



# DIREITO SUBJETIVO COMO ARTEFATO HISTÓRICO- EVOLUTIVO: ELEMENTOS PARA UMA COMPREENSÃO DE SUA ESPECIFICIDADE MODERNA

---

*Paulo Sávio Peixoto Maia<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

Este artigo busca compreender a conexão existente entre o conceito de direito subjetivo e a modernidade. Para tanto, analisar-se-á inicialmente a estrutura da sociedade pré-moderna, tentando situar nesse contexto a antiga semântica de direito subjetivo. Em seguida, observaremos a construção, por Immanuel Kant, do conceito de ação e seu elo com a idéia de um sujeito autônomo. Após, veremos como o sujeito kantiano foi recepcionado pela Pandectística alemã do séc. XIX. Com isso, teremos elementos suficientes para uma comparação entre as semânticas pré-moderna e moderna de direito subjetivo, o que nos permitirá sustentar – se obtivermos êxito – a conexão existente entre o conceito de “direito subjetivo” e a modernidade.

## **Palavras-chave**

Direito subjetivo. Kant. Modernidade.

## **ABSTRACT**

This essay seeks to comprehend the connection between the subjective right's concept and the modernity. For, we will analyze, in a first step, the pre-modern society's structure to try to contextualize the old subjective right's semantic. In a second moment, we will observe the construction of the concept of action – by Immanuel Kant – and its link with the idea of an autonomous subject. Further, we will see how the kantian subject was received by the German Pandectistic of 19<sup>th</sup> Century. Therefore, we will have some elements to do one comparison between the pre-modern and modern subjective right's semantic. We hope that this procedure will support us to demonstrate the connection that exists between modernity and the subjective right's concept.

## **Key-words**

Subjective right. Kant. Modernity.

---

<sup>1</sup> Bacharel e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Pesquisador Associado ao Grupo “Sociedade, Tempo e Direito” (UnB/CNPq).

## 1. INTRODUÇÃO

Tão logo se inicia – na virada do século XVIII para o século XIX – o processo histórico que estabelece os traços característicos da modernidade, podemos observar autores que se valiam de “diferenças” para compreender a especificidade de um modo de organização social enfaticamente inédito em termos históricos. Usualmente, as observações da nova arquitetura política e constitucional se orientavam a partir da diferença entre “antigos” e “modernos”. Nesse diapasão, o iluminista escocês Adam Ferguson, em 1767, inaugura esse novo estilo afirmando que “para os gregos antigos – ou romanos – o indivíduo era nada, e o público era tudo. Para o moderno, em várias nações da Europa, o indivíduo é tudo e o público nada”<sup>2</sup>.

Dessa forma, a sociedade moderna, em seu início, é compreendida como uma sociedade de indivíduos, de sujeitos que protagonizam a ordem social. Até por isso, o conceito de *direito subjetivo* passa a ocupar um papel de destaque na teoria do direito. A partir de então, se entende que “os direitos, antes concedidos pela bondade do soberano, passam a pertencer à essência do indivíduo”<sup>3</sup>. Tudo isso em notória consonância com os ideais das Revoluções Americana e Francesa, como demonstram as suas declarações de direitos. Como demonstrou Horst Dippel – a partir de um exame de um vasto número de Constituições do século XIX – a exigência de um reconhecimento aos direitos subjetivos passa a ser incorporada pelos constitucionalistas como um elemento irrenunciável de um Estado de Direito, um Estado que submete o exercício de seu poder às prescrições do constitucionalismo moderno<sup>4</sup>.

Isso parece apontar para um nexos interno entre “modernidade” e o “conceito de direito subjetivo”. Com efeito, tal afirmação é deveras contra-intuitiva: quando procuram explicar a “origem histórica” do direito subjetivo, os manuais de direito civil, por exemplo, não hesitam em ir até o direito romano. Contudo, a história do “direito subjetivo”, de um direito que é próprio aos cidadãos de um Estado de Direito, parece ser menos longa – ainda que a pré-modernidade tenha fornecido importantes antecipações conceituais. Com o auxílio metodológico da teoria da sociedade de Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, este trabalho procura situar a mudança conceitual de “direito subjetivo” e a inovação política que ele expressa e constitui, tematizando a conexão entre *estrutura da sociedade e semântica*, isto é, a forma como uma sociedade se organiza e o patrimônio conceitual que a descreve<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> FERGUSON, Adam. *An Essay on the History of Civil Society* (1767). Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 57: “To the Ancient Greek, or the Roman, the individual was nothing, and the public was every thing. To the modern, in too many nations of Europe, the individual is every thing and the public nothing.”

<sup>3</sup> ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 90.

<sup>4</sup> DIPPEL, Horst. Modern constitutionalism: an introduction to a history in need of writing. In: *The Legal History Review*. Vol 73, nº 1. Leiden: Brill Academic Publishers, Fevereiro de 2005, p. 154-156. No mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 1995, p. 46.

<sup>5</sup> Fundamental para o assunto: LUHMANN, Niklas. *Struttura della società e semantica*. Roma, Bari: Laterza, 1983.

Assim, de início, teceremos algumas palavras acerca da estrutura da sociedade pré-moderna, tentando situar nesse contexto a antiga semântica de direito subjetivo. Em seguida, observaremos a construção, por Immanuel Kant, do conceito de ação e seu elo com a idéia de um sujeito autônomo. Após, veremos como o sujeito kantiano foi recepcionado pela Pandectística alemã do séc. XIX. Com isso, teremos elementos suficientes para uma comparação entre as semânticas pré-moderna e moderna de direito subjetivo, o que nos permitirá sustentar – se obtivermos êxito – a conexão existente entre o conceito de “direito subjetivo” e a modernidade.

## 2. A ESTRUTURA DA SOCIEDADE PRÉ-MODERNA E SUA SEMÂNTICA DE “DIREITO SUBJETIVO”

A *teoria da diferenciação da sociedade*<sup>6</sup> nos serve de marco teórico nessa tarefa de verificar o papel evolutivo do artefato “direito subjetivo”. Analisar a sociedade por uma perspectiva *diferencial* significa verificar como os “diferentes tipos históricos de sociedade podem ser distinguidos”<sup>7</sup>. Para demarcar essa *diferença*, essa maneira peculiar que caracteriza uma sociedade, devemos observar de que modo é construída a sua unidade; notar qual critério orienta a sua diferenciação interna<sup>8</sup>.

Até os últimos anos do século XVIII – oportunidade em que é iniciado o processo histórico que deu início à modernidade – a sociedade européia se pautava em uma *diferenciação por estratos*, conceito que designa uma sociedade que “tem a sua estrutura fundamental na distinção de duas partes, isto é na distinção entre nobreza e povo comum”<sup>9</sup>. A estratificação se caracteriza por uma distribuição iníqua de riqueza, de poder, em suma: desigualdade nas chances de comunicação.<sup>10</sup> Há uma nítida separação entre superior e inferior, entre tarefas e funções que são próprias a cada estrato e que são prestigiosas para o estrato superior<sup>11</sup>, que consegue se diferenciar do restante da sociedade mediante um fechamento conseguido pela prática de endogamia<sup>12</sup>, em grandes linhas.

<sup>6</sup> Para uma introdução ao projeto epistemológico de Niklas Luhmann e a suas teses acerca da diferenciação da sociedade, Cf. ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 184-197.

<sup>7</sup> LUHMANN, Niklas. A sociedade mundial como sistema social *Lua Nova*, nº 47, p. 188. Note que em Luhmann não há uma grande narrativa, não existe uma sucessão de estágios, de épocas históricas que leva a sociedade a um futuro previsível. As formas de diferenciação não se excluem mutuamente; o decisivo será o primado exercido por uma diferenciação ou outra.

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: lineamientos para una teoría general*. 2ª ed. Barcelona, México, Santafé de Bogotá: Anthropos, Universidad Iberoamericana, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 182- 186, principalmente.

<sup>9</sup> LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. 6ª ed. Milano: Franco Angeli, 1994, p. 256.

<sup>10</sup> LUHMANN, Niklas. The Differentiation of society. In: *The Differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982, p. 234.

<sup>11</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 204 e 205.

<sup>12</sup> LUHMANN, N. DE GIORGI, R. op. cit. (1994), p. 282.

Todas as possibilidades do indivíduo dependiam do seu estrato de origem, pois “a estratificação regula a inclusão dos homens na sociedade pelo fato que ela, referida aos sistemas parciais, fixa inclusões e exclusões”<sup>13</sup>. Assim, cada ser humano era considerado pertencente ao estrato de onde se originava, independentemente de seus atributos individuais, o que tornava a inclusão parcial, pois condicionada por critérios *ad hominem*. E daí, os estratos eram sistemas parciais.

Por tudo isso, no interior de uma *diferenciação por estratos* era incabível a idéia de um direito subjetivo, de um direito concebido como algo pertencente a um indivíduo. Até porque a essa época o direito era compreendido, consoante afirmou Menelick de Carvalho Netto, como “um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados e que essencialmente não se discerniam”<sup>14</sup>. Como havia um conjunto de normas próprias a cada estamento, e que aparecia como um feixe de direitos e deveres inerentes a cada um destes sistemas parciais, o direito era aplicado “casuisticamente como normas concretas e individuais, e não como um único ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos”<sup>15</sup>. A sociedade, assim, era um todo que antecedia as partes, sendo que as partes só tinham sentido quando incluídas no todo<sup>16</sup>.

A tese de Luhmann é de que a forma de vigência que o direito manifesta guarda relação com a estrutura da sociedade na qual ele se insere. Assim, o direito em uma sociedade estratificada tem como característica a sua construção também estratificada, que limita o âmbito de variação do direito: existe uma parte do direito que é imutável, o *núcleo imanente*. Tal núcleo pode ser representado pelas semânticas que descrevem o direito pelas formas mais variadas: *physis/nomos*, *lex naturalis/lex positiva*, entre outras. Nessas distinções, a parte “secular”, “positiva”, é limitada por uma consonância hierárquica a uma *noção normativa de natureza*. O direito que se desvia disso é considerado um atentado à ordem natural<sup>17</sup>. E como a sociedade teve que esperar até a modernidade (a partir do século XVIII) para conhecer a diferenciação plena entre moral, direito, política e religião, o material normativo pré-moderno tem sua vigência condicionada àquilo que é justo, moralmente correto e conforme à *recta rationis*, à *aequitas naturalis*, em suma: a essa idéia normativa de natureza<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> LUHMANN, N. DE GIORGI, R. op. cit. (1994), p. 283.

<sup>14</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: UnB, 2º semestre de 1998, p. 237.

<sup>15</sup> CARVALHO NETTO, M. op. cit. p. 238.

<sup>16</sup> O argumento se inicia com Aristóteles, mas vai ser utilizado até o surgimento das constituições, na virada do século XVIII para o XIX (não por acaso, o surgimento da diferenciação funcional). Cf. STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth Century. In: BALL, Terence. POCOCK, John (orgs.). *Conceptual change and the Constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1988, pp. 35-54. Para um exemplo da utilização desse topos em Aristóteles, Cf. ARISTÓTELES. *Política*. 3ª ed. Brasília: UnB, 1997, 1254a, por exemplo.

<sup>17</sup> LUHMANN, N. op. cit. (1983) p. 221 e ss.

<sup>18</sup> Um exemplo é as Institutas de Justiniano: “a jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, do justo e do injusto” (I, § 1º); a divisão entre direito natural, das gentes e civil também era uma característica (Título II). JUSTINIANUS. *Institutas do Imperador Justiniano*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 21-23.

Na Idade Média, o conceito de direito de Tomás de Aquino (1224-1274) exemplifica de modo perfeito esse modelo de construção hierárquica do direito: quando o *Doctor Angelicus* classifica as modalidades de lei, podemos observar, na Suma Teológica, o escalonamento entre lei eterna, lei divina, lei natural e lei humana<sup>19</sup>. O que é fundamental para nossos fins é ver que a lei humana, que rege a esfera do mundano, se submete ao plano do divino, o que se mostra em plena sintonia com a tese tomista de subordinação da filosofia à teologia, por terem um mesmo Deus como *ultima ratio*<sup>20</sup>.

Existe uma crença de que o antropocentrismo do Renascimento rompeu com esse estado de coisas, e no lugar da ordem objetiva da natureza, surgiu o sujeito que a partir do *cogito* pode duvidar de tudo, e, assim, adquire realidade autônoma, pois recusa sua passividade ante a natureza<sup>21</sup>. Na teoria do direito isso costuma ser descrito como a passagem do direito natural teológico para o direito natural racionalista<sup>22</sup>. Todavia, uma análise – ainda que rápida e sem pretensão de exaustividade – de alguns autores da época nos possibilitará ver a continuidade das descrições do direito de maneira hierarquizada, o que é reflexo de uma sociedade dividida em *ordines*, e que excluem a noção de indivíduo, por consequência.

Começaremos com a difundida tese de John Finnis, que afirma que quando Francisco de Suárez (1548-1617) usa o termo *ius*, – no *De legibus ac de legislatore* (1612) – esse direito que se coloca à disposição do indivíduo não se porta como um reflexo da ordem do todo, mas como faculdade individual<sup>23</sup>. E assim, na escolástica tardia espanhola, já teria ocorrido um suposto rompimento metodológico com o “objetivismo medieval”. Não foi bem assim, contudo.

Quando Suárez afirma, no *De legibus* (I, 2, 5), que “pode chamar-se de *ius* o poder moral que cada um tem sobre o seu e sobre o que se lhe deve”, é para depois (I, 2, 6) definir o *ius* como *lex*<sup>24</sup>. Era um procedimento característico da escolástica espanhola colocar a natureza das coisas como algo anterior à vontade divina. Mas não se pode ver ainda aí um movimento secularizante consciente: era apenas um expediente dogmático para refutar o voluntarismo

<sup>19</sup> S. Th. I-II, q. 91. Edição utilizada: TOMÁS DE AQUINO. *Suma de Teología* (5 vol.). 2ª ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994.

<sup>20</sup> GILSON, Etienne. *A filosofia na Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 655-656.

<sup>21</sup> Esse tipo de abordagem tem como fundamento uma contraposição acirrada entre Idade Média e Renascimento que é cada vez mais desautorizada pela historiografia contemporânea. Cf. FRANCO JR. Hilário. *A Idade Média: nascimento do Ocidente*. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 17-24, em que é questionada a concepção de que a Idade Média foi um tempo obscuro, uma escuridão encarnada como *tempus medium*, que só o Iluminismo poderia aclarar. Na verdade as invenções usualmente apontadas como modernas possuem pressupostos medievais (p. 14). De modo que as novidades do século XV são mais bem compreendidas quando vistas não como feitos precursores de novos tempos, mas como o aperfeiçoamento de algo mais antigo, segundo: HUIZINGA, Johan. *O declínio da Idade Média*. 2ª ed. Lisboa: Ulisseia, 1985, p. 7. Devo essas observações às aulas de História do Direito do Prof. Cristiano Paixão.

<sup>22</sup> FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del diritto II: l'età moderna*. Bolonha: Il Mulino, 1968, p. 109.

<sup>23</sup> FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford e New York: Clarendon Press, 1980, p. 206-208.

<sup>24</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 187.

teológico dos nominalistas<sup>25</sup>. Dessa forma, o objetivismo axiológico continua, e o “direito subjetivo”, a *facultas agendi* do indivíduo, é na verdade um reflexo de uma ordem natural objetiva, a *lex*, anterior ao indivíduo, como é comum na pré-modernidade. Logo, o subjetivo ainda é objetivo.

No *De jure belli ac pacis* (1645), Hugo Grotius (1583-1645), por sua vez, afirma que o “direito não significa aqui outra coisa senão aquilo que é justo: negando, mais pelo significado do que pela palavra, que seja direito aquilo que é injusto”<sup>26</sup> (I, I, III, 1). Como concede Grotius, existe uma outra dimensão desse conceito de direito, uma noção de direito subjetivo: “é diferente desta significação de direito a outra – porém derivada desta – *que se refere à pessoa*: direito é a qualidade moral correspondente à pessoa, para possuir ou fazer algo de forma justa”<sup>27</sup> (enfatizamos).

O condicionamento do exercício do direito subjetivo à ordem normativa que deriva da natureza ainda se revela presente: o direito como “qualidade moral” (*qualitas moralis personae competens*) depende de seu exercício justo. É de se questionar, então, a afirmação de Guido Fassò, de que após Grotius o direito se coloca totalmente na esfera de disponibilidade do sujeito<sup>28</sup>.

Em Samuel Pufendorf (1632-1694) o direito subjetivo<sup>29</sup> se mantém na sua trilha pré-moderna. Para ele, a despeito da imprecisão conceitual da palavra “direito subjetivo” (*ius*), ela é utilizada de maneira mais adequada como “a qualidade moral pela qual nós tanto comandamos pessoas ou possuímos coisas corretamente, como pela qual coisas são devidas a nós”<sup>30</sup> (enfatizamos). Como Pufendorf mesmo acredita, “o termo ‘direito subjetivo’ todavia, deixa uma indicação adequada e clara que a *qualidade* foi *corretamente* adquirida e que é agora *corretamente* possuída”<sup>31</sup>. Deparamo-nos, mais uma vez, com a submissão da legitimidade do exercício do direito subjetivo à correção com a natureza, com a moral: tal como a relação entre crime e pecado nos escritos de direito penal de Pufendorf<sup>32</sup>.

<sup>25</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 297 e 298, nota de rodapé 72.

<sup>26</sup> GRÓCIO, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz I*. Trad. do Latim por Jaime Ripoll. Madri: Reus, 1925, p. 46.

<sup>27</sup> GRÓCIO, H. op. cit. p. 47, (I,IV).

<sup>28</sup> FASSÒ, G.. op. cit. p. 110.

<sup>29</sup> *Right* na tradução inglesa é um termo que no âmbito lingüístico inglês significa direito subjetivo, em contraposição a *Law*, que denota direito em sentido objetivo. É realmente a tradução mais adequada para *ius*.

<sup>30</sup> PUFENDORF, Samuel. *Elements of universal Jurisprudence in two books*. In: CARR, Craig (org.). *The Political writings of Samuel Pufendorf*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 46 (I, def. 8, 1)

<sup>31</sup> Id., *Ibid.*, p. 46 (I, def. 8, 2)

<sup>32</sup> Como eruditamente expõe Vanda Fiorillo, a submissão da categoria “crime” ao critério “pecado” é um traço forte da escolástica, que exemplifica a pretensão de subordinação da filosofia à teologia (p. 3). Na obra de Pufendorf é possível vislumbrar um elemento de união entre esses dois conceitos, uma vez que “ambos os comportamentos se qualificam por sua incongruência em relação à norma” (p. 9). A noção de *imputatio* em Pufendorf tem um amplo potencial secularizante, ainda mais quando há a diferença entre uma imputação na esfera do sagrado, a *imputatio ex gratia* (=

No coerente sistema de pensamento de Gottfried W. Leibniz (1646-1716) vemos que o “seu conceito básico é o de *qualitas moralis*, onde entram o ‘direito’ (em sentido subjetivo) e a ‘obrigação’”<sup>33</sup>. Assim, a tradição semântica expressa em Grotius e Pufendorf é ainda seguida, não obstante a significativa revolução copernicana iniciada por Leibniz ao considerar o direito como um conjunto de proposições que ligam um sujeito a um predicado, tal como uma proposição matemática<sup>34</sup>. A *idée fixe* de dar certeza à aplicação normativa, que acompanha toda a obra de Leibniz, leva à concepção de que o direito “não depende dos fatos, mas unicamente da razão”<sup>35</sup>. Aqui, um sujeito autônomo ainda não é a unidade de análise, pois a busca pela generalidade e abstratividade faz entender a justiça como aquilo que é independente do particular, e, assim, reflexo de uma verdade axiomática em analogia aos números, conforme descrito nos *Elementa juris naturalis* (1670)<sup>36</sup>. O ponto de partida ainda se situa fora do indivíduo, muito embora a natureza, aqui, esteja travestida sob a alcunha de “razão”.

Já Christian Thomasius (1655-1728) vai se esforçar para construir uma separação radical entre o direito e a ética, condenando esta última a se colocar exclusivamente no foro íntimo do indivíduo. Dessa maneira o postulado central do jusnaturalismo, a noção normativa de natureza existente de forma objetiva, estaria condenado a ser uma realidade psicológica, mas não uma realidade exterior<sup>37</sup>. É fácil identificar o elemento de teologia política luterana existente aí. Por outro lado, entretanto, o luteranismo de Thomasius vai obrigá-lo a entender o direito subjetivo como uma concessão do soberano. É desta forma que aparece, nos *Fundamenta juris naturae et gentium* (1705), a velha concepção de que o direito subjetivo é *qualitas moralis personae competens*, mas essa *qualitas* só existe *ex concessione superioris*<sup>38</sup>. Assim, por maior que tenha sido o esforço para separar direito e moral, o direito aparece ainda como “dever moral obrigatório”<sup>39</sup>: um flagrante paradoxo.

Tal noção hierarquizada da normatividade pode ser vista também em autores brasileiros. Tomás Antônio Gonzaga (1744-1810), bacharel por Coimbra, concebe a lei como “uma regra dos atos morais prescrita pelo superior aos súditos para os obrigar

---

pecado) e a *imputatio ex delicto* (=crime). Todavia, falar de uma secularização plena aqui é difícil, haja vista que Pufendorf cita (p. 17), como embasamento, uma passagem da Epístola de Paulo aos Romanos (5, 12-21). Cf. FIORILLO, Vanda. “Delitto e peccato nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf”. In: *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*. IV Serie, Vol. LXII. Milano: Giuffrè, janeiro-março de 1995, pp. 3-24.

<sup>33</sup> BREONE, Mario. La investigación del ‘tiempo clásico’. In: *Derecho y tiempo en la tradición europea*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 101.

<sup>34</sup> TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2003, p. 133.

<sup>35</sup> BREONE, M. op. cit. p. 101.

<sup>36</sup> BREONE, M. op. cit. p. 102, em que há um trecho transcrito.

<sup>37</sup> WIEACKER, F. op. cit. p. 358-359.

<sup>38</sup> DE GIORGI, Raffaele. Semântica da idéia de direito subjetivo. In: *Direito, democracia e risco – vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 104.

<sup>39</sup> WIEACKER, F. op. cit. p. 359.



a comporem conforme ela as suas ações”<sup>40</sup>. Enxergamos nessa passagem, mais uma vez, a preocupação, muito cara aos autores pré-modernos, de confeccionar uma precedência hierárquica entre o direito positivo e o direito natural/divino. O que fica mais claro ainda aqui: “a lei deve ser honesta. Deus deu o poder aos homens para que estes estabeleçam coisas que não sejam lícitas e honestas?”<sup>41</sup>

Destarte, as descrições do sistema do direito nos séculos XVI e XVII ainda não mostram a possibilidade de um sujeito “autonomamente” se valer de seus interesses, independentemente da natureza. Para isso, o Ocidente teve que esperar até o final do século XVIII, quando surge a diferenciação funcional e o direito se torna auto-referente, com a dissolução das *ordines*. Para enxergar essa inovação política, debruçar-nos-emos sobre uma mudança conceitual<sup>42</sup>. A seguir, utilizaremos Kant como uma fonte histórica<sup>43</sup>, para captar o novo significado conceitual que “sujeito” passa a ter, o que será feito mediante sua relação com outro conceito<sup>44</sup>, o de *ação*<sup>45</sup>.

### 3. KANT E O SUJEITO TRANSCENDENTAL QUE ATRAVÉS DA AÇÃO CONSERVA A RAZÃO

O surgimento da idéia de um direito como atributo de um sujeito autônomo é conexo com o *princípio da conservação de si por meio da ação*<sup>46</sup>. Em Kant a ação é racional porque deriva de uma vontade livre do indivíduo, sempre pressuposto como um ser racional<sup>47</sup>. É fácil perceber o eco tautológico de tal afirmativa. Como Kant chegou até ela?

O primeiro passo nessa reconstrução é no sentido de demarcar, em Kant, a diferença entre as leis da liberdade e as leis da necessidade. As últimas regem os acontecimentos na seara da natureza, do mundo físico; já as leis da liberdade são as leis morais, entendidas como as que disciplinam o agir do homem<sup>48</sup>. Influenciado pela noção de causalidade da mecânica newtoniana<sup>49</sup>, Kant

<sup>40</sup> GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de direito natural* (1772). São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 183.

<sup>41</sup> GONZAGA, T. op. cit. p. 185.

<sup>42</sup> Para maiores esclarecimentos, Cf. FARR, James. Understanding conceptual change politically. In: BALL, Terence et alli. *Political innovation and conceptual change*. New York: Cambridge University Press, 1995, pp. 24-49.

<sup>43</sup> O procedimento de se tomar textos clássicos como fonte histórica, é referendado pela *Begriffsgeschichte*: Cf. KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. In: *Estudos Históricos*. Vol. 5, nº 10. Rio de Janeiro: FGV, 1992, p. 145.

<sup>44</sup> Conforme salienta James Farr, não se pode falar da história de um conceito sem se referir a outros conceitos, pois não são realidades “isoláveis”. Cf. FARR, J. op. cit. p. 38.

<sup>45</sup> DE GIORGI, Raffaele. L’azione come artefatto storico-evolutivo. In: *Sociologia del diritto*. XXIX, nº 3. Milano: Franco Angeli, 2002. Há excelente tradução para o português realizada por Renato Bigliuzzi, ainda inédita, da qual nos valeremos quando efetuarmos transcrições.

<sup>46</sup> DE GIORGI, R. op. cit. (1998), p. 102.

<sup>47</sup> DE GIORGI, R. op. cit. (2002), p. 63.

<sup>48</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 53.



deslocará a causalidade para o âmbito do sujeito<sup>50</sup> – e consegue. Só que, para Kant, a causalidade do sujeito racional é diversa da causalidade natural, pois se expressa sob o signo da *vontade* e tem a *liberdade* como principal propriedade.

Por ser livre, a vontade não admite condicionantes, o que a difere da causalidade dos seres irracionais, que possuem necessidades naturais oriundas de “causas estranhas” ao ser<sup>51</sup>. A liberdade da vontade é a *autonomia da vontade*, que consiste na faculdade de dar leis a si mesmo<sup>52</sup>. O fundamento da liberdade do sujeito, a autonomia, é seguir o imperativo categórico: ao obedecer-lhe, a ação do sujeito racional não está a seguir nenhuma necessidade instrumental, de meio-fim (um eventual imperativo hipotético)<sup>53</sup>. Como o imperativo categórico não contém nada além da necessidade da observação universalizante de uma lei do agir em relação à qual a máxima da ação deve ser conforme<sup>54</sup>, Kant pôde definir o imperativo categórico como sendo um único: “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”<sup>55</sup>.

Uma vez que a liberdade é a propriedade da causalidade dos seres racionais, Kant declara que “o conceito de causalidade traz consigo o de *leis*”, sem as quais não se poderia falar de uma causa e de um efeito<sup>56</sup>. Portanto, a liberdade também tem que seguir uma lei: a da autonomia da vontade, e, destarte, o imperativo categórico<sup>57</sup>; e assim – com a idéia de causalidade – voltamos ao início da reconstrução do argumento de Kant. Uma circularidade manifesta, que Kant rompe ao prescrever a liberdade como propriedade da vontade de todo ser racional<sup>58</sup> (embora isso não possa ser verificado empiricamente, pois é uma proposição *a priori*<sup>59</sup>). Segundo sua *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1786):

Tudo na natureza age segundo leis. Só um *ser racional* tem a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou:

<sup>49</sup> No que toca à influência da física de Newton no pensamento de Kant, há um trecho da *Doutrina do Direito (Rechtslehre)* que parece elucidativo, tão impressionante é a circulação de sentido. Ao sustentar a mútua ligação entre direito e obrigação, Kant lembra “a analogia da possibilidade livre dos movimentos livres (*sic*) dos corpos submetidos à lei da igualdade da ação e da reação”. Cf. KANT, Immanuel. *Doutrina do direito* (1797). 2ª ed. São Paulo: Ed. Ícone, 1993, p. 48 (a tradução, como se pode ver ainda que nesta breve transcrição, não é das melhores).

<sup>50</sup> DE GIORGI, R. op. cit. (2002) p. 65. Cf. a argumentação de Kant em favor da “possibilidade da causalidade mediante liberdade, em união com a lei universal da necessidade natural”, em: KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 341 e ss.

<sup>51</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 93.

<sup>52</sup> KANT, I. op. cit. (1995), p. 85.

<sup>53</sup> KANT, I. op. cit. (1995), p. 73 e 74.

<sup>54</sup> KANT, I. op. cit. (1995) p. 58 e 59.

<sup>55</sup> KANT, I. op. cit. (1995), p. 59.

<sup>56</sup> KANT, I. op. cit. (1995), p. 93.

<sup>57</sup> KANT, I. op. cit. (1995), p. 94.

<sup>58</sup> KANT, I. op. cit. (1995), p. 95.

<sup>59</sup> Essa estratégia para ocultar o paradoxo era formulada da seguinte forma, *litteris*: por “conhecimentos *a priori* entenderemos não os que ocorrem de modo independente desta ou daquela experiência, mas *absolutamente* independente de toda a experiência”. KANT, I. op. cit. (1996), p. 54 (grifos no original).

só ele tem uma *vontade*. Como para derivar as *ações* das leis é *necessária a razão*, a *vontade* não é outra coisa senão *razão prática*. Se a *razão determina infalivelmente a vontade, as ações de um tal ser (...)*, a *vontade* é a faculdade de escolher só aquilo que a *razão*, independentemente da *inclinação*, reconhece como praticamente necessário, quer dizer como bom.<sup>60</sup> (enfatizamos)

Pelo exposto acima notamos que: (i) só o ser racional pode agir segundo as leis, ou seja, só ele tem vontade; (ii) para o sujeito agir é necessária a razão; (iii) a razão determina a vontade, o agir do sujeito. A partir disso vemos que a construção de Kant é manifestamente tautológica, e portanto paradoxal<sup>61</sup>, e poderia ser exposta da seguinte forma: *somente o ser racional que age racionalmente tem vontade determinada pela razão*.

No plano ético, da ação, o sujeito atinge sua racionalidade quando auto-reflete a universalidade do imperativo categórico, ou seja, quando sua ação leva em conta os outros indivíduos, por pretender que sua ação seja uma lei universal<sup>62</sup>. É daí que emerge a noção, bem célebre, de *Reino dos Fins*, um imperativo categórico que ordena que todos os seres humanos jamais tratem uns aos outros como meios, uma vez que cada um é um fim em si mesmo<sup>63</sup>.

Temos, assim, a noção de que o sujeito racional é o verdadeiro centro da sociedade, e não as *ordines*: o indivíduo é um fim em si mesmo e se desprende da menoridade tutelada pela natureza<sup>64</sup>. Aqui localizamos uma mudança conceitual em *subjectum*: ele deixa de significar “aquele que está submetido a algo ou alguém”<sup>65</sup> para significar o protagonista da ordem social. Isso vai exigir uma mudança conceitual na categoria de direito subjetivo, que já se pode ver em Kant, e na Escola das Pandectas<sup>66</sup>.

<sup>60</sup> KANT, I. mmanuel I. op. cit. (1995), p. 47.

<sup>61</sup> Aclaremos os pressupostos desta declaração. Segundo Juliana Neuenschwander (p. 51), um paradoxo não é uma “simples contradição entre duas proposições, mas é antes de tudo uma implicação de dependência entre duas proposições que, reciprocamente, se negam. Por isso não aparece sob a forma ‘A = não A’, mas sim como ‘A porque não A’; nem sob a forma ‘A=A’, mas sim sob a forma ‘A porque A’. Isto é auto-referência, e a tautologia nada mais é que auto-referência pura”. Cf. MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia*. Dissertação de mestrado apresentada no CPGD da UFSC. Florianópolis: 1994 (manuscrito inédito).

<sup>62</sup> LIMA, Carlos Roberto Cirne. O dever-ser – Kant e Hegel. In: *Filosofia Política*. Nº 4. Porto Alegre: L & PM, 1987, p. 68.

<sup>63</sup> KANT, I. I. op. cit. (1995), p. 76.

<sup>64</sup> KANT, Immanuel. “Resposta à pergunta: o que é o Iluminismo?” (1794). In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 11.

<sup>65</sup> Koselleck fornece uma excelente documentação do uso pré-moderno de *subjectum*. Quando Pierre Bayle, em 1695, se referia ao “*bon sujet de la République*”, ele significava, com isso, o “bom súdito”, aquele que é leal ao soberano, a quem ele estava *sujeito*. Cf. KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Trad. Luciana Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ, Contraponto, 1999, p. 100.

<sup>66</sup> Assim, bem explicado, não sustentamos que as considerações de Kant – e sua apropriação pela Pandectística – sejam a “causa” para o surgimento da noção moderna de direito subjetivo. Longe disso. Kant e as Pandectas apenas nos servem como um referencial histórico.

#### 4. UM CONCEITO MODERNO DE DIREITO SUBJETIVO: KANT E A ESCOLA DAS PANDECTAS

As considerações tecidas acima a respeito do conceito kantiano de autonomia moral demonstram como o “sujeito racional” foi fundamentado. Mas elas se referem ao plano moral. O direito em Kant não é *autonomia*, mas *heteronomia*, que ocorre quando é imposta à vontade do sujeito autônomo outra lei que não a máxima universalizante da ação expressa no imperativo categórico<sup>67</sup>. O direito é a heteronomia por excelência, pois “é inseparável (...) da faculdade de obrigar ao que se opõe a seu livre exercício”<sup>68</sup>. E de acordo como a heteronomia aparece é que o direito será *público* (disciplina uma relação de *subordinação* entre entes de níveis diferentes, ou seja, Estado e indivíduo) ou privado (rege relações de *coordenação* entre sujeitos iguais)<sup>69</sup>.

A noção de direito em Kant diz respeito à regulação de relações *exteriores* entre pessoas, de modo que a vontade do individual não consista em um obstáculo para a liberdade dos outros indivíduos de um ponto de vista meramente *formal*, a-conteudístico<sup>70</sup>. Nestes termos, o direito possui uma lei universal: “Age exteriormente de maneira que o livre uso do seu arbítrio possa conciliar-se com a liberdade de todos segundo uma lei universal”<sup>71</sup>.

Assim, podemos perceber que há a necessidade do direito ser coativo, pois, com Bobbio, “ainda que antitética com relação à liberdade, a coação é necessária para a conservação da liberdade”<sup>72</sup>. Se mantivermos em mente (i) a noção de direito como a regulação das condutas humanas exteriores e (ii) a lei universal do direito que exige o respeito aos outros sujeitos, que são fins em si mesmos, podemos vislumbrar que a idéia de *autodelimitação* é a síntese do conceito de direito de Kant. Assim, todos são mutuamente iguais, e a intersubjetividade, daí resultante como somatório das ações de sujeitos racionais que se autoconservam, acaba por conservar também a razão<sup>73</sup>.

Desta maneira é adequada a proposta de Bobbio que define o direito subjetivo em Kant como “o conjunto das minhas liberdades externas limitadas pelas outras liberdades externas, ou seja, como o conjunto das minhas faculdades de agir nos limites da minha esfera de liberdade, e dos poderes de obrigar os outros a respeitar esta minha liberdade.”<sup>74</sup>. Diante do exposto, o *direito subjetivo*

<sup>67</sup> KANT, I. op. cit. (1995), p. 86.

<sup>68</sup> KANT, I. op. cit. (1993), p. 48. Essa obra consiste na primeira parte da posteriormente aparecida *Metafísica dos Costumes*.

<sup>69</sup> BOBBIO, N. op. cit. (1997), p. 83.

<sup>70</sup> KANT, I. op. cit. (1993), p. 45. Como consequência, a legalidade não é resistível. O questionamento de conteúdo somente diz respeito à legislação interna, ou seja, a moralidade. A legislação externa não se submete a tal procedimento. Cf. CATHREIN, Victor. *Filosofia del Derecho*. Madrid: Reus, 1958, p. 270.

<sup>71</sup> KANT, I. op. cit. (1993) p. 47.

<sup>72</sup> BOBBIO, N. op. cit. (1997), p. 78.

<sup>73</sup> DE GIORGI, R. op. cit. (2002), p. 67.

<sup>74</sup> BOBBIO, N. op. cit. (1997), p. 96.

segundo Kant pode ser definido como a *delimitação do agir de acordo com a lei universal do direito, por meios coativos, levando em consideração relações intersubjetivas de coordenação entre sujeitos racionais*.

Essa noção de direito subjetivo de Kant como a “delimitação da liberdade de agir dos sujeitos racionais ainda que pela coação”, é encontrada na então nascente civilística alemã. Toda a construção da Escola das Pandectas será no sentido de harmonizar os atributos metafísicos do *sujeito* kantiano, enquanto entidade que mediante sua ação conserva o mundo, com as prerrogativas de um *Estado* que então nascia<sup>75</sup>. A sociedade necessitava de construções jurídicas que fomentassem uma separação entre o *público*, reduzido ao Estado que regula “a distribuição equânime de oportunidades e benefícios”<sup>76</sup> e o *privado*, palco de atuação do sujeito racional.

Nesse sentido, o esforço de Savigny não difere da Jurisprudência dos Conceitos. Esta última vai erigir sua característica *genealogia dos conceitos* a partir da radicalização do *elemento sistemático* existente em Savigny na sua *juristische Methodenlehre* (1803), em detrimento do *elemento histórico*, do *System des heutigen römischen Rechts* (1840-1849)<sup>77</sup>. É aí que se forma uma unidade metodológica, em que verificamos que a noção de direito subjetivo em Savigny, Puchta e Windscheid girarão ao redor de um mesmo núcleo: o sujeito kantiano que pela *ação* conserva a *razão*.

No caso de Savigny, isso é explicitado quando o civilista alemão define a *relação de direito*. É então que o direito subjetivo aparece como um poder do indivíduo:

O direito (...) é por nós concebido como um poder do indivíduo. Nos limites deste poder, reina a vontade do indivíduo, e reina com o consentimento de todos. A tal poder – ou faculdade – nós chamamos de *direito*; outros, de direito em sentido subjetivo<sup>78</sup>.

Dessa forma, Savigny, de forma estrita, sequer se dá o trabalho de traçar uma diferença entre direito objetivo/subjetivo – que é típico da teoria do direito.

<sup>75</sup> DE GIORGI, Raffaele. “Semântica da idéia de direito subjetivo”, p. 105. Quanto à constrição da Pandectística a temas meramente de direito privado, isso é cada vez mais questionado. Para uma demonstração das “implicações constitucionais” das observações de Savigny, Cf. BEAUD, Olivier. Le cas Savigny ou un constitutionnalisme allemand sans l'État de droit. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit: Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 149-176.

<sup>76</sup> ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 36.

<sup>77</sup> A tensão entre elemento histórico e sistemático tem por expressão a contraposição entre regra e instituto. Segundo a leitura mais corrente, Savigny não consegue, no *Sistema*, demonstrar com clareza a subordinação da regra ao instituto. Assim, a pandectística vai radicalizar o elemento histórico (regra). Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 18-19.

<sup>78</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual I*. Madri: F. Góngora y Compañía, 1878, p. 25.

Ele afirma que “outros” chamam esse poder do indivíduo de direito em sentido subjetivo: Savigny não precisa fazê-lo, porquanto o direito seria uma emanção da vontade do indivíduo. Daí direito para Savigny é sempre subjetivo. De igual modo, a transcrição acima mostra como o conceito de direito subjetivo expresso por Savigny já se situa no plano moderno. Não há aqui nenhuma pretensão de correção do direito subjetivo em relação a uma ordem transcendente, a um direito natural. A preocupação é outra, tão kantiana<sup>79</sup> quanto moderna, qual seja a de como a liberdade individual pode coexistir com a liberdade de todos os outros<sup>80</sup>.

Foi com o estabelecimento de tais premissas que a Pandectística erigiu a sua característica *genealogia dos conceitos*. Georg Friedrich Puchta, que foi aluno de Savigny, mostra em passagens do seu *Cursus der Institutionen* (1865) as mesmas preocupações de seu mestre quando ao conceito de direito subjetivo. Segundo precisado por Raffaele De Giorgi, para Puchta o princípio do direito é a liberdade; a liberdade é a negação da necessidade, que permite o contingente, que permite *escolhas*<sup>81</sup>. O indivíduo livre seria o que pode fazer escolhas, que pode querer, ou seja, “da perspectiva do direito, liberdade é esta potencialidade reconhecida do querer. O indivíduo, agora, é sujeito de direito”<sup>82</sup>. O direito reconhece a vontade dos que são mutuamente livres. Assim, o direito que é próprio ao indivíduo livre, o direito subjetivo, não é determinado pela natureza, por um núcleo imanente.

Por sua vez, Bernhard Windscheid define o direito subjetivo, nas suas *Pandekten* (1ª ed., 1862)<sup>83</sup> como o “poder da vontade outorgado pela ordem jurídica”<sup>84</sup>. Tal determinação de que esse “poder da vontade” deva ser previsto pelo ordenamento jurídico, tem a função de conferir meios coativos para o titular do direito fazer valer a sua vontade<sup>85</sup>, ou seja, para que a sua autonomia da vontade seja efetiva. Percebemos mais uma vez a similaridade de sentido dessa definição com

<sup>79</sup> Para uma exposição mais completa, e que demonstra a influência de Kant em Savigny, Cf. WIEACKER, F. op. cit. p. 402, 403, 420, 422, e, especialmente, p. 427-428, de onde lê-se o seguinte excerto: “as definições de direito subjetivo, de autonomia privada, de negócio jurídico e de vontade negocial dadas por Savigny correspondem à exigência posta por Kant daquela liberdade que pudesse coexistir com a liberdade de todos os outros”.

<sup>80</sup> SAVIGNY, F. op. cit. p. 222-223: “Para que os seres livres, postos dessa maneira em relação, possam ajudar-se mutuamente, e não paralisar nunca o desenvolvimento de sua atividade, é necessário que uma linha invisível de separação determine os limites dentro dos quais o desenvolvimento paralelo dos indivíduos encontre segurança e independência: pois bem, a regra que fixa esses limites e que garante essa liberdade se chama direito; e aqui se revela a característica que relaciona e distingue o direito da moral, não cumprindo diretamente seus preceitos, mas sim assegurando ao indivíduo o exercício de seu livre arbítrio (...)”.

<sup>81</sup> DE GIORGI, R. op. cit. (1979), p. 45-46. Cf. as considerações de Raffaele De Giorgi acerca da concepção de direito de Georg Friedrich Puchta como a “concessão da igualdade para aqueles que são imanentemente desiguais” às p. 45-57.

<sup>82</sup> DE GIORGI, R. op. cit. (1979), p. 46.

<sup>83</sup> Essa impressionante compilação doutrinária vigeu como fonte do direito até a publicação do *Bürgerliches Gesetzbuch*, em 1900. Cf. WIEACKER, F. op. cit. p. 510.

<sup>84</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese: 1925, p. 108.

<sup>85</sup> WINDSCHEID, B. op. cit. p. 109-110.

o conceito de direito subjetivo de Kant, qual seja, a delimitação do agir do sujeito racional com a possibilidade de uso da coação para viabilizar a liberdade.

As noções de direito subjetivo em Savigny, Puchta e Windscheid mostram algo a mais que a influência da filosofia crítica de Kant na Pandectística. Caso aceitemos os textos de Kant como uma fonte histórica que testemunha a passagem de uma sociedade dividida por rígidas *ordines* para uma sociedade moderna, as observações da Pandectística podem ser entendidas como uma expressão palpável da mudança conceitual que “direito subjetivo” sofreu com o advento da inovação política trazida e expressa pela modernidade. A função do direito subjetivo, na modernidade, aparece de forma dissociada da fundamentação de uma ordem social estática de *ordines*, e até por isso não se submete a uma noção normativa de natureza. Cabe então, por fim, oferecer subsídios para uma compreensão do nexos interno existente entre direito subjetivo e modernidade.

## 5. DIREITO SUBJETIVO E MODERNIDADE: UMA INTERPRETAÇÃO FUNCIONAL

Para mensurar a amplitude de tal mudança conceitual é proveitoso lançar um olhar sob a relação que essa nova semântica de direito subjetivo tem com a estrutura da sociedade, que ao tempo (final do século XVIII) passava a se diferenciar por funções.

Com o advento da *diferenciação funcional*, a hierarquização se enfraquece paulatinamente e a comunicação não mais se restringe a um âmbito isolado. O padrão de diferenciação deixa de ser o estrato e passa a ser a função<sup>86</sup>. Assim, direito, religião, política, economia, a arte, se diferenciam uns em relação aos outros enquanto sistemas com funções próprias, exclusivas, e começam a operar auto-referencialmente, com base em suas próprias estruturas e eventos comunicativos<sup>87</sup>. Como conseqüência, ocorreu a “incorporação da população global às prestações dos diversos sistemas funcionais da sociedade”<sup>88</sup>, independente de critérios *ad hominem*.

Consoante aduz Gert Verschraegen, podemos vislumbrar uma conexão entre a diferenciação funcional e o surgimento dos direitos subjetivos<sup>89</sup>. Se, de um lado, o advento da diferenciação funcional proporcionou a inclusão generalizada dos indivíduos nos diversos âmbitos funcionais (isto é, o desprendimento do indivíduo em relação aos estratos), por outro lado a construção do indivíduo

<sup>86</sup> LUHMANN, Niklas. A sociedade mundial como sistema social. *Lua Nova*. Nº 47. São Paulo: Cedec, 1999, p. 189.

<sup>87</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 116.

<sup>88</sup> LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Universidad: 1997, p. 47.

<sup>89</sup> VERSCHRAEGEN, Gert. Human Rights and modern Society: a sociological analysis from the perspective of systems theory. In: *Journal of Law and Society*. Vol. 29, nº 2. Oxford: Blackwell Publishers, Junho de 2002, p. 264-269 (especificamente, p. 266).

pode ser entendida como um fator relevante para a passagem de uma sociedade estratificada para a atual, que é diferenciada por funções<sup>90</sup>.

O grau de complexidade da sociedade moderna produzido pela diferenciação funcional requereu um direito capaz de fornecer mecanismos também cada vez mais abstratos para reger as relações sociais, um direito que lhe pudesse proporcionar *variação estrutural*<sup>91</sup>. Os direitos subjetivos cumprem essa função, uma vez que aparecem como uma “compensação” à perda dessa posição social fixa<sup>92</sup>, e funcionam como o meio apto a formular a inclusão generalizada em todos os sistemas funcionalmente diferenciados. Seu contributo foi poder garantir *situações jurídicas* para os particulares sem ser necessária uma mobilização de todo o feixe de direitos e deveres (ou: privilégios, *privus* particular; *legis*, lei) imanentes à ordem da qual um indivíduo era pertencente<sup>93</sup>: sua referência, seu ponto de imputação, é o sujeito autônomo, não um estrato.

É assim que o direito se liberta do “amálgama indiferenciado” que o delimitava e passou a ser aplicado de forma universalista, isto é, independente de considerações pessoais<sup>94</sup>. A base de vigência do direito não é mais a natureza, e sim uma *decisão*, que faz com que ele seja aplicável a todos independentemente de critérios de nascença: a isso se chama positividade do direito<sup>95</sup>. Com o direito positivo, a sociedade passa a se dotar de um mecanismo que suporta a estruturação de um elevado grau de complexidade. Com a modernidade, o direito válido não se coloca em posição de submissão a um direito natural, uma ordem concreta de valores<sup>96</sup>. Com a positividade do direito, “o ilícito de hoje pode ser o lícito de amanhã. O lícito de hoje pode ter sido o ilícito de ontem”<sup>97</sup>. A questão da *validade* do direito, portanto, passa a ser guiada unicamente pela contingência. Quando levamos na devida conta que a positividade é um traço central do direito moderno, e que o direito subjetivo joga um papel decisivo para a implementação desse estilo de vigência do direito, verificamos, concomitantemente, o nexó interno existente entre modernidade e direito subjetivo.

<sup>90</sup> Nesse sentido, inclusive: LUHMANN, Niklas. La differenziazione del sistema giuridico. In: DE GIORGI, Raffaele (ed). *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 1990, p. 69.

<sup>91</sup> LUHMANN, N. op. cit. (1990), p. 309.

<sup>92</sup> VERSCHRAEGEN, G. op. cit. p. 267.

<sup>93</sup> Cf. LUHMANN, N. op. cit. (1990), p. 309-310.

<sup>94</sup> LUHMANN, N. op. cit. (1990), p. 87. Cf. DE GIORGI, Raffaele. “Modelos jurídicos de igualdade e equidade”. In: *Direito, democracia e risco – vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 113 e ss.

<sup>95</sup> Cf. LUHMANN, N. op. cit. (1990), p. 103-146. Cf. ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*, p. 264 e ss.

<sup>96</sup> Quer dizer, menos para as Cortes Constitucionais da Europa e América Latina, que copiam cegamente o manifesto anacronismo da “ordem concreta de valores” professada pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), no qual juízes se portam tal qual escabinos medievais que deduzem os valores a serem impostos a uma sociedade a partir de uma contemplação de uma *ordo naturalis*.

<sup>97</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem’: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado”. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 22.



Por tudo isso, o direito subjetivo pode ser visto como um artefato que expressa e viabiliza uma sociedade que inventou a igualdade formal, que dissolveu uma sociedade organizada por castas, *ordines*, que tinham um conjunto de regras para cada estamento<sup>98</sup>. Nisso consiste o seu papel evolutivo. Após essa mudança conceitual, não só o direito privado, mas também a teoria política e o direito constitucional passam a encarnar esse novo significado como um pressuposto, como mostra o exemplo de Hegel, nas *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820) ao afirmar que “o direito da liberdade subjetiva constitui o ponto crítico e central da diferença entre a Antiguidade e os tempos modernos”<sup>99</sup>.

A estrutura de uma sociedade diferenciada funcionalmente ensejou essa inovação conceitual e, reciprocamente, essa mudança conceitual possibilitou tal “mutação política”. Por isso a noção de direito subjetivo não pode remontar para Roma ou para o Medievo, pois não havia a necessidade da criação de uma igualdade formal, ou, como nos apraz, uma diferenciação funcional.

## 6. REFERÊNCIAS

ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

ARISTÓTELES. *Política*. 3ª ed. Brasília: UnB, 1997.

BEAUD, Olivier. Le cas Savigny ou un constitutionnalisme allemand sans l'État de droit. In: JOUANJAN, Olivier (org.). *Figures de l'État de droit: Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 149-176.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BRETONE, Mario. *História do direito romano*. Lisboa: Estampa, 1998.

\_\_\_\_\_. La investigación del ‘tiempo clásico’. In: *Derecho y tiempo en la tradición europea*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

<sup>98</sup> SCHIERA, Pierangelo. Sociedade de estados, de ordens ou corporativa. In: HESPANHA, Antonio Manuel (org.). *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 148.

<sup>99</sup> HEGEL, Georg W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, § 124, nota.

\_\_\_\_\_. 'Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem': sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado". In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 1995.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998.

CATHREIN, Victor. *Filosofia del Derecho*. Madri: Reus, 1958.

DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*. Bari: De Donato, 1979.

\_\_\_\_\_. Semântica da idéia de direito subjetivo. In: *Direito, democracia e risco – vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor: 1998.

\_\_\_\_\_. Modelos jurídicos de igualdade e eqüidade. In: *Direito, democracia e risco – vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. L'azione come artefatto storico-evolutivo. In: *Sociologia del diritto*. XXIX, nº 3. Milano: Franco Angeli, 2002.

DIPPEL, Horst. Modern constitutionalism: an introduction to a history in need of writing. In: *The Legal History Review*. Vol 73, nº 1, p. 153-170. Leiden: Brill Academic Publishers, Fevereiro de 2005.

FARR, James. Understanding conceptual change politically. In: BALL, Terence *et alli*. *Political innovation and conceptual change*. New York: Cambridge University Press, 1995.

FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del diritto II: l'età moderna*. Bolonha: Il Mulino, 1968.

FERGUSON, Adam. *An Essay on the History of Civil Society (1767)*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford e New York: Clarendon Press, 1980.

FIORILLO, Vanda. Delitto e peccato nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf. *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*. IV Serie, Vol. LXII, p. 3 a 24. Milano: Giuffrè, janeiro-março de 1995.

GILSON, Etienne. *A filosofia na Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de direito natural (1772)*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GRÓCIO, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz I*. Trad. do Latim por Jaime Ripoll. Madrid: Editorial Reus, 1925.

HEGEL, Georg W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Europa-América, 1997.

HUIZINGA, Johan. *O Declínio da Idade Média*. Lisboa: Ulisseia, s/d.

JUSTINIANUS. *Institutas do Imperador Justiniano*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

\_\_\_\_\_. *Doutrina do direito*. 2ª ed. São Paulo: Ícone, 1993.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995.

\_\_\_\_\_. Resposta à pergunta: o que é o Iluminismo?. In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004.

KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. *Estudos Históricos*. Vol. 5, nº 10. Rio de Janeiro: FGV, 1992.

\_\_\_\_\_. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Trad. Luciana Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ; Contraponto, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Carlos Roberto Cirne. O dever-ser – Kant e Hegel *Filosofia Política*. Nº 4, p. 66-87. Porto Alegre: L & PM, 1987.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LUHMANN, Niklas. Sulla funzione dei “diritti soggettivi”. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Ed. Raffaele De Giorgi. Bolonha: Il Mulino, 1990.

\_\_\_\_\_. La positività del diritto come presupposto di una società moderna. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Ed. Raffaele De Giorgi. Bolonha: Il Mulino, 1990.

\_\_\_\_\_. La differenziazione del sistema giuridico. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Ed. Raffaele De Giorgi. Bolonha: Il Mulino, 1990.

\_\_\_\_\_. La funzione del diritto: sicurezza delle aspettative o guida del comportamento?. In: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Ed. Raffaele De Giorgi. Bolonha: Il Mulino, 1990.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983 (Trad. Gustavo Bayer).

- \_\_\_\_\_. *Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general*. 2ª ed. Barcelona, Ciudad de México, Santafé de Bogotá: Anthropos, Universidad Iberoamericana, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.
- \_\_\_\_\_. *The differentiation of society*. In: *The differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982.
- \_\_\_\_\_. *A sociedade mundial como sistema social*. *Lua Nova*. Nº 47. São Paulo: Cedec, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madri: Alianza Universidad: 1997.
- \_\_\_\_\_. *Struttura della società e semantica*. Roma, Bari: Laterza, 1983.
- \_\_\_\_\_. DE GIORGI, Raffaele *Teoria della Società*. 6ª ed. Milano: Franco Angeli, 1994.
- NEUSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. *O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia*. Dissertação de mestrado apresentada no CPGD da UFSC. Florianópolis: 1994 (manuscrito inédito).
- PUFENDORF, Samuel. *Elements of universal Jurisprudence in two books*. In: CARR, Craig (org.). *The Political writings of Samuel Pufendorf*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual I*. Madri: F. Góngora y Compañía, 1878.
- SCHIERA, Pierangelo. *Sociedade de estados, de ordens ou corporativa*. In: HESPANHA, Antonio Manuel (org.). *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- STOURZH, Gerald. *Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth Century*. In: BALL, Terence. POCOCK, John (orgs.). *Conceptual change and the Constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1988.
- TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2003.
- TOMÁS DE AQUINO. *Suma de Teología* (5 vols.). 2ª ed. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994.
- VERSCHRAEGEN, Gert. *Human Rights and modern Society: a sociological analysis from the perspective of systems theory*. *Journal of Law and Society*. Vol. 29, nº 2. Oxford: Blakwell Publishers, jun 2002.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa Torino: Unione Tipografico-editrice torinese: 1925.