

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.



mental fora do judiciário. Sem essa sustentação e eco, desenvolvimentos na doutrina jurídica dentro e fora do contexto judicial podem fazer não mais do que criar oportunidades práticas transitórias e limitadas, enquanto dão especificidade persuasiva a um ideal insuficientemente definido.

Esse segundo pressuposto tem um corolário que pode ser descrito na forma de resposta a uma objeção. Praticar a argumentação doutrinária e ideológica ou a controvérsia teórico-social de forma ao mesmo tempo aberta e fechada, como ilustrado pela discussão precedente, é assumir altos riscos. Os defensores de uma visão radicalmente diferente podem vencer hoje, de fato se não por direito. Pode ser útil, segue a objeção, estancá-la em nome de uma versão atualizada de doutrina formalista e objetivista.

Essa objeção equivoca-se sobre a relação entre razão e democracia. O apelo a uma necessidade conceitual espúria pode provar-se taticamente oportuno. Ao final, contudo, sempre representa uma derrota para nossa causa, não importa quem sejam os vencedores temporários no debate doutrinário ampliado, pois tal apelo invariavelmente atribui a certos arranjos institucionais e pressupostos imaginativos uma autoridade que eles não têm. Dessa forma, ajuda a prender as pessoas dentro de um mundo social cujas defesas contra a perturbação são o lado reverso de suas hierarquias de vantagem e de suas práticas de subjugação. Cada pancada contra essa má compreensão da vida social dá um sopro em favor do programa com que nos comprometemos.

DE UM PROGRAMA INSTITUCIONAL A UM EXEMPLO DOCTRINÁRIO: CONTRATO, MERCADO E SOLIDARIEDADE

Outro exemplo de doutrina desviacionista serve a dois propósitos. Junto com o primeiro exemplo, dá algum sentido à ampla variedade de formas que a doutrina expandida pode tomar, enquanto sublinha o que essas formas têm em comum. Também desenvolve em detalhe a concepção de direitos de solidariedade e direitos de mercado apresentada no programa institucional anterior. Colocados lado a lado, os dois exemplos fornecem o contorno de uma visão sistemática do direito público e privado, uma visão do direito atual assim como do transformado. Agora, como antes, é importante não confundir um modelo de prática doutrinária com o material a que ele é aplicado: o mesmo modelo pode vir a ser suportado por qualquer ramo do direito. Algumas variantes de doutrina desviacionista, contudo, funcionam melhor em certas áreas do direito do que em outras. A relação do modelo com a substância implica um

juízo de adequação. O material usado aqui vem do direito americano contemporâneo, mas com ajustes marginais poderia ser tomado de quase qualquer jurisdição de *civil* ou *common law*.

A teoria contratual desintegrada

Os problemas a serem discutidos incluem todos aqueles que o pensamento jurídico de hoje trata como questões de contrato. O argumento, no entanto, atinge muito além do escopo de nossa teoria contratual ainda reinante. A aplicabilidade dessa teoria foi sujeita ao longo do tempo a várias qualificações. Primeiro, há as exclusões: áreas inteiras do direito, como direito de família, direito do trabalho, antitruste e direito societário, e mesmo direito internacional, que foram alguma vez tomadas como ramos de uma teoria contratual unificada, mas gradualmente passaram a ser vistas como demandando categorias não assimiláveis àquela teoria. Depois, há as exceções: corpos de direito e prática social, como relações fiduciárias, que vêm sob um conjunto anômalo de princípios dentro da área central do contrato. Finalmente, há as repressões: problemas como aqueles de relações contratuais de longo prazo que, embora resistentes às soluções fornecidas por uma teoria orientada primariamente à transação pontual, à distância e de baixa confiança, não obstante, são mais frequentemente tratados por desvios *ad hoc* das regras e ideias dominantes do que por normas claramente distintas.

Quando se somam as exclusões, exceções e repressões, começa-se a duvidar sobre em que sentido precisamente a teoria contratual tradicional é de todo dominante. Parece um império cuja autoridade reivindicada e percebida sobrepuja vastamente seu poder real. Ainda assim, tal teoria continua a dominar ao menos em um sentido importante: ela compele todos os outros modos de pensamento a se definirem negativamente, por contraste a ela. Essa dominância intelectual acaba por ter consequências práticas importantes.

O objetivo maior do argumento a seguir é mostrar como um conjunto de ideias único e coerente pode abraçar todo esse campo de problemas. A principal preocupação do argumento, contudo, é contribuir para o desenvolvimento de uma visão prescritiva – instrumentos conceituais com os quais entender o contrato e os campos correlatos mais clara e coerentemente. Ele quer substituir o contraste entre teoria dominante e exclusões, exceções e repressões desgovernadas por uma visão que possa explicar ou justificar soluções distintas a diferentes problemas práticos dentro de uma abordagem unificada. Se puder executar tal tarefa, a

explicação proposta terá derrotado a teoria recebida em seu próprio jogo de generalização persuasiva. Como pode ser esperado no caso de uma doutrina jurídica, novas explicações vêm de mãos dadas com novas avaliações: as mesmas ideias que podem efetivamente reunificar e reorganizar o campo inteiro dos problemas contratuais também ajudam a desacreditar os compromissos normativos do pensamento estabelecido.

A teoria contratual clássica sempre se provou sedutora aos juristas em busca de um cálculo jurídico que pudesse reivindicar gerar as regras neutras da interação humana livre. Pela mesma razão, ela oferece o mais valioso desafio a uma concepção de doutrina que enfatiza a continuidade entre análise jurídica e conflito ideológico. O custo da tentativa de penetrar as próprias defesas de uma técnica aparentemente apolítica é a maior complexidade. O exemplo da proteção igual lidou com um aspecto da estrutura institucional inteira da sociedade. A discussão a seguir deve considerar uma porção da textura fina da vida social e esforçar-se pela delicadeza que o escrutínio jurídico dessa textura fina demanda.

Minha análise avança em cinco passos. Primeiro, enumera dois dos pares dominantes de princípios e contraprincípios que informam todo esse corpo de direito. A seguir, examina pontos de controvérsia no direito que põem no foco uma ambiguidade na relação entre os princípios e os contraprincípios. Embora os contraprincípios possam ser vistos como meras limitações aos princípios, podem também servir como pontos de partida para uma diferente concepção organizadora de toda essa área do direito. Terceiro, a análise generaliza essa concepção alternativa, discutindo a teoria das fontes de obrigação e a abordagem dos direitos que ela implica. O quarto passo testa e refina essa alternativa, aplicando-a a problemas outros que os pontos de controvérsia que formaram o cenário para sua formulação original. O quinto e último estágio é, em certo sentido, o primeiro; oferece retrospectivamente um argumento mais completo para a direção na qual todos os passos da análise caminharam. Mas compreender o desenvolvimento interno é ver por que a justificação pode ser obtida passo a passo, pela explicação, generalização e revisão cumulativas, em vez de pela dedução a partir de compromissos já desenvolvidos. Tomado como um todo, esse exercício de doutrina crítica exemplifica o recurso mais característico da mente subversiva: transformar o desviante em dominante para o bem de uma visão que se torna mais clara no curso da própria transformação. Tal visão acaba por redefinir os interesses e ideais que começou por promover.

Princípio e contraprinípio: liberdade para contratar e comunidade

A maior parte do direito e da doutrina contratual pode ser entendida como expressão de um pequeno número de ideias opostas: princípios e contraprinípios. Essas ideias conectam os *standards* e regras jurídicas mais concretos a um conjunto de pressupostos de fundo sobre como as pessoas podem e devem lidar umas com as outras em diferentes áreas da vida social. Os princípios e contraprinípios são mais que artefatos de curiosidade teórica. Eles provisoriamente decidem o que de outro modo permaneceria como ambiguidades onipresentes no direito. Mas eles mesmos podem ser apreendidos e justificados apenas como uma afirmação sumária dos esquemas de fundo de associação humana possível e desejável. Apenas esse contexto mais profundo pode oferecer direcionamento sobre o alcance relativo e o conteúdo distintivo de os princípios e contraprinípios em oposição. Porque os métodos convencionais de análise jurídica estão comprometidos com o contraste entre doutrina e ideologia ou filosofia, eles quase invariavelmente preferem deixar implícita a referência aos fundamentos imaginativos mais amplos das regras e princípios. Eles ganham um semblante de maior certeza ao custo de um dogmatismo arbitrário.

Por que as ideias controladoras vêm na forma de princípios e contraprinípios antagonistas? Tal oposição pode por si mesma gerar um corpo de direito e pensamento jurídico que aplique diferentes modelos de associação humana a distintas áreas da vida social. No mínimo, os contraprinípios deixam os princípios no lugar e os previnem de se estenderem, imperialmente, a toda a vida social. Uma vez que o papel crucial dos contraprinípios tenha sido reconhecido, o apelo a uma visão mais ampla das imagens possíveis e desejáveis de conexão humana se torna inevitável. Porque a análise convencional quer evitar, senão a realidade, ao menos a aparência de tal apelo, ela também sistematicamente minimiza os contraprinípios.

A estrutura das ideias reinantes sobre contrato e seus campos adjacentes pode ser exposta na forma de dois pares de princípios e contraprinípios. Se estivéssemos preocupados com um problema contratual em particular, poderíamos precisar de muitos níveis intermediários de raciocínio para completar a argumentação.

O primeiro princípio é aquele da liberdade para entrar ou recusar entrar em um contrato. Mais especificamente, é a faculdade de escolher seus parceiros contratuais. Chame-o, por agora, de liberdade para contratar.

As qualificações que a disciplina jurídica da cessão de crédito¹³ impõe sobre a doutrina da relatividade dos efeitos do contrato¹⁴ mostram que o princípio da liberdade para contratar é marcado por certa complexidade de significado, mesmo quando damos como certas as formas de organização do mercado agora dominantes. Em um sistema que trata o direito consolidado de propriedade como a forma exemplar do próprio direito subjetivo, e que concebe a propriedade em parte como aquilo que pode ser livremente comprado e vendido em um mercado impessoal, restrições sobre a transferência de direitos precisam ser limitadas. O direito deve tratar as relações contratuais como se fossem impotentes para imprimir um caráter permanente sobre as coisas tangíveis ou intangíveis (incluindo o trabalho de outras pessoas) a que essas relações dizem respeito. Considerada de qualquer perspectiva – seja aquela do significado comum da liberdade para contratar, seja aquela das demandas práticas dos tipos existentes de mercados, seja a do comportamento e das motivações reais dos agentes econômicos –, a confrontação entre os ideais de pessoalidade e impessoalidade, manifestos respectivamente nas doutrinas da relatividade dos efeitos do contrato e da cessão de crédito, representa menos um conflito entre o primeiro princípio e um contraprincípio do que a desarmonia dentro do próprio princípio. Essa desarmonia pode ser resolvida por variado número de compromissos práticos.

Outras áreas do direito e da doutrina, contudo, de fato circunscrevem o princípio da liberdade para contratar em nome de uma ideia inteiramente diferente. Corporificam um contraprincípio: de que a liberdade para escolher o parceiro contratual não poderá funcionar de formas que subvertam os aspectos comunitários da vida social.

Um exemplo desse contraprincípio ocorre na área dos contratos compulsórios e situações jurídicas a eles análogas. A entrada voluntária no curso de uma relação comercial com outra parte pode tornar a parte responsável por violar certas expectativas às quais a transação dá origem (exemplos de responsabilidade pré-contratual ou *culpa in contrahendo*). A ocupação de uma posição ou o exercício de uma profissão (como a medicina) pode trazer responsabilidades especiais e justificar expectativas especiais. Seja a responsabilidade nesses casos enquadrada como contratual ou delitiva, ela resulta de interações baseadas em papéis, não de um acordo totalmente estipulado nem do exercício de regulação governamental direta.

13 No original: *Law of assignment*. [N.]

14 No original: *Doctrine of privity*. [N.]

Um segundo exemplo do contraprincípio aparece em corpos de regras e doutrinas que afirmam a obrigação de alguém corresponder à confiança legítima em suas próprias promessas (interdito promissório) e proceder à restituição por “enriquecimento sem causa” (quase-contrato). A proteção dos interesses amparados em expectativa legítima aplica-se diante de situações que um acordo bilateral desenvolvido não pode alcançar. Muito do direito restitutivo tem o mesmo sentido de compensar por violações de confiança em um contexto de relações próximas ou indefensabilidade excepcional. Logo, as regras sobre expectativas e restituição podem operar para impedir que o princípio da liberdade para contratar trace os limites da responsabilidade tão rígida e estreitamente que a textura fina das reciprocidades seja deixada inteiramente desprotegida.

A aplicação mais instrutiva do contraprincípio reside, entretanto, em uma terceira área: as regras do direito contratual que desencorajam contratar em ambientes não comerciais. Essas regras expressam uma relutância em permitir que o direito contratual invada a família e a amizade, a fim de que não destrua sua qualidade comunitária peculiar. Abordemos a questão indiretamente, por meio das normas que governam a interpretação da intenção de contratar. Essas normas elucidam mais claramente que quaisquer outras as fronteiras do princípio de liberdade para contratar e a visão da vida em sociedade, dentro e fora do comércio, que essas fronteiras implicam.

A regra geral de primeiro nível no direito contratual anglo-americano contemporâneo é de que a declaração da intenção de se vincular juridicamente pode ser desnecessária, embora a declaração da intenção de não se sujeitar ao direito possa ser efetiva. Presume-se que aqueles que se devotam ao autointeresse no áspero mundo dos negócios queiram toda a ajuda que possam ter para evitarem ser enganados e prejudicados por aqueles com quem negociam contratos.

Uma regra de segundo nível guia e qualifica a interpretação daquela de primeiro nível. Sempre que possível, a corte interpreta a intenção de um modo que proteja expectativas legítimas e coloque as partes fora de uma situação em que elas fiquem à mercê umas das outras. Então, se o relacionamento comercial diz respeito a entregas separadas durante longo período e uma parte confiou seriamente no suprimento continuado, a corte pode voltar atrás para interpretar a exclusão de responsabilidade o mais estreitamente possível.

Uma regra de terceiro nível limita o escopo daquelas de primeiro e segundo nível. Como qualificação da regra de segundo nível, afirma

que o impulso para interpretar a intenção de modo a evitar colocar uma parte nas mãos da outra será suprimido em contextos não comerciais. Como limitação da regra de primeiro nível, reverte na vida familiar ou na amizade a presunção de que a intenção é juridicamente vinculante, uma afirmação explícita da intenção será requerida. Diz-se que ou raramente há intenção de que “arranjos sociais” tenham consequências jurídicas, ou que eles não devem ter essas consequências. A intenção deveria ser interpretada segundo tal entendimento.

Em certo sentido, esse critério de terceiro nível antecede os outros dois, porque determina o escopo da aplicação deles. Sua justificação aparente reside na tentativa de defender a comunidade privada contra a intervenção disruptiva do direito e do regime de direitos e deveres rigidamente definidos que o direito traria na sua esteira. O porquê de a comunidade privada precisar dessa defesa é algo que podemos explicar só depois de tornar explícita a visão que subjaz ao jogo mútuo entre o princípio da liberdade para contratar e seu contraprincípio.

Note que, enquanto o direito desfavorece transações comerciais familiares, ele pode encorajar doações familiares. Então, a doutrina da contraprestação do *common law*¹⁵ é crivada de exceções, como a doutrina da contraprestação meritória, desenhada para facilitar liberalidades dentro da família. A hostilidade para com doações suspeitas de enfraquecer deveres familiares (como doações de um homem casado a sua amante) contrasta com a solicitude demonstrada para com doações intrafamiliares (como doações de pai para filho) quando não se precisa proteger direitos concorrentes de herança ou crédito. Assim como a teoria contratual clássica descreve a relação comercial como criatura benéfica do autointeresse anticomunal, vê a doação como instrumento seja da generosidade que preserva a comunidade, seja da fraude ao direito destruidora da comunidade.

A relação de princípio e contraprincípio no direito contratual pode ser interpretada como expressão de duas visões diferentes sobre como as pessoas podem e devem interagir nas áreas da vida social tocadas pelo direito contratual: uma bruta e fácil de criticar, a outra mais sutil e justificável. A visão bruta é aquela exibida mais claramente pelas regras que tentam manter o contrato fora do campo dos “arranjos sociais”. Ela contrasta um ideal de comunidade privada, destinado a realizar-se principalmente nos cenários da família e da amizade, com o ideal de liberdade contratual, endereçado ao mundo do comércio autointeressado.

15 No original: *doctrine of consideration*. [N.]

O reino social é retratado como rico precisamente nos atributos que se pensa estarem quase completamente ausentes da esfera econômica. As formas comunais em que abundam, ilhas de apoio e lealdade recíprocos, nem precisam de tanto direito nem são capazes de tolerá-lo. Pois o direito nessa concepção é o regime dos direitos rigidamente definidos que demarcam áreas para a ação discricionária.

A ideia de que há um campo de experiência, fora do mundo sério do trabalho, em que as relações comunitárias florescem pode vir a justificar a devolução da vida prática ao autointeresse mais rude. As premissas para essa devolução recordam o contraste entre Veneza e Belmonte n'*O mercador de Veneza*.¹⁶ Em Veneza, as pessoas fazem contratos; em Belmonte, trocam alianças de casamento. Em Veneza, são mantidas juntas por combinações de interesse; em Belmonte, por afeição mútua. A riqueza e o poder de Veneza dependem da boa vontade de suas cortes para manter os homens presos a seus contratos. O charme de Belmonte é prover seus habitantes com uma comunidade em que contratos permanecem na maior parte supérfluos. Veneza é tolerável porque seus cidadãos podem ocasionalmente escapar para Belmonte e apelar da justiça veneziana à misericórdia belmontina. Mas a existência mesma de Belmonte pressupõe a prosperidade de Veneza, de onde os habitantes de Belmonte ganham seus meios de subsistência. Essa é a forma de vida que a teoria contratual clássica reivindica descrever e procura definir, uma existência separada em uma esfera de comércio supervisionada pelo estado e uma área privada, da família e da amizade, largamente embora não totalmente além do alcance do contrato. Cada metade dessa vida tanto nega a outra quanto depende dela. Cada uma é a um só tempo parceira e inimiga da outra.

O pano de fundo imaginativo mais amplo desse contraste é uma visão da vida social que distingue entre regimes de conexão humana. Esses regimes são destinados a se realizarem em áreas separadas da vida social: democracia para o estado e a cidadania, comunidade privada para a família e a amizade, uma amálgama de contrato e hierarquia técnica impessoal para o mundo cotidiano do trabalho e das trocas. O atributo mais notável dessa visão é a exclusão das imagens de conexão humana mais ambiciosas moralmente das atividades e instituições prosaicas que absorvem a maioria das pessoas na maioria do tempo.

16 Peça de Shakespeare publicada em 1600. [N.]

Esses modelos excluídos são a democracia e a comunidade privada. Sua ambição moral consiste em sua promessa de uma reconciliação parcial entre as reivindicações concorrentes de autoafirmação e vínculo com as outras pessoas: uma reconciliação, na verdade, entre dois lados concorrentes da própria experiência de autoafirmação. Segundo a lógica da visão, qualquer tentativa de estender esses ideais para além de seu campo de aplicação próprio na vida cotidiana se encontrará com desastre. Não apenas a extensão falhará, mas as condições práticas e psicológicas que permitem o florescimento dos ideais mais altos em seu terreno próprio podem também ser destruídas no curso da tentativa.

Um olhar mais próximo ao contraste entre direito contratual e comunidade privada mostra que essa oposição depende de pressupostos empíricos e normativos que não podem ser justificados mesmo à luz dos ideais sociais dominantes e entendimentos atuais do fato social. A instância primordial do ideal de comunidade privada é a família. A teoria contratual clássica tem problema com a família por duas razões, uma delas explícita e a outra tácita, embora igualmente importante. Como a maioria dos pressupostos ideológicos bem estabelecidos, essas razões combinam lucidez e ilusão.

Primeiro, supõe-se que a família dependa de uma união de sentimentos e de um dar-e-receber flexível que o direito contratual desmontaria com suas alocações fixas de direitos e deveres sob regras rígidas. O próprio processo pelo qual os membros de uma família moldassem seus relacionamentos na linguagem de suas pretensões formais confirmaria e aceleraria a dissolução da família. A vida comunal precisa manter fluidas as linhas do direito subjetivo e do dever em atenção a uma confiança irrestrita. Precisa subordinar a ciente defesa da prerrogativa individual à promoção do propósito compartilhado e ao reforço do envolvimento mútuo.

A outra razão para separar a família, como núcleo paradigmático da comunidade privada, do contrato, como a negação da comunidade, é geralmente deixada implícita. Contudo, impede essa concepção do direito e a família de serem meramente sentimentais. A família burguesa do século XIX (ou sua sucessora diluída) constitui certa estrutura de poder. Como todas as estruturas de poder, convoca seus membros a aceitar a legitimidade de enormes desigualdades na distribuição de confiança. Nas versões mais puras, ao marido tinham que ser autorizados amplos poderes de supervisão e controle sobre a esposa e as crianças, como se a discricionariedade nas mãos delas pudesse colocar em perigo o grupo

familiar. A fluidez dos direitos parece consistente com a manutenção e prosperidade da família apenas porque há uma autoridade no comando capaz de dar direção ao time.

A teoria contratual clássica nasceu lutando contra esse exercício de poder francamente pessoal e desigual. O direito de família pode permanecer penetrado por noções de status e atento a distinções hierárquicas entre parentes. Mas o direito contratual moderno foi construído como a versão culminante do universalismo abstrato. É hostil à autoridade pessoal como fonte da ordem; proclama igualdade na desconfiança. Os mecanismos da jurisdição e da barganha igualitária, autointeressada, não podem vir a concordar com a mistura iliberal de poder e submissão.

Quando combinados, esses dois elementos da concepção dominante de família e direito sugerem uma visão da família como uma estrutura de poder enobrecida pelo sentimento. Tanto como sentimento quanto como poder, ela repudia o estado de direito. Fosse a família mero sentimento, iria se desintegrar, já que de acordo com essa perspectiva o sentimento é precário e amorfo. Fosse a família poder bruto, não amaciado pelo sentimento, poderia não merecer preservação. A união redentora de autoridade e afeição providencia a alternativa à ordenação jurídica ou ao menos contratual. Fornece a chave mestra para uma compreensão de como Belmonte suposta ou admitidamente é em um mundo no qual nunca pode pretender ser mais que um satélite de Veneza.

Note que a visão toda da família para além do contrato depende da parceria entre uma concepção empobrecida de comunidade e uma visão estreita do direito em geral e do contrato em particular. A concepção de comunidade define a vida comunitária largamente de modo negativo, como ausência de conflito. A visão do direito exhibe a prudência da desconfiança. Insiste em zonas claras de direitos discricionários dentro das quais o titular pode ser livre para exercer seu direito como quiser e para além das quais não pode reivindicar proteção. O resultado prático da oposição polêmica entre contrato e comunidade é deixar inadequadamente suportadas as interdependências sutis da vida social que florescem fora da estreita zona da comunidade reconhecida. O resultado prático para a própria comunidade privada é renovar a identificação do ideal comunitário com a autoridade e dependência pessoal que frequentemente marcam a vida familiar. Esse resultado explica por que a responsabilidade mútua pode se dar melhor, jurídica e faticamente, no impiedoso mundo dos acordos comerciais do que no suposto paraíso comunitário da vida familiar.

A oposição perigosa entre contrato e comunidade não exaure a visão social expressa pela coexistência entre o primeiro princípio e seu contraprincípio. Essa coexistência também sugere uma concepção das obrigações emergentes das interdependências sociais que não pode ser reconciliada com a simples oposição entre contrato e comunidade. Se essa margem imaginativa alternativa pudesse ser desenredada daquela oposição, poderia fornecer uma melhor base para a teoria contratual.

Princípio e contraprincípio: liberdade de contrato e equidade

Agora considere um segundo princípio e contraprincípio. O princípio afirma que as partes devem ser livres para escolher os termos de seu acordo. Exceto em casos especiais, não serão secundadas por uma corte, ao menos enquanto permaneçam dentro das regras básicas que definem um regime de contratação livre. (O tamanho exato dos problemas conceituais que essa qualificação cobre ficará aparente em breve.) Chame esse princípio de liberdade de contrato, em distinção com relação à liberdade para contratar. Suas fronteiras são traçadas pelo contraprincípio de que relações contratuais injustas não devem ser executadas. Antes de sondar os limites e manifestações desse contraprincípio, pode ser de ajuda o entendimento do problema central que esse segundo par de ideias jurídicas precisa resolver.

Regime contratual é apenas outro nome jurídico para mercado. O regime deixa de existir quando as desigualdades de poder e conhecimento se acumulam a ponto de transformar as relações contratuais em manifestação exterior de uma ordem de poder. A capacidade das partes contratantes de barganharem por iniciativa própria e por sua própria conta precisa ser real. Por outro lado, o compromisso em cancelar qualquer desigualdade de poder ou conhecimento assim que ela apareça também minaria um regime contratual. Mercados reais nunca são simplesmente máquinas para transações instantâneas entre agentes econômicos igualmente conhecedores e igualmente capazes de aguardar pela próxima oferta ou se retirar do curso atual da negociação. O sucesso contínuo em transações de mercado mostra-se parcialmente na construção de vantagens de poder ou conhecimento que permitem a seus beneficiários saírem-se muito melhor na próxima rodada de transações. Se cada um fosse rapidamente repostado a uma situação de igualdade dentro da ordem de mercado, o método responsável por essa reposição viria a ser o verdadeiro sistema de alocação de recursos. Tal método esvaziaria as transações de mercado de muito de seu significado.

À primeira vista pode parecer que essas duas fronteiras – a permissão da acumulação irrestrita de desigualdades e a correção delas tão logo surjam – deixam um espaço intermediário de solução tão largo que elas raramente restringem a organização de um regime contratual. Há um número indefinido de pontos nesse espaço em que o compromisso entre correção e permissão pode ser atingido. Não podemos derivar da ideia abstrata de mercado a decisão de desenhar a linha em um ponto em vez de em outro. Mas quando a análise dessa tensão se combina com a tese de que o mercado não tem qualquer estrutura institucional inerente, o resultado conjunto começa a parecer bem mais consequente.

A distância entre as fronteiras não permanece constante enquanto o caráter institucional do mercado muda. Alguns regimes de mercado, tomados em seu cenário político e social real, podem regularmente gerar ou incorporar tanta desigualdade que o mínimo de correção necessária para prevenir que se degenerem em ordens de poder chega a mais do que a máxima correção compatível com a autonomia de decisões descentralizadas de mercado. (Note a semelhança com o argumento anterior sobre desigualdade e proteção igual.)

A solução então é mudar os arranjos institucionais tanto da economia de mercado quanto da política democrática, democratizando o mercado e aprofundando a democracia segundo linhas como aquelas que esbocei anteriormente. Na falta de tal revisão, podemos tentar tomar iniciativas que renunciem essa direção. Tais iniciativas podem destacar os problemas mais sérios para um tratamento especial (o exemplo do direito do trabalho como forma de suplementar o direito geral dos contratos na consideração da desigualdade na relação de emprego). Alternativamente, podem preferir *standards* e lemas vagos, sugestivos (como boa-fé ou abusividade),¹⁷ que uma vez interpretados no contexto podem suportar ajustes *ad hoc* dos termos contratuais toda vez que a desigualdade ameaça eviscerar o contrato. Ambas as respostas podem limitar o impacto subversivo da correção sobre o corpo de direito contratual central, embora poroso e em retração.

Há vários modos complementares de dizer se e quanto uma particular ordem econômica sofre desse problema. O mais importante, o estudo empírico das relações de mercado, está além das ambições desta análise. Sua menção aqui fornece uma das várias ocasiões para lembrar que a descrição e a explanação social empírica representam parte integrante

17 No original: *unconscionability*. [N.]

da doutrina desviacionista. Um segundo modo, a definição do caráter institucional específico da economia de mercado em questão, formou parte da minha discussão programática anterior. As páginas seguintes exploram um terceiro caminho: a interpretação das soluções especiais que servem como substitutos para a reconstrução institucional.

Considere as formas tomadas pelo contraprinípio da equidade¹⁸ em duas das áreas óbvias de sua aplicação: o direito que governa a resolução contratual por alteração das circunstâncias ou erro substancial e o direito da coação, cujos problemas se estendem ao direito do trabalho. Em cada um desses cenários, a ideia de equidade toma diferente sentido. Seu significado inclusivo é a soma dessas e de outras conotações fracamente associadas.

Uma das partes ou ambas podem atribuir a algo que estão trocando uma qualidade que o objeto não possui. Ou podem ignorar uma qualidade que ele na verdade possui. Um evento subsequente ao fechamento de um contrato executório pode mudar, mesmo radicalmente, o valor relativo das prestações. Em qualquer dos casos, uma discrepância pode emergir entre o valor real e o esperado ou imaginado. Em que ponto a distorção produzida pelo erro sobre o presente ou o futuro justifica uma revisão do contrato? Fixar as perdas onde elas recaíram ou deveriam haver recaído no momento da conclusão da execução contratual pode produzir um resultado ao menos tão arbitrário quanto a execução estrita do acordo original. Consequentemente, se deve haver alguma revisão, o problema real torna-se se e como encontrar uma distribuição alternativa das perdas e ganhos. Contra a correção pode-se argumentar que todos os contratos são suposições pelas quais as partes imaginam quanto as coisas provavelmente vão valer para si no futuro. O limite externo desse argumento, todavia, reside nas pressuposições feitas sobre os riscos que as partes pretendem assumir.

O problema regularmente surge de uma ambiguidade nas expectativas que se supõe que o direito contratual deve proteger: a expectativa pode ser um interesse em certa prestação ou no valor de troca que essa prestação incorpora. Mesmo quando a prestação consiste em pagamento em dinheiro, a ambiguidade não desaparece. O próprio direito importa por causa de seu valor de troca e esse valor pode sofrer variações radicais e inesperadas.

18 No original: *fairness*. [N.]

A questão poderia ser resolvida se o direito observasse as partes em cada transação comum como apostadores de alto risco e seguidores implacáveis de uma lógica segundo a qual as coisas valem apenas o valor que as partes lhes atribuem em determinadas transações. O direito se recusa a isso. Contra a objeção de que essa recusa serve meramente para interpretar a intenção das partes, e não para impor uma ideia independente de equidade, há duas respostas. Primeiro, dada a impossibilidade de estabelecer detalhadamente todas as pressuposições de uma transação, as intenções nunca poderiam ser suficientes. Segundo, ao se rejeitar a ideia extremada do apostador, o direito compromete-se a buscar padrões minimalistas de equivalência que transcendam os termos de uma determinada relação comercial. Precisamos desses padrões tanto para dizer quando as coisas não foram bem quanto para fazê-las da forma correta.

A tenacidade com a qual o direito conduz a investigação desses padrões é ainda mais notável porque trai a disposição para imaginar como um mercado organizado de outro modo poderia haver operado. O objetivista jurídico, como o teórico econômico ingênuo, pode reivindicar que nessa situação somos apenas demandados a figurar o funcionamento de um mercado livre de imperfeições. O crítico do objetivismo sabe que mercados mais descentralizados podem ser descentralizados de diferentes formas e com diferentes efeitos. Ele reconhece que a seleção dos padrões corretivos já envolve uma escolha implícita de um entre um número indefinido de mercados mais perfeitos concebíveis, cada um com suas pressuposições institucionais distintivas. O mercado imaginário então fornecerá os critérios para completar, reformar ou substituir as transações nos mercados existentes.

O contraprincípio da equidade reaparece nas regras e doutrinas que policiam o processo das relações comerciais. Um acordo será executado apenas se resultar de um mínimo indispensável de decisão livre e bem pensada por todas as partes envolvidas. O atrativo óbvio dessa tática é que ela parece dispensar a necessidade de avaliar posteriormente a equivalência das prestações. Ela assim minimiza os efeitos subversivos do mercado da correção intervencionista. Ademais, ela apenas estende ao direito contratual a mesma busca por um processo neutro que caracteriza o argumento liberal tradicional para as instituições estabelecidas e os métodos dominantes da filosofia política liberal.

Aqui como em outros lugares essa pesquisa gera problemas. O coração dos problemas reside no que precisa ser feito para reconciliar a figura idealizada da troca com as formas institucionais existentes da economia

de mercado. A reconciliação tentada termina por demandar, embora esporádica e indiretamente, o próprio controle dos termos do contrato que a ênfase nos procedimentos transacionais pretendia evitar. Nenhum ramo do direito contratual apresenta esses temas mais claramente que o direito da coação.

A doutrina anglo-americana da coação cruza cada uma das três fronteiras que circunscrevem seu território tradicional. Ela se desenvolveu nos limites entre a desigualdade extravagante e a desigualdade estrutural, no caso do náufrago e no caso do pobre. Ela demonstrou maior disposição em impor um *standard* de boa-fé sobre o exercício de direitos formais. E demonstrou uma preocupação mais ou menos explícita com a equivalência aproximada das prestações, embora frequentemente trate a falta de equivalência grosseira como um mero gatilho para um escrutínio mais estrito do processo de barganha.

O resultado mais característico dessa expansão múltipla foi a doutrina da coação econômica, com seu conceito-chave de poder de barganha. Segundo essa doutrina, um contrato pode ser anulável por coação econômica sempre que uma desigualdade significativa de poder de barganha exista entre as partes. Grandes desigualdades de poder de barganha, todavia, são muito comuns nas economias de mercado existentes, fato mostrado não apenas pelos negócios entre consumidores individuais e grandes corporações empresariais, mas também pelas enormes disparidades de escala e poder de mercado entre as próprias empresas. Então, a doutrina da coação econômica precisa servir como uma comissão itinerante para corrigir as formas mais escandalosas e abertas de um tipo onipresente de disparidade.

O pressuposto não comprovado da doutrina é que a quantidade de intervenção corretiva necessária para prevenir que um regime contratual se torne uma ordem de poder não será tão grande a ponto de destruir a vitalidade da tomada de decisão descentralizada por contrato. Se esse pressuposto se provasse falso, nenhum compromisso entre correção e abstenção poderia atingir seu resultado pretendido. A única solução seria aquela que tal compromisso é desenhado para evitar: a reconstrução dos arranjos institucionais que definem uma economia de mercado.

A manifestação doutrinária desse problema é a vagueza do conceito de coação econômica. O custo de se evitar que a doutrina da coação revisada se destrambelhe e corrija quase tudo é desenhar linhas instáveis, injustificadas e injustificáveis entre contratos que são anuláveis e aqueles que não são. No caso, o direito desenha essas linhas por uma

estratégia de indefinição estudada, embora possa fazer o mesmo, como frequentemente fez em outros lugares, por meio de distinções precisas, mas provisórias.

Ao menos uma área da vida social, contudo, os equívocos da coerção econômica não irão tocar: as relações entre capital e trabalho. Aí a forma contratual arrisca a tornar-se uma falsificação que encobre a realidade do poder indisciplinado. Se ao trabalho não fosse permitido organiza-se e negociar coletivamente, a disparidade entre o modelo contratual e a realidade econômica permaneceria imensa e inequívoca em um aspecto central da vida social. Então seria claro que a única correção capaz de distinguir o contrato da subjugação seria a abolição do contrato, pelo controle de todos os seus termos ou correção de todos os seus resultados. A solução foi excluir as relações de trabalho do corpo central do direito contratual e lançar mão do método do “poder compensatório”: uma vez que os trabalhadores são autorizados a se organizarem, podem enfrentar empregadores em termos iguais. A negociação coletiva institucionalizada do trabalho e da gestão pode então restabelecer a validade do modelo contratual. Pode fazê-lo sem ameaçar qualquer rompimento mais profundo e até sem mostrar que o resto da ordem econômica é também um artefato de invenção institucional e conflito social. Mas a solução limitada enfrenta dois enigmas conexos, que juntos descrevem o xis da doutrina de direito do trabalho.

O primeiro enigma é o paradoxo da justiça procedimental. Sua expressão doutrinária característica no direito do trabalho americano é o problema do dever de negociar em boa-fé e da relação desse dever com o escrutínio administrativo e judicial das propostas substantivas feitas no curso da negociação coletiva. O mercado especial, reconstruído, de capital e trabalho não funcionará a menos que ambas as partes permaneçam comprometidas com ele, aceitando-o como a moldura institucional de suas relações mútuas. Ao contrário do mercado em geral e da comunidade política em geral, esse mercado pode ser circunscrito, porque é apenas uma parte localizada da ordem circundante, moldada segundo regras distintas. A parte mais poderosa, usualmente embora nem sempre o empregador, terá incentivo para mover-se fora desses limites. O dever de negociar em boa-fé é o dever de tomar a moldura especial como aquela que conta.

Como o cumprimento desse dever deve ser avaliado? Se o tribunal ou agência administrativa se contenta com uma demonstração de compromisso, uma disposição de seguir os passos da negociação, o dever

perde sua força. As partes podem então confiar apenas em seu poder e astúcia. De outro lado, qualquer teste de conformidade mais ambicioso parece demandar que o Departamento Nacional de Relações de Trabalho ou a corte julguem a equidade das propostas e contrapropostas que as partes fazem umas às outras no curso de suas negociações. Essa demanda envolveria o corpo supervisor em algo perigosamente próximo da regulação substantiva das relações de trabalho que todo o maquinário do poder compensatório foi desenhado para evitar. Então, o Congresso emendou a Lei Nacional das Relações de Trabalho para subverter uma linha de decisões administrativas e judiciais que considerou o dever de negociar em boa-fé como mandato para avaliar o conteúdo das ofertas e contraofertas das partes. Na verdade, mesmo após essa visão ser repudiada pelo legislador, o Departamento Nacional de Relações de Trabalho encontrou vias mais circunspectas para reafirmá-la. O paradoxo da justiça procedimental sugere por que: como a instituição mais imediatamente responsável por supervisionar a integridade do sistema de negociação coletiva como uma moldura institucional corretiva, o Departamento tinha boas razões para não desistir.

O segundo problema relacionado que incomoda a técnica do poder compensatório é o paradoxo da discricionariedade gerencial. Sua referência doutrinária mais familiar no direito americano é a questão dos direitos retidos. Os direitos e obrigações deixados não especificados em acordos coletivos estão sujeitos a arbitragem ou são questões dentro do escopo da autoridade gerencial? Tratar a todos como problemas para negociação e ajuste contínuos implica que toda a vida interna da organização precisa estar sujeita a um regime de regras e direitos fixos.

Tal abordagem colocaria em perigo o requisito de discricionariedade e flexibilidade – a capacidade, que qualquer instituição produtiva ou prática precisa ter, de mudar a organização do trabalho de acordo com oportunidades e restrições práticas emergentes. Mas aceitar a alternativa, a abordagem dos direitos retidos, é minar a credibilidade do poder compensatório como rota para a restauração dos acordos contratuais entre capital e trabalho, pois então pareceria existir um desequilíbrio fundamental nas relações entre as partes.

A autoridade discricionária que a negociação coletiva não pode atingir pode ser justificada como um imperativo de necessidade técnica impessoal. Tal justificação, todavia, torna-se vulnerável a argumentos e experimentos que mostram como resultados práticos similares podem ser atingidos por formas alternativas de organização do trabalho, dentro

ou fora do mesmo sistema econômico. As raízes da dificuldade residem na impossibilidade de contratualizar completamente o poder na vida interna da firma e na pressão por um modo alternativo de legitimação e responsabilização. A reorganização do ambiente de trabalho e da economia teria que fazer o que a negociação coletiva e os imperativos alegadamente técnicos não podem, mas precisam fingir poder realizar.

Os problemas dos direitos retidos e da negociação de boa-fé estão diretamente relacionados: traduzimos um como o outro sempre que perguntamos que direitos caem no escopo do dever de boa-fé. Os paradoxos da discricionariedade gerencial e da justiça procedimental subjacentes a essas questões doutrinárias são ainda mais estreitamente conectados, de maneiras que o efeito convergente desses paradoxos torna claro.

Essas antinomias mostram que, em seus próprios termos e em seu terreno próprio, o mecanismo do poder compensatório não pode obter correção o bastante para distinguir contrato de poder sem impor tanta correção que o contrato se torna vítima de um método superior de alocação de recursos e distribuição de renda. Sugerem mais inequivocamente o que a análise da doutrina da coação econômica meramente insinua: que qualquer solução adequada demandaria uma remodelagem institucional mais ampla da economia e de seu cenário governamental e social. A tentativa de defender o coração da teoria contratual dispensando tratamento especial aos problemas intratáveis da relação de emprego volta-se contra si mesma. Acaba por jogar uma luz crítica na zona central do contrato que esperava blindar de qualquer ataque.

Nos contextos de sua aplicação que acabaram de ser discutidos, o contraprincípio da equidade adquire vários significados. Equidade significa não tratar as partes, e não permitir que se tratem, como puros apostadores, a menos que eles vejam a si mesmos dessa forma e tenham a medida de igualdade que permita a cada um tomar conta de si mesmo. Normalmente é necessário considerar que as partes agem em uma situação de riscos limitados e discriminados e transacionam segundo pressupostos que nunca podem ser completamente definidos e cujos termos relevantes podem ser explicáveis apenas retrospectivamente. Os participantes precisam assegurar-se mutuamente contra erros e infortúnios que caíam fora dessas fronteiras. Nessa medida, o segundo contraprincípio intersecciona o primeiro.

Equidade também significa que a desigualdade entre as partes torna o contrato suspeito e, para além de certa medida de disparidade de poder, inválido. Em particular, não se poderá facilmente interpretar que partes

desiguais estejam em situação de mero jogo de risco. Quando o limite dos riscos aceitos e aceitáveis é atingido ou quando as desigualdades na relação contratual começam a diminuir a força do modelo contratual, o direito tentará restituir ou inventar uma equivalência aproximada de prestações ou de participação nas perdas e ganhos. Pode fazê-lo confusa e cobertamente, mas enquanto o contraprincípio permanecer vivo o fará de qualquer modo. Logo, a ideia de equidade acaba por conectar uma preocupação com equivalência aproximada nos resultados com uma visão mais ampla das condições sob as quais o contrato vira uma fachada para o controle.

Uma análise da estimativa recíproca entre o segundo princípio e seu contraprincípio apresenta uma variação de um problema central. A correção da equidade precisa ser focalizada e esporádica, e não difundida, se não se quer suplantar o regime contratual por outro método primordial de alocação. Mesmo em sua forma limitada e preservadora do contrato, a correção torna-se arbitrariamente seletiva: para cada situação corrigida parece haver outra similar a ela deixada intocada.

É a mesma lição ensinada pela análise da proteção igual corretora da generalidade: distinções injustificáveis parecer ser a alternativa a uma intervenção dominante e abrangente. Lá, na proteção igual, essa intervenção frustraria o plano constitucional, concentrando todo o poder real nas mãos de juízes ou outros operadores da doutrina. Aqui, no contrato, liquidaria o regime contratual, preservando suas formas exteriores. Aqui como lá, a solução real é a transformação, inclusive a transformação pela doutrina, da moldura institucional da ação econômica e política.

Podemos representar a relação dos dois contraprincípios com os dois princípios de duas formas. A visão dominante trata a estrutura institucional existente como dada. Considera o esquema imaginativo dos modelos de associação humana possível e desejável, incluindo o contraste entre contrato e comunidade, como rigidamente definido. Segundo tal perspectiva, os contraprincípios são anomalias. Evitam que os princípios produzam injustiça em casos raros, se não extremos. A separação de *equity* e *common law* na história jurídica anglo-americana deu suporte institucional a essa abordagem. Se, todavia, começamos com a premissa de que a ordem institucional e imaginativa subjacente pode e deve ser mudada, os contraprincípios perdem qualquer relação estável, natural e contida com os princípios. Podem até servir como pontos de partida para um regime de direito e doutrina que reverta o relacionamento tradicional e reduza os princípios a um papel especializado. O próximo passo na análise avança essa possibilidade.

A contravisão testada: casos de dificuldade exemplar

A segunda tarefa nesse modelo de doutrina desviacionista é analisar áreas de controvérsia jurídica mais intensa que demandam e iluminam a escolha entre essas duas visões da relação entre princípios e contraprincípios. Esses casos de dificuldade exemplar fornecem alguns dos materiais com os quais se pode desenvolver a segunda visão, mais controversa, como uma teoria geral da natureza dos direitos e das fontes de obrigação. São exemplares porque, embora aparentemente desimportantes e inventados, desnudam as disputas fundamentais em um campo inteiro do direito.

Tais casos têm duas características definidoras. Primeiro, são circunstâncias em que a doutrina e a jurisprudência se dividem. Porque nenhuma visão prevalece, a coerência do sistema doutrinário parece erodir e as decisões dos juízes parecem imprevisíveis. Segundo, a peculiar desintegração envolvida traz à tona a rivalidade de concepções abrangentes no pensamento jurídico: em particular o conflito entre concepções alternativas do jogo mútuo entre princípio e contraprincípio naquela área do direito. A análise dessas zonas de argumentação intensificada pavimenta o caminho para transformar a contravisão em uma teoria geral das fontes de obrigação e da natureza dos direitos, uma teoria capaz de guiar a reconstrução da doutrina contratual.

Escolhi como casos de dificuldade exemplar uma série de problemas relacionados no direito americano contemporâneo do erro, apresentada na forma de três situações típicas, recorrentes, assim como de diferenças na jurisprudência e na doutrina que essas circunstâncias evocam. Assim como o contrato foi amplamente considerado como o ramo do direito mais suscetível à análise e à técnica “pura”, apolítica, também as regras e doutrinas do erro contratual são frequentemente tomadas como representantes do alto nível dessa pureza técnica. Nesse ramo do direito, frequentemente se diz que a existência de soluções claras é mais importante que seu conteúdo. Logo, será especialmente agradável redescobrir aqui os traços de um conflito mais amplo de visão.

Tome primeiro a situação padrão de contratos concluídos por correspondência ou por outros meios que demandam um lapso substancial de tempo entre oferta e aceitação. À medida que o direito da oferta e da aceitação se destina a reprimir a especulação do ofertado assim como a proteger sua confiança, ele assume um pressuposto básico sobre as possibilidades de juízo moral. O pressuposto é que seria muito perigoso

tentar distinções entre casos de revogação injusta e inocente. Revogações injustas seriam aquelas pelas quais um ofertante procura revogar uma oferta já recebida, ou um ofertado tenta revogar uma aceitação já despachada, mas ainda não recebida, devido à mudança de pensamento sobre a lucratividade do negócio ou mudanças nas condições de mercado supervenientes ao despacho da aceitação. Revogações inocentes ocorreriam em circunstâncias nas quais o ofertante ou o ofertado revogam para corrigir um erro que não diz respeito ao juízo do negócio.

O ofertante pode, por exemplo, colocar uma oferta que resulta de cálculos defeituosos ou de uma má compreensão a respeito do que ele concordou fazer. O direito do erro fracassa em cobrir seu erro unilateral. A outra parte pode não haver sido prejudicada, seja porque ainda não agiu em confiança, seja porque não poderia ter agido, como destinatária de uma aceitação despachada, mas ainda não recebida.

A teoria contratual clássica regularia as revogações injustas e inocentes do mesmo modo. Defenderia que tais distinções na qualidade moral da conduta são muito leves e frágeis para servir como bases úteis para as regras de oferta e aceitação. O erro moral precisa ser eximido de proteger o bem, ou o bem deve ser sacrificado para que o mal seja escusado.

Uma abordagem alternativa distinguiria entre revogações inocentes e injustas. Por exemplo, proibiria a revogação de uma aceitação já despachada quando o propósito da revogação é meramente transferir uma perda significativa ao ofertante. Poderia, porém, permitir uma revogação inocente, dependendo da irrepreensibilidade dos erros de cálculos do ofertado e da seriedade das perdas prospectivas do ofertante.

O peso esmagador da opinião judicial e do entendimento doutrinário no atual direito contratual americano recai sobre o lado da visão tradicional, moralmente agnóstica. Não obstante, exceções notáveis podem ser encontradas. A maior parte dessas decisões anômalas foi tomada em um cenário judicial especial que encorajou a inovação, ainda que apenas para isolar a inovação do corpo geral de direito contratual: quando, por exemplo, o Tribunal de Apelação estava tratando de uma tentativa de revogação inocente, por contratante privado, de oferta para fornecer bens e serviços ao governo. Muitas dessas opiniões judiciais falham em articular a distinção crucial entre situações injustas e inocentes. Em vez disso, atingem o mesmo resultado prático enfatizando fatores previamente considerados como irrelevantes, como uma mudança na regulação postal que permite ao remetente retirar a correspondência do correio.

A circunstância fática do problema do contrato por correspondência fornece as condições gerais mais favoráveis à visão clássica: um contrato plenamente comercial no contexto, no qual todos os procedimentos contratuais de fechamento de contrato (que para esse propósito podem ser chamados de formalidades) foram completados. Os dois próximos casos apresentam circunstâncias em que este último pressuposto é progressivamente relaxado. À medida que ocorre o relaxamento, a abordagem alternativa fortalece sua presença no direito vigente e ganha tanto em clareza quanto em complexidade.

O erro de cálculo constitui uma segunda situação fática recorrente. O contrato é feito presencialmente pelas partes. Uma comete um erro, inocente salvo por negligência, nos cálculos que precedem imediatamente a integração ou a formalização escrita do contrato. Procura corrigir o erro depois que o contrato foi feito, mas antes de a outra parte ter agido com base nele.

O direito em vigor dá soluções claras quando o escrito formula mal o acordo ou uma parte julgou errado o mercado. O problema vem com o erro nos cálculos mecânicos que produziram o memorando. Há duas situações para distinguir. Se o ofertado conhece ou deve conhecer o erro do ofertante, ele não prevalece. Se age com base na oferta, sua confiança deve ser dispensada como injustificada. Se o ofertado nem conhece nem tem razão para conhecer o erro do ofertante nos cálculos matemáticos subjacentes ao memorando, há mais dois outros casos para distinguir.

O ofertado pode agir com base na oferta – justificadamente nesse caso. Em tal evento, a maioria dos juízes e cortes americanas de hoje provavelmente exigiria que o ofertante cumprisse o contrato. Um direito contratual mais plenamente informado pela visão alternativa que esta análise está começando a esclarecer poderia ditar que nessa circunstância as perdas devem ser divididas entre o ofertante e o ofertado, segundo o grau da negligência do ofertante e mesmo a capacidade comparativa das partes de sustentar a perda.

Suponha, contudo, que o ofertado, sem razão para conhecer o erro do ofertante, ainda tenha agido com base no contrato quando tomou ciência do erro. Esse é o ponto em que a opinião autoritativa no direito americano contemporâneo chega perto de uma paralisação. Os fatores em questão são claros. De um lado, pesam as formalidades completadas de um contrato executório bilateral, que, contudo, ainda não amadureceu em ações tomadas com base nele. De outro lado, há o erro e o infortúnio. O erro resulta de alguma negligência – poderia haver sido

evitado por uma conduta mais cuidadosa –, mas dificilmente de uma tentativa intencional de sair de um mau acordo de negócio. Embora mais sério e menos merecedor de suporte judicial que o mero erro de escrita, merece mais ajuda que uma decisão tola de um homem de negócios sobre a condução do seu negócio.

Você pode já começar a discernir nessa divisão de autoridade os elementos de uma controvérsia fundamental, mesmo que as decisões judiciais e outras autoridades doutrinárias frequentemente manipulem o direito do erro de forma que obscurece os problemas. Aqueles que não permitirão ao ofertante ser eximido aderem a uma visão das regras da formação dos contratos que se recusa a distinguir o erro injusto do inocente, e vê o direito do erro como mais um lugar para confirmar a primazia dos princípios e o caráter anômalo dos contraprincípios. Nessa visão, as formalidades quase completadas e o contexto comercial são suficientes para trazer à tona as normas tradicionais de responsabilidade contratual. A abordagem alternativa opõe a qualidade do desejo do promitente em se desvincular à qualidade do cumprimento do ofertado. A troca de promessas não é irrelevante para essa análise, apenas não é a história toda. Essa contravisão parece implicar um papel para os contraprincípios muito diferente daquele que lhes é atribuído pela visão clássica. Para testar os limites desse contraste de concepções, considere uma terceira situação, ainda mais complicada.

Esse problema frequentemente ocorre em negociações entre contratantes gerais e subcontratantes. Fornece uma cola dos manuais americanos sobre contratos. Um contratante geral considera entrar em oferta para trabalho que demandará que ele pague um subcontratante por bens e serviços. Para determinar a quantia de sua própria oferta, solicita ofertas dos subcontratantes. Agindo com base na menor estimativa dos subcontratantes, o contratante geral a coloca na oferta, que é aceita. Antes de o contratante geral poder aceitar a oferta do subcontratante, este lhe informa que ele, o subcontratante, cometeu um erro em seus próprios cálculos como resultado de haver somado errado ou não haver entendido a natureza do trabalho. Pode o contratante geral exigir do subcontratante sua oferta?

A teoria contratual clássica negaria que o subcontratante está vinculado. Já que sua “oferta” não foi aceita antes de ser revogada, nenhum contrato se formou. Alguns casos famosos explicitamente rejeitaram a adequação do interdito promissório nessa circunstância. Aqui como em todo lugar, o esforço para confinar o interdito promissório a um con-

texto de doação é motivado pelo medo de que ele possa ser usado para subverter o direito contratual, na verdade fazendo ofertas vinculantes que são revogáveis pelas regras que governam a formação dos contratos.

É claro nessas situações que, se o contratante geral tem razão para saber do erro do subcontratante, ele não pode responsabilizá-lo. Se, pelo contrário, o contratante geral fracassa no uso da oferta do subcontratante, ele, o contratante geral, não tem o que reivindicar. Mas e se ele na verdade usar a oferta? Quanto maior a perda que a recusa do subcontratante à sua prestação causar no contratante geral por causa da diferença entre a oferta do subcontratante e a próxima oferta mais baixa, maior é a probabilidade de que o contratante geral possa haver tido razão de suspeitar de algo errado. Se o prejuízo é grande, mas o contratante geral, não obstante, não tinha base para pressentir um erro, o subcontratante pode ser forçado a sustentar sua oferta. Os casos difíceis, fronteirços, no presente estado do direito americano usualmente ocorrem quando a ação do contratante geral é real, mas tênue. Embora tenha usado a oferta do subcontratante, a liberação deste pode causar ao contratante geral apenas um prejuízo leve ou incerto.

Por que isso deveria ser um caso difícil, se o problema do erro de cálculo torna-se próximo apenas quando o ofertado ainda não agiu com base na oferta errada? Nesse caso, a mínima ação confiante do ofertado inocente pode ser suficiente para dissipar toda dúvida e lhe conferir um direito certo contra o ofertante que errou. A diferença é a existência na situação anterior de uma oferta comercial que foi plenamente aceita. Um contrato ou algo próximo disso veio a existir, nascido sob as nuvens de um erro nos passos imediatamente anteriores à integração. No caso do contratante geral e do subcontratante, todavia, não há aceitação, logo não há contrato, a menos que se adote a análise implausível do contrato unilateral, segundo a qual o uso da oferta foi em si mesmo a aceitação buscada, ou que se aplique a doutrina do interdito promissório e se veja o interdito como mero “substituto da contraprestação”.

Essas três situações mostram um decréscimo progressivo na perfeição das formalidades, na completude dos passos que levam a um contrato bilateral executório padrão. No primeiro caso, o promissário não precisa haver agido com base na promessa para entrar com uma ação persuasiva, porque ele já tem o processo de oferta e aceitação concluído. No segundo caso, a posição do promissário ganha força na medida em que o hiato aberto pela falta de aceitação é completado pela confiança legítima, legítima em parte porque o direito aplicável é obscuro ou

dividido. Pesando do outro lado nos dois casos está o erro e o infortúnio do promitente, o impulso de livrá-lo das consequências onerosas do que pode haver sido uma medida pequena, comum, de imprudência.

A introdução do elemento da ação em confiança legítima complica a queda de braço entre a visão clássica e a contravisão. Na circunstância do erro de cálculo, a visão clássica favorece o promissário; a contravisão, o promitente. Na situação do contratante geral e do subcontratante, a visão clássica, sem interdito promissório, claramente favorece o promitente (o subcontratante). Mas de que lado a contravisão está aqui? Tanto o erro relativamente inocente do promitente quanto a ação em confiança legítima do promissário precisam ser considerados. As perdas podem ser distribuídas conforme o grau de culpabilidade do promitente, a medida da confiança legítima do promissário e, no desenvolvimento último da doutrina, a relativa capacidade das partes de sustentar a perda.

Esse último caso de dificuldade exemplar dá suporte ao sentido em que, em todos esses pontos focais de perplexidade, encaramos não apenas uma escolha entre preocupações concorrentes dentro de uma moldura conceitual compartilhada, mas um conflito entre molduras conceituais. O resultado desse conflito importa para a solução de problemas jurídicos tangíveis. Que o centro da controvérsia esteja em um lugar e não no outro, em dada jurisdição e em dado tempo, é consequência do conteúdo particular e da relativa influência das abordagens rivais. Porque a visão clássica define seu campo de operação tão largamente em termos de contexto comercial e formalidades completadas, a força da contravisão pode ser medida por sua capacidade de tornar controversas mesmo situações que chegam crescentemente perto do caso-limite de um cenário comercial extremo e de formalidades totalmente completadas.

Que há uma contravisão coerente funcionando aqui, e que isso implica uma visão alternativa de como os contraprincípios se relacionam com os princípios, são proposições que ainda não foram totalmente estabelecidas. Fazer isso é a tarefa de um terceiro estágio desse modelo de doutrina desviacionista. Ele esclarece a contravisão ao explicar e generalizar seus pressupostos-chave sobre as fontes das obrigações e a natureza dos direitos.

A contravisão generalizada: as fontes de obrigações e a natureza dos direitos

Abrevio este terceiro estágio de análise porque já antecipei muitos pontos. A abordagem dominante de problemas contratuais assume que as obrigações têm duas principais fontes: a imposição unilateral de um dever pelo estado (como nas várias formas de responsabilidade civil) e

a negociação articulada em total conformidade com os procedimentos de contratação estabelecidos. A teoria contratual trata qualquer fonte adicional, inclusive relações de interdependência, como uma penumbra incerta de acordo expresso ou como uma qualificação de equidade dos princípios básicos do direito. A teoria dos direitos que se ajusta a essa visão das fontes de obrigação observa os direitos como se desenhassem uma zona de ação discricionária cujos limites são definidos no momento da definição inicial do direito. As linhas de fronteira podem ser sujeitas a disputa em dado contexto de exercício real ou ameaçado do direito, mas não a maior extensão ou retracemento. Uma preocupação com os efeitos do exercício sobre outra parte transformaria as relações de interdependência em fontes de obrigações que poderiam completar ou mesmo suplantam os termos acordados.

A contravisão depende de premissas muito diferentes. Implica que obrigações, na verdade, sejam primariamente de relacionamentos de dependência mútua apenas incompletamente moldados por deveres impostos pelo governo ou por acordos perfeitos. A situação em que um ou outro desses fatores moldantes opera sozinho para gerar obrigações consiste, nessa visão alternativa, nas extremidades de um espectro. No centro desse espectro, o acordo deliberado e os deveres impostos ou reconhecidos pelo estado tornam-se menos importantes, embora nunca desapareçam completamente. O mais próximo que uma situação esteja do centro, mais claramente os direitos adquirem uma definição em dois estágios: a definição inicial, provisória, de qualquer direito precisa agora ser completada. Aqui as fronteiras são desenhadas e redesenhadas em contexto, de acordo com os julgamentos tanto das expectativas geradas por interdependência quanto do impacto que um particular exercício de um direito pode ter sobre outras partes da relação ou sobre a própria relação.

Dentro dessa visão das fontes de obrigações e da natureza dos direitos, a contravisão do contrato tem lugar seguro. Em cada um dos casos de dificuldade exemplar que acabaram de ser discutidos, a contravisão dá força às obrigações de interdependência que não podem ser adequadamente entendidas como uma questão de exceções estreitas ou vagas diluições. Ela incorpora a análise de declarações ou promessas explícitas em uma moldura mais abrangente, que também leva em consideração o mérito e a medida da ação confiante do promissário e a qualidade moral da reivindicação de liberação do promitente. Essa moldura desenvolve o primeiro contraprincípio e o relaciona ao princípio da liberdade para contratar de formas que enfatizam a interseção de contrato e comunidade.

Casos de dificuldade exemplar também poderiam haver sido apresentados em áreas como a negociação de boa-fé, os direitos retidos no direito do trabalho ou a coação econômica nos contratos em geral. Teriam, então, focado a análise sobre o problema de se distinguir um regime contratual de uma ordem de poder. A contravisão assim generalizada começaria por enfatizar a impossibilidade de distinguir adequadamente contrato de dominação sem mudar a estrutura institucional da atividade econômica ou, ao menos, sem adotar uma série de alternativas secundárias a essa reconstrução institucional.

Uma dessas alternativas imperfeitas pode ser a insistência implacável sobre as características do direito atual desenhadas para prevenir a confusão de contrato com subjugação. As tentativas obstinadas do Departamento Nacional de Relações de Trabalho de resistir à evisceração do dever de negociar em boa-fé oferecem um exemplo modesto.

Uma teoria contratual capaz de dar lugar seguro a essa versão da contravisão incorporaria a tese de que regimes de direito contratual e doutrina contratual diferem crucialmente no grau em que podem evitar corrigir negociações até miná-las, sem permitir que se tornem um disfarce para a subjugação. A visão também reconheceria que a organização institucional da economia, como definida pelo direito, determina essas diferenças entre sistemas de mercado. Tal teoria contratual implicaria uma mudança radical na relação do contraprincípio de equidade com o princípio da liberdade de contrato.

Portanto, o conteúdo inicial da contravisão depende em parte dos casos de dificuldade exemplar com os quais se começa. Uma versão mais inclusiva emergiria do teste de vários desses casos em diferentes áreas do direito. Uma concepção teórica bem-sucedida seria aquela que tornasse inteligível cada uma dessas contravisões parciais, enquanto ajudasse a resolver conflitos entre elas. Para o conjunto de problemas discutidos aqui, ela combinaria a visão de contrato e poder há pouco descrita com uma teoria revisada dos direitos e das fontes de obrigações. A ambição não é fechamento e completude, mas a contínua crítica e autorrevisão; não finalidade, mas corrigibilidade.

A contravisão estendida e restrita

O quarto estágio deste modelo de doutrina desenvolve a contravisão descrita no segundo estágio e generalizada no terceiro, estendendo-a aos problemas jurídicos que não geram casos de dificuldade exemplar no di-

reito atual. Considera para esse propósito o direito das relações fiduciárias e a questão do seu lugar dentro do corpo principal de direito contratual.

Um dos atributos mais notáveis da teoria contratual clássica é sua oscilação entre um ideal de altruísmo estrito em um conjunto confinado de situações e a tolerância com o autointeresse irrestrito na grande maioria dos contratos. Assim, nas relações fiduciárias uma parte pode ser demandada a conferir aos interesses da outra parte um peso maior que sobre os seus interesses (ou, em todo caso, ao menos igual ao de seus interesses). No contrato comercial comum, todavia, os interesses da outra parte podem ser tratados como desconsideráveis desde que o titular permaneça dentro da zona de ação discricionária. (Qualificações a esse padrão, como as regras que governam a mitigação de danos, são relativamente desimportantes.) Essa licença apenas reafirma a abordagem da natureza dos direitos e das fontes de obrigações que caracterizam a teoria contratual dominante.

O padrão de solidariedade mais alto, aquele que dá primazia aos interesses da outra parte, é necessariamente excepcional. Qualquer tentativa de insistir sobre isso na generalidade das negociações fugiria tão radicalmente dos padrões pelos quais as pessoas normalmente lidam umas com as outras que meramente encorajaria a evasão e a hipocrisia massivas, acopladas com um sufocante despotismo da virtude. Não segue daí, entretanto, que os contratos e encontros humanos comuns devam ser circundados pela noção de que uma pessoa pode tratar os interesses da outra como se não existissem. Na verdade, as partes de relações contratuais recorrentes ou contínuas, e frequentemente também de transações pontuais, parecem geralmente aderir a um padrão bem mais estrito.

A contravisão recusa-se a aquiescer com a rígida oposição de comunidade como devoção altruísta e contrato como um fazer dinheiro insensível. As ideias teóricas sobre a qualidade dos direitos e as fontes de obrigação que atribuem papel dominante aos contraprincípios implicam um contínuo sombreamento entre contrato e comunidade. Informada por aquelas ideias, a doutrina pode desenvolver uma série de critérios distintivos para caracterizar situações adequadas para a aplicação de uma restrição de solidariedade mais limitada, que demande que cada parte dê alguma força aos interesses da outra, embora menos que a seus próprios.

A necessidade e a justificação para tal padrão intermediário foram já antecipadas pela teoria de dois níveis sobre direitos que a contravisão pressupõe. As circunstâncias adequadas para essa aplicação podem ser

selecionadas na base de características que incluiriam intenção expressa, confiança de fato induzida ou mesmo injustificada, disparidade de poder manifesta na maior vulnerabilidade de uma parte a ser prejudicada e o caráter continuado da relação contratual.

A menção desses critérios já sugere uma mudança na técnica pela qual diferentes situações contratuais são sujeitas a diferentes padrões de restrição ao autointeresse. O direito das relações fiduciárias consiste em larga medida em uma lista de circunstâncias especiais, frequentemente definidas por sinais que têm uma conexão apenas oblíqua com os fatos que engendram confiança ou justificam autorrestrição. Considere, por exemplo, a *joint venture*, um acordo que impõe deveres fiduciários sobre suas partes. Ela pode ser definida simplesmente como uma parceria informal de escopo e duração limitados que prevê a divisão de ganhos e perdas entre todos os parceiros.

Um arranjo contratual, no entanto, pode envolver uma colaboração estreita, difícil, de longo prazo, que demande o exercício de uma discricionariedade prudente sem ser dirigida a um lucro incerto. Tal empreendimento pode bem ser visto pelos participantes como um que demande de cada um deles a mais escrupulosa consideração para com a lealdade mútua. Ao contrário, um contrato que visa a uma retribuição indefinida em vez de à troca de prestações predeterminadas pode demandar, e ser entendido como demandando, apenas um mínimo de cooperação real.

Fomos frequentemente lembrados da necessidade de escolher entre uma generalidade pronta, mas rudimentar, e um particularismo sutil, mas diligente e incerto, com sua potencialmente invasiva comprovação dos termos de conduta e nuances de discriminação moral. Frequentemente, contudo, a afirmação desse dilema serve para justificar a recusa em buscar critérios de seleção generalizáveis menos arbitrários. Essa recusa usualmente traz um específico peso ideológico. No caso da *joint venture*, seu ponto é confinar a uma pequena série de situações a ideia do contrato como uma empresa comum animada por lealdade mútua.

O quarto estágio deste modelo de doutrina estende a contravisão a problemas que podem ainda não ser focos de controvérsia. Logo, levanta a questão de quão longe nos ramos correlatos do direito devemos estender a visão da natureza dos direitos e das fontes de obrigação que a contravisão pressupõe. A abordagem do contrato aqui descrita não representa uma teoria dos direitos universalmente aplicável.

Não precisamos seguir os juristas do século XIX e seus discípulos, tomando a propriedade unificada e suas contrapartes no contrato como o modelo para todos os direitos. Esse cuidado aplica-se tanto à contravisão quanto à visão que ela quer substituir. O que o programa anterior descreve como direitos de imunidade e suas contrapartes mais limitadas no direito estabelecido pode ser mais bem entendido e protegido por uma teoria dos direitos que tenha apenas uma camada e desenhe uma linha brilhante para cada direito. Tal teoria pode também se adequar a várias circunstâncias nas quais os pressupostos fáticos da teoria de duas camadas estejam enfraquecidos. É preciso lembrar que a contravisão descreve um espectro de circunstâncias. Ela continua a reconhecer a forma clássica dos direitos contratuais como um caso especial.

Quando exatamente esse caso especial ocorre? Um modo de responder é perguntar quando os fatores que justificam maiores expectativas de confiança e padrões de autorrestrição estão presentes. Outra forma é perguntar quando alternativas ao direito de propriedade unificado tradicional são úteis. Em muitas áreas da vida econômica, os acordos podem continuar a ser apostas. Como apostas, feitas entre aqueles competentes em apostar, podem permanecer além do alcance dos contraprincípios. Democratizar a economia de mercado não aboliria as razões para distinguir áreas da vida econômica adequadas aos princípios ou aos contraprincípios contratuais. Levaria, porém, a definir a linha em um lugar diferente. Sobretudo, a linha teria um significado diferente e consequências diferentes.

A contravisão justificada

O quinto estágio deste modelo de doutrina desviacionista poderia também vir primeiro, porque descreve as crenças normativas e empíricas que guiam todo o argumento. A vantagem de colocá-lo por último é sugerir que essas crenças podem ganhar uma forma sistemática e explícita devagar, conforme a doutrina desviacionista progride. Nenhuma ruptura radical separa os argumentos que as justificam das controvérsias da análise jurídica. O desenvolvimento dessas ideias animadoras pode ser descrito de várias formas, algumas mais fáceis que outras de se reconciliarem com o viés fragmentário e gradualista da doutrina. Seja qual for o método preferido, entretanto, os aspectos normativos e empíricos das concepções condutoras dependem tão estreitamente uns dos outros que os dois dificilmente podem ser distinguidos.

Os temas controladores podem ser internos ao argumento doutrinário. Podem se desenvolver de uma comparação contínua entre os projetos ideais para a coexistência humana que dão sentido e autoridade à doutrina estabelecida e a realidade verdadeira das práticas sociais que o direito e as ideias jurídicas presentes ajudam a reforçar. Dois desses temas desempenharam um papel especialmente proeminente na discussão precedente.

Um desses temas foi a crítica do contraste rígido entre contrato e comunidade. Os pontos iniciais desse contraste são uma concepção de comunidade como o paraíso idílico da harmonia e do contrato como um reino de autointeresse autêntico e puro cálculo. O efeito real do contraste, todavia, é frequentemente aceitar e promover a confusão de lealdade mútua com submissão em um regime de poder pessoal, enquanto são privados de suporte jurídico apropriado os elementos de confiança e interdependência na vida comercial. Os arranjos e ideias capazes de corrigir esses efeitos começam por eclipsar a nitidez da oposição entre contrato e comunidade. Terminam por sugerir uma visão do contrato que pode mais facilmente acomodar tanto um amplo espectro de diferentes tipos de direitos e obrigações quanto uma concepção de comunidade como zona de vulnerabilidade mútua aumentada. Tal concepção oferece uma consideração mais satisfatória do que nos atrai ao ideal comunitário em primeiro lugar.

O outro grande tema de visão moral em minha discussão da teoria contratual foi a busca pelas condições sob as quais um regime de contrato pode evitar tornar-se disfarce de uma ordem de poder sem ser constantemente solapado por correções. À medida que o argumento se desenvolve, o compromisso aparentemente vazio com o contrato termina por ter implicações surpreendentes. Convida à transformação da base institucional da vida econômica e a uma variedade de sucedâneos subversivos, embora em última instância inadequados, para tal mudança.

Os dois temas críticos internos funcionam como sinédoques das duas tradições comandantes da crítica da sociedade moderna que antecedem o surgimento da literatura e da filosofia modernistas. Uma dessas tradições reclama da negação de solidariedade e da falta de variedades de vida comunal que pudessem mediar entre o indivíduo isolado e organizações de grande escala do mundo social. A outra tradição enfatiza a continuidade da dominação de grupo sob formas de prática e pensamento que tanto a dissimulam quanto a reproduzem. O argumento da doutrina desviacionista mostra como as duas tradições podem se fundir em uma

linha mais ampla e satisfatória de crítica uma vez que a análise ganhe detalhamento institucional. As soluções práticas e teóricas ao problema da supercorreção e da subcorreção contratual convergem com as implicações da tentativa de amenizar o antagonismo entre contrato e comunidade.

É claro, a inspiração para o argumento doutrinário pode vir do programa institucional abrangente apresentado anteriormente e dos argumentos normativos e empíricos sobre os quais aquele programa repousa. Esses argumentos também podem ser internos, internos à justificação e ao desenvolvimento dos nossos ideais recebidos – concebidos no mais amplo sentido possível – em vez de internos às controvérsias da análise jurídica. O primeiro modelo de doutrina desviacionista mostrou que tais ideias programáticas podem, não obstante, ser relacionadas com sucesso a esses debates sobre o direito.

Agora que o segundo modelo foi completamente exposto, é possível responder a duas questões relacionadas sobre o sentido de sua reivindicação de ser doutrina. A primeira questão é: as concepções dirigentes que determinam todo o curso da análise são de algum modo intrínsecas ao direito, ou são impostas de fora sobre o direito? Os materiais jurídicos disponíveis não suportam inequivocamente estas ou quaisquer outras concepções fundamentais. Todavia, a disputa sobre essas ideias não chega a um impasse quando as pessoas praticam a análise jurídica, ela continua de outras formas, com as oportunidades e limitações específicas ao meio. A discussão dos casos de dificuldade exemplar, assim como das formas alternativas de entendê-los, mostra a invasão da análise jurídica por concepções prescritivas da sociedade mais claramente do que o faz qualquer outra parte deste modelo de doutrina.

Dado que o conflito sobre esses esquemas alternativos de associação humana pode ser silenciado apenas ao custo de se fazer da análise jurídica arbitrária e dogmática, uma questão permanece: quanto pode e deve a doutrina jurídica, especialmente quando operando no contexto judicial, alterar entendimentos jurídicos estabelecidos e as práticas sociais e arranjos institucionais que esses entendimentos reforçam? A questão é colocada mais vigorosamente pela extensão da contravisão a áreas do direito em que a abordagem dominante parece largamente incontestada na doutrina recebida. A resposta a essa segunda dúvida não é determinada, embora possa ser fortemente influenciada, pela resposta à primeira.

Dentro de uma visão que nega qualquer autoridade superior aos atuais arranjos institucionais de governo e, logo, esvazia argumentos de adequação institucional, decidir o que fazer difere apenas modesta e incer-

tamente do entendimento do que pode ser feito. Rupturas doutrinárias não produzirão revoluções na vida social. Não o farão mesmo quando influenciem nosso discernimento a respeito das instituições existentes e ideias reinantes, o curso do debate ideológico e o exercício da autoridade judicial. Quando meu argumento se volta adiante ao movimento de estudos críticos do direito como uma forma de ação política, defenderá que a doutrina expandida tem uma tarefa prática a realizar na sociedade, amplamente, e também na arena menor, subsidiária da jurisdição.

Os dois modelos comparados

O primeiro modelo de doutrina desviacionista começa por analisar os compromissos temáticos maiores de um ramo particular do direito e da doutrina jurídica assim como as categorias específicas que servem a tais compromissos. Então, torna explícitos os pressupostos sobre fatos sociais e ideais sociais sobre os quais repousam essas categorias, e as sujeita à crítica à luz de ideais e entendimentos mais ou menos amplamente aceitos. O encobrimento desses pressupostos é vital para a autoridade persuasiva das ideias jurídicas dominantes; concepções técnicas aparentemente incontroversas comumente dependem de premissas não técnicas altamente controversas. Nesse ponto, o primeiro modelo de doutrina desviacionista é redirecionado a uma visão diferente e independentemente justificada de como a área da vida social com que ela lida deveria ser ordenada. Essa visão implica a reconstrução institucional de grandes aspectos da sociedade atual. Finalmente, o modelo mostra como essa concepção programática pode servir como ideal regulador para o desenvolvimento da doutrina corrente.

O segundo modelo de doutrina desviacionista começa por conceber um amplo ramo do direito como expressão de um sistema de princípios e contraprincípios cuja relação real ou adequada entre si pode ser representada de formas colidentes. Então mostra como essas abordagens rivais aparecem em uma série de casos de dificuldade exemplar. A contravisão desenvolvida pela análise desses pontos focais de controvérsia traz uma compreensão transformada da relação própria entre contraprincípios e princípios. Essa compreensão pode ser esclarecida por meio de generalização em uma teoria jurídica mais abrangente. Uma vez generalizada, pode ser aplicada, e revisada por meio de sua aplicação, a outros ramos correlatos do direito. Finalmente, as justificações e implicações mais amplas dos desenvolvimentos sugeridos podem ser explicitadas.

Ambos os modelos de doutrina partem da mesma visão das relações entre os três níveis do direito e da análise jurídica: regras e precedentes autoritativos, expressos hoje principalmente por leis e decisões judiciais, princípios e contraprincípios organizadores, e esquemas imaginativos da vida social que atribuem diferentes modelos de associação humana a diferentes setores da prática social. A tentativa de reafirmar e reexaminar um conjunto de normas e ideias jurídicas diante de problemas atuais destaca duas fontes de incerteza e conflito permanente, embora muitas vezes latente, e assim demonstra novamente como o esforço para reproduzir uma ordem prática ou imaginativa na sociedade fornece instrumentos e ocasiões para a demolição dessa ordem.

A interpretação de grandes corpos de regras e precedentes precisa apoiar-se, tácita se não explicitamente, em princípios e contraprincípios, e o entendimento de princípios e contraprincípios precisa por sua vez pressupor concepções sobre como as relações entre pessoas podem e devem ser em cada esfera da vida social, mesmo se se diz que essas concepções estão de algum modo incorporadas no direito, e não são importadas para ele de fora. A cada vez um nível mais profundo é exposto, e a exposição produz um duplo efeito desestabilizador. O nível mais superficial (as regras e precedentes em relação aos princípios e contraprincípios, os princípios e contraprincípios em relação aos modelos de associação possível e desejável) prova ser uma realização falha do nível mais profundo, enquanto as crenças empíricas e normativas que constituem esse nível mais profundo são tornadas controversas, se não implausíveis, no próprio processo de serem expostas. Ao lado dessas tensões verticais, entre níveis de análise jurídica, a reconsideração do direito em contextos não tentados gera conflitos horizontais dentro de cada nível. Cada um se revela como palco para uma disputa entre ideais professados e interesses reconhecidos, disputa que se torna mais feroz quanto mais descemos na sequência de níveis.

A doutrina jurídica convencional e as teorias jurídicas que se propõem a refiná-la para melhor sustentá-la tentam suprimir ou minimizar tanto os conflitos horizontais quanto os verticais. A doutrina desviacionista, pelo contrário, quer trazer essas instabilidades à superfície: primeiro, porque tal é a forma que a subversão toma no domínio das ideias jurídicas e, segundo, porque se de fato o discernimento e a justificação podem ser atingidos na doutrina jurídica ou em qualquer outro campo de argumentação normativa, podem sê-lo apenas pela prática repetida dessa subversão, sob seu duplo aspecto de desenvolvimento interno e pensamento visionário.

OUTRO TEMPO, TAREFA MAIOR

Embora os dois tipos de instabilidade impliquem e reforcem uns aos outros, um deles pode predominar temporariamente. O primeiro estilo de doutrina enfatiza os conflitos verticais; o segundo estilo, os horizontais. Podemos observar e combinar as duas ênfases de vários modos. Em qualquer um deles, elas carregam uma mensagem de esperança: à impressão de limites intransponíveis e contingência brutal sucede a lucidez sobre nossos poderes de entendimento e transformação.