídica de modo semelhante à teoria da norma jurídica enquanto prescrição lingüística	132
7. Pensadores que sustentam uma concepção normativa próxima daquela adotada neste texto	133
CONSIDERAÇÕES FINAIS	137
CONCLUSÕES	137
LINHAS PARA ULTERIOR REFLEXÃO	139
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	141
ÍNDICE	143