



*COORDENAÇÃO GERAL*

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

# ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

---

**TOMO 1**

## **TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO**

*COORDENAÇÃO DO TOMO 2*

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

**ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP**  
**TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA**  
**DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

DIRETOR  
*Pedro Paulo Teixeira Manus*  
DIRETOR ADJUNTO  
*Vidal Serrano Nunes Júnior*

**ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1**

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello	Nelson Nery Júnior
Elizabeth Nazar Carrazza	Oswaldo Duek Marques
Fábio Ulhoa Coelho	Paulo de Barros Carvalho
Fernando Menezes de Almeida	Ronaldo Porto Macedo Júnior
Guilherme Nucci	Roque Antonio Carrazza
José Manoel de Arruda Alvim	Rosa Maria de Andrade Nery
Luiz Alberto David Araújo	Rui da Cunha Martins
Luiz Edson Fachin	Tercio Sampaio Ferraz Junior
Marco Antonio Marques da Silva	Teresa Celina de Arruda Alvim
Maria Helena Diniz	Wagner Balera

**TOMO DE TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO | ISBN 978-85-60453-36-8**

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo I (recurso eletrônico)  
: teoria geral e filosofia do direito / coords. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro  
Gonzaga, André Luiz Freire - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017  
Recurso eletrônico World Wide Web  
Bibliografia.  
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire,  
André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

## DIREITO E POLÍTICA

*Marcus Faro de Castro*

### *INTRODUÇÃO*

Os termos “direito” e “política” referem-se a conjuntos distintos de fenômenos, embora relacionados entre si. Desde o século XIX, em especial sob a influência de F. C. von Savigny e seus sucessores, tornou-se pronunciada a tendência, entre juristas, de se separar radicalmente o direito da política. Contudo, seria impossível tornar inexistentes as relações entre os fenômenos que cada um dos termos designa. As relações entre direito e política ocorrem no plano empírico de maneiras variadas, mas um ideal de subordinação da política ao direito tem sido cultivado desde tempos remotos.

### *SUMÁRIO*

Introdução.....	3
1. Direito e política: distinções úteis.....	4
1.1. O que significa “política”?.....	4
1.2. O que significa “direito”?.....	5
1.2.1. O direito como jurisprudência.....	5
1.2.2. O direito como emancipação.....	8
1.2.3. O direito como instrumento de opressão.....	11
2. Disjunções e relações entre direito e política.....	14
2.1. O direito é política.....	14
2.2. O direito contraposto à política.....	16
2.3. Direito, políticas públicas e a política dos direitos.....	19
3. Observações finais.....	23
Referências.....	25

## 1. DIREITO E POLÍTICA: DISTINÇÕES ÚTEIS

### 1.1. O que significa “política”?

A palavra “política” deriva do vocábulo grego πολις, cuja tradução latina é *civitas*. Como se sabe, na Grécia antiga, πολις era o nome dado a um modo de organização peculiar de uma comunidade. A peculiaridade dessa forma de organização entre os gregos decorria de esforços para mudar a maneira de se entender e ordenar a vida em sociedade. Tais esforços tornaram-se visíveis após as Guerras Persas (490-78 a.C.), aproximadamente coincidindo no tempo com o aparecimento da sofística e da filosofia. Essa transição estabeleceu a tendência de se relativizar o peso do costume tradicional (incluindo todas as suas crenças ancestrais e preconceitos) enquanto vetor determinante de identidades e de condutas moralmente valorizadas como boas.<sup>1</sup> Nesse processo, ao lado das ações e declamações passionais, cuja vitalidade e eficácia derivavam do sentimento religioso, e paralelamente à celebração poética das crenças próprias à mitologia politeísta, emergiu um interesse na valorização da deliberação política. Isto ocorreu num momento em que se valorizava também o ideal de “razão”, ou λογος. Diferentemente das ações e declamações tradicionais, a deliberação política abria espaço para que regras como as da retórica e da dialética ou tópica indicassem os caminhos da superação dos desafios práticos da vida em sociedade.<sup>2</sup>

No processo de formação da *civitas*, a sociedade romana em linhas gerais passou por transformação comparável. De um mundo dominado por reis-sacerdotes e pelo primado da experiência religiosa e práticas mágicas, a sociedade romana ingressa, a partir do século VI a.C., num mundo em que, na descrição de Schiavone, “a dimensão pública deixou de ser redutível exclusivamente ao espaço religioso, mas referia-se cada vez mais às funções do exército e das assembleias”.<sup>3</sup> Tratava-se, nesse sentido, do “advento laico

---

<sup>1</sup> DONINI, Pierluigi; FERRARI, Franco *O exercício da razão no mundo clássico: perfil de filosofia antiga*, pp. 57-74.

<sup>2</sup> CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social*, pp. 23-27.

<sup>3</sup> SCHIAVONE, Aldo. *Ius: la invención del derecho en occidente*, p. 91.

da política” em Roma.<sup>4</sup>

Portanto, em seu contexto original, “política” designava essencialmente o que ocorria ou deveria ocorrer na *πολις* (ou *civitas*) e em função dela. O que era “político” abrangia os critérios, referenciais normativos, modos e finalidades do exercício da autoridade dos que ocupavam cargos públicos, ou seja, posições de autoridade estabelecidas e reconhecidas como traços próprios à estrutura da organização política ou constituição. Com o passar do tempo, a organização política que se iniciou na Grécia antiga sofreu transformações e, na era moderna, passou a ser chamada mais frequentemente de Estado.<sup>5</sup> Isto significa que, mesmo na sua acepção moderna, o termo “política”, designa primordialmente a atividade e discursos típicos de quem exerce autoridade “oficial” no âmbito da *πολις* ou Estado. Nesse sentido, genericamente, a política corresponde à totalidade das ações (incluindo falas) praticadas oficialmente por autoridades de um Estado, ou qualquer parte dessa totalidade.

Mas há, ainda, um ulterior significado da palavra “política”, que é uma extensão dos sentidos já explicitados. Nesta ulterior acepção, a palavra “política” designa ações e discursos não oficiais, mas tendentes a mudar a configuração atual das posições de autoridade no âmbito do Estado, os critérios normativos sobre os quais se apoia e suas consequências sociais, econômicas e culturais.<sup>6</sup> Vale dizer: a palavra ou ação, que desafia os cânones substantivos ou procedimentais da política atual e tende a modificá-los, é também política. Neste último caso, portanto, “política” é qualquer ação ou fala que, mesmo ocorrendo no seio da sociedade (ou no âmbito das relações entre sociedades distintas, como é o caso das guerras contra inimigos estranhos à comunidade tomada como referência), tenha a intenção ou o potencial de impactar e mudar estruturas institucionais de um Estado e suas consequências sobre a vida social.

## 1.2. O que significa “direito”?

### 1.2.1. O direito como *jurisprudentia*

---

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> SKINNER, Quentin. *The foundations of modern political thought*, v. 2, pp. 349-358.

<sup>6</sup> A importância política das relações entre sociedade e Estado (i.e., entre grupos sociais e a constituição) são discutidas, por exemplo, em ARISTOTLE. *The politics*, pp. 240-243 (Livro IV, iii).

A palavra “direito”, a seu turno, tem também importantes e diferentes matizes de significado. Primeiramente, deve-se observar que a palavra “direito” é muitas vezes usada para expressar a ideia correspondente ao termo latino *jurisprudencia*. Entre os romanos, esse termo veio a designar um conjunto de práticas intelectuais e institucionais, desenvolvidas a partir da segunda metade da era republicana, mediante as quais uma autoridade do Estado – o pretor – frequentemente agia no sentido de modificar o costume tradicional em situações nas quais antigas regras costumeiras geravam conflitos entre cidadãos.<sup>7</sup> Tais práticas e várias das ideias normativas que iam sendo geradas e institucionalizadas por meio delas (por exemplo, *usucapio*, *accessio*, *mutuum*, *mandatum*, *res Mancipi* etc.) foram, ao longo do tempo, modificando paulatinamente o costume ancestral romano e sendo articuladas em uma tradição que se tornou milenar.

Do ponto de vista de sua articulação intelectual, havia uma sutil, porém importante, relação entre a *jurisprudencia* dos romanos e as elucubrações de sofistas e filósofos gregos. Sobre isto vale a pena esclarecer que o desenvolvimento dos conteúdos da *jurisprudencia* romana resultou não somente da atuação dos pretores, mas também da absorção de opiniões estilizadas, produzidas por intelectuais diletantes da aristocracia, que ficaram conhecidos como jurisconsultos. A consequência disto era que, na formulação de suas contribuições, os jurisconsultos e pretores frequentemente empregavam “raciocínios” formados por influência da dialética da Escola Estoica de filosofia.<sup>8</sup> Ou seja, o discurso jurídico (que era o discurso da *jurisprudencia*) beneficiou-se de formalismos estoicos para articular o modo como as ideias normativas eram produzidas, viabilizando um certo afastamento delas em relação a crenças imemoriais e injunções tradicionais.

Assim, enquanto resultado de um trabalho cumulativo, a *jurisprudencia* romana criou referenciais normativos produzidos pela atividade do pretor em colaboração intelectual com os jurisconsultos. Esse trabalho inovava aos poucos as práticas sociais e

---

<sup>7</sup> O cargo de pretor foi criado em 367 a.C. O pretor, que atuava em Roma (daí a designação *praetor urbanus*), detinha autoridade ampla, inclusive militar (*imperium*). A autoridade do pretor, portanto, era comparável à dos cônsules, porém menor (*minus*). Nesse sentido, o *praetor*, era *collega minor consulis*. Em 242 a.C. foi criado o cargo de um segundo pretor (o *praetor inter peregrinos*) para atuar nas províncias. BRENNAN, Corey T. *The praetorship in the roman republic*. Atribui-se ao *praetor inter peregrinos* a elaboração do *jus gentium*, ou direito das gentes, sobre o qual ver adiante.

<sup>8</sup> BERMAN, Harold J. *Law and revolution*, pp. 132-143; MATOS, Andityas. *O pórtico e o fórum*.

impulsionava mudanças em prol do projeto político representado pela comunidade política de Roma. Como se sabe, esta comunidade cresceu, inicialmente ampliando-se para dominar a península itálica e o norte da África e, de uma república, acabou se transformando em um vasto império, não sendo razoável negar o papel do direito em tal expansão.

Com efeito, o direito romano foi, de certo modo, um sustentáculo do modo de organização e expansão da sociedade romana, durante um tempo longo. Ao lado do direito de seus próprios cidadãos (*jus civile*, modificado aos poucos pelo pretor), Roma desenvolveu também um direito – o *jus gentium*, por muitos considerado um antecessor do direito internacional – que servia para ajudar na superação de conflitos entre romanos e estrangeiros (ou entre estrangeiros apenas). Sabe-se que a permanência das legiões romanas espalhadas nas províncias era facilitada pela flexibilidade do costume, refletida na abertura dos soldados para o sincretismo religioso. Tudo isso contribuiu para que o Império Romano, se considerada a permanência de Constantinopla após a queda do Império do Ocidente em 476 d.C., tenha tido uma duração de cerca de 1.500 anos, com o auxílio do direito.

Na Idade Média europeia, o direito romano foi seletivamente apropriado para, ao lado de elementos oriundos do costume bárbaro de tribos germânicas, ser empregado em cidades, principados e reinos, sendo ao mesmo tempo crescentemente adaptado para atender a finalidades variadas, próprias a diferentes projetos políticos e econômicos. É difícil negar que o direito tenha atraído o apoio de líderes políticos por constituir um meio para assegurar a realização de certos interesses estratégicos. A técnica de empregar o discurso modulado pela dialética, às vezes de modo misturado com a retórica, mas dando a base para o exercício de um controle prático sobre processos sociais, foi marcante no continente europeu. Na Inglaterra, o direito que se projetou para além dos costumes bárbaros existentes secularmente na ilha correspondeu ao *common law*, resultante do trabalho cumulativo dos tribunais criados a partir da corte do rei (*curia regis*) após a invasão normanda, ocorrida no século XI.<sup>9</sup> Assim, “direito” veio a designar não somente

---

<sup>9</sup> Comparações entre o modo do desenvolvimento do direito civil romano clássico e o *common law* não são desprezíveis. Schiavone, por exemplo, observa, a esse respeito: “O que costumamos chamar ‘direito romano’ (...) [foi] um ‘direito consuetudinário vivente’, de estrutura casuística, orientado pelos especialistas; muito mais parecido, em sua configuração madura, com o moderno direito inglês e (em certos aspectos) com o estadunidense (...) do que com o direito francês posterior à codificação napoleônica, ou o

as práticas da *jurisprudencia* criada pelos romanos, mas também seus referenciais intelectuais abstratos e suas posteriores modificações, bem como adaptações de tais referenciais em sistemas institucionais distintos, entre os quais se destacam, além do *common law*, o direito dos comerciantes (ou “direito comercial”) e o da Igreja Romana (o “direito canônico”).<sup>10</sup>

Em resumo, embora passando por muitas transformações e adaptações, a tradição do direito, originada na república romana, estendeu-se ao longo dos séculos, alcançando o modo como inúmeras comunidades políticas (ou religiosas, no caso de diversas igrejas) se organizam e processam parte de seus conflitos no mundo contemporâneo. Contudo, deve-se admitir que alguns “direitos” – este foi o caso do *common law* – desenvolveram instituições com base em raciocínios e derivações discursivas relativamente independentes de legados substantivos do direito romano.

### 1.2.2. O direito como emancipação

Em um outro sentido, a palavra “direito” designa não um conjunto de práticas intelectuais e institucionais, mas sim um referencial normativo abrangente, advindo de um novo fundamento geral dado ao pensamento sobre a política e sobre o direito, a partir do século XVII na Europa. Trata-se da ideia normativa, de caráter genérico e abstrato, que muitos juristas chamam “direito subjetivo”. Essa ideia resulta de controvérsias e debates filosóficos travados na Europa desde o século XIV, que evoluíram e convergiram para favorecer o florescimento da filosofia do direito natural nos séculos XVII e XVIII.

Na acepção contida na expressão “direito subjetivo”, o conteúdo semântico da palavra “direito” remete a ideias normativas que vieram a caracterizar, nos campos da filosofia política e do direito, a estruturação moral da individualidade, entendida como

---

direito italiano após o código de 1865”. SCHIAVONE, Aldo. *Ius: la invención del derecho en occidente*, p. 48. Ver também CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social*, pp. 62-63.

<sup>10</sup> Para uma breve visão geral do direito dos comerciantes na Idade Média europeia, ver ROBINSON, O. F.; FERGUS, T. D.; GORDON, W. M. *An introduction to European legal history*, pp. 153-178. Uma literatura recente tem demonstrado como esse direito era diversificado e fragmentário. Ver, por exemplo, DE RUYSSCHER, Dave. *From usages of merchants to default rules: practices of trade, ius commune and urban law in early modern antwerp*. Sobre o direito canônico como elemento catalisador da propagação do direito na Europa medieval, ver BERMAN, Harold J. *Law and revolution*, pp. 199-224. O direito canônico se interrelaciona substancialmente com a teologia católica. Outras igrejas – por exemplo, as da Comunhão Anglicana – interessaram-se em desenvolver seus “direitos eclesiásticos”. Ver DOE, Christopher Norman. *Canon law in the Anglican communion: a worldwide perspective*.



uma radical abstração. A partir daí, deixa de ser possível marginalizar a vontade individual autônoma como elemento definidor do que é o bem ou justiça. Mas não é possível compreender o pleno significado da expressão “direito subjetivo”, sem que se faça referência à transformação profunda que a cultura ocidental sofreu, em decorrência da propagação do cristianismo e sua contribuição para a articulação da auto-concepção do indivíduo e sua espiritualidade interior, em confronto com componentes materiais e circunstanciais da existência humana. Na verdade, trata-se de um conjunto de noções advindas sobretudo da confluência do cristianismo e do estoicismo, iniciada ainda na Antiguidade.

De fato, ideias sobre a individualidade concebida como uma radical abstração circulavam entre intelectuais desde o período do helenismo, em especial devido a influências do estoicismo.<sup>11</sup> Tais concepções entraram em confluência com as crenças e doutrinas cristãs e por isso, com o tempo, o *λογος* da filosofia grega acabou sendo, na formulação de alguns autores na Idade Média, amalgamado como as noções cristãs de Verbo divino e com o Decálogo.<sup>12</sup> Mas, na Antiguidade, concepções abstratas de individualidade permaneceram neutralizadas do ponto de vista de suas efetivas implicações práticas, não chegando a ser empregadas como fundamento de qualquer aspecto da institucionalidade do direito romano .

Sobre o tema, vale a pena lembrar o que escreveu Villey. Esse autor assinala que, embora o mundo dos romanos fosse repleto de modos de convalidar socialmente, em diversas circunstâncias, a vontade individual de cidadãos, dando-lhe especificidade inteligível e concretude institucional por meio de figuras jurídicas como *dominium*, *manus*, *imperium*, *potestas*, nada disso era concebido como sendo sequer semelhante ao que mais tarde passou a ser entendido como “direito subjetivo”.<sup>13</sup> Prolongando sua observação, Villey acrescenta, ainda, com uma ponta de ironia: “Que eu saiba, os romanos jamais imaginaram fazer de seus poderes [juridicamente articulados] algum direito, um ‘direito do homem e do cidadão’”.<sup>14</sup>

Foi por influência de debates filosóficos medievais, renascentistas e da época do

---

<sup>11</sup> BLOCH, Ernst. *Natural law and human dignity*, pp. 17-24.

<sup>12</sup> CHADWICK, Henry. *The early church*, pp. 74-115.

<sup>13</sup> VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 245.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 246.

Iluminismo, como também em virtude da propagação da religião cristã no ocidente, que uma noção de individualidade genérica e abstrata se infundiu na visão de mundo subjacente à formação da moderna sociedade ocidental.<sup>15</sup> E o gesto – realizado por Locke – de acrescentar articuladamente a esta concepção moral abstrata da individualidade o seu aspecto material fez nascer o conceito jusfilosófico de “propriedade” em sua acepção moderna.<sup>16</sup> A ideia de propriedade deixou de estar vinculada a conotações antigas de poder ou domínio exercido sobre algo ou alguém, (como no *dominium* do vocabulário jurídico romano), para denotar liberdade.<sup>17</sup> Tal conceito foi, a partir de então, em formulações adaptadas, alçado a uma espécie de “centro gravitacional” de uma constelação de ideias jurídicas mediante as quais os juristas pretenderam, com o advento de mudanças institucionais em curso na Europa nos séculos XVII e XVIII, contribuir para instaurar a ordem das comunidades políticas que procuravam se organizar à medida que iam se rebelando contra – e derrotando – os partidários da ordem herdada do passado, que ficou conhecida como “Antigo Regime”.

A transição do “Antigo Regime” para as sociedades mais recentes contou com o crucial auxílio de ideias providas pelos juristas, repassadas no caldo intelectual da filosofia do direito natural dos séculos XVII e XVIII. Eram principalmente os juristas que trabalhavam debruçados sobre legados (modificados) do direito romano e os que davam continuidade à tradição do *common law*. A grande maioria desses juristas – juntamente com os filósofos que eles tinham como referência – prezavam enfaticamente a ideia de “direito natural”, que está na base de monumentos jurídicos como o Código Civil francês, promulgado em 1804, e os famosos *Comentários* de Blackstone.<sup>18</sup> No ambiente intelectual a época, a noção de “direito subjetivo” era identificada com um conceito metafísico, abstrato e universal, de “natureza humana”, às vezes tomado como uma decorrência da ordem do próprio universo, uma ordem tida como insuperável, que a física

---

<sup>15</sup> Uma visão geral sobre a influência de debates filosóficos, com influência cristã, sobre a formação da moderna sociedade ocidental pode ser encontrada em DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*, pp. 35-114.

<sup>16</sup> LOCKE, John. *Second treatise of government*, pp. 18-30 (Livro V).

<sup>17</sup> O direito de propriedade ficou conhecido na tradição do direito romano pela fórmula romanística frequentemente repetida: *jus utendi, fruendi abutenti* (o direito de usar, fruir e abusar). O aspecto do “abuso” talvez seja o que mais chama a atenção do leitor moderno – é um traço que é expressamente rejeitado na concepção lockiana de propriedade. LOCKE, John. *Ibidem*. Para uma discussão do direito de propriedade no direito romano, ver NICHOLAS, Barry. *An introduction to roman law*, pp. 153-157.

<sup>18</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*.

newtoniana parecia ter revelado em caráter definitivo.

Nesse contexto, o conceito de direito natural, entendido como “direito subjetivo”, denotava a igualdade entre todos os indivíduos (considerados apenas como abstrações), uma vez que a natureza humana, a que a noção de direito natural se vinculava, era considerada universal, sendo portanto tida como igual, a mesma, para todos as pessoas, sem distinção. Entre os grupos mais entusiasmados com essas novas concepções jurídicas e filosóficas estavam, primordialmente, os que tiravam vantagens de suas atividades comerciais e financeiras, mas também parcelas importantes de antigas aristocracias, que se renovavam. Dar a todos os indivíduos, sem distinção, o poder prático (juridicamente articulado) de permanecer a salvo de constrangimentos ou estorvos impostos por atos considerados opressivos, praticados por autoridades do Estado – uma opressão cujo símbolo maior era a autoridade do rei, constitucionalmente estabelecida em posição de superioridade política incontestável – foi o ideal que impulsionou as Revoluções liberais (1688-89, 1776 e 1789) e suas repercussões intelectuais e práticas em inúmeras sociedades mundo afora.

Sendo impregnada de sentidos que expressavam a concretização da individualidade abstrata, portadora da aspiração de tornar a existência de cada um livre de quaisquer constrangimentos, a noção de direito subjetivo foi logo ostentada ruidosamente em “declarações” solenes<sup>19</sup> e incorporada ao texto de constituições, tornando-se uma retumbante promessa de libertação de todos os indivíduos, indistintamente, relativamente a quaisquer práticas opressoras. Porém, como se sabe, essa promessa, tão repetida e estrepitosamente celebrada, até hoje não foi cumprida.

### *1.2.3. O direito como instrumento de opressão*

De fato, apesar de os juristas e filósofos terem proclamado nos séculos XVII e XVIII a validade de um conceito universal de “direito natural”, promotor individualidade

---

<sup>19</sup> A mais famosa das quais, certamente, foi o documento da Revolução Francesa, conhecido como Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que foi acrescentada ao início da constituição francesa de 03 de setembro de 1791. Como se sabe, a partir do século XVIII tornou-se comum que “cartas de direitos” passassem a ser integradas às constituições. Além disso, “declarações” de direitos foram subsequentemente usadas no direito internacional sob a rubrica de “direitos humanos” (por exemplo, a também famosa Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU em 1948).

abstrata e da igualdade, os sistemas de regras e princípios postos em prática em nome do direito natural em vários de seus aspectos instituíam rígidas hierarquias opressoras, todas paradoxalmente defendidas como necessárias. Talvez o caso mais gritante dessas hierarquias tenha sido o que se expressou na noção de “incapacidade civil”. Esse conceito jurídico instituiu, como complemento das proteções dadas ao proprietário, i.e., ao chefe da família patriarcal, a inferioridade jurídica e a subalternidade social e política de mulheres, crianças, silvícolas, lunáticos e, em geral, de todos os que não houvessem adquirido domínio econômico sobre quantidades consideráveis de riqueza material.

Outros casos de opressiva hierarquização paradoxalmente tornada compatível com o direito após as revoluções liberais foram os da escravidão e o da inferioridade dos interesses dos trabalhadores no contexto das relações entre patrões e empregados. Quanto à superação da escravidão, foi necessário esperar a sua proscrição legal, passando a hierarquização advinda de diferenças raciais a ser sustentada por meios sutis de discriminação, não detectáveis pelas categorias jurídicas disponíveis. No caso das relações trabalhistas, a hierarquização opressiva foi apenas parcimoniosamente mitigada onde os sindicatos de trabalhadores adquiriram força política a partir de finais do século XIX, beneficiando-se da invenção de instituições jurídicas novas.

Essa ordem dita “liberal”, que exaltava a liberdade e proclamava a igualdade entre todos os indivíduos, enquanto escondia e trabalhava para manter hierarquias opressoras, tornou-se típica das sociedades europeias entre meados do século XIX a inícios do século XX, sendo emulada em várias partes do mundo, inclusive no Brasil da Primeira República. Mas o prestígio das ideias jurídicas mais abstratas, com base nas quais foi construída, se prolonga em várias formulações que têm curso entre muitos juristas até hoje.

Por fim, a ordem liberal, ligada à centralidade do “direito como emancipação”, tinha ainda caracteristicamente o complemento constitucional da limitação do sufrágio. Tal limitação se concretizava em decorrência da afirmação de um “direito subjetivo” que era juridicamente reconhecido apenas aos homens detentores de propriedade – e compunham, portanto, o patriarcado. Como exemplo, o Quadro 1 abaixo contém dados sobre a reduzida participação eleitoral no Brasil no período da Primeira República.

**Quadro 1 – Participação Eleitoral no Brasil,  
1872-1945**

Ano	Votantes	% da população total
1872	1.097.698	10,8
1886	117.022	0,8
1894	290.883	2,2
1906	294.401	1,4
1922	833.270	2,9
1930	1.890.524	5,6
1945	6.200.805	13,4

Fonte: Carvalho, 2003, p. 395.

A frustração da grandiloquente promessa do “direito como emancipação” levou a contestações políticas inúmeras. As reivindicações contidas nos movimentos de contestação, que incluíam levantes políticos de inspiração socialista, greves e campanhas em favor da expansão do sufrágio, poderiam ter suscitado inovações jurídicas efetivamente emancipatórias, capazes de promover um real encontro das aspirações de emancipação dos indivíduos com as ideias e instituições jurídicas.

E, de fato, no início do século XX, pareciam estar dadas as condições favorecedoras de uma tal democratização do direito. Em certo sentido, um caminho para mudanças importantes parecia ter sido aberto ainda no século XIX pela filosofia de Hegel, que havia estabelecido a tendência de se pensar o direito a partir de liames sociais efetivos entre indivíduos – abandonando concepções que entendiam o direito em geral como uma projeção de um conceito de individualidade puramente formal.<sup>20</sup> Hegel também ajudou a propagar a ideia de que a sociedade deveria se relacionar com o Estado por meio de corpos intermediários. Além disso, estava em curso, em vários países, um processo de expansão da democracia, e conseqüentemente legislações de caráter “social” passavam a ser aprovadas por governos (regulamentação da jornada de trabalho, seguro desemprego, proibição do trabalho infantil etc.). Nesse ambiente, uma vez expostas as contradições

---

<sup>20</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*, pp. 1-45, 137 et seq.

internas das doutrinas clássicas de fundamentação jusnaturalista, o crescimento da democracia mobilizadora das massas tornaria difícil evitar que as instituições jurídicas se inovassem e – possivelmente – se democratizassem.

Contudo, os juristas e governos mais frequentemente apoiaram uma guinada positivista no direito. Por meio dessa reorientação, os juristas de maior prestígio abandonaram vinculações intelectuais a doutrinas de direito natural e se refugiaram em formalismos extremos, conforme será discutido abaixo.

## **2. DISJUNÇÕES E RELAÇÕES ENTRE DIREITO E POLÍTICA**

### **2.1. O direito é política**

As discussões desenvolvidas até aqui contêm várias indicações de que o “direito”, tomado como um todo, pertence à “política”. Ou seja: como um conjunto de fenômenos, o direito não ocorre no vazio, não “flutua” no vácuo. Ao contrário, o direito integra sempre um projeto político concreto, encarnado na *πολις* ou *civitas*. Nesse sentido, pode-se dizer que o direito vincula-se fundamentalmente à política, e certamente constitui uma forma estilizada de se praticar a política.

De fato, os indivíduos que determinam o que o direito é, em suas dimensões tanto intelectual quanto prática, interferem decisivamente na vida da sociedade e nas atividades do próprio Estado. Os juízes (e juízas), figuras modelares dos juristas, destilam e fixam os conteúdos que constituem o direito, alteram pactos celebrados entre outros indivíduos ou entre grupos sociais e organizações, criam exceções para regras postas, estipulam a existência e modulam o alcance prático de princípios normativos gerais, convalidam ou invalidam a boa-fé declarada, interditam ou liberam atividades e espaços, desmancham e refazem famílias, admitem ou inviabilizam a recuperação financeira de empresas, estruturam as filigranas normativas sobre condutas que devam ser tidas como válidas na comunidade política, restringem a liberdade de alguns e dão-na a outros, chancelam ou vetam, no todo ou em parte, ações de autoridades do Estado. Por todos esses meios, os juízes e juízas, coadjuvados por advogados dos setores público e privado, atuam no sentido de sedimentar, ou reformar, as normas da comunidade política e suas projeções em instituições vivas. Esses indivíduos são agentes da comunidade política, ou

seja, são autoridades da *πολις*. Portanto, é correto dizer que o direito tem, sim, caráter político. Nesse sentido, é também político o processo judicial, que distribui a justiça: ocorre como parte das atividades que dão vida, seiva e coesão interna à *πολις*.

Por outro lado, seria incorreto dizer que o direito sempre se confunde com a política. Admitir tal indistinção entre direito e política seria sustentar que o direito é em qualquer caso completamente absorvido pela política, ou vice-versa. Na verdade, uma completa assimilação mútua entre direito e política ocorre somente em autocracias. Para entender isso, as distinções sobre as formas de governo consideradas por Montesquieu podem ser úteis.

As autocracias, nos termos da discussão de Montesquieu, são regimes despóticos. O despotismo, diz Montesquieu, é aquele regime em que “um só, sem lei e sem regra, arrasta tudo por sua vontade e seus caprichos”.<sup>21</sup> E, em tal regime, a política é envolta pelo medo. Portanto, no despotismo, o medo torna-se um “princípio” que permeia todas as ações e falas relacionadas à vida da *πολις*. No despotismo, o medo causado pelas “horríveis crueldades” do governante, arrebatava a vontade dos súditos, arrasa todo sentimento de individualidade e conduz à “obediência extrema”.<sup>22</sup>

Feitas essas considerações, pode-se perceber que, com exceção do caso da autocracia, sempre haverá uma parcial separação entre direito e política. A situação mais comum, então, será a da coexistência do direito em *sobreposição parcial* com a política institucionalizada. Esta sobreposição corresponde à esfera do direito plenamente positivado, que coincide com a política plenamente institucionalizada. Aqui, a assimilação mútua entre direito e política é total. Por outro lado, na parte em que o direito existe ainda como debate sobre a política – tipicamente, o debate jurisprudencial e doutrinário que considera, com seriedade e competência analítica, a palavra ou ação, que desafia os cânones substantivos ou procedimentais da política atualmente institucionalizada e tende a modificá-los, – nessa parte, o direito é o portador de promessa

---

<sup>21</sup> MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*, p. 532 (Livro II, 1).

<sup>22</sup> A única hipótese, admitida por Montesquieu, de limitação (parcial) da vontade do governante, e que pode às vezes mitigar a prevalência de seus arbítrios e crueldades, advém da observância de leis religiosas. Nesse sentido, diz Montesquieu: “Pode alguém abandonar seu pai, pode até matá-lo, se o príncipe ordena: mas não beberá o vinho, mesmo se ele assim quiser e ordenar. As leis da religião constituem um preceito superior, porque elas são dadas acima da cabeça do príncipe, como acima da dos súditos”. MONTESQUIEU. *Op. cit.*, pp. 539-540 (Livro III, 10). Portanto, a coincidência do direito com a política, nesses casos, pressupõe que o direito tenha fundamentos teológicos, e que alguma relação se estabeleça entre os líderes religiosos e o príncipe, ou que o príncipe seja o líder político e religioso de uma teocracia.

de transformações que devem ser orientadas para tornar a sociedade mais justa.

## 2.2. O direito contraposto à política

Conforme se mostrou acima, apesar de o direito pertencer à política, nem sempre isto ocorre para o bem. Muitos exemplos históricos podem ser encontrados em que o direito gerou sofrimentos, injustiças e males extremos. Assim a história registra situações em que o direito foi posto a serviço de ditaduras, nas quais a liberdade de expressão e a contestação política pacífica foram reprimidas violentamente. Mas há exemplos em que o uso do direito favorável à permanência de práticas opressivas adquire feições mais sutis. Um exemplo histórico pode ser encontrado na guinada do direito para o positivismo formalista, que muitos juristas promoveram diante do crescimento da democracia na virada do século XIX para o XX. Tal guinada sem dúvida ajudou a evitar que fossem introduzidas inovações nas instituições jurídicas, capazes de democratizar o direito.

Ora, conforme visto acima, sobrevivendo, em finais do século XIX, o fracasso da promessa contida na ideia do “direito como emancipação”, e dada a multiplicação das contestações políticas da ordem institucional vigente, que camuflava hierarquias opressoras, muitos juristas se furtaram de contribuir com seus talentos intelectuais para construir uma ordem nova – a ordem de uma sociedade onde a liberdade fosse assegurada todos os indivíduos, com o auxílio do direito. Ao contrário, trabalharam para conservar a ordem posta.

Esse conservadorismo, em geral, buscou refúgio nos positivismos formalistas – tais como os elaborados por correntes ligadas à chamada Jurisprudência dos Conceitos, à Jurisprudência Analítica e a autores como Christopher C. Langdell e Hans Kelsen.<sup>23</sup> As linhas de elaboração jurídica reconhecíveis por esses nomes praticaram o que Duncan Kennedy<sup>24</sup> descreveu como “abuso da dedução”, que resultou de reducionismos formalistas extremados. Em todos esses casos, o direito permaneceu como uma instância técnica, pretensamente neutra perante a política. As construções dos juristas em todos esses casos eram vistas como assentada em fundamentos “científicos”, guardando assim

---

<sup>23</sup> CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social*, pp. 123-162.

<sup>24</sup> KENNEDY, Duncan. *Three globalizations of law and legal thought: 1850–2000*, p. 39.



um caráter técnico, e não político. A concepção do direito como uma atividade “técnica” lhe conferia uma aparente neutralidade perante a política e militava em favor do estabelecimento da precedência do trabalho do jurídico, de caráter científico e técnico, sobre a política como meio de determinação das normas de conduta válidas em qualquer sociedade. Foi até mesmo elaborada uma “teoria geral do direito”, com pretensa validade universal.<sup>25</sup> Mas, com esses expedientes intelectuais, os juristas conservadores estavam, evidentemente, fechando a possibilidade de que os debates suscitados por de grupos insatisfeitos com a ordem vigente fossem considerados em seu mérito.

Uma importante manifestação do interesse de um jurista influente em fixar o entendimento de que o direito necessita ser considerado uma “ciência”, devendo ser separado da política e permanecer contraposto a ela, tinha aparecido com Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Valerá a pena discutir brevemente o argumento de Savigny, dada a grande influência de suas ideias sobre a cultura jurídica de muitos países, mesmo se tal influência tenha se dado por intermédio de formalizações de seu pensamento, introduzidas pela Jurisprudência dos Conceitos.

Antes de passar às ideias de Savigny sobre a contraposição entre direito e política, é preciso dizer algumas palavras acerca dos vínculos do direito com a racionalidade. Sobre isso vale a pena sublinhar que, por suas relações com a esfera do *λογος* desde a Antiguidade, o direito, enquanto *jurisprudencia*, sempre manteve ao menos algum distanciamento em relação senso comum. O direito desde o início exigia do jurista um treinamento em habilidades intelectuais especializadas. Na Idade Média, no continente Europeu, o ensino do direito demandava esforços de professores e estudantes nas áreas de competência relacionadas às disciplinas do *trivium* e ainda, evidentemente, familiaridade com os textos da Codificação de Justiniano (no caso do direito civil) e com textos autorizados da tradição dos “cânones” da Igreja (no caso do direito canônico).

Contudo, o advento da revolução científica do século XVII e o prestígio adquirido pelo empreendimento intelectual da física de Newton, que recebeu o beneplácito da filosofia kantiana, abriram a oportunidade para que o direito renovasse as bases de seus vínculos com a racionalidade. O primado da filosofia do direito natural nos séculos XVII e XVIII tornou palatável a construção de sistemas normativos fundados na

---

<sup>25</sup> CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social*, pp. 153-155.

metafísica. Mas a perspectiva kantiana tornou atraente a opção de se construírem conhecimentos de modo a evitar que eles fossem frouxamente inferidos da especulação filosófica mais ou menos indisciplinada ou separada de esforços metodológicos destinados a dar precisão e renovação às formulações que pudessem ser qualificadas como racionais. A obra de Savigny se inscreve nesta perspectiva, influenciada pelo programa kantiano<sup>26</sup> e suas ideias afastam o direito da política e da democracia. Talvez por isso elas tenham-se tornado atraentes para os políticos e intelectuais que se preocupavam com o crescimento da social-democracia na Alemanha, na segunda metade do século XIX.

Em sua famosa obra *Da Vocação do Nosso Tempo para a Legislação e a Jurisprudência*, publicada em 1814, e em outros escritos Savigny argumentou que o direito, em sua realidade institucional, que ele considerava passível de ser satisfatoriamente descrita pela pesquisa histórica, não é algo político, mas sim social. De acordo com Savigny, o direito, refletido em condutas e relações espontâneas entre pessoas, existe de maneira imanente na “consciência comum do povo” (*das gemeinsame Bewußtsein des Volkes*).<sup>27</sup> Corresponde ao costume socialmente gerado e isento de arbitrariedades. O direito é, portanto, na ótica de Savigny, formado de regras de conduta a que o povo de uma nação adere de bom grado e espontaneamente, sem que haja arbitrariedades ou situações opressão. Diz ainda Savigny que pertence ao jurista, equipado com sua “ciência jurídica” – e não aos políticos nos parlamentos – determinar o que o direito é, quais as suas características, quais as suas partes mutuamente articuladas. Somente o jurista, e mais ninguém, é capaz de conhecer no detalhe e globalmente o que o direito é. Com isso, Savigny defendeu a precedência do direito (a ciência jurídica – *Rechtswissenschaft*) sobre a deliberação política, que, na segunda metade do século XIX passaria por um processo mudança com a expansão da representação democrática. Savigny ainda defendeu que, enquanto estrutura normativa e social de origem “invisível”, mas que se torna conhecível pelo jurista praticante da ciência jurídica, o direito forma um “sistema” coerentemente concatenado.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Ver CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social*, pp. 145-152.

<sup>27</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, p. 11.

<sup>28</sup> A ideia de direito como “sistema” ficou consagrada pela influente obra do autor. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Sobre a “invisibilidade” da origem do direito positivo, Savigny afirma, em uma das passagens desse livro, o seguinte: “Como nós assumimos uma origem invisível

Essas ideias de Savigny, que se tornaram enormemente influentes, são até hoje de um modo ou de outro instiladas na mente de estudantes nas faculdades de direito no Brasil e em outros países. Daí as queixas como a de Luciano Oliveira, que reclama da insistência de juristas brasileiros em citar, até levemente e com distorções, origens antigas de instituições jurídicas contemporâneas.<sup>29</sup> Além disso, tendo as ideias de Savigny sido submetidas a um processo de formalização por via da Jurisprudência dos Conceitos,<sup>30</sup> outro vício advindo de Savigny e seus sucessores é o extremado formalismo, de caráter autorreferenciado, característico do trabalho jurídico em países como o Brasil.<sup>31</sup> Tal formalismo aliena o direito da parte da política engajada em buscar modos de mudar a ordem posta e substituí-la por outra, que possa ser considerada mais justa.

### 2.3. Direito, políticas públicas e a política dos direitos

Embora o formalismo jurídico extremado, com raízes no século XIX, continue a ser encorajado em muitas faculdades de direito e em meios profissionais, no Brasil e em outros países, a realidade da política e da vida social mudou drasticamente ao longo do século XX e continua em mudança acelerada no século XXI. Isso significa que o direito mais comumente ensinado e praticado em países como o Brasil envelheceu. E um tal envelhecimento de concepções e práticas jurídicas tem consequências que não devem ser ignoradas.

Com efeito, muitas mudanças tecnológicas, sociais, econômicas e culturais provocaram, sobretudo a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, um distanciamento entre (i) a capacidade “técnica” dos juristas, calcada no aprendizado de formalismos herdados do século XIX e sua realidade institucional, e (ii) a necessidade de auxiliar a comunidade política a enfrentar diversos novos desafios. Os fatores de mudança nas condições de existência das sociedades foram muitos. Não é difícil lembrar de alguns: o aprofundamento da industrialização em vários países e o crescimento do comércio e das

---

para o direito positivo (*eine unsichtbare Entstehung des positiven Rechts*), precisamos dispensar qualquer prova a respeito”. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*, pp. 14-15.

<sup>29</sup> OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*.

<sup>30</sup> CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social*, pp. 153-154.

<sup>31</sup> Para uma discussão do caso brasileiro, ver PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; MATTOS, Paulo T. Lessa. *A crise da pesquisa em direito no Brasil: armadilhas e alternativas ao formalismo jurídico*.

finanças internacionais; os impactos advindos de adversidades, tais quais o aumento de periferias pobres em inúmeras cidades, o agravamento da poluição e a destruição do meio ambiente com consequências para a mudança climática; e ainda mudanças advindas de avanços tecnológicos propagados em massa, tais como televisão, telefonia, comunicação via satélite, antibióticos, novos contraceptivos, controles cibernéticos, computadores pessoais, aceleração do transporte intercontinental etc.

Além de tudo isso, duas outras mudanças contribuiriam alterar o modo como as instituições e suas regras se configuram e são modificadas no mundo atual. Por um lado, houve significativa expansão da democracia.<sup>32</sup> Um número maior de grupos participando de processos eleitorais tende a absorver para dentro da institucionalidade da política o embate entre classes socioeconômicas e a formar, em muitos casos, maior pluralidade e diversidade de aspirações e de visões sobre o bem, presentes no processo político. Por outro lado, ocorreu no período indicado um aumento do interesse de governos e grupos econômicos em recorrer cada vez mais a técnicas de mensuração, organização de dados com emprego de estatística e procedimentos de econometria para estruturar e implementar estratégias de ação econômica e políticas governamentais.<sup>33</sup> Evidentemente, novos desafios para os juristas decorrem dessas inovações, que lhe demandam novas capacidades intelectuais: seja a capacidade de dar significado jurídico à crescente pluralidade de interesses que penetram e circulam nos canais da política, seja a capacidade de se posicionar perante a variedade de especializações que são usadas para estruturar políticas públicas e estratégias de ação privadas. O formalismo jurídico autorreferenciado não se presta a auxiliar no enfrentamento desses novos desafios.

Não se pode olvidar que o abandono da formalidade do direito durante o regime nazista alemão abriu oportunidades para a prática de enormes e graves arbitrariedades.<sup>34</sup> Porém, o radical fechamento do direito em si mesmo, mediante a valorização de formalismos que perdem contato com o que é real – a vida vibrante da sociedade e da política – condenam o jurista a abandonar a missão de fazer do direito um meio de

---

<sup>32</sup> HUNTINGTON, Samuel P. *The third wave: democratization in the late Twentieth Century*.

<sup>33</sup> DESROSIÈRES, Alain. Historiciser l'action publique: l'état, le marché et les statistiques. *Pour une sociologie d'historique de la quantification. L'argument statistique I*, e MERRY, Sally Engle. Measuring the world: indicators, human rights, and global governance. *Current anthropology*, v. 52.

<sup>34</sup> KIRCHHEIMER, Otto. State structure and law in the Third Reich. *The rule of law under siege. Selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*.

emancipação. Nesse sentido, o formalismo extremado apresenta a desvantagem de tornar o direito, em muitas situações, conivente com práticas opressivas e completamente inútil para qualquer outra finalidade. Obviamente, a opressão pode ocorrer mediante o emprego da força crua, mas pode se valer de meios quase imperceptíveis para a maioria das pessoas, como nas opções de configurações de algoritmos e de estruturação de tecnologias da informação<sup>35</sup> e em muitas outras situações. Quem perde com o fechamento formalista do direito são os grupos que buscam mudar a ordem posta para introduzir reformas que coíbam as práticas opressivas e favoreçam a transformação da realidade mediante o desenvolvimento econômico e social.

O exemplo de uma tradição jurídica que ultrapassou o fechamento formalista herdado de século XIX, e pôde assim promover uma salutar “abertura” da disciplina intelectual de professores, juízes e advogados para elementos ínsitos à vida vibrante da sociedade e da política foi o que resultou do movimento conhecido como Realismo Jurídico, nos Estados Unidos de inícios do século XX. Esse movimento, sem formar propriamente uma escola, resultou de convergências intelectuais entre vários juristas que percebiam como o apego ao formalismo prevalecente no ensino e na prática do direito ainda após a Primeira Guerra Mundial era incompatível com as demandas da sociedade por mudanças que reformassem as instituições.

Consequentemente, o direito estadunidense como um todo, dada a influência do Realismo Jurídico, equipou-se para analisar os programas governamentais (políticas públicas) em todas as áreas e níveis da administração pública e para ajudar a impulsionar a evolução das instituições econômicas (por exemplo, a estruturação e reforma do mercado de capitais, o direito societário, as relações trabalhistas etc.). Com isso, o Realismo Jurídico estadunidense foi capaz de criticar o formalismo, elaborar novas concepções jurídicas conducentes a novas percepções da realidade, e explorar na prática novas possibilidades de contribuir para realizar reformas institucionais. Não por outro motivo, os *legal realists* tornaram-se cruciais coadjuvantes na articulação intelectual e

---

<sup>35</sup> Para alguns exemplos, ver PARRA, Henrique Z. M.; ABDO, Alexandre Hannud. Tendências democráticas e autoritárias, arquiteturas distribuídas e centralizadas. *Linc em revista*, v. 12, nº 2; DE FILIPPI, Primavera. Bitcoin: a regulatory nightmare to a libertarian dream. *Internet policy review*, v. 3, nº 2; e DIAKOPOULOS, Nicholas. Algorithmic Accountability: Journalistic investigation of computational power structure. *Digital journalism*, v. 3.

reforma de instituições que impulsionaram o New Deal de Franklin Roosevelt.<sup>36</sup>

Na maioria dos países do mundo, é visível a crescente multiplicação de programas de ação governamentais (políticas públicas) que afetam decisivamente todos os aspectos da vida social e econômica – desde a saúde, a educação e o planejamento urbano, até a produção de alimentos, as telecomunicações, o comércio, o sistema bancário, a segurança internacional e muito mais. Em todos esses casos, o avanço de métodos, procedimentos, novos conhecimentos e tecnologias impactam a vida dos indivíduos e grupos. E afetam as experiências que cada um tem sobre o que é a efetividade de seus direitos subjetivos, muitos dos quais os juristas tratam como “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Esses direitos foram incorporados a constituições, declarações de princípios, tratados e convenções internacionais, mas para a maioria das pessoas no mundo permanecem como enunciados de ideias abstratas, simples “promessas” não cumpridas.

Obviamente esta situação incomoda menos aos grupos que, por toda parte, são capazes de evitar infortúnios muito comuns para consideráveis contingentes da população mundial, que sofrem com deslocamentos forçados (migrações involuntárias), desemprego ou subemprego, pobreza, atrasos tecnológicos, falta de acesso a bens essenciais como água, energia, informação, acesso à moradia e a serviços básicos como segurança, saúde, educação, etc. Sob tais condições, desde que haja uma abertura da cultura jurídica para um engajamento intelectual efetivo dos juristas com a vida social e processos econômicos em curso, há probabilidade de que se desenvolvam debates mediante os quais se procure determinar o conteúdo dos direitos, pois tais conteúdos não existem como algum substrato necessário: são convenções maleáveis,<sup>37</sup> que merecem ser adaptadas para neutralizar e superar quaisquer situações de opressão.

Mas é preciso entender que modificar o conteúdo de direitos, sob as condições do mundo contemporâneo, tende a ser um objetivo decorrente da reforma de políticas públicas. Afinal, as políticas públicas são programas de ação do Estado (por isso se chamam políticas) que se correlacionam com direitos subjetivos. Tal correlação gera

---

<sup>36</sup> CURTIS, Marcus J. Realism revisited: reaffirming the centrality of the new deal in realist jurisprudence. *Yale journal of law & the humanities*, v. 27

<sup>37</sup> A variabilidade contextual dos conteúdos de direitos subjetivos pode ser constatada empiricamente, como indicam DUDAS, Jeffrey R., GOLDBERG-HILLER, Jonathan; MCCANN, Michael W. The past, present, and future of rights scholarship. *The handbook of law and society*.

duplicidade de nomes para as mesmas áreas da vida da comunidade política: política educacional (direito à educação); política habitacional (direito à moradia); política de saúde (direito à saúde); política de mobilidade urbana (direito de ir e vir); etc. Portanto, a existência de políticas públicas pode afetar, e quase sempre contribui para estruturar, as condições práticas, experienciais, de fruição de direitos subjetivos.

O estudo e a pesquisa, em perspectiva jurídica, das estruturas, características técnicas e efeitos de políticas públicas, frequentemente gerando debates acadêmicos e disputas profissionais, é uma necessidade em uma democracia vigorosa. Havendo o engajamento dos juristas em tais pesquisas, debates e disputas, obviamente tende a se formar uma “política dos direitos”, isto é, uma constante discussão pública sobre dilemas que devem levar a escolhas sobre estruturas e reformas de políticas públicas e suas relações com a fruição dos direitos fundamentais, ou direitos humanos, dos indivíduos e grupos.

### 3. OBSERVAÇÕES FINAIS

Estudos, debates e disputas sobre direitos subjetivos via análise e projeções sobre reformas de políticas públicas são, em maior ou menor grau, uma realidade em países legatários da tradição jurídica anglo-americana, em parte como um legado do Realismo Jurídico estadunidense. Algumas tentativas de promover agregações de ideias jurídicas em torno de aberturas interdisciplinares do direito criaram agendas de pesquisa diferenciadas. Direito e Sociedade, Direito e Economia, Direito e Desenvolvimento, Estudos Críticos do Direito<sup>38</sup> são alguns rótulos de esforços para articular tais agendas, nenhuma delas tendo se tornado dominante. Após a marca profunda deixada pelo Realismo Jurídico sobre as ideias e práticas do direito nos Estados Unidos e indiretamente em alguns outros contextos, nenhum outro conjunto de ideias dentre os impulsionados por pelas agendas de pesquisa mencionadas teve penetração importante nas profissões

---

<sup>38</sup> Para algumas discussões ou publicações representativas, ver SARAT, Austin; EWICK, Patricia (orgs.) *The handbook of law and society*; SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*; TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (orgs.). *The new law and economic development*; BOYLE, James. The politics of reason: critical legal theory and local social thought. *University of Pennsylvania law review*, v. 133. Epp pesquisou a “política de direitos”, que ele chama de “revolução dos direitos” (“*rights revolution*”) nos Estados Unidos, Índia, Grã-Bretanha e Canadá. EPP, Charles. *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*.



jurídicas, talvez com a possível e parcial exceção da agenda de Direito e Economia, que afetou, em alguma medida, a evolução da área do direito antitruste estadunidense (tornado artigo de exportação via instituições internacionais como o Banco Mundial). De qualquer modo, as correntes de ideias jurídicas referidas mostram parte de um panorama que tem o potencial de afetar a “política dos direitos”.

As discussões brasileiras sobre as relações entre direito e políticas públicas têm adquirido um impulso significativo a partir da década de 1990, com base em perspectivas analíticas variadas. Um inventário de tendências recentes identificaria, entre tais perspectivas, trabalhos influenciados por várias orientações, abrangendo, ao menos e predominantemente: teorias jurídicas neoliberais na área do direito regulatório, a sociologia política derivada de Bourdieu, a literatura de Direito e Desenvolvimento, os Estudos de Direito Crítico e a ciência política estadunidense.<sup>39</sup> São trabalhos com filiações a agendas de pesquisa, objetivos e vocabulários variados. Compõem um mosaico, mas não um debate. Enquanto isso, o establishment das profissões jurídicas permanece atuando na chave herdada do passado mais remoto. A política dos direitos no Brasil começa a emergir. Mas sem um avanço para além dos legados que separam radicalmente o direito da política, os esforços dos que procuram mudanças permanecerão como boas intenções, mas serão infrutíferos.

---

<sup>39</sup> Para pequena amostra da literatura nessa área, ver COUTINHO, Diogo *et al.* O direito nas políticas públicas urbanas e habitacionais: o uso de instrumentos urbanísticos no município de Santo André. *Cadernos gestão pública e cidadania*, v. 19, nº 64; COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. *A política como campo multidisciplinar*; BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*; CASTRO, Marcus Faro de; FONTES, Daniele Kleiner. Some new ideas on the role of legal analysis applied to the regulation of telecommunications services in Brazil. *Revista de direito setorial e regulatório*, v. 2, nº 1; ENGELMANN, Fabiano; CUNHA FILHO, Marcio Camargo. Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso Brasileiro. *Revista de sociologia e política*, v. 21, nº 45; Koerner, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 96; ALMEIDA, Frederico de. Intelectuais e reforma do Judiciário: os especialistas em direito processual e as reformas da justiça no Brasil. *Revista brasileira de ciência política*, nº 17; TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Revista de ciências sociais*, v. 50, nº 2; VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. *Direito econômico regulatório*; FARRANHA, Ana Claudia; FREZZA, Conrado da Silveira; BARBOSA, Fabiana de Oliveira. Nova lei dos portos: desafios jurídicos e perspectivas de investimentos. *Revista Direito GV*, v. 11; SOUZA, Mateus Maia de; ALEM, Nichollas de Miranda. Direito à cultura e políticas públicas no Brasil: uma análise dos gastos diretos e indiretos com o setor audiovisual durante a Nova República. *Revista de estudos empíricos em direito*, v. 3, nº 2; SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. (orgs.). *Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os BRICs*.



**REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Frederico de. Intelectuais e reforma do Judiciário: os especialistas em direito processual e as reformas da justiça no Brasil. *Revista brasileira de ciência política*, nº 17, 2015, pp. 209-246.

ARISTOTLE. *The politics*. Trad. por T. A. Sinclair. Harmondsworth: Penguin Books, 1981.

BERMAN, Harold J. *Law and revolution: the formation of the western legal tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. Oxford: Clarendon Press, 4 v., 1765-1769. Disponível em: <[http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/blackstone.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp)>. Acesso em: 28.09.2009.

BLOCH, Ernst. *Natural law and human dignity*. Trad. por Dennis J. Schmidt. Cambridge: The MIT Press, 1986.

BOYLE, James. The politics of reason: critical legal theory and local social thought. *University of Pennsylvania law review*, v. 133, nº 4, 1985, pp. 685-780.

BRENNAN, Corey T. *The praetorship in the roman republic*. Oxford: Oxford University Press, 2000. 2 Volumes.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (ed.). São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 1-49.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem. Teatro das sombras*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Marcus Faro de; FONTES, Daniele Kleiner. Some new ideas on the role of legal analysis applied to the regulation of telecommunications services in Brazil. *Revista de direito setorial e regulatório*, v. 2, nº 1, 2016, pp. 1-30.

CHADWICK, Henry. *The early church*. London: Penguin Books, 1993.

COUTINHO, Diogo *et al.* O direito nas políticas públicas urbanas e habitacionais: o uso de instrumentos urbanísticos no município de Santo André, São Paulo. *Cadernos gestão pública e cidadania*, v. 19, nº 64. São Paulo: Fundação Getúlio

Vargas, 2014, pp. 58-77.

\_\_\_\_\_. O direito nas políticas públicas. *A política como campo multidisciplinar*. Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria (orgs.). São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, pp. 181-200.

CURTIS, Marcus J. Realism revisited: reaffirming the centrality of the new deal in realist jurisprudence. *Yale journal of law & the humanities*, v. 27, nº 1, 2015, pp. 157-200.

DE FILIPPI, Primavera. Bitcoin: a regulatory nightmare to a libertarian dream. *Internet policy review*, v. 3, nº 2, 2014, pp. 1-11. Disponível: <[doi: 10.14763/2014.2.286](https://doi.org/10.14763/2014.2.286)>.

DE RUYSSCHER, Dave. From usages of merchants to default rules: practices of trade, ius commune and urban law in early modern Antwerp. *Journal of legal history*, v. 33, nº 1, 2012, pp. 3-29.

DESROSIÈRES, Alain. Historiciser l'action publique: l'état, le marché et les statistiques. *Pour une sociologie d'historique de la quantification. L'argument statistique I*. Paris: Presses de l'École des Mines, 2008, pp. 39-56.

DIAKOPOULOS, Nicholas. Algorithmic accountability: journalistic investigation of computational power structure. *Digital journalism*, v. 3, 2015, pp. 398-415. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1080/21670811.2014.976411>>.

DOE, Christopher N. *Canon law in the Anglican communion: a worldwide perspective*. Oxford: The Clarendon Press, 1998.

DONINI, Pierluigi e FERRARI, Franco. *O exercício da razão no mundo clássico: perfil de filosofia antiga*. Trad. por Maria da Graça Gomes de Pina. São Paulo: Annablume Clássica, 2012.

DUDAS, Jeffrey R.; GOLDBERG-HILLER, Jonathan; MCCANN, Michael W. The past, present, and future of rights scholarship. *The handbook of law and society*. Austin Sarat e Patricia Ewick (orgs.) Chichester: John Wiley & Sons, 2015, pp. 367-381.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Trad. por Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

ENGELMANN, Fabiano e CUNHA FILHO, Marcio Camargo. Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso Brasileiro. *Revista de sociologia e política*, v. 21, nº 45, 2013, pp. 57-72.

EPP, Charles. *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

FARRANHA, Ana Claudia; FREZZA, Conrado da Silveira; BARBOSA, Fabiana de Oliveira. Nova lei dos portos: desafios jurídicos e perspectivas de investimentos. *Revista Direito GV*, v. 11, nº 1, 2015, pp. 89-116.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. por Orlando Vitorino. 3. ed. Lisboa: Guimarães Editora, 1986.

HUNTINGTON, Samuel P. *The third wave: democratization in the late twentieth century*. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

KENNEDY, Duncan. Three globalizations of law and legal thought: 1850–2000. *The new law and economic development: a critical appraisal*. David. M. Trubek e Alvaro Santos (orgs.). Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 19-73.

KIRCHHEIMER, Otto. State structure and law in the Third Reich. *The rule of law under siege. Selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. William Scheuermann (org.) Berkeley: University of California Press, pp. 142-171.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 96, 2013, pp. 69-86.

LOCKE, John. *Second treatise of government*. Indianapolis, Hackett Publishing Co., 1980.

MATOS, Andityas S. de Moura Costa. O pórtico e o fórum: diálogos e confluências entre o estoicismo e o direito romano clássico. *Revista brasileira de estudos políticos*, v. 98, 2008, pp. 295-336.

MERRY, Sally Engle. Measuring the world: indicators, human rights, and global governance. *Current anthropology*, v. 52, Supplement 3, 2011, pp. S83-S95.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barón de La Brède et de. *De l'esprit des lois*. [1748]. *Oeuvres complètes*. Charles Louis de Secondat, Barón de La Brède et de Montesquieu. Paris: Éditions du Seuil, 1964, pp. 527-795.

NICHOLAS, Barry. *An introduction to roman law*. Oxford: Oxford University Press, 1962.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. *Sua excelência o comissário e outros ensaio de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004, pp. 137-167.

PARRA, Henrique Z. M.; ABDO, Alexandre Hannud. Tendências democráticas e autoritárias, arquiteturas distribuídas e centralizadas. *Linc em revista*, v. 12, nº 2, pp. 334-349, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18617/liinc.v12i2.918>>.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; MATTOS, Paulo T. Lessa. *A crise da pesquisa em direito no Brasil: armadilhas e alternativas ao formalismo jurídico*. s/d – versão preliminar submetida a SELA, Yale Law School, Puerto Rico, 2007. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/14328-A-crise-da-pesquisa-em-direito-no-brasil-armadilhas-e-alternativas-ao-formalismo-juridico-1.html>>. Acesso em: 10.02.2017.

ROBINSON, O. F.; FERGUS, T. D.; GORDON, W. M. *An introduction to European legal history*. Abingdon: Professional Books, 1985.

SARAT, Austin; EWICK, Patricia (orgs.). *The handbook of law and society*. Chichester: John Wiley & Sons, 2015.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit und Comp., 1840. Volume 1.

\_\_\_\_\_. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.

SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. (orgs.). *Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os BRICs*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHIAVONE, Aldo. *Ius: la invención del derecho en occidente*. Trad. Germán Prósperi. Por Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2012.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004

SKINNER, Quentin. *The foundations of modern political thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978. 2 Volumes.

SOUZA, Mateus Maia de; ALEM, Nichollas de Miranda. Direito à cultura e políticas públicas no Brasil: uma análise dos gastos diretos e indiretos com o setor audiovisual durante a Nova República. *Revista de estudos empíricos em direito*, v. 3, nº 2, 2016, pp. 93-112.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados – Revista de ciências sociais*, v. 50, nº 2, 2007, pp. 229-257.

TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (orgs.). *The new law and economic development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). *Direito econômico regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 81-109.

VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris: Quadrige/PUF, 2003.