

Estado, Direito e interesse legítimo

ANDRÉ R. C. FONTES

Sobre a autor:

André R.C. Fontes. *Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).*

RESUMO

O artigo trata da formação do pensamento jurídico em torno dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, dos direitos subjetivos e da tutela jurídica da personalidade.

Palavras-chave: Direitos humanos, direito fundamentais e direitos subjetivos.

ABSTRACT

The article concerns the formation of legal thinking about fundamental rights, human rights, subjective rights and the legal protection of personality.

Keywords: Human rights, fundamental rights and subjective rights.



§ 1º PODER CONTRA O ESTADO

Um fato é característico no pensamento moderno: os problemas gerais tendem a ser resolvidos de diferentes formas. Porque a realidade mostra uma multiplicidade de valores nobres e profundos aos quais se reconhece haver a necessidade de atribuir alguma proteção, e exige a relativização e a diferenciação das variadas maneiras de alcançá-la. Doutra lado, a condução dessa tutela por uma só via ou caminho não se mostraria a princípio hábil e determinante para a mais abrangente e extensa proteção. A qualificação dos interesses que podem ser tutelados em um dado sistema jurídico pluralista, o respeito aos interesses variados e que são de fato protegidos, significará *in extremis* acolher e proteger, na sua maior plenitude e extensão, os mais variados interesses, dos comuns aos contraditórios.¹ Conduzir-se em um *regime monista de tutela* significará mutilar os seres e engendrar ortodoxias que não agregam nenhum valor positivo. Encontrar respeito e reconhecimento em uma unidade monolítica é submetê-la a um imaginário sistema de perfeição absoluta, algo que o direito subjetivo está muito longe de alcançar. Os eventuais caminhos para a obtenção de ampla tutela dos interesses postos proteção seriam *ab ovo* atrofiados e em conseqüência limitados e restritos simplesmente porque estariam sempre assentados sobre a ilusão e a ingenuidade da solução única².

O pluralismo como atitude e como opção revela uma outra conseqüência: a da problemática do equilíbrio entre as tensões múltiplas, e por vezes contraditórios, em conciliar a pluralidade e o particularismo, em administrar os antagonismos e evitar divisões irreduzíveis.³ Nenhum sistema pode estar assentado em uma potência unitária, mas, sim, resultante de um equilíbrio incessante e renovado entre uma pluralidade de forças que são a um só tempo rivais e cúmplices. É o pluralismo a base efetiva de qualquer sistema jurídico⁴.

Sob a perspectiva civilística ainda consideram alguns autores o interesse legítimo como uma situação regulada pelo Direito Público, ou então, como uma forma de proteção ao particular apenas se estiver em posição de confronto com a Autoridade Pública. Em ambos os casos sustentam esses autores que o interesse legítimo seria uma situação jurídica inaplicável ao Direito Civil, por ser matéria afeta do Direito Público, especificamente ao Direito Administrativo, ou então relativa à tutela jurisdicional do administrado em regimes de contencioso administrativo⁵. A suposta função do interesse legítimo é, para esses doutores, abrangida pela figura do direito subjetivo, sem mesmo a explícita referência a uma eventual aplicação técnica da *extensio*. Nessa perspectiva niilista, na qual ao particular diz respeito tão-somente a ocorrência desfavorável do não exercício de *poderes públicos* contrários ao seu interesse, por serem normalmente conferidos à Administração Pública como direito subjetivo público, enumeram-se *direitos dos administrados, igualmente subjetivos e públicos*, mas arrolados em situações legais-casuísticas, segundo os parâmetros de aceitação e reconhecimento que obedecem, em certa medida, a em verdadeiro regime de *numerusclausus*⁶.

Numa visão de conjunto, os direitos subjetivos públicos que a Administração Pública titulariza, que sejam coincidentes com interesses dos particulares, que não sejam a estes atribuídos igualmente, deixando-os desprovidos da titularidade de direito subjetivo próprio ou equivalente, e que seja acompanhado por um prejuízo suportado por estes (os particulares) restam como mero direitos afirmados muito mais pela idéia de um suposto dever da Administração Pública do que de uma idéia própria e direta da existência de um direito subjetivo público e que deva incidir, como ocorre com os direitos subjetivos em geral, nos casos nos quais se incluem os do Estado-administração. Se isso ocorrer, se estará, verdadeiramente, se afirmando e utilizando mais um caso de tutela por meio do regime do interesse legítimo⁷.

As formas de tutela do particular contra o Estado são *diretas* e *específicas* (amplamente tuteladas pelos direitos subjetivos públicos) e as *indiretas* e *genéricas* (tuteladas causuisticamente pelo interesse legítimo). Essa dualidade

¹ A Democracia, embora não se confunda com o Pluralismo, é valor que constitui tendência no Direito Civil, sem o qual nenhuma outra perspectiva se faz possível. cf. *La tendenciademocraticanellascienza pratica deldirittocivileinScrittivariidiDirittoPrivato*. v.1. 5. ed. Turim: UTET, 1917. p. 450. Cf. ainda Giuseppe diGasporell *potere sul dirittopubblico*. Pádua: Cedam, 1992. passim. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Direito público e sociedade técnica*, Coimbra: Atlântida, p. 119. Mario Bertolini e Ruggero Meneghelli *Lezionididirittopubblicogenerale*, 2. ed. Turim: Giappichelli, 1996. p. 383. Sabino Cassese *Le basi del dirittoamministrativo*, 2. ed. Milão: Garzanti, 1995. p. 116. CostantinoMortatili *Stituzionididirittopubblico*, tomo 1, 10. ed. Cedam: Pádua, 1991. p. 175. Francesco Cuocolo *Principididirittocostituzionale*. 6. ed. Milão: Giuffrè, 1990. p. 12.

² Marcelo Caetano, *Direito Constitucional*, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 374.

³ O princípio pluralista é de fundo contratual, classificado dentre os princípios da República. (Art. 1º, V, da Constituição da República). Sobre pluralismo e soluções justas cf. Paulo Otero *Lições de Introdução ao Estudo doDireito*, v. 1., t. 1, Lisboa: Pedro Ferreira-artes gráficas, 1998. p. 173.

⁴ Sobre o Pluralismo como base do sistema jurídico moderno cf. Matteucci, Nicola – *LoStato moderno*, Bolonha: Il Mulino, 1997. p. 321. Em sentido civil constitucional cf. Pietro Perlingieri *Profili...* p.

⁵ É emblemática a opinião do Prof. José Carlos Barbosa Moreira, op. cit.

⁶ Cf. *VicenzoRoppolstituzionididirittoPrivato* 4. ed. Bolonha: Monduzzi, 1998, p. 60.

⁷ Hely Lopes Meirelles, *Direito de construir*, op. cit.

de proteção é um desdobramento da noção de Estado de Direito, seja na sua visão positiva, seja na perspectiva dos direitos fundamentais⁸.

A literatura tem enquadrado de modo categórico como significando *direitos* quando se trata de interesses: atribuir *direito* de anulação de licença ao vizinho nos casos de somente ter *interesses*⁹. De se atribuírem direitos ao beneficiário de pensão de alteração de situação jurídica do autor, sob a perspectiva do *interesse* em anular o ato que atribuiu o valor da prestação pecuniária¹⁰.

§ 2º PODER CONTRA OUTRO PARTICULAR

Os fenômenos fundamentais da variação, desenvolvimento e mudança, no funcionamento da sociedade humana, por longo tempo compeliram os estudiosos a constituírem numerosas tipologias de sistemas doutrinários¹¹.

A instituição comparativa do poder contra o Estado deve ser mantida no exercício contra o particular: ambos exercem um poder de comum origem estatal. O direito subjetivo é concedido para assegurar o atingimento de uma determinada utilidade: o seu exercício efetivo é o pressuposto de que esse reconhecimento não pode ser diverso que os limites de proteção.¹² Doutro lado, a falta de exercício de um direito pelo titular, que de regra não constitui a violação de um dever, poderia gerar, na sua inutilidade, uma forma de esmorecimento, com o curso da prescrição da pretensão¹³.

Entende-se por tutela jurídica toda forma hipotética de proteção de um interesse qualificado mediante uma solução de um problema de satisfação de um direito subjetivo que se origine de um interesse violado.¹⁴ Uma proteção poderá ser por meio do direito subjetivo se for direto e imediatamente protegido o interesse ou de modo indireto e mediamente protegido, como se faz pelo interesse legítimo. Também se fará de forma isolada por meio de outra figura agrupada no complexo das situações jurídicas subjetivas ativas relacionada com um deles¹⁵.

Uma das características mais acentuadas do Direito foi a de atribuir poder concreto ao interesse, tal como o direito subjetivo.¹⁶ É verdade que já bem antes da sua formação, o sistema das *actiusromanae* alcançava resultados semelhantes.¹⁷ Há muito que nos debatemos na armadilha das palavras e pode-se até dizer que, à maneira de uma compreensível reação, uma das tendências mais acentuadas do Século XX foi seu esforço para se desenredar delas, de refazer e repensar a história sem elas, pois o sistema romano nada mais é que a consideração de um direito subjetivo *in status activus*¹⁸.

A caracterização como direito subjetivo para as manifestações de interesse legítimo se dá nos mais evidentes fenômenos, haja vista a imprópria substituição do termo direito reflexo para os casos nos quais isso ocorre.¹⁹ De maneira que, os interesses violados do subcontratado, e que dependam da atuação como se co-contratante fosse, não são casos de direito subjetivo, mas de interesse legítimo. Do mesmo modo os atos dos segurados destinados à preservação de sua esfera jurídica devido ao comportamento prejudicial do terceiro é caso de interesse legítimo²⁰.

PARTE XII

§ 1º OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um levante militar, autoritário e ilegítimo, tomou de assalto a direção do país na década de sessenta e com a sua chegada um longo período institucional de exceção surgiu, encobrendo e envolvendo a nação em trevas que somente foram dispersadas após sofridos anos. Foi interrompido pelas incessantes vozes de protesto e constante

⁸ Cf. Yves le Roy, Maria Bernadette Schoenemberger *Introduction Générale au Droit Suisse*, Friburgo: Bruylant, L.G.D.J. Schulthess, p. 13.

⁹ Diogo de Figueiredo, Hely Lopes Meirelles *Direito de Construir*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 79.

¹⁰ Cf. Johan Braun *Einführung in der Rechtswissenschaft*, Tübingen: J.C. Mohr (Paul Siebeck), 1997.

¹¹ Sobre a tipologia de sistemas cf. Canaris, *op. cit.* Cf. ainda Pietro Barcellona *Diritto Privato e Società Moderna*, Nápoles: Jovene, 1996. p. 29.

¹² Espínola, *Sistema*, *op. cit.*

¹³ Giuseppe Guarino, *Poteregiuridico e dirittosoggettivo*, Nápoles: Jovene, 1990.

¹⁴ San Tiago Dantas, *op. cit.*

¹⁵ Lina B. Geri, *Contributo*, *op. cit.*

¹⁶ Serpa Lopes, *op. cit.*

¹⁷ J.C. Moreira Aloyes, *Direito Romano*, v. 1, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 255.

¹⁸ Pawlowiski, Hans-Martin, *Allgemeiner Teil des BGB*, 5. ed. Heidelberg: C.H. Müller Verlag, p. 144.

¹⁹ Lina B. Geri *Contributo*, *op. cit.*

²⁰ *idem*.

insurgência contra aquela que foi a mais agressiva, perversa e abominável quebra da ordem constitucional do país. Em um esforço de resgate da cidadania ressurgente, como o mais sensível aspecto no Estado que se criou, o complexo dos direitos fundamentais²¹.

O país adquire, no momento, a consciência reformista, e sem arroubos demagógicos, muito fáceis em tais ocasiões, quando as reformas são utilizadas como bandeira ideológica ou instrumento de ação partidária. Aos estudiosos do Direito Constitucional resta a tarefa de construção, aqui e sempre, dos conceitos fundamentais do Estado de Direito²².

Por toda à parte, ora predominando um, ora predominando outro desses fatores, não peculiares a um só país, porém generalizados quase universalmente, determinam a crise, a bem dizer, no mundo inteiro²³.

Se a forma das normas atributivas de direitos fundamentais é universalizante, a rigor todos são titulares de direitos subjetivos, porque qualquer um, indistintamente, poderá invocá-la para sua proteção, uma vez que ela de fato e de direito a todos tutela.²⁴ A existência de formas diretas de proteção a todas as pessoas, sem uma situação restritiva ou própria de tutela, exclui a função do conceito de interesse legítimo para os interesses que a ela visa resguardar²⁵.

O Direito brasileiro faz uma distinção: a ação popular é forma de tutelar o interesse simples,²⁶ que se torna o único protegido como se qualificado fosse, em todo o sistema de defesa dos interesses relevantes.²⁷ Entretanto, é de interesse legítimo que se quer prescrutar. A literatura estrangeira nos oferece exemplos, como o direito de petição.²⁸ A indenização decorrente dos prejuízos causados pelo Estado na prática de atos lícitos, que se enquadram no art. 37, § 6º, da Constituição da República, seriam casos de responsabilidade patrimonial do Estado fundado no interesse legítimo²⁹.

Sob a novel perspectiva dos direitos fundamentais, indagaríamos se se considerasse o interesse legítimo a necessidade de satisfação de um interesse de seu titular, e se ele se refere a um interesse extraído de uma situação de fato, suscetível de ser identificado e captado em cada caso, com independência (ao menos relativa) de vontade do legislador, isso seria compatível com a idéia de que os direitos fundamentais são de efeitos ilimitados?³⁰

§2º OS DIREITOS HUMANOS

A palavra *noção* se refere a um conhecimento ou idéia que se tem de alguma coisa. Para se tratar de um conhecimento elementar ao lado do termo *noção*, é conveniente ter o significado da palavra *conceito*, que é a idéia do pensamento de um ser ou objeto, seja real ou não. A lógica nos ensina a respeito, que não só se deve pensar na totalidade de uma coisa, senão em suas notas essenciais. Relativamente aos³¹ direitos humanos, é difícil encontrar uma pessoa do mundo que não tenha uma noção do que são e o que eles representam.³²

²¹Sobre a concretização do direitos fundamentais cf. Lenio Luiz Streckin *Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil* Constitucionalização e Direito, organizado por André Andrade, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 3.

²²Sobre a expressão “conceitos fundamentais do Estado de Direito” cf. Jorge Reis Novais, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1987.

²³Sobre a determinação no âmbito da proteção dos direitos fundamentais cf. Gilmar Mendes *Hermenêutica Constitucional e Direito Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 212.

²⁴Sobre o alcance dos direitos fundamentais cf. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Aequitas, 1995. Cf. ainda Nicolò Lipari *Dirittifondamentali e categorie civilistiche in Rivista di diritto civile*, n. 4, luglio-agosto 1996, MXLII. Pádua: Cedam, 1996. p. 413.

²⁵As manifestações de proteção em suas formas cf. José Carlos Vieira de Andrade *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987.

²⁶Sobre o interesse em perspectiva constitucional, especialmente quanto ao controle abstrato cf. Vitalino Canas *Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

²⁷Sobre o tema cf. José dos Santos Carvalho Filho *op. cit.* e Rodolfo de camargo Mancuso, *op. cit.*

²⁸Cassinelli-Muñoz, Horacio *El interes legitimo como situacion juridica garantida em la constitucion uruguayana op. cit.*

²⁹João Caupers e João Raposo *Contencioso administrativo* Lisboa: Aequitas, 1994, p. 167.

³⁰Cassinelli-Muñoz *op. cit.*

³¹Jacques Mourgeon *Les Droits de L'Home*, 8. ed., Paris: Puf, 1978. p. 42.

³²Em coerência com os demais capítulos nos quais ressaltamos a contribuição romana ao direito atual, lembramos que a palavra *humanitas* é de origem romana, uma vez que não existe termo correspondente em grego. Nesse sentido: Fritz Schulz *Prinzipien des römischen Rechts*, Munique e Lipsia: Verlag von Duncker & Humblot, 1934. p. 128. Cf. ainda Christian Bay *La estructura de la libertad*, trad. do inglês para o castelhano por Marcia Dolores López Martínez, Madri, Tecnos, 1961.

A noção de direitos humanos toma, na linguagem ordinária, diversas significações, algumas das quais nada têm em comum umas com as outras, nem com o que se entende hoje em dia pelo significado da locução.³³ Pode denotar, por exemplo, *direitos em base éticas*³⁴, ou *direitos fundamentais de cunho supranacional*³⁵, ou ainda significado próprio dos direitos fundamentais como ocorre com a Constituição da República da Guatemala (“Título II Derechos Humanos”). O termo igualmente pode designar a *ratiofundamentalis* que preside todo Estado de Direito, seja qual for o domínio da atividade humana.³⁶

Uma das concepções mais conhecidas do termo direitos humanos é aquela que retira deles qualquer identidade com os direitos fundamentais.³⁷ Essa versão lhes atribui um caráter essencialmente ético, que determina e fundamenta os direitos fundamentais, mas que com eles não se haveria de confundir ou amalgamar.³⁸

A guisa de comentários à margem do princípio, sempre entendemos injustificável a restrição e a qualificação, seja por meio formal (leis, constituição ou tratado), seja de hierarquização dos direitos humanos, dos valores sob sua égide. Por exemplo, ao se reconhecer mais direitos aos súditos de países desenvolvidos se contrastados com os países subdesenvolvidos.³⁹ Essa orientação vem ganhando espaço a cada dia, geralmente assentada em um pretenso caráter mais civilizatório de um povo em detrimento de outro e revestida de uma plena difusão nos meios de comunicação, sob a premissa de que a verdade e razão são opiniões certas do titular hegemônico – geralmente econômico – do controle desses mesmos meios.⁴⁰

Acontece que o Século XIX – e quem milita na defesa dos direitos humanos sabe bem disso – até o primeiro quartel do Século XX, foram anos de comprovação do caráter quase retórico ou meramente simbólico de liberdade que as constituições consagravam e que no Século XXI a sua extensão não tem possibilitado uma paridade de tratamento entre os diversos povos e nações.⁴¹

Os direitos humanos não são puramente ideais ou de uma pura realidade social.⁴² Devem ser compreendidos e, portanto, a extensão do seu espectro serve de determinação ética a que se sujeite o legislador e mesmo o constituinte para forjarem com as essências que serão revestidas de normatividade.⁴³ A ética personalista sujeita todo o arcabouço jurídico, de maneira que será de direito positivo toda manifestação de direitos humanos acolhidos e determinados pela ética sob a forma de direitos fundamentais.⁴⁴

Em um contexto universalizante como o dos direitos humanos haverá espaço para a manifestação do interesse legítimo? Sim, se entendermos nós que está associado a um regramento que o tutele e, portanto, não de forma principal. É o caso do deslocamento de competência para processos de crimes contra direitos humanos: a provocação

³³“Os direitos humanos estão acima dos direitos do Estado”- irônica e terrivelmente estas palavras foram escritas pelo jovem Adolf Hitler preso desde abril do ano de 1924 ano no qual escreveu tal frase quando completava o terceiro capítulo de *Mein Kampf - in História Social dos Direitos Humanos*, por José Damião de Lima Trindade, São Paulo: Fundação Peirópolis, 2002. p. 13.

³⁴Nino, Carlos Santiago *Ética y derechos humanos*, 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

³⁵Coparato, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 2001, Almir de Oliveira *Curso de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

³⁶Camargo, Antonio Luis Chaves, *Culpabilidade e reprovação penal*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1994. Para um exame dos direitos humanos e as relações jurídicas privadas cf. Gustavo Tepedino *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 55.

³⁷Para um exame do assunto cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 2000.

³⁸Pelo que direitos humanos fundamentais seria termo que vincularia dimensões incomunicáveis, de duas ordens: a ética (os direitos humanos) e a jurídica (direitos fundamentais). Visto desse ângulo, os direitos fundamentais seriam a *forma jurídica* dos direitos humanos.

³⁹Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais*, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁴⁰Cai bem o exemplo de Noam Chomski no livro 11 de setembro sobre a destruição acidental pelos Estados Unidos da América da única fábrica de antibiótico da África sub-sahariana localizada no Sudão, por um único míssil disparado de um navio distante e que potencialmente se revelou um dos mais importantes e ignorados atentados contra a Humanidade. Cf. Noam Chomsky, *11 de setembro*, trad. Luiz Antonio Aguiar, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

⁴¹Para uma perspectiva processual internacional dos direitos humanos cf. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo *La protección procesal internacional de los derechos humanos* Madri: Civitas, 1975. Uma perspectiva nacional pode ser encontrada nos trabalhos de Celso Fernandes Campilongo e José Rinaldo de Lima Lopes in *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*, organizado por José Eduardo Faria, São Paulo: Malheiros, 1998. Uma história social dos direitos humanos poder ser encontrada na obra de José Damião de Lima Trindade, já citada. Uma visão penal na América Latina cf. *Sistemas Penales y Derechos humanos em América Latina*, sob coordenação de Eugenio R. Zaffaroni, Buenos Aires: Depalma, 1986. Cf. ainda Alberto Nogueira *Jurisdição das liberdades públicas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 208. Uma perspectiva sociológico-jurídica pode ser identificada in *Teoria Jurídica de los derechos humanos*, Madri: Instituto de Estudos Políticos, 1972. Um exame filosófico da efetividade dos direitos humanos cf. Guy Haarscher *A Filosofia dos Direitos do Homem*, trad. de Armando Pereira da Silva, Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

⁴²Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos e Estado de Derecho y Constitución*, 8. ed. Madri: Tecnos, 1984.

⁴³idem.

⁴⁴Para Eduardo Garcia Maynes, o direito está fundado em base éticas, em manifesta adesão ao *Personalísimo Ético*. Cf. *Ética*, de Garcia Maynes, 24. ed., México: Porrúa, 1982. p. 19. No mesmo sentido Eduardo Garcia Maynes *Introducción al Estudio de Derecho*, México: Porrúa, 1963. p. 271.

de um interessado ao Procurador Geral da República não seria classificável como interesse legítimo? O acesso geral e individualizado por um requerente qualquer, relativo aos documentos históricos dos “desaparecidos” (ou melhor: vítimas da Ditadura militar), que continuam sob restrição absoluta, também não seria outro caso?

§ 3º OS DIREITOS SUBJETIVOS PÚBLICOS

Concebidos por Georg Jellinek, no seu *Sistema de direitos subjetivos públicos (System der subjektiven öffentlichen Rechte)*,⁴⁵ os direitos subjetivos públicos são, desde a origem, a obra reveladora, a causa da reestruturação da noção de direito subjetivo, que passa a conhecer a idéia da *proteção do interesse* (e não mais a de interesse protegido),⁴⁶ e é entendido como o meio pelo qual o ordenamento jurídico tutela um interesse individual pelo reconhecimento ao titular de um poder de vontade vinculado às relações nas quais prevaleça o Direito Público.⁴⁷ Ou seja: é a forma de proteção dos interesses, pelos ordenamentos jurídicos, nas hipóteses de confronto com o Estado.⁴⁸ Distinguem-se dos direitos subjetivos privados pela natureza e pelos destinatários: os direitos subjetivos privados têm natureza privada e destinam-se a outro particular; os direitos subjetivos públicos têm natureza pública e se destinam contra o Estado.⁴⁹ A natureza pública ou privada evoca todo o correspondente regime público ou privado com a sua principiologia e normatividade particular, como, por exemplo, a prevalência do princípio da legalidade no Direito Público, e a prevalência do princípio da autonomia privada para o Direito Privado.⁵⁰

Um distintivo característico que na literatura se constata e se extrai é que a Teoria dos direitos subjetivos públicos é que é a base dos *direitos de liberdade*, na exata configuração de Jellinek, amplamente traduzidos nos variados dispositivos em questão e que na prática resultam, e não raramente se confundem hoje, com os modernos direitos fundamentais. Constituem eles os pressupostos lógicos e hipotéticos de todos os direitos deferidos aos cidadãos e a base para os modernos estudos dos direitos fundamentais.⁵¹

Os direitos subjetivos públicos constituem os antecedentes mais sólidos e o pressuposto mais original na formação dos interesses legítimos.⁵² Foi na ausência dos direitos subjetivos públicos, e só por isso, que se outorgou a outrem a figura correlata do interesse legítimo. Ou seja: é porque não lhe fora possível outorgar ao particular direito subjetivo público outrora, pois de “jurisdição administrativa” se tratava, e não “jurisdição ordinária”, que foi reconhecida a inexistência de interesses legítimos.⁵³ Interesse porque protegido não diretamente pela norma jurídica, mas indiretamente junto com o interesse geral e *legítimo* porque a sua violação coincide com uma violação de lei.⁵⁴ Essa assertiva tornou os direitos subjetivos públicos o pressuposto não só jurídico como o *lógico* e o *ontológico* da configuração do interesses legítimos.⁵⁵ Lógico porque é *conditio sine qua non* de sua validade sentencial. É ontológico porque a essência do instituto depende do conceito negativo ou não-possível de direito subjetivo.

§ 4º A TUTELA JURÍDICA DA PERSONALIDADE

Para se entender exatamente a noção de personalidade humana no ordenamento jurídico não é necessário perder de vista que, no conjunto, ela é de única espécie. É uma formação ativa que, mesmo com existência própria, se

⁴⁵ *System des subjektiven öffentlichen Rechte*, Aalen: Scientia Verlag, 1964.

⁴⁶ E não mais a do interesse protegido consoante a doutrina de Ihering. *op. cit.*

⁴⁷ Para uma análise introdutória da distinção entre direitos subjetivos públicos e privados, cf. Valentino de Nardo. *Sui FondamentidelDiritto*. Pádua: Cedam, 1996. p. 385. No mesmo sentido Casetta, *DirittiPubliciSoggettivi*, in *EnciclopediaGiuridica*, XII, p. 791. Majorana, *La nozione del dirittopubblicooggettivo*, Roma: Athaeneum, 1904. Pierandrei, *I dirittisubiettivipublicinell'evoluzione dela dottrinagermanica*, Turim: Utet, 1940. Nicola Coviello *Manuale diDirittoCivile Italiano Parte Generale*, 2. ed. Milão: SocietàEditrice Libreria, 1915. p. 24. Cf. na literatura nacional Ruy Cirne Lima *Princípios Direito Administrativo*, Porto Alegre: Sulina: 1964. p. 55. José Crearella Júnior *Manual de Direito Administrativo*, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 188.

⁴⁸ Santi Romano *La Teoria dei dirittipublicisubiettiviinTrattatodiDirittoAmministrativodell Orlando* v. 1. p. 123.

⁴⁹ Para um exame inicial do confronto entre interesses públicos e privados, cf. Pietro Perlingieri. *Profilointituzionale delDirittoCivile*. Nápoles: ESI, 1979. p. 55. No mesmo sentido *IstituzionidiDirittoCivile*, Nápoles: Esi, 2001. p. 23.

⁵⁰ Sobre interesses dos particulares e direitos subjetivos públicos, cf. *InteressiPrivati e DirittiSoggettiviPublici*, de Francesco Lucarelli e Maria AntoniaCiocia. Pádua: Edeam, 1997, passim.

⁵¹ Nesse sentido: Arcadiacono, L. Carullo, A Rizza, G. *IstituzionidiDirittoPubblico*, Bolonha: Monduzzi, 1933. p. 222. Vignocchi, Gustavo, Ghetti, Giulio, *Corso diDirittoPubblico*, 5. ed. Milão: Giuffrè, 1994. p. 611. Martinez, Temistocle, *DirittoCostituzionale*, 10. ed. Milão Giuffrè, 2000. p. 585. Irelli, VincenzoCerulli, *Corso diDirittoAmministrativo*, Turim: Giappichelli, 1997. p. 18.

⁵² Andrea Torrente e Piero Schlesinger, *Manuale diDirittoPrivato*, 12. ed. Milão: Giuffrè, 1985. p. 27. VincenzoRoppo *IstituzionidiDirittoPrivato*, 4. ed. Bolonha: Monduzzi, 1998. p. 60.

⁵³ Scoca, Franco Gaetano Contributo sulla figura dell interesse legítimo Milão: Giuffrè, 1990.

⁵⁴ Simoncelli, Vincenzo. *IstituzionidiDirittoPrivato Italiano*, 3. ed., Roma: Athenaeum, 1921. p. 44.

⁵⁵ Para uma visão ontológica geral cf., Léna Soler *Introduction à l'épistémologie*, Paris: Ellipses, 2000. p. 182.

realiza ela mesma, de fora de toda intervenção voluntária e vista sob um ponto comum. É uma *unidade autônoma das variadas espécies que a constitui*.⁵⁶

Uma tendência *teórica* que se manifesta com foros de sistematização é a que se apóia na idéia de direito para tutelar a personalidade. Uma segunda tendência, mais formal do que própria, é a de concentrar toda a proteção da personalidade na figura dos *direitos da personalidade*.⁵⁷ Convém mencionar que não é unânime tal consideração, porque não se poderia compreender que a mais importante forma de proteção - se hierarquizados os interesses protegidos de forma rígida e estruturada - pudesse ficar submetida aos grilhões da forma do *direito*. Se o espectro da *tutela* é muito mais amplo, ao ponto de proteger o titular de si mesmo, (pelo que não haveria de falar de direito *contra si próprio*) deve o termo *tutela* ser preferido àquele outro, *direito*, conquanto não seja essa a orientação dominante na literatura e tampouco na lei.⁵⁸ Caressem, portanto, os interesses aqui postos, de uma noção mais ampla: a própria noção de *tutela* da personalidade (e não apenas direito).⁵⁹

É dos estreitos limites do Direito Civil que se faz a proteção dos interesses psicofísicos de um particular em relação a outro, uma vez que é próprio dos *direitos fundamentais* a mesma esfera de proteção de interesses contra o Estado. São de natureza *pública* e dirigidos ao *Estado* esses chamados direitos fundamentais. Diferentemente são os “direitos da personalidade,” que são de natureza *privada* e se dirigem a outro *particular*. Podem eles ter a mesma esfera de proteção, ou seja, mesmo interesse por ser simultaneamente protegido pelos direitos fundamentais (se *oponível contra o Estado*) e pelos direitos da personalidade (se *dirigidos ao particular*), mas proteção privada contra outro particular não será tarefa dos direitos fundamentais e a proteção pública contra o Estado não será tarefa dos “direitos da personalidade.”⁶⁰

Como então devemos compreender a tutela da personalidade? Como um todo único ou um complexo a que uma perspectiva comum não se faz possível? Segundo o ponto do qual se analise, será ela única ou múltipla, na forma como se impõe a sua própria proteção. Estas questões não impedem que se analise a tutela da personalidade e se indague da existência do interesse legítimo nesse sistema de proteção. Não seria exemplo, o interesse do co-autor, em manter a integridade do nome completo do outro autor de obra na qual os direitos patrimoniais sejam titularizados por pessoa diversa, embora preservados os direitos morais? A utilização indevida de imagem da vida privada de alguém falecido não poderia ser impedida pelo filho incomodado pelos efeitos danosos em sua descendência?

⁵⁶ Para uma visão ampla na perspectiva civil-constitucional no país cf. Gustavo Tepedino *Temas de Direito Civil. A dignidade da pessoa humana e a sua tutela*, cf. Antônio Junqueira de Azevedo. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3. Também Adriano de Cupis *I diritti della personalità*, Milão: Giuffrè, 1950. Rabindranath Capelo de Souza *O Direito geral da personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999. Cf. ainda Luiz Edson Fachin *Teoria Crítica do Direito Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107. LLuis Puig Ferriole *alii, Manual de Derecho Civil*, v.1, Madri: Marcial Pons, 1997. p. 332. Pietro Perlingieri *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino: Jovene, 1972.

⁵⁷ Cf. Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁵⁸ Cf. Yves Le Roy, Marie-Bernadette Schonenberger *Introduction Générale au Droit Suisse*, Friburgo: Bruylant, L.G.D.G. Schulthess. p. 13.

⁵⁹ Nesse sentido Gustavo Tepedino *A tutela da personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional brasileiro* in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 23-54. Igualmente Pietro Perlingieri, que em obra clássica se vale da noção de *tutela* e não de direito da personalidade in *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino: Jovene, 1972. *Passim*. No mesmo sentido Karl Larenz *Derecho Civil, Parte Geral*, tad. de Miguel Izquierdo e Mecias-Picavevea, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1989. Antonio Junqueira de Azevedo, *op. cit.*

⁶⁰ Jorge Miranda *Manual de Direito Constitucional*, v. 1, Coimbra: Coimbra ed., 2000