

**REVISTA  
DA FACULDADE DE  
DIREITO DA  
UNIVERSIDADE  
DE LISBOA**

**LISBON  
LAW  
REVIEW**

**2018/1**



**LVIX**

Revista da Faculdade de Direito  
da Universidade de Lisboa  
Periodicidade Semestral  
Vol. LVIX – 2018/1

---

## **LISBON LAW REVIEW**

---

### **COMISSÃO CIENTÍFICA**

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontifícia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marco António Marques da Silva (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

---

### **DIRETOR**

Luís Menezes Leitão

---

### **COMISSÃO DE REDAÇÃO**

Dário Moura Vicente

Fernando Loureiro Bastos

Pedro Caridade de Freitas

Nuno Cunha Rodrigues

---

### **SECRETÁRIA DE REDAÇÃO**

Rosa Guerreiro

---

### **PROPRIEDADE E SECRETARIADO**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

### **EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO**

#### **LISBON LAW EDITIONS**

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

---

Data: Outubro, 2018

## 5 Editorial

### —— André Mendes Barata

- 7-42 O Mecanismo Único de Resolução: análise à luz do caso BES  
The Single Resolution Mechanism: analysis in light of the BES case

### —— Carla Amado Gomes, Marco Caldeira, José Duarte Coimbra e Francisco Abreu Duarte

- 43-91 O contencioso administrativo em matéria de direito de asilo e de protecção subsidiária  
Procedural administrative remedies in respect of rights to asylum and to subsidiary protection

### —— Dário Moura Vicente

- 93-113 O princípio da igualdade entre cônjuges no Direito Comparado  
The principle of equality of spouses in the light of Comparative Law

### —— Érico Andrade

- 115-162 A atuação judicial e o contraditório: o artigo 10 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 e as consequências da sua violação  
Judicial activity and the principle of *audi alteram partem*: article 10 of Brazilian the Code of Civil procedure of 2015 and the consequences of its violation

### —— Lucas Calafiori Catharino de Assis

- 163-188 A arbitragem tributária no contexto brasileiro  
Tax arbitration in the Brazilian context

### —— Luís Filipe Mota Almeida

- 189-222 Brevíssimas reflexões sobre a decisão do procedimento no novo Código do Procedimento Administrativo  
Brief considerations about the decision of proceedings in the new Administrative Procedure Code

### —— Maria Cláudia Cachapuz

- 223-248 A configuração e a restrição de direitos subjetivos a partir do exercício de posições jurídicas fundamentais em Hohfeld  
Configuration and restriction of subjective rights in Hohfeld's model of basic legal positions

### —— Martim de Albuquerque

- 249-279 D. Manuel I, o Direito e a Justiça  
D. Manuel I, Law and Justice

## **A configuração e a restrição de direitos subjetivos a partir do exercício de posições jurídicas fundamentais em Hohfeld**

### **Configuration and restriction of subjective rights in Hohfeld's model of basic legal positions**

---

**Maria Cláudia Cachapuz\***

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O duplo caráter dos direitos fundamentais em Häberle – 3. A concepção estreita de configuração em Alexy – 4. O sistema de posições jurídicas como um sistema de posições jurídicas fundamentais – 5. Oposição e correlação de direitos e a aproximação de uma interpretação pela restrição e configuração de direitos – 6. Conclusões.

**Resumo:** O presente estudo ocupa-se de um dos temas centrais, no âmbito do Direito Civil, pertinente à análise do conteúdo de direitos subjetivos e à configuração e restrição desses direitos. Contrapõe as visões de Häberle e de Alexy em relação à adoção de teorias interna e externa de restrições a direitos fundamentais, propondo, à luz do modelo analítico de posições jurídicas fundamentais, em Hohfeld, a interpretação correta para a análise de casos difíceis.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Direitos subjetivos. Argumentação. Interpretação. Restrições a direitos.

**Abstract:** This study deals with a central theme in Law Studies, in Civil Law, relevant to the analysis of the rights' content and the configuration and restriction of subjective rights. The paper proposes a contrast of Häberle's and Alexy's point of view, regarding the adoption of internal and external theories of restrictions on rights. It also proposes, through the Hohfeld's analytical model of basic legal positions, the correct interpretation to the analysis of hard cases.

---

\* Doutora em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil. Professora de graduação da UFRGS e do Mestrado em Direito e Sociedade da Universidade La Salle, Brasil. Magistrada com atuação no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Brasil.

**Keywords:** Civil law. Subjective rights. Argumentation. Interpretation. Limits of rights.

## 1. Introdução (ou sobre o interesse jurídico da matéria)

Um dos temas centrais relacionado à análise dos direitos subjetivos no âmbito da Teoria Geral do Direito e dos conceitos fundamentais de Direito Civil diz respeito à configuração e à restrição de direitos<sup>1</sup>. Parte-se da constatação de que o Direito Civil, por integrar o sistema jurídico<sup>2</sup>, sofre a irradiação dos efeitos das normas jusfundamentais. O que corresponde a afirmar que não há como se desassociar o exame dos institutos do Direito Civil – e de todas as relações que o integram – do âmbito de atuação dos direitos fundamentais. A análise distintiva aparece na doutrina de Nipperdey, quando oferece interpretação ao artigo 2.I da Constituição Federal alemã: “O artigo 2.I contém direito imediatamente vigente no sentido do artigo 1.III, contudo vincula ele não somente o poder estatal, mas também cada particular imediatamente”<sup>3</sup>. Conforme o autor, não se pressupõe apenas a existência de um direito constitucional público-subjetivo, “mas também direitos, constitucionalmente documentados, de cada pessoa contra cada outra, isto é, portanto, um direito privado subjetivo”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> A ideia fundamental, segundo Alexy, é de que “los derechos están sujetos a restricciones y pueden ser delimitados o limitados” (ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 267). O problema jurídica, portanto, não é relacionado ao conceito de restrição, senão que ao alcance de sua manifestação: “Éstos” (problemas) “resultan exclusivamente de la determinación del contenido y alcance permitido de las restricciones como así también de la distinción entre restricción, por una parte, y cosas tales como regulaciones, configuraciones y concreciones, por otra” (ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 267). Para Alexy, a distinção essencial relaciona-se ao conceito de normas restritivas e não-restritivas de direitos, justamente porque implicam consequências para a justificação jusfundamental: “Una norma no restrictiva en el ámbito de un derecho fundamental es una norma que tiene algo que ver con aquello que abarca el derecho fundamental. Siguiendo una terminología difundida, puede decirse que esta norma lo *configura*” (ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 322).

<sup>2</sup> Na doutrina de Alexy, isto encontra relação com a própria ideia de direito fundamental “como un todo”: “Un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones iusfundamentales”, que, por su tiempo, corresponde a “la adscripción de un haz de normas a una disposición de derecho fundamental” (ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 241).

<sup>3</sup> NIPPERDEY, H.C. Livre desenvolvimento da personalidade. In: DÜRIG, G; NIPPERDEY, H.C; SCHWABE, J. Direitos fundamentais e direito privado. Textos clássicos. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, 76.

<sup>4</sup> NIPPERDEY, H.C. Livre desenvolvimento da personalidade. In: DÜRIG, G; NIPPERDEY, H.C; SCHWABE, J. Direitos fundamentais e direito privado. Textos clássicos. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, 76.

A ideia fundamental, segundo Alexy, é que “los derechos están sujetos a restricciones y pueden ser delimitados o limitados”<sup>5</sup>. O problema jurídico, portanto, não é relacionado ao conceito de restrição, senão que ao alcance de sua manifestação: “Éstos” (problemas) “resultan exclusivamente de la determinación del contenido y alcance permitido de las restricciones como así también de la distinción entre restricción, por una parte, y cosas tales como regulaciones, configuraciones y concreciones, por otra”<sup>6</sup>. Tal premissa se estabelece como fundamental quando implica na identificação entre normas restritivas e não-restritivas de direitos, justamente, porque observadas consequências distintas para a justificação jusfundamental: “Una norma no restrictiva en el ámbito de un derecho fundamental es una norma que tiene algo que ver con aquello que abarca el derecho fundamental. Siguiendo una terminología difundida, puede decirse que esta norma lo configura”<sup>7</sup>.

A ideia é de que as relações jusfundamentais tanto podem estar associadas a uma dimensão universal de estabelecimento de institutos jurídico-civis, por meio da construção de enunciados dogmáticos (normativos, jurisprudenciais, doutrinários, argumentativos), como a uma dimensão particular de apropriação dos efeitos jurídicos no âmbito das relações civis entre os indivíduos. Häberle é quem sistematizou esta dupla dimensão do problema ao enfrentar o tema da dualidade dimensional dos direitos fundamentais, reconhecendo tanto uma dimensão institucional, implicada pelo alcance universal adquirido pelos direitos fundamentais quando compreendidos por critérios de liberdade, como uma dimensão jurídico-individual desses mesmos direitos, quando compreendidos como “derechos de la persona”<sup>8</sup>. Os reflexos desse duplo caráter dos direitos fundamentais é o que, na visão de Alexy<sup>9</sup>, permite que se

<sup>5</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 267.

<sup>6</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 267.

<sup>7</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 322.

<sup>8</sup> HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 73. Segundo Häberle, “los derechos fundamentales de la Ley Fundamental tienen un doble contenido jurídico-constitucional. Por un lado, presentan una dimensión jurídico-individual; garantizan a sus titulares un derecho público subjetivo; son ‘derechos de la persona’. (...) Por otro lado, están caracterizados por una ‘dimension-institucional’. Implican la garantía jurídico-constitucional de ámbitos vitales regulados y conformados con arreglo a criterios de libertad” (2003, 73).

<sup>9</sup> No ponto: “Quien más lejos llega es Häberle. Según él, todos los derechos fundamentales son ‘susceptibles y requieren’ no sólo una restricción legal sino también una ‘configuración legal’. Häberle no sólo extiende el ámbito de la configuración a todos los derechos fundamentales, sino que utiliza también un concepto muy amplio de configuración.” (...) “No habría nada que objetar en contra de una tal concepción amplia del concepto de configuración como concepto superior, tanto para la actividad restrictiva como no restrictiva del legislador. Pero, mientras juegue (también) un papel como concepto opuesto al de restricción (limitación), hay razones para criticarlo. Cuando algo es restrictivo desde algún punto de vista, sigue siendo restrictivo, aun cuando desde algún otro punto de vista

extraia uma compreensão igualmente dual em relação às restrições a direitos fundamentais – e, por extensão da irradiação de efeitos, a direitos subjetivo-civis –, como hipóteses de configuração e de restrição propriamente dita a direitos fundamentais. Como destacado pelo autor, “la cuestión de saber si y en qué medida las así fundamentadas restricciones de la libertad jurídica general deben ser consideradas como restricciones de derechos fundamentales conduce al problema del llamado efecto horizontal o en terceros de los derechos fundamentales”<sup>10</sup>.

Uma polémica que, para Alexy, não se traduz como mera questão de dupla constituição conceitual – entre o que seria hipótese de aplicação de uma teoria interna ou externa de restrição a direitos<sup>11</sup> –, mas que demonstra as íntimas conexões existentes entre restrições e pressupostos normativos gerais. Conforme Alexy, “quien sostiene una teoría individualista del Estado y la sociedad, tenderá más a teoría externa y aquél a quien le interese la posición de miembro o membresía en una comunidad, tenderá a la teoría interna”<sup>12</sup>. A explicação para tal afirmativa, contudo, não é de caráter político-jurídico, ainda que possa permitir uma associação entre o ato de interpretar-se a possibilidade de restrições a direitos subjetivos com visões ideológicas distintas sobre questões de liberdade e justiça. A preocupação de Alexy está centrada, ao fundo, na medida de associação possível entre a restrição de um direito e a simultânea, ou não, situação de configuração desse mesmo direito – seja por parte do legislador, seja por parte do intérprete para o caso. Como explica o autor,

“La corrección de la teoría externa o de la interna depende, esencialmente, del hecho de que las normas iusfundamentales sean consideradas como reglas o principios y las posiciones iusfundamentales, como posiciones definitivas o prima facie. Si se parte de posiciones definitivas, es posible refutar la teoría externa; si se parte de posiciones prima facie, la teoría interna”<sup>13</sup>.

É verdade que a preocupação de Häberle é centrada na atividade do legislador e não, de uma forma específica, com a ocupação do intérprete para o caso. Mas suas

---

sea configurador” (ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, p. 323).

<sup>10</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 325.

<sup>11</sup> Seguindo Alexy, a distinção entre teoria externa e interna de restrições a direitos fundamentais tem relação com o conceito de direito e suas restrições: “Según la teoría externa, no existe ninguna relación necesaria entre el concepto de derecho y el de restricción. La relación es creada solo a través de una necesidad externa al derecho, de compatibilizar los derechos de diferentes individuos como así también los derechos individuales y los bienes colectivos. Una imagen totalmente distinta subyace a la llamada teoría interna. Según ella, no existe dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido. El concepto de restricción es sustituido por el de límite” (ALEXY, 2001, p. 268/269).

<sup>12</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 269.

<sup>13</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 269.

conclusões, para fins legislativos, condicionam a atividade de interpretação, na medida em que se possa considerar que toda a interpretação em abstrato também condiciona a interpretação em concreto<sup>14</sup>. Daí porque este estudo parte do exame da extensão do conceito de restrição (*lato sensu*) aplicado pelo intérprete jurídico e da medida em que tal aplicação corresponde às exigências de uma racionalidade suficiente à justificação das restrições adotadas. A hipótese é a de se enfrentar, a partir do exame das distinções as teorias de restrições a direitos em Alexy e Häberle, a possibilidade de restringir-se os direitos subjetivos civis e justificar-se a medida desta restrição no âmbito jurídico. Ao mesmo tempo, a investigação se conecta com a proposta de W. N. Hohfeld, de estabelecimento de modelos de conceitos jurídicos fundamentais<sup>15</sup>, que agrupa em dois conjuntos distintos – um de correlatos e outros de opostos jurídicos – situações de tipos muito diversos em termos jurídicos.

---

<sup>14</sup> A distinção oferecida é sustentada na doutrina de Guastini, para quem há uma separação à ideia de interpretação jurídica, como interpretação em abstrato e interpretação em concreto (GUASTINI, R. Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona, Gedisa, 1999). Como explica Linfante Vidal, “en el primer caso” – de la interpretación en abstracto – “se trataría de identificar el contenido del significado – esto es, el contenido normativo (la norma o las normas) – expresado por y/o lógicamente implícito en un texto normativo, y ello sin hacer referencia a ningún caso concreto. En el caso de la interpretación ‘en concreto’ se trataría, sin embargo, de subsumir un caso concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada ‘en abstracto’” (VIDAL, I.L., “Interpretación y aplicación del derecho”, en LAGIER, D.G. (coord.), *Conceptos básicos del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2015, 193). Há, portanto, uma distinção lógica entre os momentos de interpretação, mas não há como desconsiderar a interferência de um momento de interpretação sobre o outro para a correta interpretação jurídica ao caso, quando necessário, como sustenta Linfante Vidal: “Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a otros argumentos” (VIDAL, I.L., “Interpretación y aplicación del derecho”, en LAGIER, D.G. (coord.), *Conceptos básicos del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2015, 198). Nesta medida, a partir da extensão considerada à interpretação em abstrato – o que se vai considerar a partir das distinções entre as teorias interna e externa de restrições a direitos fundamentais –, é possível que se alcancem soluções igualmente distintas à interpretação em concreto. Como distingue Linfante Vidal, “podemos considerar que aunque el significado literal, y en algunos casos quizás también la intención del legislador, juegan un papel relevante en la interpretación jurídica; son el punto de partida, y en algunas ocasiones también pueden ser el de llegada, pero el proceso interpretativo implica atender razones de por qué interpretar en un cierto sentido, razones que no pueden ser el mero dato objetivo de un significado literal o de una determinada intención” (VIDAL, I.L., “Interpretación y aplicación del derecho”, en LAGIER, D.G. (coord.), *Conceptos básicos del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2015, 199).

<sup>15</sup> Na apreciação de Genaro Carrió, “Hohfeld cumple su tarea mediante el examen de una abundante cantidad de usos vigentes, tomados de fallos judiciales y de obras teóricas de juristas. Sobre esa base aísla ocho conceptos jurídicos fundamentales, que agrupa en dos tablas, una de correlativos y otra de opuestos. Ambas tienen los mismos ingredientes, sólo que agrupados con criterios distintos” (CARRIÓ, G. Nota preliminar. In: HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, 2009, 15).

## 2. O duplo caráter dos direitos fundamentais em Häberle

Häberle, ao se preocupar com a discussão normativa sobre a garantia de um conteúdo essencial aos direitos fundamentais, defende a tese de que os direitos fundamentais compartilham de um duplo caráter na sua estrutura, como que a evidenciar duas dimensões de um mesmo fenômeno simultaneamente. Ou seja, tanto apresentam uma dimensão institucional-objetiva, em que estaria contida uma “garantía jurídico-constitucional de ámbitos vitales regulados y conformados com arreglo a criterios de libertad”<sup>16</sup>, como uma dimensão jurídico-individual, em que estariam garantidos a titulares (individuais ou coletivos) direitos públicos subjetivos. Trata-se de dimensões complementares que, seguindo Häberle, não se contrapõem isoladamente nem se relacionam numa coordenação de meio/fim, mas antes se veem integradas numa simultaneidade de atuação em termos interpretativos: “En este enfoque de los derechos fundamentales se toma en consideración tanto lo ‘inevitavelmente institucional’ en el Derecho como lo personal”<sup>17</sup>. Na visão do autor, a dimensão institucional dos direitos fundamentais e a dimensão jurídico-individual devem ser entendidas a partir de “una relación reciproca y de paridad jerárquica”<sup>18</sup>.

Este condicionamento recíproco das duas dimensões que compõe a essência dos direitos fundamentais deve seguir coordenado por uma pretensão de promoção de liberdade. Em mais de uma oportunidade, Häberle acentua que o objetivo do reconhecimento de uma dupla dimensão aos direitos fundamentais é o de promoção de um sentido de liberdade às relações jusfundamentais<sup>19</sup>, inclusive quando se trata de estabelecer um caráter institucional pela dogmática jurídica.

El objeto del pensamiento institucional es, por lo tanto, insertar al individuo y su libertad en las regulaciones y relaciones vitales objetivas y, al revés, llevar a estas regulaciones la creatividad y la potencia creadora de los individuos.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 73.

<sup>17</sup> HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 75.

<sup>18</sup> HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 74.

<sup>19</sup> Conforme o autor, “la institucionalización de los derechos fundamentales no va paralela a una difuminación de la libertad individual; al contrario, pretende y opera un fortalecimiento de la libertad” (HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 75).

<sup>20</sup> HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 82.

A liberdade que é pressuposta e considerada como orientadora ao estabelecimento de direitos fundamentais não tem traços, ademais, de um pensamento voluntarista (HÄBERLE, 2003, p. 88). Tampouco deve seguir, para Häberle, uma visão formalista ou positivista ao Direito<sup>21</sup>. A dimensão institucional-objetiva, como estruturada pelo autor, pretende ser justificada por uma orientação de interpretação que promova a conexão entre o processo de recepção de direitos fundamentais no âmbito de uma Constituição e a própria identificação desses direitos em sociedade: “Por medio de estas normas jurídicas, que no son mera ‘transformación’ de la libertad o de los derechos fundamentales, se hace efectiva la idea de derechos fundamentales en la realidad social”<sup>22</sup>. O âmbito institucional é complementado pela dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, oferecida pela atuação do indivíduo em concreto ao preencher *de vida* os institutos jurídicos.

Se há uma simultânea identificação das dimensões pertinentes aos direitos fundamentais, de forma que uma esteja essencialmente vinculada à outra na própria configuração dos direitos, a lógica em Häberle é de que toda e qualquer restrição a direitos fundamentais esteja necessariamente relacionada a uma concepção ampla de configuração desses mesmos direitos. Häberle chega a sustentar que “entre otras cosas, es característico de la dimensión institucional de los derechos fundamentales que no se trata de espacios jurídicamente vacíos, sino de ámbitos vitales jurídicamente conformados”<sup>23</sup>. O contrario é visto na doutrina de Alexy, ainda que este proponha a extensão de estudo da interpretação também ao exame do caso por meio da ponderação. Como anotado pelo autor<sup>24</sup>, o simples fato de haver justificação a uma norma para que desempenhe função restritiva a direito

---

<sup>21</sup> Na crítica ao positivismo jurídico, sustenta Häberle: “El positivismo y el formalismo ignoran la relación con la realidad del derecho y los derechos fundamentales. Su validez fáctica – y ésta es esencialmente un fenómeno institucional – no tiene ningún tipo de relevancia para este pensamiento” (HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 97). A discussão filosófica, segundo Moreso y Vilajosana, não se trata, de outra parte, de fazer distinguir e classificar as distintas concepções do direito, senão que oferecer “análisis crítico de los argumentos que son usados en la defensa de las respectivas tesis” (MORESO, J.J., VILAJOSANA, J.M., *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004, 192).

<sup>22</sup> HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 95.

<sup>23</sup> HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 115.

<sup>24</sup> Na referência de Alexy, “Häberle no sólo extiende el ámbito de la configuración a todos los derechos fundamentales, sino que utiliza también un concepto muy amplio de configuración” – e complementa: “En la configuración, de lo que se trata es ‘del objetivo de la Constitución, de la realización de los derechos fundamentales en la vida social’” (ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 322).

de alguém não confere, simultaneamente, caráter de configuração ou de conformação a esse mesmo direito. Na perspectiva de promoção de liberdade, a norma que restringe a conduta – seja na definição do tipo penal, seja no estabelecimento de uma determinada proibição ou ordem em termos administrativos ou civis – permanece sendo restritiva, descabendo que se pressuponha, pelo seu estabelecimento, um ato de configuração a direito.

Ao sustentar que a função do legislador é tanto a de limitação como a de conformação a direitos fundamentais – referindo-se de forma específica não apenas a normas que estabeleçam competências, senão que, principalmente, a normas que garantam direitos fundamentais –, Häberle retoma o parâmetro da dualidade para, então, reconhecer um duplo conteúdo à garantia dos direitos fundamentais e, precisamente, no que se refere à restrição e configuração de direitos. Esclarece que, por parte do legislador, há tanto um condicionamento que implique na proibição de lesionar um direito fundamental, como uma determinação dirigida à conformação específica de cada direito<sup>25</sup>. Isso confere à hipótese de configuração um caráter ainda mais amplo que ao de restrição, na medida em que a atividade de restrição dissolve-se na ideia de existência de um limite imanente à conformação de todo e qualquer direito. E este é um ponto central na doutrina de Häberle para o estabelecimento da interpretação em termos abstratos.

O problema é que tal compreensão jurídica, pelo próprio exame do argumento exposto, conduz à impossibilidade de sustentação da relação de dualidade pretendida pelo autor. É que existe, para Häberle, sempre, configuração de direitos, estabelecendo-se limites pelos próprios parâmetros oferecidos pela conformação do agir humano a um “ideal” destacado no âmbito constitucional. Na seara ordinária, dados os limites superiores estabelecidos na Constituição, a atividade legislativa passa a obedecer a uma atividade de tipo discricionário. Algo que, portanto, não afasta a crítica sustentada pelo autor de construção de uma justificação eminentemente formalista em matéria de restrições a direitos fundamentais<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 169.

<sup>26</sup> A crítica não consegue ser afastada nem quando Häberle explica que, conceitualmente, não se deve falar de discricionariedade quando a atividade do legislador está pautada por uma dupla dimensão de garantia aos direitos fundamentais: “Conceptualmente también le es retirada al legislador la discrecionalidad, dado que se habla de la función de limitación y de conformación. La cuestión sobre la función del legislador es, así pues, al mismo tiempo la cuestión sobre los límites (internos) de su actividad” (HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 169). Tratando-se, contudo, de efetivo exercício de competências por parte do legislador, não se poderia justificar a discricionariedade com bases puramente conceituais, como defendido pelo autor.

De ‘conformación’ puede ya conceptualmente solo hablarse donde existe algo a conformar: es el ‘ideal’ que la Constitución ha elaborado de cada derecho fundamental. En lo restante, la Constitución se despojó de su propio rango, abrió al legislador el camino para la regulación normativa de tipo discrecional.<sup>27</sup>

A explicação de Häberle acerca do problema da conformação de direitos de forma ampla igualmente não afasta o risco apontado a um voluntarismo jurídico. Tal se verifica justamente pela dificuldade de sustentação, pelo autor, da forma como deve ocorrer a intervenção do legislador em termos de conformação de direitos pela identificação de determinados ideais sociais<sup>28</sup>.

De ‘conformación’ se habla aquí con toda intención: la legislación da al derecho la forma concreta, se trata de una actividad jurídica creativa de alto rango. La intervención del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales es tanto más apremiante, y tanto mayor por consiguiente la necesidad de conformación y limitación de un derecho de libertad, cuanto más intensa sea la ‘relación social’ de la correspondiente libertad. Puesto que la libertad de creencias opera en el interior de la persona, la función de conformación y limitación del legislador pasa claramente a segundo término. Es, por ello, la libertad menos ‘social’. No obstante, tan pronto como una libertad entra en ‘contacto social’ – y este es el caso normal –, y la libertad iusfundamental precisamente trata en lo esencial de la coordinación de ámbitos vitales, será accesible al derecho y a la regulación del legislador ordinario. El legislador se ve entonces inducido tanto a la conformación como a la limitación de los derechos fundamentales.<sup>29</sup>

Häberle, ainda ao tratar da natureza e da função da legislação aos direitos fundamentais, chega a afirmar, como premissa e sem a ressalva de que se trate de um argumento meramente conceitual, que “el contenido de la Constitución no está en ningún caso amenazado por uno de tales procesos de concretización; al contrario,

---

<sup>27</sup> HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 169.

<sup>28</sup> A interpretação é a mesma exigida ao exame do caso concreto, como aponta Häberle, recorrendo a um argumento por analogia: “La limitación y la conformación legislativas de los derechos fundamentales es análoga al descubrimiento creativo del Derecho por el juez. En uno y otro caso se desarrollan el sentido y alcance de las normas por medio del encuentro con las circunstancias de la vida” (HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 173).

<sup>29</sup> HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 170.

experimenta una reafirmación”<sup>30</sup>. Mas se poderia sustentar que não há desafio jurídico, pela ideia de progresso<sup>31</sup> ao enunciado dogmático, quando se vê estabelecida, de forma rígida, uma preponderância da dimensão de configuração de direitos com relação à atividade restritiva. E justamente porque se identifica, uma substituição da ideia de restrição pela de limite. Como bem aponta Alexy, isso é assim porque “cuando algo es restrictivo desde algún punto de vista, sigue siendo restrictivo, aun cuando desde algún otro punto de vista sea configurador”<sup>32</sup>.

Daí o rechaço, devidamente justificado em Alexy, à adoção de uma teoria interna de restrição a direitos fundamentais, como é a ideia defendida por Häberle à luz da doutrina de Wolfgang Siebert<sup>33</sup>. Para Häberle, quando lida a teoria interna de restrição a direitos em conexão ao instituto do abuso do direito o que permitiria, em termos cíveis, a conexão com a delimitação do exercício de direitos individuais –, restaria explicada a relação do conceito de limite com a ideia de conteúdo de um direito: “El objetivo de la teoría interna es ver en una unidad el contenido y los límites de un derecho”<sup>34</sup>. A ideia de limite ao exercício de um direito, intimamente identificada ao conteúdo e à essência desse direito, apenas permite, em Häberle,

---

<sup>30</sup> HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 173.

<sup>31</sup> A ideia de progresso aqui analisada guarda afinidade com a atividade de estabilização, resultante da admissão da universalidade como uma ideia reguladora, por apontar ao progresso da espécie, não ao progresso individual. No entanto, deve haver também à função de progresso um dado abstrato de correção ao que é estável, na mesma medida em que se pressupõe à normatividade – ainda que em abstrato – uma correção de rumos ao discurso proposto em concreto. Isso ocorre não porque o progresso, nessa hipótese, dependa de um determinado fato concreto para se impõe como ideia reguladora. E sim, porque o enunciado dogmático se ocupa tanto da tarefa de fundamentação realizada pela atividade legislativa, como dos valores em permanente alteração em sociedade. É o que sustenta Alexy ao afirmar que “la ampliación de la discusión jurídica en la dimensión temporal, objetiva y personal, hace posible ofrecer comprobaciones y diferenciar los enunciados dogmáticos en una medida considerablemente mayor de lo que sería posible en discusiones que se desarrollan en forma puntual. Con ello se hace posible algo así como un progreso de la dogmática” (ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2012, 257).

<sup>32</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 323.

<sup>33</sup> Na análise da conformação de direitos subjetivos, com reflexos específicos no campo do Direito Civil, Siebert defende a adoção de uma teoria interna de restrições a direitos fundamentais entre os anos de 1934 y 1935, contribuindo, na mesma oportunidade, como professor na Alemanha nazista e identificado com a Escola de Kiel, juntamente com Karl Larenz, Franz Wieacker, Ernst Rudolf Huber, Georg Dahm y Frederich Schaffstein (BLANC, C.A., “La fundamentación teórica del Terror de Estado en la filosofía jurídica nacionalsocialista de Karl Larenz”, AFD (Anuario de Filosofía del Derecho), a. XXX, Madrid, CPAGR, 2014, 119-137).

<sup>34</sup> HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 167.

reforçar a compreensão referida de que o desafio argumentativo a cada caso novo proposto é praticamente inviável em termos jurídicos. Uma vez que o Direito segue apenas se reafirmando institucionalmente – como uma finalidade própria do sistema – a cada estudo particular proposto à análise do intérprete, qualquer função de progresso efetivamente conectado a um ideal de liberdade individual segue comprometido quando adotada uma teoria interna de restrições a direitos. E isto porque, seguindo Häberle, ou há um comprometimento individual ao que resta conformado legislativamente, ou não há direito: “Cualquier delimitación de un derecho fundamental por el legislador es simultáneamente material, determinación puntual del contenido del derecho”<sup>35</sup>.

### 3. A concepção estreita de configuração em Alexy

Em sentido distinto, segue o empenho de Alexy na adoção de uma teoria externa de restrições a direitos fundamentais. O autor, partindo de uma visão discursiva do sistema jurídico, orientada por uma interpretação fundada em argumentos jurídicos e em bases racionais, com pretensão de correção, sustenta que a tarefa da dogmática assume três compromissos centrais: (i) a análise lógica de conceitos jurídicos; (ii) a recondução desta análise a um sistema que opera por meio de enunciados, conectando fontes jurídicas; e (iii) a aplicação dos resultados desta análise na fundamentação das decisões jurídicas, tenham elas uma finalidade de alcance ideal e abstrato (universal) ou mesmo real e concreto (particular). Isso não reduz, contudo, a tarefa do intérprete a um trabalho puramente analítico.

Una dogmática del Derecho es una serie de enunciados que se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, están entre sí en una relación de coherencia mutua, se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente y tiene contenido normativo<sup>36</sup>.

Há, na definição de Alexy, o compromisso assumido pelo intérprete em relação à argumentação jurídica, de forma que toda e qualquer interpretação no Direito –

---

<sup>35</sup> HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 167.

<sup>36</sup> ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2012, 246.

seja pelo legislador, em abstrato; seja pelo juiz, para o caso – tenha um alcance institucional e, simultaneamente, uma preocupação de tornar possível a correção de rumos na adoção de soluções jurídicas que se apresentem necessárias à resolução de conflitos reais. Algo que se desdobra em funções próprias do exercício da interpretação por meio da análise das funções de estabilização, progresso, descarga, técnica, controle e heurística da própria dogmática.

Nesse panorama, a compreensão é de que, em termos de direitos fundamentais, há efetivamente uma dupla dimensão de análise quando se trata do tema da restrição a direitos. Alexy identifica, na possibilidade de permanente correção do sistema, um pressuposto de liberdade máxima ao indivíduo em seu agir público, que importa em proporcional liberdade negativa em termos restritivos. O controle por parte do Direito é, portanto, externo, sempre que identificada situação de conflito suficiente e necessária para promover uma intervenção institucional. Daí a relevância assumida pelo problema das restrições ao tema dos direitos fundamentais.

Para elucidar o alcance da dupla dimensão restritiva aos direitos fundamentais pelo Direito – como configuração e restrição propriamente dita –, parte o autor de alguns pressupostos específicos de análise. Por primeiro, o pressuposto de que o conceito de restrição compreende duas particularidades bastante distintas: o direito e suas restrições. Isto importa reconhecer que há dois momentos de identificação de um direito. O momento do direito em si mesmo, sem qualquer espécie de restrição; e o momento em que o direito, por circunstâncias especiais e justificadas, pode sofrer restrições. Este, para Alexy, é o “derecho restringido”<sup>37</sup>. Por consequência, quando efetuado o mesmo exame restritivo em relação à norma jusfundamental, o pressuposto de que se parte é o de que nem toda norma de direito ordinário, que tenha por objeto uma situação de interesse de um direito fundamental, importe numa restrição a direito. É possível que se trate de norma que simplesmente tenha por finalidade a configuração de um direito.

Exemplo claro de tal construção normativa no ordenamento jurídico brasileiro é o do enunciado do art. 21 do Código Civil, quando, na primeira parte, refere que “a vida privada da pessoa natural é inviolável”. Não há qualquer indicação de restrição ao direito fundamental igualmente positivado no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal brasileira quando trata da proteção à intimidade e à vida privada da pessoa natural em termos abstratos. Ao contrário, o que estabelece a norma infraconstitucional é uma configuração, no âmbito das relações entre privados – portanto, a facilitar, *a priori*, a interpretação para o caso, pela descarga de argumentação que oferece – de garantia a direito fundamental positivado na Consti-

---

<sup>37</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 268.

tuição<sup>38</sup>. O artigo referido difere-se, por consequência, do alcance normativo evidenciado no enunciado do *caput* do art. 20 do Código Civil, cuja redação oferece norma de restrição legislativa à garantia constitucional do mesmo art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, especificamente em relação à proteção à honra e à imagem das pessoas. Uma diferenciação relevante em termos de interpretação, que acaba permitindo a identificação clara da distinção entre uma norma construída com finalidade imprópria de configuração (art. 20 do CC) – ou seja, que indevidamente acaba por explicitar uma situação de limitação de liberdades – e outra de correto enfrentamento normativo de restrição de direitos no âmbito de legislação ordinária (art. 21 do CC).

Um segundo pressuposto diz respeito ao destaque necessário para o alcance possível a um conceito de configuração de direitos. Apenas uma concepção estreita do conceito de conformação de direitos se apresenta possível, para Alexy, se a intenção é a de potencializar a liberdade do indivíduo em sociedade de forma a desenvolver, efetivamente, a sua autonomia<sup>39</sup>. Em contrapartida, deve se conceber um conceito amplo de restrição, possibilitando-se o permanente desafio ao que está posto no sistema jurídico.

Há uma proporcionalidade em tal construção oferecida também em termos abstratos. Quando se está frente a um conceito estreito de conformação e um conceito amplo de restrição de direitos, o equilíbrio, no exercício de argumentação, é alcançado pelo funcionamento do próprio sistema jurídico e das funções exigidas aos enunciados dogmáticos. Ou seja, aquilo que se vê configurado como um direito não necessita de justificação. A restrição ao direito, de outra parte, tanto em

---

<sup>38</sup> Para um desenvolvimento amplo do tema no Direito Civil brasileiro, abordou-se a questão previamente em CACHAPUZ, M.C., *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*, Porto Alegre, Fabris Editor, 2006.

<sup>39</sup> Quando se fala em autonomia, se está, em verdade, discutindo uma questão mais ampla que a pressuposta em um direito geral de liberdade pelo indivíduo. Habermas é quem estabelece uma distinção bastante clara: os conceitos se diferenciam pelo seu âmbito de atuação. Enquanto a liberdade é sempre subjetiva, porque fundada nas peculiaridades do indivíduo – suas “máximas de prudencia, por las preferencias o motivos racionales” (HABERMAS, J., *O futuro da natureza humana*, São Paulo, Martins Fontes, 2004, 13) –, a autonomia é um conceito pressuposto numa estrutura de intersubjetividade, determinado por máximas aprovadas pela prova da universalização. Segundo Habermas, “en cuanto a la libertad subjetiva, no es difícil imaginar que algunas personas puedan gozar de la libertad y otras no, o que algunas personas puedan ser más libres que otras. La autonomía, por el contrario, no es un concepto distributivo y no puede ser alcanzado individualmente. En tal sentido enfático, una persona solo puede ser libre si todas las demás lo son igualmente. La idea que quiero subrayar es la siguiente: con su noción de autonomía, Kant ya introduce un concepto que solo puede explicarse plenamente dentro de una estructura *inter-subjetivista*” (HABERMAS, J., *O futuro da natureza humana*, São Paulo, Martins Fontes, 2004, 13).

abstrato como em concreto, exige argumentação necessária e suficiente para o desafio à garantia jusfundamental, ainda que seja para a edição de uma norma pela via ordinária<sup>40</sup>. E esta é a distinção essencial a ser efetuada pela adoção de uma teoria externa de restrição a direitos fundamentais.

Solo una tal concepción estrecha del concepto de conformación, a la que corresponde un adecuadamente amplio concepto de restricción responde a las exigencias de racionalidad de la fundamentación iusfundamental. Aquello que es calificado como configuración no necesita ser fundamentado frente al derecho fundamental. Al mantenerse amplio el ámbito de lo que requiere y es susceptible de justificación, mediante un concepto estrecho de configuración, no se asegura todavía, por cierto, que solo habrán de llevarse a cabo restricciones permitidas, pero sí que ninguna restricción podrá liberarse de la fundamentación; ello es un presupuesto esencial para que solo se normen restricciones permitidas.<sup>41</sup>

Tais considerações acerca do âmbito de atuação das configurações e restrições a direitos permitem, ademais, quando pressuposto o exame de um caso concreto, que se identifique que toda a solução extraída de uma ponderação realizada em face de um conflito de direitos fundamentais seja compreendida como o produto de uma restrição em concreto, e não como a consequência de uma subsunção à configuração, em abstrato, de um direito previamente definido em seu conteúdo. Disso se extrai, em termos interpretativos e com coerência suficiente à pretensão de reconhecimento de uma dimensão institucional ao sistema jurídico, a regra estabelecida para o caso. Esta, como resultado de uma ponderação efetuada de forma particular, não necessariamente configura enunciado dogmático suficiente para que seja utilizada genericamente como regra a toda e qualquer situação de conduta em termos análogos. Mas permite, pela própria analogia, que seja utilizada

---

<sup>40</sup> A relação estabelecida por Alexy, em termos restritivos, é também compreendida na doutrina de Carlos Bernal Pulido a partir de uma aplicação do princípio da proporcionalidade. Conforme o autor, “en el Estado constitucional no puede valer cualquier restricción a los derechos fundamentales sino sólo aquellas restricciones que sean: idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias, es decir, las más benignas entre los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto, es decir, aquéllas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los prejuicios que ella produce. De esta manera, el principio de proporcionalidad es la restricción de la restricción, el límite de los límites a los derechos fundamentales, el criterio que condiciona la validez de los límites que el Estado impone a los derechos fundamentales” (PULIDO, C.B., *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, 82).

<sup>41</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 329.

para o estabelecimento de um *par de comparação* em termos interpretativos, por meio de um exercício próprio de ponderação<sup>42</sup>.

Não se despreza, ademais, a mesma racionalidade, para efeito de teste da universalidade, quando a restrição é proposta legislativamente – portanto, quando dirigida ao legislador, e não ao juiz. Mesmo comprometimento de descarga de argumentos em relação ao desafio da proteção de direitos gerais de liberdade e igualdade é exigido ao intérprete em abstrato, quando, na edição de lei infraconstitucional, reste evidenciada uma justa restrição – e, portanto, lícita – ao direito fundamental.

El criterio de no obstaculización de la realización del principio iusfundamental implica que siempre que sea necesaria (caso de derecho fundamental actual) o meramente posible (caso de derecho fundamental potencial) una ponderación orientada por el principio de proporcionalidad, no debe suponerse una configuración, sino una restricción.<sup>43</sup>

Há ainda um terceiro pressuposto, em Alexy, decorrente dos anteriores e relativo à distinção entre configuração e restrição, a ser levado em consideração: o fato de que o caráter de razoabilidade ou mesmo de justiça acolhido para a edição de uma norma e para a tipificação de uma conduta (pelo estabelecimento de uma proibição, de um fazer obrigatório ou mesmo pelo estabelecimento de competências que atinjam o exercício de posições jurídico-civis), a partir do uso de argumentos jusfundamentais, não afasta a dimensão restritiva desta mesma norma, quando atinja um direito geral de liberdade ou de igualdade da pessoa<sup>44</sup>. Aqui, o exame de análise da fundamentação em Alexy exige um detalhamento mais amplo a evitar equívocos,

---

<sup>42</sup> Na referencia de Alexy, a analogia não deve ser desconsiderada como forma de argumento. No entanto, como se baseia em princípios de universalidade e de igualdade, exige que seja enfrentada toda a dificuldade típica de aplicação de um princípio de igualdade: “El establecimiento de la semejanza jurídicamente relevante no puede surgir únicamente de semejante análisis, (...) presupone valoración. Para la fundamentación de esta valoración son admisibles todos los argumentos posibles en el discurso jurídico” (ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2012, 269). Isto contesta, em parte, a indagação acerca do papel e da força da jurisprudência, na medida em que exige uma prova mais ampla de racionalidade – e, portanto, não fundada nas peculiaridades de uma única decisão jurídica em termos de interpretação – para a descarga de argumentos quando é desafiada a configuração específica de um direito. É o que normalmente ocorre quando existe um interesse em conflito e direitos fundamentais em concreto a serem ponderados.

<sup>43</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 328.

<sup>44</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 324.

justamente porque afeta a situação central de distinção de compreensão jurídica para a adoção de uma teoria externa ou interna de restrições a direitos fundamentais.

A preocupação de Alexy, no ponto, é com o fato determinante, em Häberle, ainda que em termos legislativos, para a adoção de uma teoria interna de restrições de direitos fundamentais: a constatação de que qualquer limitação de um direito fundamental deve ser vista como parte da determinação de seu conteúdo. Segundo Häberle, “el legislador que limita los derechos fundamentales también los determina con ello en cuanto a su contenido y al revés”<sup>45</sup>.

A fragilidade de tal construção – ainda que limitada à perspectiva de análise da interpretação pelo legislador – restou previamente apontada pela crítica oferecida por Alexy, no sentido de que, para a adoção de uma teoria interna, restaria sempre necessário um condicionamento do exame de qualquer restrição à hipótese de abuso de um direito, porque pressuposto um determinado conteúdo conformador de um direito previamente pelo sistema jurídico. Tal situação, aparentemente, permite ao intérprete do caso aceitar, de forma mais flexível, uma relativização à concepção material de um direito quando se trata de analisar um caso concreto – ainda que o exercício de interpretação se torne bastante dificultado, pela necessidade, na mesma medida, de configuração prévia do próprio conceito de abuso de direito. Mas trata-se de uma situação de construção argumentativa extremamente dificultada quando o problema é de um suposto abuso por parte do legislador na configuração do tipo normativo, ao editar norma restritiva de um direito fundamental no âmbito infraconstitucional.

Há que se distinguir: uma realidade é a das normas de configuração de institutos de Direito Civil – gerando competências específicas para o caso de capacidade, casamento, propriedade, estabelecimento de sociedade –, em que há a confirmação de determinadas garantias constitucionais jusfundamentais. Nessas hipóteses, é possível que se vejam estabelecidas situações de conformação de direitos, para garantir-se, justamente, a titularidade de determinadas posições jurídicas. Outra circunstância é a das normas que, estabelecendo proibições ou determinações de um fazer específico, gerem restrições ao exercício de liberdades. Ainda que sejam necessárias tais restrições, não se reconhece na liberdade residual – que é o produto da interpretação em abstrato pelo legislador – a configuração de um direito.

---

<sup>45</sup> HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 167.

#### 4. O sistema de posições jurídicas como um sistema de posições jurídicas fundamentais

Situação conexa ao tema das restrições e configurações de direitos é a de análise das posições jurídicas fundamentais que podem ser identificadas no sistema jurídico quando observados os direitos fundamentais como direitos subjetivos. Isto ocorre quando se conectam os direitos fundamentais positivados no ordenamento jurídico com o exercício de direitos por seus titulares, a partir de um enfoque analítico<sup>46</sup>, de forma tal que se identifiquem situações específicas de exercício de direito ou de sujeição das pessoas a determinadas restrições. A conexão parece resultar da forma como os indivíduos se vinculam no espaço público, assumindo posições e interesses diversos, na medida em que se conectam ao exercício de determinados direitos e, nessa medida, conferem-lhe determinado conteúdo. Alexy parte de um sistema tríade de posições jurídicas fundamentais quando estuda, com base numa teoria analítica, a estrutura de um direito subjetivo. Para tanto, oferece uma estrutura tríplice à concepção de um direito subjetivo, partindo das relações jurídicas estabelecidas entre titulares de pretensões de agir em sociedade. Segundo Alexy, são três as concepções possíveis à compreensão da estrutura aos direitos subjetivos: (i) os direitos a algo; (ii) as liberdades; (iii) as competências.

Quando se refere a *direitos a algo*, preocupa-se Alexy com uma relação entre titulares de direitos e deveres a partir da estruturação de uma relação jurídica em que há, claramente, o foco no objeto do direito em questão – no caso, para reconhecer que o objeto de um direito a algo “es siempre una acción del destinatário”<sup>47</sup>. De forma direta, ao tratar dos *direitos a algo*, Alexy os associa à estrutura oferecida por Hohfeld na definição de opostos e correlatos de posições jurídicas entre

---

<sup>46</sup> Na análise dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, Alexy sustenta a possibilidade de estabelecimento de um modelo de três níveis de conceituação de direitos subjetivos. Os direitos podem ser vistos, (i) por um enfoque normativo, como correspondentes às razões oferecidas para saber o porquê de alguém ser titular de um direito e que direito é esse – algo que aproxima a interpretação dos direitos subjetivos de uma visão mais positivista do Direito; (ii) em uma perspectiva empírica, pela abordagem de análise dos direitos subjetivos em relação a argumentos históricos e teleológicos – portanto, com aproximação a uma visão mais funcionalista e sociológica do Direito; (iii) e, por fim, por um enfoque analítico, em que se adota como elemento constitutivo do conceito de direito, tanto o fim prático alcançado por determinado direito subjetivo – “es decir, la utilidad, ventaja, ganancia, que ha de ser proporcionada por el derecho” (ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 179) –, como a proteção oferecida por esse direito no sistema jurídico. A aproximação, em tal caso, é a uma doutrina de caráter discursivo.

<sup>47</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 187.

deveres e direitos, ainda que acentue determinadas diferenças específicas<sup>48</sup>. Na estrutura da ideia de *direitos a algo*, reconhece Alexy uma posição jurídica forte em relação à realização do objeto pretendido, independentemente de se tratar de uma relação entre privados ou de uma relação entre o particular e o Estado, naquilo que poderia ser identificado, ao titular do direito, como um “direito de defesa” – quando se trate de um direito a uma ação negativa de alguém ou do Estado, capaz de abranger (i) o direito de não impedir ações individuais; (ii) o direito à não afetação de propriedades e situações de garantias individuais; (iii) o direito à não eliminação de posições jurídicas – ou como um “direito a uma pretensão” – na realização de direitos a ações positivas, tanto em relação a prestações fáticas, como em relação a prestações normativas<sup>49</sup>.

Outra concepção de direito subjetivo, para Alexy, relaciona-se a uma prerrogativa de *liberdade*. Na estrutura analítica referida, há uma relação igualmente tríplice entre o titular de uma liberdade – ou da negativa a esta –, um impedimento a esta liberdade e um objeto de liberdade. Em tal hipótese, defende Alexy que o objeto de uma liberdade – tratada como uma concepção aplicada de liberdade ao sistema jurídico – é sempre uma “alternativa de ação”<sup>50</sup>, porque pressuposta a possibilidade ampla de uma liberdade negativa. O objeto de uma *liberdade*, portanto, ao contrário de um *direito a algo*, traduz a seu titular uma posição jurídica apenas *prima facie* ao estabelecimento de uma conformação desse direito, justamente porque permite apenas uma determinação não definitiva com relação ao exercício da liberdade pressuposta. O que se quer confirmar com tal afirmação, não é a circunstância de ausência de liberdade, e sim, a consideração de que, sendo esta pressuposta, a liberdade jurídica é sempre correspondente – justamente para potencializar iguais prerrogativas de liberdade em sociedade – a um dever oposto de cumprimento, e este privilégio, assegurado, na relação jurídica, por uma concepção ampla de liberdade negativa.

Em Hohfeld, esta relação jurídica é esclarecida a partir de um modelo de opostos jurídicos, em que na mesma proporção que se estabelece uma relação entre liberdade e dever associa-se uma proporcionalidade entre direito subjetivo e não-direito. Corresponde, portanto, à inversão proposta por Hohfeld quanto aos correlatos jurídicos, em que a uma liberdade – traduzida por Hohfeld como um *privilégio*<sup>51</sup> – correlaciona-se um não-direito, e a um direito subjetivo se correlaciona um dever<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 202.

<sup>49</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 189-194.

<sup>50</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 214.

<sup>51</sup> HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, 2009, 53.

<sup>52</sup> HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, 2009, 49.

Un privilegio es el opuesto de un deber, y el correlativo de un no-derecho. En ejemplo último, mientras que X tiene un derecho o pretensión a que Y no entre en el inmueble del primero, X tiene el privilegio de entrar en el inmueble; o, con otras palabras, X no tiene el deber de permanecer fuera del mismo. El privilegio de entrar en el inmueble es la negación del deber de permanecer fuera de él.<sup>53</sup>

Não há como deixar de identificar que entre os modelos de opostos e os modelos de correlatos jurídicos, como apresentados em Hohfeld, há mesma determinação de razões distintivas para a interpretação às razões oferecidas por Alexy na diferenciação entre princípios e regras. Quando se parte de um modelo de *opostos jurídicos* – como entre direito e não-direito; liberdade e dever –, há uma determinação apenas *prima facie* do direito em discussão, permitindo, tal qual na relação normativa ao nível dos princípios, que, muito pouco possa ser dito sobre a conformação do direito em caráter definitivo. É diferente da associação que possa ser feita a partir de modelos de *correlatos jurídicos* – como entre direito e dever; liberdade e não-direito. Nestes, a determinação parte de uma razão definitiva *prima facie*, como ao nível das regras, justamente porque pressupõe descarga de argumentos distintos com relação à posição jurídica de onde se parte – por correlação de direitos e deveres; de liberdades e não-direitos. Pressupõe-se, de um ponto de vista formal, que esta correlação de posições jurídicas deva corresponder a uma universalidade ideal de condutas. Isto não evita, por certo, que, evidenciado o conflito concreto, ocorra um desafio da situação de igualdade ou liberdade pressuposta no modelo de correlação – por exemplo, quando se questiona a medida de autonomia determinante à declaração do contratante para o estabelecimento de uma cláusula contratual reconhecida como abusiva. Desde logo, o desafio pressuposto permite compreender a necessidade de adoção de um modelo de *opostos jurídicos*, conduzindo-se a interpretação a uma determinação não mais definitiva com relação à conformação de um direito.

Mas há ainda uma terceira concepção possível ao reconhecimento de um direito subjetivo, segundo Alexy, que corresponde às *competências*. Trata-se da perspectiva de análise de um direito a partir da ideia de exercício de um poder ou, mais especificamente, de um poder jurídico. A aproximação aqui oferecida é com a possibilidade de modificar-se uma situação jurídica do indivíduo pela prática de determinadas ações que conduzam a uma posição jurídica reconhecida institucionalmente. O que se reconhece é a prerrogativa de que, a partir de um conjunto de atos, configure-se ao indivíduo, por meio de um prévio estabelecimento institucional – fático ou normativo –, a condição de titularidade de um direito que, a princípio, não possua

---

<sup>53</sup> HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, 2009, 53.

por natureza. Assim, por exemplo, no Direito Civil, quando se configura titularidade jurídica em situações de propriedade, de casamento, de sucessões.

Hohfeld igualmente tratou do tema das competências como relacionado à ideia de exercício de direitos ao estabelecer parâmetros de correlação ou de oposição entre posições jurídicas resultantes (i) de uma competência ou da ausência de uma competência (uma não-competência) e (ii) de uma imunidade (não-sujeição) ou de uma sujeição ao poder de outrem. Não se limitou, portanto, ao sistema tríplice de posições jurídicas fundamentais de Alexy, mas ofereceu um quadro ampliado de variáveis que possibilitam a identificação de um modelo de tábuas comparativas de correlatos e opostos jurídicos. Neste, quando propostas posições jurídicas *correlatas*, competência e sujeição guardam mesma relação existente entre direito subjetivo e dever, assim como a ausência de competência gera uma situação de imunidade genérica à observância de titularidade de uma determinada posição jurídica institucional por parte de terceiro, na mesma proporção que se identifica uma relação correlata entre o exercício de uma liberdade e a observância contrária de um não-direito. Desde a perspectiva de posições jurídicas *opostas*, uma competência e uma ausência de competência guardam mesma relação que a ideia de um direito a um não-direito. O mesmo é visto entre a imunidade genérica à observância de titularidade de uma determinada posição jurídica institucional por parte de um terceiro e uma sujeição à titularidade de terceiro em relação à situação oposta de exercício de uma liberdade e o dever contraposto (a liberdade negativa).

Ao estabelecer um modelo de visualização de concepções assemelhadas a direitos e deveres a partir do exercício de posições jurídicas no agir público, Hohfeld restou por oferecer um esquema analítico bastante amplo, que permite uma explicação lógica da dinâmica de manifestação do fenômeno jurídico para qualquer relação do Direito. E isto é assim porque parte o autor, para a observação de uma concepção ao direito – aqui tomado de forma ampla –, tanto de uma ideia de direito a algo, como das ideias de liberdade, de competência (poder) ou de imunidade (não-sujeição).

## **5. Oposição e correlação de direitos e a aproximação de uma interpretação pela restrição e configuração de direitos**

Se é suposto como correto o teste analítico proposto por Hohfeld ao sistema jurídico em termos de interpretação, permitindo que se possa substituir, conforme o objeto de agir (a *oposição* ou a *correlação* de direitos), as variáveis de condicionamento à manifestação de posições jurídicas exercidas pelos sujeitos de direito no agir público,

a ideia é de que se possa igualmente confirmar, pelo esquema, se há racionalidade na construção de uma interpretação que sustente que a concepção de direito deva, necessariamente, partir de uma restrição externa ou de uma restrição interna a direitos fundamentais. Em parte, Alexy propôs um teste assemelhado, ao analisar, a partir da concepção de direito como uma *competência* em caráter estrito – e não como um comportamento decorrente do estabelecimento de uma competência – a distinção entre as dimensões de ilicitude e de validade de um ato jurídico<sup>54</sup>.

El incumplimiento de una norma de competencia no conduce a la ilicitud sino a la nulidad o a la deficiencia del acto. Cuando un comportamiento que es el incumplimiento de una norma de competencia es, sin embargo, calificado de ilícito, se presupone a más de la norma de competencia, una norma de comportamiento que ordena el ejercicio correcto de la competencia<sup>55</sup>

Aplicado o exemplo ao esquema de Hohfeld, a situação é claramente identificada se é proposta a análise de uma invalidade a partir de uma situação de opostos jurídicos, justamente, porque comprometida, em abstrato, uma situação de oposição entre a previsão institucional de uma competência e a ausência, em concreto, desta competência. Se a situação, de forma diversa, é a de exercício de posições jurídicas correlatas – entre o exercício de uma competência e a sua correlata posição jurídica de sujeição –, então a decorrência deste conflito resolve-se, não pela análise de uma situação de invalidade, e sim pelo estabelecimento de uma relação de ilicitude.

O comparativo que ora se propõe é dirigido ao tema inaugural deste estudo no campo da interpretação às restrições e configurações de direitos subjetivos. Ou seja, testar, a partir de um sistema analítico de posições jurídicas fundamentais, em que medida se justifica, racionalmente, a aplicação das teorias interna ou externa à restrição a direitos. Tratando-se de uma relação bidimensional, como inicialmente sustentada por Häberle e Alexy – de distinção a dimensões de restrição e de configuração a direitos – a hipótese seria a de testar em que medida as relações de oposição e correlação de posições jurídicas, correspondentes a direitos e deveres, podem ser substituídas por situações de restrição e de correlação de posições jurídicas.

---

<sup>54</sup> Para uma distinção dos conceitos de validade e ilicitude frente ao problema da validade constitutiva ou regulativa de um direito, sugere-se a doutrina de ALEMANY, M., “Validez y nulidad”, em LAGIER, D.G. (coord.), *Conceptos básicos del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2015, 175-184. No direito brasileiro, noção muito próxima é conhecida pela doutrina de VILANOVA, L., *Causalidade e relação no direito*, 5ªed., São Paulo, Noeses, 2015.

<sup>55</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 233.

Uma pista inicial é oferecida por Alexy quando esclarece sobre os bens que podem sofrer restrições: “Restringibles son bienes iusfundamentalmente protegidos (libertades/situaciones/posiciones de derecho ordinario) y posiciones *prima facie* concedidas por principios iusfundamentales”<sup>56</sup>. Portanto, quando não houver relação direta a uma proposição jusfundamental, não se está a falar em restrições a direitos: “Las normas que no tienen nada que ver con un derecho fundamental no son con respecto a este derecho fundamental normas restrictivas y tampoco normas configuradoras”<sup>57</sup>. Mas sempre que houver um conteúdo jurídico relacionado a direitos fundamentais, é possível se falar em restrição a direitos. O que, todavia, não corresponde a afirmar que sempre que se tratar de uma interpretação acerca de um direito fundamental autorizada está a identificação de uma situação restritiva de um direito: “Una norma no restrictiva en el ámbito de un derecho fundamental es una norma que tiene algo que ver con aquello que abarca el derecho fundamental. Si guiendo una terminología difundida, puede decirse que esta norma lo configura”<sup>58</sup>.

Quando frente a uma situação de restrição, todavia, Alexy, como antes visto, não reconhece ao direito restringido uma situação de configuração. Isto se dá, justamente, porque oferecida uma concepção de restrição *em oposição* à de configuração de direitos, em que pressuposta situação de liberdade aos titulares de direitos e deveres (ou de liberdade e não-direitos) que se encontrem em posições jurídicas de sentido contrário. O exemplo aplicado por Alexy é em relação aos modelos de normas de mandados e de proibições<sup>59</sup>, em que visualizada a hipótese na relação do sujeito de direito com o Estado. Mas o mesmo se aplica em relação aos conflitos de liberdades de particulares.

Em relação a normas de estabelecimento de competências – como no caso dos institutos jurídicos de Direito Civil –, da mesma forma, o reconhecimento é de que possa se compreender que, quando sustentada uma situação de oposição a uma garantia jusfundamental, não restaria afastada a possibilidade de compreensão de um caráter restritivo a essa norma. O exemplo de Alexy é elucidador: “Un legislador que derogara las normas del matrimonio civil violaría no sólo una garantía objetiva de la institución jurídica del matrimonio sino que también lesionaría el derecho subjetivo del individuo a contraer un matrimonio jurídicamente válido y poder practicarlo conforme al derecho”<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 272.

<sup>57</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 322.

<sup>58</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 322.

<sup>59</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 325.

<sup>60</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 325.

É possível que se reconheça, portanto, que entre posições jurídicas fundamentais e restrições a direitos subjetivos existam conexões bastantes mais estreitas para fins de interpretação dos conflitos propostos na vida de relação. Segundo Alexy, ao menos em termos jusfundamentais, a resposta mais simples está no fato de que “un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones iusfundamentales”.<sup>61</sup> Adaptando-se mesmo exercício interpretativo para toda e qualquer relação jurídica – incluindo-se, principalmente, as relações de Direito Civil de forma geral e, em casos difíceis, os reflexos de concepções jusfundamentais no âmbito das relações civis entre privados –, é possível que se extraia a compreensão de que *um direito subjetivo, visto de forma ampla, é um feixe de posições jurídicas fundamentais*. Nessa medida, é a identificação de uma determinada posição jurídica, em perspectiva de correlação ou de oposição a uma situação de vantagem (um direito, uma liberdade, uma competência ou uma imunidade) ou desvantagem jurídica (um dever, um não-direito, uma não-competência ou uma sujeição), seguindo o modelo de Hohfeld, que permitirá identificar-se, frente à condição concreta proposta, hipótese de análise restritiva ou conformativa de um direito subjetivo.

Nas relações civis, quando se trate de discussão jurídica que demande exame sobre posições fundadas em opostos jurídicos – portanto, a exigir aplicação de princípios –, a hipótese de interpretação corresponderá, *prima facie*, a uma situação de restrição a direito subjetivo; tratando-se de exame de posições jurídicas baseado em correlativos jurídicos, corresponderá, *a priori*, a uma situação de configuração a um determinado direito subjetivo. O que exigirá, no primeiro caso, uma interpretação orientada, desde logo, à aplicação de uma teoria externa de restrições a direitos, porque voltada à resolução de um conflito identificado em concreto; e, na segunda hipótese, à aplicação de uma teoria interna de restrições a direitos, porque orientada a interpretação por um consenso prévio em relação à conformação de determinado direito.

Em ambos os casos, privilegia-se, *prima facie*, a autonomia de participação dos indivíduos no agir público, seja porque reconhecida a circunstância de liberdade pressuposta – no primeiro caso –, seja porque identificada a promoção de uma autonomia, fundada em consenso entre os envolvidos, na hipótese de correlação de direitos. O que não afasta, especificamente no segundo caso, a exigência de teste da universalidade da conduta – a rechaçar um pensamento de tipo utilitarista – sempre que o cerne da discussão reconduzir a um problema de direito fundamental. Tal circunstância, necessariamente, deslocará o foco da interpretação para uma situação de opostos jurídicos – na medida em que exigida condição de ponderação entre liberdades –, observadas posições jurídicas capazes de contrapor um direito a um não-direito, uma liberdade a um dever.

---

<sup>61</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, 241.

## 6. Conclusões

O presente estudo ocupa-se de um dos temas centrais, no âmbito do Direito Civil, pertinente à análise do conteúdo de direitos subjetivos e à configuração e restrição de direitos subjetivos. Parte da constatação de que o Direito Civil, por integrar o sistema jurídico, sofre os efeitos das normas jusfundamentais em um caráter genérico. A matéria interessa na medida em que permite o enfrentamento do problema das limitações e da ponderação a direitos subjetivos, tanto numa dimensão institucional, como numa relação específica e particular de determinada situação concreta de conflito de interesses. Portanto, pela análise pertinente, na interpretação, à aplicação de uma teoria interna ou externa de restrição a direitos fundamentais.

Por argumentos distintos, Häberle defende a teoria de que os direitos fundamentais compartilham de um duplo caráter na sua estrutura: tanto apresentam uma dimensão institucional-objetiva, como uma dimensão jurídico-individual, em que garantidos a titulares direitos públicos subjetivos. Trata-se de dimensões complementares que se veem integradas numa simultaneidade de atuação em termos interpretativos. A lógica em Häberle é de que toda e qualquer restrição a direitos fundamentais esteja necessariamente relacionada a uma concepção ampla de configuração desses mesmos direitos, por isso a indicação de aplicação de uma teoria interna à restrição de direitos fundamentais. Já Alexy adota uma teoria externa de restrições a direitos fundamentais, partindo de uma visão discursiva do sistema jurídico, orientada por uma interpretação fundada em argumentos jurídicos e em bases racionais, com pretensão de correção. Como pressuposto à interpretação encontra-se a compreensão de que o conceito de restrição compreende duas particularidades distintas: o direito e suas restrições. Portanto, apenas uma concepção estreita do conceito de conformação de direitos se apresenta possível ao intérprete se a intenção é a de potencializar a liberdade do indivíduo em sociedade de forma a desenvolver, efetivamente, a sua autonomia. Como explica Alexy, o fato de existir um caráter de justiça para a edição de uma norma e para a tipificação de uma conduta por argumentos jusfundamentais não afasta a dimensão restritiva desta mesma norma, quando atinja um direito geral de liberdade ou de igualdade da pessoa.

Situação conexa, portanto, ao tema das restrições e configurações de direitos, é a análise das posições jurídicas fundamentais que podem ser identificadas no sistema jurídico quando observados os direitos fundamentais como direitos subjetivos. A conexão decorre, por lógica, da forma como os indivíduos se vinculam no espaço público, assumindo posições e interesses diversos no exercício de direitos e deveres, liberdades e não-direitos. O comparativo que se propõe, por consequência, é o de testar o sistema analítico de posições jurídicas fundamentais, como no

modelo de Hohfeld, para buscar justificar, racionalmente, a aplicação das teorias interna ou externa de restrição a direitos subjetivos. O que se propõe pela compreensão de que *um direito subjetivo, visto de forma ampla, é um feixe de posições jurídicas fundamentais*.

Nesse sentido, é a identificação de uma determinada posição jurídica, em perspectiva de correlação ou de oposição a uma situação de vantagem (um direito, uma liberdade, uma competência ou uma imunidade) ou desvantagem jurídica (um dever, um não-direito, uma não-competência ou uma sujeição), que permitirá identificar-se, frente à condição concreta proposta, hipótese de análise restritiva – pela adoção de uma teoria externa – ou conformativa – pela adoção de uma teoria interna – de um direito subjetivo. O que não afastará, especificamente no segundo caso, a exigência de teste da universalidade da conduta – a rechaçar um pensamento de tipo utilitarista – sempre que o cerne da discussão reconduzir a um problema de direito fundamental. Tal circunstância deslocará o foco da interpretação para uma situação de opostos jurídicos – na medida em que exigida condição de ponderação entre liberdades –, observadas posições jurídicas capazes de contrapor um direito a um não-direito, uma liberdade a um dever.

## 7. Bibliografia

- ALEMANY, M., “Validez y nulidad”, en LAGIER, D.G. (coord.), *Conceptos básicos el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2012.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001.
- BLANC, C.A., “La fundamentación teórica del Terror de Estado en la filosofía jurídica nacionalsocialista de Karl Larenz”, AFD (Anuario de Filosofía del Derecho), a. XXX, Madrid, CPAGR, 2014.
- CARRIÓ, Genaro. Nota preliminar. In: HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, 2009.
- CACHAPUZ, M.C., *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*, Porto Alegre, Fabris Editor, 2006.
- GUASTINI, R. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona, Gedisa, 1999.

- HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003.
- HABERMAS, J., *O futuro da natureza humana*, São Paulo, Martins Fontes, 2004.
- HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, 2009.
- MORESO, J.J., VILAJOSANA, J.M., *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- NIPPERDEY, H.C. Livre desenvolvimento da personalidade. In: DÜRIG, G; NIPPERDEY, H.C; SCHWABE, J. Direitos fundamentais e direito privado. Textos clássicos. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 76.
- PULIDO, C.B., *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- VIDAL, I.L., “Interpretación y aplicación del derecho”, en LAGIER, D.G. (coord.), *Conceptos básicos del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- VILANOVA, L., *Causalidade e relação no direito*, 5ªed., São Paulo, Noeses, 2015.