



VICISSITUDES DO DIREITO: DO LIBERALISMO À CRISE DA SOCIAL-DEMOCRACIA

VICISSITUDES OF LAW: from liberalism to the crisis of social democracy

Marcus Faro de Castro

Faculdade de Direito Universidade de Brasília Campus Universitário Darcy Ribeiro Asa Norte, Brasília, DF, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8117165300109701> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6487-1783>

E-mail: mfarounb@gmail.com

Trabalho enviado em 06 de setembro de 2022 e aceito em 18 de janeiro de 2023



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 16, N.04, 2023, p. 2142 - 2176

Marcus Faro de Castro

DOI: 10.12957/rqi.2023

RESUMO

Ao longo dos últimos anos juízes, promotores e advogados tornaram-se importantes atores com influência crucial sobre a estruturação e as repercussões práticas de relevantes conflitos políticos, bem como sobre a conformação de aspectos das instituições em função dos quais têm se definido estratégias políticas de diferentes grupos e políticas econômicas no Brasil. Temas jurídicos passaram a ter lugar proeminente no debate público, mas pouco avanço tem sido feito no sentido de explorar as relações que se estabeleceram entre as ideias e instituições jurídicas, como a democracia e temas de economia política. Iniciando com uma discussão sobre o surgimento da democracia liberal e suas raízes nos debates relevantes de filosofia política, este artigo descreve a evolução das relações entre instituições jurídicas, econômicas e políticas e a atual crise do direito brasileiro, relacionando-a à crise da social-democracia.

Palavras-chave: Democracia; Economia Política; Social-Democracia; Crise do Direito

ABSTRACT

In recent years judges, public prosecutors, and lawyers have become important actors in Brazil, crucially influencing the formation and outcomes of relevant political conflicts. They have also been instrumental in shaping institutional reforms that have affected political strategies of groups and economic policy choices. Legal topics have come under the spotlight of public debate, but little attention has been given to relations that link legal ideas to democratic politics and economic policy. This article briefly discusses the emergence of liberal democracy stemming from debates in political philosophy and explores aspects of the evolution of legal, economic, and political institutions and their interrelationships, highlighting their relevance for the characterization of the current crisis of Brazilian law and its ties to the crisis of social democracy.

Keywords: Democracy; Political Economy; Social Democracy; Crisis of Law

1. Introdução

Apesar do processo de redemocratização que pôs fim à ditadura civil-militar de 1964-1985, e a despeito da adoção de uma constituição nova em 1988, celebrada como promissor esteio jurídico-político da cidadania democrática no Brasil, é fácil hoje de reconhecer que a debilidade da democracia brasileira não pertence apenas ao passado, mas constitui uma realidade presente. Eventos recentes, tais como a destituição da presidente da república em 2016, o subsequente crescimento da popularidade e eleição presidencial de um indivíduo simpatizante de ditaduras e tortura, com pronunciamentos de caserna que, desde o processo eleitoral de 2018, tem sugerido explicitamente a disposição de se empregarem as forças militares para intervir no processo eleitoral, determinando o seu rumo, apenas confirmam o que se tornou um truísmo: a democracia brasileira continua a ser um regime frágil, sob o qual grandes massas da população permanecem afastadas das chances de realizar suas mínimas aspirações.

Obviamente, a debilidade da democracia brasileira pode ser vista sob vários ângulos, incluindo o político, o econômico e o jurídico. Interessará ao presente trabalho iluminar aspectos filosófico-jurídicos de fatores antecedentes dessa crise, caracterizando, ao mesmo tempo, relações entre formulações da filosofia política e da economia política com ideias constitutivas das instituições jurídicas e suas vicissitudes desde as grandes revoluções liberais ocorridas em 1688-89, 1776 e 1789.

Nossa discussão partirá da caracterização, na Seção 2, da incongruência entre o direito brasileiro e o bem-estar da sociedade, como caso exemplar do fracasso da convergência entre ideias jurídicas, hoje ainda valorizadas, e a construção da cidadania inclusiva. Em seguida, na Seção 3, o trabalho explorará as raízes filosófico-jurídicas desse fracasso a partir da consideração de ambiguidades do pensamento liberal, apontando para diferenças entre as vertentes racionalista e voluntarista da filosofia do direito natural. A perspectiva aberta pela economia política em face de restrições advindas da vertente racionalista do jusnaturalismo e limitações impostas às novas instituições serão abordadas na Seção 4. Nas Seções 5 e 6 serão discutidos o crescimento da democracia, o abandono do jusnaturalismo, aspectos jurídicos da experiência nazifascista (com foco no caso do direito alemão) e a ascensão e crise da social-democracia. A Seção 7 oferecerá, como conclusão, alguns comentários sobre a crise do direito brasileiro contemporâneo, correlata à crise da social-democracia.

2. O Direito e a Cidadania Inclusiva: Uma Convergência Fracassada

Uma noção de democracia muito valorizada que se firmou na segunda metade do século XVII, e que foi, frequentemente, qualificada com o adjetivo de “liberal”, entre os séculos XVIII e XIX, corresponde à ideia de “uma sociedade que se esforça para assegurar que todos os seus membros sejam igualmente livres para realizar as suas aspirações e capacidades” (MACPHERSON, 1977, p. 1). No Brasil, embora as ideias conservadoras tenham sido influentes na formação dos debates conducentes às mudanças institucionais, manifestando-se no pensamento de homens do império, tais como os Saquaremas, dentre os quais o Visconde do Uruguai, e também no autoritarismo de intelectuais dos anos 1930, como Oliveira Vianna (BRANDÃO, 2005, p. 257–258), não seria um exagero admitir que a noção “liberal” de democracia, tipicamente vinculada ao ideal de igualdade perante a lei, passou a ser aceita em extratos importantes da sociedade.¹

Porém, é preciso notar que, na prática, a doutrina liberal, desde sua origem, coadunava-se mal com a ampla participação popular e demandas daí resultantes, levando o pensador John Stuart Mill a queixar-se da “mediocridade coletiva”, considerada inerente aos “instintos das massas” ([1859] MILL, 1975, p. 62). Em outras palavras, a cidadania inclusiva, em tese alcançável por meio da representação democrática de interesses, constituía um desafio para os liberais.

Dentre os debates sobre como viabilizar o pleno desenvolvimento do ideal democrático no século XX, ganhou destaque a formulação de uma concepção de cidadania tornada famosa por Thomas Humphrey Marshall em seu livro *Citizenship and Social Class*. Na formulação de T. H. Marshall, a cidadania deveria atender as aspirações de todos os cidadãos, de modo a abranger os diversos aspectos de sua existência, desde (i) os pressupostos jurídico-institucionais que dão suporte à liberdade individual (direitos civis), (ii) em passando pelos que proporcionam aos indivíduos a participação política (direitos políticos), até (iii) as condições e instituições capazes de lhes assegurar o bem-estar social, enquanto partícipes de uma comunidade, o que inclui o acesso à educação, saúde, seguridade social, etc. (direitos sociais) (MARSHALL, 1950).

Um obstáculo crucial, que ainda hoje se opõe à realização do ideal inclusivo de cidadania, é o fato de que o direito permanece eminentemente alheio às aspirações dos cidadãos. A efetiva articulação entre a democracia e o direito exigiria que a liberdade do indivíduo, a ampla participação política e padrões razoáveis de consumo (o “tripé” de Marshall) estivessem atendidos com o auxílio do direito e sem exclusões importantes. Mas a verdade é bem outra, já que os direitos considerados

¹ Nesse sentido, em sua avaliação da confiança depositada pela sociedade brasileira na democracia, Moisés e Piquet Carneiro (2010, p. 181) ressaltam: “Uma vez que sejam capazes de sinalizar universalismo, imparcialidade, justiça e probidade, assegurando que os interesses dos cidadãos sejam levados em conta, no processo político, as instituições ganham a confiança dos cidadãos”.

fundamentais, embora tenham sido acrescentados às constituições de muitos países, inclusive um tanto generosamente à Constituição Federal brasileira de 1988, e alardeados em declarações de direitos e tratados internacionais de direitos humanos, mal correspondem à realidade da vida de grandes contingentes da população em muitas partes do mundo.

Um sinal de que a efetividade dos direitos relacionados ao bem-estar sócio-econômico tem declinado globalmente aparecem em pesquisas econômicas. Thomas Piketty e seus colaboradores mostraram, em anos recentes, que a taxa de crescimento da riqueza no mundo tem sido sensivelmente desigual. Segundo as pesquisas realizadas entre 1987 e 2013, os extratos mais elevados da distribuição da riqueza global cresceram entre 6% e 7% ao ano, contrastando com 2,1% para o crescimento da média da riqueza global, e 1,4% para o crescimento da média da renda global (PIKETTY, 2014, p. 435–436).

No caso do Brasil, são conhecidas as muitas deficiências no campo das políticas públicas, e outras circunstâncias, que frustram o acesso de grandes contingentes da população a bens e serviços essenciais, tais como moradia, saneamento básico, segurança alimentar, educação de qualidade, assistência à saúde, segurança pública, e assim por diante. Isto se reflete no fato de que, conforme mostrado em pesquisas, “quase metade de toda a renda no país está concentrada nos 5% mais ricos e um quarto, no 1% mais rico” (MEDEIROS; SOUZA; CASTRO, 2015, p. 982).²

Contudo, os debates especificamente jurídicos sobre as evidentes e profundas injustiças estruturais são escassos, ou inexpressivos, para fins práticos. Em sua maioria, os operadores do direito (juízes, advogados, promotores, procuradores) atuam como se o sistema normativo com que trabalham fosse fruto de escolhas livres e racionais da sociedade como um todo, formando um conjunto de regras e princípios considerado relativamente completo, coerente e, de um modo geral, aceitável ou inevitável. É o que as abundantes referências ao chamado “Estado Democrático de Direito” na literatura jurídica brasileira (p. ex., MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 170–172) e na jurisprudência transmitem aos leitores e ao público: a imagem de que, no Brasil, o direito e as aspirações dos cidadãos, nos planos conceitual e prático, complementam-se e reforçam-se mutuamente. Até mesmo a consumação de um definitivo encontro entre o direito e a democracia no início do presente século também já foi anunciado com alarde na doutrina (BARROSO, 2008).

Na verdade, porém, como sugerem os números sobre a pobreza e a desigualdade no Brasil, já referidos acima, o direito brasileiro tem fracassado em assegurar a efetividade dos direitos fundamentais de uma colossal parcela da sociedade. Mas é preciso frisar que tal fracasso não é tão

² Ver também Campello *et al.*, (2018); e Souza (2018).

recente nem é acidental. Tem raízes na evolução de ideias filosóficas e jurídicas basilares, absorvidas por juristas brasileiros a seu modo, e suas consequências práticas.

Conforme será mostrado abaixo, a distância entre, de um lado, as ideias jurídicas que orientam a burocracia do Estado, em particular, o trabalho dos tribunais judiciais, e, de outro, os interesses da massa dos cidadãos, existe desde que, ainda no Velho Mundo, os estadistas da época do iluminismo optaram por privilegiar certas doutrinas filosóficas e jurídicas, declaradamente comprometidas com esforços para fomentar o progresso e propagar o pensamento racional na sociedade como um todo. E, desde então, novas ideias emergiram, várias delas prometendo avançar no sentido de realizar os ideais iluministas. Mas permaneceu o fosso entre o direito projetado nas instituições jurídicas e as expectativas dos cidadãos.

O Brasil construiu sua peculiar versão dessa cisão que separa as instituições jurídicas do que a sociedade busca, que é o seu próprio bem-estar. A seguir, está um esforço para compreender como essa cisão se formou, para que se possa cogitar como ela pode ser desfeita.

3. Articulações e Ambiguidades do Liberalismo

Como se sabe, no quadro da evolução das ideias filosóficas e jurídicas prestigiadas por atores políticos na formação da sociedade moderna, despontou nos séculos XVII e XVIII a chamada filosofia do direito natural (ROMMEN, 1998, p. 67–96). Os jusnaturalistas desenvolveram doutrinas que justificaram as três grandes revoluções liberais - a Revolução Gloriosa, na Inglaterra (1688-89), a Revolução Americana, nos Estados Unidos (1776) e a Revolução Francesa, na França (1789), trazendo reformas políticas e jurídicas que prometiam dar a todos os indivíduos, indistintamente, a liberdade e a felicidade. Também no Brasil, o jusnaturalismo aflorou no âmbito das ideias jurídicas³ e, a partir das últimas décadas do século XIX, passou a ser atacado por simpatizantes de tendências novas, como os positivistas. Nesse sentido, Sílvio Romero, em seu *Ensaio de Filosofia do Direito*, publicado em 1895, escreveu:

Até bem pouco tempo era moda falar no Direito Natural como uma coisa evidente, irrefutável, eterna, necessária, absoluta. Entretanto, fácil foi à crítica histórica e à Antropologia mostrar que o Direito é relativo, lentamente elaborado pelos povos, pelas necessidades da vida social ([1895] ROMERO, 2001, p. 161).

³ A Carta de Lei de 11 de agosto de 1827, sancionada por Pedro I para a criação das primeiras escolas de direito no Brasil (em São Paulo e Olinda), determinou que a doutrina do “direito natural” seria a primeira matéria a ser ensinada no primeiro ano dos cursos de direito no Brasil. Ver Venâncio Filho (1982, p. 28).

À luz de tal confronto de ideias, os ataques ao jusnaturalismo frequentemente tenderiam a ser interpretados como exemplos de um ponto de vista antiliberal e incompatível, portanto, com a noção de “democracia liberal”. Na história da política brasileira, a defesa de valores liberais e desvios em relação àqueles iriam desaguar na oposição entre o liberalismo udenista e o Varguismo⁴, e análogos embates subsequentes. Mas a própria doutrina jusnaturalista era portadora de ambiguidades, visíveis mesmo nos autores clássicos. Um exame da formação do pensamento político liberal mostra isso.

Nesse sentido, vale a pena lembrar que, a partir das últimas décadas do século XVIII, coube a Immanuel Kant uma posição especialmente importante no direcionamento dos debates sobre a realização da liberdade na vida social concreta. No pensamento de Kant, adquiriram precisão conceitual e detalhamentos as ideias dos jusnaturalistas sobre a necessidade de que, como condição para a concretização da liberdade dos indivíduos, todos fossem considerados iguais no plano moral e fossem assim tratados no plano jurídico também.

Por isso, do ponto de vista da conformação prática das instituições jurídicas, Kant estabeleceu em sua filosofia do direito (parte integrante de sua *Metafísica dos Costumes*, de 1797) que o “princípio universal do direito” corresponde à ideia de que serão justas as ações de qualquer indivíduo se, à luz de uma lei universalmente válida, elas forem, compatíveis com a liberdade de todos os demais indivíduos⁵.

Contudo, a formulação de Kant, por meio de um esforço de abstração extrema⁶, afastava a consideração da multiplicidade dos pontos de vista dos cidadãos e sua efetiva participação na definição do que constituiria o bem circunstanciado, constitutivo da vida de cada um. Sob esse ângulo, o pensamento de Kant não discrepava da opção pela centralização política impositiva. Tal centralização refletia uma escolha por manter severas restrições sobre a formação das noções de bem concretamente projetadas na vida da sociedade, cabendo exclusivamente ao governante (e seus intelectuais) a determinação de tais ideais. Nesse sentido, Kant ([1797] 2017, p. 161) escreveu:

⁴ Para uma discussão, ver Chaloub (2013).

⁵ O “princípio universal do direito”, segundo Kant ([1797] 2017, p. 43), tem o seguinte enunciado: “Uma acção é conforme ao Direito quando permite ou quando a sua máxima permite fazer coexistir a liberdade do arbitrio de cada um com a liberdade de todos segundo uma lei universal.”

⁶ Para Kant ([1788] 2008a, p. 43), a vontade livre não poderia ser determinada circunstancialmente e por isso deveria ser considerada como necessariamente “independente de condições empíricas” (*unabhängig von empirischen Bedingungen*). A necessidade de construir os princípios da ação moral por meio da mais estrita abstração norteia o pensamento de Kant. Desde a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de 1785, o autor defende ser “da mais extrema necessidade elaborar um dia uma pura Filosofia Moral que seja completamente depurada de tudo o que possa ser somente empírico” ([1785] KANT, 2007, p. 15).

A origem do poder supremo é, sob um ponto de vista prático, imperscrutável para o povo que a ele esteja submetido: quer dizer, o súbdito não deve entregar-se afanosamente a elocubrações sobre esta origem, como se se tratasse de um direito controvertido (*ius controversum*) quanto à obediência que lhe deve. Pois que, uma vez que o povo para julgar com força jurídica sobre o poder supremo do Estado (*summum imperium*) tem de ser considerado já como unido sob uma vontade universalmente legisladora, não pode nem deve julgar senão como o quiser o actual chefe de Estado (*summum imperans*).

De outra parte, porém, ao lado do liberalismo apoiado no jusnaturalismo que incorporava critérios de racionalidade advindos da posição kantiana, desenvolveram-se ideias filosófico-jurídicas alternativas, que exploravam a “abertura voluntarista” refletida em doutrinas de autores como Thomas Hobbes e Samuel Pufendorf, entre outros. Sobre isto deve-se notar, conforme fazem Mark Goldie (1991, p. 589–590) e Alfred Dufour (1991, p. 563), que as doutrinas desses autores se inscreviam em uma tradição de pensamento que remontava ao “voluntarismo nominalista”, de Guilherme de Occam. De fato, na tradição nominalista, a determinação do que constitui o direito natural estava enraizada no engajamento do indivíduo, por meio de sua subjetividade ativamente voltada a Deus, numa busca pelos fundamentos da concretização prática dos princípios do direito natural. Em consequência, ficavam rejeitadas as “relações axiológicas eternas” herdadas do tomismo,⁷. Na Alemanha, Christian Thomasius que desenvolveu a perspectiva estabelecida por Pufendorf (CABRAL, 2016), orientou-se também segundo a abertura voluntarista.

A respeito da evolução dessas ideias, vale a pena lembrar ainda que, sob a ótica do contraste entre (i) a abertura voluntarista e (ii) o endosso da centralização impositiva apoiada por Kant, a posição assumida por este último aparecia como resultado de embates entre duas correntes doutrinárias, uma das quais era liderada, inicialmente, por autores racionalistas como Gottfried Wilhelm Leibniz e Christian Wolff, sendo a outra, uma corrente doutrinária de autores voluntaristas como Pufendorf e Thomasius (ver HAAKONSSSEN, 2006). Nesse contexto, a dominância adquirida por Kant representou, conforme assinala, ainda, Haakonssen (p. 278), “uma vitória para o ponto de vista metafísico dos wolffianos”, embora com mudanças importantes introduzidas pelo pensador alemão da cidade de Königsberg.

⁷ O ponto é enfatizado em Wieacker (1993, p. 293–294) em suas observações sobre os fundamentos do direito natural moderno ou jusracionalismo: “Se já Duns Scotus fundara a boa acção na vontade e justiça de Deus num seu acto livre de vontade, Occam consuma esta relação do juízo do bem e do mal, do justo e do injusto, não já com relações axiológicas eternas, mas com uma decisão infundamentada de Deus sobre os deveres do homem quanto à acção e omissão”. Na física, segundo enfatiza ainda Wieacker, discípulos de Occam – por meio da chamada “teoria do ímpeto”, que explorava a ideia do movimento dos corpos como “arbitrário”, e não determinado por um *telos* ou causa – também contribuíram para criar concepções convergentes como o que viria a se tornar o direito moderno (idem, p. 283-284).

Uma abertura comparável a dos voluntaristas emerge também em Locke, uma vez que, para ele, o direito natural por excelência – a saber, o direito de propriedade enquanto realidade material, concreta, decorre do emprego de recursos imediatos e pessoais do indivíduo, suas energias e sua ação individuais⁸. E, na Inglaterra, a influência do utilitarismo de Jeremy Bentham e seus seguidores desde finais do século XVIII, partindo de outros fundamentos, resultaria, igualmente, em um reforço da rejeição à perspectiva do racionalismo jusnaturalista. Além disso, o conceito mais matizado de “utilidade” defendido por J.S. Mill, que aponta para “faculdades mais elevadas” do espírito humano como base para obtenção do bem, aproxima-se de ideias constitutivas da abertura voluntarista e sua oposição às restrições centralizadoras derivadas do racionalismo jusnaturalista⁹.

Pode-se dizer que, ao afastarem-se da adesão às relações axiológicas eternas consideradas pela Escolástica como imanentes ao universo, os autores inclinados ao voluntarismo abandonaram a busca por princípios metafísicos imutáveis, completos, suficientes, definidores pela ordem do universo, e orientaram-se em direção a uma abertura para o indeterminado, que valia no plano da prática como um convite ou oportunidade para o cálculo e a agência individuais, em busca do bem. Com isso, definia-se uma perspectiva que seria retomada pela Economia Política, conforme se verá abaixo.

Ora, as ações empreendidas para organizar as instituições da ordem social moderna não ficaram impermeáveis à influência do debate de ideias acima delineado. A ambivalência formada pela contraposição entre, de um lado, a abertura voluntarista, à qual poderiam se associar subsequentemente interesses advindos do utilitarismo e seu impulso reformista e, de outro, a visão formalista do jusnaturalismo restritivo, perpassaria o direito e as reformas institucionais impulsionadas na esteira das revoluções liberais.

Na Inglaterra, o processo de reforma iniciou-se comparativamente mais cedo e envolveu a participação social relativamente ampla, abrangendo diversos interesses. Como ressaltado por Jonathan Sperber (2003, p. 231), “[m]ovimentos de reforma nas ilhas britânicas foram, acima de

⁸ A formulação clássica de Locke em seu *Segundo Tratado* é: “... cada homem tem uma propriedade em sua pessoa (...). O trabalho do seu corpo e a obra de suas mãos, pode dizer-se, são propriamente dele. Seja o que for que ele retire do estado que a natureza lhe forneceu e no qual o deixou, fica-lhe misturado ao próprio trabalho, juntando-se-lhe algo que lhe pertence, e, por isso mesmo, tornando-o propriedade dele” Locke ([1689-1690] 1991, p. 227). Há uma controvérsia sobre se Locke foi um “voluntarista”, ou um “intelectualista”. Ver Ward (1995) e Tuckness (1999). Tal controvérsia não elide o fato de que, em qualquer das duas hipóteses, considerado o alinhamento do intelectualismo com o hedonismo, o pensamento de Locke pode ser contrastado com o de racionalistas.

⁹ Sobre o conceito de utilidade, J.S. Mill escreveu: “Sente-se que a comparação da vida epicurista com a vida das bestas é degradante precisamente porque os prazeres de uma besta não satisfazem as concepções de felicidade de um ser humano. Os seres humanos têm faculdades mais elevadas do que os apetites animais e, quando se tomam conscientes delas, não vêem como felicidade nada que não inclua a sua gratificação.” ([1859] MILL, 2005, p. 49).

tudo, produtos de associações voluntárias que mobilizavam a população por meio de reuniões públicas, e pressionavam ou intimidavam autoridades através de petições e protestos de rua”.

No continente europeu, a pluralidade de interesses também acabaria influenciando o processo de reformas, embora um pouco mais tarde do que na Inglaterra. Sobre isso, Sperber (p. 320) observa que, “[a]ntes de 1815, o agente primário das reformas na Europa continental era uma burocracia estatal iluminista”. O processo ocorria “de cima para baixo” e, frequentemente, ao contrário da oposição exercida por interesses aglutinados em corpos intermediários como *états*, dietas e *parlements*. Já após as revoluções de 1830, as reformas passaram a ser, segundo ainda Sperber, impulsionadas por uma pluralidade de “associações voluntárias” (p. 322). Essa pluralidade de interesses que se intensifica após 1830, evidentemente traria dificuldades para a sustentação prática do ideal de isonomia calcado na abstração extrema e indicaria a necessidade de que se tomassem outras ideias como referenciais para as reformas.

Não é difícil perceber que as dificuldades na aplicação do princípio da isonomia estrita derivado do jusnaturalismo racionalista não foram enfrentadas adequadamente no âmbito das doutrinas liberais de maior destaque. Assim, por exemplo, na França, a opção estreitamente privatista de Benjamin Constant e Madame de Staël – a “liberdade dos modernos”, proposta em oposição ao jusnaturalismo de extração jacobina, personificado no revolucionário Maximilien Robespierre, figura emblemática do Terror (BOSC, 2013, p. 95–101), representou uma opção pela proteção jurídica a ser dada à esfera recôndita do conforto privado e autorreferenciado, que se tornava a opção da burguesia. Mas, ao mesmo tempo, essa opção representava uma renúncia a considerar o “todo social”, constituindo, assim, uma fuga adiante, e não o enfrentamento, do desafio advindo das exigências postas pela “abertura voluntarista” que se irradiava em correntes da filosofia jusnaturalista e, também, em outra versão, pela crítica utilitarista, conforme mencionado acima.

No caso do Brasil, desde finais do século XIX, em contraposição a um direito dominado pelo padrão de pensamento dos coimbrões, cuja formação carregava o peso das ideias jusnaturalistas centralizadoras da ilustração pombalina (MARCOS, 2006, p. 23–26, 84–90, 153–169), seriam relevantes mobilizações sociais em busca de reformas. Como mostrou Angela Alonso (2009, p. 109–113), o “reformismo” que emergiu no Brasil a partir da chamada “geração de 1870”, mediante a atuação de vários grupos contestadores, almejava implantar “reformas estruturais especulares em relação à ordem imperial”, e replicou estratégias variadas do ativismo político europeu. Portanto, no Brasil, assim como nas sociedades europeias, a mobilização de diferentes grupos com demandas e propósitos não homogêneos exerceria pressões sobre o processo político, resultando em soluções políticas frequentemente precárias ou autoritárias, ou, ainda, em legislações escassamente compatíveis com o ideal da isonomia estrita, embora tal ideal, embalado pelo

pensamento liberal, fosse caro a vários dos que com ele se decepcionariam. Nesse sentido, a professora Emília Viotti da Costa (2010, p. 168–169), comentando o caso do Brasil, observou que, tendo ficado “[d]esiludidos com a prática do liberalismo no Brasil (mas não com sua teoria), muitos reformistas do fim do Império encontraram no positivismo a sua fonte de inspiração”.

4. Um Direito Calculável para Poucos

Tudo isso teve repercussões no mundo do direito, influenciando o processo de reforma das instituições jurídicas. Entendamos de que modo isto se passou.

Como desdobramento das revoluções liberais, e para impulsionar o engajamento da vontade individual autônoma na busca do bem, os Estados influenciados pelas correntes de pensamento liberal, movimentaram-se no sentido de valorizar e estabilizar canais institucionais abertos pelo direito moderno: a propriedade individual e a liberdade (individual) de contratar. As ideias do racionalismo jusnaturalista permaneciam como referencial filosófico e jurídico, mas, na prática, interesses diversos passaram desde cedo a se projetar poderosamente sobre as ações constitutivas das instituições jurídicas, surtindo efeitos econômicos importantes, compatíveis com a sensação de liberdade, cujo significado moral, contudo, deixava de ser, claramente, uma concepção antecedente de bem universal.

Isto pôde ser percebido por Adam Smith. De fato, em sua obra clássica, *A Riqueza das Nações*, Smith apontou para uma nova condição que, a seu ver, passara a ser uma característica fundamental da vida social envigorada pelo dinamismo econômico, oriundo da expansão das relações de mercado e da revolução industrial. Tratava-se da propagação do que Smith ([1776] 1983, p. 293) descreveu como “o desejo de melhorar nossa condição, um desejo que (...) herdamos do seio materno e nunca nos abandonará até a sepultura”. Sobre isto, Smith acrescentou que “[u]m aumento de fortuna é o meio pelo qual a maior parte das pessoas se propõe e deseja melhorar sua condição. É o meio mais comum e mais óbvio” (idem, *ibidem*).

Segundo Dumont (1983, p. 61–108), as ideias de Adam Smith sobre o dinamismo econômico crescente, expressas em sua obra de 1776, foram influenciadas por argumentos de Bernard Mandeville acerca da possibilidade de os indivíduos usarem a sua liberdade para obter o seu bem, mesmo que os comportamentos constitutivos das relações sociais não derivassem de virtudes ou conceitos de bem moral prévia e claramente definidos. Conforme observou Louis Dumont (p. 70), em Smith “o que em nosso jargão chamaríamos de ‘socialização’ das ações humanas é realizado por um mecanismo automático, uma propriedade não consciente, que é correspondente à operação da mão invisível”. Com efeito, na concepção de Smith, os indivíduos

deveriam poder calcular, de modo descentralizado e autonomamente, o que lhes parecesse melhor (o seu bem), sem vincular-se a obrigações ou virtudes morais claramente postas e sem depender diretamente da benevolência (a vontade moralmente boa) de outras pessoas. Nesse sentido, Smith ([1776] 1983, p. 49-50) observou:

Numa sociedade civilizada, o homem a todo momento necessita da ajuda e cooperação de grandes multidões (...). No caso de quase todas as outras raças de animais, cada indivíduo, ao atingir a maturidade, é totalmente independente (...). O homem, entretanto, tem necessidade quase constante da ajuda dos semelhantes, e é inútil esperar esta ajuda simplesmente da benevolência alheia. Ele terá maior probabilidade de obter o que quer, se conseguir interessar a seu favor a auto-estima dos outros, mostrando-lhes que é vantajoso para eles fazer-lhe ou dar-lhe aquilo de que ele precisa. É isto o que faz toda pessoa que propõe um negócio a outra.

As observações de Smith eram convergentes com a circunstância de que, no campo das instituições, emergia a visão de que o direito liberal, mesmo tendo a aspiração de ser geral e isonômico, deveria ser sobretudo “calculável”, constituindo um meio de obtenção do bem de cada um. Em uma passagem de *Economia e Sociedade*, Max Weber (1999, p. 123) ressaltou esta característica do direito moderno:

...um direito inequívoco, claro, livre de arbítrio administrativo irracional e de perturbações irracionais por parte de privilégios concretos: direito que, antes de mais nada, garanta de forma segura o caráter juridicamente obrigatório de contratos e que, em virtude de todas estas qualidades, funcione de modo calculável.

Ou seja, para os liberais, o ideal de uma legalidade (ou juridicidade) que promovesse a autonomia dos indivíduos, uma vez posto em prática mediante o direito moderno, seria benéfico a todos os membros da sociedade que estariam institucionalmente equipados para buscar o que autônoma e racionalmente considerassem ser o seu bem. Na prática, portanto, em grande parte, esse direito, dada a abertura voluntarista nele projetada, seria valorizado por ser racional em um sentido que conjugava a autonomia da vontade com a calculabilidade.

Contudo, apesar de haver a possibilidade de projeção dessa “abertura voluntarista” sobre as instituições jurídicas em benefício de todos os indivíduos igualmente, limites opressivos foram impostos às reformas institucionais adotadas na esteira das revoluções liberais. Ou seja, na construção dos Estados liberais se optou por instituir um direito calculável, mas não para todos.

De fato, a abertura voluntarista deu lugar a um “fechamento” prático das novas estruturas jurídico-institucionais, constituindo um fator impeditivo de que a busca do bem pudesse ser racionalmente exercida por qualquer um indistintamente. O “fechamento” adquiriu inicialmente duas formas principais. Uma correspondeu à limitação constitucional do sufrágio, mediante o atrelamento do direito de participação política a uma fortuita distribuição da riqueza material. Isto significa que o direito ao voto permaneceria, por várias gerações, constitucionalmente vinculado a

uma situação inicial de distribuição arbitrária da propriedade, resultante seja do processo revolucionário irremediavelmente violento, seja de acidentes “irracionais” da história pré-revolucionária.¹⁰ A outra instância de “fechamento” das estruturas jurídico-institucionais consistiu na incorporação da chamada “incapacidade civil” à ordem jurídica. Ambas limitações foram pregadas, ironicamente, pelo iluminismo.

De fato, o próprio Kant, um campeão do pensamento iluminista e celebrado por liberais, resumiu bem esse duplo fechamento do sistema institucional, que integraria os arquétipos jurídicos ambigualmente legados pelo século XVIII às sociedades liberais dos séculos XIX e XX. Em sua filosofia do direito, Kant ([1797] 2008b, p. 156–157) escreveu:

A única qualificação para ser cidadão é estar apto a votar. Mas estar apto a votar, pressupõe a independência de alguém que, [sendo] integrante do povo, deseja ser não apenas uma parte da coisa pública (...). Esta qualidade da independência, contudo, requer uma distinção entre cidadãos ativos e passivos, embora o conceito de cidadão passivo pareça contradizer o conceito de cidadão em geral. Os exemplos que se seguem servirão para afastar essa dificuldade: um aprendiz no serviço de um mercador ou artesão, um criado doméstico (distinto de alguém a serviço do Estado), um menor (*naturaliter vel civiliter*), todas as mulheres e, em geral, qualquer um cuja preservação existencial (sustento e proteção) depende não da administração de seus próprios negócios, mas das providências de outrem (exceto o Estado). A todas estas pessoas falta personalidade civil, e suas existências são, por assim dizer, tão-só inerências (*seine Existenz ist gleichsam nur Inhärenz*).

O que Kant e outros autores legaram à sociedade pós-revolucionária, como se percebe, foram limitações que atingiam os canais institucionais abertos pelo direito moderno – a propriedade individual e a liberdade de contratar, para que os indivíduos buscassem racionalmente o seu bem. Ora, uma vez atendidas as recomendações refletidas na passagem da filosofia do direito de Kant, acima citada, estariam truncadas as possibilidades práticas de que cada um indistintamente buscasse, por vias institucionalmente estabelecidas com o auxílio do direito moderno, o que entendesse ser o bem.

¹⁰ E uma tal arbitrariedade na distribuição da propriedade e suas consequências econômicas, disfarçadas sob o manto da igualdade das leis, declarada como ideal, não escapou à mordaz ironia de Anatole France. Em uma passagem famosa de *Le Lys Rouge* ([1894] 1906, p. 118), esse autor assinalou através de um de seus personagens: “[P]ara os pobres, ser cidadão consiste em sustentar e conservar os ricos e seu ócio. Eles [os pobres] devem trabalhar diante da igualdade majestosa das leis, que proíbe ao rico como ao pobre dormir debaixo das pontes, mendigar nas ruas e roubar pão. Eis um dos benefícios da Revolução [francesa]. Como essa revolução foi feita por loucos e tolos em benefício dos adquirentes dos bens nacionais, e como ela conduziu apenas ao enriquecimento dos camponeses espertos e dos burgueses usurários, ela ergueu, sob o nome de igualdade, o império da riqueza” (Tradução livre. A não ser que haja indicação em contrário, as traduções de fontes originais em língua estrangeira são minhas).

Com efeito, excluir da condição de cidadão todos os que não fossem independentes, como recomendara Kant, implicava em reservar para homens proprietários – e, portanto, não para mulheres, trabalhadores e demais grupos sociais que constituíam a vasta maioria, os potenciais benefícios do direito moderno. E isto “contrabandeava”, para dentro da nova estrutura institucional, hierarquias sociais enrijecidas, herdadas do passado.

Obviamente, fica claro que o ideal de liberdade pregado pelos filósofos, na prática, em decorrência da construção institucional concreta, permaneceria severamente limitado em sua abrangência, com seus efeitos concentrando-se em benefício de minorias que, nas diferentes sociedades, formavam o patriarcado. Enquanto isso, as maiorias permaneceriam condenadas a ter uma existência não passível de ser autonomamente calculada, mas sim uma existência apenas subsidiária, subalterna ou “acidental”, constituindo um vasto resíduo irracional do novo sistema institucional. Ou seja, às classes mais numerosas ficaria reservada uma existência por “simples inerência” (*nur Inhärenz*), para repetir a expressão usada por Kant no trecho citado acima.

Não obstante, em decorrência de conflitos que se desenvolveram por causa da exclusão das maiorias, as chances de superação dessa condição de marginalidade vieram com os movimentos políticos que favoreceram o crescimento da democracia mediante a atribuição do direito de votar a contingentes maiores da população.

5. O Crescimento da Democracia e a Virada Positivista

5.1. A Representação Expandida e a Atenção ao Todo Social

O fenômeno político da representação política e da expansão do sufrágio universal, que teve início com a primeira reforma do parlamento inglês em 1832, foi uma centelha de esperança de que a vida das pessoas comuns do povo poderia melhorar. A ampliação do direito de votar, é verdade, foi uma mudança que, na maioria dos casos, acabou se dando lentamente.¹¹ De qualquer modo, ao longo do tempo, a expansão do sufrágio ofereceria a um contingente cada vez maior da população a chance de beneficiar-se – mediante novas construções jurídicas *de lege ferenda*, da oportunidade de engajar-se na busca racional de seu próprio bem.

O crescimento da democracia, em toda parte, coincidiu com mudanças importantes no campo do direito. Georg Wilhelm Friedrich Hegel deu a sinalização talvez mais eloquente de que as inovações jurídicas precisariam incorporar a visão segundo a qual a liberdade e o bem de cada

¹¹ Para se ter uma ideia desse gradualismo, basta lembrar que a reforma de 1832 na Inglaterra, consoante observa Albert Hirschman (1992, p. 79), propunha dar o direito de voto aos chefes de família dos distritos urbanos (*boroughs*) que pagassem impostos anuais de ao menos dez libras esterlinas – ainda assim deixando 90 por cento da população masculina sem o direito de votar.

um relacionavam-se não apenas abstratamente, mas concretamente, à liberdade e ao bem de todos os outros indivíduos, de modo integrado pela constituição (HEGEL, [1821] 1997, p. 141 ss.). Ou seja, Hegel percebeu que a liberdade vinculada a uma concepção de moralidade individual abstrata e interior (*Moralität*), com a qual se preocupava Kant, e o requisito da universalidade das normas como princípio também abstrato construído a partir daí, seriam, por sua vacuidade,¹² formulações inconciliáveis com qualquer noção de ordem social concreta, institucionalizada. Seriam, portanto, formulações insuficientes para enfrentar dificuldades advindas das relações econômicas, características do que Hegel chamou de “sociedade civil”, correspondentes às relações entre os participantes da economia de mercado. Foi nesse sentido que Hegel ([1821] 1997, p. 179 [§ 200, Nota]) escreveu: “A exigência de igualdade (...) provém do intelecto vazio que confunde a sua abstração e o seu dever-ser com o real e o racional.”

Além disso, na crítica de Hegel estava também a rejeição do ponto de vista abraçado pela economia política, que punha de lado preocupações com o significado moral das ações sociais conducentes à prosperidade material. De fato, Hegel percebeu que as relações econômicas da sociedade de mercado em expansão formavam um sistema de dependências recíprocas, mas ligadas ao sentimento de egoísmo, sendo por consequência tal sistema, em si mesmo, separado da consciência - e das condições institucionais e morais de sustentação, do todo social. Nas suas palavras (HEGEL, [1821] 1997, p. 167–168 [§§ 182, 183]):

A pessoa concreta (...) constitui o primeiro princípio da sociedade civil. [Na sociedade civil], o fim egoísta é a base de um sistema de dependências recíprocas no qual a subsistência, o bem-estar e a existência jurídica do indivíduo estão ligados à subsistência, o bem-estar e a existência de todos”.

Nesse sentido, a visão desenvolvida por Hegel acerca do direito remetia à necessidade de se reconhecer o caráter eminentemente *relacional*, e respectivas implicações morais, da existência livre de cada indivíduo, sendo tal existência estruturada por meio das instituições jurídicas. Em Hegel (ibid., p. 26), portanto, o “sistema do direito” (*das Rechtssystem*) ao expressar a “moralidade objetiva” (*Sittlichkeit*) é ao mesmo tempo concebido “o império da liberdade realizada” (*das Reich der verwirklichten Freiheit*).

Confrontados com o pensamento hegeliano, Marx e Engels insistiriam na necessidade de rejeitar o que eles viam como idealizações ilusórias advindas da filosofia e, recorrendo a análises de processos materiais (econômicos) com impactos na mudança social, expressaram sua antevisão

¹² Hegel rejeita pensar a liberdade em termos estritamente formais, sem conteúdo. Era isto o que havia proposto Kant, conforme destacado acima. Para Hegel ([1821] 1997, p. 13–14 [§5]), esse conceito formal de liberdade conduzia a uma “fuga diante de todo o conteúdo” correspondendo ao que ele chamou de “liberdade negativa”, ou ainda, “liberdade do vazio”.

de uma nova revolução (v.g., MARX; ENGELS, [1848] 1978). Já o reformismo teria que passar por um esforço em repensar e modificar as instituições jurídicas já existentes.

Nas sociedades que abraçaram o reformismo, mudanças no direito foram de fato introduzidas. Não obstante, conforme será visto abaixo, a despeito das percepções de Hegel que apontavam para a necessidade de apoiar a liberdade individual em instituições que dessem concretude à função social ou caráter relacional dos direitos subjetivos (inclusive individuais), as mudanças mais decisivas ocorridas no campo do direito não adviriam daí, mas sim de derivações do positivismo jurídico. Tais reformas apoiadas no positivismo tiveram um caráter “defensivo” dos interesses de minorias, mais uma vez, deixando de fora a massa da população. Alguns aspectos da evolução do direito moderno em países como Alemanha, Inglaterra, Estados Unidos, França e Brasil, a seguir abordados, ilustram bem isso.

5.2. *As Restrições Positivistas*

Na Alemanha, o jurista Gustav Hugo foi buscar inspiração no antivoluntarista Leibniz, e nisso foi seguido por Friedrich Carl von Savigny (BERKOWITZ, 2010, p. 109–110), para construir a versão de “fechamento” do direito que acabou dando origem ao código civil alemão - o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), de 1896. De fato, nos trabalhos que desaguaram na criação do “moderno” direito do BGB, Savigny abraçou a causa de evitar que a influência do jusnaturalismo voluntarista, advinda de autores já mencionados, como Hobbes e Pufendorf, aos quais Leibniz se opusera, alcançasse o direito alemão (idem, p. 111). Fazia todo sentido, no bojo de tal empreendimento, recorrer à noção de que o direito permanecia fora do alcance do processo político e, portanto, separado da legislação gerada no parlamento. A ideia de Friedrich Carl von Savigny era que as instituições jurídicas não poderiam ser objeto de livre e explícita negociação e deliberação por meio do processo político, pois, na sua visão, o direito como um todo pertencia ao que ele considerava ser a espontânea “consciência comum do povo” (*gemeinsames Bewusstsein des Volkes*), correspondente ao costume, cuja origem ele atribuía a “forças internas, silenciosas” (*innere, stillwirkende Kräfte*) (SAVIGNY, 1814, p. 14). Dado esse pressuposto, as leis produzidas pelo processo político (legislação) tenderiam a ser concebidas como desviantes do bem que o costume espontâneo havia produzido. Ademais, o direito assim concebido era considerado isento de arbitrariedades¹³ e estaria plasmado nos chamados “institutos jurídicos”.

¹³ Para Savigny (1814, p. 8), a “consciência comum do povo”, que estaria na base do direito, “exclui toda ideia de uma origem fortuita e arbitrária” (*allen Gedanken an zufällige und willkürliche Entstehung ausschließt*).

Tais argumentos, obviamente, prepararam o terreno para que o direito – concebido como “ciência” depurada de elucubrações jusnaturalistas, e caracterizado por Savigny como uma especialidade reservada aos juristas, que teriam exclusividade sobre a explicitação intelectual das normas advindas da consciência do povo, se “fechasse” contra conteúdos legislados por forças que mais cedo ou mais tarde convergiriam para formar a chamada social-democracia na Alemanha. Os sucessores imediatos de Savigny contribuíram ainda mais para o “fechamento” do direito ao elaborarem a chamada Jurisprudência dos Conceitos, que estabelecia um formalismo positivista estrito, considerado inerente ao direito.

O formalismo (não mais jusnaturalista, e sim positivista) da Jurisprudência dos Conceitos, sendo projetado em ideias muito abstratas, acabou contribuindo para a formulação do que ficou conhecido como Teoria Geral do Direito (CASTRO, 2012, p. 152–155). Tal formalismo do direito alemão, obviamente, manteria obstruídas, por meio de uma disciplina interna ao discurso jurídico autorreferenciado, as vias institucionais de transformação que em tese deveriam estar abertas aos indivíduos em geral se outras ideias jurídicas, de inspiração voluntarista, houvessem sido adotadas.

A rigidez das noções jurídicas construídas por meio de doutrinas que remetem ao formalismo racionalista (e não ao voluntarismo) aparece, por exemplo, na tipificação e, portanto, na limitação das formas jurídicas, da propriedade pelo critério *numerus clausus*, que é característico do direito (civil) continental e contrasta com noção de propriedade, mais flexível, do *common law* (CASTRO, 2018a, p. 96–98). Semelhantemente, é claro o contraste entre a maior rigidez do direito civil dos contratos e a mais acentuada flexibilidade de sua contrapartida no *common law* (PARGENDLER, 2018). O fato é que, na Inglaterra, embora o pensamento utilitarista de Bentham, tenha enfrentado críticas, ao longo do século XIX, várias de suas ideias foram aceitas por juristas reformistas (LOBBAN, 2003, p. 121). Pode-se dizer, portanto, que os ingleses flexibilizaram o seu direito em alguma medida importante. Não obstante isso, uma tendência de enrijecimento das ideias jurídicas veio com John Austin e sua concepção formalista e positivista do direito, que recebeu influência do conceitualismo alemão (LOBBAN, 2013).

No caso dos Estados Unidos da América, um país legatário do *common law* da Inglaterra, os tribunais afastaram-se de doutrinas que, por influência de William Blackstone, identificavam o direito com princípios considerados eternos e expressos no costume, e desenvolveram, na primeira metade do século XIX, uma concepção claramente “instrumental” do direito (HORWITZ, 1977, p. 1–30). Conseqüentemente, no período anterior à guerra civil, em meio a transformações impulsionadas pela corrente política inaugurada por Andrew Jackson (SCHLESSINGER JR., 1945, p. 322–333), os tribunais judiciais passaram a ter um papel importante na dinamização das

transformações econômicas. Contudo, a partir da década de 1880, ocorreu uma guinada na orientação da Suprema Corte e de tribunais federais em geral.

Conforme ressaltaram A. H. Kelly, W. A. Harbison e H. Belz (1991, p. 386–387), a partir dessa época, a Suprema Corte “enfaticamente exerceu o poder jurisdicional (*judicial review*)”, invalidando leis estaduais de caráter distributivo. Os mesmos autores ressaltaram que, “[em]uma série de casos importantes da década de 1890, a Suprema Corte incorporou ao direito constitucional concepções doutrinárias sobre o direito de propriedade e sobre a livre iniciativa que seriam usadas por uma geração, a fim de organizar e expandir [um] novo sistema de capitalismo industrial e financeiro” (p. 387). Concomitantemente, houve um interesse em dar ao direito um tratamento radicalmente formalista, viabilizado pela Jurisprudência Analítica de tendência conceitualista, de modo a sedimentar as novas estruturas institucionais em favor do interesse minoritário de corporações. Conforme sublinhou Horwitz (1977, p. 259), a opção por dar um tratamento formalista e positivista ao direito nos Estados Unidos em finais do século XIX resultou de uma aliança entre a elite da profissão dos advogados e “poderosos interesses comerciais e empresariais” que se mobilizaram para o fim de “congelar” as ideias jurídicas e concebê-las, não como instrumentos flexíveis de mudança, mas como “um sistema fixo e inexorável de regras dedutíveis por meio da lógica”.

Na França do século XIX, o direito revolucionário trazido por Napoleão também tendeu a resistir a pressões que introduziriam reformas. O “formalismo” literalista de juristas que ficaram conhecidos como integrantes da Escola de Exegese montaram a defesa do texto posto e das instituições a que correspondia. Para dar agilidade a inovações institucionais inadiáveis foi sendo criado, por esforço de sistematização das decisões do Conselho de Estado, o “Direito Administrativo” (HAURIOU, 1892) como novo conjunto de ideias jurídicas de caráter assumidamente “exorbitante” em relação ao “direito comum” (i.e., o direito civil). Pressões para transformar o direito francês, tornando-o mais “flexível”, vieram por meio de críticas trazidas por autores como François Gény e Raymond Saleilles, mas não ocorreram mudanças radicais nas práticas e instituições jurídicas (RÉMY, 1985).

No caso do Brasil, os meandros percorridos pelas ideias jurídicas foram também no sentido de criar um anteparo contra projeções jurídicas da abertura voluntarista sobre as instituições, limitando assim o potencial que essas projeções em tese possuíam de subverter hierarquias opressoras. Conforme argumentou José Murilo de Carvalho (1990, p. 18–27), a opção pelo individualismo privatista, encapsulado na frase “liberdade dos modernos” (ver acima), teve a sua versão (embora com justificção doutrinária distinta, influenciada pelo “utilitarismo de Hume”), entre os pais fundadores da República dos Estados Unidos da América, e de lá influenciaria a

corrente de pensamento liberal no Brasil ao final do império. Entre os liberais brasileiros, o privatismo tomou os seus próprios rumos, tendo como uma expressão de destaque a corrente do darwinismo social de Alberto Sales, cujo pensamento era influenciado por Herbert Spencer (VITA, 1965) e refletia interesses de proprietários rurais representados, sobretudo, no Partido Republicano Paulista, fundado na cidade de Itu, em 1873 (CARVALHO, 1990, p. 24). O desenvolvimento das ideias jurídicas no Brasil, reagindo contra o jusnaturalismo como um todo, produziria uma visão positivista e conservadora do direito, enquanto base do liberalismo, com importância não desprezível na história da doutrina jurídica subsequente¹⁴.

Em síntese, de um modo geral, na medida em que emergiam possibilidades de transformação das instituições jurídicas, a fim de que elas passassem a incorporar ou canalizar as aspirações da vontade popular expressa no processo democrático em expansão, os juristas mais prestigiados foram abandonando as concepções de direito natural e suas (efetivas ou potenciais) vinculações ao voluntarismo, e “solidificaram” em sistemas positivistas formais as ideias jurídicas por meio das quais deveriam ser protegidas as instituições. Tratou-se de um movimento “defensivo” de estruturas necessárias a uma ordem construída para beneficiar poucos. Esse foi o resultado da defesa dos direitos dos indivíduos sob a democracia de orientação liberal, em finais do século XIX e início do século XX.

6. Da Ascensão do Totalitarismo à Social-Democracia

6.1. *Plebiscitarismo, Novas Racionalidades e Macroeconomia*

O “longo” século XIX terminou com a I Guerra Mundial. Em muitos países, a expansão do direito ao voto ia trazendo pressões exercidas sobre o Estado para que respostas fossem dadas aos anseios das maiorias, que permaneciam excluídas dos canais institucionais de busca do bem. Não apenas o direito ao voto foi sendo expandido, mas também muitas das limitações decorrentes da incapacidade civil e incidentes sobre os interesses de diferentes tipos de pessoas, com o tempo, foram sendo superadas. Novas instituições e diversos novos ramos do direito foram sendo criados como respostas às demandas de diferentes grupos sociais, incluindo o Direito do Trabalho, o Direito

¹⁴ Lopes (2014) descreve a evolução do pensamento jurídico brasileiro desde o século XIX, em reação à predominância do jusnaturalismo, como uma proposta de tornar o direito uma ciência empírica, em um primeiro momento – abrangendo projetos de autores como Sílvio Romero, Pedro Lessa, João Arruda e Hermes Lima – e, em seguida, um movimento orientado no sentido da adesão a um positivismo lógico-formal, resultando num afastamento do direito relativamente à realidade social. Com isso, observa Lopes (idem, p. 287) “o discurso crítico” pretendido pelos autores citados, “não foi capaz de fecundar a velha dogmática, que continuou, inalterada, o seu curso.”.

Previdenciário, partes novas do Direito Administrativo (tais como a doutrina francesa do “serviço público”), e assim por diante.

As pressões por mudanças, contudo, tendiam a ser maiores do que as tímidas respostas dadas por meio de inovações do direito. Por serem tais respostas jurídicas insuficientes, a sustentação da “calculabilidade” do direito, enquanto meio de estruturação institucional do dinamismo da economia, passou a envolver a mobilização de circuitos burocráticos não judiciais dos Estados. Um crescimento da chamada administração pública tornou-se inevitável. Concomitantemente, foram sendo testadas alternativas ao discurso dos juristas e o apelo a racionalidades técnicas de outras especialidades passou a ganhar relevo para a articulação das relações entre interesses particulares em tensão mútua, de um lado, e o interesse público, de outro. Assim, desde meados do século XIX, na Inglaterra, novas linguagens, distintas do direito, passaram a ser adotadas nas práticas correspondentes à “administração comissionada”. Com isso, as linguagens de saberes técnicos setoriais, manejados por comissões administrativas criadas por delegação do poder legislativo, deram origem a práticas que se tornaram parte integrante do chamado “Estado administrativo vitoriano” (CASTRO, 2018b, p. 49–50), cuja evolução geraria mais tarde as chamadas agências reguladoras.

Contudo, conforme se verá adiante, no século XX, as inovações de maior alcance, que se sedimentaram como resultado de mudanças em curso desde finais do século anterior, vieram em duas frentes: (i) no plano das instituições políticas centrais e (ii) no âmbito da administração econômica, que passaria a ser apoiada em ferramentas intelectuais novas, não setoriais e sim sistêmicas, com capacidade, portanto, de objetivar amplo conjunto de fatos empíricos. Em ambos os casos, os impactos sobre as relações entre o Estado e a sociedade, e sobre as chances e modos de a massa dos indivíduos dar racionalidade às suas ações, seriam enormes.

A primeira inovação correspondeu ao surgimento da liderança plebiscitária como ponto arquimediano da organização política, uma alteração constitucional que se tornou uma tendência clara com o papel que passaram a exercer, inicialmente, figuras como Luís Napoleão (1808-1873) e Otto von Bismarck (1815-1898), ou ainda as “máquinas partidárias” de massa, cujo crescimento precipitou a “decadência do domínio dos homens de pro”, consoante a conhecida caracterização de Max Weber (1993, p. 84–102).

A outra inovação consistiu na adoção de práticas de administração econômica que se tornavam meios de controle de relações entre fatos econômicos representados em *agregados estatísticos*, formando a base do que viria a se tornar a política macroeconômica. Com efeito, em vários países, desde o início do século XIX até as primeiras décadas do século XX, ocorreu o crescimento da produção administrativa de dados estatísticos atinentes a diversos aspectos da

economia: balanço de pagamentos, desemprego, nível de preços e renda nacional¹⁵. Tal crescimento do uso da estatística econômica, viabilizou o aparecimento de “um novo conjunto de práticas conhecidas como ‘política econômica’” (TOOZE, 2001, p. 10). A objetificação estatística de fatos econômicos tornaria possível, segundo o mesmo autor, reunir variáveis econômicas chaves em “modelos agregativos e sistemáticos” da economia.

Sob tais condições, que combinavam o plebiscitarismo e a agregação estatística de fatos econômicos, a possibilidade de mobilizar os corações e mentes das massas causando comportamentos radicalizados e simultaneamente manobrar a economia passou a ser parte da vida democrática. De certo modo, a República de Weimar (1918-1933) tornou-se um laboratório visível de tais mudanças, que evoluíram para o aparecimento do Terceiro Reich, um processo no qual novas condições e desafios acabaram em parte sendo refletidas nas construções doutrinárias radicalmente anti-formalistas de Carl Schmitt. No caso do Brasil, a liderança plebiscitária emergiu como elemento decisivo com Getúlio Vargas, cujos desígnios políticos receberam, no campo do direito, o respaldo de autores como Francisco Campos e outros (SANTOS, 2007). Foi a partir, também, do Estado Novo Varguista que práticas de administração macroeconômica passaram a ser adotadas, sob orientação de teorias econômicas chamadas desenvolvimentistas, com as quais se alinharam doutrinas de juristas administrativistas (CASTRO, 2013, p. 74–91).

Do ponto de vista do direito, a liderança plebiscitária introduziu a necessidade de quebra do formalismo jurídico positivista do liberalismo tardio, criado na virada do século, e sob o qual haviam permanecido abrigados os direitos de minorias poderosas, conforme visto acima. Assim, a tendência da ascensão da liderança plebiscitária era, minimamente, flexibilizar o formalismo jurídico do final do século XIX, dando preeminência aos desígnios do líder. Uma consequência dessa flexibilização seria relativizar a efetividade dos direitos até então ferrenhamente protegidos, causando, ao mesmo tempo, um relativo declínio da calculabilidade do direito para todos os indivíduos e grupos. Por outro lado, com o aumento da influência das ideias de economistas, que sofisticaram a perspectiva utilitarista, e também dada a multiplicação de informações de estatística econômica, a calculabilidade do direito tenderia a se conectar com modificações econômico-institucionais advindas da programação ou modelização econômica realizada pelo Estado¹⁶.

¹⁵ Segundo Adam Tooze, (2001, p. 4–11) serviços de estatística econômica foram criados ao longo do século XIX por diversos governos, incluindo: França (1800), Inglaterra (1801), Prússia (1805), Bavária (1806), Viena imperial (1810), Holanda (1826), Bélgica (1831), Rússia (1834), Dinamarca (1833), Finlândia (1865), Hungria (1867), Espanha (1873).

¹⁶ Os modelos econômicos formais emergiram nos anos 1930, especialmente a partir de contribuições do economista holandês Jan Tinbergen, que teria adaptado modelos da física. Ver Morgan (2003, p. 286–287).

É perceptível o fato de que as mudanças, vindas da abordagem econômica e da estatística, tenderiam a tomar o lugar da exigência Hegeliana relativa à preservação da consciência do todo social em articulação com a realização institucional da liberdade individual. No lugar disso, o controle administrativo de agregados econômicos, com o auxílio da estatística econômica, desdobrada na econometria (CASTRO, 2021, p. 3–9), e seus impactos calculados sobre o sistema de preços, passariam a substituir os meios institucionais jurídicos imaginados por Hegel. Com tais mudanças, o modo e o grau em que a calculabilidade do direito iria ser afetada para cada grupo social passaria a depender, obviamente, das escolhas feitas no âmbito da programação econômica como um todo, pois, como percebido por John Maynard Keynes desde a década de 1920, o uso da moeda e seus efeitos via preços “afeta[vam] diferentes classes desigualmente” ([1923] KEYNES, 2013, p. 1). Ora, na presença da política econômica calcada no uso da estatística econômica, a formação do “lastro monetário” da efetividade de direitos relacionados a interesses econômicos passaria a depender da configuração institucional da moeda e sua gestão, em grande parte decorrente do uso dos instrumentos de política monetária e da regulação financeira (CASTRO, 2021, p. 3–9).

6.2. *A Ascensão do Totalitarismo (caso da Alemanha)*

Nas experiências nazifascistas, a introdução da liderança plebiscitária veio acompanhada de perversões totalitaristas. Tais perversões, no caso da Alemanha, não somente deram um sentido estratégico extremado ao interesse no uso administrativo de estatísticas econômicas, que acabaram sendo postas a serviço de um esforço de “guerra total”, mas estimularam, também, o uso sistemático da violência extrema como forma de comportamento político – a começar pela atuação de forças milicianas conhecidas como *Sturmabteilung*, e deram vazão politicamente a paixões do mais extremado sadismo. Otto Kirchheimer (1996) descreveu alguns aspectos das perversões totalitaristas do direito alemão sob o Terceiro Reich.

Segundo Kirchheimer, o direito no Terceiro Reich foi completamente subordinado à política embalada pelo plebiscitarismo. As consequências foram brutais. “O primeiro resultado da sujeição da justiça à política”, assinalou Kirchheimer, foi “a expansão da esfera do direito penal” (p. 146). Como consequência, “[a]s funções protetivas do direito penal [passaram a ser] sacrificadas sob o impulso para expandir amplamente a esfera de aplicação” de punições¹⁷. Outras características do direito nazista descritas por Kirchheimer (1996, p. 143–146) incluem as seguintes:

- Os tribunais foram levados a se “alinhar com as correntes políticas de cada dia, [correspondentes a um suposto] ‘sentimento popular saudável’ tal como interpretado por políticos do partido no comando” (p. 146).

¹⁷ Ver também a descrição de características do direito nazista em Neumann (2009, p. 440–458).

- No campo da justiça criminal, ocorreu “a derrubada de todas as barreiras que [pudessem] atrapalhar o intento [dos tribunais] de realizar a justiça material” [i.e., não formal]. E, ainda, foram adotadas reformas “com o objetivo de assegurar que os interesses do indivíduo [acusado] e a proteção individual [fossem] forçados a se subordinar aos interesses do governo e da ‘verdade material’ (*materielle Wahrheit*)” (p. 145).
- Por outro lado, foram introduzidas reformas que passaram a limitar o escopo do direito do trabalho mediante um “ataque ao aparato dos sindicatos de trabalhadores” e a “destruição dos litígios de direito coletivo do trabalho” (p. 143).
- “Meios jurídicos auxiliares (*juristische Hilfsmittel*)” passaram a ser empregados para “promover o uso amplo de *standards* jurídicos vagos (*Generalklauseln*), de acordo com o princípio da boa-fé (*Treu und Glauben*)” (p. 144).
- No campo da organização econômica, “[g]randes empresas capitalistas – grandes bancos e também conglomerados monopolistas (...), deixaram de depender de processos judiciais para se relacionar com outros grupos sociais.”. As necessidades especiais dessas empresas eram atendidas “por meio de leis e decretos emergenciais” (p. 143).

Tais quebras dos formalismos jurídicos representavam um desprezo radical pelo requisito da igualdade de tratamento perante a lei, fundamento jusnaturalista do liberalismo clássico. O formalismo positivista do liberalismo tardio, originado em finais do século XIX, foi, também, solapado. Tais quebras do formalismo não ocorreram espontaneamente. Ao contrário, fizeram parte de um contexto marcado politicamente por forte liderança plebiscitária. Nesse contexto, os aspectos *relacionais* dos direitos subjetivos, que haviam sido ressaltados por Hegel, passaram a estar envoltos em uma opaca nuvem de propaganda política e seus aspectos psicológicos, e foram submetidos, em benefício do governo, à eficácia técnica de conhecimentos estatísticos facilitadores da administração da economia descritos em Tooze (TOOZE, 2001, p. 177–293). Os interesses das massas passaram a ser direcionados para a formação de atitudes e padrões de ação em função da capacidade do líder de mobilizar paixões, corações e mentes em conjunção com a administração da economia baseada em informações estatísticas detalhadas. E a ampla e eficaz criação e difusão de símbolos e informações estruturadas para veicular a propaganda política e o culto à personalidade do líder, tornaram-se cruciais estratégias do governo para viabilizar o regime (ROSS, 2008, p. 267–340).

Sob o direito nazista, a quebra dos formalismos jurídicos atingia, de um lado, a calculabilidade do direito das classes médias, excluindo os segmentos das classes mais abastadas, uma vez que os grandes interesses econômicos permaneceram viabilizados sob um capitalismo de

tendência monopolista (NEUMANN, 2009, p. 255–292). De outro lado, golpeava a calculabilidade do direito das classes populares que até então vinham sendo gradualmente beneficiadas com a construção de novos campos doutrinários e novas leis, já assinalados, tais como o Direito do Trabalho, e outros. Ou seja, a liderança plebiscitária, orientada por perversões totalitaristas, destruiu de roldão tanto as formas jurídicas “fechadas” do direito civil, que beneficiavam antigas minorias (os titulares de propriedades), quanto as formas jurídicas mais recentes que vinham sendo “abertas” para viabilizar a busca do bem por parte de grupos historicamente marginalizados, restando apenas a proteção política dada a interesses monopolistas estrategicamente relevantes. A adesão das massas ao regime se dava preponderantemente por apelos irracionais¹⁸, projetados para dentro do direito por meio de construções como os “*standards* jurídicos vagos” ou “cláusulas gerais” (*Generalklauseln*), já mencionadas acima.

6.3. *A Social-Democracia e seu Declínio*

Não obstante a superação das experiências nazifascistas das décadas de 1920 a 1940, a mobilização em massa de paixões, corações e mentes, acompanhada de significativa flexibilização dos formalismos jurídicos, permaneceu uma combinação de características que se transmitiu à democracia após a guerra, embora sem as perversões totalitaristas. De fato, historicamente, a estabilização da ordem em muitas democracias após a II Guerra Mundial esteve ligada à prática de uma versão “moderada” de plebiscitarismo, associada à ascendência dos partidos do tipo “*catch-all*”, também conhecidos como “partidos-ônibus” (KIRCHHEIMER, 2012). Por outro lado, a prática política do “plebiscitarismo moderado”, sob a socialdemocracia, teve o auxílio relativamente eficaz, durante algumas décadas, de instrumentos da administração macroeconômica, cuja sistematização resultou, inicialmente, do prestígio adquirido pelas ideias que formaram o keynesianismo¹⁹. Esta combinação da ascendência dos “partidos-ônibus” com a política macroeconômica de orientação (neo)keynesiana – dedicada a promover, reativamente aos ciclos econômicos, a redistribuição retrospectiva e parcimoniosamente compensatória de desvantagens econômicas experimentadas por setores sociais, correspondeu à fórmula da chamada social-democracia.

Com o crescimento da administração macroeconômica, era sobretudo o impacto socialmente desigual da moeda o que ia tornando diferenciada, por meio do cálculo macroeconômico centralizado, a efetividade de muitos direitos para os distintos grupos sociais. A canalização modulada de fluxos monetários para diferentes indivíduos ou grupos mediante diferentes taxas de

¹⁸ Franz Neumann (2009, p. 458) chega a dizer que o sistema jurídico do Nacional Socialismo foi “uma técnica de manipulação das massas por meio do terror”.

¹⁹ Ver estudos reunidos em Hall (1989).

juros ou cambiais, e incidências tributárias díspares, enquanto elementos subjacentes ao formalismo dos modelos macroeconômicos, juntamente com o poder institucional e jurídico dos empregadores diante de expectativas salariais dos trabalhadores, passava a afetar diferentemente a calculabilidade do direito para os diversos setores da sociedade. Assim, a influência dos resultados do processo eleitoral sobre as decisões de política econômica tenderia a tornar-se relevante para a determinação de diferentes graus de calculabilidade – variáveis em decorrência da formação do lastro monetário em cada caso, do direito para diferentes grupos. Ao mesmo tempo, as relações entre preferências eleitorais e as decisões de política econômica poderiam ser intermediadas pela operação do plebiscitarismo moderado. Aí estavam dados os pressupostos econômicos e institucionais do que Michal Kalecki (1943) viria a descrever como “aspectos políticos” do pleno emprego, buscado mediante a adoção de políticas keynesianas.

Portanto, várias condições relacionadas entre si tornaram sustentável, por um tempo (aproximadamente, as três décadas seguintes à II Guerra Mundial), o projeto da social-democracia. O plebiscitarismo moderado passava a depender dos bons ofícios da chamada “grande mídia” (televisão, rádio, grande imprensa) na propagação de símbolos, informações e composições semióticas, de maneira associada à administração macroeconômica relativamente eficaz e à competência intelectual e diligência institucional de juristas para criar amplas zonas de discricionariedades administrativas (por exemplo, para os bancos centrais, agências reguladoras, o fisco e burocracias do Estado), demandada pelo gerenciamento da política econômica. Daí resultava a necessidade de se reformar continuamente o direito, em vista de inovações legislativas e regulatórias, de modo a estimular o crescimento econômico, mas ao mesmo tempo evitar a acumulação de insatisfações que introduzissem o que alguns chamaram de “sobrecargas” nas instituições²⁰. E para muitos juristas tornava-se confortável, quando necessário, recorrer à noção de que, em sua maioria, os direitos subjetivos com impacto distributivo (por ex.: direitos à saúde, educação, aposentadoria, etc.) deveriam ser flexivelmente tratados como vinculados às “normas programáticas”, de eficácia limitada ou diferida²¹. Além disso, do ponto de vista econômico, parte das condições de êxito da programação econômica que viabilizavam a manutenção de pactos entre

²⁰ O termo “sobrecarga” (*overload*), associado à ideia de “crise da democracia”, foi usado em relatório encomendado pela chamada Comissão Trilateral, formada em 1973 como meio de cooperação entre os Estados Unidos, a Europa ocidental e o Japão. Ver Crozier, Huntington e Watanuki (1975). O relatório tratou da instabilidade político-econômica que aflorou a partir de finais dos anos 1960 nas democracias das três regiões. O documento considerou a inflação como “um resultado direto da ingovernabilidade das democracias ocidentais” (*idem*, p. 37). A instabilidade com a qual se preocuparam os autores do relatório se prolongaria até o advento do que alguns economistas vieram a chamar de “Grande Moderação” (*Great Moderation*). Esta última expressão refere-se à situação de baixa volatilidade do ciclo econômico (*business cycle*) na maior economia do mundo – a dos Estados Unidos – entre meados da década de 1980 e 2007. Ver Hakkio (2013).

²¹ Para uma amostra de construções dogmáticas sobre o tema, ver Silva (2007, p. 117–163).

grupos nas jurisdições nacionais eram práticas de cooperação internacional, estabelecidas em 1944 (Acordo de Bretton Woods), para evitar a flutuação cambial além de certos limites e seus efeitos desestabilizadores das economias nacionais via transmissão de oscilações monetárias difundidas pelo sistema de preços.

A fórmula social-democrática de economia política para promover a combinação da democracia com o desenvolvimento econômico relativamente inclusivo começou a se desfazer na década de 1970, quando as regras de cooperação econômica internacional, em especial na área da cooperação cambial, deixaram de dar proteções econômicas a diversos países contra oscilações de preços vindas do setor externo das economias nacionais. Michael Webb (1994, p. 177) descreveu essa mudança nos seguintes termos:

[Após a II Guerra, a] baixa mobilidade do capital e fluxos comerciais limitados (...) significavam que taxas cambiais fixas poderiam ser mantidas sem seriamente constringer a autonomia nacional da administração macroeconômica. [Mas o] sistema de taxas de câmbio fixas foi abandonado no início dos anos 1970 (...). Ao final [dessa década], os esforços de coordenação [passaram conseqüentemente a] focaliza[r] as políticas monetária e fiscal – políticas que haviam sido tradicionalmente consideradas internas. Este era um tipo de coordenação [internacional] de políticas muito mais invasivo, uma vez que exigia dos governos que alterassem as políticas macroeconômicas centrais para os seus programas políticos domésticos.

A partir de então passou a ocorrer uma importante propagação internacional das tensões econômicas e injustiças daí geradas, um processo facilitado pela corrosão mais acentuada da chamada “soberania monetária” da maioria dos países no mundo (PISTOR, 2017). Sem a âncora da estabilidade sistêmica embutida nas regras do regime de cooperação cambial que haviam sido aprovadas em 1944, e sendo adotados desde a década de 1980 os chamados “ajustes estruturais” defendidos por instituições financeira multilaterais (GILPIN; GILPIN, 2001, p. 313-316), a teia global de relações monetárias passou a transmitir de modo mais impactante, para as economias nacionais, os ônus decorrentes da hierarquização entre as moedas dos diversos países consoante uma escala arbitrária de graus de conversibilidade (FRITZ; DE PAULA; PRATES, 2018). Ao mesmo tempo, consolidou-se a tendência de que já não seria mais a linguagem natural, milenar instrumento de trabalho dos juristas, que conteria os fundamentos para a definição e reforma das estruturas institucionais mais fundamentais. Esse papel cada vez mais passaria a ser exercido por formulações matemáticas, dados econométricos, mensurações e modelos empregados por

economistas²². E nisso passaria a assentar-se a pretensão de correção científica, expressa em “conhecimentos” econômicos confiáveis, mas sem uma clara articulação deles com a primazia da promoção do bem moral igualmente para todos, reclamada por Kant no século XVIII e, com fundamentos distintos, por Hegel no século XIX.

Mais recentemente, a chamada crise das hipotecas *subprime*, cujos efeitos desestabilizadores se espalharam para quase todo o mundo (SINGH, 2013), foi, por assim dizer, um golpe fatal sobre as esperanças de sustentação da fórmula de economia política da social-democracia. Essa crise deixou claro que os “conhecimentos” dos economistas têm eficácia limitada, e expôs, também, o grande crescimento da desigualdade, que, devido a escolhas no âmbito da política econômica, vinha avançando desde a década de 1970, conforme já ressaltado acima. Em tudo isso, obviamente, teria sido desejável que juristas tivessem podido intervir para corrigir (e até prevenir) as injustiças resultantes de decisões no campo da política econômica – uma possibilidade que, um tanto tardiamente, tem avançado em algumas análises de juristas trabalhando sob a chancela da Organização das Nações Unidas (p.ex., UNITED NATIONS, 2020, 2018, 2015, 2002). Nessas análises, frequentemente os juristas passam a invocar “obrigações” dos Estados assumidas em tratados internacionais sobre direitos humanos. Porém, ainda lhes faltam categorias de pensamento e analíticas percucientes, aptas a contribuir com providências e construções *ex ante*, relativas a reformas de políticas econômicas, de modo a oferecer à maior parte dos cidadãos efetivos canais institucionais de busca do bem.

7. À Guisa de Conclusão: Alguns Comentários sobre o Brasil

Como visto acima, desde as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, as ideias e instituições do direito, da política e da economia e sua evolução contribuíram, de um modo geral, para manter contingentes importantes da população em diversas sociedades marginalizados dos meios jurídico-institucionais na busca racional de seu próprio bem. Dados os processos de propagação internacional descritos por Duncan Kennedy (2006) como “globalizações” do direito e do pensamento jurídico entre 1850 e 2000, o Brasil desenvolveu a sua versão do fosso construído entre o direito e as aspirações da sociedade. Há, nesse sentido, uma crise do direito, inclusive no Brasil, que inviabiliza a realização da democracia sob padrões institucionais capazes de atender

²² Embora economistas tenham empregado a matemática em especial desde a década de 1870, foi apenas no período após a II Guerra Mundial, conforme assinala Sandmo (2011, p. 448), que “o uso da formalização por meio da estatística e da matemática passou a ser crescentemente aceito.”

amplamente as aspirações das massas e difundir a capacidade produtiva para todos os indivíduos, ampliando a “abertura voluntarista” advinda das ideias de antigos pensadores.

Na verdade, os juristas têm falhado flagrantemente na tarefa de contribuir para transformar em realidade instituições jurídicas novas, que avancem para além de mecanismos retrospectiva e parcimoniosamente redistributivos, e instituam versões dinâmicas e contemporâneas da cidadania inclusiva. De fato, é espantoso perceber que o formalismo jurídico positivista – desenvolvido em finais do século XIX como uma postura defensiva dos poderosos da época, e também como um anteparo contra as consequências da expansão do sufrágio, ainda permaneça sem maiores alterações, como um conjunto de ideias e um modo de raciocínio que constitui o “núcleo duro” do treinamento intelectual dos que se dedicam a atuar profissionalmente no campo do direito no Brasil hoje. Trata-se de um problema relacionado a deficiências do ensino e da pesquisa na área do direito neste país (p. ex., NOBRE, 2009; e OLIVEIRA, 2004).

Nesse sentido, cabe lembrar a percepção, formada já há várias décadas, segundo a qual, tendo os juristas brasileiros desde a redemocratização de 1988 se esforçado para dar uma sobrevida ao formalismo de finais do século XIX, suas doutrinas estariam fadadas a servir como um diáfano verniz de racionalidade, aplicado sobre o discurso jurídico para o fim de dissimular adaptações atreladas a inúmeras fontes de pressão social e política, conducentes à inevitável profusão assistemática de novas leis (FARIA, 1988). Como sintoma disso, perdura a escassez de reflexões percucientes, que, criticando o aumento da desigualdade, se proponham a encarar o contexto plural da democracia brasileira e as especificidades de sua economia política como desafios para o direito.

Ao formalismo oitocentista sobrevivente no Brasil veio somar-se, nos últimos anos, o que Duncan Kennedy (2006, p. 68–71) chamou de “neoformalismo”, uma combinação (i) da “ponderação de valores” com (ii) a ideia de supremacia judicial e (iii) a tendência de encapsular direitos subjetivos em “identidades” fragmentadoras da consciência do todo social²³. No Brasil, o neoformalismo tem encontrado expressão sobretudo no chamado “neoconstitucionalismo”, curiosamente anunciado como um “triunfo tardio” (BARROSO, 2005).

²³ Roberto Mangabeira Unger (2015, p. 79–80) caracterizou o neoformalismo como um formalismo jurídico mais amplo do que aquele típico do final do século XIX. O (neo)formalismo, segundo Unger, recorre a novos “cânones” aplicáveis a procedimentos de inferência e argumentação no campo do direito, que isolam o discurso jurídico do debate aberto sobre os termos em que a vida social deve ser vivida. As literaturas de “direito e economia” (*law and economics school*) e de “direitos e princípios” (*rights and principles school*) – a primeira tendo como principal expoente Richard Posner, e a segunda, Ronald Dworkin – são importantes expressões do (neo)formalismo (e seu complemento, o objetivismo). Essas escolas, segundo Unger (idem, p. 93), “oferecem uma versão diluída do projeto da ciência jurídica do século XIX.” Uma discussão ampliada desses temas e do conceito correlato de “análise jurídica racionalizadora” é desenvolvida em Unger (2004).

Sob o neoconstitucionalismo é clara a vinculação das formulações jurídicas de principiologias abstratas a um esforço de “fechamento” do direito, sob a influência das ideias de Ronald Dworkin. Trata-se de um “fechamento” do direito que, ao mesmo tempo em que pretende superar o formalismo positivista, flexibiliza em larga escala o formalismo jurídico especulativo do liberalismo clássico (portanto, conveniente, mediante expedientes como a ponderação de valores e o recurso a “princípios” maleáveis, que disfarçam escolhas judiciais arbitrárias), substituindo assim o debate democrático sobre as questões de interesse público que passam a ser seletivamente absorvidas para dentro dos espaços políticos insulares dos tribunais superiores. As manobras intelectuais e institucionais do neoconstitucionalismo, conforme observou Rodriguez-Garavito (2011), em várias partes do mundo têm sido frequentemente usadas para subordinar suas construções jurídicas às exigências de economistas que assessoram organismos como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, trabalhando assim em prol da implementação de certas reformas econômicas chamadas “liberalizantes”²⁴.

Não é difícil perceber que essas reformas “liberalizantes” (p. ex., flexibilizações do mercado de trabalho, privatização de serviços públicos, extinção ou restrição de direitos previdenciários mediante a reforma da seguridade social, desregulação financeira, etc.) são movimentos de desmanche dos canais institucionais criados no século XX para promover o encontro do direito com as aspirações das massas e dar-lhes os meios para agir no sentido de transformar as suas vidas em uma experiência que vá além do que Kant chamou de “simples inerência”. O direito brasileiro não apenas tem facilitado a aprovação de tal desmanche com o auxílio do neoformalismo, mas tem convivido com a adesão de muitos juristas às categorias do formalismo positivista do século XIX. Sob o peso desse duplo condicionamento, o direito brasileiro tem sido incapaz de levantar uma voz crítica que, com base em fundamentação jurídica, previna a ocorrência de injustiças perpetradas pelas políticas econômicas. Dadas essas condições, a prática do direito tende a transformar-se, no Brasil como em outros países, em terreno fértil para os populismos autoritários, deletérios da própria democracia.

REFERÊNCIAS

ALONSO, A. Apropriação de ideias no Segundo Reinado. In: GRINBERG, K.; SALLES, R. (orgs.). **O Brasil imperial, vol. III: 1870-1889**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 85–115.

²⁴ São reformas como as analisadas em Stubbs e Kentikelenis (2017); e Kentikelenis e Babb (2019).

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 1–42.

BARROSO, L. R. Vinte anos da constituição brasileira de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. **Justitia [Revista do Ministério Público de São Paulo]**, v. 65, jun. 2008, p. 255–267.

BERKOWITZ, R. **The gift of science: Leibniz and the modern legal tradition**. New York: Fordham University Press, 2010.

BOSC, Y. Robespierre libéral. **Annales Historiques de la Révolution Française**, v. 371, n. 1, 2013, p. 95–114.

BRANDÃO, G. M. Linhagens do pensamento político brasileiro. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, v. 48, n. 2, 2005, p. 231–269.

CABRAL, G. C. M. Thomasius e o Direito Natural. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 37, n. 72, 2016, p. 145–167.

CAMPELLO, T. et al. Faces da desigualdade no Brasil: um olhar sobre os que ficam para trás. **Saúde em Debate**, v. 42, n. spe3, nov., 2018, p. 54–66.

CARVALHO, J. M. DE. **A formação das almas: O imaginário da república no Brasil**. São Paulo: Cia. das Letras, 1990.

CASTRO, M. F. DE. **Formas jurídicas e mudança social: Interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia**. São Paulo: Saraiva; Direito GV, 2012.

CASTRO, M. F. DE. Economic development and the legal foundations of regulation in Brazil. **The Law and Development Review**, v. 6, n. 1, p. 61–115, 2013.

CASTRO, M. F. DE. A concepção jurídica da propriedade na sociedade de mercado: Aspectos de sua evolução e desafios recentes. In: CASTRO, M. F. DE; FERREIRA, H. L. P. (orgs.). **Análise jurídica da política econômica: a efetividade dos direitos na economia global**. Curitiba: Editora CRV, 2018a. p. 83–107.

CASTRO, M. F. DE. Elementos constitucionais das economias de mercado e a imaginação do bem possível. In: CASTRO, M. F. DE; FERREIRA, H. L. P. (orgs.). **Análise jurídica da política econômica: A efetividade dos direitos na economia global**. Curitiba: Editora CRV, 2018b. p. 43–61.

CASTRO, M. F. DE. A Dimensão Econômica da Efetividade dos Direitos Fundamentais. **Revista Semestral de Direito Econômico**, v. 1, n. 2, 2021, p. 1–37.

CHALOUB, J. Dois liberalismos na união democrática nacional: Afonso Arinos e Lacerda entre o consenso e o conflito. **Revista Estudos Políticos**, v. 6, n. 1, 2013, p. 294–311.

COSTA, E. V. DA. **Da Monarquia à República: Momentos decisivos**. 9a edição ed. São Paulo: Editora UNESP, 2010.

CROZIER, M.; HUNTINGTON, S. P.; WATANUKI, J. **The crisis of democracy: report on the governability of democracies to the Trilateral Commission**. New York: New York University Press, 1975.



DUFOUR, A. Pufendorf. In: BURNS, J. H.; GOLDIE, M. (orgs.). **The Cambridge history of political thought: 1450 - 1700**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. p. 561–588.

DUMONT, L. **From Mandeville to Marx: The genesis and triumph of economic ideology**. Midway Reprint ed. Chicago: University of Chicago Press, 1983.

FARIA, J. E. A constituinte e suas condições de eficácia. In: FARIA, J. E. (Ed.). **A Crise do Direito em uma Sociedade em Mudança**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988. p. 101–107.

FRANCE, A. **Le Lys Rouge**. [1894] Paris: Calmann-Lévy, 1906.

FRITZ, B.; DE PAULA, L. F.; PRATES, D. M. Global currency hierarchy and national policy space: A framework for peripheral economies. **European Journal of Economics and Economic Policies**, v. 15, n. 2, p. 208–218, set. 2018.

GILPIN, R.; GILPIN, J. M. **Global political economy: understanding the international economic order**. Princeton: Princeton University Press, 2001.

GOLDIE, M. The reception of Hobbes. In: BURNS, J. H.; GOLDIE, M. (orgs.). **The Cambridge history of political thought: 1450 - 1700**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 589–615.

HAAKONSSSEN, K. German natural law. In: GOLDIE, M.; WOKLER, R. (orgs.). **The Cambridge history of eighteenth-century political thought**. The Cambridge history of political thought. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2006, p. 251–290.

HAKKIO, C. S. **The Great Moderation 1982-2007**. Federal Reserve History, , 22 nov. 2013. Disponível em: <https://www.federalreservehistory.org/essays/great_moderation> (acesso em 10 fev. 2019).

HAURIOU, M. De la Formation du Droit Administratif Français Depuis l'An VIII. **Revue Générale d'Administration**, v. 2, 1892, p. 385–403.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. [1821] Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HIRSCHMAN, A. O. **A retórica da intransigência: perversidade, futilidade, ameaça**. Tradução: Tomas Barbosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

HORWITZ, M. J. **The Transformation of American law: 1780-1860**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1977.

KALECKI, M. Political aspects of full employment. **The Political Quarterly**, v. 14, n. 4, 1943, p. 322–330.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. [1785] Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KANT, I. **Crítica da Razão Prática**. [1788] Tradução: Artur Morão. Edições 70: Lisboa, 2008a.

KANT, I. **A Metafísica dos Costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude**. [1797] Tradução: Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008b.



KANT, I. **A metafísica dos costumes**. [1797] Tradução: José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

KELLY, A. H.; HARBISON, W. A.; BELZ, H. **The American Constitution: Its origins and development**. 7. ed. New York: Norton, 1991. v. 2

KENNEDY, D. Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000. In: TRUBEK, D. M.; SANTOS, A. (orgs.). **The new law and economic development: A critical appraisal**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2006. p. 19–73.

KEYNES, J. M. **A Tract on Monetary Reform**. [1923] 3. ed. Cambridge [England]; New York: Cambridge University Press for the Royal Economic Society, 2013. v. IV

KIRCHHEIMER, O. State structure and law in the Third Reich. In: SCHEUERMAN, W. E. (coord.). **The rule of law under siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer**. Berkeley: University of California Press, 1996. p. 142–171.

KIRCHHEIMER, O. A transformação dos sistemas partidários da Europa Ocidental. **Revista Brasileira de Ciência Política**, v. 7, 2012, p. 349–385.

LOBBAN, M. ‘Old wine in new bottles’: the concept and practice of law reform. In: BURNS, A.; INNES, J. (orgs.). **Rethinking the age of reform: Britain 1780-1850**. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2003, p. 114–135.

LOBBAN, M. Austin and the Germans. In: FREEMAN, M. D. A.; MINDUS, P. (orgs.). **The legacy of John Austin’s jurisprudence**. Dordrecht: Springer, 2013, p. 255–270.

LOCKE, J. **Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o governo**. [1689–1690]. Tradução: Anoar Aiex. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

LOPES, J. R. DE L. **Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACPHERSON, C. B. **The life and times of liberal democracy**. Oxford: Oxford University Press, 1977.

MARCOS, R. M. DE F. **A legislação pombalina: Alguns aspectos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2006.

MARSHALL, T. H. **Citizenship and social class, and other essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.

MARX, K.; ENGELS, F. Manifesto of the Communist Party. [1848] In: TUCKER, R. C. (org.). **The Marx-Engels Reader**. 2. ed. New York: Norton, 1978. p. 469–500.

MEDEIROS, M.; SOUZA, P. H. G. F. DE; CASTRO, F. Á. DE. A estabilidade da desigualdade de renda no Brasil, 2006 a 2012: estimativa com dados do imposto de renda e pesquisas domiciliares. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 20, n. 4, 2015, p. 971–986.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., revista e atualizada ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



MILL, J. S. **On liberty: annotated text sources and background criticism**. [1859] New York, NY: Norton, 1975.

MILL, J. S. **Utilitarismo**. [1863] Tradução: Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.

MOISÉS, J. A.; PIQUET CARNEIRO, G. Democracia, desconfiança, política e insatisfação com o regime - o caso do Brasil. In: MOISÉS, J. A. (Ed.). **Democracia e confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas?** São Paulo, SP, Brasil: EDUSP, 2010. p. 149–184.

MORGAN, M. Economics. In: PORTER, T. M.; ROSS, D. (orgs.). **The Cambridge history of science. The modern social sciences**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2003. v. 7, p. 275–305.

NEUMANN, F. L. **Behemoth: the structure and practice of national socialism, 1933-1944**. Chicago: Ivan R. Dee - Published in association with United States Holocaust Memorial Museum, 2009.

NOBRE, M. **Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil: Cadernos Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2779> (acesso em 10 ago. 2022).

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

PARGENDLER, M. The role of the state in contract Law: The common-civil law divide. **Yale Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 143–189, 2018.

PIKETTY, T. **Capital in the twenty-first century**. Tradução: Arthur Goldhammer. Cambridge Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

PISTOR, K. From territorial to monetary sovereignty. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 18, n. 2, 2017, p. 491–517.

RÉMY, P. Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIXème siècle. **Annales d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique**, v. 2, 1985, p. 91–105.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. Toward a sociology of the global rule of law field: Neoliberalism, neoconstitutionalism, and the contest over judicial reform in Latin America. In: DEZALAY, Y.; GARTH, B. G. (Eds.). **Lawyers and the rule of law in an era of globalization**. Law, development and globalization. Abingdon, Oxon; New York: Routledge, 2011, p. 156–182.

ROMERO, S. **Ensaio de filosofia do direito**. São Paulo: Landy Ed., 2001.

ROMMEN, H. A. **The natural law: A study in legal and social history and philosophy**. Tradução: Thomas R. Hanley. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

ROSS, C. **Media and the making of modern Germany: Mass communications, society, and politics from the Empire to the Third Reich**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2008.

VITA, L. W. **Alberto Sales: Ideólogo da república**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965.



SANDMO, A. **Economics evolving: A history of economic thought**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2011.

SANTOS, R. D. DOS. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, v. 50, n. 2, 2007, p. 281–323.

SAVIGNY, F. C. VON. **Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**. 1. ed. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.

SCHLESSINGER JR., A. M. **The Age of Jackson**. New York: Book Find Club, 1945.

SILVA, J. A. DA. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7a. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2007.

SINGH, A. The economic and financial crisis of 2008-2010: The international dimension. In: WOLFSON, M. H.; EPSTEIN, G. A. (orgs.). **The handbook of the political economy of financial crises**. New York, NY: Oxford University Press, 2013. p. 213–229.

SMITH, A. **A Riqueza das Nações. Investigação sobre sua Natureza e suas Causas**. Tradução: Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. 1

SPERBER, J. Reforms, movements for reform, and possibilities of reform: comparing Britain and continental Europe. In: BURNS, A.; INNES, J. (orgs.). **Rethinking the age of reform: Britain 1780-1850**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 312–330.

TOOZE, A. J. **Statistics and the German state, 1900-1945: the making of modern economic knowledge**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

TUCKNESS, A. S. The coherence of a mind: John Locke and the law of nature. **Journal of the History of Philosophy**, v. 37, n. 1, 1999, p. 73–90.

UNGER, R. M. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004.

UNGER, R. M. **The critical legal studies movement: Another time, a greater task**. London: Verso, 2015.

UNITED NATIONS. **Annual report of the Special Rapporteur on the right to education, Katarina Tomaševski, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2001/29 [E/CN.4/2002/60]**. Geneva, 2002. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/457788/files/E_CN-4_2002_60-EN.pdf (acesso em 30 mar. 2022).

UNITED NATIONS. **Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, Philip Alston [A/HRC/29/31]**. Geneva: United Nations Human Rights Council, 27 maio 2015. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/105/92/PDF/G1510592.pdf?OpenElement>. (acesso em 20 jul. 2017).

UNITED NATIONS. **Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context [A/HRC/37/53]**. Geneva, 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/007/65/PDF/G1800765.pdf?OpenElement> (acesso em 10 set. 2021).



UNITED NATIONS. **Interim report of the Special Rapporteur on the right to food [A/75/219]**. New York, 2020. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/3879225?ln=en> (acesso em 10 ago. 2022).

VENANCIO FILHO, A. **Das arcadas ao bacharelismo**. 2. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1982.

WARD, R. W. Divine will, natural law and the voluntarism/intellectualism debate in Locke. **History of Political Thought**, v. 16, n. 2, 1995, p. 208–218.

WEBB, M. C. Understanding patterns of macroeconomic policy co-ordination in the post-war period. In: STUBBS, R.; UNDERHILL, G. R. D. (orgs.). **Political economy and the changing global order**. New York: St. Martin's Press, 1994. p. 176–189.

WEBER, M. Política como vocação. In: **Ciência e política. Duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 1993. p. 55–124.

WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. v. 2

WIEACKER, F. **História do direito privado moderno**. Tradução: A.M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

Sobre o autor:

Marcus Faro de Castro

Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1983), graduação em Letras Português Licenciatura pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1980), mestrado em Direito - Harvard University (1986) e doutorado em Direito - Harvard University (1990). Atualmente é Professor Titular da Universidade de Brasília, atuando principalmente nos seguintes temas: globalização, direitos humanos, direito e política, política econômica e análise jurídica da política econômica (AJPE). Faculdade de Direito Universidade de Brasília Campus Universitário Darcy Ribeiro Asa Norte, Brasília, DF, Brasil Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8117165300109701> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6487-1783> E-mail: mfarounb@gmail.com

