

O direito subjetivo como artefato histórico-evolutivo.

Paulo Sávio Peixoto Maia*

Introdução: para uma reconstrução da dogmática jurídica na modernidade.

Poucos conceitos do direito moderno situam-se em uma posição tão central na sociedade moderna como o conceito de direito subjetivo. Tal centralidade faz com que o uso – e, portanto, o significado – de outras categorias jurídicas seja dependente de uma referência à noção de um direito que pertence a um sujeito, o direito subjetivo.

Precisamente por ter um significado tão repetido e sedimentado, o direito subjetivo é um conceito reproduzido com pouca reflexividade. Um suposto grau de familiaridade conceitual como esse é um convite para que os juristas confeccionem histórias *fora* da história, como observamos em alguns manuais de direito civil: nesse diapasão, não raro são traçadas linhas de continuidade de Roma à modernidade sem o menor pudor. Tal noção a-histórica expressa uma postura questionável de que o enfoque dogmático pretensamente permite a publicação de livros que se resumem a reproduzir artigo de lei de forma invertida. Esse salvo-conduto para o “achismo” não é dogmática¹.

A dogmática é o espelho das necessidades de uma época: é uma instância de reflexão da sociedade por meio de descrições do sistema do direito. Assim, a *função social da dogmática jurídica é fornecer conceitos jurídicos adequados à sociedade*². Para cumprir tal função, a dogmática não pode se fechar em um pensamento meramente técnico, e assim irrefletido. Por mais que o direito seja um saber orientado para a decisão, ele, por vezes,

* Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da UnB. Integrante do grupo de pesquisa *Sociedade, Tempo e Direito* (linha de pesquisa: Complexidade, Sociedade e Direito), da Faculdade de Direito da UnB. O autor agradece a Denise Gama pela atenta revisão deste artigo.

¹ Essas teses sobre a dogmática e sua relação com a teoria são muito citadas em sala de aula pelo Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa (que prepara no momento a publicação de livro sobre o assunto). E esse artigo é dedicado precisamente a ele, Alexandre Bernardino, em sua recuperação.

² LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 95 a 113.

necessita de uma reflexão teórica para que sua vocação prática seja realmente eficiente³. Uma reconstrução da dogmática do direito privado requer que se vislumbre o caráter mutuamente constitutivo das abordagens “zetética” e “dogmática”: são dimensões complementares⁴.

Partindo dessa noção complementar, procuraremos abordar a noção de direito subjetivo de maneira diferente das abordagens a-históricas. 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, problematizando a conexão entre estrutura da sociedade e semântica⁵.

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 ligamento com a idéia de um sujeito autônomo. Após, e sempre a partir da noção de dogmática como instância de reflexão, veremos como o sujeito kantiano foi recepcionado pela Pandectística alemã do séc. XIX. Com isso, teremos elementos suficientes para uma comparação entre a semântica pré-moderna e a moderna de direito subjetivo, o que nos permitirá sustentar – se obtivermos êxito na explicação – que o atual conceito de “direito subjetivo” é tributário da modernidade, e não do *forum* romano. Trata-se, enfim, de um exercício para por em ação o que falamos acima sobre a complementaridade entre teoria e prática.

1. A estrutura da sociedade pré-moderna e sua semântica de direito subjetivo.

³ BRETONNE, Mario. *História do direito romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1998, p. 11.

⁴ “(...) na medida em que as opiniões postas fora de dúvida – os dogmas – podem também ser submetidos a um processo (zetético) de questionamento através do qual se exige uma fundamentação e uma justificação deles, procurando-se através do estabelecimento de novas conexões facilitar e orientar a ação. O jurista revela-se, assim, não só como um especialista em questões dogmáticas mas, também, em questões zetéticas.” Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 93.

⁵ Fundamental para o assunto: LUHMANN, Niklas. *Struttura della società e semantica*. Roma, Bari: Ed. Laterza, 1983. As categorias do léxico da Teoria da Sociedade de Luhmann e De Giorgi, utilizadas nesta introdução serão explicadas ao longo deste ensaio.

A *teoria da diferenciação da sociedade*⁶ 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”⁷. A caracterização de uma sociedade, a construção de sua unidade, se dá por seu modo de diferenciação interna⁸.

Até os últimos anos do século XVIII (quando surge a sociedade moderna) a sociedade europeia 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”⁹. A estratificação se caracteriza por uma distribuição iníqua de riqueza, de poder, em suma: desigualdade nas chances de comunicação.¹⁰ 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 superior¹¹, que consegue se diferenciar do restante da sociedade mediante um fechamento conseguido pela prática de endogamia¹², em geral.

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”¹³. Assim, cada indivíduo era considerado como pertencente ao estrato (que se constituía como um sistema parcial) de onde se originava, independentemente de seus atributos individuais, o que tornava a inclusão parcial, pois condicionada por critérios *ad hominem*.

⁶ 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, pp. 184 a 197.

⁷ LUHMANN, Niklas. “A sociedade mundial como sistema social”. In: *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.

⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. 2ª ed. Barcelona, México, Santafé de Bogotá: Anthropos, Universidad Iberoamericana, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, pp. 182 a 186, principalmente.

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

¹⁰ LUHMANN, Niklas. “The Differentiation of society”. In: *The Differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982, p. 234.

¹¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, pp. 204 e 205.

¹² LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 282.

¹³ LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*, p. 283.

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. Ao contrário, 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”¹⁴. 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”¹⁵. A sociedade, assim, era um todo que antecedia as partes, sendo que as partes só tinham sentido quando incluídas no todo¹⁶.

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 das formas mais variadas: *physis/nomos*, *lex naturalis/lex positiva*, etc. Nessas distinções, a parte “secular”, “positiva”, é limitada por uma consonância a uma noção normativa de *natureza*. O direito que se desvia disso é considerado um atentado à ordem natural¹⁷. E como a sociedade teve que esperar até a modernidade (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, consoante à *recta rationis*, à *aequitas naturalis*, em suma: a essa idéia normativa de natureza¹⁸.

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

¹⁵ Id., Ibid., p. 238.

¹⁶ 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. ARISTÓTELES. *Política*. 3ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1997, 1254a. Cf. STOURZH, Gerald. "Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth Century". In: BALL, Terence. POCKOCK, John (orgs.). *Conceptual change and the Constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1988, pp. 35-54.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, pp. 221 e ss.

¹⁸ Um exemplo é as Institutas de Justinianus: “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*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

Na Idade Média, o conceito de direito de Tomás de Aquino (1224-1274) é apontado, usualmente, como o modelo por excelência de construção hierárquica do direito: quando ele classifica as modalidades de lei, podemos observar, na Suma Teológica, o escalonamento entre lei eterna, lei divina, lei natural e lei humana¹⁹. 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 consoante com a tese tomista de subordinação da filosofia à teologia, por terem um mesmo Deus como *ultima ratio*²⁰.

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 pensante que a partir do *cogito* pode duvidar de tudo, e, assim, adquire realidade autônoma, pois recusa sua passividade ante a natureza²¹. Na teoria do direito isso costuma ser descrito como a passagem do direito natural teológico para o direito natural racionalista²². 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.

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 individual²³. E assim, na escolástica tardia espanhola, já teria ocorrido um suposto rompimento metodológico com o “objetivismo medieval”. Não foi, todavia, o caso.

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

²⁰ GILSON, Etienne. *A filosofia na Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 655-656.

²¹ 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, pp. 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 de 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. Dr. Cristiano Paixão.

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

²³ FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford e New York: Clarendon Press, 1980, pp. 206-208.

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”²⁴, é para depois (I, 2, 6) definir o *ius* como *lex*²⁵. Era um procedimento característico da escolástica espanhola colocar a natureza das coisas como algo anterior à vontade de Deus. Mas não se pode ver ainda aí um movimento secularizante consciente: era apenas um expediente dogmático para refutar o voluntarismo teológico dos nominalistas²⁶. Dessa forma, o objetivismo axiológico continua, e o direito subjetivo, a *facultas agendi* do indivíduo, é um reflexo de uma ordem natural objetiva, a *lex*, anterior ao indivíduo, como é comum na pré-modernidade.

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”²⁷ (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”²⁸. (enfatizamos)

O condicionamento do exercício do direito subjetivo à ordem normativa que deriva da natureza é ainda presente: o direito como “qualidade moral” 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 sujeito²⁹.

Em Samuel Pufendorf (1632-1694) o direito subjetivo³⁰ 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

²⁴ Transcrito a partir da excelente tradução livre de LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 187.

²⁵ Id., Ibid.

²⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, pp. 297 e 298, nota de rodapé 72.

²⁷ GRÓCIO, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz I*. Trad. do Latim por Jaime Ripoll. Madrid: Editorial Reus, 1925, p. 46.

²⁸ Id., Ibid., p. 47, (I,I,IV)

²⁹ FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del diritto II: l'età moderna*, p. 110.

³⁰ *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*.

devidas a nós”³¹ (enfaticamos). 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”³². Deparamo-nos, mais uma vez, com a submissão da legitimidade do exercício do direito subjetivo à correção com a natureza: tal como a relação entre crime e pecado nos escritos de direito penal de Pufendorf³³.

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’”³⁴. 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, como uma proposição matemática³⁵. 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”³⁶. Aqui, um sujeito autônomo ainda não é a unidade de análise, pois a busca de 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)³⁷. O ponto de partida ainda se situa fora do indivíduo, muito embora a natureza, aqui, esteja travestida com a alcunha de “razão”.

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

³¹ 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)

³² Id., Ibid., p. 46 (I, def. 8, 2)

³³ 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* (= 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 a 24.

³⁴ 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.

³⁵ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2003, p. 133.

³⁶ BREONE, Mario. “La investigación del ‘tiempo clásico’”, p. 101.

³⁷ Id., Ibid., p. 102, em que há um trecho transcrito.

íntimo do indivíduo. Dessa maneira o postulado central do jusnaturalismo, a noção normativa de natureza existente de forma objetiva, estaria condenado a uma realidade psicológica, mas não a uma realidade exterior³⁸. É fácil de verificar o elemento de teologia política luterana existente aí. Por outro lado, todavia, 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*³⁹. Assim, por maior que foi o esforço de separar direito e moral, o direito aparece ainda como “dever moral obrigatório”⁴⁰, uma flagrante contradição.

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 a comporem conforme ela as suas ações”⁴¹. Como se vê, a separação entre o foro individual e o público ainda não é sequer uma preocupação. No que toca à hierarquia entre o direito positivo em relação ao direito natural, nada mais claro: “a lei deve ser honesta. Deus deu o poder aos homens para que estes estabeleçam coisas que não sejam lícitas e honestas?”⁴²

Dessa maneira, 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 conceitual⁴³. Utilizaremos Kant como uma fonte histórica⁴⁴,

³⁸ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, pp. 358-359.

³⁹ 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.

⁴⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 359.

⁴¹ GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de direito natural* (1772). São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 183.

⁴² Id., *Ibid.*, p. 185.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

para captar o novo significado conceitual que “sujeito” passa a ter, o que será feito mediante sua relação com outro conceito⁴⁵, o de *ação*⁴⁶.

2. 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*⁴⁷. Em Kant a ação é racional porque deriva de uma vontade livre do indivíduo, sempre pressuposto como um ser racional⁴⁸. 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 homem⁴⁹. Influenciado pela noção de causalidade da mecânica newtoniana⁵⁰, Kant deslocará a causalidade para o âmbito do sujeito⁵¹ – 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, diferindo, assim, da causalidade dos seres irracionais, que possuem necessidades naturais oriundas de “causas

⁴⁵ 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, James. “Understanding conceptual change politically”, p. 38.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ DE GIORGI, Raffaele. “Semântica da idéia de direito subjetivo”, p. 102.

⁴⁸ DE GIORGI, Raffaele. “L’azione come artefatto storico-evolutivo”, p. 63.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 53.

⁵⁰ 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)

⁵¹ DE GIORGI, Raffaele. “L’azione come artefatto storico-evolutivo”, 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, pp. 341 e ss.

estranhas” ao ser⁵². A liberdade da vontade é a *autonomia da vontade*, que consiste na faculdade de dar leis a si mesmo⁵³. 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)⁵⁴. 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 conforme⁵⁵, 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”⁵⁶.

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 efeito⁵⁷. Portanto, a liberdade também tem que seguir uma lei: a da autonomia da vontade, e, destarte, o imperativo categórico⁵⁸; 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 racional⁵⁹ (embora isso não possa ser verificado empiricamente, pois é uma proposição *a priori*⁶⁰). Segundo sua *Grudlegung 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: 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

⁵² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 93.

⁵³ Id., Ibid., p. 85.

⁵⁴ Id., Ibid., p. 73 e 74.

⁵⁵ Id., Ibid., pp. 58 e 59.

⁵⁶ Id., Ibid., p. 59.

⁵⁷ Id., Ibid., p. 93.

⁵⁸ Id., Ibid., p. 94.

⁵⁹ Id., Ibid., p. 95.

⁶⁰ 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, Immanuel. *Crítica da razão pura*, p. 54 (grifos no original).

inclinação, reconhece como praticamente necessário, quer dizer como bom”.⁶¹(grifamos)

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 paradoxal⁶², 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 universal⁶³. 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 mesmo⁶⁴.

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 natureza⁶⁵. Aqui localizamos uma mudança conceitual em *subjectum*. Ele deixa de significar “aquele que está submetido a” 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.

3. O direito subjetivo em sentido moderno: Kant e a Escola das Pandectas.

⁶¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p.47.

⁶² 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).

⁶³ LIMA, Carlos Roberto Cirne. “O dever-ser – Kant e Hegel”. In: *Filosofia Política*. Nº 4. Porto Alegre: L & PM, 1987, p. 68.

⁶⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 76.

⁶⁵ KANT, Immanuel. “Resposta à pergunta: o que é o Iluminismo?” (1794). In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004.

As considerações 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 autônoma outra lei que não a máxima universalizante da ação expressa no imperativo categórico⁶⁶. O direito é a heteronomia por excelência, pois “é inseparável (...) da faculdade de obrigar ao que se opõe a seu livre exercício”⁶⁷. E de acordo como a maneira mediante a qual 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)⁶⁸.

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-conteudístico⁶⁹. 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”⁷⁰.

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”⁷¹. 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 razão⁷².

⁶⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 86.

⁶⁷ KANT, Immanuel. *Doutrina do Direito*, p. 48. Essa obra consiste na primeira parte da posteriormente aparecida *Metafísica dos Costumes*.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, p. 83.

⁶⁹ KANT, Immanuel. *Doutrina do Direito*, 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, Víctor. *Filosofia del Derecho*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1958, p. 270.

⁷⁰ Id., *Ibid.*, p. 47.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, p. 78.

⁷² DE GIORGI, Raffaele. “L’azione come artefatto storico-evolutivo”, p. 67.

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.”⁷³. Diante do exposto, parece haver uma noção de *direito subjetivo* em Kant, podendo 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 ciência jurídica 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 nascia⁷⁴. 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”⁷⁵ 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)⁷⁶. 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*.

⁷³ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, p. 96.

⁷⁴ 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. Sustentando um constitucionalismo em 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 Rechtsaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 149-176.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ 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 a o 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.

Quando Savigny define a *relação de direito* o direito subjetivo aparece como um poder do indivíduo. Afirma ele:

“El derecho (...) nos aparece como un poder del individuo. En los límites de este poder, reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder ó facultad lo llamamos nosotros *derecho*, y algunos, derecho em sentido subjetivo”⁷⁷

Ante o que expusemos acima, pode ser facilmente observada a surpreendente circulação de sentido entre o conceito de direito de Kant e o de Savigny⁷⁸. A idéia de (i) autodelimitação e de (ii) autonomia da vontade estão expressas no trecho acima, e mais ainda no excerto que abaixo é transcrito quando Savigny expõe sua noção de relação jurídica de direito privado, objeto de seu *Sistema de direito romano atual*:

“Para que los séres libres, puestos de esta manera en relacion, puedan ayudarse mutuamente y no estobarse nunca el desarrollo de su actividad, es necesario que una línea invisible de separacion determine los límites dentro de los cuales el desenvolvimiento paralelo de los individuos encuentre seguridad é independencia: ahora bien, la regla que fija estos límites y garantiza esta libertad se llama derecho; y aquí se revela el carácter que relaciona y distingue al derecho á la moral, no cumpliendo directamente sus preceptos, sino asegurando al individuo el ejercicio de su libre arbitrio (...)”⁷⁹ (grifou-se)

Desta forma, mais uma vez encontramos a noção de delimitação entre sujeitos autônomos por meio da norma jurídica. O direito seria, para Savigny, uma condição de

⁷⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual I*. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878, p. 25.

⁷⁸ Para uma exposição mais completa, e que demonstra a influência de Kant em Savigny, Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, pp. 402, 403, 420, 422, e, especialmente, pp. 427 e 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”.

⁷⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual I*, pp. 222 e 223.

liberdade, pois garante ao indivíduo um domínio onde a vontade reina independentemente de toda vontade alheia⁸⁰: tal qual Kant.

Georg Friedrich Puchta, que foi aluno de Savigny, mostra em passagens do seu *Cursus der Institutionen* (1865) a influência kantiana em seu conceito de direito. 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*⁸¹. 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”⁸². O direito reconhece a vontade dos que são mutuamente livres.

Por sua vez, Bernhard Windscheid define o direito subjetivo, nas suas *Pandekten* (1ª ed., 1862)⁸³ como o “poder da vontade outorgado pela ordem jurídica”⁸⁴. 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 vontade⁸⁵, ou seja, para que a sua autonomia da vontade seja efetiva. Percebemos mais uma vez a similaridade de sentido dessa definição com 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.

Este item, em que expomos a circularidade de sentido entre o conceito de direito subjetivo em Kant e na Pandectística, nos convida a repensar a separação entre zetética e dogmática. *Por um lado* o direito subjetivo tal como elaborado pela Pandectística (e que é a base conceitual de muitos civilistas do Ocidente até hoje⁸⁶) é uma categoria dogmática repleta de pressupostos teóricos de alta complexidade: sem zetética não compreendo a dogmática. *Por outro*, as categorias dogmáticas se prestam como um bom referencial concreto para a investigação zetética, pois possibilitam o acesso a sentido

⁸⁰ Id., Ibid., pp. 223 e 224.

⁸¹ DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*, pp. 45 e 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 pp. 45 a 57.

⁸² Id., Ibid., p. 46.

⁸³ Essa impressionante compilação doutrinária viveu como fonte do direito até a publicação do *Bürgerlichsgesetzbuch*, em 1900. Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 510.

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

⁸⁵ Id., Ibid., pp. 109 a 110.

⁸⁶ Cf. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 183 e ss.

sedimentado por descrições do sistema do direito: a dogmática é necessária para a zetética, por lembrar que uma empreitada teórica só faz sentido caso ela pretenda resolver problemas concretos.

4. Em busca de uma conclusão: direito subjetivo e modernidade.

A partir da leitura de Kant foi possível constatar um fato realmente inédito na história: a igualdade formal, expressa em um sujeito racional que é um fim em si mesmo. A partir daí o conceito de direito subjetivo abandonou o seu significado pré-moderno de *qualitas moralis*, que fazia essa *qualitas* ser dependente de uma noção normativa de natureza, reflexo de uma ordem hierárquica. O direito subjetivo passa a ser considerado uma propriedade do sujeito, e que não mais precisa ser *ex concessione superioris*. Vimos o papel que o conceito de *ação* teve para isso.

A mudança conceitual que pôde ser observada em Kant – mas que não foi “inventada” por ele – também é confirmada nos textos dos representantes das Pandectas: o direito subjetivo como critério de delimitação interpessoal, uma condição de liberdade, ainda que para isso fosse necessária a coação. 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 função⁸⁷. 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. Como consequência, ocorreu a “incorporação da população global às prestações dos diversos sistemas funcionais da sociedade”⁸⁸, independente de critérios *ad hominem*.

⁸⁷ LUHMANN, Niklas. “A sociedade mundial como sistema social”. In: *Lua Nova*. Nº 47. São Paulo: Cedec, 1999, p. 189.

⁸⁸ LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. 2.^a reimpr. da 1.^a ed. Madrid: Alianza Universidad: 1997, p. 47.

Consoante a proposta de Gert Verschraegen, podemos vislumbrar uma conexão entre a diferenciação funcional e o surgimento dos direitos subjetivos⁸⁹. 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 pode ser entendida como um fator relevante para a passagem de uma sociedade estratificada para a atual, que é diferenciada por funções⁹⁰.

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*⁹¹. Os direitos subjetivos cumprem essa função, uma vez que aparecem como uma “compensação” à perda dessa posição social fixa⁹², 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 pertencente⁹³: sua referência 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 pessoais⁹⁴. A base de vigência do direito não é mais a natureza, mais uma *decisão*, que faz

⁸⁹ 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, pp. 264 a 269 (especificamente, p. 266).

⁹⁰ Nesse sentido, inclusive: LUHMANN, Niklas. “La differenziazione del sistema giuridico”. In: *La differenziazione del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 1990, p. 69.

⁹¹ LUHMANN, Niklas. “Sulla funzione dei ‘diritti soggettivi’”. In: *La differenziazione del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 1990, p.309.

⁹² VERSCHRAEGEN, Gert. “Human Rights and modern Society: a sociological analysis from the perspective of systems theory”, p. 267.

⁹³ Cf. LUHMANN, Niklas. “Sulla funzione dei ‘diritti soggettivi’”, pp. 309 e 310.

⁹⁴ LUHMANN, Niklas. “La funzione del diritto: sicurezza delle aspettative o guida del comportamento?”. In: *La Differenziazione del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 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, pp. 113 e ss.

com que ele seja aplicável a todos independentemente de critérios de nascença: a isso se chama positividade do direito⁹⁵.

O direito subjetivo é o artífice de uma sociedade que inventou a igualdade formal, que dissolveu uma sociedade organizada por castas, *ordines*, que tinham um conjunto de regras para cada estamento. Nisso consiste o seu papel evolutivo. Após essa mudança conceitual, não só o direito privado, mas também a teoria política encampa 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”⁹⁶.

A estrutura de uma sociedade diferenciada funcionalmente ensejou essa inovação conceitual e, reciprocamente, essa inovação conceitual possibilitou tal “mudança 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. Uma dogmática que se pretende reflexiva consegue perceber isso: se meramente reproduz comentários tautológicos, não.

5. *Bibliografia utilizada.*

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

_____. "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: Ed. 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, pp. 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: Editorial Estampa, 1998.

_____. "La investigación del 'tiempo clásico'". In: *Derecho y tiempo en la tradición europea*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

⁹⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. "La positività del diritto come presupposto di una società moderna". In: *La differenziazione del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 1990, pp. 103 a 146. Cf. ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*, pp. 264 e ss.

⁹⁶ HEGEL, Georg W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, § 124, nota.

- CARVALHO NETTO, Menelick. "A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito". In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998.
- CATHREIN, Victor. *Filosofia del Derecho*. Madrid: Instituto Editorial 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.
- _____. "L'azione come artefatto storico-evolutivo". In: *Sociologia del diritto*. XXIX, nº 3. Milano: Franco Angeli, 2002.
- 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.
- FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del diritto II: l'età moderna*. Bolonha: Il Mulino, 1968.
- 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". In: *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*. IV Serie, Vol. LXII. Milano: Giuffrè, janeiro-março de 1995, pp. 3 a 24.
- 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: Editora Ulisseia, s/d.
- JUSTINIANUS. *Institutas do Imperador Justiniano*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1996
- _____. *Doutrina do direito*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Ícone, 1993.
- _____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Ed. 70, 1995.
- _____. "Resposta à pergunta: o que é o Iluminismo?". In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, pp. 11-19.
- KOSELLECK, Reinhart. "Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos". In: *Estudos Históricos*. Vol. 5, nº 10. Rio de Janeiro: FGV, 1992.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMA, Carlos Roberto Cirne. "O dever-ser – Kant e Hegel". In: *Filosofia Política*. Nº 4. Porto Alegre: L & PM, 1987, pp. 66-87.
- LUHMANN, Niklas. *Sistema juridico y dogmatica juridica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- _____. "Sulla funzione dei "diritti soggettivi". In: *La differenziazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1990.

- _____. “La positività del diritto come presupposto di una società moderna”. In: *La differenziazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1990.
- _____. “La differenziazione del sistema giuridico”. In: *La differenziazione del diritto*. Bologna: 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”. In: *Lua Nova*. Nº 47. São Paulo: Cedec, 1999.
- _____. “La funzione del diritto: sicurezza delle aspettative o guida del comportamento?”. In: *La Differenziazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1990 (tradução de Rafaelle De Giorgi).
- _____. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. 2.ª reimpr. da 1.ª ed. Madrid: Alianza Universidad: 1997.
- _____. *Struttura della società e semantica*. Roma, Bari: Ed. Laterza, 1983.
- LUHMANN, Niklas. 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*. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878.
- _____. *Metodologia jurídica*. Campinas: Edicamp, 2001.
- 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.
- 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. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994.
- 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: Blakwell Publishers, Junho de 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.