

# O MOVIMENTO DE ESTUDOS CRÍTICOS DO DIREITO:

**OUTRO TEMPO, TAREFA MAIOR**

Roberto Mangabeira Unger

Tradução de Lucas Fucci Amato

Tradução da 2ª edição, publicada pela  
Verso (London; New York, 2015):

*The Critical Legal Studies Movement: another time, a greater task.*

Primeira edição: Harvard University Press, 1986.

  
LETRAMENTO

  
CASA DO  
DIREITO

## INTRODUÇÃO: O IMPERATIVO DA REBELDIA NO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Este livro reúne três textos traduzidos do inglês: *The Critical Legal Studies Movement*, publicado em 1986 como manifesto de um movimento no pensamento jurídico; *Another Time, a Greater Task*, escrito em 2014 e publicado em 2015 junto com edição revista do livro de 1986; e *The Universal History of Legal Thought*, escrito em 2010 e jamais publicado, em qualquer língua, até agora. O leitor reconhecerá a relação estreita entre os três escritos. O texto de 2014 antecede neste livro o de 1986. Situa-o em seu momento e o reinterpreta à luz de visão e rumo a seguir no entendimento e na elaboração do direito. E o ensaio de 2010, publicado aqui como posfácio, coloca toda esta construção de idéias em contexto histórico e comparativo mais abrangente.

O propósito desta introdução é mostrar o que as ideias expostas nestes textos têm a ver com o rumo do direito e da cultura jurídica no Brasil. Desdobro esta reflexão em coletânea de palestras a ser publicada em seguida: *A Tarefa do Direito Brasileiro*.

Duas ideias devem guiar-nos, a nós brasileiros, ao nos posicionarmos nos embates do pensamento jurídico mundial.

A primeira ideia é que não devemos entrar na onda daquilo que se passou a tratar nos países de que nos acostumamos a importar ideias como o caminho do avanço na maneira de entender e de elaborar o direito. É desvio, não avanço, não só para nós, senão também para qualquer cultura jurídica em qualquer país. Devemos abrir outro caminho, que demarco nestes textos e nas falas reunidas em *A Tarefa do Direito Brasileiro*.

A segunda ideia é que a rebeldia no entendimento do direito, ao nos credenciar para evitar o destino da cópia mal avisada, também nos permitirá a nós, juristas brasileiros, socorrer o Brasil. A solução dos nossos problemas mais importantes depende de inovações institucionais na organização da economia e da política. Não é das abstrações que dominaram os últimos dois séculos de debate ideológico no mundo que podemos inferir as ideias institucionais mais fecundas. É das variações

institucionais já prefiguradas, em pormenor, no direito constituído, em nosso e em outros países. Nossa rendição à falsa trajetória do progresso na cultura jurídica nos impede de reconhecê-las e de desenvolvê-las.

O maior obstáculo para o acolhimento destas duas teses é o colonialismo mental que impera entre nós. Levanto-me aqui contra sua expressão na abordagem do direito. Não o faço em nome de qualquer nativismo cultural ou fascínio por idiosincrasias nacionais. Faço-o por convicção de que o rumo em que nossa alta cultura jurídica embarcou, sob o encanto do colonialismo mental, seria em qualquer país atraso e obscurantismo. O esforço para qualificar o pensamento jurídico brasileiro a pensar o Brasil credencia-nos a construir algo de novo e importante no pensamento universal a respeito do direito. O colonialismo mental condena-nos à insignificância.

Há muito tempo, o tema central da teoria do direito vem sendo a crítica ao formalismo doutrinário. Prevalece a ideia de haver sucessão clara àquele formalismo: maneira supostamente mais esclarecida de pensar e de elaborar o direito. Tanto a crítica ao formalismo como a identificação da maneira de pensar indicada para substituí-lo são objeto de reflexão e proselitismo em todo o mundo. Com respeito a ambos os temas, as faculdades liderantes de direito dos Estados Unidos e da Alemanha são os centros de maior influência no mundo. E com respeito a ambos, a mensagem que transmitem, com pouca variação ou contradição, vem sendo essencialmente a mesma, apesar das diferenças evidentes entre as tradições a que pertencem.

Apresenta-se o formalismo doutrinário como superstição grosseira que misteriosamente acometia os juristas de gerações passadas: seria visão do direito como sistema fechado de regras e conceitos que, com a ajuda de raciocínio dedutivo, indicam a solução correta para cada problema a ser resolvido. O propósito desta concepção do método repudiado é assinalar ruptura representada pelas correntes de pensamento jurídico agora dominantes. Como o formalismo doutrinário sobrevive teimosamente na cultura jurídica dos manuais e das práticas, a crítica ao formalismo doutrinário continua a ter obra a executar.

Trata-se de noção falsa do que foi o pensamento jurídico anterior ao novo esclarecimento. Sua essência estava em concepção tipológica, que os juristas conservadores compartilhavam com teorias sociais de esquerda, a começar pelo marxismo. De acordo com esta concepção, há elenco fechado de regimes de organização econômica e social. Cada um destes regimes constitui sistema indivisível, com sua arquitetura

institucional própria, expressa em conjunto de conceitos e regras que vão das normas mais gerais às mais específicas, em camadas sucessivas de concretização, cuja construção doutrinária não se confunde com raciocínio dedutivo. Mais preciso seria chamá-lo raciocínio tipológico. Em vez de deduzir, concretiza, ao elaborar, em lances cumulativos, o pretendido conteúdo jurídico de cada tipo de organização social e econômico. O método e suas premissas foram abraçados por muito tempo, pelas correntes mais influentes do pensamento social, econômico e jurídico. Continua a exercer influência ainda hoje entre os que não mais se animam a defender explicitamente suas teses.

A orientação tipológica, que alcançou seu ponto alto, no século 19, era apenas variante daquilo que em todas as grandes tradições jurídicas, inclusive na romana ou civilista e na da *common law* anglo-saxã, tem sido o eixo do pensamento jurídico durante quase toda a história da civilização: a visão do direito, sobretudo do direito privado, como expressão de ordem moral imanente à vida em sociedade. Desta ordem cuidariam os juristas por meio da elaboração do direito – obra que executam coletivamente em tempo histórico, não individualmente em tempo biográfico.

As premissas de tal dogmática jurídica são tão alheias à cultura contemporânea que temos dificuldade em entendê-la ainda quando, sem entendê-la, continuemos a praticá-la. Reconciliar esta visão do direito com a ideia do direito como expressão da vontade do Estado, manifesta no ato de fazer leis, de legislar, tem sido desde sempre o enigma sobre o qual se debruçam os pensadores do direito.

A nova ortodoxia apresenta, como alternativa, ao formalismo doutrinário, a concepção do direito como conjunto de princípios e de políticas públicas. O objetivo da elaboração doutrinária do direito, de acordo com esta prática, é “aperfeiçoar” o direito no ato de interpretá-lo e aplicá-lo, estreitando cada vez mais a relação entre as ideias gerais (princípios e políticas públicas) e as regras específicas, aplicadas em circunstâncias concretas. A interpretação do direito deve ser sempre teleológica, de acordo com os objetivos atribuídos a cada fragmento do direito. Discurso racionalista e sistemático a respeito dos princípios e das políticas públicas descreve o conteúdo dos objetivos que orientam esta interpretação finalística das regras.

De onde vêm estas ideias gerais que desempenhariam o papel orientador? Supostamente estão imanentes no direito positivo. Imanentes, porém incompletas ou truncadas. Cabe ao jurista, em cada momento, trabalhar para completá-las um pouco mais.

Alquimia insondável. Se há sistema de princípios e de políticas públicas oculto no direito positivo, pronto para ser exposto e aplicado, qual o sentido do conteúdo aparente da história do direito: luta incessante, sem roteiro, entre interesses e visões contrapostos? Mas se toda esta descoberta no direito positivo de um sistema – em construção – de princípios e de políticas representa fingimento retrospectivo dos juristas, como justificar a usurpação de poder e o apequenamento da democracia que o fingimento pressupõe e acarreta?

A solução é pressupor que o sistema está inerente ao direito como obra em curso. Em cada momento, a responsabilidade do jurista seria a de dar o próximo passo, ainda que curto, na grande empreitada coletiva, como se fora operário trabalhando na edificação de catedral, sempre inacabada e soerguida no decurso de séculos. Neste entendimento da análise jurídica, cada jurista pensa como juiz. Definir o direito na situação jurisdicional em que se faz valer o direito seria a tarefa exemplar.

Logo se vê que esta maneira de pensar o direito está longe de derrubar o formalismo doutrinário anterior. É apenas sua continuação sob premissas menos heroicas: afrouxamento mais do que substituição. A concepção rigorosa de regime institucional indivisível dá lugar à ideia de convergência purificadora. O desfecho ideal desta convergência é alguma espécie dos acertos institucionais e ideológicos que definiram a economia social ou regulada de mercado na segunda metade do século 20. E agora, como antes, o jurista é o protagonista da purificação cumulativa, encarregado de quadrar um círculo: reconciliar o direito como expressão de ordem normativa imanente na vida social com o direito como resultado contingente de lutas políticas que têm por desfecho a legislação.

O pano de fundo desta operação tem sido, portanto, a manifestação no direito do compromisso social democrata, prefigurado antes da Segunda Guerra Mundial e articulado depois dela. Abandona-se qualquer tentativa de reconstruir institucionalmente a economia de mercado ou a democracia política. Em troca, o Estado ganha mais poder para regular, redistribuir e manejar a economia por meio de políticas contracíclicas. Racionaliza-se e humaniza-se uma ordem que ninguém mais sabe como reimaginar ou reconstruir. Sobrepõe-se ao direito privado não transformado o novo (mas nem tão novo) direito público deste Estado regulador e redistribuidor.

\*\*\*

Foi nesta onda que a alta cultura jurídica brasileira embarcou, sobretudo os juristas acadêmicos, tal como acontecera em muitas outras partes do mundo. A sobrevivência teimosa de hábitos intelectuais associados ao desacreditado formalismo doutrinário reforçou os motivos para aderir às influências prestigiosas de países de onde estamos habituados a importar nossas ideias. A nova orientação, porém, foi equívoco naqueles países. Para nós, foi calamidade.

Foi equívoco em qualquer lugar porque esta maneira de pensar o direito sofre de três defeitos, cada um deles motivo suficiente para rejeitá-la: mistificar a realidade do direito; servir a uma usurpação de poder popular incompatível com as promessas da democracia e inibir a reimaginação e a reconstrução das instituições. Destes três defeitos, o terceiro é o fundamental. O primeiro e o segundo são os acessórios: ajudam a explicar a gravidade do último.

A idealização sistemática do direito na linguagem dos princípios e das políticas públicas mistifica o direito. O direito nunca é sistema, muito menos sistema que se possa caracterizar sem engodo em discurso de abstrações normativas. Em cada parte do direito, o que de fato encontramos são certas soluções dominantes, cercadas de periferia de anomalias e exceções, de ideias discrepantes. Por exemplo, o direito das coisas tanto na tradição civilista como na da *common law* organiza-se em torno do direito unificado de propriedade, invenção do século 19, que encontrou precursor no direito romano. Ao redor deste instituto ainda tido como central multiplicam-se formas fragmentárias ou condicionais de propriedade que sob outra forma de organização econômica e social (como o feudalismo europeu) nada tinham de periféricas; eram elas que forneciam os instrumentos jurídicos fundamentais do regime estabelecido.

A mistificação do direito seria, argumentam alguns, benéfica: ao fingir que o direito já é mais um sistema de conceitos políticos e morais do que ele de fato é, esta maneira de pensar e construir o direito daria ao jurista pretexto para melhorá-lo. E os maiores beneficiários do aperfeiçoamento seriam os perdedores da política: os pobres, os desorganizados, as minorias cuja voz fala sempre menos alto. Esta apologia, porém, além de duvidosa como descrição dos objetivos a que serve na prática a mistificação do direito, chama atenção para o segundo defeito deste sucedâneo ao formalismo doutrinário: a usurpação de poder pelos juristas que praticam as mentiras supostamente benevolentes que a nova ortodoxia recomenda. A interpretação do direito dá pretexto para sua revisão inconfessa.

O vício fundamental desta maneira de pensar o direito não é a mistificação do direito ou a usurpação de poder que ela facilita. É o abandono da vocação maior do pensamento jurídico: a de servir à dialética entre a reconstrução das instituições e das práticas e a reinterpretação de nossos interesses e ideais. É nos pormenores dos arranjos institucionais e do discurso ideológico e programático que esta dialética ocorre ou deixa de ocorrer. E é no direito, mais do que em qualquer outro espaço da vida prática e mental, que ela pode ocorrer em detalhe, junto com a política – a política em todos os sentidos, grande e pequena.

Uma das condições para o abandono desta tarefa maior do pensamento jurídico foi a primazia dada ao uso do direito no ambiente jurisdicional: o mundo dos juízes, dos tribunais e dos advogados e, portanto, também o das faculdades de direito. O acadêmico se imaginou como juiz ou como assessor filosófico dos juízes. Ao jurista, no papel de idealizador sistemático do direito, a ortodoxia dita pós-formalista parecia atribuir trabalho nobre e influente: modo de exercer o poder sem entrar ou ficar na política reles e comprometedora.

O custo desta operação, porém, tem sido alto. Não há hoje país em que convenha pagá-lo. Todos os problemas mais importantes das sociedades contemporâneas exigem, para resolvê-los, inovações institucionais. Tais inovações são incompatíveis com as limitações impostas pelos compromissos institucionais e ideológicos de meados do século passado. Ultrapassam em muito as fronteiras do projeto mais caro às elites governantes dos países do Atlântico norte de hoje – a combinação da proteção social usufruída pelos europeus com a flexibilidade econômica alcançada pelos americanos dentro dos limites de variante pouco ajustada do arcabouço institucional herdado. E não podem ser inferidas das categorias sistêmicas – como “capitalismo” e “economia de mercado” – em que tradicionalmente se compraz o debate ideológico.

Alguns destes problemas chegam quase ao horizonte do debate político existente nas democracias de hoje – como a necessidade de qualificar os serviços públicos pelo engajamento da sociedade civil organizada em sua provisão e a importância de reorganizar a relação entre as finanças e o sistema produtivo para que o capital financeiro se torne bom servo em vez de continuar a ser mau senhor. Já outros problemas, inescapáveis e prementes, permanecem distantes do debate corrente. Entre eles estão o confinamento das práticas mais avançadas da produção a vanguardas produtivas, associadas à economia do conhecimento, com efeitos decisivos para a estagnação econômica e a desigualdade social;

a insuficiência de transferências de dinheiro organizadas pelo Estado para assegurar coesão social em sociedades divididas e heterogêneas; e a necessidade que as democracias fracas de hoje têm de crises (guerra ou descalabro econômico) para viabilizar mudanças.

A única maneira de construir alternativas para a solução destes problemas é construí-las de dentro para fora e de baixo para cima, com o material das variações e das contradições do direito existente, não como ponto de chegada, mas como ponto de partida. O material é limitado: resulta de história de lutas, não de um roteiro pré-definido à espera dos teóricos capazes de explicitá-lo. Não é, porém, tão limitado quanto a mistificação idealizadora do direito faz aparentar.

\*\*\*

Existe maneira melhor de pensar e de construir o direito. Não se confunde com o regresso ao formalismo doutrinário que o pensamento dominante continuou sob o pretexto de repudiá-lo e substituí-lo. Em vez de entrar na onda da sequela enganosa ao formalismo doutrinário, deveríamos nós que pensamos o direito no Brasil tomar a frente da construção desta alternativa. Não é alternativa nacional, é alternativa para qualquer país. Tem, porém, interesse especial para os brasileiros, dada a importância da reconstrução institucional para estratégia de desenvolvimento capaz de soerguer o Brasil e de empoderar os brasileiros.

Este outro caminho na teoria e prática do direito começa em distinção entre duas tarefas do pensamento jurídico – uma menor, outra maior. A tarefa menor é pensar o direito na situação jurisdicional ou quase-jurisdicional: a interpretação dos direitos individuais ou coletivos diante de litígio atual ou potencial, quando está em jogo o uso da autoridade e do poder o Estado para fazer valer determinada interpretação das normas. A tarefa maior é construir o direito no ambiente do debate cívico a respeito da transformação do país, por meio da dialética indispensável entre reconstrução das instituições e das práticas e revisão do entendimento dos interesses e ideais que as justificam. Na visão predominante, que a falsa ruptura com formalismo doutrinário perpetua, a tarefa menor é a que conta, a maior é assunto para política e filosofia – que não a cumprem.

Para a menor, há agente definido: os profissionais do direito. Para a maior, falta agente claro. Voltarei, no final desta Introdução, ao significado desta falta e ao que fazer para saná-la.

No ambiente jurisdicional, o direito reclama interpretação teleológica: de acordo como os objetivos atribuídos a cada parte dele. Interpretar de acordo com o propósito, mobilizar o raciocínio analógico, levar as palavras das leis e dos precedentes a sério, porém entendê-las de acordo com o contexto de embates, acordos e desacordos em que se produziram, sem querer vê-las (e reescrevê-las) como passos de grande plano moral e político que os agentes políticos nunca imaginaram ou quiseram, é a maneira melhor de superar o formalismo doutrinário sem incidir nos erros do pretense sucedâneo a ele.

O equívoco propício a mistificação e a usurpação está em associar a interpretação prática e teleológica à idealização sistemática do direito constituído. Com esta associação, abre-se campo para divergência entre duas genealogias do direito. A primeira é a genealogia prospectiva e real do direito como produto de lutas, barganhas e confusão. A segunda é a genealogia retrospectiva e fantasiosa do direito como expressão imperfeita de sistema normativo que evolui e se aperfeiçoa sob o disfarce dos conflitos que ocupam nosso tempo e nossas consciências.

Fora do ambiente jurisdicional, a tarefa é outra e maior: definir alternativas de transformação capazes de resolver os problemas centrais da sociedade numa época em que não mais sabemos como construir alternativas, seja no pensamento, seja na prática. Entre os componentes desta tarefa estão os seguintes. Reconhecer a complexidade de cada parte do direito como dialética entre soluções dominantes e discrepantes. Mostrar como das variações existentes, não apenas no direito nacional, mas na experiência do mundo todo, é possível inferir, no pensamento e na prática, conjunto de variações mais amplo. Desenvolver tais alternativas em resposta aos problemas mais importantes da sociedade, sobretudo aqueles que não frequentam o debate programático estabelecido. Identificar oportunidades para o exercício desta vocação superior da reflexão a respeito do direito: no esforço de reinventar a doutrina ou a dogmática jurídicas, no debate político e partidário, no manejo do poder em qualquer esfera e nível, na reconstrução das ciências sociais e das humanidades e até no exercício profissional da advocacia. Há continuidade entre o desenho das transações pelos advogados e a reimaginação fragmentária, porém cumulativa das instituições pelo jurista do futuro.

O alvo de qualquer ação social ou política ambiciosa é a estrutura da sociedade, tal como organizada pelas instituições e pelas ideias que as justificam. O alvo de qualquer pensamento mais sério a respeito da sociedade e da história é a explicação das mudanças estruturais: as ra-

zões pelas quais ocorrem ou deixam de ocorrer. E o alvo da imaginação programática quando ela se levanta acima da rotina da política e se rebela contra a identificação das instituições existentes com a natureza das coisas é o conteúdo das alternativas estruturais que prometem dar consequência a nossos interesses e ideais.

Sempre o ponto central é a reimaginação e a reconstrução da estrutura, se por estrutura entendermos a ordem institucional e as concepções que servem para representá-la, legitimá-la e manejá-la. Os materiais para descrevê-la e para mudá-la não estão nas ilusórias abstrações sistêmicas que assombraram os últimos séculos de disputas ideológicas. Estão nos pormenores do direito, vistos sob o prisma do pensamento e da política. De pensamento que não se deixou ficar refém das ortodoxias predominantes nas ciências sociais de hoje. De política que não se rendeu ao esforço de apenas humanizar o que não mais conseguimos repensar e refazer.

Não devemos e não precisamos entrar na onda daquilo que ainda hoje se apregoa nos centros mais influentes da cultura jurídica mundial como sequele esclarecida ao formalismo doutrinário de antigamente. Há alternativa que interessa ao mundo e muito especialmente, dada nossa circunstância, ao Brasil. Proponho que o pensamento jurídico brasileiro se coloque à frente de sua construção. Para fazê-lo, tem de se livrar do colonialismo mental.

\*\*\*

Para o Brasil, o rumo alternativo do pensamento jurídico que defendo aqui tem significado especial. Do encontro entre a realidade brasileira e a reorientação de nossa maneira de pensar o direito pode surgir corrente de ideias que interesse ao mundo. A insistência em construir prática de análise jurídica que ajude a decifrar enigmas brasileiros e a construir outro futuro para o Brasil não nos remete a idiosincrasias ou provincianismos. Pelo contrário, permite-nos desenvolver conceitos, métodos, práticas e propostas que ajudarão a criar em todo o mundo polo alternativo ao pensamento jurídico dominante, sediado hoje nas academias jurídicas dos Estados Unidos e da Alemanha. Enquanto continuarmos a ser, no direito como em tantos outros campos, colonizados mentais, nada teremos a dizer ao resto do mundo em matéria de direito. Passaremos a ter algo a dizer quando em direito, como em tudo o mais, aprendermos a pensar o universal a partir do local.

Duas circunstâncias – uma radicada em características duradouras de nossa experiência nacional, a outra específica do momento que vivemos – dão base a este chamamento.

A circunstância da hora é o esgotamento de estratégia de desenvolvimento baseada na democratização do consumo e na produção e exportação de *commodities*. A circunstância profunda e duradoura é o aprisionamento da vitalidade brasileira dentro de estrutura que nega à grande maioria de nossos concidadãos meios para se engradecerem.

Diferença entre democratizar a economia do lado da demanda e democratizá-la do lado da oferta é que aquela mudança se pode operar só com dinheiro enquanto que este movimento exige inovação institucional. Não se trata de apenas regular o mercado ou de atenuar as desigualdades nele geradas. Trata-se de inovar nas instituições que definem a economia de mercado.

O imperativo da inovação institucional impõe-se em todos os campos da vida brasileira, a começar pela economia. Na política industrial e de desenvolvimento, nossa preocupação superior deve ser organizar instituições que difundam as práticas mais avançadas da produção para toda a economia, em vez de permitir que se cinjam a franjas avançadas em cada setor da produção, como geralmente acontece no mundo. Vanguardismo inclusivo, não mais confinado a ilhas dentro da economia, e assentado na democratização radical de acesso às oportunidades e aos recursos da produção é o único antídoto seguro à estagnação e desigualdade.

Para promovê-lo, precisamos além de outra educação – analítica, capacitadora, cooperativa e dialética –, de outra arquitetura institucional, e, portanto, jurídica, na economia de mercado. Esta arquitetura há de comportar, a serviço da construção do vanguardismo includente, coordenação estratégica descentralizada, pluralista e experimental entre os governos e as empresas, sobretudo empresas emergentes pequenas e médias, bem como práticas que combinem cooperação e concorrência – concorrência cooperativa – entre tais empresas. E há de evoluir para regime que multiplique as formas de acesso descentralizado aos recursos e às oportunidades da produção e que repudie na prática o dogma falso, porém reinante, de que a economia de mercado tem forma única, natural e necessária. Uma das muitas implicações jurídicas é a transformação do direito privado, que passou quase incólume pelo século passado. Esta transformação permitirá que modelos alternativos de propriedade e de contrato convivam experimentalmente dentro da mesma ordem econômica.

Nas relações entre o capital e o trabalho, precisamos criar novo estatuto de trabalho para resguardar, organizar e representar a maioria da força de trabalho no país, que arrisca cair na precarização dentro da economia formal ou continuar nas sombras da economia informal. Na organização do vínculo entre as finanças e a produção, temos de adotar práticas, regras e instituições que canalizem o capital financeiro para a produção e a inovação em vez de permitir que ele sirva a rentismo sem vazão produtiva.

A democratização do mercado e a construção do vanguardismo inclusivo – obras gêmeas – têm por contrapartidas, primeiro, a reorganização das relações entre o Estado, os entes federados e a sociedade, sobretudo na prestação dos serviços públicos; segundo, a construção do Estado; e, terceiro, o aprofundamento da democracia. Em cada uma destas áreas, só podemos avançar se ampliarmos o rol das alternativas institucionais disponíveis.

A qualificação dos serviços públicos, sobretudo de educação e saúde, constrói gente. Ela passa agora pela reorganização do federalismo brasileiro e pelo engajamento da sociedade civil organizada na prestação destes serviços. Exige desde já o federalismo cooperativo – vertical, entre os três níveis da federação, e horizontal, entre os entes federados. Só por meio dele conseguiremos, por exemplo, reconciliar padrões nacionais de investimento e qualidade na educação com a gestão local das escolas pelos estados e pelos municípios. Do federalismo cooperativo podem, por sua vez, surgir arranjos institucionais que radicalizem o potencial experimentalista do regime federativo. Tais arranjos permitiriam que partes da federação divirjam das soluções geralmente adotadas no país e desenvolvam outros modelos do futuro nacional.

Para qualificar os serviços públicos, não basta que o Estado assegure a todos os cidadãos mínimo universal de serviços, ao mesmo tempo que lidere a construção dos serviços mais caros e custos. Na vasta zona intermediária entre o chão e o teto, o Estado deve ajudar a preparar e financiar a sociedade civil para que ela participe, junto com o Estado e sem objetivo de lucro, por meio de instrumentos como nossas atuais Organizações Sociais, na provisão competitiva e experimental dos serviços. Aquilo que no período entre as duas grandes guerras do século 20 os juristas europeus rotularam o direito social – nem direito público nem direito privado – teria de organizar esta participação. Não o faria na forma do corporativismo daquela época, senão na maneira exigida por experimentalismo radical e por democracia forte.

Não existe ainda no Brasil – ou em qualquer outro país – o Estado capaz de executar a obra que acabo de esboçar. Para levá-la a cabo, como complemento indispensável do aprofundamento da democracia brasileira, não basta cumprir as agendas dos séculos 19 e 20 em matéria de construção do Estado: a do profissionalismo burocrático e a da eficiência administrativa, apoiada em mecanismos de cobrança internos e externos ao Estado. É preciso cuidar também de agenda que será específica ao século 21, a do experimentalismo na forma de atuação do Estado. Esta agenda, além de outro federalismo e de outra maneira de organizar a sociedade civil e de relacioná-la ao Estado, requer outro modo de conceber o império da lei. Em vez de exigir que a regra jurídica valha universalmente ou não valha de todo, precisa abrir oportunidade para experimentar, sob resguardos contra abusos e favoritismos. Esta é, na própria forma do direito público, a agenda do experimentalismo expressa como maneira de construir o direito.

Se há área de inovação institucional que tenha primazia sobre todas as outras, é o aprofundamento da democracia. A organização da política representa mais do que um campo adicional de reorganização das instituições: condiciona a transformação de todos os outros campos. Projeto centrado na construção de forma de vida que dê a cada indivíduo oportunidade melhor de viver vida maior, de engrandecer-se antes de morrer, não pode satisfazer-se com democracia que deixa os cidadãos adormecidos, a não ser em raros momentos revolucionários e constituintes, e que reduz o direito a intervenções episódicas e localizadas na estrutura da vida coletiva. O empoderamento do indivíduo e o empoderamento da coletividade não são projetos opostos, por mais que haja interferência entre eles. São projetos complementares e reciprocamente dependentes: o empoderamento individual só pode ser experiência amplamente compartilhada num ambiente em que a estrutura da vida social esteja de fato suscetível a transformação, sem precisar de crise como condição de mudança.

Ao direito constitucional em particular e ao direito administrativo em geral cabe desenvolver ideias e passos que nos permitam ultrapassar os limites de nosso liberalismo protodemocrático. Democracia de alta energia é democracia que dispense crise como condição de mudança, que derrube o governo dos vivos pelos mortos e que diminua na vida política e social a distância entre o rotineiro e o revolucionário. A expressão de tal movimento na construção do direito é ampliar decisivamente o potencial para questionar e reconstruir práticas e instituições. É também admitir a convivência contraditória entre formas diferentes de organização econômica e social.

Entre as inovações institucionais específicas que o avanço nesta direção requer, algumas se destinam a elevar o nível de engajamento na vida cívica – a temperatura da política; outras a resolver prontamente os impasses entre os poderes do Estado – o passo da política; outras a reconciliar a possibilidade de ação forte por parte do poder central com caminhos alternativos buscados pelos entes federados; outras a criar no Estado um poder desenhado para vir em socorro de grupos sujeitos a formas de subjugação ou exclusão das quais não conseguem escapar por meio dos instrumentos de ação coletiva que lhes são acessíveis e outras ainda a atenuar progressivamente a diferença entre democracia representativa e democracia direta ou participativa.

O aprofundamento da democracia, assim como a democratização do mercado, apontam para transformações que são radicais quando vistas muitos passos para frente. Cada passo, porém, pode ser menor ou maior e permitir desdobramentos diferentes. Não é sistema, é caminho que se descobre e se define caminhando. Esta é a resposta – a única resposta – que podemos dar a problema que resulta da desmistificação da política e da desnaturalização da sociedade: o de reconhecer, em confronto com as correntes dominantes do pensamento econômico e político contemporâneo, a necessidade de alternativas estruturais, porém sem sucumbir ao dogmatismo estrutural que acometia os liberais e os socialistas do século 19.

Não encontraremos alternativas como as que acabo de invocar nas concepções sistêmicas que nos encantaram e confundiram por tanto tempo. Precisamos saber com que material podemos contar como ponto de partida para construí-las. Este material está exposto no direito – não apenas nosso direito, mas o direito de todos os países, agora e historicamente. Para reconhecer o direito tal como ele é, temos de levantar o véu da sistematização mistificadora praticada pelas teorias jurídicas mais prestigiosas da época.

É verdade que a tarefa que proponho não conta com agente claro ou oportunidade fácil, ainda quando tenha destinatário definido. O destinatário é o Brasil. A oportunidade é o sentimento generalizado no país de nos havermos perdido por falta de maneira de nos organizar que dê vazão e instrumentos à vitalidade brasileira. Mas quem é o agente? Ao referir o papel dos juristas, aproprio-me, por falta de outro, de conceito arcaico – o de jurista em contraposição ao de advogado, com conotações que vão desde o direito romano até a elite jurídica, parte expressiva da oligarquia que ajudou a governar o Brasil por quase toda sua vida independente.

Nesta falta de agente pronto, nada há de novo. O mundo está organizado para reproduzir-se até que o organizemos de outro jeito. As tarefas importantes aparecem antes de surgirem agentes aptos a executá-las. A referência a juristas é, portanto, o uso de arcaísmo a serviço de futuro a construir. Aponta para alguém que lide com o direito sem lidar com ele como representante de interesse privado ou corporativo e que tenha por interlocutores ideais os cidadãos e as organizações políticas e sociais em que se agrupam. Este papel, por enquanto, não existe, a não ser na forma de uma academia voltada em grande medida para a formação de advogados dos interesses privados ou corporativos e de quadros para as carreiras de Estado.

Para desempenhar a tarefa que descrevo é preciso usar os papéis profissionais existentes e embaralhá-los, esticá-los e por fim ultrapassá-los. Não os usaremos para usurpar e exercer poder aceitando o convite feito pela doutrinação idealizadora do direito no vocabulário dos princípios e das políticas públicas. Trataremos de usá-los para criar o agente provisório da tarefa irrecusável: o especialista em direito que reconhece a pobreza do discurso programático da política rotineira e que vê nas variações existentes e acessíveis do direito constituído material para construir bases institucionais de vida maior para o indivíduo e para a nação.

Marca das instituições que nos convém desenvolver é que elas não nos exijam, para poder participar delas, abandonar o impulso para continuar a questioná-las e a reconstruí-las. Para que nós possamos ser grandes, as instituições, expressas no direito, precisam ser tratadas como o que sempre são: mistura contingente de oportunidades e de obstáculos para nosso engrandecimento. Seu atributo mais importante é que facilitem sua própria transformação, à luz da experiência.

Duas aspirações nos devem motivar a construir nova maneira de pensar e de desenvolver o direito no Brasil. A primeira aspiração é a de encontrar rumo para o pensamento jurídico brasileiro melhor do que o rumo que a alta cultura do direito vem seguindo nos países dos quais habitualmente importamos teorias do direito. A segunda aspiração é a de contribuir à definição de caminho para o Brasil que assegure a nossos concidadãos meios para ficar de pé.

Estas duas aspirações convergem para a mesma prática. E esta prática exige uma maneira de pensar. A tarefa do pensamento jurídico no Brasil é entender o direito como forma institucional da vida de um povo, cheia de contradições que fornecem material para fabricar alternativas. A tarefa do direito brasileiro é ajudar a engrandecer os brasileiros.

*setembro de 2017*

## 2

### A VOCAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO AGORA

#### AS DUAS VOCAÇÕES DO PENSAMENTO JURÍDICO

O direito é a forma institucional da vida de um povo vista em relação aos interesses e ideais que dão sentido a tal regime. Nossos interesses e ideais sempre permanecem pregados na cruz das instituições e práticas que os representam de fato. O direito é o ponto dessa crucificação.

O direito, porém, tem sido também negócio próprio de especialistas. Para esses profissionais, e para as escolas em que são educados, a preocupação com o que eles podem fazer com o direito torna-se suprema e dirige o entendimento do direito. É fácil para eles acreditarem que o direito é o que cortes e advogados fazem. A questão “como devem os juízes decidir casos” torna-se o tema central da teoria jurídica.

Toda vez que, sob os limites da democracia, juristas e as forças políticas com as quais são aliados procuram circunscrever a política por recurso à política judicial, e obter das cortes o que o povo se recusou a apoiar, essa redução da visão encontra mais encorajamento. A posição dos notáveis do direito sobre a prioridade de sua perspectiva torna-se confundida com a pretensão de cumprir uma missão maior nos negócios da república.

Compreender a relação de instituições e práticas com um entendimento estabelecido de interesses e ideais e fazê-lo na maior escala possível, sem o embaraço das limitações da especialização profissional, será sempre uma atividade de vastas consequências para a sociedade. Grandes mudanças normalmente começam em pequenos passos. Cada ramo do direito contém uma série de soluções desviantes, exceções, anomalias e contradições. Cada um desses desvios pode servir como ponto de partida para um modo alternativo de organizar uma área do direito e da prática social: a exceção pode tornar-se a regra; a anomalia, uma abordagem diferente à ordenação de parte da vida social. O que começa como reforma de arranjos para satisfazer nossos interesses e ideais, como os vemos, é provável que acabe como um entendimento mudado

do que queremos e professamos: nossos ideais e interesses parecem-nos evidentes apenas enquanto permanecem unidos às instituições que os representam de fato. Tão logo dissolvemos esse casamento, encontramos razão para questionar o que parecera autoevidente.

Práticas sucessivas de doutrina jurídica ao longo dos últimos vários séculos, incluindo o método tipológico no século XIX e a elaboração racional no século XX, subestimaram e mesmo dissimularam a natureza contraditória do direito. Cada uma delas encantou-nos na visão do direito como uma aproximação imperfeita a um sistema idealizado – um plano da vida social inteligível e defensável –, embora cada uma tenha caracterizado tal sistema de modo diferente. Nesse exercício, cada uma delas foi influenciada pelo interesse que os juristas têm em encontrarem trabalho importante para fazerem sem mudar as bases em que o poder é manejado no estado.

Quebrando o feitiço posto por esses sistemas idealizadores, o pensamento jurídico pode reconhecer o direito segundo a realidade contraditória que ele é e alistar a contradição a serviço do entendimento e da prática transformadores. Tornar-se prática de imaginação institucional, engajando, por meio dos detalhes do direito, o regime da sociedade como ele é e explorando no que podemos e devemos transformá-lo em seguida é a vocação maior do pensamento jurídico.

Essa tarefa ganha significado especial sob as condições da ditadura da falta de alternativas agora prevalente no mundo. Um requisito para a derrubada dessa ditadura é alargarmos a restrita lista agora oferecida de configurações alternativas para a organização de diferentes áreas da vida social. Não podemos fazê-lo simplesmente desdobrando abstrações ideológicas herdadas do passado. Só podemos fazê-lo trabalhando com os materiais conceituais e institucionais que nos foram dados pela história: o direito é onde encontramos esses materiais em seu detalhamento mais rico e preciso.

Assim como tem uma vocação maior, o pensamento jurídico também tem uma vocação menor: seu uso na reivindicação de direitos e estabelecimento de disputas, dentro e fora do cenário judicial. A recusa em sacrificar a vocação maior à menor não nos autoriza a negar a importância da última. Se a questão de como juízes (e outros solucionadores de disputas e intérpretes quase ou extrajudiciais) devem decidir casos não pode ser o tema central da teoria jurídica, é, não obstante, uma questão que qualquer teoria do direito precisa responder.

Nossa visão da vocação menor, todavia, não pode contradizer nosso entendimento sobre a vocação maior. Deve repousar sobre os mesmos pressupostos e servir aos mesmos fins, se nossa compreensão do direito for coerente.

Na coleta dos elementos de tal visão, não precisamos começar do início. Um impulso incompreendido e esquecido na história do pensamento jurídico de fins do século XIX e princípios do século XX oferece o melhor ponto de partida. Uma abordagem da vocação menor pode começar de onde este impulso nos deixou.

Houve um momento na história das ideias jurídicas em que o projeto da ciência jurídica do século XIX havia já estado sob ataque sob rótulos como formalismo, conceitualismo, doutrinarismo e pandectismo, mas o método da elaboração racional na linguagem de políticas e princípios ainda não havia tomado seu lugar. Esses proponentes de outro futuro para a análise jurídica insistiram que o direito deveria ser interpretado finalisticamente: a interpretação precisaria ser justificada pela atribuição explícita ou implícita de propósitos em um contexto histórico particular, segundo os pressupostos e interesses prevalentes naquela circunstância. Em cada um desses cenários reais, haveria uma ampla área de acordo sobre o significado – não porque palavras tenham significado fixo ou porque as coisas a que se referem tenham essências estáveis, mas porque os propósitos controladores da interpretação precisam ser tornados manifestos apenas quando são disputados.

Essa abordagem não poderia autorizar, entretanto, um viés em direção à sistematização idealizadora do direito: viés expresso, em diferentes caminhos, tanto pelo método tipológico do século XIX quanto pelo discurso de políticas e princípios do século XX. O que substituía tal idealização era o reconhecimento do direito como produto histórico de conflito contido entre interesses e entre visões. Em tal conflito, algumas posições prevalecem pelo momento. Nunca prevalecem para sempre, e raramente prevalecem completamente. Mesmo quando triunfam, coexistem com soluções contrárias, que restam no direito existente como vestígios, contracorrentes e profecias de um futuro alternativo.

Assim, essa visão de como melhor realizar a vocação menor do pensamento jurídico foi frequentemente, mas nem sempre, expressa pelo que posteriormente chamo de teoria jurídica do combate: a visão do direito em qualquer tempo e lugar como resíduo de conflito inter-

mitentemente interrompido e relativamente contido sobre os termos da vida social. Foi uma abordagem que se recusou a entender o direito como aproximação a um plano inteligível e defensável da vida social.

Entre os juristas associados com esse interlúdio entre o descrédito da ciência jurídica do século XIX e a ascendência do método da elaboração razoável estão Jhering, Gény e Holmes.

Eles propuseram uma visão realista e deflacionária do raciocínio jurídico no ambiente profissional, especialmente judicial. Ela tornou-se, entretanto, uma proposta assim como uma descrição, na medida em que rejeitou a representação do direito como um sistema idealizado: seja descrito como o conteúdo intrínseco de um tipo de organização social, seja como a expressão de um conjunto de políticas públicas e princípios impessoais do justo. O elemento inextirpável de discricionariedade na interpretação jurídica significava que podemos desenhar um contraste apenas relativo, não absoluto, entre criação e interpretação do direito, ou entre os conflitos de visões e interesses trazidos pela última e aquelas que dirigem a primeira. Dizer que o contraste é relativo não era desconsiderá-lo como irreal ou desimportante. A interpretação profissional do direito não seria, segundo tal visão, simplesmente a continuação da política por outras vias; seria sua continuação disciplinada pelos constrangimentos e compromissos que lhe mudam a natureza.

Uma vez que tal visão deflacionária da interpretação jurídica profissional fosse aceita, a interpretação do direito à luz de propósitos atribuídos e com a ajuda do raciocínio analógico poderia ser reconciliada com a deferência a significados evidentes e precedentes estabelecidos na grande maioria das situações. Apenas quando os interesses em jogo parecessem ser tanto contraditórios quanto de peso comparável é que os propósitos condutores da interpretação precisariam ser explicitados o melhor possível para serem sujeitos à crítica dentro e fora da comunidade de intérpretes profissionais.

Nas cortes inferiores, em que o juiz ou árbitro lida com a realidade humana dos litigantes em primeira mão, a decisão recomendada pela prática padrão da interpretação jurídica poderia justificadamente ser superada por ajuste equitativo. Se a consequência recomendada por tal prática divergir muito severamente das expectativas recíprocas em torno de papéis no ambiente social em que a disputa se apresenta, o julgador poderia definir o resultado à parte em favor da alternativa mais equitativa, sem fingir mudar o direito em vigor.

Nas cortes superiores, especialmente nas cortes constitucionais, a prática padrão poderia dar lugar ocasionalmente a atos excepcionais de estadismo judicial. Confrontados com uma crise nacional, provocada ou perpetuada pelo impasse entre os poderes políticos, os juízes poderiam intervir por uma reinterpretação radical da constituição ou das leis. Poderiam de fato apelar ao futuro, aos poderes políticos travados ou ao povo. Provavelmente teriam sucesso em seus esforços em cortar o nó górdio apenas se tivessem como parceiros reconhecidos, de baixo, movimento poderosos e organizados na sociedade. O trabalho desses parceiros poderia aproveitar a oportunidade aberta pelo estadismo judicial e começar a transformar uma aventura judicial perigosa em uma profecia constitucional autorrealizável.

Nada nessa abordagem dos problemas de interpretação e jurisdição requer aceitação das altas pretensões da doutrina jurídica dos séculos XIX e XX, nada que não possa ser reconciliado com as reivindicações da democracia, nada que negue a natureza contingente e contraditória de qualquer corpo de direito, e logo nada que negue, na persecução dessa missão menor, os pressupostos da tarefa maior do pensamento jurídico. A modéstia da primeira completa a ambição da última. Ambas servem, cada uma a seu modo, à causa democrática.

O significado dessa abordagem sem volteios dos problemas da interpretação jurídica profissional torna-se ainda mais claro por contraste à visão com a qual pode ser confundida. Segundo essa outra visão, o raciocínio jurídico é a arte inefável do juízo prático. Ela nega a redução a qualquer sistema de ideias abstratas porque corporifica um modo de pensamento que não pode ser acomodado entre os procedimentos padrão de dedução, indução e abdução, ou reduzido a qualquer sistema de ideias gerais. Pode ser dominado apenas por longa prática dentro de uma comunidade profissional, sustentada pela proximidade com os negócios do ambiente social em que é praticada e pelo conhecimento íntimo das ideias, interesses e sentimentos daqueles cuja vida ele toca.

Tal era a visão que os pretensos sucessores dos juristas romanos do período republicano tinham de sua prática, em oposição à influência da filosofia grega e às demandas do despotismo imperial. Ela formou parte da autodescrição dos juristas do *common law* no decorrer de longos períodos na história do direito anglo-americano. É invocada ainda hoje, sob o disfarce de rótulos pseudofilosóficos como prudência e *phronesis*, por aqueles que definiriam um conjunto de métodos vagos

e caseiros como um mistério sacerdotal. Mas ela não adiciona senão ilusão, a serviço de autoridade capciosa, ao que descrevi como a visão deflacionária e realista da vocação menor do pensamento jurídico.

Quando abrimos a caixa preta desse ofício supostamente seletivo e evasivo, encontramos os elementos dessa visão: o recurso universal ao raciocínio analógico, o entendimento de que a moralidade convencional consiste largamente em nossas pretensões recíprocas, baseadas em papéis, de uns contra outros, e o reconhecimento de que a habilidade para lidar com sucesso com questões práticas requer familiaridade com os interesses e ideais que comandam a influência em um mundo social particular e com os meios para promovê-los que estão disponíveis e são aceitos. Nada remanesce. Não há tal arte inefável, tal habilidade que desafie qualquer teorização. É apenas outro modo de colocar a vocação menor do pensamento jurídico no lugar da vocação maior, para o benefício dos juristas e em detrimento da sociedade.

## A HISTÓRIA UNIVERSAL DO PENSAMENTO JURÍDICO

A melhor forma de compreender a vocação maior do pensamento jurídico é colocá-la no contexto da história mundial. Apenas quando a vemos à distância podemos apreender completamente seu conteúdo e suas consequências.

Houve três elementos na história universal do pensamento jurídico. São recorrentes e persistentes ao longo de um amplo leque de tradições jurídicas (incluindo tanto o *civil law* quanto o *common law*) e períodos históricos. Dois desses elementos estão na superfície do debate; entre eles, ocuparam quase totalmente a agenda da teoria do direito. O terceiro teve um papel silencioso. O futuro do pensamento jurídico e o cumprimento de seu chamado maior dependem do rearranjo da relação entre esses três elementos, um rearranjo radical o bastante para dissolver suas identidades distintas e conflitantes.

Um protagonista da história universal do pensamento jurídico é a ideia do direito como produto da busca doutrinária por uma ordem moral imanente da vida social. Uma segunda posição é a ideia do direito como vontade do estado ou do soberano. Cada uma dessas ideias é incompleta e precisou da outra para suportar uma visão abrangente do direito. Não obstante, as duas ideias também se contradizem – uma contradição que a democracia mais fez agravar do que superou. Muito da história da teoria jurídica, mesmo hoje, consiste em administrar essa contradição.

Sobretudo, cada uma dessas duas visões é também incompleta em outro sentido. Cada uma considera como dado como a sociedade é de fato organizada e representada nas mentes daqueles que a habitam: os arranjos e pressupostos estabelecidos e em particular a parte formadora desses arranjos e pressupostos que podemos chamar de a estrutura da sociedade. Apenas em combinação com a estrutura uma ou outra abordagem – o direito como indagação doutrinária sobre a ordem normativa imanente ou como a vontade do estado ou do soberano – funcionam na prática.

O direito como estrutura da sociedade é a terceira ideia do direito presente na história universal do pensamento jurídico. O papel dessa ideia, no entanto, sempre permaneceu largamente tácito. A estrutura permanece nas sombras: não explicada, não justificada e mesmo não vista.

\*\*\*

Na maior parte dos períodos da história do direito, os juristas se depararam com o direito à primeira vista como um conjunto de concepções, categorias e regras que, juntas, definiam um plano de vida comum. Recusaram-se a ver o direito como vontade arbitrária do estado, mesmo se fosse um governo democrático, muito mais a vê-lo como o resultado acidental de um conflito entre interesse e entre visões. Em vez disso, insistiram em vê-lo como movimento cumulativo em direção a um projeto de coexistência social que pode ser publicamente entendido e justificado.

Quando as categorias e ideias doutrinárias não resultaram em escolasticismo sem espírito, atraíram o significado e a autoridade de servirem a tal empreendimento. A sede tradicional da indagação doutrinária foi o direito privado: as doutrinas do direito dos contratos, da propriedade e da responsabilidade civil apontaram na direção de tal arquitetura normativa latente nas relações e transações recorrentes de uma sociedade. O método tipológico do século XIX e o método da elaboração racional do século XX representaram apenas suas formas mais recentes.

O que é a doutrina? Os pressupostos do trabalho doutrinário ou dogmático no direito são tão alheios aos modos de pensamento atuais que sua natureza nos ilude. Como a teologia por contraste à sociologia ou história comparada da religião, como a gramática por contraste à linguística, ele é constitutivo de sua matéria de estudo; não é um metadiscurso, isto é, uma visão de um tema do qual pode ser distinguido. De outro lado, seu tema é uma realidade simbólica, bidimensional: categorias, concepções e regras da superfície manifestam um subtexto mais profundo – o plano inteligível e defensável da vida social do qual representam expressões fragmentárias. Rejeitando a postura de um

observador imparcial, toma a posição de um inserido no seu objeto, comprometido com uma comunidade de discurso e com uma tradição. Ele reivindica que seus resultados devam ter consequências práticas para o uso do poder governamental.

Suas pressuposições históricas são a existência de um estado buscando fazer e impor o direito e de uma alta cultura, que relacione, como Platão fez, a ordem na sociedade à ordem no mundo e na alma. Porque começa sob a dupla sombra de um estado que clama ser uma fonte – senão a única fonte – do direito e de uma cultura que representa uma visão de nosso lugar no cosmos, sua relação com aquele estado e aquela cultura foi desde o início causa de ansiedade e confusão.

A motivação para reinventar perenemente a doutrina surge dos atributos definidores da vida social. Para ordenar nossas instituições e práticas, precisamos representá-las por meio de concepções: não podemos ordená-las a menos que lhes demos sentido. O conflito sobre os termos da vida social não pode ser temporariamente interrompido e relativamente contido a menos que essas concepções justifiquem os arranjos, relacionando-os a uma visão de nossa vida em conjunto: de como que tal vida pode e deve ser em diferentes partes da sociedade.

Todavia, a prática da doutrina jamais deixou de ser tanto problemática quanto incompleta. Problemática por causa de sua relação contestada com a outra principal ideia sobre o direito na história universal do pensamento jurídico: o direito feito pelo estado e por quem quer que reivindique o poder soberano e o exerça de fato. Como pode o direito ser uma ordem normativa imanente, de uma só vez revelada e refinada pelo labor da doutrina, mas também ser o que quer que o poder soberano no estado haja decidido que ele deve ser? Essa questão foi o enigma central da teoria jurídica desde quando tanto o estado quanto a doutrina existiram. A democracia torna esse desafio mais agudo, porque transforma a ofensa à vontade do soberano democrático em escândalo, a menos que a ofensa possa ser justificada por limitações constitucionais que o soberano democrático impôs a si mesmo.

Assim, esse continua a ser o enigma central hoje. Apenas pergunte de onde vêm as políticas e princípios invocados pelo método da elaboração racional. Precisam já estar implícitos em grande medida no direito. De outro modo, os juristas os teriam inventado, em derrogação da autoridade das instituições democráticas de criação do direito. Se a narrativa de políticas e princípios que deveria guiar a interpretação finalística do direito é descrita como já existente no material jurídico, esperando

para ser escavada por intérpretes profissionais, o problema vem do outro lado. Como o direito, forjado em discussões e disputas entre interesses e entre visões, poderia vir a parecer retrospectivamente, no momento da interpretação profissional, como se exibisse um plano que pode ser descrito na linguagem de políticas e princípios? Abstrações ideológicas ou um “consenso sobreposto” minimalista jamais seriam suficientes para compor tal plano; as crenças condutoras precisam ser detalhadas o suficiente para responder pelo conteúdo do direito e guiar seu desenvolvimento em cada área da prática social. Se tal consenso denso existisse, como poderia ser reconciliado com a pretensão da democracia de decidir como a sociedade deveria ser organizada? Para essas questões não há respostas satisfatórias, apenas uma série de camuflagens e evasões na teoria jurídica e na prática.

Não apenas a busca doutrinária pela ordem moral imanente na sociedade contradiz a outra grande ideia sobre o direito – como vontade do estado ou do soberano; ela também permanece radicalmente incompleta, ainda que incapaz de reconhecer o fato e as implicações dessa incompletude. Não podemos entender ou implementar qualquer sistema de doutrina exceto por referência ao mundo social e cultural a que ele pertence. Suas categorias são sem significado e sem vida se fracassam em tomar vida e significado desse contexto, e especialmente dos arranjos e pressupostos formadores de uma sociedade. Aqueles que organizam suas atividades econômicas, políticas e culturais rotineiras, incluindo as atividades pelas quais ela constrói o futuro no presente. Tais pressupostos e arranjos compreendem a estrutura da vida social: o terceiro elemento na história universal do pensamento jurídico e o parceiro silencioso dos outros dois elementos.

A segunda presença nessa história universal é a visão do direito como vontade do estado ou do soberano. Sob a democracia constitucional, o poder de fazer o direito é moldado e sancionado pela constituição democrática. O último teste dessa realidade, porém, permanece no fato da obediência habitual.

Segundo tal visão, o direito é o que quer que aqueles que exercem o poder no estado digam que ele é. Não é, contudo, à maneira da teoria do direito de John Austin, uma simples série de comandos. É (segundo uma versão dessa abordagem, a teoria do direito analítica) um sistema jurídico, o que o soberano quer ele precisa querer como mudança nesse sistema, sujeito a sua natureza, instrumentos e constrangimentos peculiares. Ou o direito é (segundo outra versão, que aqui chamo de

teoria jurídica do combate) não um sistema, mas a figuração de uma correlação de forças: o resultado, no tempo histórico, de uma luta entre interesses e entre visões. A cada ponto, algumas forças prevalecem sobre outras. Sua vitória, entretanto, é raramente completa.

Essa visão do direito teve proponentes desde quando houve um estado. Recentemente, porém, foi formulada em duas formas diferentes: a teoria do direito analítica e a teoria jurídica do combate – a segunda mais profunda e importante que a primeira.

Para a teoria do direito analítica (liderada, no século XX, por Hans Kelsen e Herbert Hart), o direito é um sistema hierárquico de regras que conferem forma geral à vontade do poder soberano. Sua teoria da representação do direito providencia um vocabulário no qual descrever o direito sem emaranhar a descrição seja em questões sociológicas de eficácia, seja em preocupações normativas de justiça. Sua teoria do raciocínio jurídico reconhece que o raciocínio guiado por regras deve coexistir com uma porção de discricionariedade bruta na interpretação do direito, a vontade do Estado não pode ser traduzida em decisões particulares sem criar espaço para que o conflito entre interesses e entre visões reapareça de forma menor no momento da decisão.

A aspiração metodológica da teoria do direito analítica é, como aquela da economia pós-marginalista, permanecer invulnerável à controvérsia causal e normativa. O preço de tal invulnerabilidade é a vacuidade. O objetivo político da teoria do direito analítica é reforçar o estado de direito: uma moldura do justo que permaneça acima das colisões de interesses e visões. A aspiração política conflita com a metodológica: o jurista não pode aplicar e elaborar o direito sem representá-lo, e não pode representá-lo sem entendê-lo como um modo particular de fixar aquela colisão e direcionar seu resultado em uma ou outra direção.

Mais significativa é a teoria jurídica do combate. O direito é, segundo tal visão, a ordem resultante da interrupção temporária e da contenção relativa da luta perene sobre os termos da vida social. A luta deve ser contida e interrompida não apenas pelo bem da segurança e da paz, mas também de modo que uma forma coerente de vida social, capaz de nutrir indivíduos fortemente marcados, possa emergir e se desenvolver por detrás do escudo do poder estatal.

A teoria jurídica do combate foi representada tanto por juristas práticos (Holmes, Jhering) quanto por filósofos políticos (Thomas Hobbes, Carl Schmitt).

O compromisso normativo maior dessa concepção de direito é com a ideia metafísica de vitalidade: a sustentação das diversas formas de vida que a divisão do mundo entre estados soberanos e frequentemente antagônicos permite. Sua atitude política é de hostilidade aos poderes intermediários entre o estado e o indivíduo. Ela vê tais poderes como ameaças à forma de vida característica que o estado pode proteger e encorajar. Ela não considera nem a razão nem a justiça como capazes de arbitrar o conflito cego de ideologias, estados, comunidades e classes.

Mas seu ceticismo sobre o valor e seu respeito ao poder não a impediram de servir como inspiração para o menos perigoso e mais realista relato sobre a vocação menor do pensamento jurídico – seu uso em juízo – a aparecer na história da teoria do direito ao longo dos vários últimos séculos. Essa explicação afirmou o caráter finalístico do raciocínio jurídico, mas rejeitou a sistematização idealizadora comum às abordagens dominantes dos séculos XIX e XX. Embora seu realismo deflacionário e sua falta de qualquer teoria desenvolvida sobre a construção da estrutura na sociedade a houvessem impedido de ter uma visão da vocação maior do pensamento jurídico, ela deixou aberto o espaço para tal visão.

Tanto como teoria do direito analítica quanto como teoria do combate, a ideia do direito como vontade do estado tem fraquezas simétricas àquelas de seu oponente principal na história da teoria jurídica: a explicação da ordem normativa imanente pela doutrina. Ela coexistiu com a ideia oposta do direito desde quando existiram estados centrais e altas culturas. Os filósofos, senão teóricos do direito, da teoria jurídica do combate podem ter dispensado o projeto da doutrina tanto como subterfúgio quanto como impedimento. A realidade histórica do direito não os obrigou: as duas abordagens foram feitas para existir lado a lado mesmo que nenhuma concepção tenha sido capaz de reconciliá-las. Como resultado, sua coexistência na prática sempre foi *ad hoc*, mesmo que a preocupação principal da teoria do direito tenha sido demonstrar o contrário.

A coexistência contraditória das duas ideias sobre o direito não é mais evidente em outro lugar do que na natureza da codificação nos sistemas jurídicos de *civil law*. O jurista do *common law* pode imaginá-los como regimes baseados em códigos. Na verdade, os códigos básicos do *civil law*, ao menos no seu lar originário do direito privado, foram pouco mais do que somas e atualizações das ordens doutrinárias que os precederam, ajustadas marginalmente para refletir algumas novas correlações de forças políticas e alguma preocupação abstrata do estado. Os juristas os escreveram em sua dupla função de agentes das autoridades políticas e curadores da

tradição doutrinária. Normalmente tomaram o cuidado de subordinar a primeira dessas funções à segunda, fingindo servir seus chefes políticos mesmo quando continuaram a fazer o trabalho da dogmática jurídica.

Sobretudo, a noção do direito como vontade do estado, imposta de cima para baixo à sociedade, continuou a ser tão incompleta e tão dependente de uma estrutura preexistente da sociedade que ela fracassou em justificar, explicar ou mesmo reconhecer, quanto a ideia de uma ordem normativa imanente, revelada e refinada pela doutrina. Para que essa ideia do direito tivesse sucesso em sua proposta, todos os arranjos da sociedade teriam que ser aprovados, senão desenhados, pelo poder soberano. Nada disso acontece: em nenhuma sociedade o direito legislado pelo estado foi mais do que uma série de intervenções episódicas em uma ordem que está simplesmente aí: quase nunca perturbada, dificilmente vista. É como se as pretensões de criar o direito, de estados autoritários ou democráticos, equivalessem a pouco mais que uma atualização do *gubernaculum* de um príncipe europeu medieval, intervindo de tempos em tempos em um corpo de direito comum reproduzido e desenvolvido pela *jurisdictio* doutrinária dos juristas.

Uma ficção descarada diria que as autoridades criadoras do direito aquiescem na parte da ordem estabelecida que deixam de mudar, segundo a máxima *qui tacet consentire videtur*.<sup>9</sup> Todavia, esse argumento perde plausibilidade tão logo reconheçamos os obstáculos do mundo real à imposição da vontade de um estado, seja autoritário, seja democrático. Se a destruição dos poderes intermediários, favorecida pela prototeoria social associada à teoria jurídica do combate, facilita a imposição da vontade política de cima de algumas maneiras, pode inibi-la de outras: uma sociedade desorganizada pode ser tão recalcitrante diante da vontade transformadora do governo quanto uma sociedade organizada para resistir a tal vontade. Como variante da política autoritária, apenas o despotismo revolucionário poderia esperar ir além. Faria isso, porém, ao custo de ver seus esforços consumidos no conflito violento e reféns do autointeresse dos déspotas assim como da oposição de suas vítimas. Como variante da política democrática, uma democracia radical ou de alta energia, capaz de dominar a estrutura da sociedade, está ainda por ser criada.

Uma ficção mais elaborada e crível, desenhada para ajustar-se à teoria democrática e ao constitucionalismo, distingue entre problemas ordinários do estado e mudanças momentosas de arranjos e pressupostos fundamentais. O povo delega os primeiros à classe política cujas

9 Quem cala consente (manifestação de vontade tomada de modo tácito). [N.]

rivalidades arbitra. A soberania popular acorda e age mais diretamente apenas quando os fundamentos – da sociedade e do estado – estão em questão. Ela consente em delegar quando está meio adormecida. Afirma seu poder residual, mas decisivo, quando se levanta, sob a provocação de perigo, oportunidade e crise. O silêncio que acompanha essa semi-vigília pode mais crivelmente ser tomado como consenso com o que o soberano inexpressivo deixa imperturbado.

Contudo, se é improvável que o povo influencie os problemas ordinários do estado, é mais improvável ainda que guie o governo no meio da tempestade ou dirija qualquer mudança na estrutura da sociedade. Pode despertar sem comandar. Seria preciso outro tipo de democracia – que ainda não existe – para fazer a estrutura suscetível à sua vontade e diminuir a distância entre movimentos ordinários que fazemos dentro de uma moldura que tomamos como dada e movimentos extraordinários pelos quais, sob a pressão de calamidades ou sob a indução do fervor, mudamos partes daquela moldura.

O terceiro elemento na história universal do pensamento jurídico é a estrutura real da sociedade: seus arranjos e suposições formadores, pressupostos pelos outros dois elementos, ainda que por eles deixados não explicados, não justificados e não reconhecidos.

A menos e até que o pensamento jurídico tenha um modo de lidar com esse terceiro elemento, ele não poderá atender a seu chamado maior. Mas o que significaria lidar com esse elemento? A tarefa é prática mais do que teórica: estabelecer as instituições e práticas que possam de fato colocar a estrutura sob nosso controle.

Considere primeiro a parte menor, teórica, desse esforço: o desenvolvimento de um modo de pensar. Não sabemos como pensar sobre mudança estrutural e alternativas estruturais. O vislumbre central da teoria social europeia clássica – que as estruturas da sociedade são nossas criações alienadas e que podemos entendê-las porque as fizemos – foi desde o princípio comprometido por ilusões de falsa necessidade. Essas ilusões deixaram sua marca na realização suprema da teoria social clássica: a teoria da história e do capitalismo de Karl Marx.

Para a ilusão da lista fechada, há um conjunto definido de tipos alternativos de organização econômica, política e social na história, cada um dos quais, como bem reivindicou a ciência jurídica do século XIX, com um conteúdo institucional predeterminado. Interesses de classe e outros têm um conteúdo objetivo, gerado pelo lugar de cada classe na divisão social de trabalho, segundo a lógica do respectivo tipo.