

CONVERSÃO DO DIREITO POSITIVO AO DIREITO SUBJETIVO MODERNO

THE CONVERTING OF POSITIVE RIGHT INTO THE MODERN SUBJECTIVE RIGHT

Fabio Marques Ferreira Santos *

Data de recebimento: 08/03/2012

Data de aprovação: 07/05/2012

RESUMO

O presente texto tem como objetivo explicitar a passagem do Direito positivo ao Direito subjetivo. Para realizar tal tarefa, seguiremos a descrição histórica do clássico livro de Michel Villey. Essa discussão é importante, pois retoma a centralidade do homem, no interior da reflexão jurídica. Colocar o sujeito como centro do debate jurídico, como sabemos, só foi possível com a entrada da subjetividade no discurso filosófico.

PALAVRAS-CHAVE

Direito positivo; Direito subjetivo; Hermenêutica; Sujeito.

ABSTRACT

This text is intended to explain the passage from positive Law to subjective Law. To do so we will follow the historical description of the classic book by Michel Villey. This discussion is important once it incorporates the centrality of man within the legal reflection. To put the subject as the center of legal debate, as we know, was only possible with the entry of subjectivity in philosophical discourse.

KEYWORDS

Positive law; Subjective Law; Hermeneutics; Subject.

* Graduado em Direito pela Universidade São Francisco e em Filosofia pela Faculdade do Mosteiro São Bento de São Paulo. Mestre em Filosofia Política pela Faculdade do Mosteiro de São Bento de São Paulo, Mestrando em Ensino, História e Filosofia das Ciências e Matemática pela Universidade Federal do ABC (UFABC) e Doutorando em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). Advogado e Professor Universitário. E-mail: fabio@ferreirasantosferreira.com.br

1. INTRODUÇÃO

Nas palavras encontramos-nos com uma dicotomia que sempre nos consome frente ao que seja considerado o verdadeiro. Nesse aspecto, a verdade, algumas vezes, nos alcança pela correspondência; outras pela aceitação, mas, mesmo assim, não temos a certeza dessa verdade que, em determinadas ocasiões, somente nos chega ou em nós reside pela crença. Todavia, não podemos abandonar, na reflexão, o comprometimento e a seriedade que nos fazem diferentes como seres dotados de racionalidade em busca de decifrar ou simplesmente ter entendimento sobre o desconhecido. Para isso, citando Milton Meira, em apostila:

É preciso precaver-se na investigação das coisas para não confundir os entes reais com os entes de Razão. Investigar a natureza das coisas é diferente de investigar os modos pelos quais nós as percebemos. Se confundirmos isso não poderemos entender nem os modos de perceber nem a própria natureza; pior ainda, o que é mais grave, por causa disso, incidiremos nos maiores erros, como aconteceu até hoje.¹

A proposta do presente ensaio gravita em torno de um trecho da obra de Michel Villey, denominada *A formação do pensamento jurídico moderno*, cujo trecho segue transcrito:

Em suma, o próprio da linguagem jurídica clássica é visar a um mundo de coisas, de bens exteriores, porque é somente nas coisas e na partilha feita nas coisas que se manifesta a relação jurídica entre as pessoas. A ciência do direito mira as coisas, e é nesse sentido que a autêntica linguagem jurídica é essencialmente objetiva. Diferente desta é a linguagem do individualismo. Em vez de visar à ordem do grupo, está centrada no sujeito em particular. Tende a conceber e a exprimir as “qualidades” ou as “faculdades” de um sujeito, as forças que seu ser irradia: poderes, mas, no sentido principal da palavra, entendida como capacidade da pessoa, inerente ao sujeito: no sentido subjetivo. Consequência: esse poder é concebido, de partida, como ilimitado. É apenas, num segundo momento, quando for preciso dar conta dos poderes concorrentes dos outros, que lhe atribuirão fronteiras. Inicialmente, ele não é uma parte definida.²

¹ NASCIMENTO, Milton Meira. **A teoria do seres morais**, SRD. (Apostila, 2011)

² VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 255.

O direito objetivo, enquanto conjunto de regras jurídicas obrigatórias, em uma dada época, possui objetivo definido. Em outras palavras, o direito objetivo é exercido por meio das normas jurídicas e das leis, que devem ser obedecidas rigorosamente por todos os homens que vivem na sociedade que adota tais leis. Algo diferente ocorre com o direito subjetivo, na medida em que este é a faculdade ou possibilidade que alguém possui de fazer prevalecer — em juízo — a sua vontade, condensada em determinado interesse. É dentro dessas duas instâncias — do direito positivo ao direito subjetivo — que precisamos refletir sobre a capacidade que o homem tem de agir em defesa de seus interesses, invocando o cumprimento de normas jurídicas existentes, cada vez que essas regras jurídicas são aplicadas ao indivíduo.

2. A PROPOSTA DE MICHEL VILLEY

As coisas, durante longo período, foram o centro das atenções. Nelas, os homens se espelharam, se inspiraram e, por elas, perderam suas vidas, buscando, fenomenologicamente, compreender essa relação. Pensaram que vivificá-las pudesse conduzi-los a um patamar de superioridade, mas não foi assim; as coisas continuaram coisas.

A proposta de Villey visa a algo de diferente, a ponto de colocar o homem como centro. Embora os direitos do indivíduo, no início, pareçam ser ilimitados, encontram no outro suas limitações; mais do que isso, delatam uma falha gravíssima no direito positivo, revelam que sua gestação coisificada é, indiscutivelmente, inadequada ao homem, quando o que se busca é dar guarida à subjetividade deste. O autor, em um lampejo, capta a dificuldade e, ao mesmo tempo, a crise na qual o positivismo jurídico se encontra em decorrência de sua inelasticidade.

A construção de um pensamento é algo raro, não que não possa existir a liberdade de pensar uma nova proposta, convidando o leitor ao novo; porém, o rompimento com os paradigmas leva, obrigatoriamente, à necessidade de construir outro caminho para se chegar a outro ponto, a audácia do pensamento moderno de Villey é extremada a esse ponto.

Assim, falar sobre o direito positivo e o direito positivo moderno parece, a priori, uma redundância, que precisa ser mais bem compreendida. Essa compreensão se dará por meio de um entrelaçamento de pensamentos, ora já repisado, ora em contínua construção; parafraseando Sartre, não devemos nos preocupar com as coisas, elas somente existem porque os homens existem, a razão das coisas está na existência do homem, que é um para-si.

O direito subjetivo moderno, além de voltar toda atenção ao homem e este ser o ponto gravitacional do direito, mais do que isso, dimensiona como esse fe-

nômeno acontece, por isso é possível inferir, desde logo, que o direito positivo foi metamorfoseado na modernidade, pela lente desse grande expoente do direito, apontando-nos para uma nova realidade a de um novo direito.

Segundo Bobbio, em seu clássico, *A era dos direitos*, “o problema fundamental do direito em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.³ A ilação bobbianacena para um problema secular, pois a positivação do direito, em busca de alcançar o próprio direito em sua integralidade, foi surpreendida pela inefetividade subjetiva do próprio direito, talvez porque a razão da política seja heterônoma à natureza do homem, que, segundo Aristóteles, é um animal que se realiza na sociedade e que, ao mesmo tempo, possui singularidade.

Os defensores do direito positivo não conseguem encontrar o direito subjetivo em toda a sua extensão, no bojo do direito positivo, uma espécie de falsa representação onde o alcance do desejo de proteção, em sua totalidade, acaba por não acontecer, como bem destacado por Bobbio:

Em suma o legalismo jurídico é uma doutrina ético-política, cujo conteúdo consiste em afirmar que as leis enquanto tais são justas (e por isso devem ser obedecidas), passo que a doutrina pura do Direito se limita a afirmar que as leis são válidas independentemente do fato de serem justas ou injustas. Como doutrina ético-política do Direito, a concepção legalista se contrapõe à concepção jusnaturalista: esta última, de fato, conforme observamos, sustenta que as leis são válidas somente se são justas, mostrando, assim, distinguir nitidamente o juízo de validade daquele de valor e subordinando o primeiro ao segundo; a primeira, ao contrário, sustenta que a norma é justa pelo simples fato de ser válida, isto é, por ser uma lei, unificando, deste modo, o problema do valor e o da validade.⁴

Daí se verifica que falar que o positivismo jurídico reflete a legalidade e a justiça em sua última instância parece não conter a correspondência necessária aos novos padrões de verdade que a modernidade exige, na perspectiva do direito e da justiça. Sendo assim, embrionariamente, temos, em passant, uma distinção entre o direito positivo como outrora foi cunhado. A concepção de direito subjetivo moderno nos dá a nítida sensação de que temos, hoje, um outro direito, onde o positivismo teria a única e exclusiva função de cristalizar o direito, a partir de uma nova realidade

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

⁴ Id. *Direito e poder*. São Paulo: UNESP, 2008. p. 30.

discricionária e vetorizada do direito, acolhendo, em sua estrutura, veios de carga valorativa, mas que, além disso, consideraria, nesses valores, também o próprio direito, reconhecendo, inquestionavelmente, que os homens não são coisas.

Nos primórdios, antes da transmutação do direito natural para o direito positivo, a questão que fez com que aquele direito cedesse espaço para esta nova realidade, decorreu, em grande parte, da necessidade de impor não somente balizamento, ou melhor, limites dentro da relação social. Durante essa alquimia, o direito deixou de trazer a completude do direito natural em todos os seus aspectos, não somente quanto sua forma e essência, no sentido aristotélico do termo, como observado por Grotius, em seu tratado, *O direito da guerra e paz*:

O direito natural nos é ditado pela reta razão que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme a natureza racional, é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral e que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou ordena. Os atos, a propósito dos quais se manifesta essa regra, são, por si mesmos, obrigatórios ou ilícitos e, como tais, são considerados necessariamente ordenados ou proibidos por Deus. Observando-se isso, nota-se que esse direito difere do direito humano e também do direito divino voluntário que não prescreve nem proíbe coisas obrigatórias ou lícitas por si mesmas e por sua própria natureza; ao contrário, torna-as coisas ilícitas ao vetá-las e obrigatórias ao ordená-las.⁵

Sensivelmente, denota-se a categorização de três espécies de direitos, o que demonstra que a conversão do direito natural, ou seja, a positivação do direito, foi uma mera solução formal, quando nem o direito natural deixou de ser para ser positivo. E quanto ao direito positivo, uma modalidade de direito que, por seu vácuo em internalidade ou por não atender aos mesmos caracteres subjetivos e objetivos, demonstrou, ao longo do tempo, não atender aos critérios de justiça e de legalidade.

Nesse contexto, assim como afirma Grotius, as regras do direito serão deduzidas da natureza do homem e que, por isso mesmo, sua escola de interpretação pode ser classificada como sendo de direito natural. A novidade, no entanto, é que o direito não está mais na natureza externa do homem e sim no pensamento subjetivo do homem e de Deus. Nesse sentido, ele pode afirmar que o justo está no homem assim como fonte da justiça se encontra na razão. A razão, nesse caso, torna-se a essência do homem — do homem moderno, evidentemente — ocupando o lugar de natureza humana⁶.

⁵ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. 2 ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2005. (v. I). p. 79.

⁶ Cf. VILLEY, op. cit., p. 655.

Nesse sentido, é essencial o ensinamento de Marx e Engels, que se encontra em breve trecho da obra *A ideologia alemã II*:

O direito é o espírito da sociedade. (Ora a sociedade é o sagrado). Se a sociedade tem uma vontade, então essa vontade é precisamente o direito; ela só existe através do direito. Mas como ela só existe em virtude do fato (já não é pelo direito, mas unicamente pelo fato) de exercer um domínio sobre os indivíduos, daí se conclui que o direito é a sua vontade dominadora.⁷

Essa vontade dominadora da sociedade encontrou sua projeção no Estado como unidade monopolizadora do direito, sendo constituído, no seio da sociedade, pela concessão desta em não se autorregular, mesmo este direito sendo a sua máxima vontade. Embora a gênese desse direito se pareça com o direito natural, a desconexão é tamanha que sequer é possível sustentar que o direito positivo, em seu passado, tenha sido direito natural. Destaca Villey que:

[...] o positivismo jurídico, isto é, a soberania absoluta da lei positiva no direito (em São Tomás, ao contrário, a lei positiva ocupa apenas um lugar secundário, é apenas uma das duas fontes do direito). Pois à Vontade é dada primazia sobre a razão, se os “poderes absolutos” são exaltados com as liberdades pessoais, as ordens da vontade não passarão a prevalecer sobre o direito natural? No pináculo da moral social, Duns Scoto situa, como vimos, preceitos positivos divinos: “Não matarás”, “Não roubarás”, “Não cometerás adultério” – já que, a seus olhos, esses preceitos são mais positivos que racionais [...] Portanto, para encontrar o conteúdo do direito, é preciso fixar-se no texto da proibição divina, e não mais nos raciocínios fundados na natureza das coisas [...].⁸

Portanto, o direito natural não é o direito positivo, ou simplesmente aquele um continuísmo deste; também não é concebível que o direito positivo seja um direito das coisas diante da insignificância destas frente ao homem como ser livre, muito mais próximo de Deus. Entretanto, não podemos aceitar que o direito positivo seja natural em decorrência da sua imperatividade e arbitrariedade, já sinalizadas por Hobbes.

A fragilidade do direito natural e sua estrutura revelam que não tem relação com a estrutura do direito positivo, o qual encontrou, na vontade dos homens, as

⁷ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã II**. Lisboa: Presença, 1975. (v. II). p. 134.

⁸ VILLEY, op. cit., pp. 208-209.

bases de sua edificação. Porém, sendo este homem insuficiente, como diria Pascal, a costura arranjada no contrato social fez dele um digesto positivo incompleto, porque, sequer do ponto de vista político, consegue atingir seus propósitos, como esclarece Rousseau.

Finalmente, quando o Estado, já perto de sua ruína, só subsiste de forma ilusória e vã, quando o liame social já se rompeu nos corações, quando o mais vil interesse apodera-se descaradamente do sagrado nome do bem público, aí a vontade geral emudece, e todos guiados por motivos secretos não opinam mais como cidadãos, como se o Estado jamais tivesse existido e, de forma fraudulenta, se fazem aprovar, sob o nome de Leis, decretos iníquos que só têm por objetivo o interesse particular.⁹

Se esse direito positivo não é nada de direito natural, sua incompletude o afasta deste, revelando sua singularidade e suas deficiências, inclusive de se concretizar, sem que houvesse a presença do Estado. Segundo Villey:

Se quando São Tomás reabilitava a razão, ele o fazia com plena consciência de sua fraqueza e de seus limites, o racionalismo moderno teve louca ambição de deduzir da natureza do homem individual um sistema de regras jurídicas certas, imutáveis, universais, de regras jurídicas imaginadas com base no modelo das regras expressas que a lei positiva produz, mas que teriam por autores não a vontade, mas a Natureza ou a Razão. Isso não passava de uma mistura informe de direito natural e de positivismo jurídico.¹⁰

A inconsistência e a imprecisão da fonte desse direito, calcada na natureza e na razão, o fez ser o que é: algo refratário, pois, ao mesmo tempo em que tem como fim garantir a proteção do homem, não o faz; embora legitimado, não consegue, unisonamente, ter legitimidade; outrossim, construiu o Estado como representante pela vontade geral, mas caricaturou suas Leis pela natureza ou pela razão, solos estes da incerteza, criando, assim, um conflito genético de linguagem enquanto sua natureza conceitual, conforme cotejado por Kant:

⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a economia política e do contrato social**. Petrópolis: Vozes, 1995, pp. 156-157.

¹⁰ VILLEY, op. cit., p. 296.

Ora o conceito de uma coisa como fim natural é aquele que subsume a natureza sob uma causalidade que somente é pensável através da razão, para, segundo este conceito, julgar sobre aquilo que é do objeto e dado na experiência. No entanto, para utilizar dogmaticamente para a faculdade de juízo determinante, teríamos que, de antemão, nos assegurar da realidade objetiva deste conceito, porque de outro modo não poderíamos nele subsumir qualquer coisa da natureza. Porém o conceito de uma coisa como fim natural é, na verdade, empiricamente condicionado, isto é somente possível sob certas condições dadas na experiência e não abstraível destas.¹¹

Nessa esteira, o que seria, então, um conceito objetivo de direito? Aliás, como conceituar o direito pela vontade de cada homem? Por sua natureza ou simplesmente por sua razão? A ponte para o encontro do homem com o direito positivo está incompleta, segundo Villey; o positivismo jurídico não atende aos propósitos do homem que quer justiça.

Se levarmos em conta a distinção entre direito objetivo e subjetivo, que é extremamente sutil, na medida em que correspondem a dois aspectos inseparáveis, o direito objetivo nos permite fazer algo porque temos o direito subjetivo de fazê-lo. De fato, como tarefa primordial da norma jurídica, está a de atribuir a um sujeito uma existência ou ao menos inserir uma pretensão de, contra outro sujeito, sobre quem impende, por isso mesmo, uma obrigação, ou seja, um dever jurídico. Mas a pretensão atribuída pelo Direito também é denominada de direito. O significado da palavra não é o mesmo em ambos os casos: no primeiro, corresponde à norma da coexistência, enquanto direito em sentido objetivo; no segundo caso, o significado está ligado à faculdade de pretender, ou seja, direito em sentido subjetivo.

Como vimos, esse debate sobre a objetividade do direito revela uma plurivalência semântica. A palavra direito, ora significa o direito positivo vigente, sinônimo de ordenamento jurídico que vigora em determinado Estado, ora significa o poder que o indivíduo possui de fazer valer seus direitos individuais. Assim como no que dissemos anteriormente, no primeiro caso, falamos de direito objetivo, enquanto no segundo, de direito subjetivo. Nesse sentido, direito subjetivo e direito objetivo são aspectos diferentes de um conceito, o que permite a polissemia de significado, na medida em que, pela palavra Direito, compreendemos as faculdades e a norma do julgar os dois lados de um mesmo fenômeno. Essa polissemia instala, no interior do direito, dois aspectos importantes na visão daquele que julga: um é o aspecto individual; outro, o aspecto social do julgamento.

¹¹ KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1998. p. 319.

A tentativa de superação dessa aparente ambiguidade foi tentar criar leis e mais leis, em busca de colocar tudo dentro da probabilidade legal. Mas, como sabemos, todo esse esforço não foi o suficiente, pois não atingiu o direito dos homens, assim como não alcançou o homem dos direitos, como destacado por Giorgio Agamben, citando Hannah Arendt:

Se os refugiados (cujo número nunca parou de crescer no nosso século XX, até incluir hoje uma porção não desprezível da humanidade) representam, no ordenamento do Estado-nação moderno, um elemento tão inquietante, é, antes de tudo, porque, rompendo a continuidade entre homem e cidadão, entre nascimento e nacionalidade, eles põem em crise a ficção originária da soberania moderna. Exibindo à luz o resíduo entre nascimento e nação, o refugiado faz surgir por um átimo na cena política aquela vida nua que constitui seu secreto pressuposto. Neste sentido, ele é verdadeiramente, como sugere Hannah Arendt, “o homem dos direitos”, a sua primeira e única aparição real fora da máscara do cidadão que constantemente o cobre. Mas, justamente por isto, a sua figura é tão difícil de definir politicamente.¹²

A proposta de proteção parece não acontecer; o Estado faz do homem um tema da política, das propostas, um fantoche da pseudoproteção, isso porque o seu direito subjetivo positivo moderno não é alcançado pelo direito positivo (sem qualquer critério valorativo), ainda pregado e defendido pelo sectário Estado, levando o homem, aos poucos, ao seu completo definhamento, revelando, assim, o hiato entre o poder constituinte e o poder constituído. O homem, portanto, não é representado; e, se é, é apenas ficticiamente.

Ao que parece, o homem vive um eterno sonho ou simplesmente uma “doce ilusão”, segundo Hart:

Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência “mecânica”.¹³

¹² AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. 2 ed. Belo Horizonte, UFMG, 2010, p. 128.

¹³ HART, Hebert. **O conceito de direito**. 4 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 141.

Todavia, essa não é a realidade. A avaliação e a justificação permeiam nossa cultura jurídica do cotidiano. A vã tentativa de desconsiderar este fenômeno leva à insubsistência do positivismo jurídico. Nas palavras de Dworkin, a teoria do direito merece interpretação, não dá para sustentar, segundo Tércio, que o juiz diz a lei. O juiz interpreta a lei para o “homem histórico”, como vaticinava Hegel, num mecanismo de aperfeiçoamento da lei, que, em sua frieza e brutalidade, ou melhor, em seu comando imperativo simples, sem nenhuma carga de valor, não atende aos fins colimados da justiça e da legalidade.

Não há direitos, nem sequer os direitos ditos como humanos. Pode ser compreendido como um supradireito, acima, inclusive, do Estado, mas questionamos que direito é este que não tem coercibilidade e protetividade quanto a sua garantia de aplicação e efetividade frente, inclusive, à fraqueza das convenções internacionais, como bem esclarece Comparato:

Os direitos humanos não existem, no plano internacional, apenas e tão somente quando os Estados resolvem reconhecê-los por meio de tratados e convenções. Pela sua própria natureza, nunca é demais repetir, trata-se de direitos inerentes à própria condição humana, e que, por isso mesmo, não dependentes do assentimento estatal para serem exigidos. “Todos os homens”, proclama o artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, “nascem livres e iguais em dignidade e direito”. Não são os Estados que lhes conferem esses atributos.¹⁴

Dessa forma, à luz do pensamento de Villey, o direito positivo moderno não se sustenta sobre o jaez do direito positivo ou do clássico positivismo jurídico, considerando o desprezo que este dá à condição humana, como unidade que exige e não espera direitos como os da sua proteção. O grande equívoco da filosofia do direito foi fazer uma leitura errônea das origens de cada direito, ou seja, do direito das coisas, do direito natural e do direito positivo, como sendo algo simples ou simples consequência evolutiva darwiniana do direito.

Assim, à luz da perspectiva do direito subjetivo moderno, o positivismo que ele encampa é totalmente distinto do que aquele cultivado ao longo da história positivista; a crítica deflagrada por Villey busca demonstrar que a justiça semeada é aquela ainda retrógrada objetável, peculiar em sua origem e em sua natureza, convolvendo-se em inadequada ao próprio homem, como ser dotado de valores.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 200, p. 253.

3. CONCLUSÃO

Nesse contexto, a deficiência do positivismo é desmascarada por Villey na medida em que aquilo que é definido como válido, na acepção jurídica do termo, somente atende a alguns, depondo, dessa maneira, contra a forma mais comezinha do direito, que é o senso de direito e o senso de justiça, já destacado outrora por Platão, no livro IV da República, ao citar a passagem do anel de Gíges.

Criando, no plano sensível, uma diversidade de mundos sobre a égide da mesma lei, sintoma este que leva o subjetivismo jurídico moderno não somente a tornar claras e evidentes as anomalias do positivismo jurídico, mas revelar, com nitidez, que o direito, encapsulado por este, não tem o condão de atingir a justiça que defende o direito subjetivo moderno.

Isso evidencia, por esse prisma, que a sociedade moderna codificada, ora decodificada, recebe uma falsa representação da legalidade e da justiça, em que o direito acaba tornando-se privilégio de uma pequena minoria, fraturando, assim, não somente a concepção de comunidade e do coletivo, mas fazendo com que o direito não passe de uma mera expectativa, algo inatingível ante seu caráter quase que metafísico; por essa razão, de difícil sustentação, quanto à afirmação da travessia do direito positivo ao direito positivo subjetivo moderno, que representa, em nossa modernidade, outra modalidade de direito, contendo uma singularidade quanto às suas origens, à estrutura e à finalidade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua** I. 2 ed. Belo Horizonte, UFMG, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 2 ed. Bauru: Edipro, 2003.

_____. **Direito e poder**. São Paulo: UNESP, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**. 9 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. 2 ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2005. (v. I).

HART, Hebert. **O conceito de direito**. 4 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1998.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. 3 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã II**. Lisboa: Presença, 1975. (v. II).

NASCIMENTO, Milton Meira. **A teoria do seres morais**, SRD. (Apostila, 2011).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a economia política e do contrato social**. Petrópolis: Vozes, 1995.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.