

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.



e efeito e compreender suas possibilidades de desenvolvimento, em determinado momento, simplesmente examinando-os por conta própria, como se fossem a fonte de nossa experiência coletiva.

O problema é que a crítica de Marx à narrativa hegeliana exige uma teoria da fabricação descontínua das estruturas institucionais e ideológicas que configuram as relações das pessoas entre si em qualquer sociedade real. As percepções revolucionárias da teoria que ele oferece são desfiguradas pelas superstições necessárias anteriormente enumeradas: a visão de que há uma lista fechada e pré-determinada dessas estruturas na história humana e que cada uma delas constitui um sistema indivisível, mudando tudo de uma vez ou quase nada, e que as leis irresistíveis de mudança histórica conduzem a sucessão entre os sistemas: na teoria de Marx, os modos de produção.

A descrença nessas superstições, até mesmo pelos próprios seguidores de Marx, não deu lugar, em grande parte, a um conceito alternativo das estruturas e da sua reconstrução: alguém que poderia aprofundar as ideias fundamentais eliminando delas a mácula do equivocado determinismo. Ela foi seguida, de modo geral, nas ciências sociais positivas, pela negação dessas percepções e pela consequente naturalização dos arranjos previstos e dos pressupostos dominantes da sociedade. Como resultado, a autocompreensão dos juristas foi deixada sem correção legítima.

O DIREITO ENQUANTO VONTADE DO SOBERANO

9.

O direito é a vontade do soberano. O soberano é aquele que tem o poder de fazer a lei. Essa fonte suprema do direito normalmente é um conjunto de instituições e de papéis institucionais, definidos pelos arranjos constitucionais.

De todos os critérios que elevam os arranjos ao status de constitucionais, o mais importante é que eles definem quem faz a lei. Que eles sejam invulneráveis, e requeiram para a sua revisão majorias qualificadas e procedimentos rigorosos constituem um significado constitucional menos, pois não são universalmente observados. A vontade do soberano é também a vontade do Estado: é o controle final e eficaz do poder governamental, manifesto no poder de fazer a lei, que no final define quem ou o que o soberano é. Assim, a visão de que o direito é a vontade do soberano está ligada à ideia de que a sede do direito é o Estado. O Estado de Direito ideal, segundo o qual tanto as atividades do Estado quanto os arranjos da sociedade devem ser regidos por lei, torna essa visão explícita.

A ideia do direito como a vontade do soberano, feito pelo Estado, é a principal adversária, a única grande adversária na história do pensamento jurídico, à ideia do direito enquanto ordem moral imanente, descoberta e aperfeiçoada pelos juristas, tendo como única exceção a ideia do direito sagrado, que representa a vontade de Deus.

Essas duas ideias sobre o direito conflitam entre si. Elas fazem suposições e produzem consequências, que nunca foram, e não podem ser, conciliadas no âmbito de qualquer teoria jurídica consistente. No entanto, elas coexistem na prática. Elas surgiram e persistem, em circunstâncias semelhantes: as circunstâncias das grandes civilizações e das tradições jurídicas que existem até os dias atuais. Em muitos sentidos, essas ideias são interdependentes, mesmo quando contraditórias. A relação delas entre si e com a estrutura real da sociedade é o problema central em compreender o que o direito tem sido e o que poderá se tornar.

10.

Em 1942, o ditador Getúlio Vargas concedeu entrevista a um jovem jornalista, no Palácio Presidencial do Catete, no Rio de Janeiro. O corajoso jornalista fez-lhe uma série de perguntas capciosas sobre o porquê de o ditador não fazer isso ou aquilo, um extenso leque de iniciativas as quais o jornalista estava convicto de que Vargas, como governante absoluto, poderia implementar de imediato, caso assim o desejasse. Vargas, que em quase nada acreditava, referiu-se descaradamente a si mesmo como ditador, e orgulhoso no extremo da sua desilusão, desdenhou das perguntas e exibiu um sorriso sarcástico de arrepiar.

Em seguida, disse, com seu sotaque gaúcho, dando tapinhas no ombro do jovem: “Você é jovem. Acredita que um ditador pode fazer tudo. Há muito pouco que um ditador possa fazer”.

Tome esta conversa como uma alusão ao paradoxo central da ideia do direito como a vontade do soberano. Os defensores mais radicais dessa ideia foram intolerantes a qualquer limitação do direito do soberano de fazer leis, além das limitações que resultam dos arranjos constitucionais. Esses arranjos podem conferir ao chefe de governo ou de Estado poderes quase absolutos, como fez a Constituição brasileira de 1937, sob a qual Vargas governou. Ou, no extremo oposto, podem estabelecer o governo da maioria, limitado pelos direitos de minorias, especialmente a minoria política aspirante ao poder. O soberano, então, será o povo, mas apenas na aparência e sob as restrições da ordem constitucional.

O soberano, constitucionalmente limitado e organizado, continua a ser o soberano, e o sinalizador predominante de sua soberania é o fato de que ele — ou a soberania — faz a lei. A força das democracias constitucionais é enfraquecida ou esvaziada quando os arranjos atuais da vida social não conseguem ser o objeto de deliberação e escolha coletiva, sendo simplesmente deixadas em paz até outro dia.

Os proponentes radicais da ideia do direito enquanto vontade do soberano (Thomas Hobbes e Carl Schmitt os primeiros dentre eles) se rebelaram contra todas essas limitações, em nome não apenas da sobrevivência, mas da vitalidade, coletiva e individual. O indivíduo melhora a vida participando de uma forma distinta de vida, que precisa ser colocada sob a proteção de uma organização política armada, para prosperar no mundo, diante de seus inimigos externos e internos. Seus rivais externos são os outros Estados, que poderão declarar guerra contra ele, subtraindo-lhe os meios de se defender e desenvolver uma forma distinta de vida. Seus adversários internos são os poderes intermediários ou indiretos que buscam influência sem responsabilidade.

Nos impérios agrário-burocráticos, esses adversários internos costumavam ser, principalmente, os proprietários de terras magnatas. Agora eles são os “interesses especiais”, organizados como grupos de interesse comum, sindicatos, partidos políticos, ou qualquer outro sem número de organizações da sociedade civil. Se tivessem chance, eles iriam saquear o Estado, banqueteadando-se com a carne do Leviatã.

Para que o direito seja, na prática e na teoria, a vontade do soberano, o Estado deve conter esses inimigos internos e externos. Deve fazê-lo a serviço do maior objetivo de fomentar o desenvolvimento de uma forma distinta de vida. Nela, o indivíduo, em um mundo sem lógica, pode encontrar um fundamento.

A forma radical da ideia expõe, ainda mais dramaticamente do que a forma moderada, o paradoxo do soberano-legislador relativamente impotente. O soberano pode travar uma guerra contra os poderes intermediários, bem como contra outros Estados soberanos. A experiência da história, no entanto, nos mostra que é provável que ele permaneça relativamente impotente na imposição de sua vontade, não a determinados indivíduos (que ele pode condenar à morte) ou a situações particulares (em que ele pode interferir de forma agressiva), mas à própria organização da vida social, em defesa e pelo desenvolvimento do que a soberania declarou em primeiro lugar.

A vida social não pode ser alvo da vontade, sendo cristalizada em uma estrutura particular, como apoia a versão moderada da ideia da vontade do direito do soberano, ou esvaziada por qualquer estrutura discriminante, até que o soberano esteja cara a cara com seus súditos, como defende a versão radical da ideia. O direito que o Estado não faz, e não consegue fazer, alcança o que, de acordo com a visão do direito enquanto vontade do soberano, representa a sua principal missão.

11.

A variante moderada da ideia do direito enquanto vontade do soberano encontrou apoio, na história das teorias do direito, em diversas concepções teóricas. Uma delas, no entanto, superou todas as outras no rigor e na clareza de sua formulação, bem como no alcance de sua influência intelectual. Denomina-se teoria analítica do direito.

A variante radical da ideia de direito como a vontade do soberano, pelo contrário, teve somente uma única expressão teórica importante, notavelmente constante, por séculos, em suas afirmações centrais. Denomina-se teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*).

A ideia do direito enquanto ordem moral latente sempre foi uma construção dos juristas. Raramente foi articulada como teoria. A ideia do direito como a vontade do soberano foi a descrição dominante do direito em grande parte da história da teoria jurídica, e tem sido regularmente adotada pelos juristas, apenas de forma vaga e limitada, que esconde e atenua a sua incompatibilidade com a concepção do direito como plano inteligível e defensável da vida social. A diferença no modo de expressão das duas concepções — uma como crença em boa parte implícita, amplamente compartilhada por juristas práticos; a outra, como teoria, apresentada por pensadores isolados, ainda que em nome de ideais amplamente professados e do realismo cabeça-dura — ajuda a explicar como a divergência conceitual mais importante e universal da história mundial do pensamento jurídico pôde ter sido tão pouco compreendida e discutida.

O maior exemplo da teoria analítica do direito — a versão analítica da visão do direito enquanto vontade do soberano — é a Teoria Pura do Direito, formulada por Hans Kelsen, o jurista mais influente do século XX. A teoria do direito, de Herbert Hart, foi o seu homólogo nos países anglófonos. O objetivo aqui não é o de interpretar as doutrinas distintas desses e de outros teóricos do direito; é entender o que está em jogo na ideia do direito enquanto vontade do soberano, considerando a defesa e o desenvolvimento dessa ideia na teoria jurídica. Isso é motivo suficiente para tratar essas e outras visões como espécies da mesma abordagem básica.

Interpreto e critico a teoria analítica do direito, como o farei, mais tarde, com a teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*): primeiro apresentando sua ideia primordial e, em seguida, abordando seu programa metodológico e político.

A teoria analítica do direito propõe uma forma de pensar sobre o direito que distingue claramente o jurídico do moral ou do político. O direito é melhor representado como um sistema de normas, cuja aplicação é apoiada pelo poder do Estado. A questão jurídica não é se uma norma é certa ou errada, mas se ela é uma lei vigente. Será uma lei vigente se for feita de acordo com os procedimentos definidos por outras normas de nível superior ainda em vigor. Tal sistema pressupõe, como construção analítica, uma norma fundamental ou uma regra de reconhecimento que o encerra, garantindo a existência de uma fronteira entre o jurídico e o não jurídico.

As relações sistemáticas de validade, no entanto, não são suficientes. Há um atributo extra, crucial: o direito assim organizado deverá, de modo geral e de fato, ser obedecido. O fato da obediência habitual, garantido por qualquer combinação entre coerção e consentimento que se faça necessária, demonstra que lei é lei, e não a tentativa de um soberano enfraquecido de impor a sua vontade sobre a sociedade. Uma vez alcançado o limiar da obediência habitual em relação ao direito como um todo, somente as relações formais de validade entre os componentes do direito importam nos questionamentos: o que é o direito e como o direito deveria ser representado?

A norma fundamental ou a regra de reconhecimento serve, na teoria analítica do direito, como representantes impessoais da ideia controversa de soberania. O soberano torna-se um sistema. Desta forma, a teoria analítica procura dissociar as suas preocupações das realidades sociais e psicológicas de comando e obediência, que se mantiveram proeminentes numa versão mais primária dessa abordagem sobre o direito, como a teoria do direito de John Austin.

O sistema de normas, no entanto, confere o poder de legislar àqueles que possuem cargos definidos no Estado. Tal visão não é, portanto, uma alternativa à ideia de direito enquanto vontade daquele soberano. É essa ideia, adaptada às restrições do governo constitucional e do Estado de Direito, no duplo sentido anteriormente descrito, e inspirada pelas ambições metodológicas e políticas, que discutirei agora.

O objetivo metodológico da teoria analítica do direito é separar a representação técnica do que o direito é de todas as questões sociológicas sobre as causas e consequências das leis, bem como de todas as considerações políticas e morais sobre a justiça das leis. Dessa forma, o teórico analítico

do direito espera estabelecer, de uma vez por todas, um discurso sobre o direito que esteja imune, em sua pureza e rigor, a disputas sobre a causalidade (o que faz com que as leis sejam o que são e quais as consequências à sociedade das leis serem o que são). De forma mais ambiciosa, tal discurso também deve ser à prova de discussões sobre o certo e o errado das leis (sua conformidade com concepções de justiça definidas de forma independente).

A hipótese de trabalho do teórico analítico do direito é que, enquanto sucumbimos à tentação de confundir nossa representação do direito com nossas ideias causais e normativas, não podemos esperar estabelecer uma visão do direito que nada mais é que a continuação das disputas ideológicas, ou da nossa pauta contraditória de investigação sócio-científica, por outros meios. Tal confusão prejudica, acredita ele, alguns dos mais elevados interesses de uma sociedade livre. Tais interesses supostamente exigem uma compreensão do direito, bem como do significado de partes específicas do direito, que se recusa a repercutir e reforçar as visões sectárias do dia. Aqui, o esforço metodológico da teoria analítica cruza seu projeto político.

Ao fazer essa afirmação, no entanto, o teórico analítico do direito deve negar um pressuposto definidor do objetivo doutrinário e da sua ideia de direito como ordem imanente: a visão de que a doutrina, pela própria natureza do seu trabalho e de sua missão, nunca poderá dissociar completamente a questão do que é, em dado momento, o direito, da questão do que o direito deveria ser. Ele também deve desconsiderar os atributos mais importantes do direito: aqueles que o tornam fundamental para a sociedade.

O direito é, na realidade, a forma institucionalizada da vida de um povo. É o local, acima de todos os outros, em que definimos e desenvolvemos nossas instituições e práticas, à luz dos ideais e interesses com os quais damos sentido a eles. Não podemos compreendê-lo ou desenvolvê-lo de dentro, sem tomar uma posição na luta sobre a melhor forma de manter esse casamento de instituições e práticas com os nossos interesses reconhecidos e ideais professos.

No cerne da teoria analítica, reside a esperança de invulnerabilidade à controvérsia explanatória e normativa. O outro e único exemplo mais importante dessa estratégia intelectual na história do pensamento moderno é, de longe, o mais influente da economia marginalista e pós-marginalista. Pois foi o destaque da revolução marginalista na economia propor uma forma de analisar os fenômenos econômicos que resgataria a economia das controvérsias causais e normativas: um instrumento puro de análise que iria trabalhar com o material de conjectura causal ou compromisso prescritivo, que lhe é fornecido a partir do exterior.

O reverso da pureza analítica, na teoria analítica do direito, assim como na economia, que teve início na revolução marginalista, é o vazio intelectual. Ele paga por sua invulnerabilidade desejada à controvérsia causal e normativa com a impotência explicativa e o agnosticismo prescritivo. É o método de Pôncio Pilatos; suas campanhas começam e terminam com o lavar das mãos. Essa pretensa ciência paga por sua relativa invulnerabilidade à controvérsia causal e normativa, pela interrupção, ou enfraquecimento, da dialética vital entre a análise teórica e descoberta empírica, bem como entre a compreensão do real e do imaginário do possível adjacente.

A economia pós-marginalista que conduziu as teorias de equilíbrio geral do século XX, e a sua prática reduzida e rotineira, como a microeconomia das décadas seguintes, consegue efeito explicativo e programático somente ao relaxar seu alardeado rigor. Ela poderá convidar, pela porta dos fundos da teoria implícita, a psicologia aquisitiva simples, individualista que ela havia expulsado pela porta da frente. Alternativamente, ela poderá superar sua impotência explicativa e prescritiva ao igualar a eficiência de alocação à ideia abstrata de um mercado e, em seguida, continuando a identificar essa ideia com um conjunto particular, historicamente específico e contingente de arranjos, incluindo regimes particulares de propriedade e contrato. Tal estilo de análise econômica deve escolher, o tempo todo, entre a pureza estéril e o poder comprometido. Ao menos, ele tem uma escolha.

Onde, no entanto, a teoria analítica do direito deve encontrar alívio parecido para o fardo do seu vazio? Seu conteúdo residual é o referente implícito da norma fundamental ou da regra de reconhecimento: a vontade do soberano. Nessa teoria, no entanto, o poder político, manifesto no poder de fazer a lei, permanece escondido atrás da tela de um sistema analítico deliberadamente oco. Essa evasão de compromisso controverso tem um propósito tanto político quanto metodológico.

Seu objetivo político é o de constituir um discurso público sobre o direito, capaz de alcançar acima ou além de todos os interesses partidários e programas sectários. Essa impessoalidade e neutralidade relativas são necessárias, e assim acreditam os juristas analíticos, para apoiar o trabalho do direito como uma estrutura impessoal de convivência civil à qual os adeptos de diferentes interesses e visões poderão permanecer leais. Aqui, no entanto, o jurista analítico enfrenta, ainda, outro problema intratável.

Houve duas propostas principais da história do pensamento jurídico nos últimos duzentos anos, para a realização de tal neutralidade e impessoalidade. Nenhuma delas, no entanto, é aceita pelos teóricos analíticos do direito, dado os seus compromissos metodológicos. A primeira proposta foi a do formalismo e conceitualismo do século XIX. Seu cerne é a ideia de que existam vários tipos de social e econômico, cada um com o seu conteúdo jurídico, inerente e predefinido. A segunda proposta foi a com o objetivo de direcionar, idealizar e sistematizar o discurso jurídico do final do século XX e início do século XXI: a visão do direito como repositório de ideais conectados, descrito na linguagem da política e princípio impessoais.

Ambas as propostas retornam à ideia do direito enquanto ordem moral imanente, à qual procuram dar nova vida e um novo sentido, em vez da ideia do direito como a vontade do soberano. Ambas também contradizem as ambições metodológicas da teoria analítica: sua tentativa de se libertar de afirmações empíricas e normativas controversas e de ver direito sem ilusões. Por essas razões, nenhuma das duas é aceitável à teoria analítica.

Sua solução para o problema do uso do direito na fundação de um discurso público compatível com a paz cívica e com o Estado de Direito surge em duas partes. A primeira é uma visão da elaboração das leis; a segunda, um relato da aplicação ou elaboração da lei no contexto. Ambas são insustentáveis. O significado de seu fracasso é revelar a contradição entre os compromissos metodológicos e políticos da teoria analítica de direito.

A principal característica da visão da elaboração das leis é o seu procedimentalismo radical. O direito organiza um sistema de decisão coletiva, designando os poderes e fornecendo o modo de composição de cada agente no processo de legislar. A validade jurídica de uma decisão significa que ela foi feita de acordo com essas limitações processuais. Então, desde que seja seguida, a guerra civil abre caminho para a paz cívica e diferenças radicais de visões poderão coexistir.

Essa abordagem procedimental possui dois defeitos fatais. O primeiro é o de não lidar com as implicações da tendenciosidade de qualquer quadro processual. A esse respeito, ela compartilha o erro da distinção liberal clássica entre o certo e o bom, segundo a qual o direito deve ser neutro entre opiniões conflitantes sobre o bem. Cada conjunto de arranjos políticos para o ato de legislar incentiva algumas formas de experiência e desestimula outras, é mais hospitaleiro para algumas visões sobre o bem

do que para outras. O objetivo ilusório de neutralidade fica no caminho de uma meta realista a que se assemelha superficialmente: para garantir que os arranjos para o ato de legislar incorporem e avancem uma virtude mais ampla dos arranjos institucionais da sociedade: não somente para que fiquem abertos a uma ampla gama de experiências (sem, no entanto, buscar ou fingir neutralidade), mas também para que seja facilitada a sua própria revisão à luz dessa experiência. A possibilidade de correção, em vez de neutralidade, torna-se uma preocupação decisiva.

Os arranjos do processo legislativo não podem ser comparados ao sinal de trânsito verde ou vermelho; eles lidam com instituições políticas fatídicas, e não com as convenções arbitrárias ou equivalentes de coordenação. Isso não quer dizer, no que diz respeito a eles, que o seu conteúdo específico importe menos que sua clareza. Assim como todo o restante do direito, eles representam o resultado contingente de lutas entre interesses e visões, como a teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*) reconhece. Esse conteúdo importa porque os seus efeitos no curso da vida política são suscetíveis a ser de grande alcance. A abordagem procedimental do direito esquiva-se do significado desses fatos.

O segundo defeito crucial desse procedimentalismo é sua falta de realismo político na visão do papel que o direito desempenha na coesão de uma sociedade. Nenhuma ordem social poderia sobreviver, a menos que o conflito de visões ou valores fosse contrabalançado pela predominância de compromissos compartilhados e densamente definidos (por vezes caracterizada na filosofia política anglo-americana contemporânea como um “consenso sobreposto”) ou pela ascendência na consciência nacional de algumas visões de associação humana sobre outros.

A noção característica do século XIX para o teor jurídico inserido em cada tipo de organização social, política e econômica e seu resultado no século XX, na visão do direito como repositório de ideias conexas de política e princípio, deturpam essas realidades sócio-jurídicas. Eles assim o fazem a serviço de sua tentativa de justificar a reconstrução racional do direito enquanto sistema e de defender, em novo formato, a busca doutrinária da ordem imanente. A meia-verdade que eles expressam é, contudo, a meia-verdade negada pelo procedimentalismo da teoria analítica.

Como resultado, a teoria política da teoria analítica do direito não poderá fazer contribuição alguma à compreensão nem ao desenvolvimento de uma dialética entre consenso e dissenso. É com essa dialética que qualquer discurso público real deve contar.

A visão da aplicação da lei complementa essa abordagem do processo legislativo e compartilha suas deficiências. Os teóricos analíticos do direito não podem aceitar o conceitualismo e o formalismo da prática canônica, do século XIX, da doutrina jurídica (*legal doctrine*). Não somente porque que eles sejam incapazes de escapar à influência do ceticismo do século XX sobre os significados fixos das palavras e sua correspondência com as coisas. É que, além disso, o seu agnosticismo causal e normativo os impede de comprometer-se com a concepção que serviu à versão da doutrina jurídica (*legal doctrine*) do século XIX como seu espírito-guia: a ideia de uma lista de tipos possíveis de organização social, política e econômica, muitas vezes representada como se substituindo umas às outras, em uma sequência pré-ordenada, e de posse, cada uma delas, de um teor jurídico pré-determinado, cuja revelação é missão da ciência jurídica.

Nenhuma delas, porém, faz com que o agnosticismo dos juristas analíticos permita-lhes abraçar a visão da interpretação jurídica que tem servido como sucessora mais influente dessa ideia: a de que o direito deve ser interpretado de uma forma dotada de propósito, com referência aos objetivos que atribuímos como parte do direito; essa atribuição de objetivo depende do envolvimento em um contexto, de uma vida e da experiência comum, ou de um projeto nacional, bem como de uma comunidade profissional de discurso; e tal objetivo norteador da interpretação deverá ser elaborado na linguagem de políticas sensíveis ao interesse público ou de princípios impessoais da justiça.

O apelo a tais normas e princípios é motivado pelo projeto de reconstrução racional do direito: o direito é tanto representado quanto corrigido ou refinado como aproximação a um plano inteligível e defensável da vida social. Embora esse plano possa ser falho, é suscetível de melhoria contínua. Uma das principais maneiras de melhorá-lo é apresentar o direito à luz mais favorável possível. Espera-se que o discurso de norma e princípio forneça essa luz.

Das três partes dessa visão da interpretação do direito, a primeiro — a confiança na finalidade ou interesse — não apresenta nenhuma dificuldade para o teórico analítico do direito. A segunda parte — a dependência da interpretação orientada a objetivos de engajamento em um contexto compartilhado é aceitável, desde que seja expurgada de qualquer visão desse contexto compartilhado enquanto descoberta cumulativa da verdade moral ou política, confirmada por uma convergência progressiva às mesmas crenças. A terceira parte — o compromisso com a reconstrução da racionalização do direito enquanto incorporação de

um sistema normativo de associação humana — constitui, no entanto, um anátema para o teórico analítico do direito; ele entra em conflito com a visão desiludida e realista do direito, como a vontade do soberano, e não como a busca pela ordem imanente.

O que, então, o teórico analítico do direito tem a oferecer como teoria da interpretação jurídica, se não pode recorrer a qualquer visão de interpretação que são manchadas por sua ligação com a tarefa doutrinária de busca da ordem imanente? Ele deve fazer o que, na realidade, tem feito: tornar distintos, no trabalho de interpretação, a parte fácil e a parte difícil. A parte fácil é a confiança nos significados simples e não contestados, fixos, não porque deixam de depender da atribuição de objetivo, mas porque a atribuição de objetivo permanece incontestada. A parte difícil é o trabalho de interpretação na área em que a atribuição de objetivo é contestada, pois os problemas em questão são aqueles em que existe um conflito não resolvido de visões ou de interesses.

Assim, para um dos teóricos analíticos do direito (H. Hart), há uma distinção a fazer entre esses conflitos de interpretação que lidam com um núcleo de significados aceitos e uma penumbra de significados contestados. Para outro, Kelsen, a comparação a ser feita é aquela entre a escolha racionalmente justificada da regra ou do sistema de decisão em questão e a escolha política discricionária de uma ou outra maneira de entender e aplicar essa regra para o assunto em questão.

É claro que essa visão de interpretação falha. A distinção entre a parte fácil e a difícil, entre o núcleo e a penumbra, entre o sistema e o seu conteúdo, não é só móvel, mas também ilusória. Não existe distinção clara entre a interpretação de uma regra e a definição do seu âmbito de aplicação. Significados simples são simples apenas na medida em que o teor e o objetivo possam ser dados como certos.

Além disso, a invocação de uma área de arbítrio e controvérsia não norteados representa um convite a transformar a interpretação do direito em uma continuidade da política por outros meios: um jogo de interesses e de visões sobre o qual a teoria analítica, dado os seus pressupostos de autonegação do método, pode não ter nada a dizer. A esperança de se confinar essa luta sem limites a uma área limitada (a penumbra de significados obscuros e casos difíceis, a construção de uma regra particular após haver sido escolhida como pertinente a uma circunstância particular) está condenada à frustração, caso as distinções sobre as quais ela se baseia sejam relativas e inseguras.

As falhas da teoria analítica do processo legislativo e da aplicação da lei mostram que a teoria analítica é incapaz de pôr em prática os seus objetivos políticos. A raiz dessas falhas é o conflito entre a metodologia e os objetivos políticos da teoria analítica. Ela não pode avançar com seu projeto sem sacrificar o último em detrimento do primeiro ou o primeiro em detrimento do segundo.

Desprovido de seu complemento político, o programa metodológico da teoria analítica se transforma em uma caixa vazia, destituída até mesmo da vantagem conquistada pelas versões mais puras e impotentes da economia pós-marginalista pelo seu casamento com a matemática. O jurista prático deve colocar de volta na caixa alguns dos conteúdos — de interesses, de ideais, de imagens prescritivas de associação humana — que o teórico analítico retirou, quando reduziu o direito a um conjunto de relações aparentemente lógicas de validade entre as normas jurídicas. Destituído de sua configuração metodológica, o programa político da teoria jurídica analítica perde qualquer razão ou direção clara. A pobreza de sua concepção do direito, da sociedade e da política torna-se patente.

A teoria analítica atrai pela sua simplicidade, clareza e contenção, mas afasta pela sua vacuidade e por suas contradições. Ela tem-se revelado incapaz de fornecer uma explicação adequada à noção do direito enquanto vontade do soberano: a principal adversária, na história mundial do pensamento jurídico, à visão do direito como ordem moral imanente.

12.

Há, no entanto, outra tradição teórica segundo a qual a noção do direito como vontade do soberano surge sem disfarces e em toda a sua plenitude. Chamando-a de teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*), procuro enfatizar sua visão do direito e sua atitude com a missão do pensamento jurídico. Ela vê o direito como uma luta: a luta levada a um fim, sempre temporário, pela consolidação do poder em uma vontade. O direito resulta da cessação ou contenção da luta pela organização da sociedade e pelos termos de nossas relações recíprocas. O soberano é o poder que faz com que a luta cesse, muito embora apenas por um momento e até certo ponto. A sociedade é, então, remodelada, momentânea e irregularmente, de campo de batalha, literal e metafórico, para projeto de vida.

A teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*) põe de lado todo o subterfúgio e sentimentalismo contidos nessa concepção do direito e da política. O bem que ele considera fundamental, e a que espera servir ao expressar a verdade sobre o poder, é a vitalidade, cuja sobrevivência e segurança são apenas as formas mais básicas de habilitação.

A vitalidade é um atributo tanto do individual quanto do coletivo. A vitalidade do coletivo goza da primazia causal sobre a vitalidade do indivíduo. A paz coercitiva, na qual a luta dá lugar ao direito permite à sociedade tomar uma forma definida: desenvolver os poderes e possibilidades da humanidade em uma direção particular. Como resultado da paz, um poder estabelecido que possa defender uma determinada forma de vida contra seus inimigos internos e externos. Chamamos a isso de poder do soberano ou do Estado.

Apenas como participante de um mundo dessa natureza, o indivíduo poderá, por sua vez, florescer. Ele poderá satisfazer suas necessidades básicas de segurança e sustento. Poderá conduzir sua vida, apesar do pano de fundo de um contexto denso que dá pistas aos seus desejos, mesmo quando produz os meios com que satisfazê-los.

Os inimigos da ordem estabelecida, pelo bem da vitalidade, pela vontade do soberano, não são simplesmente aqueles que minariam abertamente a ordem interna ou que a atacariam pelo lado de fora. Eles também constituem os poderes intermediários ou indiretos — as organizações entre o Estado e o indivíduo.

As duas figuras definidoras desta versão da ideia de direito como a vontade do soberano são Thomas Hobbes e Carl Schmitt. Seus enunciados são, no entanto, simplesmente os mais claros e os mais intransigentes sobre uma visão, que possuiu muitas expressões semelhantes, embora mais limitadas ou ecléticas, da história do pensamento jurídico e político do Ocidente (por exemplo, von Jhering, Holmes, em sua “jurisprudência dos interesses”, da década de 1920). Fora do Ocidente, no entanto, encontramos grandes tradições, como a da escola Fa Chia, na China, ou a tradição de arthashastra, na Índia antiga, que são tão abrangentes e intransigentes em suas asserções quanto os ensinamentos de Hobbes e Schmitt.

A teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*) é uma teoria sem teóricos jurídicos que fizeram justiça a sua significância. É a versão mais coerente da única e mais importante alternativa da história universal do pensamento jurídico para a busca doutrinária da ordem imanente. No entanto, nunca foi formulada de forma que lhe permitisse corresponder às expectativas do papel para o qual fora escalado por essa história. Ela atraiu a simpatia de alguns dos pensadores jurídicos mais influentes do período moderno, como, por exemplo, Jhering e Holmes. Nenhum desses juristas, no entanto, conferiu à essa visão uma forma abrangente e concluída, que lhe teria permitido viver tanto como teoria do direito quanto prática da análise jurídica e, assim, antecipar a

racionalização retrospectiva do direito no léxico idealizador da política e do princípio. É em Hobbes e Schmitt, e não em Jhering e Holmes, que temos de procurar as expressões mais profundas e radicais da teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*).

Hobbes apresentou um programa filosófico muito mais amplo do que Schmitt. No entanto, uma vez tendo vivido antes que o Estado de Direito ideal passasse a ser aceito tanto como condição quanto um instrumento para o funcionamento da vontade do soberano, ele não propôs nenhuma explicação detalhada sobre o direito. Uma vez que seus escritos são anteriores a Montesquieu, Vico e os teóricos sociais modernos, ele não nos deixou nenhum relato da criação e reconstrução das ordens institucionais que representam a mais importante criação do legislador.

Em Schmitt, o projeto metafísico do aprimoramento da vitalidade permaneceu, em grande parte, implícita em um argumento político em favor de um soberano forte, em um Estado forte. Schmitt enfatizou o uso da vontade do soberano para criar um espaço para a asserção e defesa de uma forma — uma forma vigorosa — de vida social, sob a égide do Estado-nação. Somente em tal espaço poderia o indivíduo encontrar fundamento em um mundo infundado e compartilhar a vitalidade coletiva. Hobbes, ao debater vários séculos antes de Schmitt, e enfrentar uma série de problemas totalmente diferentes, havia conferido lugar de destaque ao limite de sobrevivência e segurança do indivíduo, a ser subscrito pelo soberano do processo legislativo. Tanto a paz armada da sociedade quanto a contenção do conflito sobre a finalidade e o curso da vida dependiam, para ele, do que seria denominado, em outro país, em momento posterior, de “ditadura do direito”.

O que permanece constante nessa tradição de Hobbes a Schmitt, embora mais frequentemente expresso nas versões moderadas e qualificadas que exerceram maior influência nos últimos dois séculos, é um pequeno número de temas que se sobrepõem. Esses temas compreendem a experiência da falta de fundamento, a ameaça de desordem e desorientação, a afirmação revolucionária do direito como a vontade do soberano, e o bem primordial do aumento da vitalidade coletiva e individual. O enfoque prático desses temas é a vontade de usar o poder para promover a ordem pelo direito. Essa é a mais moderna e atualizada estrutura e a consideração dominante sobre uma noção do direito que tem sido quase tão universal em sua presença quanto à noção de ordem moral imanente.

A força metodológica da teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*) enquanto vontade do soberano reside em sua valorização implícita do fato mais importante sobre as estruturas da sociedade: que nós

a construímos e, uma vez as tendo construído, podemos reconstruí-las. Elas resultam da contenção ou interrupção de nossas lutas práticas e visionárias pela organização da sociedade. Um corolário não desenvolvido desse pressuposto — não desenvolvido em todo o pensamento social, bem como na abordagem da lei, como a vontade do soberano — é que as estruturas sociais, ao contrário dos fenômenos naturais, têm um grau variável de existência.

A natureza pode sofrer transformações radicais. Tais transformações podem ser locais, como as que são descritas pela física das transições de fases. Ou podem ser globais, como na noção cosmológica de que um universo muito precoce, denso e quente carecia de muitas das características do universo arrefecido, incluindo uma estrutura fixa e distinta da natureza dos ingredientes rudimentares. No entanto, os fenômenos naturais ou existem ou não existem; eles não existem mais ou menos.

Estruturas sociais, no entanto, existem mais ou menos. Quanto mais estão arraigadas contra o desafio e a revisão, mais assumem uma aparência de necessidade natural. Elas não assumem tal aparência simplesmente se beneficiando das ilusões da falsa necessidade. Elas o fazem, também, ao negar aos que as repensam e as reconstroem os meios e oportunidades institucionais e discursivos com os quais mudá-las. É de nosso interesse material e moral fazer com que os arranjos da sociedade, definidos em detalhes pelo direito, parem de aparecer para nós como uma realidade não humana diante da qual devemos nos curvar.

Aqueles que ensinam que a lei é a vontade do soberano, no entanto, têm falhado diversas vezes na tentativa de desenvolver a compreensão, pressuposta e sugerida por sua própria teoria, da natureza construída dos arranjos sociais. Como resultado, eles também falharam em dar prosseguimento a essa ideia na conjectura adicional da relação variável entre agência e estrutura. O que forneceram, alternativamente a essa explanação, foi o naturalismo psicológico sobre o poder, em vez de uma visão abrangente da construção e da reconstrução das ordens institucionais na história.

Esse naturalismo reverte a circunstância, à qual a vontade do soberano responde, aos fatos brutos do perigo, do conflito e do medo, sem o auxílio da luz fornecida por uma visão mais abrangente das interações entre o Estado e a sociedade (a visão adotada por James Harrington à época de Thomas Hobbes e que Max Weber adotou à época de Carl Schmitt). Similarmente, reduz-se o processo legislativo ao exercício da vontade, quando, pelos mesmos motivos, tudo gira em torno das transações entre a vontade legislativa e a estrutura limitadora da vontade. A história do direito e a história do Estado compõem as duas faces de uma mesma realidade.

13.

Assim como a ideia do direito enquanto ordem moral imanente, a concepção do direito como vontade do soberano é radicalmente incompleta. Em qualquer circunstância histórica real, dados os arranjos institucionais que têm sido adotados, o direito construído pelo soberano, até mesmo pelo soberano democrático sob um regime de soberania parlamentar, nunca foi mais que uma série de intervenções episódicas em uma estrutura real. A maior parte dessa estrutura sempre foi deixada intacta. Grande parte dela ainda nem adentrou o campo de visão do soberano — ou da nação. No entanto, mesmo em suas expressões mais ambiciosas e bem-sucedidas, a noção do direito enquanto vontade do soberano tem sido deficiente na imaginação das limitações estruturais e das alternativas estruturais.

A consequência tem sido a de prejudicar a capacidade dessa visão do direito de contribuir para a consecução de seu objetivo anunciado ou implícito. Esse objetivo não é nem o poder do Estado nem a coesão, ou a unidade da sociedade; esses constituem meios para um fim maior, em vez de um fim em si mesmo. O fim é a vitalidade individual e coletiva. O lado coletivo é o desenvolvimento de uma forma distinta e vigorosa de vida social, sob a égide do poder do Estado. O lado individual é a formação, em tais mundos, de um povo solidamente delineado, não subjugado, insubmisso, destemido. Segurança é apenas a exigência de limite da vitalidade, e está para ele assim como o engatinhar está para o ato de caminhar.

A tese persistente dos filósofos da teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*), de Hobbes a Schmitt e além, tem sido a de que o principal obstáculo à afirmação do poder de legislar do soberano, a serviço do bem supremo da vitalidade individual e coletiva, reside na ameaça representada pelos poderes intermediários ou indiretos na sociedade. Quanto mais controlados forem esses poderes, melhor. Essa visão revela uma incapacidade de compreender a relação entre o Estado, e, portanto, o direito que o Estado faz, e a sociedade, e a de entender as exigências da vitalidade coletiva e individual. A destruição de todos os poderes intermediários e indiretos pode fortalecer o Estado, ou o soberano, no curto prazo, mas apenas reduzindo o seu poder e as perspectivas de longo prazo. Ele cria uma devastação, e clama pela sua paz. Ele segue em direção a uma sociedade homogeneizada, que não é capaz de florescer com o passar do tempo, diante da adversidade e dos eventos de mudança, pois é mal adaptada à inovação permanente e radical.

14.

A crítica e a reconstrução da ideia do direito como a vontade do soberano devem contar com uma visão do que o Estado tem sido e do que pode vir a ser. Mesmo uma versão radicalmente simplificada de tal visão pode ser suficiente para mostrar como podemos distinguir a verdade da ilusão na campanha de longa data iniciada pelos teóricos do direito enquanto vontade do soberano (na tradição do conflito, e não na tradição analítica) contra os poderes intermediários.

Vista sob a perspectiva dos interesses desses teóricos, a história do Estado é a história da vontade política no exercício da sua ambição de definir os termos de vida social. Diferencie três momentos idealizados nessa história.

Primeiramente, surge o momento da criação e consolidação do Estado: a organização política da sociedade tem como foco um governo central que projeta a sua vontade sobre uma sociedade resistente, dividida e hierarquicamente organizada. O que torna político um aspecto da sociedade é, precisamente, essa disposição de tratar a forma de vida social como o objeto de uma intervenção transformadora, sem limites evidentes. Essa propensão, e as práticas daí decorrentes, formam a principal fonte da ideia de vontade do soberano que tem sido um assunto tão persistente e universal na história do pensamento jurídico.

O fato de o alcance dessa vontade não ter limites claros não quer dizer que o seu poder seja ilimitado. Pelo contrário, o seu alcance nesse primeiro período de vida do Estado sempre foi hesitante e vacilante, mesmo nos Estados que aspiravam ao maior controle sobre a economia e a sociedade.

O surgimento do Estado foi invariavelmente associado às demandas da agricultura, do pastoreio, da defesa e da conquista de grandes extensões territoriais (mesmo quando se tratava apenas de uma cidade-estado e seu interior). Acima de tudo, ele surgiu em conjunto com o entrincheiramento de ordens sociais elaboradas e hierárquicas, em que as divisões de classe muitas vezes foram santificadas e reforçadas através de uma narrativa cosmológica ou teológica. A ligação entre a divisão social da força de trabalho e a formação de tais hierarquias abriu espaço e criou a necessidade de ação por parte do Estado. Havia uma ligação recíproca entre a concentração de poder político no aparelho estatal e a característica do pluralismo hierárquica dessas sociedades.

O terreno mais importante para a formação de tal Estado e, de fato, os protagonistas mais importantes da história mundial anteriores aos últimos séculos, foram os impérios agrário-burocráticos da antiguidade. Assim

foram, também, com as ressalvas que proponho a seguir, o teatro no qual a ideia do direito enquanto vontade do soberano tomou sua forma inicial.

Nesses impérios agrário-burocráticos, os detentores do poder no governo central enfrentavam um dilema recorrente: como evitar que os proprietários de terras e potenciais senhores da guerra concentrassem terras e poder em suas mãos e privassem o Estado do acesso direto a impostos e soldados, sem inflamar um despotismo popular e revolucionário que eles não seriam capazes de sustentar ou controlar. A partir da iniciativa de resolver ou mitigar esse dilema, surgiram outras iniciativas de reforma agrária nesses impérios: a tentativa de estabilizar uma circunstância criada por uma classe de pequenos produtores independentes, em dívida com o poder central, e não com proprietários de terras, nem com uma aristocracia bélica. Desse esforço também resultaram as tentativas frequentes, e muitas vezes bem-sucedidas, de se organizar um sistema burocrático a serviço do príncipe (se assim podemos chamar os detentores do poder central) e que dependesse exclusivamente dele.

No entanto, essas tentativas entraram em conflito com os interesses dos magnatas. Declarar guerra contra eles em nome de uma aliança direta entre o centro e a base da sociedade significava arriscar despertar turbulências que nenhum príncipe seria capaz de enfrentar sem colocar em risco sua própria posição. Ele provavelmente terminaria como vítima à reação dos poderes intermediários muito antes de progredir na consolidação de uma aliança dessa natureza. No entanto, mesmo se conseguisse avançar com o plano revolucionário, ele poderia muito bem se ver em meio às vítimas desse mesmo esquema.

Havia duas circunstâncias principais que enfraqueceram a força desse dilema: uma, interna aos impérios agrário-burocráticos, e outra externa a eles. A forma de governar nômade trouxe a solução interna. Muitos desses impérios agrário-burocráticos passaram a ser governados por conquistadores nômades. O segredo de sua arte de governar estava na radicalização da luta contra os poderes intermediários – os proprietários de terras magnatas – e no aumento da independência do governo central, onde se reinventavam durante o processo.

A solução externa veio das cidades-estados, até mesmo daquelas como a República Romana ou a democracia ateniense, que começaram a conquistar porções de um império. Nelas, a relativa ausência de proprietários de terras magnatas e sua substituição por uma plutocracia comercial que investia muito menos no controle da terra e do trabalho, deram margem a um contexto mais favorável a um pluralismo de cunho

mais social, e a uma diversificação econômica: pluralismo e diversificação que deixaram o Estado sem nenhum adversário. A oligarquia comercial tomou o lugar da aristocracia proprietária de terra. Menos apta e ansiosa em concentrar terras e dominar a força de trabalho, ela não se apresentava como uma ameaça ao poder central. O poder do Estado foi prontamente dividido e compartilhado nessas circunstâncias, não obstante a ferocidade das competições existentes entre as classes. Enquanto o pluralismo essencial social e econômico sobreviver, o conflito deve operar como instrumento de união, como observou Maquiavel.

Nos impérios agrário-burocráticos, a elaboração e aplicação de uma lei que abrangesse toda a sociedade estavam ligadas ao destino do príncipe em sua dupla luta com os magnatas e a população, grupos que ele tanto precisava quanto temia. Devido ao fato do poder do príncipe ou do governo imperial geralmente permanecer limitado e precário, sua lei também tinha dificuldade de se impor de forma abrangente à sociedade. Era mais provável que ela se constituísse por uma série de intervenções episódicas e pontuais em um corpo pré-existente de costume, e por negociações persistentes com a lei elaborada pelos estados dentro dos Estados que esses sistemas imperiais muitas vezes sustentavam.

Se o príncipe falhasse na sua luta de conter a usurpação de terras e de poder pelos magnatas, deixando de desfrutar de uma base fiscal e militar independente de uma grande classe de pequenos produtores independentes, seu regime entraria em decadência, podendo até se desfragmentar. Ele poderia se tornar uma sombra. Em tais momentos, a economia monetária, dependente, tanto quanto o Estado, da preservação de uma base ampla de centros independentes de iniciativa econômica, sucumbiria. Nos lugares onde já havia prosperado, a produção se organizaria pela coerção e submissão, e o comércio se reduziria, no máximo, a trocas.

O direito elaborado pelo soberano seguiu a direção desses ciclos políticos e econômicos. Se, mesmo no auge do poder do príncipe, a lei promulgada pelo centro imperial equivalia a uma intervenção episódica e pontual na vida social, nessas ocasiões ela perderia até mesmo essa autoridade limitada e frágil.

A lei enquanto a vontade do soberano se consolidou mais claramente em duas circunstâncias especiais anteriormente mencionadas. A reforma de muitos desses impérios por seus conquistadores nômades acentuou a independência do governo central perante os poderes intermediários, quebrando os ciclos recorrentes de desintegração política e involução econômica que assolaram esses estados imperiais. Essas reformas, ins-

piradas na experiência e consciência dos conquistadores nômades, imprimiram no Estado alguns dos hábitos e estruturas de um povo que também era um exército, e realçaram a capacidade permanente do Estado de mobilizar recursos físicos, financeiros e econômicos sem depender de qualquer oligarquia de senhores de terras e de senhores da guerra. Em tal circunstância, o soberano poderia ir mais longe, por mais tempo, impondo a sua vontade sobre a sociedade na forma da lei.

Um avanço semelhante do lugar do direito ocorreu na história de muitas das repúblicas das cidades-estados, com suas práticas de poder compartilhado e dividido e sua combinação de pluralismo social, diversidade econômica e abertura comercial. Nelas, também, o poder central poderia contar com uma base social ampla e variada, improvável de ser subjugada por qualquer classe de magnatas. A divisão e a partilha do poder no Estado foram organizadas na forma do direito. Esse soberano definido pela lei elaborou um direito abrangente a toda a sociedade.

Portanto, é nessas duas circunstâncias – a dos impérios agrário-burocráticos reformados à luz da política nômade, e aquela das repúblicas das cidades-estados dedicadas a uma partilha constitucional do poder por diferentes classes – que a ideia do direito como a vontade do soberano adquiriu tons mais reais. Elas são as precursoras mais próximas dos Estados limitados pelo direito e legisladores da história recente.

15.

Um segundo período no desenvolvimento da teoria e da prática do direito como a vontade do soberano se inicia quando o ideal de Estado de Direito adquire a força que normalmente faltava aos Estados agrário-burocráticos da antiguidade. Essa mudança ocorreu, inicialmente, nos estados absolutistas e aristocráticos da Europa moderna. Desenvolveu-se, mais tarde, nas democracias imperfeitas e vagas, que são as únicas democracias que o mundo conheceu até agora. Assim, o Estado legislador e limitado pelo direito já existia tanto na forma pré-democrática quanto na forma democrática (ou protodemocrática, para ser mais realista).

O que distingue o ideal de Estado de Direito é a combinação de um compromisso jurídico com um fato socioeconômico. O compromisso jurídico é aquele em que o direito deve governar. Mesmo um príncipe que governa sem uma divisão constitucional do poder deve, de acordo com esse ideal, governar por meio de regras abrangendo categorias inteiras de pessoas e atos, em vez de fazê-lo por meio de decretos dirigidos a indivíduos ou a um número reduzido de classes de pessoas. Tendo elaborado essas regras, ele estará, então, obrigado a acatá-las.

Na democracia esse compromisso com a legalidade ganha maior autoridade e força. A autodeterminação coletiva faz parte do significado essencial da democracia. Se a autodeterminação coletiva tem algum significado, ele reside no fato de as condições básicas da vida social serem escolhidas de acordo com uma fórmula institucional para a tomada de decisões coletivas e abrangentes. Essas condições não devem ser impostas por uma vontade única, por um pequeno conjunto de interesses imponentes, ou por costume ou tradição que falhou ao se sujeitar ao teste da crítica aberta e ao risco de possível revisão.

Para a democracia, a ideia do caráter instrumental da sociedade – que é moldada e imaginada – deixa de ser apenas uma especulação teórica, tornando-se, assim também, um princípio orientador. Sua concretização pode estar sujeita a diversas restrições práticas. Se, no entanto, o efeito cumulativo de tais restrições é capaz de reduzir drasticamente a parte da vida social que é escolhida e eleita, a democracia torna-se, nesse sentido, uma mentira.

O aspecto da vida social sobre o qual o exercício da vontade política deve se preocupar mais é com o contexto ideológico e institucional formativo: os arranjos e pressupostos que moldam os conflitos superficiais e as trocas de uma sociedade. Deixar essa estrutura funcionando sem ter escolhido-a, ou até mesmo a desafiado, por meio da organização da competição pelo poder – o poder na sociedade e na economia, bem como o poder no governo – é esvaziar a democracia de todo o seu sentido.

O principal instrumento para a formação e a reconstrução do contexto formativo é o direito. Dizer que a estrutura da sociedade deve ser escolhida ou eleita significa que ela deve ser moldada pela lei criada pelo soberano democrático. Entretanto, é sempre mais fácil falar do que fazer.

O ideal de Estado de Direito enfrenta um dilema parecido em sua estrutura, embora mais intenso, com o dilema vivido pelo príncipe nos impérios agrário-burocráticos da antiguidade. As sociedades em que o ideal de Estado de Direito adquiriu autoridade são sociedades de classes, antigos regimes absolutistas ou protodemocráticos. Entre os muitos aspectos da desigualdade houve graus diferentes de organização e de influência sobre o Estado. Mesmo quando essa desigualdade de influência sobre o Estado não era consagrada na lei (como no *Staendestaat* europeu ou sob o título de propriedade do sufrágio), ela de fato existiu.

Nessas sociedades, o Estado legislador e limitado pelo direito sempre foi relativamente poroso e flexível aos interesses de classe e de outros grupos. Trata-se de um *soft state*, mesmo ou, sobretudo, quando não

contido pela democracia. A penetração desses interesses no Estado limita sua capacidade de fazer valer as pretensões do ideal de Estado de Direito, minando a realidade da autodeterminação coletiva.

Em sua relação com esses interesses, o *soft state* encontra-se em uma posição análoga, em alguns aspectos, mas não em outros, à relação do príncipe perante os proprietários magnatas de terras dos impérios agrário-burocráticos. A multiplicação dos centros de iniciativa, poder e riqueza na sociedade cria uma barreira quase que intransponível à retração da economia monetária e à fragmentação da autoridade central, que periodicamente desestabilizou esses Estados imperiais. O Estado não precisa mais depender de qualquer poder intermediário para aumentar os impostos e formar exércitos. A lei torna-se preponderante, constituindo-se até mesmo como o único instrumento de ação governamental.

No entanto, as realidades de classe e de desigualdade, e o grau radicalmente desigual da influência que diferentes setores da sociedade exercem sobre o andamento da política e sobre a composição do risco de governo cerceiam o Estado. Elas ameaçam comprometer sua pretensão de agir em nome dos interesses gerais da sociedade. Contudo, a desigualdade nas vantagens econômicas e na organização coletiva não basta para explicar esse cerco do Estado. Seus efeitos são sempre intermediados por acordos constitucionais e crenças políticas predominantes.

De uma forma ou de outra, esses acordos e crenças associam o princípio liberal da divisão e partilha do poder entre os diferentes setores do Estado com o princípio conservador da desaceleração da política, da restrição deliberada imposta sobre seu ímpeto transformador. O plano madisoniano de mecanismos de freios e contrapesos institucionais (*checks and balances*) sob o regime presidencial norte-americano é a forma mais extrema e explícita de correlacionar princípios liberais e conservadores. No entanto, também é possível obter resultado semelhante, mesmo sob um sistema parlamentar puro de governo teoricamente não dividido, graças ao efeito cumulativo de inúmeras práticas e instituições diferentes, incluindo a organização dos meios de comunicação, o financiamento da atividade política e a participação dos interesses organizados na formulação da política e da promulgação da lei. A ditadura da falta de alternativas – no sentido de que não há alternativas institucionais que não sejam perigosas e despóticas – ajuda a embasar a crença na qual essa lógica institucional manifesta seu efeito restritivo.

Nessas circunstâncias, a legislação sempre parece ser um compromisso entre interesses e visões que não são apenas unilaterais e contestáveis, mas

também organizadas e representadas de forma desigual. Os compromissos *ad hoc* entre visões conflitantes, bem como entre interesses contrários, encurralados em uma circunstância de desigualdade avassaladora na vida socioeconômica, é o atributo inconfundível da legislação no *soft state* democrático. Esse fato encoraja os juristas em seu intento de reconstrução racional do direito sob o disfarce da interpretação da lei: a desculpa é melhorar o direito, ou seja, torná-lo menos atrelado a interesses, sob o pretexto de interpretar a lei. A racionalização e a representação retrospectiva do direito como um conjunto de regras e doutrinas imperfeitas, porém passíveis de aperfeiçoamento transmitido por princípios de direito impessoal e políticas sensíveis ao interesse público, são simplesmente a base mais recente na qual tal reconstrução racional tem sido desenvolvida.

É nela que, nas democracias débeis e relativas, que são as únicas democracias criadas até então no mundo, os juristas procuram conciliar a ideia do direito enquanto busca pela ordem moral imanente e do direito enquanto vontade do soberano. Não se trata de reconciliação. É simplesmente uma justaposição.

Se um movimento chega ao poder nessas circunstâncias, propondo reformular radicalmente a sociedade, mas carente de qualquer tipo de programa institucional para o aprofundamento da democracia, ele poderá adotar o despotismo revolucionário o qual príncipe, nos estados imperiais agrário-burocráticos, sempre evitou: entrar em guerra com os poderes intermediários e interesses organizados, ou pelo menos com parte deles; recorrer aos interesses superiores de uma nação ou de uma classe; e liquidar as expressões formais ou informais de um governo dividido. O século XX experimentou muitas versões, tanto de esquerda quanto de direita, desse despotismo revolucionário.

Os Estados criados por esses despotismos revolucionários reivindicaram a reformulação e unificação à sociedade, destruindo os poderes intermediários ou submetendo-os às vontades de déspotas coletivos ou individuais, em nome de grandes projetos ideológicos e nacionais. No entanto, a luta contra os poderes intermediários poderia ser sustentada somente por meio de uma guerra perpétua, interna e externa. Assim que a guerra externa ou interna acabasse, o regime despótico teria que fazer as pazes com os poderes intermediários herdados do antigo regime ou com aqueles que surgiram sob a nova administração. A preservação do poder por aqueles que o detinham, coletivamente ou individualmente, ofuscava todos os demais objetivos. O soberano deixaria de ser obrigado pela lei que ele próprio elaborara, e qualquer exigência de

ordem genérica na elaboração e aplicação da lei seria comprometida ou abandonada. Por fim, o poder seria consumido pelo terror: a tentativa dos detentores do poder central em usar a violência como um substituto para a reformulação coletiva das instituições e da consciência.

O despotismo revolucionário, que de início pode soar como a implementação inexorável do conceito do direito como a vontade do soberano, acaba desfazendo essa ideia. A questão permanece: Há uma alternativa tanto para o Estado de Direito no *soft state*, quanto para a iniciativa de tornar o Estado mais rigoroso pelo despotismo revolucionário?

16.

Há uma alternativa: o aprofundamento da democracia por meio da sua reconstrução institucional e reinvenção ideológica. Essa alternativa, no entanto, só se dá pela uma mudança radical da nossa compreensão de Estado, soberano e direito. Se a sociedade deve, de fato, ser governada pela lei; se a lei não deve se resumir a uma série de intervenções episódicas e pontuais em uma forma de vida social imposta por interesses enraizados e pela tradição; se a estrutura da sociedade deve ser uma escolha e não um destino, então tudo precisa mudar. E tudo pode mudar aos poucos.

A alternativa ao despotismo revolucionário é a radicalização da democracia. Considere primeiro o conteúdo geral dessa alternativa para a organização da política, da economia e da sociedade civil, e, em seguida, as suas implicações para as ideias de Estado, soberano e direito.

A democracia deve se tornar mais que a regra da maioria política qualificada pelos direitos da minoria política: ela deve ser um dispositivo para a construção de estruturas da vida social que podem melhorar os nossos poderes e aumentar a nossa participação nos aspectos que atribuímos ao divino.

Por meio da democracia, assim entendida e organizada, descobrimos o novo e nos libertamos do peso morto do passado, transformando a memória em profecia. Para esse fim, nossas instituições políticas devem ser reformuladas para aumentar o nível e expandir o espaço do engajamento popular organizado na vida política. Os arranjos constitucionais devem reafirmar o princípio liberal da fragmentação do poder, enquanto repudiam o princípio conservador do abrandamento da política: o impasse entre os poderes políticos do governo deve ser eliminado com rapidez e de forma definitiva. A oportunidade para a ação decisiva vinda de cima no governo central deve ser combinada com as disposições que permitem determinado setor de um país ou da sociedade optar por fugir às regras gerais e criar contramodelos do futuro. O poder deve ser

estabelecido em um governo equipado, financiado e legitimado para resgatar grupos oprimidos de circunstâncias de exclusão e desvantagem das quais eles são incapazes de sair pelos meios da ação coletiva que já estão prontamente a sua disposição. Nas instituições da democracia representativa devem estar sobrepostas, sem o enfraquecimento das garantias das liberdades individuais, práticas de participação democrática direta. E enquanto pré-requisito para todas essas iniciativas, o vínculo entre política e dinheiro deve acabar.

Assim repensada e reformulada, a democracia cria as circunstâncias nas quais o Estado pode deixar de ser manso (*soft*) e submisso aos interesses dos poderosos sem desandar pelo fatídico caminho do despotismo revolucionário.

17.

Assim como a visão do direito enquanto ordem imanente, a teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*) – a principal expressão, junto com a teoria analítica do direito, da visão do direito como a vontade do soberano – é radicalmente incompleta. Ele não presta contas de sua incapacidade de ser literalmente verdade. Nas democracias inacabadas que de fato existem, bem como nos estados ditatoriais do passado recente ou mais distante, a vontade do soberano de fato não molda as condições da vida social. Ela apenas intervém, pontualmente, em uma ordem que já se encontra estabelecida.

Em tal circunstância, podemos definir o direito em termos restritivos ou amplos. Em termos restritivos, o direito é a soma das intervenções pontuais do soberano na ordem estabelecida. Em termos amplos, ele é a soma dessa ordem estabelecida com tais intervenções, ou melhor, a ordem estabelecida conforme as modificações pelas intervenções. A teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*) afirma ser uma coisa, mas na prática, acaba sendo outra.

Seu fracasso seletivo, no entanto, falha ao não esgotar nem as percepções ou as limitações dessa abordagem sobre o direito. A teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*) não é simplesmente surpreendida e dominada por uma estrutura estabelecida, impotente na criação *ex nihilo* e incapaz até mesmo de ser compreendida. É preciso tomar um primeiro e hesitante passo na compreensão e domínio da estrutura.

A teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*) resume-se a uma teoria protossocial. Como toda prática do pensamento social que vale a atenção, ela tem uma concepção da natureza das estruturas da sociedade: uma visão que, embora primitiva e não desenvolvida,

é verdadeira até onde chega (não muito longe). De acordo com essa concepção, as ordens da vida social da história resultam de uma competição sobre os interesses e sobre as visões. É um erro culpar a teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*) de cinismo sobre os ideais. Ela entende que a competição que dá origem ao direito está relacionada tanto aos interesses morais quanto materiais.

A maior virtude da teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*) é reconhecer, pelo menos implicitamente, que os regimes institucionais e ideológicos de cada sociedade não são simplesmente o resultado de um conflito; eles são, em certo sentido, o conflito estagnado, que surge conforme ele se dá a partir da contenção relativa ou da interrupção temporária de uma luta que não pode acabar de uma vez por todas. O problema é que os teóricos dessa luta nunca estiveram cientes desse conflito: de sua prática, forma, sentido e futuro. Pode-se dizer em sua defesa que, ao menos, eles não tinham uma concepção como aquela compartilhada, de uma forma ou de outra, pelos teóricos sociais clássicos, como Marx, o primeiro dentre eles, que se sacrificou em detrimento do casamento entre a explicação funcional e os pressupostos deterministas, a compreensão do caráter fabricado da ordem social.

Por não ter uma teoria, no entanto, os proponentes da teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*) eram abertos a uma alternância entre duas visões inadequadas que serviram como substitutas de tal explicação. Um polo da alternância é um voluntarismo sem remorsos, segundo o qual a luta da qual surge o direito não tem regras nem limites, a não ser aqueles que se sucedem a uma história transitória de triunfos e derrotas. O outro polo é a aceitação mais ou menos implícita de uma das visões evolucionistas, semidarwinianas, que encontrou aprovação, quando, no século XIX, a teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*) foi formulada pela primeira vez.

A teoria histórica do direito de um Fustel de Coulanges, um Henry Sumner Maine ou um Paul Vinogradoff colocou a história do direito dentro de uma narrativa evolutiva extensa e aberta que declarava mostrar que essa história tinha uma direção. Ela representou essa história como sofredora da influência de forças poderosas ou mesmo irresistíveis, cuja verdadeira natureza permanece, em grande parte, oculta às concorrentes. Essas narrativas, com suas fórmulas meio-verdades, como a eventual separação entre a família e a polis, ou o movimento do status ao contrato, pararam subitamente de fazer os pressupostos heroicos e as reivindicações rigorosas da teoria social clássica. Elas foram abrangentes e elásticas o suficiente para

conviver com o voluntarismo cego e amargo do outro registro da teoria do direito baseada no conflito (*fighting theory of law*). Ambos Holmes e Jhering transitaram entre os dois registros: enfatizando um (o amargo) como teóricos do direito, e o outro (mais doce), como historiadores do direito.

Uma característica deste legado intelectual é que ela permaneceu deficiente em esperança — esperança no desenvolvimento de uma forma mais elevada de vida, expressa no direito — na medida em que reconheceu a nossa liberdade de legislar. Ela ofereceu algum grau de esperança apenas na medida em que apresentou o processo legislativo da história como situado sob o domínio de forças evolutivas que os legisladores foram obrigados, involuntariamente, a servir. Sua esperança permaneceu no colo de seu fatalismo.

Essa visão que era incapaz de dar essência à imaginação programática, determinada a criar novas estruturas por meio da revisão das já existentes, foi a consequência de sua incapacidade de possuir qualquer teoria de como as ordens institucionais e ideológicas de uma sociedade são construídas e reconstruídas. Não possuir uma teoria sobre essas ordens é o mesmo que não possuir uma teoria sobre o direito.

18.

Assim, três elementos são de suma importância na história do pensamento jurídico, e assim têm sido por toda a história da civilização.

O primeiro elemento na história universal do pensamento jurídico é a busca, pela prática da doutrina jurídica (*legal doctrine*) para revelar e refinar a ordem moral latente na vida social. O direito, de acordo com essa concepção, é e deveria ser a expressão de tal ordem antes de qualquer coisa. Graças ao trabalho doutrinário, constitutivo do direito ao longo do tempo histórico, o que seria selvageria e acidente é imaginado como uma realidade em movimento em direção a algo maior: uma ordem que pode ser entendida como a abordagem falha e incompleta de um plano justificado para a nossa vida em comum.

O segundo elemento, na história universal do direito, é a ideia do direito como a vontade do soberano ou do Estado. Essa ideia ganha maior apelo e autoridade na democracia. Se pautada na democracia ou não, a ordenação da vida social, expressa como direito, deve resultar da escolha, do consenso, da deliberação, do acordo com os procedimentos aceitos. Ela não deve refletir a ditadura dos mortos sobre os vivos, nem derivar da força dos interesses que devem pouco ou nada aos compromissos conscientes daqueles que estão vivos agora.

Esses dois elementos da história universal do direito estão em contradição declarada um com o outro. Não podemos desfazer sua contradição, apresentando-as como relatos de realidades diferentes; elas lidam com a mesma coisa — o direito. Não obstante, em toda tradição jurídica e em cada período da história de cada tradição, eles têm coexistido como se fracassassem em se contradizer. Essa coexistência contraditória perdura até os dias de hoje. Ninguém pode entender o presente ou os futuros alternativos do pensamento jurídico sem entender essa contradição pelo que ela é e compreender suas origens e consequências.

A forma mais recente dessa convivência contraditória surge na forma da tentativa de conciliar a representação do direito, após o fato, no cenário da adjudicação ou interpretação profissional, conforme informado e dirigido por princípios impessoais de direitos e políticas sensíveis ao interesse público, com a representação do direito antes do fato, no cenário da legislação ou da política partidária, como o produto contingente do conflito regulamentado entre visões e interesses. Tal reconciliação não pode ser alcançada senão elaborando (e somente depois qualificando) uma série de asserções que contradizem os pressupostos da democracia ou a nossa compreensão contemporânea da história, ou ambos os pressupostos e essa compreensão.

Devemos permitir que os juristas (investidos ou não de suas funções jurisdicionais) elaborem o significado das leis em nome de concepções que nunca estiveram presentes nas mentes daqueles que realmente fizeram as leis ou que se debruçaram sobre seu conteúdo? E se considerarmos que os envolvidos em tais conflitos agiram a mando do desenvolvimento de ideias e ideais, de forças na evolução da sociedade, sobre as quais eram apenas vagamente conscientes? Ou devemos tentar dividir a diferença entre essas e outras visões da melhor forma possível para fazer parecer que o direito como ordem imanente, descoberto e desenvolvido na doutrina jurídica (*legal doctrine*), pode ser perfeitamente combinado ao direito enquanto vontade do soberano, como se dos dois fossem a mesma realidade, vistos a partir de dois pontos de vista complementares?

Os dois elementos mais importantes da história universal do pensamento jurídico não só se contradizem; cada um deles é, também, radicalmente incompleto. Cada um depende de um terceiro elemento: uma visão da estrutura real da sociedade em que o direito se sustenta. Tal estrutura não pode ser entendida, de modo persuasivo, como um produto ou uma expressão de uma dessas duas visões do direito. Não se trata simplesmente do que o soberano ou o Estado quer. Também

não se trata da materialização tangível das abstrações especulativas dos juristas. Ela é o que é: ela tem uma facticidade bruta e irreduzível. Sem levar isso em conta, é impossível compreender como qualquer dessas duas ideias de direito, na verdade, deve operar. Sua influência equivale a uma modificação, na maioria das vezes marginal e superficial, de tal estrutura. Seu significado, mesmo para os que as implementam obstinadamente, é o significado que adquirem em tal contexto.

No entanto, do ponto de vista das culturas jurídicas em que essas duas concepções principais do direito floresceram, a estrutura real da sociedade permanece, em grande parte, inexplicável, injustificável, e até mesmo não reconhecida. Poderia ser explicada e justificada, e, portanto, também reconhecida, somente se fosse o seu produto: a expressão da ordem imanente, descoberta e refinada pelos juristas, ou da vontade do soberano, teorizada pelos ideólogos do autoritarismo ou do Estado democrático. Para a maior parte, no entanto, a estrutura real da sociedade não é nenhuma dessas duas coisas.

O significado desta incompletude é imenso, dada a combinação entre uma realidade sobre a história das ideias, uma realidade sobre a história da sociedade e uma realidade sobre a natureza do direito.

A realidade sobre a história das ideias é que agora carecemos de uma teoria útil de como os contextos institucionais e ideológicos de formação da vida social — sua estrutura — são construídos e reconstruídos na história. Para obtermos tal teoria, precisamos resgatar a visão central da teoria social clássica — a ideia de que somos os fabricantes desses regimes decisivos e que, portanto, podemos refazê-los — do pesadelo dos pressupostos deterministas que quase sempre circunscreveram o alcance dessa percepção e estriparam o seu significado. Para resgatar essa percepção, devemos nos opor às tendências dominantes das ciências sociais contemporâneas e dos discursos políticos. Essas tendências desvalorizam, quando não desconsideram, a distinção entre as estruturas e a superfície da vida social e, por conseguinte, a importância da descontinuidade estrutural na história. Se a visão que precisamos não existe na teoria social, não nos surpreende descobrir que ela também não existe na teoria jurídica.

O fato sobre a história da sociedade é que vivemos, em todo o mundo, sob a ditadura da falta de alternativas. Essa ditadura manifesta-se no conjunto muito limitado de alternativas institucionais para a ordenação de diferentes setores da vida social que hoje estão disponíveis no mundo. A menos que expandamos esse repertório, não podemos ter esperanças

em avançar muito no cumprimento dos nossos interesses reconhecidos mais básicos e dos ideais professados. Cada segmento do repertório real ou expandido existe, em detalhe institucional e ideológico, como direito.

O fato sobre a natureza do direito é que o direito é melhor entendido como a forma institucional da vida de um povo, visto em relação aos interesses e ideais que dão sentido — aos seus próprios participantes — àquela forma de vida. Os nossos interesses e ideias permanecem sempre pregados na cruz das práticas e das instituições que os representam de fato. O direito é o sítio dessa crucificação. Nem a ideia do direito enquanto ordem moral imanente, descoberto e aperfeiçoado pela doutrina, nem a ideia do direito como a vontade do soberano ou do Estado, forjado na luta política, faz justiça ao que o direito é e pode vir a ser.

As desventuras da teoria social estão entrelaçadas com as contradições e os truncamentos da teoria do direito. Sem maneira de entender como se fazem e se refazem os regimes institucionais e ideológicos que organizam a sociedade, não há como avançar em qualquer ramo do estudo jurídico ou social. Aprender a imaginar as estruturas atuais ou possíveis é o projeto que a história universal do pensamento jurídico nos propõe agora.