

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.



INTRODUÇÃO: O IMPERATIVO DA REBELDIA NO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Este livro reúne três textos traduzidos do inglês: *The Critical Legal Studies Movement*, publicado em 1986 como manifesto de um movimento no pensamento jurídico; *Another Time, a Greater Task*, escrito em 2014 e publicado em 2015 junto com edição revista do livro de 1986; e *The Universal History of Legal Thought*, escrito em 2010 e jamais publicado, em qualquer língua, até agora. O leitor reconhecerá a relação estreita entre os três escritos. O texto de 2014 antecede neste livro o de 1986. Situa-o em seu momento e o reinterpreta à luz de visão e rumo a seguir no entendimento e na elaboração do direito. E o ensaio de 2010, publicado aqui como posfácio, coloca toda esta construção de idéias em contexto histórico e comparativo mais abrangente.

O propósito desta introdução é mostrar o que as ideias expostas nestes textos têm a ver com o rumo do direito e da cultura jurídica no Brasil. Desdobro esta reflexão em coletânea de palestras a ser publicada em seguida: *A Tarefa do Direito Brasileiro*.

Duas ideias devem guiar-nos, a nós brasileiros, ao nos posicionarmos nos embates do pensamento jurídico mundial.

A primeira ideia é que não devemos entrar na onda daquilo que se passou a tratar nos países de que nos acostumamos a importar ideias como o caminho do avanço na maneira de entender e de elaborar o direito. É desvio, não avanço, não só para nós, senão também para qualquer cultura jurídica em qualquer país. Devemos abrir outro caminho, que demarco nestes textos e nas falas reunidas em *A Tarefa do Direito Brasileiro*.

A segunda ideia é que a rebeldia no entendimento do direito, ao nos credenciar para evitar o destino da cópia mal avisada, também nos permitirá a nós, juristas brasileiros, socorrer o Brasil. A solução dos nossos problemas mais importantes depende de inovações institucionais na organização da economia e da política. Não é das abstrações que dominaram os últimos dois séculos de debate ideológico no mundo que podemos inferir as ideias institucionais mais fecundas. É das variações

institucionais já prefiguradas, em pormenor, no direito constituído, em nosso e em outros países. Nossa rendição à falsa trajetória do progresso na cultura jurídica nos impede de reconhecê-las e de desenvolvê-las.

O maior obstáculo para o acolhimento destas duas teses é o colonialismo mental que impera entre nós. Levanto-me aqui contra sua expressão na abordagem do direito. Não o faço em nome de qualquer nativismo cultural ou fascínio por idiosincrasias nacionais. Faço-o por convicção de que o rumo em que nossa alta cultura jurídica embarcou, sob o encanto do colonialismo mental, seria em qualquer país atraso e obscurantismo. O esforço para qualificar o pensamento jurídico brasileiro a pensar o Brasil credencia-nos a construir algo de novo e importante no pensamento universal a respeito do direito. O colonialismo mental condena-nos à insignificância.

Há muito tempo, o tema central da teoria do direito vem sendo a crítica ao formalismo doutrinário. Prevalece a ideia de haver sucessão clara àquele formalismo: maneira supostamente mais esclarecida de pensar e de elaborar o direito. Tanto a crítica ao formalismo como a identificação da maneira de pensar indicada para substituí-lo são objeto de reflexão e proselitismo em todo o mundo. Com respeito a ambos os temas, as faculdades liderantes de direito dos Estados Unidos e da Alemanha são os centros de maior influência no mundo. E com respeito a ambos, a mensagem que transmitem, com pouca variação ou contradição, vem sendo essencialmente a mesma, apesar das diferenças evidentes entre as tradições a que pertencem.

Apresenta-se o formalismo doutrinário como superstição grosseira que misteriosamente acometia os juristas de gerações passadas: seria visão do direito como sistema fechado de regras e conceitos que, com a ajuda de raciocínio dedutivo, indicam a solução correta para cada problema a ser resolvido. O propósito desta concepção do método repudiado é assinalar ruptura representada pelas correntes de pensamento jurídico agora dominantes. Como o formalismo doutrinário sobrevive teimosamente na cultura jurídica dos manuais e das práticas, a crítica ao formalismo doutrinário continua a ter obra a executar.

Trata-se de noção falsa do que foi o pensamento jurídico anterior ao novo esclarecimento. Sua essência estava em concepção tipológica, que os juristas conservadores compartilhavam com teorias sociais de esquerda, a começar pelo marxismo. De acordo com esta concepção, há elenco fechado de regimes de organização econômica e social. Cada um destes regimes constitui sistema indivisível, com sua arquitetura

institucional própria, expressa em conjunto de conceitos e regras que vão das normas mais gerais às mais específicas, em camadas sucessivas de concretização, cuja construção doutrinária não se confunde com raciocínio dedutivo. Mais preciso seria chamá-lo raciocínio tipológico. Em vez de deduzir, concretiza, ao elaborar, em lances cumulativos, o pretendido conteúdo jurídico de cada tipo de organização social e econômico. O método e suas premissas foram abraçados por muito tempo, pelas correntes mais influentes do pensamento social, econômico e jurídico. Continua a exercer influência ainda hoje entre os que não mais se animam a defender explicitamente suas teses.

A orientação tipológica, que alcançou seu ponto alto, no século 19, era apenas variante daquilo que em todas as grandes tradições jurídicas, inclusive na romana ou civilista e na da *common law* anglo-saxã, tem sido o eixo do pensamento jurídico durante quase toda a história da civilização: a visão do direito, sobretudo do direito privado, como expressão de ordem moral imanente à vida em sociedade. Desta ordem cuidariam os juristas por meio da elaboração do direito – obra que executam coletivamente em tempo histórico, não individualmente em tempo biográfico.

As premissas de tal dogmática jurídica são tão alheias à cultura contemporânea que temos dificuldade em entendê-la ainda quando, sem entendê-la, continuemos a praticá-la. Reconciliar esta visão do direito com a ideia do direito como expressão da vontade do Estado, manifesta no ato de fazer leis, de legislar, tem sido desde sempre o enigma sobre o qual se debruçam os pensadores do direito.

A nova ortodoxia apresenta, como alternativa, ao formalismo doutrinário, a concepção do direito como conjunto de princípios e de políticas públicas. O objetivo da elaboração doutrinária do direito, de acordo com esta prática, é “aperfeiçoar” o direito no ato de interpretá-lo e aplicá-lo, estreitando cada vez mais a relação entre as ideias gerais (princípios e políticas públicas) e as regras específicas, aplicadas em circunstâncias concretas. A interpretação do direito deve ser sempre teleológica, de acordo com os objetivos atribuídos a cada fragmento do direito. Discurso racionalista e sistemático a respeito dos princípios e das políticas públicas descreve o conteúdo dos objetivos que orientam esta interpretação finalística das regras.

De onde vêm estas ideias gerais que desempenhariam o papel orientador? Supostamente estão imanentes no direito positivo. Imanentes, porém incompletas ou truncadas. Cabe ao jurista, em cada momento, trabalhar para completá-las um pouco mais.

Alquimia insondável. Se há sistema de princípios e de políticas públicas oculto no direito positivo, pronto para ser exposto e aplicado, qual o sentido do conteúdo aparente da história do direito: luta incessante, sem roteiro, entre interesses e visões contrapostos? Mas se toda esta descoberta no direito positivo de um sistema – em construção – de princípios e de políticas representa fingimento retrospectivo dos juristas, como justificar a usurpação de poder e o apequenamento da democracia que o fingimento pressupõe e acarreta?

A solução é pressupor que o sistema está inerente ao direito como obra em curso. Em cada momento, a responsabilidade do jurista seria a de dar o próximo passo, ainda que curto, na grande empreitada coletiva, como se fora operário trabalhando na edificação de catedral, sempre inacabada e soerguida no decurso de séculos. Neste entendimento da análise jurídica, cada jurista pensa como juiz. Definir o direito na situação jurisdicional em que se faz valer o direito seria a tarefa exemplar.

Logo se vê que esta maneira de pensar o direito está longe de derrubar o formalismo doutrinário anterior. É apenas sua continuação sob premissas menos heroicas: afrouxamento mais do que substituição. A concepção rigorosa de regime institucional indivisível dá lugar à ideia de convergência purificadora. O desfecho ideal desta convergência é alguma espécie dos acertos institucionais e ideológicos que definiram a economia social ou regulada de mercado na segunda metade do século 20. E agora, como antes, o jurista é o protagonista da purificação cumulativa, encarregado de quadrar um círculo: reconciliar o direito como expressão de ordem normativa imanente na vida social com o direito como resultado contingente de lutas políticas que têm por desfecho a legislação.

O pano de fundo desta operação tem sido, portanto, a manifestação no direito do compromisso social democrata, prefigurado antes da Segunda Guerra Mundial e articulado depois dela. Abandona-se qualquer tentativa de reconstruir institucionalmente a economia de mercado ou a democracia política. Em troca, o Estado ganha mais poder para regular, redistribuir e manejar a economia por meio de políticas contracíclicas. Racionaliza-se e humaniza-se uma ordem que ninguém mais sabe como reimaginar ou reconstruir. Sobreposição ao direito privado não transformado o novo (mas nem tão novo) direito público deste Estado regulador e redistribuidor.

Foi nesta onda que a alta cultura jurídica brasileira embarcou, sobretudo os juristas acadêmicos, tal como acontecera em muitas outras partes do mundo. A sobrevivência teimosa de hábitos intelectuais associados ao desacreditado formalismo doutrinário reforçou os motivos para aderir às influências prestigiosas de países de onde estamos habituados a importar nossas ideias. A nova orientação, porém, foi equívoco naqueles países. Para nós, foi calamidade.

Foi equívoco em qualquer lugar porque esta maneira de pensar o direito sofre de três defeitos, cada um deles motivo suficiente para rejeitá-la: mistificar a realidade do direito; servir a uma usurpação de poder popular incompatível com as promessas da democracia e inibir a reimaginação e a reconstrução das instituições. Destes três defeitos, o terceiro é o fundamental. O primeiro e o segundo são os acessórios: ajudam a explicar a gravidade do último.

A idealização sistemática do direito na linguagem dos princípios e das políticas públicas mistifica o direito. O direito nunca é sistema, muito menos sistema que se possa caracterizar sem engodo em discurso de abstrações normativas. Em cada parte do direito, o que de fato encontramos são certas soluções dominantes, cercadas de periferia de anomalias e exceções, de ideias discrepantes. Por exemplo, o direito das coisas tanto na tradição civilista como na da *common law* organiza-se em torno do direito unificado de propriedade, invenção do século 19, que encontrou precursor no direito romano. Ao redor deste instituto ainda tido como central multiplicam-se formas fragmentárias ou condicionais de propriedade que sob outra forma de organização econômica e social (como o feudalismo europeu) nada tinham de periféricas; eram elas que forneciam os instrumentos jurídicos fundamentais do regime estabelecido.

A mistificação do direito seria, argumentam alguns, benéfica: ao fingir que o direito já é mais um sistema de conceitos políticos e morais do que ele de fato é, esta maneira de pensar e construir o direito daria ao jurista pretexto para melhorá-lo. E os maiores beneficiários do aperfeiçoamento seriam os perdedores da política: os pobres, os desorganizados, as minorias cuja voz fala sempre menos alto. Esta apologia, porém, além de duvidosa como descrição dos objetivos a que serve na prática a mistificação do direito, chama atenção para o segundo defeito deste sucedâneo ao formalismo doutrinário: a usurpação de poder pelos juristas que praticam as mentiras supostamente benevolentes que a nova ortodoxia recomenda. A interpretação do direito dá pretexto para sua revisão inconfessa.

O vício fundamental desta maneira de pensar o direito não é a mistificação do direito ou a usurpação de poder que ela facilita. É o abandono da vocação maior do pensamento jurídico: a de servir à dialética entre a reconstrução das instituições e das práticas e a reinterpretação de nossos interesses e ideais. É nos pormenores dos arranjos institucionais e do discurso ideológico e programático que esta dialética ocorre ou deixa de ocorrer. E é no direito, mais do que em qualquer outro espaço da vida prática e mental, que ela pode ocorrer em detalhe, junto com a política – a política em todos os sentidos, grande e pequena.

Uma das condições para o abandono desta tarefa maior do pensamento jurídico foi a primazia dada ao uso do direito no ambiente jurisdicional: o mundo dos juízes, dos tribunais e dos advogados e, portanto, também o das faculdades de direito. O acadêmico se imaginou como juiz ou como assessor filosófico dos juízes. Ao jurista, no papel de idealizador sistemático do direito, a ortodoxia dita pós-formalista parecia atribuir trabalho nobre e influente: modo de exercer o poder sem entrar ou ficar na política reles e comprometedora.

O custo desta operação, porém, tem sido alto. Não há hoje país em que convenha pagá-lo. Todos os problemas mais importantes das sociedades contemporâneas exigem, para resolvê-los, inovações institucionais. Tais inovações são incompatíveis com as limitações impostas pelos compromissos institucionais e ideológicos de meados do século passado. Ultrapassam em muito as fronteiras do projeto mais caro às elites governantes dos países do Atlântico norte de hoje – a combinação da proteção social usufruída pelos europeus com a flexibilidade econômica alcançada pelos americanos dentro dos limites de variante pouco ajustada do arcabouço institucional herdado. E não podem ser inferidas das categorias sistêmicas – como “capitalismo” e “economia de mercado” – em que tradicionalmente se compraz o debate ideológico.

Alguns destes problemas chegam quase ao horizonte do debate político existente nas democracias de hoje – como a necessidade de qualificar os serviços públicos pelo engajamento da sociedade civil organizada em sua provisão e a importância de reorganizar a relação entre as finanças e o sistema produtivo para que o capital financeiro se torne bom servo em vez de continuar a ser mau senhor. Já outros problemas, inescapáveis e prementes, permanecem distantes do debate corrente. Entre eles estão o confinamento das práticas mais avançadas da produção a vanguardas produtivas, associadas à economia do conhecimento, com efeitos decisivos para a estagnação econômica e a desigualdade social;

a insuficiência de transferências de dinheiro organizadas pelo Estado para assegurar coesão social em sociedades divididas e heterogêneas; e a necessidade que as democracias fracas de hoje têm de crises (guerra ou descalabro econômico) para viabilizar mudanças.

A única maneira de construir alternativas para a solução destes problemas é construí-las de dentro para fora e de baixo para cima, com o material das variações e das contradições do direito existente, não como ponto de chegada, mas como ponto de partida. O material é limitado: resulta de história de lutas, não de um roteiro pré-definido à espera dos teóricos capazes de explicitá-lo. Não é, porém, tão limitado quanto a mistificação idealizadora do direito faz aparentar.

Existe maneira melhor de pensar e de construir o direito. Não se confunde com o regresso ao formalismo doutrinário que o pensamento dominante continuou sob o pretexto de repudiá-lo e substituí-lo. Em vez de entrar na onda da sequele enganosa ao formalismo doutrinário, deveríamos nós que pensamos o direito no Brasil tomar a frente da construção desta alternativa. Não é alternativa nacional, é alternativa para qualquer país. Tem, porém, interesse especial para os brasileiros, dada a importância da reconstrução institucional para estratégia de desenvolvimento capaz de soerguer o Brasil e de empoderar os brasileiros.

Este outro caminho na teoria e prática do direito começa em distinção entre duas tarefas do pensamento jurídico – uma menor, outra maior. A tarefa menor é pensar o direito na situação jurisdicional ou quase-jurisdicional: a interpretação dos direitos individuais ou coletivos diante de litígio atual ou potencial, quando está em jogo o uso da autoridade e do poder o Estado para fazer valer determinada interpretação das normas. A tarefa maior é construir o direito no ambiente do debate cívico a respeito da transformação do país, por meio da dialética indispensável entre reconstrução das instituições e das práticas e revisão do entendimento dos interesses e ideais que as justificam. Na visão predominante, que a falsa ruptura com formalismo doutrinário perpetua, a tarefa menor é a que conta, a maior é assunto para política e filosofia – que não a cumprem.

Para a menor, há agente definido: os profissionais do direito. Para a maior, falta agente claro. Voltarei, no final desta Introdução, ao significado desta falta e ao que fazer para saná-la.

No ambiente jurisdicional, o direito reclama interpretação teleológica: de acordo como os objetivos atribuídos a cada parte dele. Interpretar de acordo com o propósito, mobilizar o raciocínio analógico, levar as palavras das leis e dos precedentes a sério, porém entendê-las de acordo com o contexto de embates, acordos e desacordos em que se produziram, sem querer vê-las (e reescrevê-las) como passos de grande plano moral e político que os agentes políticos nunca imaginaram ou quiseram, é a maneira melhor de superar o formalismo doutrinário sem incidir nos erros do pretense sucedâneo a ele.

O equívoco propício a mistificação e a usurpação está em associar a interpretação prática e teleológica à idealização sistemática do direito constituído. Com esta associação, abre-se campo para divergência entre duas genealogias do direito. A primeira é a genealogia prospectiva e real do direito como produto de lutas, barganhas e confusão. A segunda é a genealogia retrospectiva e fantasiosa do direito como expressão imperfeita de sistema normativo que evolui e se aperfeiçoa sob o disfarce dos conflitos que ocupam nosso tempo e nossas consciências.

Fora do ambiente jurisdicional, a tarefa é outra e maior: definir alternativas de transformação capazes de resolver os problemas centrais da sociedade numa época em que não mais sabemos como construir alternativas, seja no pensamento, seja na prática. Entre os componentes desta tarefa estão os seguintes. Reconhecer a complexidade de cada parte do direito como dialética entre soluções dominantes e discrepantes. Mostrar como das variações existentes, não apenas no direito nacional, mas na experiência do mundo todo, é possível inferir, no pensamento e na prática, conjunto de variações mais amplo. Desenvolver tais alternativas em resposta aos problemas mais importantes da sociedade, sobretudo aqueles que não frequentam o debate programático estabelecido. Identificar oportunidades para o exercício desta vocação superior da reflexão a respeito do direito: no esforço de reinventar a doutrina ou a dogmática jurídicas, no debate político e partidário, no manejo do poder em qualquer esfera e nível, na reconstrução das ciências sociais e das humanidades e até no exercício profissional da advocacia. Há continuidade entre o desenho das transações pelos advogados e a reimaginação fragmentária, porém cumulativa das instituições pelo jurista do futuro.

O alvo de qualquer ação social ou política ambiciosa é a estrutura da sociedade, tal como organizada pelas instituições e pelas ideias que as justificam. O alvo de qualquer pensamento mais sério a respeito da sociedade e da história é a explicação das mudanças estruturais: as razões pelas quais ocorrem ou deixam de ocorrer. E o alvo da imaginação

programática quando ela se levanta acima da rotina da política e se rebela contra a identificação das instituições existentes com a natureza das coisas é o conteúdo das alternativas estruturais que prometem dar consequência a nossos interesses e ideais.

Sempre o ponto central é a reimaginação e a reconstrução da estrutura, se por estrutura entendermos a ordem institucional e as concepções que servem para representá-la, legitimá-la e manejá-la. Os materiais para descrevê-la e para mudá-la não estão nas ilusórias abstrações sistêmicas que assombraram os últimos séculos de disputas ideológicas. Estão nos pormenores do direito, vistos sob o prisma do pensamento e da política. De pensamento que não se deixou ficar refém das ortodoxias predominantes nas ciências sociais de hoje. De política que não se rendeu ao esforço de apenas humanizar o que não mais conseguimos repensar e refazer.

Não devemos e não precisamos entrar na onda daquilo que ainda hoje se apregoa nos centros mais influentes da cultura jurídica mundial como sequela esclarecida ao formalismo doutrinário de antigamente. Há alternativa que interessa ao mundo e muito especialmente, dada nossa circunstância, ao Brasil. Proponho que o pensamento jurídico brasileiro se coloque à frente de sua construção. Para fazê-lo, tem de se livrar do colonialismo mental.

Para o Brasil, o rumo alternativo do pensamento jurídico que defendo aqui tem significado especial. Do encontro entre a realidade brasileira e a reorientação de nossa maneira de pensar o direito pode surgir corrente de ideias que interesse ao mundo. A insistência em construir prática de análise jurídica que ajude a decifrar enigmas brasileiros e a construir outro futuro para o Brasil não nos remete a idiossincrasias ou provincianismos. Pelo contrário, permite-nos desenvolver conceitos, métodos, práticas e propostas que ajudarão a criar em todo o mundo polo alternativo ao pensamento jurídico dominante, sediado hoje nas academias jurídicas dos Estados Unidos e da Alemanha. Enquanto continuarmos a ser, no direito como em tantos outros campos, colonizados mentais, nada teremos a dizer ao resto do mundo em matéria de direito. Passaremos a ter algo a dizer quando em direito, como em tudo o mais, aprendermos a pensar o universal a partir do local.