

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.



subsequentes. Nenhuma dessas tendências, nem as duas em conjunto, conseguiu restabelecer o consenso no método e na teoria jurídica. Não obstante, são características das crenças e atitudes agora difundidas. Chame-as de retrodoutinarismo e benthamismo encolhido.

Mais uma vez, meu foco são os Estados Unidos. Mas ambas as correntes de pensamento têm contrapartes europeias próximas. Em suas formas americanas e europeias, foram por sua vez propagadas pela maior parte do mundo. Divergem dos pressupostos e consequências da prática da elaboração racional no direito e das escolas que a suportam na teoria do direito. Mesmo assim, movem-se no que é em grande medida a mesma direção daquele método, se não em sua abordagem do direito, e logo na sua atitude diante dos arranjos institucionais e pressupostos ideológicos estabelecidos.

Essas tendências não exaurem as grandes influências no pensamento jurídico americano e mundial. Há ao menos outra corrente de ideias que desfruta de repercussão ainda maior que essas aquelas duas. Longamente as precedeu. Certamente sobreviverá a elas. Considero-a antes de tratar delas. A terceira presença na situação do pensamento jurídico é a tentativa de usar o direito público – especialmente o direito constitucional, o direito de organizações supranacionais como a União Europeia e o direito internacional dos direitos humanos – tanto como a última contenção da luta política quanto como a expressão maior de nossos ideais políticos. Seu produto característico é o desenvolvimento da doutrina de direito público como instrumento de um minimalismo magnânimo e presunçoso: a defesa de direitos fundamentais como mínimos que todas as forças políticas devem respeitar.

O medo do qual esse minimalismo toma sua deixa é que a política sempre está à beira de degenerar em uma luta entre interesses vorazes, quando não de ser tomada por aventuras ideológicas resultantes em abuso e opressão. A circunstância política imediata à qual o minimalismo frequentemente responde foi o fracasso em prover, nas circunstâncias de hoje, uma sequência às bases socialdemocratas de meados do século XX que melhor preservasse a maior conquista histórica da socialdemocracia: um alto nível de investimento em pessoas e em suas dotações. A premissa teórica do minimalismo é que o trabalho mais importante do direito público tanto doméstico quanto internacional é sujeitar todo o direito e toda a política à disciplina dos direitos básicos.

O método minimalista preferido é um formalismo transcendental: a defesa e o desenvolvimento de um sistema de direitos com uma dupla

base. O sistema é validado por documentos constitucionais, entendimentos e tradições. Todavia – e este é o elemento transcendental –, ele também define e sustenta as pressuposições de uma sociedade livre, ou de um estado democrático, ou de um pluralismo de formas de vida nacional no mundo qualificado e, portanto, aceitável. A proteção de direitos fundamentais é, nessa visão, o núcleo do direito público e a mais importante responsabilidade dos juristas. Eles exercem essa responsabilidade interpretando o direito e, quando necessário, o invalidando, em sua competência de juízes constitucionais ou supranacionais.

Esse minimalismo generoso e sobranceiro, servido pelo formalismo transcendental como seu método preferido (mas longe de exclusivo), sofre de dois defeitos principais. São inseparáveis.

O primeiro vício é uma falha em reconhecer que a distinção entre os elementos supostamente invariáveis da vida política e aqueles transformáveis pode ser apenas relativa. Nossa visão das salvaguardas, prerrogativas e dotações fundamentais deve mudar segundo nossa visão das alternativas políticas, econômicas e sociais. Um dos mais importantes temas em disputa no concurso entre essas alternativas é a extensão na qual certo modo de entender e modelar direitos básicos dá como certo uma ordenação da vida política e econômica que nos apequena e subjuga. Se a defesa de tal ordenação, e da concepção de direitos básicos que ela implica, é de que não há melhores alternativas, então o debate sobre direitos deve tornar-se debate sobre as alternativas. Todavia, o ponto do alto minimalismo é prevenir essa transformação.

O segundo vício é a falha em reconhecer para que servem as proteções: elas importam porque empoderam. O discurso dos direitos fundamentais é no máximo prelúdio para história nunca contada. O pai diz à criança: amo você incondicionalmente e farei meu melhor para protegê-la, agora vá e faça uma tempestade no mundo. O alto minimalismo conhece apenas a parte sobre a proteção, não a parte sobre a tempestade. Propõe reduzir nossas perdas na política e não tem qualquer visão sobre como aumentar nosso ganho.

Nos Estados Unidos, a casa comandante do minimalismo dadivoso e eminente tem sido o direito constitucional: o terreno no qual o método da elaboração racional do século XX e a noção tipológica do século XIX mostraram sua face mais agressiva. Ao longo das controvérsias com as quais esta reconsideração e este livro lidam, os juristas americanos continuaram a expor o direito constitucional no espírito do alto minimalismo, frequentemente usando os expedientes do formalismo transcendental.

Os americanos são devotados à sua constituição. Muitos a tomam como invenção política sacrossanta. Sua premissa é que o país descobriu ao tempo de sua fundação a fórmula definitiva de uma sociedade livre, a ser ajustada de tempos em tempos sob a pressão de crise. O resto da humanidade deve subscrever a essa fórmula ou continuar a definhando na pobreza e no despotismo. O apelo de muitos pensadores americanos, de Jefferson em diante, para repudiar a idolatria da constituição quase sempre caiu em ouvidos moucos.

Agraciados com uma constituição que podem mudar apenas raramente e com dificuldade, e que associa o princípio liberal de fragmentação do poder com o princípio conservador de desaceleração da política (incorporado no esquema madisoniano dos freios e contrapesos), os americanos são levados a tratar esse plano constitucional tanto como parte da identidade nacional quanto como expressão de tudo o que a democracia deveria ser. O que resultou desse plano, no entanto, é um liberalismo protodemocrático que subsequentes inovações constitucionais jamais perturbaram decisivamente. Os juristas americanos encontram-se perenemente tentados a ler na constituição qualquer que seja a visão de democracia que lhes pareça a melhor. Mudar a constituição diretamente apenas pode consistir, para eles, no expediente excepcional da revisão constitucional, o movimento preferido é fingir que a constituição significa algo diferente do que antes se considerava.

Entretanto, a interpretação construtiva da constituição serve melhor a certos objetivos do que a outros. Serve para a reinterpretação dos direitos dentro de uma moldura institucional não mudada mais facilmente do que promove qualquer remodelagem dos arranjos institucionais do governo e de suas relações com a sociedade americana: é mais fácil fingir que a proteção igual ou o devido processo na verdade significam algo diferente do que se achava do que simular que a constituição permite que qualquer dos poderes políticos convoque eleições antecipadas ou que ela provê um quarto poder de estado, desenhado, equipado e financiado para intervir em certas áreas da prática social em um esforço para resgatar grupos desprivilegiados de circunstâncias de exclusão ou subjugação que eles são incapazes de escapar por meio das formas de agência coletiva disponíveis a eles.

Para evitar as consequências desse viés, não é suficiente apelar à ideia de parceria entre juízes constitucionais inclinados a reinterpretação radical da constituição e movimentos sociais organizados que iriam tomar conta da oportunidade transformadora aberta pelos atos de estadismo judicial.

Na falta de transformação das instituições políticas e econômicas do país, tal parceria é pouco promissora. Se o preço da idealização constitucional é aceitar o viés anti-institucional, o preço é muito alto.

Os hábitos mentais evocados pelo método da elaboração racional encontram suporte em uma abordagem mais antiga do desenvolvimento do direito constitucional: a tentativa de colocar a melhor face no regime institucional estabelecido, a disposição de tratá-lo como o molde definitivo para o avanço de nossos ideais e a satisfação de nossos interesses, e a premissa de que uma razão mais alta está à espera de ser encontrada no que a história já produziu, apenas com a condição de que se traga para essa tarefa o equipamento conceitual adequado. É como se o método da elaboração racional simplesmente generalizasse atitudes que estiveram há muito tempo em ascensão na lida com a constituição.

Outros países são menos inclinados a reverenciar suas constituições. Mesmo assim, frequentemente tiveram a experiência de uma versão menor da mesma aliança entre o método da elaboração racional e a teologia política de um constitucionalismo deficiente em imaginação institucional. A persistência de uma versão moderada das bases social-democratas de meados do século XX, sob as condições da ditadura da falta de alternativas, combinou-se com uma tradição constitucional estabelecida no início do século XX que trabalhava contra a mudança estrutural. As novas constituições fizeram pouco para aumentar a temperatura da política (o nível de engajamento popular organizado na vida política) ou para acelerar seu ritmo (a habilidade de acomodar experimentos decisivos na transformação política da sociedade, enquanto se encoraja em certos setores ou partes do país a criação de contramodelos do futuro nacional). Em vez disso, elas se especializaram na promessa de direitos econômicos e sociais para cuja realização não providenciaram uma maquinaria institucional adequada. Elas embotaram a crítica das democracias de baixa energia existentes. Encorajaram uma versão pouco mais sutil das atitudes idealizadoras, aceitadoras de estrutura, que o método da elaboração racional estendeu a todo o direito.

* * *

Em contraste com a teorização sobre direitos fundamentais no direito público, o retrodoutinarismo e o benthamismo encolhido representaram algo de novo. Mas foram novidades postas a serviço de antiguidades.

O retrodoutinarismo buscou recuperar e desenvolver a dogmática jurídica como era entendida antes de sofrer os ataques do ceticismo

A CRÍTICA DO PENSAMENTO JURÍDICO

Transformamos a crítica recebida do formalismo e do objetivismo em dois conjuntos de reivindicações mais precisas que vêm a ter uma relação surpreendente. Os dois grupos de ideias críticas afirmam a verdadeira lição do currículo do direito – o que ele vem a ensinar, e não o que os professores de direito dizem que ensinam – sobre a natureza do direito e da doutrina jurídica. Recitar a lição leva a crítica das ideias formalistas e objetivistas a um extremo sem precedentes. Esse próprio extremismo, todavia, permite tirar da crítica elementos de um programa construtivo.

A CRÍTICA DO OBJETIVISMO

Ao refinar o ataque ao objetivismo, reinterpretamos o direito e a doutrina jurídica contemporâneos como dissolução progressiva do projeto dos juristas clássicos do século XIX. Porque tanto o projeto original quanto os signos de sua ruína progressiva permanecem mal-entendidos, a dissolução ainda não foi completa e decisiva. Os juristas do século XIX estavam engajados na busca pela estrutura jurídica intrínseca da democracia e do mercado. A nação americana, no momento licúrgico de sua história, optou por um tipo particular de sociedade: um compromisso com a república democrática e o sistema de mercado como parte necessária daquela república.

O povo poderia haver escolhido algum outro tipo de organização social. Ao escolher esse tipo, ao preferi-lo, por exemplo, à comunidade política aristocrática e corporativista ao velho estilo europeu, também escolheu a estrutura institucional juridicamente definida que vinha junto dele. Essa estrutura forneceu à ciência do direito seu tópico e gerou os propósitos, políticas e princípios aos quais o argumento jurídico pode legitimamente apelar.

Duas ideias tiveram papel central nessa empresa. Uma foi a distinção entre política fundacional, responsável por escolher o tipo social, e política normal, incluindo a legislação ordinária, que opera dentro

da moldura estabelecida no momento fundacional. A outra ideia era que a cada tipo de organização social corresponde um regime jurídico distinto, inerente ao tipo.

Muitos podem ser tentados a descartar como implausível e não merecedora de crítica essa concepção de uma lógica de tipos sociais, cada tipo com sua estrutura institucional intrínseca. É preciso lembrar, contudo, que de forma menos explícita e coerente a mesma ideia continua a dominar os termos do debate ideológico e a informar todos os estilos de microeconomia e ciência social, exceto os mais rigorosos. Ela é aparente, por exemplo, na presunção de que precisamos escolher entre economias de mercado e de comando, ou no máximo combinar essas opções institucionais exaustivas e bem definidas em uma “economia mista”. A ideia abstrata do mercado como sistema em que uma pluralidade de agentes econômicos barganha por sua própria iniciativa e por sua própria conta torna-se mais ou menos tacitamente identificada com aquelas instituições de mercado que triunfaram na história ocidental. Ademais, o abandono da tese objetivista deixaria o formalismo, e as variedades de doutrina que o formalismo quer defender, sem uma base, ponto ao qual meu argumento em breve retornará. A crítica do objetivismo que empreendemos desafia a ideia de tipos de organização social com uma estrutura jurídica inata, assim como os sucessores dessa ideia, mais sutis, mas ainda poderosos, nas concepções correntes do direito e da doutrina substantiva. Atacamos em mais de uma frente.

Fracassos sucessivos em encontrar uma linguagem jurídica universal da democracia e do mercado sugerem que tal linguagem não exista. Parte crescente da análise doutrinária e da teoria jurídica foi devotada a conter as implicações subversivas dessa descoberta.

A teoria geral do contrato e da propriedade forneceu o domínio central para a tentativa objetivista de revelar o conteúdo jurídico inato do mercado, assim como a teoria dos interesses constitucionais protegidos e das finalidades legítimas da ação estatal foi desenhada para revelar a estrutura jurídica intrínseca de uma república democrática. A execução, no entanto, persistentemente desmentiu a intenção. Conforme o conceito de propriedade se tornou mais geral e incorpóreo, desvaneceu na concepção genérica de direito subjetivo. Essa concepção, por seu turno, provou-se sistematicamente ambígua (descoberta de Hohfeld), se não totalmente vazia.

O contrato, contraparte dinâmica da propriedade, não pôde sair-se melhor. A generalização da teoria contratual revelou, ao lado dos princípios dominantes da liberdade para escolher o parceiro e os termos, os contraprincípios: que a liberdade para contratar não poderia minar os aspectos comunitários da vida social e que trocas grosseiramente injustas não seriam executáveis. Embora os contraprincípios sejam pressionados para o canto, não podem ser completamente expulsos nem sujeitos a um sistema de metaprincípios que pudesse definir, de uma vez por todas, sua relação com os princípios dominantes.

Nas áreas mais contestadas do direito contratual, duas visões diferentes das fontes de obrigação colidem. Uma, que vê os contraprincípios como meras qualificações *ad hoc* aos princípios dominantes, identifica o ato de vontade plenamente articulado e a imposição unilateral de dever pelo estado como as duas fontes exaustivas de obrigação. A outra visão, que trata os contraprincípios como normas possivelmente geradoras de todo o corpo de direito e doutrina, encontra como fonte padrão de obrigação os vínculos apenas parcialmente deliberados de dependência mútua, e redefine as duas fontes convencionais de obrigação como casos-limite, extremos. Qual dessas concepções rivais fornece a real teoria contratual? Qual descreve a estrutura institucional inerente na natureza de um mercado?

O desenvolvimento do direito constitucional e da teoria constitucional ao longo do final do século XIX e durante o século XX conta uma história semelhante sobre a descoberta da indeterminação pela generalização. A descoberta foi diretamente conectada com seu análogo no direito privado. As doutrinas dos interesses constitucionais protegidos e das finalidades legítimas da ação estatal foram os dispositivos comandantes para a definição da estrutura jurídico-institucional intrínseca do esquema da liberdade ordenada. Não poderiam ser tornadas coerentes na forma e precisas nas implicações sem fixar, de modo que a política real da república jamais toleraria, um conjunto particular de acordos entre o governo nacional e grupos organizados. As finalidades legítimas e os interesses protegidos explodiram em demasiadas implicações contraditórias; como a teoria do contrato e da propriedade, forneceram ao final não mais que glosas retrospectivas sobre decisões a que se chegara por fundamentos muito diferentes.

A crítica dessa marca mais específica de objetivismo também pode se desenvolver pela interpretação do direito e da doutrina contemporâneas. O conteúdo atual do direito público e privado não apresenta uma única

e inequívoca versão de democracia e mercado. Pelo contrário, contém em forma confusa e não desenvolvida os elementos de diferentes versões. Essas variações de pequena escala, manifestas nas nuances da doutrina contemporânea, sugerem possíveis variações mais amplas.

O resultado convergente dessas duas formas de ataque ao objetivismo – a jurídico-histórica e a jurídico-doutrinária – é desacreditar, de uma vez por todas, a concepção de um sistema de tipos sociais com conteúdo jurídico inato. A própria tentativa de desdobrar essa concepção em detalhe técnico jurídico termina por mostrar sua falsidade. Assim, um quadro de juristas sem qualquer intenção subversiva ajudou a desenvolver descobertas subversivas sobre a indeterminação institucional dos conceitos de democracia e de mercado. Aqueles que oficiam no templo podem se deliciar com o pensamento de que os sacerdotes podem às vezes sobrepujar os profetas.

A CRÍTICA DO FORMALISMO

Abordamos a crítica do formalismo de forma igualmente distintiva. O ponto de partida do nosso argumento é a ideia de que cada ramo da doutrina depende, tácita se não explicitamente, de alguma imagem das formas de associação humana que sejam justas e realistas nas áreas da vida social com a qual lida. Por exemplo, um constitucionalista precisa de uma teoria da república democrática que descreva a relação adequada entre estado e sociedade e os atributos essenciais de organização social e prerrogativa individual que o governo deve proteger, aconteça o que acontecer.

Sem tal visão diretriz, o raciocínio jurídico parece condenado a um jogo de analogias fáceis. Sempre será possível encontrar, retrospectivamente, formas mais ou menos convincentes de fazer um conjunto de distinções, ou falhas em distinguir, parecer crível. Uma experiência comum testemunha essa possibilidade: todo estudante de direito ou jurista esperto teve a sensação inquietante de ser capaz de argumentar muito bem ou muito facilmente em favor de muitas soluções conflitantes. Porque tudo pode ser defendido, nada pode; o traficante de analogias precisa ser parado. Precisa ser possível rejeitar alguns dos entendimentos e decisões recebidos como errôneos, e fazê-lo por apelo a uma teoria normativa de fundo do ramo do direito em questão ou do campo de prática social governado por aquela parte do direito.

Suponha que se possa determinar, em bases limitadas de adequação institucional, quanto do direito um estilo de prática doutrinária pode

regularmente rejeitar como errôneo. Com muito pouca rejeição, o jurista não consegue evitar a qualidade suspeita da analogia sem fim. Com rejeição demais, perde sua reivindicação de estar praticando doutrina, em oposição a ideologia, filosofia ou profecia. Para cada patamar dado de poder revisionário, todavia, há uma escolha a ser feita sobre qual porção rejeitar dos entendimentos recebidos em qualquer grande espectro do direito.

Para determinar qual parte da opinião estabelecida sobre o significado e a aplicabilidade de regras jurídicas deve-se rejeitar, é preciso uma teoria de fundo prescritiva da área relevante da prática social, uma teoria que faça pelo ramo do direito em questão aquilo que uma doutrina da república ou do processo político faz pela argumentação constitucional. É aqui que o problema começa. Não importa qual o conteúdo dessa teoria de fundo, se tomada seriamente e levada a suas últimas conclusões ela dificilmente se provará compatível com um amplo leque de entendimentos recebidos.

Mas é justamente tal compatibilidade que parece ser demandada por uma prática doutrinária que se define por contraste à ideologia aberta. Pois seria estranho se os resultados de uma teoria normativa coerente, ricamente desenvolvida, coincidissem com uma grande porção de qualquer grande ramo do direito. Os muitos conflitos de interesse e visão que a criação do direito envolve, travados por inúmeras mentes e vontades trabalhando por propósitos colidentes, teriam que ser o veículo de uma racionalidade moral imanente cuja mensagem pudesse ser articulada por uma única e coerente teoria. As teorias jurídicas dominantes na verdade realizam essa temerária e implausível santificação do existente. O senso comum irrefletido dos juristas ortodoxos tacitamente a pressupõe. Mais frequentemente, a santificação toma a forma de tratar a ordem jurídica como um repositório de propósitos, políticas e princípios inteligíveis, em brusco contraste com a visão padrão, desencantada, da política legislativa.

Esse argumento contra o formalismo pode ser criticado pelo fundamento de que o contraste reivindicado entre o jogo de analogias e o apelo a uma concepção de fundo do justo é insustentável; a analogia é de fora guiada por tal concepção, assim sugeriria a crítica. Mas para que a analogia fosse guiada por tal concepção seria preciso o milagre da harmonia pré-estabelecida entre o conteúdo do direito e as lições de uma teoria coerente do justo. Ou, ainda, poderia ser objetado que no direito tais visões de fundo se beneficiam de um princípio autolimitante, introduzido pelos constrangimentos do contexto institucional.

Tal princípio, no entanto, depende ou de um consenso profissional mais ou menos tácito sobre os limites justos dos papéis institucionais ou de uma teoria explícita e justificável dos papéis institucionais. Mesmo se um consenso de tal sorte pudesse reivindicar autoridade, ele simplesmente não existe. A extensão própria do poder revisionário, isto é, do poder de declarar alguma porção da opinião jurídica recebida como errônea, permanece entre os mais controvertidos temas jurídicos, como os debates americanos sobre “ativismo” e “autocontenção” judicial mostram e como a história de todas as tradições jurídicas – as sacras assim como as seculares – demonstra. Uma teoria explícita de papéis institucionais pode fazer sentido e encontrar suporte apenas dentro de uma teoria substantiva da política e da justiça. Voltamos então à implausibilidade inicial de uma ampla convergência de tal teoria com o conteúdo real de qualquer grande ramo do direito.

Havendo reconhecido esse problema com a doutrina, a análise jurídica tenta circunscrevê-lo de muitas formas. Pode, por exemplo, apresentar todo um ramo do direito como expressão de abordagens teóricas subjacentes do tema. Como se pode sugerir, esses modelos implícitos ajustam-se em um esquema coerente ou, ao menos, apontam em direção a uma síntese. Desse modo, parece possível reconciliar o reconhecimento de que a interpretação do direito requer o apelo a uma teoria do justo e da prática social com a incapacidade de mostrar que o conteúdo real do direito e da doutrina em qualquer ramo determinado coincide, ao longo de área significativa do direito, com uma teoria particular. Mas esse recurso meramente empurra o problema para outro patamar. Nenhum extenso corpo de direito de fato coincide com tal plano de ordem superior, assim como nenhum espectro amplo da experiência histórica coincide com as implicações de uma das visões evolucionárias que reivindicam fornecer uma ciência da história. (Que essa comparação conte mais do que como uma fraca semelhança é um ponto ao qual retornarei.) É sempre possível encontrar no direito pistas inconsistentes sobre o espectro de aplicação de cada um dos modelos e, de fato, sobre a identidade dos próprios modelos.

Uma vez que o jurista abandona esses métodos de compensação e contenção, ele recorre a um dispositivo mais bruto e cínico. Meramente impõe sobre suas concepções de fundo, suas teorias do justo e da prática social uma série infinita de ajustes *ad hoc*. A frouxidão das teorias e a dificuldade resultante em distinguir o *ad hoc* do teoricamente demandado tornam esse escape tanto mais fácil.

Emerge a figura característica do jurista moderno, que quer, e precisa, combinar o selo do refinamento teórico, a postura modernista de ver através de tudo, com a posição e a influência do técnico cujos resultados permanecem próximos da principal corrente do consenso profissional e social. Determinado a não perder nada, escolheu ser um *outsider* e um estabelecido ao mesmo tempo. Para atingir tal objetivo, determinou-se a sacrificar o ímpeto de suas ideias. Nós o denunciemos em todo lugar em que o encontramos, e o encontramos em todo lugar.

Mais uma objeção pode ser feita a esse ataque ao formalismo e à prática doutrinária que o formalismo justifica. Segundo tal objeção, o ataque tem sucesso apenas contra as construções sistemáticas dos juristas acadêmicos mais ambiciosos, mas não contra a argumentação específica, orientada a problemas, dos juízes e juristas práticos. É difícil, porém, conceber como tais argumentos poderiam ser válidos, como de fato podem diferir da impostação retórica, a menos que pudessem contar como fragmentos experimentais de uma possível visão coerente de um extenso corpo de direito.

A implicação de nosso ataque ao formalismo é minar a tentativa de resgatar a doutrina por meio desses vários estratagemas. É mostrar que uma prática doutrinária que coloque sua esperança no contraste do raciocínio jurídico com a ideologia, a filosofia e a profecia política termina com uma coleção de apologias improvisadas.

AS CRÍTICAS DO OBJETIVISMO E DO FORMALISMO RELACIONADAS: SEU SIGNIFICADO PARA AS TEORIAS JURÍDICAS ATUAIS

Uma vez que os argumentos contra o objetivismo e o formalismo tenham sido apresentados nessas formas específicas, sua relação recíproca ganha nova e surpreendente clareza. Enquanto o projeto dos juristas do século XIX reteve sua credibilidade, o problema da doutrina não emergiu. O milagre requisitado e prometido pelo objetivismo pôde se realizar: a coincidência da maior parte da doutrina e do direito substantivo com uma teoria coerente, capaz de articulação sistemática e aplicação inflexível.

A única teoria capaz de realizar o milagre teria sido uma que descrevesse a estrutura conceitual e institucional intrínseca ao tipo de organização social e governamental com o qual a nação se comprometeu em seu momento fundacional. Tal teoria não teria precisado ser importada de fora.

Não teria sido apenas o sistema favorito de alguém. Teria traduzido em categorias jurídicas a estrutura permanente da atividade política e econômica normal. Uma vez que o projeto objetivista subjacente à reivindicação de revelar o conteúdo inerente de um tipo de organização social deixou de ser crível, a doutrina em sua forma recebida foi condenada à autossubversão que nossa crítica do formalismo elucidou. Por que a natureza e os defeitos do projeto apareceram apenas gradualmente, assim ocorreu com o permanente desequilíbrio da doutrina.

Essa visão dos defeitos no objetivismo e no formalismo e do vínculo estreito entre os dois conjuntos de ideias e as duas críticas explica nossa abordagem das teorias jurídicas mais influentes e sintomáticas nos Estados Unidos hoje: as escolas da análise econômica do direito e dos direitos e princípios. Cada uma dessas teorias é promovida por um grupo que permanece à margem do alto poder, descrente de ver suas ambições triunfarem por meio da política governamental, e apela a algum mecanismo conceitual desenhado para mostrar que a promoção de seu programa é uma necessidade prática ou moral. A escola do direito e economia lidou principalmente com o direito privado, a escolha dos direitos e princípios está preocupada com o direito público mais do que com o privado. A escola da análise econômica do direito invocou requisitos práticos (com implicações normativas) que supostamente subjazem ao sistema jurídico e a sua história, a escola dos direitos e princípios invocou imperativos morais alegadamente localizados dentro da própria ordem jurídica. A escola da análise econômica do direito serviu principalmente a direita política; a escola dos direitos e princípios, o centro liberal. Ambas as tendências teóricas podem ser mais bem entendidas como esforços para recuperar a posição objetivista e formalista. É como reafirmações do objetivismo e do formalismo que as rejeitamos.

O principal instrumento da escola da análise econômica do direito é o uso equívoco do conceito de mercado. Esses analistas dão livre curso ao próprio erro que a formalização crescente da microeconomia buscou em larga medida evitar: a identificação da ideia abstrata de mercado ou da circunstância abstrata de escolha maximizadora com um determinado regime social e institucional. Como resultado, um aparato analítico que se pretendia, quando rigoroso, livre de pressupostos restritivos sobre o funcionamento da sociedade e subsidiário a uma teoria empírica ou normativa carente de justificação independente é confundido com uma visão particular empírica e normativa. Mais particularmente, a ideia abstrata de mercado é identificada com uma versão específica do mercado, aquela que prevaleceu na maior parte

da história moderna da maioria dos países ocidentais, com todos seus pressupostos sociais circundantes, reais ou imaginados. Aquela versão do mercado é tomada como o veículo ungido da eficiência alocativa, purificá-la de suas imperfeições é a melhor forma de possibilitar o crescimento econômico. Tais são os sofismas pelos quais a escola da análise econômica do direito simula descobrir tanto a base real de toda a evolução da ordem jurídica quanto o padrão relevante segundo o qual criticar desvios ocasionais daquela ordem em relação a sua alegada vocação. Dessa fonte supostamente provêm os propósitos e políticas que desempenham e devem desempenhar o papel supremo no raciocínio jurídico.

A escola dos direitos e princípios atinge resultados similares por outros meios. Reivindica discernir nas ideias dominantes dos diferentes ramos do direito, especialmente quando iluminadas por uma elite profissional escrupulosa, benevolente e bem preparada, os signos de uma ordem normativa subjacente. Uma vez que a presença de tal ordem no direito torna-se manifesta, pode servir como base para um sistema de direitos mais ou menos naturais. Dessa vez, a bússola que guia a principal linha da evolução jurídica e informa a crítica de suas aberrações numerosas embora marginais é um conjunto rudemente simplificado de concepções políticas e morais supostamente expressas nos materiais jurídicos autoritativos e suscetíveis de descrição no vocabulário de políticas e princípios.

Não mais capaz de apelar à ideia da estrutura institucional inata de um tipo de organização social, essa escola oscila confusamente entre duas opções, considerando ambas inaceitáveis como base para a teoria jurídica. Uma opção é de que o consenso moral (se ele realmente pudesse ser identificado) tem peso simplesmente porque existe. A visão alternativa é de que os princípios jurídicos dominantes contam como manifestações de uma ordem moral transcendente cujo conteúdo pode ser identificado à parte da história e da substância de um corpo de direito em particular.

A terceira e intermediária posição, à qual a escola se agarra, de que o consenso sobre os princípios recebidos de algum modo sinaliza uma ordem moral que repousa misteriosamente em algo mais que consenso, requer várias manobras intelectuais conexas. Uma é a drástica minimização da medida em que o direito já incorpora conflito sobre as formas desejáveis de associação humana. Outra é a apresentação das ideias jurídicas dominantes como expressões de um discernimento

normativo superior, discernimento devidamente contido e corrigido por uma fidelidade que deve ela mesma ser ordenada pela ordem moral. Ainda outra é o desenvolvimento de um método específico para revelar o conteúdo e as implicações dessa ordem: generalize a partir de certas doutrinas e intuições, então hipostasie as generalizações em verdade moral e finalmente use a hipóstase para justificar e corrigir o material original. A ambição de todo esse ilusionismo é mais clara que os meios usados para o atingir. Seu resultado é gerar um sistema de princípios e direitos que se sobrepõe apenas na medida apropriada ao conteúdo positivo do direito. Tal sistema tem a medida adequada de poder revisionário, o grau necessário para provar que não sé é nem um total, logo ineficaz, apologeta, nem um revolucionário irresponsável.

As escolas do direito e economia e dos direitos e princípios fornecem uma versão diluída do empreendimento da ciência jurídica do século XIX. O empenho dos juristas clássicos do século XIX, por seu turno, representou uma versão diluída das doutrinas sociais conservadoras, mais comuns, que precederam a emergência da teoria social moderna. Tais doutrinas pretendiam descobrir uma forma canônica de vida social e personalidade que jamais pudesse ser fundamentalmente refeita e reimaginada, embora pudesse sofrer corrupção e regeneração.

A cada estágio sucessivo da história dessas ideias, a concepção inicial de uma forma natural de sociedade torna-se mais fraca: as categorias, mais abstratas e indeterminadas, os defensores, mais agudamente conscientes do caráter controverso de suas próprias reivindicações. A autoconsciência envenena seus protestos. Ao assistir a essa última volta na história do pensamento jurídico moderno, ninguém poderia ser culpado por evocar, em espírito de esperança, a observação de Novalis de que “estamos próximos de despertar quando sonhamos que sonhamos”.

Grande parte dessa história consiste na tentativa de defletir a crítica do formalismo e do objetivismo aceitando alguns de seus pontos, enquanto se salva cada vez menos da visão original. O exemplo singular mais impressionante no pensamento jurídico americano no século XX foi o desenvolvimento de uma teoria do processo jurídico, dos papéis institucionais e do raciocínio jurídico finalístico, como resposta ao realismo jurídico. O pretexto mais crível para esses dribles intermináveis entre confessar e esquivar foi o medo de que, levada ao extremo, a crítica do objetivismo e do formalismo não deixaria nada de pé. Os resultados podem minar qualquer prática de doutrina jurídica, ou mesmo de argumentação normativa em geral.

OUTRO TEMPO, TAREFA MAIOR

Assim, compromissos periclitantes e plausíveis foram facilmente confundidos com lucidez teórica. Para muitos de nós, o ponto de virada foi quando decidimos, com o risco de confusão, paralisia e marginalidade, levar o ataque crítico ao ápice. Quando levamos as ideias negativas implacavelmente a suas conclusões finais, fomos recompensados por vê-las se transformarem em pontos de partida para um programa construtivo.

5

DA CRÍTICA À CONSTRUÇÃO

O RESULTADO CONSTRUTIVO DA CRÍTICA DO FORMALISMO: DOCTRINA DESVIACIONISTA

A defesa das formas recebidas de doutrina sempre dependeu de um desafio implícito: ou aceitar o estilo dominante, com sua recusa agressiva da controvérsia sobre os termos básicos da vida social, como a verdadeira forma de doutrina, ou se encontrar reduzido à disputa inconclusiva de visões políticas. Esse dilema é meramente uma de várias contrapartes conceituais à escolha geral: ou se resignar a alguma versão estabelecida de ordem social, ou enfrentar a guerra de todos contra todos. A implicação de nossa crítica do formalismo é colocar o dilema da doutrina de ponta cabeça. É dizer que, se alguma prática conceitual similar àquela que os juristas agora chamam de doutrina pode ser justificada, a classe das atividades doutrinárias legítimas deve ser claramente alargada.

Não precisamos escolher entre rejeitar a doutrina e praticá-la sob o feitiço de uma idealização sistematizadora do direito estabelecido. A visão de que o direito existente representa uma aproximação, embora falha e incompleta, a um plano inteligível e defensável de vida social foi o atributo central dos métodos doutrinários ao longo dos últimos vários séculos. Ela caracteriza a abordagem atual do direito, baseada em políticas e princípios, tanto quanto marcou a concepção anterior de um tipo de organização social e econômica com uma forma institucional e um conteúdo jurídico pré-determinados.

Entretanto, nem sempre ela prevaleceu na história do pensamento jurídico. Outros quebraram o feitiço no passado, movidos menos por compromisso transformador do que por realismo e descrença.

Podemos quebrar o feitiço mais decisivamente agora, pelo bem de uma visão transformadora. Podemos remodelar os métodos e pressupostos da doutrina.

Tal revisão da prática doutrinária compartilharia com as formas tradicionais de doutrina uma disposição em tomar os materiais autoritativos existentes como pontos de partir e uma reivindicação de autoridade normativa. Evitaria, porém, a justaposição arbitrária de analogia fácil e teorização truncada que caracteriza os exemplos mais ambiciosos e coerentes de análise jurídica hoje em dia.

Alguns podem se perguntar por que propositores de reconstrução social deveriam estar interessados em preservar a doutrina de todo. Em jogo na defesa de uma prática doutrinária adequadamente expandida está a validade do argumento normativo e programático; ao menos quando tal argumento toma a forma padrão de trabalhar de dentro de uma tradição, e não a forma excepcional de apelar ao discernimento transcendente. Enquanto teorias necessárias da mudança histórica (a crença de que o conteúdo e a sequência de sistemas sociais refletem imperativos econômicos ou psicológicos inescapáveis) permaneceram persuasivas, visões sobre como a sociedade deveria ser transformada pareciam fora de propósito e supérfluas. A desintegração de tais teorias, que foi o atributo dominante do pensamento social recente, cria uma oportunidade para ideias normativas e programáticas enquanto as priva de um critério de realismo político.

A doutrina expandida ou desviacionista, o gênero de literatura jurídica que nosso movimento começou a desenvolver, pode ser definida por vários traços relacionados. Em uma descrição, seu atributo central é a tentativa de cruzar tanto a fronteira empírica quanto a normativa: as fronteiras que separam a doutrina da teoria social empírica e da argumentação sobre a organização adequada da sociedade, isto é, do conflito ideológico. A doutrina alargada cruza a fronteira normativa ao desenvolver um método que não difere de qualquer modo essencial da forma larga de crítica, justificação e descoberta que marca as disputas ideológicas sobre os arranjos da sociedade.

A doutrina desviacionista move-se ao longo da fronteira empírica de duas formas diferentes. Uma é familiar e direta: explorar as relações de causa e efeito que os juristas assumem dogmaticamente em vez de explicitamente investigar, quando reivindicam interpretar regras e precedentes à luz de propósitos imputados. A interpretação estabelecida de uma regra é frequentemente justificada por uma operação de dois passos: o intérprete primeiro imputa um propósito à regra, como a promoção da coesão familiar, depois decide que entendimento razoável da regra é mais bem calculado para promover esse fim. Caracteristicamente,

contudo, ele não faz qualquer esforço sério para fundamentar ou revisar os pressupostos causais tomados como dados no segundo estágio desse procedimento. O dogmatismo causal da análise jurídica é tanto mais notável dado o papel de estrela que nosso entendimento comum da história atribui às consequências não intencionais da ação e à qualidade paradoxal das conexões causais. A outra forma em que o elemento empírico conta é mais sutil e sistemática: ele abre as relações petrificadas entre ideais ou categorias abstratas, como liberdade de contrato ou igualdade política, e as práticas sociais juridicamente reguladas que se supõe que os exemplifiquem. Seu objetivo é mostrar, como verdade sobre a história e a sociedade, que tais abstrações podem receber – e quase invariavelmente receberam – corporificações institucionais alternativas. Cada corporificação dá uma forma diferente a essas ideias.

Segundo uma descrição alternativa, o atributo decisivo da doutrina desviacionista é a recusa em ver o direito como um sistema idealizado. Abordagens sucessivas do pensamento jurídico lutaram para subestimar e diminuir o conflito e a anomalia no direito. A presente representação do direito como um corpo tendente à coerência porque informado por políticas e princípios é simplesmente a mais recente dessas abordagens. A mistificação do direito como um sistema idealizado serviu à usurpação de poder pelos juristas – em detrimento da democracia quando o estado é democrático. Ajudou a conter e inibir, em vez de explorar e excitar, a tensão entre nossos interesses reconhecidos ou nossos ideais professados e as instituições ou práticas que se supõe representá-los. A indisposição em ver o direito sob tal luz idealizadora e sistematizadora foi, contudo, erroneamente dispensada como incompatível com a responsabilidade prática dos juristas, e especialmente dos juízes, de fazerem o melhor do direito.

A disposição em ver cada parte do direito como uma estrutura de soluções dominantes e desviantes, e em mobilizar a contradição a serviço da transformação, conduz a uma compreensão diferente da doutrina. Uma maneira de desenvolver tal compreensão, exemplificada mais tarde neste livro, é traçar em cada parte do direito uma dialética de princípio e contraprincípio e reconhecer em tais desarmonias signos de conflitos mais amplos entre concepções prescritivas de vida social. Nesse exercício, nossa principal preocupação será com o futuro da sociedade, assim como com a realidade atual do direito, e não com cortes, casos e juízes.

Mas nada nessa ruptura com a idealização sistematizadora do direito precisa perturbar os juízes em seu trabalho. Quando o significado é disputado, eles continuarão a ter que encontrá-lo atribuindo propósi-

tos no contexto. Quando o propósito for controverso, precisarão ainda aceitar que nossos argumentos morais e políticos continuam, embora sob limites distintos, em nossos argumentos jurídicos. Todavia, não serão mais capazes de fingir encontrar direcionamento em um sistema idealizado, latente ainda que imperfeita e incompletamente no direito estabelecido. Serão deixados a si mesmos e a seus concidadãos.

Ainda outra descrição da doutrina expandida é pressuposta pelas duas anteriores e torna explícito o que elas têm em comum. O estilo revisado de doutrina compromete-se em integrar na argumentação doutrinária padrão a controvérsia sobre a estrutura justa e praticável de sociedade, sobre como deveriam parecer as relações entre pessoas nas diferentes áreas da atividade social. Nos países ricos do Atlântico Norte de hoje em dia, a visão imaginativa dos modos pelos quais as pessoas podem ter uma vida em comum apela a um ideal particular de democracia para o estado e a cidadania, a uma imagem de comunidade privada no domínio da família e da amizade e a um amálgama de contrato e hierarquia técnica impessoal no reino cotidiano do trabalho e da troca.

Essa visão social ajuda a fazer todo o corpo de direito parecer inteligível e mesmo justificável. Sobretudo, serve para resolver o que de outro modo seria uma indeterminação incorrigível no direito. Assim como as ambiguidades de regras e precedentes requerem recurso a propósitos imputados ou políticas e princípios subjacentes, também as ambiguidades dessas políticas e princípios podem ser evitadas apenas pelo apelo a um esquema de associação de fundo do tipo que acabei de descrever. De fato, as tendências conflitantes dentro do direito constantemente sugerem modos alternativos de vida social. As disputas focadas da doutrina jurídica repetidamente ameaçam escalar em disputas sobre a ordenação da vida social.

Os estilos dominantes de doutrina jurídica frequentemente incluem todos os três níveis de análise: regras e precedentes autoritativos; propósitos, políticas e princípios ideais; e as concepções de associação humana possível e desejável a serem impostas em diferentes áreas da prática social. Cada conjunto de concepções colocou uma versão particular de sociedade no lugar de possibilidades indefinidas de conexão humana. Identificar esse conjunto é ver como materiais controlados pelo poder, suscetíveis a fácil manipulação argumentativa, ganham um semblante de autoridade, necessidade e determinação e assim como o formalismo e o objetivismo parecem plausíveis. É iluminar o mundo mental dentro do qual propósitos, políticas e princípios impessoais fazem sentido e reivindicam autoridade.

A maioria das tradições jurídicas do passado incorporou o patamar final da argumentação jurídica em dependência de uma visão secular ou sagrada da única ordem justa e necessária da vida social. A doutrina jurídica, porém, agora trabalha em contexto social no qual a sociedade foi crescentemente forçada a abrir-se ao conflito transformador. Existe em um contexto cultural em que, em medida sem precedentes, a sociedade é entendida como sendo feita e imaginada em vez de meramente dada. Incorporar o patamar final de análise jurídica nesse novo cenário seria transformar a doutrina jurídica em mais uma arena para continuar a disputa sobre as formas justas e possíveis de vida social.

Os juristas e seus filósofos geralmente quiseram evitar esse resultado. Evitaram-no ao custo de restrições intelectuais severas e arbitrárias cujo efeito último é transformar a doutrina jurídica em um alistamento infinito de truques argumentativos. Por meio de suas tentativas construtivas de imaginar um gênero menos confinado de análise jurídica, o movimento de estudos críticos do direito insistiu em fugir dessa fuga.

A racionalidade que essa versão expandida de doutrina jurídica pode esperar não é outra senão a prática de dar razões nas modalidades cotidianas de controvérsia moral e política. Comece dos conflitos entre os ideais disponíveis de vida social em seu próprio mundo social ou tradição jurídica e suas expressões falhas na sociedade atual. Imagine essas expressões transformadas, ou as transforme de fato, ao menos estendendo um ideal a alguma área da vida social da qual ele fora previamente excluído. Então revise as concepções ideais à luz de suas novas corporificações práticas.

Chame esse processo de desenvolvimento interno. Para se engajar nele autorrefletidamente só é necessário assumir dois pressupostos cruciais: que nenhuma imagem de como as pessoas podem e devem lidar umas com as outras em qualquer parte da sociedade tem autoridade conclusiva e que a correção mútua de ideais abstratos e suas realizações institucionais representa a última esperança para as formas padrão de controvérsia normativa. A fraqueza de tal método é sua dependência de pontos de partida providenciados por uma tradição em particular; sua força é a riqueza de referência a uma história coletiva de ideias e instituições. A doutrina jurídica, corretamente entendida e praticada, é a condução do argumento interno por meio de materiais jurídicos.

O caráter distintivo do desenvolvimento interno torna-se claro quando esse método é comparado ao outro grande recurso do pensamento normativo: discernimento visionário sobre um mundo social

reordenado. Tal vislumbre apresenta um plano inteiramente novo de vida coletiva, plano suportado por uma teoria crível de transformação, informado por uma imagem da personalidade e guiado pelo esforço em estender oportunidades de conexão humana. Enquanto o argumento interno começa por explorar conflitos entre ideais dominantes e arranjos estabelecidos, ou entre os próprios ideais, e então pressiona por passos gradativos em direção a formas ainda mais drásticas de reimaginar a sociedade, o vislumbre visionário começa com a figura de um mundo humano reordenado.

O profeta político pode ser entendido e pode persuadir apenas porque os princípios do mundo que invoca podem ser discernidos já em funcionamento nas anomalias do encontro pessoal e da prática social. Nenhum contraste nítido existe entre as modalidades normal e visionária de argumentação, apenas um contínuo de escalada. A prova mais contundente de sua similaridade é que ambos recorrem ao mesmo dispositivo preferencial: tentam apreender os desvios na experiência atual e reimaginá-los transformados, ou tentam transformá-los, como concepções e práticas organizadoras. Uma semelhança no caráter subjaz a essa similaridade de método. Antes de reivindicar acesso à revelação autoritativa ou à intuição privilegiada, todo argumento normativo precisa de alguma forma mais ampla ser interno. Se não interno à conversação entre ideais e instituições dentro de uma tradição em particular, precisa ser interno a uma conversação análoga na escala da história mundial.

Há muitas razões de prudência, relativa adequação ou marcada incapacidade para não levar a argumentação interna muito longe em determinado contexto institucional. Um estado pode mesmo ser mais ou menos deliberadamente configurado para negar a certas atividades transformadoras (incluindo os tipos mais corajosos de desenvolvimento interno) os instrumentos institucionais efetivos. As democracias de baixa energia existentes são estados assim.

Quando perguntados se a doutrina desviacionista pode adequadamente ser usada por juízes, respondemos o seguinte. Não somos nem servos do estado (não ao menos no sentido convencional) nem seus assistentes técnicos. Não temos qualquer interesse em encontrar uma harmonia pré-estabelecida entre compulsões morais e constrangimentos institucionais. Sabemos, ademais, que as visões recebidas sobre adequação institucional servem para pouca coisa, exceto como argumentos contra aqueles que se distanciem demais do consenso profissional. A maior parte do que as cortes de fato fazem – intermediar pequenos acordos contra um pano de

fundo de fatos disputados e direitos incontestados, embora vagamente concebidos, e supervisionar a política e os promotores enquanto estes decidem quais membros violentos da subclasse irão prender – dificilmente cabe naquelas concepções de competência institucional.

Duas considerações em contrapeso deveriam guiar uma apreciação dos efeitos limitantes do papel judicial ao uso da doutrina desviacionista. De um lado, há a necessidade de não se buscar nos avanços doutrinários um substituto para conquistas mais tangíveis e amplamente baseadas, e de não se ver a disputa doutrinária como substituto para outras variedades de conflito prático ou imaginativo. De outro, não há qualquer mágica em uma configuração institucional estabelecida: nossas instituições herdadas são desenhadas para evitar atividades que possam, em qualquer esfera, ser capazes de transformá-las. A recusa em santificar os arranjos existentes implica uma disposição em desafiar pelo uso incongruente de papéis institucionais. É improvável que qualquer teoria geral dos papéis institucionais possa vir a se desenvolver partindo de considerações conflitantes como essas. Se pudesse, seu efeito não seria assegurar a compatibilidade geral de teorias autoritativas do justo com o conteúdo atual da ordem jurídica. Portanto, seria inútil para aqueles que houvessem esperado o máximo dela.

Uma prática revisada de análise jurídica, o produto construtivo de nossa crítica do formalismo, resolve o problema da doutrina apenas ao redefinir seus termos. Os procedimentos doutrinários recebidos e as teorias jurídicas que tentam justificá-los buscam um método que garanta tanto exatamente o grau correto de poder revisionário e quanto a reafirmação do contraste entre análise jurídica e conflito ideológico. O resultado concreto dessa busca, todavia, é reduzir todo raciocínio jurídico a um exercício obstinado de sofística, compelido em seus momentos mais sérios e sistemáticos a invocar teorias de fundo do justo e da prática social cujas implicações precisa também conter.

A doutrina desviacionista emprega um método, o desenvolvimento interno, cujo alcance de revisão pode ao final ser limitado apenas por considerações institucionais. Tais considerações não têm qualquer autoridade superior. A doutrina desviacionista não reivindica qualquer status privilegiado capaz de distingui-la claramente da disputa ideológica. Assim, quando perseguida além de certo ponto, deixa de parecer aquilo que agora chamamos de doutrina ou de servir aos propósitos estreitos da argumentação profissional, especialmente quando tal argumentação ocorre no contexto judicial. A cada ponto, no entanto, promete apenas

o que pode entregar: sua abordagem mais aberta e contestável da justificação não requer mistura de reivindicações teóricas ousadas com ajustes *ad hoc* salvadores.

Tal reinvenção da doutrina tem um significado mais amplo também. Cada mundo social estabilizado depende, para sua serenidade, da redefinição do poder e do preconceito como direito ou necessidade prática. As lutas mundanas e visionárias sobre a forma da vida social devem ser paradas ou circunscritas e as linhas de trégua, reinterpretadas como versão plausível embora falha de um regime justo.

Normas e doutrinas jurídicas definem os arranjos institucionais básicos da sociedade. Tais arranjos determinam os limites e modelam o conteúdo da atividade econômica ou governamental rotineira. As regras que configuram práticas formativas devem ser interpretadas e elaboradas como expressões de uma ordem normativa mais ou menos coerente, não apenas como uma série desconexa de troféus com os quais as diferentes facções marcam suas vitórias no esforço de alistar o poder governamental a serviço de vantagens privadas. De outro modo, a reafirmação do poder e do preconceito como direito não seria plenamente realizada. A generalidade das regras e a estabilidade dos direitos estariam em perigo permanente. A elaboração interpretativa das normas que governam um mundo social se transformaria em ocasião para começar novamente a luta sobre a estrutura desse mundo.

Nas sociedades com as quais a teoria jurídica contemporânea lida, a organização da vida social foi sujeita a conflito continuado e discernimento cumulativo e, assim, privada de parte de sua auréola de naturalidade e necessidade. O apelo a categorias abstratas de correção jurídica e necessidade técnica torna-se ainda mais importante, e as truncagens demandadas do raciocínio jurídico ou técnico tornam-se mais óbvios e abruptos. O exemplo singular mais importante de tal truncagem na doutrina jurídica e na teoria do direito já foi mencionado: o silêncio sobre os planos divergentes da vida social que são manifestados em corpos conflitantes de regras, políticas e princípios.

A doutrina desviacionista vê sua oportunidade na dependência de cada sociedade em relação a um regime institucional que por sua vez é refém de uma visão do justo. Em um cenário limitado e com instrumentos específicos, a prática da doutrina expandida começa de novo a luta sobre os termos da vida social. É a contraparte jurídico-teórica a uma teoria social que vê possibilidades transformadoras como inerentes aos mecanismos de estabilização social. Tal teoria recusa-se a explicar

as formas estabelecidas de sociedade, ou a sequência dessas formas na história, como expressões de imperativos práticos ou psicológicos irresistíveis. A doutrina alargada estende no pensamento jurídico um programa social comprometido a moderar o contraste entre a vida social rotinizada e sua recriação revolucionária ocasional. Quer que algo da qualidade dessa recriação entre na rotina.

O RESULTADO CONSTRUTIVO DA CRÍTICA DO OBJETIVISMO: REDEFININDO AS FORMAS INSTITUCIONAIS DA DEMOCRACIA E DO MERCADO

O produto construtivo de nossa crítica do objetivismo é nos voltar para a busca por formas institucionais alternativas dos ideais institucionais disponíveis, mais especialmente do mercado e da democracia. O meio principal pelo qual perseguimos essa busca é a própria doutrina desviacionista, incluindo a crítica histórica e analítica das concepções jurídicas recebidas. Para seu pleno desenvolvimento, tal busca requer três corpos de ideias animadoras e auxiliares.

O primeiro conjunto de ideias é uma visão crível da mudança social. Sem tal visão, não teríamos padrões para distinguir ideais programáticos mais ou menos realistas. O debate programático voltaria então a seu dilema moderno característico. As propostas que se distanciam nitidamente das realidades existentes acabam por parecer fantasias utópicas que meramente invertem uma realidade social que são imaginam seriamente transformada, as propostas próximas da realidade estabelecida representam ajustes marginais que dificilmente parecem merecer que se lute por eles. A imaginação programática alterna entre dois perigos opostos e complementares de redefinição sem esforço e rendição incondicional.

O segundo grupo de ideias auxiliares é uma concepção do ideal que deve guiar a reconstrução das formas institucionais. Esse ideal pode representar o produto de discernimento visionário responsivo a circunstância histórica particular. Ou pode ser simplesmente tentativa de captar e generalizar o significado de certo processo de desenvolvimento interno.

Uma terceira série de ideias oferece uma concepção da relação adequada entre direito e sociedade. As formas institucionais alternativas, assim como os arranjos que elas substituem, precisam ser desdobradas em categorias jurídicas. Fazê-lo é parte do trabalho da doutrina desviacionista.

Uma forma de esclarecer a origem e o caráter, senão a justificação, do ideal que inspira nossas ideias institucionais programáticas, é dizer que nosso programa surge da generalização de ambições amplamente compartilhadas pelas grandes doutrinas seculares de emancipação do passado recente – liberalismo e socialismo – e pelas teorias sociais que as suportaram. No coração de cada uma dessas doutrinas reside a crença de que o enfraquecimento das divisões e hierarquias sociais revelaria a atributos comuns profundos e liberaria poderes produtivos e criativos. As consequências teóricas e práticas dessa crença foram drasticamente comprimidas pelos pressupostos dogmáticos sobre as formas possíveis da mudança social e suas possíveis expressões institucionais. Atacamos o segundo conjunto de constrangimentos e assim, por implicação, o primeiro. O resultado é uma versão mais generalizada ou radicalizada do ideal social. Nosso ataque a esses constrangimentos nos levou a repensar o conteúdo da causa progressista.

Há três formas equivalentes de apresentar uma visão dessa causa informada por tais atos de reimaginação. O objetivo, segundo uma primeira interpretação, é um afrouxamento cumulativo da ordem fixada da sociedade, de seu plano de divisão e hierarquia social, de seu esquema imposto de maneiras possíveis e desejáveis de associação humana. O sentido dessa dissolução progressiva é que a cada aspecto da ordem social deva corresponder uma atividade prática ou imaginativa que o torne vulnerável ao conflito e à deliberação coletiva. (A própria doutrina expandida exemplifica tal atividade.) Dessa forma, nenhuma parte do mundo social pode permanecer isolada da luta desestabilizadora.

Uma segunda declaração do ideal que guia a elaboração de formas institucionais alternativas é de que as chances de vida e as experiências de vida do indivíduo devem ser crescentemente libertadas da tirania de categorias sociais abstratas. Uma pessoa não deve permanecer fantoche de sua posição no contraste de classes, sexos e nações. As oportunidades, experiências e valores convencionalmente associados a essas categorias devem ser deliberadamente misturados.

Uma terceira versão equivalente do ideal é de que o contraste entre o que um mundo social incorpora e o que ele exclui, entre rotina e revolução, deve ser desmontado o máximo possível, o poder ativo de reimaginar e refazer a estrutura da vida social deve entrar no caráter da existência cotidiana. Nenhuma das formas sociais e mentais dentro das quais habitualmente nos movemos, nem todas aquelas produzidas na história, descrevem ou determinam exaustivamente nossas capacidades

de conexão humana. Nenhuma escapa da qualidade de ser parcial e provisória. Mas esses mundos mentais e sociais, não obstante, diferem na severidade assim como no caráter e conteúdo de sua qualidade limitadora. A busca pelas formas de experiência menos condicionais e confinadoras é a busca por um mundo social que possa melhor fazer justiça a um ser cujo atributo primordial é o poder de superar e revisar, com o tempo, toda estrutura social ou mental em que se move. Essas três versões equivalentes do ideal, afirmado aqui com extrema abstração, podem ajudar a guiar tal revisão. Não obstante, a cada estágio da progressão em direção ao concreto, a transição ao próximo nível permanece aberta e especulativa.

Junto a essa abordagem do ideal social vem uma concepção do direito e de sua relação desejável com a sociedade. Houve um tempo, na Europa pré-revolucionária das comunidades políticas aristocráticas e corporativas, em que as doutrinas mais influentes sustentavam que o direito em geral e a constituição em particular deveriam ser a expressão e a defesa da ordem subjacente de divisão e hierarquia social. O sistema de direitos era concebido para exibir em sua superfície a estrutura bruta da sociedade, como um prédio cuja fachada transcreve seu desenho interno.

A mudança mais importante na história do pensamento jurídico moderno foi provavelmente a virada dessa concepção para a ideia de que a constituição e o direito deveriam marcar o espectro de acordos possíveis entre as pessoas, como proprietários e cidadãos, desconsiderando a posição que os indivíduos ocupassem na sociedade existente. Segundo essa visão, o sistema de direitos emergiria acima da ordem social real. Os direitos seriam claros e efetivos ou se essa ordem não existisse ou se pudesse ser adequadamente domesticada e justificada pelo mero expediente de tratá-la como inexistente para os propósitos da definição dos direitos.

O movimento de estudos críticos do direito comprometeu-se com outra mudança na concepção da relação do direito com a sociedade, potencialmente igual em escopo e importância à transição a direitos indiferentes à classificação e à posição social. O direito e a constituição vêm agora a serem vistos exatamente ao reverso do que pretendia a teoria pré-revolucionária. Tornam-se a negação em vez da reafirmação do plano de divisão e hierarquia social. O objetivo do sistema de direitos, tomado como um todo e em cada uma de suas partes, é servir como contraprograma para a manutenção ou reemergência de qualquer esquema de papéis e classificações sociais que possa se tornar isolado contra o desafio.

Tal contraprograma pode parecer demandar um voluntarismo extremo e quase paradoxal. Considere, porém, os fatores que podem ajudar a transformar esse aparente voluntarismo em discernimento transformador. Primeiro, essa visão meramente leva a sério as pré-concepções da teoria jurídica e política liberal e as conduz a suas conclusões. Pergunta o que seria preciso para a que a própria vida social adquirisse de fato os atributos que em considerável medida a política liberal já possui. Longe de representar uma reversão súbita das experiências da sociedade e do pensamento social, ela trabalha a partir de uma história de discernimento teórico e política prática: o discernimento sobre o caráter de artefato da vida social, a política de destruir a imunidade de estruturas sociais fixas à política. Segundo, uma das bases mais importantes dessa visão da relação do direito com a sociedade é o reconhecimento de que as sociedades se diferenciam na medida em que colocam a si mesmas abertas à autorrevisão. Para ver essa diferença, é suficiente comparar as próprias democracias liberais com as sociedades que as precederam. Terceiro, a visão antagônica da relação do direito com a sociedade não precisa, na verdade não pode, ser aplicada de uma só vez. Serve como ideal regulador capaz de guiar transformações modestas, mas potencialmente cumulativas. As próximas partes do meu argumento podem ajudar a mostrar como esse processo pode acontecer e o que ele significa em maior detalhe.

DE UM IDEAL SOCIAL A UM PROGRAMA INSTITUCIONAL

Revolução política e cultural

O ideal social e a visão da relação do direito com a vida social que acabei de descrever podem ser traduzidos em um programa para a reconstrução da democracia e, mais geralmente, do regime institucional estabelecido. Podem também ser tomados como base de uma visão das relações pessoais transformadas. Começo sugerindo como um programa para reconstruir os arranjos institucionais básicos da sociedade pode ser inferido, por desenvolvimento interno, da crítica das práticas e ideais institucionais existentes, especialmente os ideais e práticas da democracia. Então sigo para traçar esse programa de reforma em três contextos: a organização do governo, a organização da economia e o sistema de direitos.