

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Francisco Cardozo Oliveira; José Querino Tavares Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-340-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

O livro que está sendo publicado resulta de coletânea dos trabalhos aprovados e apresentados em 25 de junho de 2021, no Grupo de Trabalho DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO, do III Evento Virtual do Conpedi, coordenado pelos Profs. Drs. Caio Augusto Souza Lara (DOM HELDER CÂMARA), Francisco Cardozo Oliveira (UNICURITIBA) e José Quirino Tavares Neto (UFG). Os textos integrantes do livro compreendem quatro eixos; o primeiro deles voltado para questões relacionadas a contratualidade, manifestação da vontade de tutela dos direitos de personalidade; o segundo, reúne textos que tratam de questões relacionadas a responsabilidade civil e fundamentos do direito privado; o terceiro, agrupa textos que tratam de direitos reais e proteção de vulneráveis; e, finalmente, o quarto eixo está voltado para o direito de família e da criança e do adolescente.

No primeiro eixo, merece destaque o caráter inovador da pesquisa relacionada a prestação de serviços de lutadores de MMA, em termos de proteção de lutadores em face da organização de eventos. É necessário destacar também que, neste eixo, os textos enfrentam questões relacionadas a teorias da justiça, limites da economia capitalista e formas de representação. No segundo eixo, o destaque fica com a questão relativa a inteligência artificial e seus reflexos no direito. Também se revela importante a reflexão em torno dos fundamentos do direito privado que devem dar conta dos paradoxos da atualidade, no sentido de tutelar interesse de pessoas que titularizam direitos e de pessoas que não tem acesso a direitos. As análises elaboradas conduzem a refletir sobre a funcionalização do direito civil na relação entre justiça corretiva e justiça social.

No terceiro eixo, emerge a questão da proteção da gestante em situação de rua, de modo a assegurar a dignidade da pessoa humana. Também ganha destaque a importância do registro público que, para além da titularidade proprietária, pode ampliar efeitos incorporando também o registro de direitos de proteção dos animais.

No quarto e último eixo o destaque fica por conta dos desdobramentos das várias formas de família, especificamente as questões relacionadas ao poliamor.

A leitura dos textos se justifica dado o potencial que o livro contempla de inúmeras possibilidades de ampliação de horizontes para pesquisadores, estudantes do direito e para todas e todas comprometidos (as) com o saber jurídico capaz de assegurar vida digna no mundo.

A (IN)SUFICIÊNCIA DO DIREITO SUBJETIVO E OS NOVOS FATOS SOCIAIS THE (IN)SUFFICIENCY OF SUBJECTIVE RIGHTS AND NEW SOCIAL FACTS

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral ¹

João Pedro Gindro Braz ²

Resumo

A sociedade vive constantes mudanças o que reflete no âmbito do Direito. Analisa a correlação entre o direito objetivo e as características do direito subjetivo, abordando as principais teorias deste, bem como a interdependência e insuficiência entre direito objetivo e direito subjetivo no suporte jurídico aos interesses sociais. Conclui que direito subjetivo se mostra insuficiente para reger as céleres transformações sociais, de modo que se atribui maior valor às situações jurídicas substanciais, atreladas aos interesses jurídicos. A metodologia empregada é a dedutiva-histórica e visa o estudo de doutrinas, artigos e legislação, com ênfase na Teoria Geral do Direito Civil.

Palavras-chave: Fato social, Fato jurídico, Direito objetivo, Direito subjetivo, Teoria geral do direito civil

Abstract/Resumen/Résumé

Society is constantly changing, which reflects in the scope of the Law. It analyzes the correlation between objective law and the characteristics of subjective law, addressing its main theories, as well as the interdependence and insufficiency between objective law and subjective law in the legal support to social interests. It concludes that subjective law is insufficient to govern the rapid social changes, so that greater value is attached to substantial legal situations, linked to legal interests. The methodology used is deductive-historical and aims to study doctrines, articles and legislation, with an emphasis on the General Theory of Civil Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social fact, Legal fact, Objective law, Subjective law, General theory of civil law

¹ Doutora em Direito Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL. E-mail: anaclaudiazuin@live.com.

² Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Toledo Prudente. Estagiário Docente da Toledo Prudente. Advogado. E-mail: joaopedrogindro@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A história comprova a interferência estatal nas relações jurídicas, que passou por níveis variáveis de ingerência. Inicialmente a regulação das relações sociais ocorria mediante os usos e costumes, porém, com o assenhoreamento estatal da tutela jurisdicional instaurou-se mecanismos de controle que se consolidaram na ordem constitucional, como as normas dispostas no Código Civil que regulam as relações familiares, de modo que o espectro de atuação do direito por vezes supre a autonomia dos indivíduos.

O Direito Civil e as relações jurídicas tratadas por ele evoluíram. O progresso dessas concepções foi gradual, já que por prolongado período enxergou-se o direito como norma posta, ignorando seu aspecto subjetivo. Com o tempo notou-se que tais conceitos não podem ser estudados separadamente, ambos fazem parte de um todo, um único fenômeno.

A pesquisa analisa o direito subjetivo com base na Teoria Geral do Direito Civil, e as lacunas por decorrência originadas, que acabam por romper a estrutura do Direito Civil, que se apresenta como reflexo da sociedade e assegurador de uma pacífica convivência social, muito embora possam existir entendimentos que buscam suprir essas vaguezas fáticas.

Para melhor compreensão do direito subjetivo mostra-se necessário abordar seus conceitos, além disso, de dissertar acerca da sua natureza jurídica, com foco para as três principais teorias sobre o tema: a voluntarista, a teleológica e a mista.

Outrossim, a pesquisa visa expor os fatos sociais e fatos jurídicos, os clarificando e apontando a importância da distinção dos atos humanos que estão tipificados no ordenamento jurídico daqueles que não estão e a consequência sobrevinda.

A metodologia utilizada baseia-se em pesquisa bibliográfica, com estudos da lei, artigos, doutrinas especializadas, com a finalidade de fazer um exame à constante mudança dos fatos sociais e como tais, por vezes, não conseguem ser alcançados pelo direito posto.

2. DO FATO SOCIAL AO FATO JURÍDICO

O mundo é constituído por um aglomerado de fatos: nascer, comer, conversar, morrer etc. Alguns desses fatos adquiriram relevância para o Direito e, por conseguinte, também se encontram no mundo jurídico. Os fatos que não repercutem na órbita jurídica são chamados de fatos sociais, de modo que eles podem estar situados no domínio dos acontecimentos naturais ou das ações humanas.

Em virtude de o Direito estar estritamente ligado aos fatos, há uma interdependência entre ambos, já que a conceituação das diversas espécies de fatos apresenta-se indispensável à definição da disciplina jurídica que a eles será aplicada.

Os fatos sociais são acontecimentos do mundo fático que, quando suportam a incidência do Direito, se tornam, tecnicamente, fatos jurídicos. Sendo assim, os fatos jurídicos são aqueles “fatos aos quais o direito atribui relevância jurídica no sentido de alterar as situações a eles pré-existentes, e de configurar situações novas, às quais correspondem novas qualificações jurídicas.” (BETTI, 1952, p. 3).

Dessa maneira, fato social trata-se do acontecimento submetido à incidência do Direito, tornando-se fato jurídico, de modo “que um fato qualquer – pré-jurídico –, a partir do momento em que deixa de ser indiferente ao direito, adquire aptidão para gerar efeitos jurídicos.” (OLIVA, 2020, p. 231).

A despeito da possível indiferença do Direito a fatos sociais, de que não é todo fato, nem tudo que acontece no mundo, que interessa ao Direito, de modo que importa aquilo que acontece no mundo jurídico, “não há fato indiferente ao Direito, pois é o próprio Direito, através da norma positiva que, não regulando uma conduta ou uma circunstância, chancela tal conduta ou tal circunstância de irrelevante ou sem juridicidade.” (FACHIN, 1988, p. 1).

O fato social é apreciado sob um viés jurídico com o fim de atribuir-lhe ou não relevância jurídica no sentido de alterar situações a eles pré-existentes. Ocorre que reputar a indiferença do Direito a determinados fatos seria arbitrário, uma vez que “a experiência normativa alcança integralmente a vida social, mesmo os espaços de liberdade que o direito, valorando-os, preserva deliberadamente contra qualquer tipo de regulamentação.” (OLIVA, 2020, p. 237).

Os fatos sociais são concebidos e interpretados a depender da compreensão cultural da sociedade em determinado momento histórico, já que o Direito reflete a realidade fática que, por sua vez, reflete a valoração da ordem jurídica, razão pela qual “ingressam no campo jurídico os fatos valorados pela norma. Tais são os fatos jurídicos,

que assim se constituem sem deixar o campo fático, uma vez que este e aquele (o normativo) se interpenetram.” (FACHIN, 1988, p. 1).

Compreende-se, assim, que se deixa de existir algum tipo de diferença entre fato social e fato jurídico, pois, todo fato social, uma vez potencialmente significativo ao direito e envolto pela valoração social do elemento normativo – considerado a depender da evolução histórica, é fato jurídico (OLIVA, 2020, p. 237).

Há acontecimentos do mundo fático que, apesar de sua relevância social, carecem de normatividade jurídica e, por consequência, não se enquadram na categoria dos fatos jurídicos.

Embora existam fatos sociais que provoquem repercussão jurídica, por ausência de direito objetivo, não concebe direito subjetivo e, portanto, são fatos desprovidos de normatização jurídica, de modo que geram situações jurídicas que orbitam centros de interesse e, a toda evidência, merecem tutela jurídica. Esses fatos não geram direitos, mas sim interesses (AMARAL; HATOUM; HORITA, 2017, p. 18).

À princípio, o fato jurídico resulta de um fato da vida, observado expressamente no ordenamento jurídico e que, ao ingressar no mundo jurídico, atribui a esses fatos determinados efeitos, pois, “para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que as regras jurídicas – isto é, as normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os jurídicos.” (MIRANDA, 1954. p. 4).

Segundo a classificação dos fatos jurídicos ponteanos, haveria os fatos jurídicos e fatos jurídicos processuais, além dos atos-fatos jurídicos e atos-fatos jurídicos processuais, bem como os *stricto sensu* e *stricto sensu* processuais. Não obstante, essa classificação não é aceita universalmente, pois trata o ato-fato jurídico como sinônimo de um ato jurídico comum, já que “nem a doutrina germânica, [...] nem os doutrinadores italianos fazem, ainda, hoje, essa distinção, pois tratam como ato jurídico o ato-fato, que não tem a mesma natureza.” (MELLO, 2012, p. 148).

A consequência prática da dissimilitude entre fato social e fato jurídico reside no poder de ação do indivíduo de proteger seu interesse. Assim, para que se forme uma relação jurídica e conseqüentemente haja fruição de direitos, é necessário um acontecimento, um fato social, mas não qualquer fato social, já que é preciso que seja um fato jurídico.

Neste momento deve-se realizar uma ressalva, pois todo fato social, ao ser concebido, leva em consideração o entendimento cultural e histórico da sociedade, assim também ocorre quando valora-se o fato jurídico, e por conseguinte o Direito. O

Direito, portanto, traduz a realidade fática de quando foi percebido e há uma íntima relação entre o fato e a norma, de maneira que não é possível existir um sem o outro.

Com a globalização e o advento da tecnologia, sobretudo da biotecnologia, há direitos existenciais que não dispõem de dispositivo legal, de modo que a dependência do direito subjetivo ao direito posto contribui para que novas situações fáticas não encontrem correspondência legal.

A força transformadora dos fatos, que acompanham o caráter cultural e histórico da sociedade, atrelada ao “potencial efeito jurídico sem que o direito objetivo-positivo tenha lançado mão do seu poder regulamentador.” (LÊDO; SABO; AMARAL, 2017, p. 11), faz com que fatos sociais de repercussão jurídica não tenham direito objetivo e subjetivo correspondentes.

A despeito do fato social, quando deixa de ser indiferente ao direito, adquirir aptidão para gerar efeitos jurídicos, a partir da admissão à fato jurídico, há fatos sociais que, por serem relevantes, provocam repercussão jurídica, contudo, por ausência de direito objetivo e, por consequência, de poder de ação do indivíduo de proteger seu interesse, são fatos desprovidos de normatização jurídica, pois não encontram correspondência legal.

Assim, como os fatos sociais estão em constante transformação, nem sempre a norma apresenta-se capaz de acompanhá-los e, por mais que sejam fatos sociais relevantes ao ordenamento jurídicos, não há tempo de se transformarem em fatos jurídicos.

3. DIREITO: DO OBJETIVO AO SUBJETIVO

O homem como ser eminentemente social e que não vive isolado, mas em sociedade, carece de determinada ordem, por regras de conduta. Para a convivência harmoniosa entre os homens e para que haja ordenação pressupõe-se a existência de restrições a fim de limitar a atividade dos indivíduos que compõe os diversos grupos sociais.

Há dificuldade em encontrar uma fórmula sucinta que dê a noção do que seria Direito, já que ora significa uma ordem do Estado que proíbe, impõe ou estatui, ora exprime o que o indivíduo postula, defende ou reclama.

A polivalência semântica advém do fato de constituir um conceito único composto por dois ângulos de visão do jurídico, o direito subjetivo e o direito objetivo.

Um é o aspecto individual, outro o aspecto social, compreendendo a *facultas* e a *norma*, que são os dois lados de um mesmo fenômeno.

O direito objetivo, por um lado, em sua definição *latu sensu*, consiste no conjunto de normas que versam sobre as condutas que os indivíduos devem observar para conviverem pacificamente em sociedade, e, por outro lado, “considerado objetivamente, o direito é norma de comportamento, que se traduz num complexo de regras disciplinadoras da conduta.” (PEREIRA, 2020, p. 45).

As limitações ao comportamento individual, um produto necessário da vida social, são estabelecidas em favor dos homens, para satisfação dos interesses humanos. Na hipótese de transgressão confere-se ao Estado poder de aplicar sanção a seus infratores, já que o direito objetivo é um produto necessário da vida social, como forma de estabelecimento de limitações ao comportamento individual, constituído em favor dos homens, para satisfação dos interesses humanos.

O direito objetivo não se trata de conselho ou de regra facultativa, mas de determinação impositiva, “pela qual se consegue a obrigatoriedade do preceito. Esta é a expressão da necessidade de um comportamento restritivo da liberdade do indivíduo como condição de sobrevivência do grupo.” (PEREIRA, 2020, p. 45).

Há, portanto, uma proteção jurídica assegurada pelo direito objetivo, a partir das leis, pois o direito objetivo é o conjunto das regras jurídicas, enquanto que o direito subjetivo é o meio de satisfazer interesses humanos (*hominum causa omne jus constitutum sit*).

A partir do conjunto de normas que a todos se destina e vincula, tem-se o direito objetivo, que se trata da *norma agendi*. Entretanto, assente na prerrogativa que para o indivíduo decorre da norma, tem-se o direito subjetivo, que se refere à faculdade conferida ao indivíduo de invocar a norma em seu favor, isto é, a *facultas agendi*.

Assim, o direito subjetivo seria a prerrogativa do indivíduo de, dentro do ordenamento jurídico, poder exigir (in)determinada conduta de outrem, para o cumprimento de norma ou a reparação do mal causado, bem como a permissão, conferida pela norma jurídica, para fazer ou não fazer alguma coisa e para ter ou não ter algo.

Ocorre que essa matéria foi fonte de numerosas controvérsias o que fez surgir diversas teorias que discutem desde a existência (ou não)¹ do direito subjetivo até a sua

¹ Duguit e Kelsen negam a existência de um direito subjetivo.

caracterização jurídica,² destacando-se as três principais: a voluntarista, a teleológica e a mista.

A primeira escola a surgir, a voluntarista, concebe substancialmente o direito subjetivo em função do elemento volitivo (OLIVA, 2020, p. 103). Denominada também de escola psicológica ou teoria da vontade, enxerga essencialmente o direito subjetivo em função do elemento volitivo. O impulso da vontade expande-se em uma conduta, a qual respeita os limites traçados pelo direito objetivo. No entanto, o poder de ação do titular apenas se concretiza enquanto subordinado ao comando estatal.

Adepto a esta posição, Friedrich Carl von Savigny define o direito subjetivo como poder da vontade, pois o direito, se considerado tal como na vida real, cerca-nos e nos penetra de todos os lados e aprece-nos como um poder do indivíduo. Logo, “nos limites desse poder, a vontade do indivíduo reina, e reina com o consentimento de todos. Esse poder ou faculdade, nós o chamamos direito, e alguns o chamam direito no sentido subjetivo.” (SAVIGNY, 1840, p. 7).

Essa é a concepção do liberalismo clássico, de modo que o Estado intervém apenas quando estritamente necessário, sendo o titular do direito o único árbitro da conveniência de sua utilização. Outrossim, a consequência imediata dessa teoria é o princípio da autonomia da vontade (AMARAL, 2018, p. 293).

Em sentido oposto tem-se a teoria teleológica ou finalística, segundo a qual a noção básica do direito subjetivo desloca-se do terreno da vontade para o do interesse. Isto porque a concepção volitiva encontra sério empecilho quando se remete aos casos de deficientes mentais e menores, pois ainda que estes não tenham vontade (ou não sejam capaz de exprimi-la) permanecem com direitos.

Ainda, é possível verificar a insuficiência da teoria da vontade a partir do indivíduo capaz, que pode ter direitos, não obstante ignorá-los, “como no caso da sucessão de bens de um parente, cuja morte é desconhecida pelo herdeiro, que, não obstante, adquire esta qualidade.” (PEREIRA, 2020, p. 27). Desta forma, o direito subjetivo não traduzirá um poder de ação, já que este poder não tem em tais casos oportunidade de se exprimir.

Além disso, “existem direitos de exercício obrigatório, como os de família e os de propriedade com função social. Por isso, definir o direito subjetivo como poder da

² Windscheid e Savigny situa o direito jurídico no plano volitivo; Ihering situa no plano teleológico; Saleilles, Jellinek e Michoud situa no plano de conjugação entre o volitivo e o teleológico.

vontade significa confundir o próprio direito com o seu exercício.” (AMARAL, 2018, p. 294).

Para a teoria teleológica dois elementos constituem o princípio do direito, sendo o primeiro deles substancial, que se situa na sua finalidade prática, isto é, na sua utilidade, na sua vantagem, ou no interesse. O segundo, formal, é aquele por meio do qual se efetiva o primeiro (substancial), ou seja, a sua proteção jurídica mediante a ação na justiça. “Da conjugação deles resulta, e nestes termos a definição é por toda parte repetida: o direito subjetivo é um interesse juridicamente protegido.” (PEREIRA, 2020, p. 27).

Para escola teleológica o direito subjetivo é uma construção objetiva do interesse juridicamente tutelado:

Dois elementos constituem o princípio do direito: um substancial, no qual reside o fim prático do direito, e que é a utilidade, a vantagem, o ganho assegurado pelo direito, o outro formal, que se relaciona com esse fim unicamente como meio, a saber: a proteção do direito, a ação na justiça. Por si mesmo o primeiro não cria mais do que um estado de utilidade ou de fruição (interesse de fato) que qualquer um, que, de fato, tenha meios para tanto, pode impunemente, a cada instante, enfraquecer ou derrubar. Essa situação não se torna menos precária, menos instável, até que a lei venha protegê-la. A fruição ou a perspectiva da fruição se torna assim mais garantida; ela se torna um direito. A garantia jurídica da fruição é a base do princípio do direito. Os direitos são interesses juridicamente protegidos (IHERING, 1880, p. 326).

A crítica sobre a corrente teleológica é procedente no tocante à ausência do fator finalístico, uma vez que o direito subjetivo é uma faculdade de querer dirigida a determinado fim. A finalidade prática necessita do elemento volitivo para corporificar-se.

Assim, ambas as teorias são criticáveis, a voluntarista e a teleológica, pois, “sendo o direito subjetivo um poder conferido a alguém pelo ordenamento jurídico, ele existe e é eficaz, independentemente de o titular ter vontade ou interesse em algo.” (AMARAL, 2018, p. 294).

Neste sentido prolifera-se a corrente mista, a qual reconhece o elemento volitivo e o finalístico, definindo o direito subjetivo como o poder querer do agente de satisfazer seu interesse juridicamente tutelado.

Como facultas agendi, o direito subjetivo é a expressão de uma vontade, traduz um poder de querer, que não se realiza no vazio, senão para perseguir um resultado ou visando à realização de um interesse. Na própria noção de

querer há uma finalidade: quem quer, quer alguma coisa. Não importa que, na conjugação daqueles elementos, predomine a vontade ou sobreleve a finalidade. Uma e outra se acham presentes, e pois, a definição há de conter o momento interno, psíquico; e o externo, finalístico. A fórmula, que os conjuga, poderá dizer que o direito subjetivo é um poder da vontade, para a satisfação dos interesses humanos, em conformidade com a norma jurídica. Dita, pois, o direito objetivo uma conduta, de que resulta a faculdade de querer, atribuída a um indivíduo. Exercendo este o seu poder de vontade, tem em vista uma finalidade concreta, que persegue com observância dos preceitos instituídos pela ordem jurídica. Poder de ação, interesse e submissão ao direito objetivo, eis os elementos componentes do direito subjetivo (PEREIRA, 2020, p. 28).

Essa teoria eclética, apesar de ter tratado sob uma nova perspectiva a natureza jurídica do direito subjetivo, ainda é passível de críticas e objeções:

Essa teoria, entretanto, não vence as objeções formuladas contra cada uma de suas partes. O ecletismo é sempre uma soma de problemas, sem solução para as dificuldades que continuam nas raízes das respostas, pretensamente superadas. As mesmas objeções feitas, isoladamente, à teoria da vontade e à do interesse, continuam, como é claro, a prevalecer contra a teoria eclética de Jellinek (REALE, 2003, p. 255).

A despeito de tais considerações, o sistema jurídico brasileiro aparenta ser adepto à teoria mista. Destarte, o direito subjetivo aduz a ideia de uma relação jurídica prévia, manifestada em razão de um fato jurídico existente. Assim, o titular do direito possui um poder de ação oponível a outrem, que pode ser indeterminado, como nos direitos reais, ou determinado, como nas relações de crédito.

A questão que insurge é se o direito objetivo consegue acompanhar a demanda social, em outras palavras, se as normas postas correspondem, de fato, as relações humanas da sociedade moderna, com suas vicissitudes e aspectos histórico, social e cultural ou se são insuficientes para a autodeterminação dos indivíduos.

4. A INSUFICIÊNCIA DO DIREITO SUBJETIVO FRENTE AOS FATOS SOCIAIS

O direito subjetivo, atualmente, confere limitações à autonomia do cidadão dentro do ordenamento jurídico, isto porque, antes do nível normativo estabelecido pelo Estado, há um nível normativo difuso pela sociedade e, por vezes, o primeiro não consegue acompanhar o segundo, como é o caso da ausência de norma que regule o casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem como a vagues existente acerca do tema da barriga de aluguel.

Para que o direito subjetivo se concretize em uma relação jurídica intersubjetiva é preciso que exista uma situação jurídica subjetiva, em outras palavras, para se ter a consubstanciação de uma pretensão é necessário que haja um meio de exigibilidade da pretensão.

Ocorre que há determinadas relações que não são reguladas por uma norma, são as chamadas relações factuais. A princípio, a ausência da tutela jurisdicional exprime a ideia de que a relação não envolve interesse juridicamente relevante ao mundo jurídico.

Mostra-se inegável a discussão a respeito da carência de normas reguladoras de determinados fatos sociais (e a consequente inexistência de direito subjetivo correspondente) se entrelaça com às dissonâncias atinentes a indispensabilidade dos sistemas de codificação, como atesta a doutrina.³ Assim, “sem a norma, não há direito a ser realizado e, na esfera existencial, o avançar do legislador não alcança o desenvolvimento das situações que envolvem a intersubjetividade e a individualidade da pessoa humana.” (AMARAL; PONNA, 2016, p. 59).

Desse modo, a dependência da previsão normativa e as situações jurídicas impede que fatos aos “quais a normatividade ainda não logrou alcançar, recebam a devida tutela por parte do ordenamento jurídico. O direito subjetivo afigura-se insuficiente.” (AMARAL; PONNA, 2016, p. 59).

A inexistência de direito objetivo capaz de amparar todos os fatos sociais e a consequente inexistência de um sujeito de direito em titularizá-las (direito subjetivo) aponta para a existência do fenômeno denominado de crise do direito subjetivo.⁴

Nell'ordinamento moderno, l'interesse è tutelato in quanto rispondente non soltanto all'interesse del titolare, ma anche a quello della collettività. Nella maggior parte delle ipotesi l'interesse dà luogo ad una situazione soggettiva complessa, composta tanto di poteri quanto di doveri, obblighi, oneri. In questa prospettiva s'inquadra la crisi del diritto soggettivo: mentre questo è nato per esprimere un interesse individuale ed egoistico, la complessità dele

³ Elucidativas são as palavras de Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (O projeto do novo código civil e a tutela dos direitos individuais e coletivos, Scientia Iuris Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, Londrina, v.1, n°. 1, p. 42-60, 1997, p. 44): “Enquanto críticas ácidas são dirigidas, aos códigos, vozes erguem-se em defesa, para justificar a indispensabilidade de uma construção normativa sistemática, única, reunindo por ordem, matérias que pela própria natureza não devem prescindir de tratativa formulada em conjunto ordenado, na forma de código”.

⁴ Conforme elucidada Thiago Luís Santos Sombra (Interesse legítimo e potestade: para além da compreensão do direito subjetivo, in Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015, p. 12/13): “*Infatti, si può senza dubbi affermare che il diritto soggettivo ha perso parte del suo ruolo centrale di tutela delle persone in virtù di altre categorie – come l'interesse legittimo -, individuate secondo il tipo di interesse da tutelare il bilanciamento di valore da realizzare*”. Em livre tradução: De fato, sem dúvida se pode afirmar que o direito subjetivo perdeu parte do seu papel central de tutela das pessoas em virtude de outras categorias – como o interesse legítimo, identificado segundo o tipo de interesse a ser protegido, o equilíbrio do valor a ser alcançado”.

situazioni soggettivi – per la quale in ogni situazione sono presenti momento di potere e di dovere, si é che la distinzione tra le situazioni ative e passive non va intesa in senso assoluto – esprime la configurazione solidaristica del nostro ordenamento costituzionale ⁵ (PERLINGIERI, 2008, p. 638).

Nota-se que a autodeterminação dos indivíduos, bem como a satisfação de suas necessidades individuais significam a própria realização do indivíduo como ser humano, de modo que os direitos subjetivos de que eles são titulares podem não ser suficientes (LÊDO; SABO; AMARAL, 2017, p. 10).

Ignorar o aspecto político dos fatos sociais, que a construção do seu conceito parte do meio histórico, social e cultural ao qual está inserido, leva a formação de um sistema jurídico que não está centrado na própria pessoa e que a considera de modo apenas abstrato, “perfil jurídico não definido a partir das considerações concretas; compreende imensa gama, independentemente da sua condição econômica, social ou histórica, noção que tem a pretensão de inscrever a todos ao mesmo tempo.” (FACHIN, 2012, p. 101).

Frutífero exemplo sobre a incompletude do direito subjetivo e a sua incapacidade de acompanhamento paralelo da dinâmica social se pode extrair no âmbito dos direitos da personalidade, impossíveis de serem todos contemplados nas previsões legislativas, tamanha a amplitude das irradiações da personalidade humana em todas as suas possíveis manifestações. Dessa forma “com a evolução cada vez mais dinâmica dos fatos sociais, torna-se assaz difícil estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que seja a pessoa humana titular.” (TEPEDINO, 2006, pp. 37-38).

A negligência do legislador em relação aos fatos sociais substanciais agrava a crise do direito subjetivo, já que os fatos transmutam constantemente à fim de acompanharem o anseio da sociedade:

E o quadro ainda se agrava, posteriormente, em face da proliferação desmesurada da produção legislativa, estimulada pelos avanços da tecnologia e por uma realidade econômica cada vez mais complexa, a reclamar novos mecanismos de regulamentação. Basta lembrar, por exemplo, as inúmeras

⁵ Em livre tradução – “No ordenamento moderno, o interesse é tutelado enquanto não apenas o interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses o interesse dá lugar a uma situação jurídica subjetiva complexa, composta tanto de poderes, quanto de deveres, obrigações, ônus. Nessa perspectiva se enquadra a crise do direito subjetivo; enquanto este nasce para exprimir um interesse individual e egoísta, a complexidade das situações jurídicas subjetivas – para as quais em cada momento estão presentes situações de poder e de dever, a distinção entre situação ativas e passivas não deve ser entendida em um sentido absoluto – expressa a configuração solidarística do nosso ordenamento jurídico.”

técnicas de fertilização *in vitro* e de mutação genética, além das proezas das redes de informática, temas que, lançados à ordem do dia, exigem o estabelecimento de limites éticos e jurídicos (TEPEDINO, 2000, pp. 5-6)

Outrossim, importante ressaltar que não se pode falar apenas na realização da personalidade através de direitos subjetivos, ainda que atípicos, haja vista que é possível concretizar a personalidade a partir de “pluralidade de situações jurídicas existenciais que devem estar abarcadas na tutela geral, considerando que a pessoa humana não se realiza apenas através do direito subjetivo.” (MORAES, 2010, p. 112).

A crítica “à categoria de direito subjetivo, considerado insuficiente para atender a complexidade e à variedade dos efeitos jurídicos da atividade humana, faz com que as situações jurídicas tenham hoje especial importância na doutrina jurídica.” (AMARAL, 2017, p. 286).

Outrossim, é possível apontar que as primeiras críticas ao processo de subjetivação do direito, de sua migração da coisa, como era compreendido pelos romanos, para o sujeito – direito subjetivo, “repousaram, justamente, no extremo individualismo e subjetivismo do conceito, além de sua evidente abstração.” (AMARAL; PONNA, 2016, p. 56).

O fundamento reside no fato de o direito subjetivo ter DNA caracteristicamente individualista, além do que ignora preceitos que deveriam ser intrinsecamente absorvidos em sua estruturação e, portanto, é inerente ao direito subjetivo a sua limitação.

Por outro lado, “as situações jurídicas, por mais amplas, potencialmente não excluem os deveres que acompanham o poder individual, respeitando a tutela do indivíduo sem olvidar a adequação coletiva.” (AMARAL; PONNA, 2016, p. 64).

A arraigada teoria da subsunção do fato à norma apresenta-se insuficiente para lidar com questões que não envolvam direitos subjetivos, e sim situações jurídicas subjetivas, principalmente aquelas de cunho existencial

As relações sociais céleres e de vicissitudes constantes não são acompanhadas pelo ordenamento normativo, de modo que fatos sociais relevantes encontram-se desprovidos de direito objetivo e, por conseguinte, da exigibilidade da pretensão. Apesar do legislador empenhar-se à atividade legiferante, a diligência parlamentar não atende a completude das necessidades individuais do ser humano, que se renovam a cada recém-adquirida relação.

Não pode o aplicador do Direito limitar-se à teoria da subsunção do fato à norma, sendo necessária uma reestruturação e releitura do Direito, já que em virtude da insuficiência teórica e prática do direito subjetivo, a doutrina do direito civil-constitucional (o paradigma atual de compressão do direito civil), reascendeu suas atenções para as situações jurídicas (AMARAL; PONNA, 2016, p. 60)

Portanto, limitar-se ao direito subjetivo a permissão de fazer ou não fazer, de ter ou não alguma coisa, ou defender direitos acarreta na revolta dos fatos contra a norma, pois há que ser compreendido os aspectos histórico, social e cultural aos quais a sociedade está inserida a fim de se conceber um sistema jurídico que respeite e garanta a autodeterminação dos indivíduos, bem como a satisfação de suas necessidades individuais, ainda que a partir de fatos sociais transmutado em fato jurídico.

5. CONCLUSÃO

A autonomia privada, idealizada em um Estado Democrático de Direito, é colocada em risco quando se afasta o direito subjetivo da realidade da sociedade, o que ocorre quando o direito objetivo deixa de abranger fatos sociais relevantes para as relações humanas modernas.

A sociedade pleiteia por um direito que responda de maneira mais célere a suas vontades, apesar de ser compreensível que para ocorrer a consubstanciação de um fato social em fato jurídico há a necessidade de se provar a relevância jurídica do mesmo. O sistema se mostra ineficiente, diante da existência de fatos sociais que, a despeito de relevantes, ainda carecem de normatização.

Os anseios da sociedade devem ser uma preocupação do legislador, haja vista ser ele o detentor das ferramentas que podem auxiliar na otimização da organização judiciária, sendo a abertura de um diálogo com a sociedade, mediante referendo, plebiscito ou audiência pública, um dos meios, com importância fundamental, para alcançar esse objetivo.

O modelo puramente de judicialização mostra-se improdutivo para tornar o direito subjetivo presente em uma relação factual, uma vez que não reveste essa relação de intersubjetividade, o que é necessário para tornar exigível a prestação. Nesse sentido, por exemplo, a extensão do conceito de família, derivado de uma decisão judicial, não altera o fato jurídico de que família é formada pela união de homem e mulher, segundo direito posto na Constituição Federal.

A positivação dos fatos sociais relevantes implica em maior segurança e liberdade para as partes presentes nas relações jurídicas, podendo os indivíduos adaptarem seus queres de modo mútuo, cabendo ao juiz exercer privativamente a função de intermediador e gerenciador, para que as partes respeitem os princípios que regem o ordenamento jurídico e não ultrapassem os limites dos poderes do estado, que estariam expostos de maneira clara.

O direito subjetivo concebido pela Teoria Geral do Direito Civil dificulta que a vontade da sociedade seja de fato alcançada, a positivação dos fatos sociais relevantes proporcionaria uma tutela com maior adequação aos direitos materiais envolvidos nas relações jurídicas, uma vez que facilitaria as partes a observação e cumprimento das regras com o intuito de evitar futuros conflitos. No entanto, no momento, o direito subjetivo apresenta-se insuficiente para a concessão de respostas adequadas e atendimento das necessidades de uma sociedade moderna em suas relações humanas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. **O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico E A Necessidade De Uma Nova Concepção Na Contemporaneidade**. Scientia Iuris, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p262. ISSN: 2178-8189.

AMARAL, ANA C. C. Z. M.; PONNA, Ewerton W. A vida numa casca de noz? A insuficiência do conceito de direito subjetivo e a potencialidade das situações jurídicas como categoria base para aplicação do direito e realização da autonomia privada. In: Pona, Ewerton Willian; Amaral, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; Martins, Priscila Machado. (Org.). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: Autonomia Privada e Situações Jurídicas Existenciais**. 1ªed.Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 1.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. – 10. ed. revista e modificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Torino: UTET, 1952.

FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico: consequências práticas**. Curitiba: PUC/RS, 1988.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **O projeto do novo código civil e a tutela dos direitos individuais e coletivos**. Scientia Iuris Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, Londrina, v.1, n.º. 1, p. 42-60, 1997, p. 44 – Acessível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11318> - Acesso em 02/02/2021

IHERING, Rudolf Von. **L'esprit du droit romain**, vol. IV. Paris: A. Maresq, tradução livre, 1880.

LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>>. Data de acesso: 30 de. Out. 2020.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

OLIVA; Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. Org. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil, volume I / Caio Mário da Silva Pereira**. 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina Cicco. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Vol. I. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Traité de droit romain**, t. 1, Paris: Firmin Didot Frères, 1840.

SOMBRA, Tiago Luis Santos. **Interesse legítimo e potestade: para além da compreensão do direito subjetivo**. civilistica.com, v. 4, n. 2, p. 1-22, 21 dez. 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil: Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **O código civil, os chamados microsistemas e a Constituição:** premissas para uma reforma legislativa, Problemas de Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.