**William H. Clune. Legal Disintegration and a Theory of the State,**

12 German Law Journal 186 (1) (2011).

Publicado originalmente em 1989 em Critical Legal Thought: an American-German Debate 187 (Christian Joerges & David Trubek, eds.)

Professor da Universidade de Wisconsin, da corrente dos Critical Legal Studies.

Tem larga experiência profissional em políticas públicas de educação

**Fichamento**

**Tópico introdutório**

O artigo pretende apresentar uma topologia do pensamento jurídico e as condições sociais (a contrução social da realidade, em sentido mais amplo) da qual esse pensamento é um componente.

**Pensamento jurídico**- o autor se apoia no currículo das boas Faculdades de Direito, embora reconheça que é mais abrangente que a academia (compreendendo leis, debates, atos) e diferente da prática.

1o ano- *common law* e *legal method* (introdução ao estudo do direito)

2o e 3o anos- *statutory law* e regulação da economia

final- sociologia do direito, *policy analysis* e *critical thought* (filosofia do direito)

O pensamento jurídico é composto de centro e periferia e corresponde, grosseiramente, a uma economia política do welfare state democrático moderno dicotômica e fragmentada.

O artigo vai da fenomenologia jurídica (a experiência do pensamento jurídico) para uma organização cultural correspondente, chamada economia política.

Há uma sensação simultânea de desintegração e integração (ou movimento progressivo) no direito. Percebe-se, para além da força conceitual e da elegância do direito, fragmentação, uma variedade de epistemologias, filosofias sociais e instrumentos de policy, conflitos e descontinuidades. Ao mesmo tempo, parece haver uma estrutura na desordem (embora fragmentada, não caótica).

Analisar por dentro o pensamento jurídico, superando o idealismo árido e o conceptualismo. O pensamento jurídico como produto não da academia, mas, pelo menos em parte, de uma contrução social da realidade.

1. **Um modelo de pensamento jurídico básico: centro[[1]](#footnote-1) (*core*), periferia, transição e além**

|  |  |
| --- | --- |
| **Centro de direito tradicional** | **Periferia** |
| Modelo cortes/processos/casos (*courts/litigation/cases*) | Lei formal (*legislation and statutes*) |
| Modelo de ordem social baseada no direito privado | Modelo de ordem social baseada no direito público |
| Justificação ética | Justificação por políticas públicas (*policy analysis*) |
| Interpretação argumentativa (*Interpretive reasoning*) | Interpretação positivista |
| Visão hegemônica da influência jurídica | Visão marginalista da influência jurídica |
| O direito como elemento natural, seguro (não contestado), não adulterado por paradigmas ou racionalidades incompatíveis.  Combinação atraente de argumentação moral e filosofia social | O direito se sente inadequado, burocrático e contestado por outras formas de pensamento e outras especialidades. |
| Há uma força [conservadora] levando no sentido do direito tradicional, ainda que ele seja percebido como abstrato, socialmente inconsequente, obsoleto | Há força [“transformadora”] levando nessa direção, que parece moderna, relevante, substantiva e poderosa |

Essa estrutura binária é preenchida, nos espaços intermediários, por dois expedientes: transição e reintegração (p. 188), que operam a projeção de valores do centro na periferia (ex. combinação de elementos do centro, como argumentação moral, com da periferia, como resolução sofisticada de problemas sociais).

Transição: híbridos entre os dois modelos

Reintegração: quebra da separação entre os dois modelos, e algo é criado “para além da lei” (*beyond law*)

**Cinco dimensões do pensamento jurídico**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Dimension** | **decision making agency, process &type of decision** | **substance of decision** | **type of justification or rationalization** | **type of interpretation** | **role of law** |
| **Core** | courts, litigation, case | private law | legal analysis | moral reasoning | hegemonic |
| **Periphery** | legislatures, legislation, statute | public law | policy analysis | positive reasoning | marginal |
| **Transition** | public law litigation, statutory rights of action | judicial regulation, common law as economically rational | law and economics | statutory intent | implementation |
| **Reintegration** | social problem legislation, constitutional welfare rights | reflexive law (intermediate policy organizations) | moral considerations in welfare policy, policy analysis as participation and empowerment | situational interpretation of statutes, etc. | institutional choice |

Em suma, há uma interação dinâmica entre centro e periferia. Desse lado, há uma torrente de novas perspectivas, atividades e instituições, gerando discursos heterogêneos entre os professores de direito, uma espécie de ONU do território intelectual. [interessantes exemplos de aplicações, p. 192]

O direito é uma pequena fortaleza que oferece uma perspectiva restrita e artificial do mundo exterior, pelas estreitas vigias do método jurídico e dos procedimentos legais. Mas as portas estão abertas e o forte se enche de diferentes estrangeiros a cada dia.

1. **Desintegração do pensamento jurídico e da teoria do Estado**

A descrição do problema do pensamento jurídico a partir de uma perspectiva externa, da economia política. Ambos são partes da mesma construção, imbricadas uma na outra.

O pensamento jurídico lida com relações econômicas e usa as mesmas construções ideológicas para interpretá-las e modelá-las (libertarianismo, falhas de mercado etc.).

Busca de um paralelo entre os conjuntos de estruturas, descontinuidades e movimentos ideológicos.

A economia política (ou teoria do Estado) também é descrita segundo um esquema bipolar.

|  |  |
| --- | --- |
| Centro de liberdade econômica | Periferia de complexidade social/interdependência |

A existência da periferia é intrínseca à organização capitalista da economia.

**Filiações teóricas** **do autor** (nota 19, p. 195)

* Marxismo- contradições fundamentais no capitalismo
* Critical Legal Studies- não há materialismo, determinismo, luta de classes ou teoria instrumental do Estado
* Críticas *mainstream* ao capitalismo- há fortes tendências liberadoras nos dois projetos principais do capitalismo (v. parte B)
* sociologia do direito- rejeição de um instrumentalismo escolar de políticas públicas (*policy instrumentalism*); visão do direito a partir de dentro e não de fora
* neo-weberianos- ideias de rematerialização e complexidade social, embora rejeitando a visão evolucionista, em favor da fragmentação e da contradição
* Autopoiese- teoria dos sistemas auto-organizados; ponte entre pensamento e ação

1. **Os dois projetos do capitalismo: liberdade econômica e interdependência social**

Liberdade econômica- nos currículos de direito, funcionamento do mercado (1o ano), em modelos do liberalismo clássico: propriedade, responsabilidade civil (*tort*), contrato em suas formas não adulteradas, direito penal como proteção da propriedade e direito constitucional, como exceção inconsistente (*mushy*). É intríseca ao capitalismo, na medida em que esse envolve a delegação de autoridade aos proprietários que têm a atribuição de tomar decisões sobre políticas econômicas e sociais e reter lucros. (p. 196)

Interdependência social- o capitalismo envolve também um projeto intrínseco de interdependência e complexidade, emergindo de subprodutos cooperativos das transações do mercado e atividade política coletiva concertada. (exemplos p. 196)

* Há uma crescente densidade na vida social; em nome da produtividade da sociedade, o capitalismo criou inumeráveis avenidas de coordenação e comunicação.
* A informação sobre as interdependências é muito sofisticada.

1. **Impactos dos dois projetos no direito: efeitos separados**
2. Centro - liberdade econômica

…

1. A periferia da interdependência social

…

1. **Impactos das contradições no direito**
2. Questões de acesso aos benefícios coletivos

…

1. Desenho (*design*) do welfare state

….

1. Democracia liberal

…

1. **Conclusão: o direito tradicional em uma chave nova; velhos caminhos em uma nova paisagem**

Ansiedade com a desintegração do direito: o direito tradicional morreu?

A resposta é que esse direito permanece vital, mas seu papel mudou e se tornou mais eclético.

O núcleo do método jurídico tradicional também não pode ser erradicado, a despeito da tendência para o raciocínio (*reasoning*) prospectivo, consequencialista, há uma tendência igualmente forte para a finalidade legal. (p. 204)

Uma situação de complexidade social e econômica demanda estabilidade jurídica e, ao mesmo tempo, flexibilidade. A prevalência de esquemas legais (*statutory*) complexos com normas administrativas burocráticas (*bureaucratically administrated*) representa um grau acentuado de finalidade (ou positivismo jurídico), comparado com as normas de textura aberta do *common law*.

O direito tem um papel importante nas disputas por acesso geradas por programas sociais complexos ou planejamento.

1. Centro/periferia- referência a Duncan Kennedy, The political significance of the Law School curriculum, 1983. [↑](#footnote-ref-1)