

Roberto Mangabeira Unger

O DIREITO E O FUTURO
DA DEMOCRACIA

Tradução
Caio Farah Rodriguez
Marcio Soares Grandchamp
com consultoria do autor

BOITEMPO
EDITORIAL

Copyright © 1996 Roberto Mangabeira Unger
Copyright © 2004 da tradução, Boitempo Editorial

Título original: *What Should Legal Analysis Become?*

Tradução	<i>Caio Farah Rodriguez</i> <i>Marcio Soares Grandchamp</i> (com consultoria do autor)
Revisão	<i>Daniela Jinkings</i> <i>Leticia Braun</i>
Coordenação editorial	<i>Ivana Jinkings</i> <i>Ana Paula Castellani</i>
Coordenação de produção	<i>Daniel Tupinambá</i>
Capa	<i>Antonio Carlos Kehl</i>
Diagramação	<i>Antonio Carlos Kehl</i>
Fotolitos	<i>Oesp</i>
Impressão e acabamento	<i>Alaúde</i>

CIP-BRASIL – CATALOGAÇÃO NA FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

U48d

Unger, Roberto Mangabeira

O direito e o futuro da democracia / Roberto Mangabeira Unger ;
tradução de Caio Farah Rodriguez, Marcio Soares Grandchamp, com
consultoria do autor. - São Paulo : Boitempo, 2004.

ISBN 85-7559-005-7

1. Hermenêutica (Direito). 2. Direito - Metodologia. 3. Direito -
Filosofia. I. Título.

04-1138

CDU 340.1

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada
ou reproduzida sem a autorização da editora.

1ª edição: maio de 2004

Jinkings Editores Associados Ltda.
Rua Euclides de Andrade, 27 Perdizes
05030-030 São Paulo - SP
Tel./fax: (11) 3875-7285/3872-6869
site: www.boitempo.com
contato: editora@boitempo.com

AS QUATRO RAÍZES DA ANÁLISE JURÍDICA RACIONALIZADORA

O preconceito contra a analogia

Um preconceito arraigado

O modo mais simples de definir o propósito da análise jurídica racionalizadora é dizer que ela representa um modo de se pensar clara e coerentemente sobre o direito. Nessa visão, se você reflete longa e detidamente sobre o direito, vai acabar chegando a alguma coisa parecida com esse estilo de raciocínio jurídico finalístico baseado em princípios e orientado por políticas públicas. Nessa versão dos objetivos da doutrina jurídica, o inimigo principal é a submissão da análise jurídica à analogia irrefletida. Grande parte dos raciocínios de advogados em muitas tradições jurídicas confere um papel central à comparação e à distinção analógicas, prendendo-se ao fundo de costume e de precedente e se recusando a subir a escada da abstração, da generalização e do sistema. O declínio do projeto de ciência jurídica do século XIX pode deixar um vácuo que a analogia mais solta pode mais uma vez ocupar. Contudo, não pode ocupar esse espaço por muito tempo – assim segue o raciocínio – se quisermos ter clareza no nosso pensamento sobre o direito.

Se persistimos numa prática de juízo analógico, descobrimos que a elaboração de comparações e distinções analógicas repousa, pelo menos implicitamente, sobre juízos finalísticos ligados a interesses humanos importantes. À medida que as situações de fato se multiplicam de um lado, a tentativa de articular e ligar esses fins se desenvolve de outro. Sob a pressão dupla da experiência e da análise, uma massa solta e disforme de analogias começa a tomar forma. Os fins invocados se movem em direção a uma maior generalidade de definição. Eles começam, pouco a pouco, a se assemelhar aos fins informados por políticas públicas e princípios da análise jurídica racionalizadora. Por essa clarificação recíproca de contexto pertinente e objetivo orientador, o direito, na dicção de Lord Mansfield, se autopurifica: aproxima-se da sua forma almejada como um esquema inteligível e justificável de associação humana.

Uma prática não reconstruída de juízo analógico se revela, em retrospecto, o primeiro e confuso passo em direção ao raciocínio a partir de políticas públicas e princípios. Ele representa para a análise jurídica racionalizadora o que engatinhar representar para o andar.

A crítica a esse preconceito antianalógico pode começar mais propriamente com um esforço de caracterizar a família de estilos analógicos do raciocínio prático, pois é uma família de formas fragilmente interligadas de tomada e justificação de decisões práticas. Três atributos minimalistas identificam o espaço da analogia.

Atributos da analogia

O primeiro atributo é a dialética recorrente entre determinação de propósitos e classificação de fatos. Comparamos ou distinguimos situações de fato com o propósito de aplicar certas regras, e reformulamos as regras em relação às situações de fato que elas disciplinariam de acordo com uma visão dos fins que essas reclassificações e reformulações promoverão. Não há um modo racional de comparar e distinguir situações, para o fim de definir a incidência de regras, que não seja por juízos finalísticos. Uma comparação analógica não se encontra inerentemente nos fatos; é uma forma de ordenação dos fatos que nos ajuda a promover certos interesses. O que se quer dizer não é que podemos fingir que as coisas são do jeito que queremos. Ao invés disso, é que não se pode eficazmente casar a regra ao fato a não ser que estejamos dispostos a convergir a determinação da situação pertinente e a determinação da regra correspondente sob a luz de um entendimento dos interesses servidos pelo nosso objetivo de aplicar regras e pelas regras específicas que devam ser aplicadas. Se um triciclo conta como um veículo para o propósito da regra que proíbe veículos no parque, e se, portanto, triciclos devem ser assimilados, por analogia, a carros, depende de pensarmos se a regra serve para afastar perigo, barulho ou algum outro objetivo que inclua triciclos.

No movimento de ida e vinda entre propósito orientador, regra aplicável e situação de fato típica, inferências dedutivas formais e mesmo silogísticas podem desempenhar um papel. Podem ter um papel entronizado na dialética mais inclusiva da analogia. Contudo, é na premissa menor do silogismo – triciclos são (ou não) veículos – que consiste todo o trabalho da analogia. A história anterior ao silogismo é a história que interessa.

O segundo atributo da família de raciocínios práticos por analogia é que os interesses ou objetivos orientadores que servem de fonte para o analogista são abertos. Não formam uma lista fechada, nem são organizados hierarquicamente num sistema de proposições de ordem superior e inferior, as primeiras superando as segundas. Eles refletem a variedade, a renovação e a desorganização das preocupações humanas reais. O raciocínio analógico não é um exercício purista imposto a essas preocupações a partir do ponto de vista de um entendimento ou autoridade superiores; é uma parte integrante da sua articulação comum na vida cotidiana. Hoje, triciclos podem não contar como veículos proibidos porque eles não são barulhentos ou perigosos para adultos capazes, mas amanhã as pessoas podem estar preocupadas com crianças pequenas no parque; pode se desenvolver um hábito de permitir que elas perambularem por ali, e elas podem se assustar ou mesmo ficar ameaçadas com o trânsito de triciclos. Afinidades ou práticas podem mudar. Com mais frequência, mudam juntas.

Esse mesmo exemplo sugere que a lista de propósitos e interesses pertinentes permanece aberta de uma forma diferente. A distribuição de força e autoridade entre os interesses conhecidos envolvidos num jogo de comparações e distinções analógicas pode estar mudando o tempo todo. Se o casamento é uma convivência duradoura, então também o é a aliança mais ampla de uma comunidade discursiva. O que, num momento, proporciona o foco de preocupações pode, noutro momento, parecer uma ameaça distante. A impossibilidade de organizar os propósitos que servem à analogia de maneira hierárquica é a consequência da recusa em subordinar a experiência social à repressão teórica.

O terceiro predicado da família de juízos analógicos é uma extensão do segundo. O raciocínio analógico é não-cumulativo: sua prática repetida no tempo não o transforma, de pouco em pouco, num sistema organizado hierarquicamente entre proposições mais abstratas e mais concretas porque os próprios interesses ou propósitos orientadores não se movem em direção a um sistema de axiomas e inferências. À medida que convergência e simplificação dominam algumas áreas, diversidade e complexidade aumentam em outras. Pode haver progresso no uso da analogia. Sua forma, contudo, é sutil: ampliação do âmbito de problemas a que juízos analógicos podem incidir, riqueza na articulação de objetivos orientadores e aperfeiçoamento na ligação de propósito animador a circunstância recorrente. Uma prática bem desenvolvida de juízo analógico é aquela que se assemelha a uma versão mais ponderada e limitada de muitos dos nossos métodos comuns de julgamento moral e polí-

tico: limitada pela referência inicial aos materiais jurídicos e tornada ponderada pela determinação de articular os objetivos de uma empreitada que é tanto coletiva quanto coerciva.

A falta de fundamento do preconceito contra a analogia

Uma idéia falsa sobre práticas discursivas subjaz ao preconceito anti-analógico. Considerar a analogia como uma forma incipiente de raciocínio abstrato baseado em axiomas significa submeter-se a um imperialismo de práticas. Significa tratar os padrões de justificação na análise jurídica racionalizadora ou em seus equivalentes como se eles carregassem uma presunção de autoridade racional. Mas por que deveríamos aceitar essa presunção? A família de práticas prudenciais e analógicas é mais difundida na experiência histórica e mais arraigada nas preocupações humanas do que qualquer modo mais abstrato ou formal de raciocínio moral, político ou jurídico. Mesmo na história mundial da doutrina jurídica, as formas analógicas ou glossatorias de raciocínio exerceram muito mais influência, e em períodos mais contínuos, do que as abstrações em busca de princípios dos juristas sistemáticos ou racionalistas. Com frequência, o grupo da analogia teve um sentimento seguro de sua superioridade no embate com o grupo da racionalização. Assim, por exemplo, os últimos defensores da jurisprudência republicana romana menosprezaram a racionalização jurídica como a corrupção, pela força dupla do racionalismo grego e da dominação burocrática, de um ofício mais elevado e sutil. Os realistas e pós-realistas jurídicos americanos fizeram a mesma coisa quando idealizaram a *common law* como o produto de um raciocínio contextualizado e experimental que fez a abstração jurídica parecer intelectualmente fechada. O imperialismo conceitual supersticioso dos racionalizadores encontrou seu adversário na contra-superstição de uma arte jurídica inefável. Muitas vezes, essa linguagem de prudência prática e artística deixou o pensamento jurídico imune à crítica social.

A incongruência do desprezo pela analogia se torna mais evidente quando lembramos que o estilo analógico de pensamento serviu como veículo para a concepção mais influente na história de idéias sobre espírito e personalidade no Ocidente: o entendimento, nas religiões semitas monoteístas do judaísmo, cristianismo e islamismo, da relação entre Deus e a humanidade por analogia às relações entre as pessoas. A narrativa da revelação apro-

funda a narrativa do encontro pessoal, e afirma a transvaloração revolucionária pela qual o pessoal acaba por ser estimado mais do que o impessoal como fonte de entendimento e autoridade. O raciocínio analógico e o conhecimento das pessoas são companheiros constantes: a interpretação da própria experiência e a interpretação da experiência de outras pessoas fornecem a cada um as analogias que nos resgatam, pelo menos um pouco, tanto do solipsismo quanto do desconhecimento de si próprio. A repressão do juízo analógico no pensamento jurídico resultaria, se conseguisse ser alcançada, numa desumanização radical do direito: um método para as pessoas, e outro para as regras.

Devemos abandonar tanto a superstição do imperialismo conceitual quanto a contra-superstição da arte jurídica. Práticas são práticas. Elas servem a propósitos múltiplos e parcialmente articulados, da mesma maneira pela qual moldam os objetivos que podemos perseguir e as possibilidades que podemos acalentar. A elas faltam essências imutáveis. Tornamo-nos acostumados à idéia de que os métodos da ciência natural variam, devagar e por via indireta, conforme o conteúdo de nossas explicações científicas. O mesmo se aplica ao raciocínio jurídico: assim, já dei o exemplo de como o estilo de racionalização no pensamento jurídico da atualidade difere dos métodos da ciência jurídica do século XIX, e de como essa passagem metodológica é vinculada à mudança na visão material do direito.

Nossas práticas de discurso podem ser modificadas, por vezes deliberadamente, mas sempre lentamente. A razão por que é difícil mudar é que, em grande medida, somos a soma de práticas de discurso e de ação. A razão por que, não obstante, somos capazes de mudar nossas práticas é que elas nunca nos definem por inteiro: gozamos de um resíduo de capacidade produtiva e criativa que elas não consomem ou dominam. Os objetivos que perseguimos por meio delas nunca são os nossos únicos objetivos possíveis.

Se formos confiar presunção de autoridade superior à reconstrução racional do direito, seja pelo método de princípios e políticas públicas seja por qualquer outro, não podemos fundar essa presunção na necessidade de pensarmos mais clara e coerentemente sobre o direito. Devemos reivindicar um valor mais restrito e mais social para a prática racionalizadora. O valor mais freqüentemente invocado para esse fim é o compromisso de manter o estado de direito e um sistema de direitos.

AS QUATRO RAÍZES DA ANÁLISE JURÍDICA RACIONALIZADORA

O papel dominante do juiz

O contexto histórico de uma obsessão

As limitações da análise jurídica racionalizadora encontram uma desculpa onipresente nos contrangimentos da função jurisdicional. Como seus antecessores imediatos, a análise jurídica racionalizadora dirigiu-se precipuamente a juízes ou àqueles que, como funcionários públicos ou juristas, se colocam, na prática ou mentalmente, no lugar de juízes. Mesmo quando teorias contemporâneas do “processo jurídico” transformaram o judiciário apenas em um sistema de atores jurídicos, ele permaneceu o primeiro entre pares, no cume da pirâmide de “elaboração racional”, da mesma forma que o processo legislativo foi relegado a uma condição residual, um instrumento de último recurso para ser usado quando os poderes de ponderação racional não funcionam. A toda proposta para reforma e reorientação da análise jurídica pode-se opor a objeção: o que os juízes poderiam fazer com esse método? A pergunta que sempre interrompe a conversa – “como os juízes devem julgar?” – permaneceu a questão fundamental na teoria jurídica.

A questão da decisão judicial não merece tal privilégio. O privilégio encobre acertos indefensáveis e antidemocráticos assumidos de antemão, e sua continuidade ajuda a interromper o progresso da teoria jurídica. De forma específica, o privilégio serviu tanto como causa quanto consequência da incapacidade do pensamento jurídico contemporâneo em passar de sua eterna preocupação com o gozo efetivo de direitos para sua pouco desenvolvida compreensão dos caminhos institucionais alternativos de desenvolvimento do exercício de direitos em sociedades livres. A obsessão com o judiciário ajudou a lançar um encanto antiexperimentalista sobre o pensamento jurídico, seduzindo-o a trair sua vocação original numa democracia. Precisamos relegar a questão, “como os juízes devem julgar?”, a uma condição especializada e secundária, como uma questão que exige respostas especiais,

mas que deixa o campo aberto para práticas de análise jurídica direcionadas a outros fins. O fim precípua é a especificação, no pensamento e na prática, da interação concreta entre ideais ou interesses e instituições ou práticas pelo meio detalhado do direito e do pensamento jurídico. Antes de investigar, contudo, a relação da análise jurídica racionalizadora com a condição modelar do juiz, é útil lembrar alguns aspectos intrigantes da história dessa condição.

A resolução de conflitos foi, junto com a conquista e a defesa, a fonte suprema do Estado, pois nenhuma meta foi mais fundamental na história da sociedade do que o esforço para estabelecer e manter a ordem, ameaçada por conflito, usurpação e vingança. Aos nossos olhos modernos, portanto, as formas primeiras de governo parecem não raro ser adjudicatórias. Essa impressão, contudo, expressa uma meia verdade: confundimos a prática abrangente de conciliação e julgamento por tais instituições proto-estatais com o trabalho especializado, embora ambicioso, dos juízes modernos. O aspecto mais importante a entender sobre essas instituições antigas é que elas funcionaram num contexto de direito consuetudinário, sobre cujas partes direito divino e intervenção régia podiam ser sobrepostos.

O direito consuetudinário toma forma em torno de uma série de continuidades entrelaçadas: do direito com as expectativas reais e exigências que as pessoas fazem umas das outras de acordo com o papel social que ocupam; de padrões normativos com comportamentos e crenças tornados rotineiros; e dos atos pelos quais as pessoas definem o que é o direito com os atos pelos quais elas o aplicam em casos concretos. O efeito cumulativo dessas continuidades é a naturalização da sociedade: colocando a maioria das estruturas sociais além do alcance de desafio e revisão efetivos, elas se tornam na prática a ordem natural das coisas. Mesmo na Europa medieval, os centros emergentes de governo permaneceram divididos entre *jurisdictio* e *gubernaculum*. A *jurisdictio* reafirmava um direito comum e consuetudinário no curso de sua aplicação. O *gubernaculum* principesco intervinha para administrar crises e usar recursos e poderio humano sem procurar incomodar a ordem natural da sociedade. Quando tal sentido reconhecido de naturalidade tem que coexistir com uma consciência de diferenças entre formas de vida em sociedades distintas, ele se transforma numa concepção ricamente definida de identidade coletiva: os costumes romanos definindo o que significa ser um romano.

Só esporádica e ambivalentemente é que a *common law* da Inglaterra ou o *ius commune* da Europa continental se desenvolveu em contraste

mais acentuado com o costume social. Surgiram procedimentos para conduzir a resolução de conflitos. Juristas começaram a pensar no direito que faziam como um produto da história evoluindo no tempo histórico. Sociedades começaram a reivindicar poderes maiores para se refazer pelo artifício de suas leis.

A tarefa jurisdicional e a reconstrução racional

Considere agora o trabalho dos juízes modernos e na posição do judiciário moderno. A aplicação e o desenvolvimento judicial do direito têm lugar num pano de fundo em que se reconhece que o direito é criado, e é de fato criado, por agências ou órgãos públicos não-judiciais. Numa democracia, os órgãos políticos do Estado devem ter grande peso entre esses criadores do direito. Ainda assim, o poder dos juízes como criadores do direito parece exceder o que suas responsabilidades ocasionais como guardiães de direitos individuais constitucionalmente firmados conseguem explicar. Historiadores comparativos do direito moderno mostraram como, por volta de 1800, os juízes vieram a assumir, mesmo na Europa continental, responsabilidades maiores para a interpretação e a reorganização reformadora do direito. Eles não permaneceram servos passivos dos legisladores originais que muitos dos reformadores e democratas radicais do início do século XIX queriam que eles fossem. A codificação muitas vezes diminuiu o crescimento do poder dos juízes. O prestígio de juristas acadêmicos e jurisconsultos privados modificou-o. Ele, não obstante, prosseguiu. Hoje, num país como a Alemanha, as técnicas de interpretação do direito se tornaram muito mais parecidas com aquelas dos juízes, digamos, norte-americanos do que as histórias divergentes dessas duas tradições nos levariam a esperar. Os historiadores, não obstante, não conseguiram explicar por que os juízes continuaram a assumir cada vez mais poder de criação do direito mesmo onde a cultura jurídica tradicional parecia hostil a suas pretensões.

Podemos encontrar uma resposta na adaptação recíproca de realidades institucionais e concepções espirituais nesses países em que o juiz goza de maior poder. Ideais do estado de direito e da eficiência administrativa exigem que o direito seja formulado como um corpo de regras e doutrinas que confirmem direitos típicos e estáveis a grupos amplos de papéis sociais: cidadãos, contribuintes, consumidores e trabalhadores; credores e devedores; esposas e filhos. Imagine que haja divisões entre os interesses e as ideologias que

produzem esse corpo de direito, mas que essas divisões não sejam tão profundas, nem que as elites sejam tão fragmentadas e sectárias que não possam deixar seus acordos relativamente inacabados e confiar em quadros especiais de funcionários para completá-los. Uma maneira de entender a análise jurídica racionalizadora e o significativo poder judicial que ela tanto confere quanto oculta é dizer que ela serve como o instrumento pelo qual as elites que criam o direito, nos órgãos políticos do Estado, transferem a responsabilidade de completar os seus acordos a juízes e outros profissionais da aplicação do direito. A transferência ostentatória de poder a aplicadores do direito, pelo uso de regras e princípios indeterminados, é apenas o caso extremo de um hábito inveterado. Contudo, os juízes poderiam não ser eficientes nessa tarefa de tornar patente a lógica social oculta do que podem parecer compromissos frágeis, se a eles coubesse empregar os métodos dos órgãos políticos. Tampouco, empregando aqueles métodos, poderiam os juízes conciliar a responsabilidade de aperfeiçoar o direito com a tarefa de respeitar e assegurar direitos em litígios específicos. Assim, a análise jurídica racionalizadora, como seus antecessores do século XIX, serve como a ferramenta discursiva de um dilema institucional.

À medida que as divisões e as alternativas presentes na política democrática se acentuam, o expediente de tratar o direito como uma série de acordos inacabados, com uma lógica interna suscetível de ser tornada patente retrospectivamente, perde seu apoio na realidade. Não há nenhum esquema racional em desenvolvimento que fragmentos diferentes do direito possam parecer exemplificar. Antes de ser um problema para a democracia, a falta de tal esquema latente é, de certa forma, uma pré-condição do vigor democrático, pois a democracia se expande quando abre a vida em sociedade ao experimentalismo consciente. Pela mesma razão, a transferência da responsabilidade de acabamento e reconstrução do direito a um grupo isolado de especialistas em discussão racional não faz sentido algum. Tal conhecimento pertence aos cidadãos. Qualquer sociedade pluralista e democrática deve ter boas razões para deixar alguns de seus acordos incompletos, mas só uma democracia nas garras de superstição antidemocrática confiará a um quadro de mistagogos sob a forma de juristas a tarefa de executar e especificar esses acordos sob a luz de concepções sistemáticas de dever ou de bem-estar supostamente latentes a esses ajustes.

Reconsiderada por esse ângulo, a análise jurídica racionalizadora e a ligação que ela estabelece entre a aplicação do direito e a reconstrução racional do direito parece depender de uma impressionante combinação de circunstâncias.

Deve haver suficiente experimentalismo prático com relação à vida em sociedade para fazer a criação consciente do direito a fonte principal, e não uma correção marginal, das estruturas sociais. Contudo, não deve haver tanto experimentalismo democrático a ponto de tornar suspeita a passagem da história prospectiva do direito como acertos entre interesses e visões em disputa e sua história retrospectiva como a corporificação sistemática de políticas públicas e princípios ligados. A democracia e o experimentalismo democrático são o que esse acordo constrange. Tal sociedade continua a se agarrar a um resíduo poderoso da velha naturalização da vida coletiva sob a égide do direito consuetudinário – e da contrapartida posterior a essa naturalização na idéia de um sistema auto-evidente de estruturas e direitos para uma vida econômica e política livre.

A análise jurídica racionalizadora retira muito de sua força e significado da crença não testada de uma correspondência natural entre o método de raciocínio jurídico e as responsabilidades da decisão judicial. Os constrangimentos institucionais e ideológicos sobre o papel do juiz numa democracia e o esforço em defender o direito como políticas públicas e princípios ligados parecem reforçar e justificar um ao outro. Uma vez que tenhamos decidido que os juízes devem aplicar um método de elaboração racional, e interpretarmos a elaboração racional como a reconstrução racionalizadora do direito no vocabulário de políticas públicas e princípios impessoais, poderemos então designar a todos os outros atores do sistema jurídico – a agência ou o órgão administrativo, o titular de direito individual e o poder legislativo – uma variante convenientemente menos rígida de elaboração racional. Por fim, chegamos à prática residual e resistente à razão da política eleitoral partidária, o último refúgio, e não a fonte primeira, da produção do direito. O juiz fica no centro desse sistema imaginativo porque ele deve ser a corporificação da razão no direito.

Colocando a tarefa jurisdicional em seu lugar

Uma objeção inicial a essa ligação exemplar entre raciocínio jurídico e decisão judicial é que ser juiz é um papel conformado institucionalmente, e não uma atividade social com um núcleo permanente e com limites constantes. É um papel cujos contornos variam de uma sociedade e de uma época para outra. Um simples experimento mental revela essa condição. Deveriam a tarefa de resolver conflitos de direito entre litigantes individuais

e a tarefa de reorganizar práticas organizacionais que frustram o gozo de direitos (por exemplo pela execução complexa) ser conduzidas pelo mesmo agente institucional, como é mais ou menos o caso agora, ou deveriam ser separadas e atribuídas a dois agentes diferentes? Num caso, a função jurisdicional, como entendida hoje nos Estados Unidos, teria que continuar a se expandir. No outro, teria que se contrair. Nenhum programa metodológico pode permanecer indiferente ao contexto institucional de sua execução.

Duas realidades afundadas em variação e contingência histórica – a prática da análise jurídica e a circunstância de ser juiz – não podem se tornar menos variáveis e contingentes por serem, de alguma maneira, sobrepostas, como se ficassem naturalmente bem juntas e pertencessem uma à outra. Ainda assim, essa equiparação arbitrária ajuda a moldar o programa da análise jurídica racionalizadora.

Uma vez que reconheçamos a estranheza dessa familiar identificação do raciocínio jurídico com a decisão judicial, podemos também começar a avaliar suas conseqüências. Estas pertencem a duas classes amplas, das quais a segunda e menos tangível é, de longe, a mais importante. O primeiro conjunto de conseqüências é a influência exorbitante exercida sobre a prática de análise jurídica pelas ambições e ansiedades de um elenco especial de personagens: os juízes, os funcionários públicos e os juristas privados. Esses juristas estão na posição imaginária de juízes, ou sussurram, figurativa ou literalmente, em seus ouvidos.

Essas personagens querem realizar alguma coisa de importante, como todos queremos quando somos sérios. Também querem conciliar a importância do seu trabalho com as pretensões limitativas da legitimidade democrática e eficiência prática. A análise jurídica racionalizadora pode ser entendida como apenas a mais recente solução para esse problema. Porque é reconstrutiva e reformadora, e pode resultar em reinterpretação e nova atribuição de direitos, cria uma oportunidade para um trabalho de importância. Porque ela proclama interpretar o direito, ou desenvolvê-lo sob direção racional, e porque evita a reimaginação e a reelaboração de estruturas institucionais, ela respeita limites práticos ao poder de especialistas e limites democráticos à autoridade de funcionários e profissionais não eleitos. Em todos esses aspectos, a análise jurídica racionalizadora se assemelha nitidamente às formas de análise e prescrição de políticas públicas empregadas por especialistas políticos com ou sem função pública. Ela segue a lógica essencial do acerto socialdemocrata, com sua simpatia a políticas de transferência fiscal e sua renúncia ao desafio institucional.

O problema reside em subordinar o que a análise jurídica pode fazer pela república e seus cidadãos ao que ela pode fazer pelos juristas, conciliando suas ambições a suas ansiedades. O “*status* de grupo” fica no caminho da missão mais geral, aprisionando uma tarefa maior dentro dos limites de preocupações particulares. Esse aprisionamento imporá um custo intolerável se seu efeito for o de interromper o projeto democrático. Ele interromperá o projeto se nos negar os instrumentos pelos quais podemos identificar e resolver a relação instável entre pressupostos sobre instituições e práticas e definições de interesses e ideais. Essa relação instável está no coração de cada uma das posições programáticas conhecidas – conservadora, centrista ou progressista – na política democrática contemporânea.

Assim, chegamos à segunda, mais fugidia e mais importante classe de conseqüências da fascinação obstinada com juízes no pensamento jurídico. O efeito dessa fascinação é usurpar o campo imaginativo em que práticas mais construtivas e reconstrutivas de análise jurídica poderiam se desenvolver. O parâmetro de funções dos juízes impõe um constrangimento paralizante sobre a reinvenção da análise jurídica: qualquer estilo de análise jurídica mais ambicioso e transformador parecerá apenas aumentar os já excessivos poderes dos juízes.

Deixemos a análise para os juízes, pode parecer a resposta, e lidemos com a relação interna de interesses e ideais com instituições e práticas por todas as outras variedades de argumentos políticos prontamente disponíveis, fora do discurso jurídico. O problema é que essa relação interna se faz de maneira mais importante quando é travada em detalhe. No nível indispensável de detalhe, ela mora no direito. O direito não descreve regularidades de comportamento e estruturas sociais; ele seleciona as estruturas a partir das quais pretensões, apoiadas pelo poder estatal, terão prosseguimento. A doutrina jurídica, por sua vez, relaciona essas estruturas de concessão e negação de poder a concepções de relacionamento humano: imagens das formas de associação possíveis e desejáveis nos diferentes campos da experiência social.

Se as alternativas institucionais e imaginativas de grande escala expressas em ideologias abrangentes perderam seus poderes de sedução, e os grandes projetos transformadores que elas defenderam desmoronaram em fracasso e frustração, as alternativas continuam a viver nos detalhes. Em nenhum lugar a especificidade institucional encontra as concepções imaginativas mais completamente, e em nenhum lugar o seu encontro tem mais importância para os poderes e as impotências das pessoas do que no direito e no pensamento

jurídico. Os advogados têm controle, tanto intelectual como prático, sobre essa matéria vital. Não ousemos deixá-la a eles, sob o risco de que eles a representem de um modo motivado pela conciliação egoísta do desejo de realizar um trabalho importante com a necessidade de evitar embaraço aos olhos da democracia.

Essa relação entre direito, advogados e cidadãos é típica, e não anômala. À medida que a política orientada pelo Estado nas democracias industriais ricas tem seu alcance restringido, da mesma forma como a filosofia abandona a pretensão à autoridade subversiva e reconstrutiva, o conflito sobre o que é fundamental desaparece das arenas centrais da política e da filosofia. O que foi retirado do palco principal da política e da cultura reaparece, contudo, sob o disfarce de conhecimento técnico, na prática e no discurso dos profissionais. Para que o projeto democrático avance, as disciplinas especializadas e as práticas profissionais devem, de alguma forma, devolver ao diálogo fundamental da democracia a agenda maior que elas ajudaram a lhe subtrair. Elas devem devolvê-la enriquecida, e devem devolvê-la de uma forma que reconheça o caráter inevitável do saber especializado e do conhecimento técnico, ao mesmo tempo transformando a relação entre especialistas e cidadãos.

O jurista, não mais o juiz imaginário, deve se tornar o assistente do cidadão. O cidadão e não o juiz deve ser o interlocutor primeiro da análise jurídica. O alargamento do sentido de possibilidade coletiva deve se tornar a missão precípua do pensamento jurídico.

Como devem os juízes julgar?

Suponha, então, que tratemos a questão “como devem os juízes julgar?” como uma questão especial, que exige uma solução especial. Suponha, ainda, que ao sugerirmos essa resposta especial tomemos cuidado para evitar as ilusões da análise jurídica racionalizadora, suas ilusões sobre a analogia, sobre arbitrariedade e sobre reforma. Devemos definir o método de uma maneira que respeite a realidade humana e as necessidades práticas das pessoas que vão a juízo sem que as subordinemos a um esquema reluzente de aperfeiçoamento do direito. Devemos estar certos de que nossa prática judicial deixa aberto e disponível, na prática e na imaginação, o espaço onde o trabalho real da reforma social pode ocorrer. Devemos evitar o dogma e aceitar fazer concessões na nossa descrição da prática e também no nosso

entendimento da sociedade para o qual a prática contribui. Devemos tentar permanecer próximos ao que as decisões judiciais nas democracias contemporâneas realmente são.

A visão da análise jurídica num cenário de aplicação de direito que eu agora sugiro esvazia as vastas esperanças políticas e intelectuais da doutrina jurídica. Ela é menos ambiciosa na aplicação do direito, contudo, só porque é mais ambiciosa fora dela. Além disso, tem a virtude do realismo: ela descreve o corpo de decisões judiciais reais muito melhor do que o faz o cânone da análise jurídica racionalizadora. Que ela tivesse que ser superior ao seu rival estabelecido mesmo nesse aspecto é surpreendente quando lembramos a tendência de qualquer prática discursiva a se tornar uma profecia auto-realizável e a susceptibilidade de qualquer prática discursiva para ser influenciada por uma concepção prestigiosa do seu trabalho. A teoria de um objeto penetra no próprio objeto. Que o programa da análise jurídica racionalizadora deva exercer alguma influência na prática judicial, especialmente nos tribunais superiores, é previsível; que essa influência, não obstante, permaneceria tão limitada, é revelador.

O cerne da maior parte da análise jurídica num contexto de aplicação do direito deveria e deve ser a prática do raciocínio analógico orientado contextualmente na interpretação de leis e decisões judiciais passadas. Esse raciocínio analógico deve ser guiado pela atribuição de fins aos materiais interpretados, uma determinação que pode com frequência permanecer implícita em situações de práticas estabelecidas, mas que deve ser trazida a lume sempre que significados e objetivos são contestados. Os objetivos precisam ser explicados quando contestados de fato, na experiência mais ampla da sociedade e da cultura e nas circunstâncias de vida dos litigantes, em vez de apenas pelos advogados em juízo.

A prática do raciocínio analógico finalístico deve, contudo, diferir em dois aspectos capitais do método recomendado pela análise jurídica racionalizadora e seu elenco de teorias de apoio. Primeiro, não deveria reconhecer nenhum impulso a fechamento e abstração: a ascensão conceitual de juízos finalísticos em direção a concepções prescritivas sob a forma de teorias de campos inteiros do direito e da vida em sociedade. Segundo, deve tentar evitar todo contraste rígido entre as genealogias prospectiva e retrospectiva do direito: entre o direito como ele parece aos que contendem, na política e na opinião pública, sobre a sua criação e o direito como ele parece após o fato aos intérpretes profissionais e judiciais. Os objetivos que guiam o analogista devem ser tão ecléticos em natureza como aqueles que motivam os adversários na produção

original do direito. Eles variam do triunfo de um interesse de grupo sobre o outro para a força de um conjunto de ansiedades em relação a um conjunto de temores que as contrabalança.

O que importa é que o juiz forme uma visão desses objetivos que tenha relação com o mundo real de discurso e conflito do qual aquele fragmento do direito surgiu. Além disso, a visão deve reconhecer o caráter controverso e parcial de cada um dos interesses, preocupações e pressupostos a que ele recorre. Eles contam não porque sejam os melhores ou mais racionais, mas porque venceram e se estabeleceram há muito tempo no caminho da produção do direito. A deferência a significados literais e expectativas partilhadas é simplesmente o caso-limite de um compromisso mais geral com o respeito à capacidade de partidos e movimentos para vencer na política, e para inscrever e guardar suas vitórias no direito.

A transposição desse compromisso para um sistema de direito criado pelos juízes, tal como a *common law* anglo-americana, apresenta problemas especiais. Pois aqui nunca houve um momento anterior ou posterior ao discurso racionalizador e retrospectivo dos advogados especializados em cada período histórico. O aspecto crucial é que a *common law* após a democracia e dentro da democracia deve significar alguma coisa diferente, e se desenvolver de forma diferente, do que uma *common law* fora e antes da democracia. Para ser tolerável dentro da democracia, a *common law* não pode representar a descoberta e o aperfeiçoamento cumulativo de um mundo de costume natural e constante por um grupo de sábios jurídicos. Também não pode ser o sistema fundamental de categorias de direito privado que define as formas jurídicas necessárias de economias e sociedades livres. Ela existe, tolerada, como um conjunto de compromissos históricos que as pessoas decidem, eventualmente, revisar. Da perspectiva de crenças e práticas democráticas, não mais podemos interpretar o corpo de direito legislado à luz de idéias e analogias de *common law*, nem aceitar a interpretação literal de leis em detrimento da *common law*. Devemos interpretar a *common law* no contexto do experimentalismo democrático como uma região marginal de ajustes e pressupostos que a democracia ainda não perturbou e que talvez nem sempre precise suplantar. Reforçamos sua vitalidade e autoridade contínua quando trazemos para o seu desenvolvimento caso-a-caso os pressupostos e analogias presentes no processo político de criação, e de interpretação judicial, das leis. Dessa forma, nós o tornamos nosso em vez de ficarmos esperando que, por seu desenvolvimento imanente, ele “se autopurifique”.

A prática de raciocínio analógico orientada contextualmente – com seu respeito a significados literais e entendimentos estabelecidos, sua recusa a ascensão conceitual, seu empenho em procurar norte nas mentalidades e vocabulários do mundo político verdadeiro de onde vêm as leis e seu reconhecimento da natureza controversa e parcial dos interesses e preocupações em questão – é também uma prática inacabada. É inacabada mesmo como um método de decisão judicial. Para entender por que ela é inacabada e para compreender as implicações da sua incompletude, devemos reconhecer que dois grandes ideais afetam seu trabalho e modificam seu curso. O primeiro é um ideal de preocupação com os litigantes como pessoas reais, com suas vulnerabilidades e expectativas. O segundo é um ideal de empenho para fazer com que a aplicação do direito sirva o fim maior de avançar o poder de um povo livre para se autogovernar. Temos freqüentemente sorte o suficiente para servir a esses ideais nos agarrando aos métodos convencionais de decisão judicial. Às vezes, contudo, a lealdade aos ideais exige que rompamos com essa prática convencional. Desse distanciamento em nome do ideal de preocupação com as pessoas surge o desvio da “equidade”. Do distanciamento em nome do ideal de autogoverno popular vem o desvio do governo judicial.

Em toda cultura, uma grande parte da vida moral consiste nas exigências e expectativas que as pessoas têm umas com relação às outras em virtude de seus respectivos papéis. A dependência de nossas idéias de comportamento adequado e justo sobre papéis sociais vale tanto para papéis escolhidos quanto atribuídos. Embora dificilmente o suportamos a partir dos escritos morais dos filósofos, as expectativas relacionadas com papéis são o campo principal em que hábitos comportamentais encontram crenças prescritivas. Elas são, portanto, o resíduo primeiro de direito consuetudinário na sociedade moderna.

Numa democracia cujas estruturas têm alguma medida de realidade, porque nem é vítima de desigualdades extremas nem sujeita a domínio colonial, o direito normalmente se conformará a tais pretensões e expectativas preexistentes. Não se pode negar: o direito também pode ser usado para modificá-las e portanto para criar resistências a elas. Nas condições de democracia, contudo, é mais provável que isso aconteça quando já houver um conflito de percepções morais e políticas, abrindo um espaço a que a iniciativa jurídica se agarra.

Assim, o método analógico e contextualista convencional de decisão judicial será normalmente capaz de amainar o código popular de justiça baseado em papéis. O juiz logra êxito em fazer com que expectativas morais

estabelecidas nos mundos sociais dos litigantes se imprimam sobre a prática finalística de juízos analógicos. Por vezes, o direito o convidará abertamente a fazê-lo pelo uso de princípios abertos, como razoabilidade, diligência e boa-fé, ou pela prática do comércio e usos comerciais. Mais freqüentemente, ele será capaz de agir sem um convite explícito, como parte do esforço justificado de entender e elaborar o direito no contexto dos mundos sociais e culturais que o produziram.

Às vezes, contudo, o juiz e os litigantes não terão tanta sorte. A interpretação modesta, sensível e de boa-fé do direito resultará, no caso em tela, num contraste gritante entre o imperativo jurídico e o resultado moral. Esse contraste pode ser o resultado direto e previsível do direito que as pessoas queriam criar. Elas podem, por exemplo, ter reformado o direito de família de modo a subverter as expectativas baseadas em papéis da vida familiar atual. Alternativamente, pode não haver um meio de transpor o hiato entre o direito e o costume sem ameaçar, ou parecer ameaçar, alguma parte da estrutura institucionalizada da sociedade.

O problema não é então que a divisão entre costume e direito era ela mesma intencional, mas sim que não se pode fugir dela sem ampliar dramaticamente o que está em jogo no conflito. Por exemplo, se, por respeito ao ideal de preocupação com as pessoas, usássemos a doutrina da coação econômica no direito dos contratos para anular todos os contratos celebrados entre membros de classes diferentes, nos encontraríamos com uma autoridade circunstancial para subverter e reconstruir a ordem social.

Há circunstâncias em que os juízes podem e devem exercitar um fragmento dessa autoridade a fim de que os órgãos políticos e a cidadania também possam fazê-lo; eu as analisarei em breve sob a forma da exceção do governo judicial. Na maior parte, contudo, tal tarefa está além do que os juízes podem realizar eficaz ou legitimamente. Se eles insistem em realizá-la, correm o risco de ser levados pela necessidade de conciliar ambição e modéstia a um reformismo grosseiro e circunstancial, que produz tanto mal quanto bem.

Haverá situações, contudo, em que um grande fosso se abrirá entre direito e costume. O fosso pode não ser propriamente o projeto do direito nem sua consequência previsível. Os juízes podem criar um recurso jurídico *ad hoc*, deixando a estrutura da sociedade intocada ou sem ameaça. Aqui está a oportunidade para o juízo de equidade. O microexcepcionalismo do ajuste equitativo é a antiga tentativa de reconcepção de direitos no contexto de papéis sociais, o sacrifício anômalo do direito ao costume. É uma tenta-

tiva de diminuir a cota de crueldade na experiência cotidiana, e fazê-lo não numa grande escala, mas na dimensão de um evento e de um encontro. A humanidade do juiz responde à humanidade dos litigantes. Tal substituto temporário não gozaria de futuro nem exerceria influência. Constitui uma exceção à prática jurisdicional normal, mas uma exceção corretamente abrangida dentro de uma visão maior da prática.

O ideal de autogoverno popular geralmente encontra sua melhor proteção judicial na modéstia da prática tradicional, por todas as razões exploradas na minha discussão anterior das fraquezas do vanguardismo jurídico. O bonapartismo envergonhado das elites jurídicas, que alegam defender as pessoas de sua própria ignorância, raiva e egoísmo, não tem um passado encorajador. Mesmo que o juiz escolha sensatamente a linha do avanço democrático, descobre mais que freqüentemente que a sua deficiência de poder e legitimidade o impede de lidar com as estruturas institucionalizadas de onde a maior parte da desigualdade e exclusão se origina; que a fuga de causas últimas é logo tratada com a sua santificação; que seus benefícios acabam desviados para os segmentos não merecedores de grupos merecedores; que sua arrogância e casuísmo ajudam a manter aqueles em situação de desvantagem desorganizados e divididos; e que os efeitos práticos sejam tão ínfimos quanto a intervenção corretiva é ruidosa. Além disso, usar qualquer litígio concreto para levar a história para frente pode, com freqüência, corromper o ideal de preocupação com as pessoas, bem como o ideal de autogoverno popular, ao subordinar os problemas dos litigantes às aspirações de uma providência togada.

Os argumentos deste livro também mostraram, não obstante, existir circunstâncias em que os juízes podem de modo apropriado trazer para si a responsabilidade de cortar um nó górdio no direito, com suas espadas de interpretação construtiva. Eles podem fazê-lo instados pelo ideal de autogoverno popular. A condição básica que justifica esses atos de intervenção judicial é que exista um obstáculo arraigado ao gozo de direitos, em especial os direitos que compõem o sistema de autogoverno popular. Chamar o obstáculo de "arraigado" significa dizer que ele resiste a desafio e oposição pelos mecanismos geralmente disponíveis de ação política e econômica, e que suas vítimas conseqüentemente se encontram incapazes de escapar dessa circunstância por seus próprios esforços. Há, assim, duas variantes principais.

O obstáculo pode estar difundido na experiência de certos grupos, embora seja desencadeado por práticas especiais. Os órgãos políticos do Estado

não conseguem reagir, geralmente porque a mácula antidemocrática toca as estruturas relacionadas com a sua formação, tais como as práticas eleitorais ou o acesso aos meios de comunicação. A solução pode ser uma reformulação arrojada do direito, seja no direito constitucional seja na legislação ordinária. Tal arrogação de autoridade tribunícia não passa de um jogo em busca de apoio. As perspectivas para sua eficácia, bem como a defesa de sua legitimidade (eficácia e legitimidade se sobrepõem) são, portanto, muito fortalecidas quando os reformadores podem recorrer a uma corrente de opinião ampla na sociedade. São também reforçadas quando os reformadores agem como os parceiros de movimentos organizados nas áreas da vida em sociedade em que eles intervêm. A parceria do judiciário federal americano com os movimentos de liberdades civis, e, depois, com maior hesitação, com o movimento feminista, durante o auge da teoria jurídica progressista, fornece os exemplos mais conhecidos.

Alternativamente, o obstáculo pode estar localizado nas estruturas de poder de organizações privadas ou práticas sociais. A corrupção do ideal de autogoverno popular pode parecer menos evidente. Na sua forma mais sutil e limitada ela pode, não obstante, ser ainda mais insidiosa em minar a capacidade para autodeterminação individual, assim como a coletiva. A solução então se encontra na intervenção estrutural, porém episódica, da execução complexa.

Enquanto não conseguirmos instituir um órgão separado do Estado para desempenhar esse papel, com maior responsabilidade democrática e maiores recursos investigativos, técnicos, financeiros e administrativos do que o judiciário tradicional ora goza, não haverá nenhum agente institucional apropriado para realizar essa missão. Melhor um agente pouco apropriado, contudo, do que absolutamente nenhum. Os juízes podem ser muitas vezes os melhores agentes disponíveis. Pelo menos, eles podem ser os únicos agentes dispostos.

Eles terão então que testar quão longe seu poder e autoridade, bem como suas vontades e imaginações, permitem-nos avançar o trabalho da intervenção estrutural, porém episódica. Precisarão conduzir o trabalho totalmente conscientes dos constrangimentos que sua incongruência como agentes impõem sobre a execução da sua tarefa auto-atribuída. Terão razão para ser tanto céticos quanto humildes. Entenderão, tanto nessa variante como na outra da técnica judicial de governar, que uma coisa é invocar os espíritos e outra é que eles venham.

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.



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 substituíra 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 desafia 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 superar. Muito da história da teoria jurídica, mesmo hoje, consiste em administrar essa contradição.

devem ser conferidas de modo que ele possa rebelar-se contra aqueles que lhe deram proteção e desfrutar de uma melhor chance de tomar parte da remodelagem dos arranjos e pressupostos que ele encontrou no comando. Garantias e instrumentos que são universais, destacados de qualquer trabalho ou posição e livremente portáteis são o resíduo prático do discurso de direitos fundamentais.

Tiramos algo da agenda da política de curto prazo e asseguramo-lo tão firmemente quanto possível contra a erosão em meio às oscilações da vida econômica e política, apenas para que então possamos abrir mais amplamente tudo o mais à experimentação incessante. As dotações e imunidades são o lado reverso da plasticidade que elas possibilitam. A humanidade, no indivíduo, no grupo, na nação e na espécie, vira a mesa nas estruturas e ascende a uma forma de vida maior.

O JURISTA COMO SACERDOTE E COMO PROFETA

Os juristas tradicionalmente ocuparam duas posições sacerdotais.

Serviram como sacerdotes de uma força coletiva: a nação ou a tradição jurídica. Nesse primeiro papel sacerdotal, reivindicaram discernir na história do direito um significado moral e político, que seu trabalho tanto revela quanto desenvolve. *Veni creator spiritus*,¹⁰ rezam, não a uma deidade transcendente, mas à voz da razão na história do direito, que eles acreditam ouvir e glosar. Em meio ao que pode parecer uma guerra sem fim nem piedade, oferecem a continuidade de uma presença sacramental: o âmago do propósito maior nos arranjos da sociedade. O sacerdócio implica poderes especiais para mediar entre o sagrado e o profano, entre o espírito e uma realidade de outro modo inanimada.

Os juristas também foram sacerdotes do estado. Nesse segundo posto, seu impulso é representar as regras feitas pelo governo como fragmentos de uma visão. Reverenciam o poder e os que o possuem. Oficiando do altar do império, podem justificar essa piedade como deferência ao procedimento ou às responsabilidades de seu cargo. Alguns estados podem merecer tal deferência mais que outros. Não obstante, a liturgia imperial e as atitudes a ela associadas foram notavelmente constantes ao longo da história do direito e da política, independentemente de quão despótico ou democrático o governo possa haver sido.

10 Vinde, espírito criador. [N.]

As premissas dessas duas posições sacerdotais podem parecer em contradição insuperável. Os mesmos juristas, no entanto, regularmente desempenham ambas. Para reconciliar suas duas posições, precisam fazer uma série de reivindicações posteriores, não menos plausíveis que os pressupostos de cada posto separadamente. Precisam, por exemplo, fingir que a ordem superior que professam descobrir na história da tradição que expõem está já largamente lá, aguardando para ser trazida à luz do dia, que não é um artefato que eles mesmos fazem. Precisam ir além para descrever a atividade de criação do direito pelo estado – não sempre e em cada caso, mas ao longo do tempo – como servindo à mesma evolução progressiva e ao mesmo plano espiritual.

Os sacerdotes com dois chapéus podem ter problemas em persuadir mesmo a si mesmos a respeito dessas crenças. De tempos em tempos, em períodos de obscurecimento, podem, como este livro sugere, perder sua fé e manter o emprego.

O pensamento jurídico não precisa condenar a si mesmo a reinventar esses dois cultos para sempre. Os juristas podem simplesmente excomungar a si mesmos e deixar de desempenhar seus papéis sacerdotais.

Vendo nossos interesses e ideais cravados na cruz de nossas instituições e práticas, podem decidir que nenhum dos seus postos sacerdotais faz justiça à promessa dessa crucificação. Podem começar a pensar que o espírito é mais bem servido pelo abandono da pretensão de que ele fala através da história e está em relação íntima com o poder e os poderosos. Podem concluir que o esforço para informar a conversação pública em uma democracia sobre nossos futuros alternativos é mais crível e mais valioso do que a tentativa de impor um esquema particular sobre a sociedade e seu direito, simulando que o esquema já estava lá. Podem preferir que a interpretação profissional do direito no cenário judicial seja conduzida de modo a reconhecer o papel decisivo das finalidades atribuídas e a existência de ganhadores e perdedores na política da criação do direito, enquanto preferem a contradição real à uniformidade fabricada.

Eles não podem completar tal volta sem pagarem um preço. No desempenho de sua tarefa maior de imaginação institucional, não serão mais capazes de reivindicar autoridade exclusiva ou praticar o poder governamental. Perderão seu papel pronto junto com sua prerrogativa sacerdotal, enquanto os canais e meios pelos quais podem melhor falar à cidadania e aos partidos políticos e movimentos sociais estão ainda por ser definidos. Em seu trabalho menor de interpretação autoritativa do

direito, à sombra do poder governamental, precisarão renunciar a visões que os encorajem a transformar esse humilde posto em uma pretensa redenção da sociedade de seus erros políticos.

Tendo pago esse preço e virado as costas aos altares em que desempenharam suas funções sacerdotais, terão uma chance para tornarem-se profetas em vez de sacerdotes. No entanto, sob a democracia seu trabalho se tornará profético apenas quando o trabalho de todo mundo assim o for: cada um a seu modo, de acordo com sua circunstância. Uma sociedade capaz de dominar sua própria estrutura é uma sociedade em que poderes proféticos podem ser – devem ser – amplamente disseminados entre homens e mulheres comuns.

Um profeta nunca prevê. Imagina futuro acessível, que vislumbra prefigurado em aspectos da experiência presente. Vê a falha realidade à luz do possível adjacente melhor. Oferece antecipações tangíveis de vida maior. Não precisa de otimismo – atitude passiva e contemplativa – porque tem esperança – impulso orientado para a ação.

Juristas podem virar profetas sem deixar de ser juristas.