

**O MOVIMENTO  
DE ESTUDOS  
CRÍTICOS  
DO DIREITO:**

**OUTRO TEMPO, TAREFA MAIOR**



# 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.



Copyright da tradução © 2017 by Editora Letramento  
Copyright © 1986, Roberto Mangabeira Unger All rights reserved  
Título Original: The Critical Legal Studies Movement: another time, a greater task

Diretor Editorial | Gustavo Abreu  
Diretor Administrativo | Júnior Gaudereto  
Diretor Financeiro | Cláudio Macedo  
Logística | Vinícius Santiago  
Tradução | Lucas Fucci Amato  
Tradução do pós-fácio | Thalia Simões Cerqueira  
Preparação e Revisão | Nathan Matos  
Capa | Luís Otávio Ferreira  
Projeto Gráfico e Diagramação | Gustavo Zeferino  
Conselho Editorial | Alessandra Mara de Freitas Silva; Alexandre Morais da Rosa;  
Bruno Miragem; Carlos María Cárcova; Cássio Augusto de Barros Brant;  
Cristian Kiefer da Silva; Cristiane Dupret; Edson Nakata Jr; Georges Abboud;  
Henderson Fürst; Henrique Garbellini Carnio; Henrique Júdice Magalhães;  
Leonardo Isaac Yarochevsky; Lucas Moraes Martins; Luiz Fernando do Vale de  
Almeida Guilherme; Nuno Miguel Branco de Sá Viana Rebelo; Renata de Lima  
Rodrigues; Rubens Casara; Salah H. Khaled Jr; Willis Santiago Guerra Filho.

Todos os direitos reservados.  
Não é permitida a reprodução desta obra sem  
aprovação do Grupo Editorial Letramento.

Referência para citação:

UNGER, R.M. O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior  
Belo Horizonte(MG): Letramento,2017.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Bibliotecária Juliana Farias Motta CRB7/5880

---

U572m Unger, Roberto Mangabeira

O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior /  
Roberto Mangabeira Unger; Tradução de Lucas Fucci Amato.  
– Belo Horizonte(MG): Letramento: Casa do Direito, 2017.

288 p.; 23 cm.

ISBN: 978-85-9530-039-2

Verso (London; New York, 2015): The Critical Legal Studies Movement:  
another time, a greater task. Primeira edição: Harvard University Press, 1986.

1. Direito. 2. Crítica jurídica. 3. Igualdade perante a lei. I. Amato, Lucas Fucci.  
II. Título: outro tempo, uma tarefa maior

CDD 340

---

Belo Horizonte - MG  
Rua Magnólia, 1086  
Bairro Caiçara  
CEP 30770-020  
Fone 31 3327-5771  
contato@editoraletramento.com.br  
grupoeditorialletramento.com.br  
casadodireito.com



Casa do Direito é o selo jurídico do  
Grupo Editorial Letramento

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO: O IMPERATIVO DA REBELDIA NO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b>	<b>11</b>
<b>PARTE I: OUTRO TEMPO, TAREFA MAIOR (2014)</b>	<b>25</b>
<b>01. O CONTEXTO, O MOVIMENTO E O LIVRO</b>	<b>27</b>
O CONTEXTO	27
O MOVIMENTO E SUA SEQUÊNCIA	47
O LIVRO	64
<b>02. A VOCAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO AGORA</b>	<b>68</b>
AS DUAS VOCAÇÕES DO PENSAMENTO JURÍDICO	68
A HISTÓRIA UNIVERSAL DO PENSAMENTO JURÍDICO	73
O ESPÍRITO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO	86
O JURISTA COMO SACERDOTE E COMO PROFETA	92

<b>PARTE II:</b>	
<b>O MOVIMENTO DE ESTUDOS CRÍTICOS DO DIREITO (1986)</b>	<b>95</b>
<b>03. INTRODUÇÃO: A TRADIÇÃO DE MOVIMENTOS ESQUERDISTAS NO PENSAMENTO E NA PRÁTICA JURÍDICA</b>	<b>97</b>
<b>04. A CRÍTICA DO PENSAMENTO JURÍDICO</b>	<b>101</b>
A CRÍTICA DO OBJETIVISMO	101
A CRÍTICA DO FORMALISMO	104
AS CRÍTICAS DO OBJETIVISMO E DO FORMALISMO RELACIONADAS: SEU SIGNIFICADO PARA AS TEORIAS JURÍDICAS ATUAIS	107
<b>05. DA CRÍTICA À CONSTRUÇÃO</b>	<b>112</b>
O RESULTADO CONSTRUTIVO DA CRÍTICA DO FORMALISMO: DOCTRINA DESVIACIONISTA	112
O RESULTADO CONSTRUTIVO DA CRÍTICA DO OBJETIVISMO: REDEFININDO AS FORMAS INSTITUCIONAIS DA DEMOCRACIA E DO MERCADO	120
DE UM IDEAL SOCIAL A UM PROGRAMA INSTITUCIONAL	123
<i>REVOLUÇÃO POLÍTICA E CULTURAL</i>	123
<i>CRITICANDO E REINVENTANDO</i>	

<i>A DEMOCRACIA</i>	125
<i>A ORGANIZAÇÃO DO GOVERNO</i>	129
<i>A ORGANIZAÇÃO DA ECONOMIA</i>	131
<i>O REGIME DE DIREITOS</i>	134
<i>IDEAIS TRANSFORMADORES</i>	
<i>REALISMO POLÍTICO</i>	139
<b>06. DOIS MODELOS DE DOCTRINA</b>	<b>141</b>
DE UM PROGRAMA INSTITUCIONAL A UM EXEMPLO DOCTRINÁRIO: PROTEÇÃO IGUAL E DIREITOS DE DESESTABILIZAÇÃO	141
<i>OS USOS DA PROTEÇÃO IGUAL</i>	142
<i>A TEORIA OCULTA DA PROTEÇÃO IGUAL</i>	143
<i>A DOCTRINA AMERICANA DA PROTEÇÃO IGUAL</i>	147
<i>A PROTEÇÃO IGUAL RECONCEBIDA E RECONSTRUÍDA</i>	150
<i>AUTORIDADE E REALISMO NA DOCTRINA</i>	154
DE UM PROGRAMA INSTITUCIONAL A UM EXEMPLO DOCTRINÁRIO: CONTRATO, MERCADO E SOLIDARIEDADE	155
<i>A TEORIA CONTRATUAL DESINTEGRADA</i>	156
<i>PRINCÍPIO E CONTRAPRINCÍPIO: LIBERDADE PARA CONTRATAR E COMUNIDADE</i>	158

<i>A CONTRA VISÃO TESTADA: CASOS DE DIFICULDADE EXEMPLAR</i>	174
<i>A CONTRA VISÃO GENERALIZADA: AS FONTES DE OBRIGAÇÕES E A NATUREZA DOS DIREITOS</i>	179
<i>A CONTRA VISÃO ESTENDIDA E RESTRITA</i>	181
<i>A CONTRA VISÃO JUSTIFICADA</i>	184
<i>OS DOIS MODELOS COMPARADOS</i>	187
<b>07. ONCEPÇÕES SUBJACENTES E IMPLICAÇÕES MAIS AMPLAS</b>	190
PARA ALÉM DO DESENVOLVIMENTO INTERNO: ENTENDIMENTO SOCIAL E COMPROMISSO NORMATIVO	190
AS IMPLICAÇÕES MAIS AMPLAS	197
<i>OS TERMOS DA CONTROVÉRSIA IDEOLÓGICA</i>	197
<i>O MÉTODO DA FILOSOFIA POLÍTICA</i>	199
<i>LIBERDADE E ESTRUTURA NA EXPERIÊNCIA MODERNISTA</i>	202
<i>A AGENDA DA TEORIA SOCIAL</i>	205
<b>08. OUTRA POLÍTICA</b>	209
OS CENÁRIOS DA ATIVIDADE POLÍTICA	209
REIMAGINANDO A POLÍTICA TRANSFORMADORA	213

<b>CONCLUSÃO</b>	<b>218</b>
AS LIÇÕES DA INCONGRUÊNCIA	218
<b>UM ANEXO</b>	<b>221</b>
A HISTÓRIA UNIVERSAL DO PENSAMENTO JURÍDICO*	221
APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA	221
O DIREITO ENQUANTO ORDEM MORAL IMANENTE	228
O DIREITO ENQUANTO VONTADE DO SOBERANO	253



## 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 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. Desdubro 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. Sobrepõe-se 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 reinterpretção 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 com 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 idiosincrasias 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.

Duas circunstâncias – uma radicada em características duradouras de nossa experiência nacional, a outra específica do momento que vivemos – dão base a este chamamento.

A circunstância da hora é o esgotamento de estratégia de desenvolvimento baseada na democratização do consumo e na produção e exportação de *commodities*. A circunstância profunda e duradoura é o aprisionamento da vitalidade brasileira dentro de estrutura que nega à grande maioria de nossos concidadãos meios para se engradecerem.

Diferença entre democratizar a economia do lado da demanda e democratizá-la do lado da oferta é que aquela mudança se pode operar só com dinheiro enquanto que este movimento exige inovação institucional. Não se trata de apenas regular o mercado ou de atenuar as desigualdades nele geradas. Trata-se de inovar nas instituições que definem a economia de mercado.

O imperativo da inovação institucional impõe-se em todos os campos da vida brasileira, a começar pela economia. Na política industrial e de desenvolvimento, nossa preocupação superior deve ser organizar instituições que difundam as práticas mais avançadas da produção para toda a economia, em vez de permitir que se cinjam a franjas avançadas em cada setor da produção, como geralmente acontece no mundo. Vanguardismo inclusivo, não mais confinado a ilhas dentro da economia, e assentado na democratização radical de acesso às oportunidades e aos recursos da produção é o único antídoto seguro à estagnação e desigualdade.

Para promovê-lo, precisamos além de outra educação – analítica, capacitadora, cooperativa e dialética –, de outra arquitetura institucional, e, portanto, jurídica, na economia de mercado. Esta arquitetura há de comportar, a serviço da construção do vanguardismo incluyente, coordenação estratégica descentralizada, pluralista e experimental entre os governos e as empresas, sobretudo empresas emergentes pequenas e médias, bem como práticas que combinem cooperação e concorrência – concorrência cooperativa – entre tais empresas. E há de evoluir para regime que multiplique as formas de acesso descentralizado aos recursos e às oportunidades da produção e que repudie na prática o dogma falso, porém reinante, de que a economia de mercado tem forma única, natural e necessária. Uma das muitas implicações jurídicas é a transformação do direito privado, que passou quase incólume pelo século passado. Esta transformação permitirá que modelos alternativos de propriedade e de contrato convivam experimentalmente dentro da mesma ordem econômica.

Nas relações entre o capital e o trabalho, precisamos criar novo estatuto de trabalho para resguardar, organizar e representar a maioria da força de trabalho no país, que arrisca cair na precarização dentro da economia formal ou continuar nas sombras da economia informal. Na organização do vínculo entre as finanças e a produção, temos de adotar práticas, regras e instituições que canalizem o capital financeiro para a produção e a inovação em vez de permitir que ele sirva a rentismo sem vazão produtiva.

A democratização do mercado e a construção do vanguardismo inclusivo – obras gêmeas – têm por contrapartidas, primeiro, a reorganização das relações entre o Estado, os entes federados e a sociedade, sobretudo na prestação dos serviços públicos; segundo, a construção do Estado; e, terceiro, o aprofundamento da democracia. Em cada uma destas áreas, só podemos avançar se ampliarmos o rol das alternativas institucionais disponíveis.

A qualificação dos serviços públicos, sobretudo de educação e saúde, constrói gente. Ela passa agora pela reorganização do federalismo brasileiro e pelo engajamento da sociedade civil organizada na prestação destes serviços. Exige desde já o federalismo cooperativo – vertical, entre os três níveis da federação, e horizontal, entre os entes federados. Só por meio dele conseguiremos, por exemplo, reconciliar padrões nacionais de investimento e qualidade na educação com a gestão local das escolas pelos estados e pelos municípios. Do federalismo cooperativo podem, por sua vez, surgir arranjos institucionais que radicalizem o potencial experimentalista do regime federativo. Tais arranjos permitiriam que partes da federação divirjam das soluções geralmente adotadas no país e desenvolvam outros modelos do futuro nacional.

Para qualificar os serviços públicos, não basta que o Estado assegure a todos os cidadãos mínimo universal de serviços, ao mesmo tempo que lidere a construção dos serviços mais caros e custos. Na vasta zona intermediária entre o chão e o teto, o Estado deve ajudar a preparar e financiar a sociedade civil para que ela participe, junto com o Estado e sem objetivo de lucro, por meio de instrumentos como nossas atuais Organizações Sociais, na provisão competitiva e experimental dos serviços. Aquilo que no período entre as duas grandes guerras do século 20 os juristas europeus rotularam o direito social – nem direito público nem direito privado – teria de organizar esta participação. Não o faria na forma do corporativismo daquela época, senão na maneira exigida por experimentalismo radical e por democracia forte.

Não existe ainda no Brasil – ou em qualquer outro país – o Estado capaz de executar a obra que acabo de esboçar. Para levá-la a cabo, como complemento indispensável do aprofundamento da democracia brasileira, não basta cumprir as agendas dos séculos 19 e 20 em matéria de construção do Estado: a do profissionalismo burocrático e a da eficiência administrativa, apoiada em mecanismos de cobrança internos e externos ao Estado. É preciso cuidar também de agenda que será específica ao século 21, a do experimentalismo na forma de atuação do Estado. Esta agenda, além de outro federalismo e de outra maneira de organizar a sociedade civil e de relacioná-la ao Estado, requer outro modo de conceber o império da lei. Em vez de exigir que a regra jurídica valha universalmente ou não valha de todo, precisa abrir oportunidade para experimentar, sob resguardos contra abusos e favoritismos. Esta é, na própria forma do direito público, a agenda do experimentalismo expressa como maneira de construir o direito.

Se há área de inovação institucional que tenha primazia sobre todas as outras, é o aprofundamento da democracia. A organização da política representa mais do que um campo adicional de reorganização das instituições: condiciona a transformação de todos os outros campos. Projeto centrado na construção de forma de vida que dê a cada indivíduo oportunidade melhor de viver vida maior, de engrandecer-se antes de morrer, não pode satisfazer-se com democracia que deixa os cidadãos adormecidos, a não ser em raros momentos revolucionários e constituintes, e que reduz o direito a intervenções episódicas e localizadas na estrutura da vida coletiva. O empoderamento do indivíduo e o empoderamento da coletividade não são projetos opostos, por mais que haja interferência entre eles. São projetos complementares e reciprocamente dependentes: o empoderamento individual só pode ser experiência amplamente compartilhada num ambiente em que a estrutura da vida social esteja de fato suscetível a transformação, sem precisar de crise como condição de mudança.

Ao direito constitucional em particular e ao direito administrativo em geral cabe desenvolver ideias e passos que nos permitam ultrapassar os limites de nosso liberalismo protodemocrático. Democracia de alta energia é democracia que dispense crise como condição de mudança, que derrube o governo dos vivos pelos mortos e que diminua na vida política e social a distância entre o rotineiro e o revolucionário. A expressão de tal movimento na construção do direito é ampliar decisivamente o potencial para questionar e reconstruir práticas e instituições. É também admitir a convivência contraditória entre formas diferentes de organização econômica e social.

Entre as inovações institucionais específicas que o avanço nesta direção requer, algumas se destinam a elevar o nível de engajamento na vida cívica – a temperatura da política; outras a resolver prontamente os impasses entre os poderes do Estado – o passo da política; outras a reconciliar a possibilidade de ação forte por parte do poder central com caminhos alternativos buscados pelos entes federados; outras a criar no Estado um poder desenhado para vir em socorro de grupos sujeitos a formas de subjugação ou exclusão das quais não conseguem escapar por meio dos instrumentos de ação coletiva que lhes são acessíveis e outras ainda a atenuar progressivamente a diferença entre democracia representativa e democracia direta ou participativa.

O aprofundamento da democracia, assim como a democratização do mercado, apontam para transformações que são radicais quando vistas muitos passos para frente. Cada passo, porém, pode ser menor ou maior e permitir desdobramentos diferentes. Não é sistema, é caminho que se descobre e se define caminhando. Esta é a resposta – a única resposta – que podemos dar a problema que resulta da desmistificação da política e da desnaturalização da sociedade: o de reconhecer, em confronto com as correntes dominantes do pensamento econômico e político contemporâneo, a necessidade de alternativas estruturais, porém sem sucumbir ao dogmatismo estrutural que acometia os liberais e os socialistas do século 19.

Não encontraremos alternativas como as que acabo de invocar nas concepções sistêmicas que nos encantaram e confundiram por tanto tempo. Precisamos saber com que material podemos contar como ponto de partida para construí-las. Este material está exposto no direito – não apenas nosso direito, mas o direito de todos os países, agora e historicamente. Para reconhecer o direito tal como ele é, temos de levantar o véu da sistematização mistificadora praticada pelas teorias jurídicas mais prestigiosas da época.

É verdade que a tarefa que proponho não conta com agente claro ou oportunidade fácil, ainda quando tenha destinatário definido. O destinatário é o Brasil. A oportunidade é o sentimento generalizado no país de nos termos perdido por falta de maneira de nos organizar que dê vazão e instrumentos à vitalidade brasileira. Mas quem é o agente? Ao referir o papel dos juristas, aproprio-me, por falta de outro, de conceito arcaico – o de jurista em contraposição ao de advogado, com conotações que vão desde o direito romano até a elite jurídica, parte expressiva da oligarquia que ajudou a governar o Brasil por quase toda sua vida independente.

Nesta falta de agente pronto, nada há de novo. O mundo está organizado para reproduzir-se até que o organizemos de outro jeito. As tarefas importantes aparecem antes de surgirem agentes aptos a executá-las. A referência a juristas é, portanto, o uso de arcaísmo a serviço de futuro a construir. Aponta para alguém que lide com o direito sem lidar com ele como representante de interesse privado ou corporativo e que tenha por interlocutores ideais os cidadãos e as organizações políticas e sociais em que se agrupam. Este papel, por enquanto, não existe, a não ser na forma de uma academia voltada em grande medida para a formação de advogados dos interesses privados ou corporativos e de quadros para as carreiras de Estado.

Para desempenhar a tarefa que descrevo é preciso usar os papéis profissionais existentes e embaralhá-los, esticá-los e por fim ultrapassá-los. Não os usaremos para usurpar e exercer poder aceitando o convite feito pela doutrinação idealizadora do direito no vocabulário dos princípios e das políticas públicas. Trataremos de usá-los para criar o agente provisório da tarefa irrecusável: o especialista em direito que reconhece a pobreza do discurso programático da política rotineira e que vê nas variações existentes e acessíveis do direito constituído material para construir bases institucionais de vida maior para o indivíduo e para a nação.

Marca das instituições que nos convém desenvolver é que elas não nos exijam, para poder participar delas, abandonar o impulso para continuar a questioná-las e a reconstruí-las. Para que nós possamos ser grandes, as instituições, expressas no direito, precisam ser tratadas como o que sempre são: mistura contingente de oportunidades e de obstáculos para nosso engrandecimento. Seu atributo mais importante é que facilitem sua própria transformação, à luz da experiência.

Dois aspirações nos devem motivar a construir nova maneira de pensar e de desenvolver o direito no Brasil. A primeira aspiração é a de encontrar rumo para o pensamento jurídico brasileiro melhor do que o rumo que a alta cultura do direito vem seguindo nos países dos quais habitualmente importamos teorias do direito. A segunda aspiração é a de contribuir à definição de caminho para o Brasil que assegure a nossos concidadãos meios para ficar de pé.

Estas duas aspirações convergem para a mesma prática. E esta prática exige uma maneira de pensar. A tarefa do pensamento jurídico no Brasil é entender o direito como forma institucional da vida de um povo, cheia de contradições que fornecem material para fabricar alternativas. A tarefa do direito brasileiro é ajudar a engrandecer os brasileiros.

*setembro de 2017*

## 2

### A VOCAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO AGORA

#### AS DUAS VOCAÇÕES DO PENSAMENTO JURÍDICO

O direito é a forma institucional da vida de um povo vista em relação aos interesses e ideais que dão sentido a tal regime. Nossos interesses e ideais sempre permanecem pregados na cruz das instituições e práticas que os representam de fato. O direito é o ponto dessa crucificação.

O direito, porém, tem sido também negócio próprio de especialistas. Para esses profissionais, e para as escolas em que são educados, a preocupação com o que eles podem fazer com o direito torna-se suprema e dirige o entendimento do direito. É fácil para eles acreditarem que o direito é o que cortes e advogados fazem. A questão “como devem os juízes decidir casos” torna-se o tema central da teoria jurídica.

Toda vez que, sob os limites da democracia, juristas e as forças políticas com as quais são aliados procuram circunscrever a política por recurso à política judicial, e obter das cortes o que o povo se recusou a apoiar, essa redução da visão encontra mais encorajamento. A posição dos notáveis do direito sobre a prioridade de sua perspectiva torna-se confundida com a pretensão de cumprir uma missão maior nos negócios da república.

Compreender a relação de instituições e práticas com um entendimento estabelecido de interesses e ideais e fazê-lo na maior escala possível, sem o embaraço das limitações da especialização profissional, será sempre uma atividade de vastas consequências para a sociedade. Grandes mudanças normalmente começam em pequenos passos. Cada ramo do direito contém uma série de soluções desviantes, exceções, anomalias e contradições. Cada um desses desvios pode servir como ponto de partida para um modo alternativo de organizar uma área do direito e da prática social: a exceção pode tornar-se a regra; a anomalia, uma abordagem diferente à ordenação de parte da vida social. O que começa como reforma de arranjos para satisfazer nossos interesses e ideais, como os vemos, é provável que acabe como um entendimento mudado

do que queremos e professamos: nossos ideais e interesses parecem-nos evidentes apenas enquanto permanecem unidos às instituições que os representam de fato. Tão logo dissolvemos esse casamento, encontramos razão para questionar o que parecera autoevidente.

Práticas sucessivas de doutrina jurídica ao longo dos últimos vários séculos, incluindo o método tipológico no século XIX e a elaboração racional no século XX, subestimaram e mesmo dissimularam a natureza contraditória do direito. Cada uma delas encantou-nos na visão do direito como uma aproximação imperfeita a um sistema idealizado – um plano da vida social inteligível e defensável –, embora cada uma tenha caracterizado tal sistema de modo diferente. Nesse exercício, cada uma delas foi influenciada pelo interesse que os juristas têm em encontrarem trabalho importante para fazerem sem mudar as bases em que o poder é manejado no estado.

Quebrando o feitiço posto por esses sistemas idealizadores, o pensamento jurídico pode reconhecer o direito segundo a realidade contraditória que ele é e alistar a contradição a serviço do entendimento e da prática transformadores. Tornar-se prática de imaginação institucional, engajando, por meio dos detalhes do direito, o regime da sociedade como ele é e explorando no que podemos e devemos transformá-lo em seguida é a vocação maior do pensamento jurídico.

Essa tarefa ganha significado especial sob as condições da ditadura da falta de alternativas agora prevalente no mundo. Um requisito para a derrubada dessa ditadura é alargarmos a restrita lista agora oferecida de configurações alternativas para a organização de diferentes áreas da vida social. Não podemos fazê-lo simplesmente desdobrando abstrações ideológicas herdadas do passado. Só podemos fazê-lo trabalhando com os materiais conceituais e institucionais que nos foram dados pela história: o direito é onde encontramos esses materiais em seu detalhamento mais rico e preciso.

Assim como tem uma vocação maior, o pensamento jurídico também tem uma vocação menor: seu uso na reivindicação de direitos e estabelecimento de disputas, dentro e fora do cenário judicial. A recusa em sacrificar a vocação maior à menor não nos autoriza a negar a importância da última. Se a questão de como juízes (e outros solucionadores de disputas e intérpretes quase ou extrajudiciais) devem decidir casos não pode ser o tema central da teoria jurídica, é, não obstante, uma questão que qualquer teoria do direito precisa responder.

Nossa visão da vocação menor, todavia, não pode contradizer nosso entendimento sobre a vocação maior. Deve repousar sobre os mesmos pressupostos e servir aos mesmos fins, se nossa compreensão do direito for coerente.

Na coleta dos elementos de tal visão, não precisamos começar do início. Um impulso incompreendido e esquecido na história do pensamento jurídico de fins do século XIX e princípios do século XX oferece o melhor ponto de partida. Uma abordagem da vocação menor pode começar de onde este impulso nos deixou.

Houve um momento na história das ideias jurídicas em que o projeto da ciência jurídica do século XIX havia já estado sob ataque sob rótulos como formalismo, conceitualismo, doutrinarianismo e pandectismo, mas o método da elaboração racional na linguagem de políticas e princípios ainda não havia tomado seu lugar. Esses proponentes de outro futuro para a análise jurídica insistiram que o direito deveria ser interpretado finalisticamente: a interpretação precisaria ser justificada pela atribuição explícita ou implícita de propósitos em um contexto histórico particular, segundo os pressupostos e interesses prevalentes naquela circunstância. Em cada um desses cenários reais, haveria uma ampla área de acordo sobre o significado – não porque palavras tenham significado fixo ou porque as coisas a que se referem tenham essências estáveis, mas porque os propósitos controladores da interpretação precisam ser tornados manifestos apenas quando são disputados.

Essa abordagem não poderia autorizar, entretanto, um viés em direção à sistematização idealizadora do direito: viés expresso, em diferentes caminhos, tanto pelo método tipológico do século XIX quanto pelo discurso de políticas e princípios do século XX. O que substituíria tal idealização era o reconhecimento do direito como produto histórico de conflito contido entre interesses e entre visões. Em tal conflito, algumas posições prevalecem pelo momento. Nunca prevalecem para sempre, e raramente prevalecem completamente. Mesmo quando triunfam, coexistem com soluções contrárias, que restam no direito existente como vestígios, contracorrentes e profecias de um futuro alternativo.

Assim, essa visão de como melhor realizar a vocação menor do pensamento jurídico foi frequentemente, mas nem sempre, expressa pelo que posteriormente chamo de teoria jurídica do combate: a visão do direito em qualquer tempo e lugar como resíduo de conflito inter-

mitentemente interrompido e relativamente contido sobre os termos da vida social. Foi uma abordagem que se recusou a entender o direito como aproximação a um plano inteligível e defensável da vida social.

Entre os juristas associados com esse interlúdio entre o descrédito da ciência jurídica do século XIX e a ascendência do método da elaboração razoável estão Jhering, Gény e Holmes.

Eles propuseram uma visão realista e deflacionária do raciocínio jurídico no ambiente profissional, especialmente judicial. Ela tornou-se, entretanto, uma proposta assim como uma descrição, na medida em que rejeitou a representação do direito como um sistema idealizado: seja descrito como o conteúdo intrínseco de um tipo de organização social, seja como a expressão de um conjunto de políticas públicas e princípios impessoais do justo. O elemento inextirpável de discricionariedade na interpretação jurídica significava que podemos desenhar um contraste apenas relativo, não absoluto, entre criação e interpretação do direito, ou entre os conflitos de visões e interesses trazidos pela última e aquelas que dirigem a primeira. Dizer que o contraste é relativo não era desconsiderá-lo como irreal ou desimportante. A interpretação profissional do direito não seria, segundo tal visão, simplesmente a continuação da política por outras vias; seria sua continuação disciplinada pelos constrangimentos e compromissos que lhe mudam a natureza.

Uma vez que tal visão deflacionária da interpretação jurídica profissional fosse aceita, a interpretação do direito à luz de propósitos atribuídos e com a ajuda do raciocínio analógico poderia ser reconciliada com a deferência a significados evidentes e precedentes estabelecidos na grande maioria das situações. Apenas quando os interesses em jogo parecessem ser tanto contraditórios quanto de peso comparável é que os propósitos condutores da interpretação precisariam ser explicitados o melhor possível para serem sujeitos à crítica dentro e fora da comunidade de intérpretes profissionais.

Nas cortes inferiores, em que o juiz ou árbitro lida com a realidade humana dos litigantes em primeira mão, a decisão recomendada pela prática padrão da interpretação jurídica poderia justificadamente ser superada por ajuste equitativo. Se a consequência recomendada por tal prática divergir muito severamente das expectativas recíprocas em torno de papéis no ambiente social em que a disputa se apresenta, o julgador poderia definir o resultado à parte em favor da alternativa mais equitativa, sem fingir mudar o direito em vigor.

Nas cortes superiores, especialmente nas cortes constitucionais, a prática padrão poderia dar lugar ocasionalmente a atos excepcionais de estadismo judicial. Confrontados com uma crise nacional, provocada ou perpetuada pelo impasse entre os poderes políticos, os juízes poderiam intervir por uma reinterpretção radical da constituição ou das leis. Poderiam de fato apelar ao futuro, aos poderes políticos travados ou ao povo. Provavelmente teriam sucesso em seus esforços em cortar o nó górdio apenas se tivessem como parceiros reconhecidos, de baixo, movimento poderosos e organizados na sociedade. O trabalho desses parceiros poderia aproveitar a oportunidade aberta pelo estadismo judicial e começar a transformar uma aventura judicial perigosa em uma profecia constitucional autorrealizável.

Nada nessa abordagem dos problemas de interpretação e jurisdição requer aceitação das altas pretensões da doutrina jurídica dos séculos XIX e XX, nada que não possa ser reconciliado com as reivindicações da democracia, nada que negue a natureza contingente e contraditória de qualquer corpo de direito, e logo nada que negue, na persecução dessa missão menor, os pressupostos da tarefa maior do pensamento jurídico. A modéstia da primeira completa a ambição da última. Ambas servem, cada uma a seu modo, à causa democrática.

O significado dessa abordagem sem volteios dos problemas da interpretação jurídica profissional torna-se ainda mais claro por contraste à visão com a qual pode ser confundida. Segundo essa outra visão, o raciocínio jurídico é a arte inefável do juízo prático. Ela nega a redução a qualquer sistema de ideias abstratas porque corporifica um modo de pensamento que não pode ser acomodado entre os procedimentos padrão de dedução, indução e abdução, ou reduzido a qualquer sistema de ideias gerais. Pode ser dominado apenas por longa prática dentro de uma comunidade profissional, sustentada pela proximidade com os negócios do ambiente social em que é praticada e pelo conhecimento íntimo das ideias, interesses e sentimentos daqueles cuja vida ele toca.

Tal era a visão que os pretensos sucessores dos juristas romanos do período republicano tinham de sua prática, em oposição à influência da filosofia grega e às demandas do despotismo imperial. Ela formou parte da autodescrição dos juristas do *common law* no decorrer de longos períodos na história do direito anglo-americano. É invocada ainda hoje, sob o disfarce de rótulos pseudofilosóficos como prudência e *phronesis*, por aqueles que definiriam um conjunto de métodos vagos

e caseiros como um mistério sacerdotal. Mas ela não adiciona senão ilusão, a serviço de autoridade capciosa, ao que descrevi como a visão deflacionária e realista da vocação menor do pensamento jurídico.

Quando abrimos a caixa preta desse ofício supostamente seletivo e evasivo, encontramos os elementos dessa visão: o recurso universal ao raciocínio analógico, o entendimento de que a moralidade convencional consiste largamente em nossas pretensões recíprocas, baseadas em papéis, de uns contra outros, e o reconhecimento de que a habilidade para lidar com sucesso com questões práticas requer familiaridade com os interesses e ideais que comandam a influência em um mundo social particular e com os meios para promovê-los que estão disponíveis e são aceitos. Nada remanesce. Não há tal arte inefável, tal habilidade que desafia qualquer teorização. É apenas outro modo de colocar a vocação menor do pensamento jurídico no lugar da vocação maior, para o benefício dos juristas e em detrimento da sociedade.

## **A HISTÓRIA UNIVERSAL DO PENSAMENTO JURÍDICO**

A melhor forma de compreender a vocação maior do pensamento jurídico é colocá-la no contexto da história mundial. Apenas quando a vemos à distância podemos apreender completamente seu conteúdo e suas consequências.

Houve três elementos na história universal do pensamento jurídico. São recorrentes e persistentes ao longo de um amplo leque de tradições jurídicas (incluindo tanto o *civil law* quanto o *common law*) e períodos históricos. Dois desses elementos estão na superfície do debate; entre eles, ocuparam quase totalmente a agenda da teoria do direito. O terceiro teve um papel silencioso. O futuro do pensamento jurídico e o cumprimento de seu chamado maior dependem do rearranjo da relação entre esses três elementos, um rearranjo radical o bastante para dissolver suas identidades distintas e conflitantes.

Um protagonista da história universal do pensamento jurídico é a ideia do direito como produto da busca doutrinária por uma ordem moral imanente da vida social. Uma segunda posição é a ideia do direito como vontade do estado ou do soberano. Cada uma dessas ideias é incompleta e precisou da outra para suportar uma visão abrangente do direito. Não obstante, as duas ideias também se contradizem – uma contradição que a democracia mais fez agravar do que superou. Muito da história da teoria jurídica, mesmo hoje, consiste em administrar essa contradição.

Sobretudo, cada uma dessas duas visões é também incompleta em outro sentido. Cada uma considera como dado como a sociedade é de fato organizada e representada nas mentes daqueles que a habitam: os arranjos e pressupostos estabelecidos e em particular a parte formadora desses arranjos e pressupostos que podemos chamar de a estrutura da sociedade. Apenas em combinação com a estrutura uma ou outra abordagem – o direito como indagação doutrinária sobre a ordem normativa imanente ou como a vontade do estado ou do soberano – funcionam na prática.

O direito como estrutura da sociedade é a terceira ideia do direito presente na história universal do pensamento jurídico. O papel dessa ideia, no entanto, sempre permaneceu largamente tácito. A estrutura permanece nas sombras: não explicada, não justificada e mesmo não vista.

\*\*\*

Na maior parte dos períodos da história do direito, os juristas se depararam com o direito à primeira vista como um conjunto de concepções, categorias e regras que, juntas, definiam um plano de vida comum. Recusaram-se a ver o direito como vontade arbitrária do estado, mesmo se fosse um governo democrático, muito mais a vê-lo como o resultado acidental de um conflito entre interesse e entre visões. Em vez disso, insistiram em vê-lo como movimento cumulativo em direção a um projeto de coexistência social que pode ser publicamente entendido e justificado.

Quando as categorias e ideias doutrinárias não resultaram em escolasticismo sem espírito, atraíram o significado e a autoridade de servirem a tal empreendimento. A sede tradicional da indagação doutrinária foi o direito privado: as doutrinas do direito dos contratos, da propriedade e da responsabilidade civil apontaram na direção de tal arquitetura normativa latente nas relações e transações recorrentes de uma sociedade. O método tipológico do século XIX e o método da elaboração racional do século XX representaram apenas suas formas mais recentes.

O que é a doutrina? Os pressupostos do trabalho doutrinário ou dogmático no direito são tão alheios aos modos de pensamento atuais que sua natureza nos ilude. Como a teologia por contraste à sociologia ou história comparada da religião, como a gramática por contraste à linguística, ele é constitutivo de sua matéria de estudo; não é um metadiscurso, isto é, uma visão de um tema do qual pode ser distinguido. De outro lado, seu tema é uma realidade simbólica, bidimensional: categorias, concepções e regras da superfície manifestam um subtexto mais profundo – o plano inteligível e defensável da vida social do qual representam expressões fragmentárias. Rejeitando a postura de um

observador imparcial, toma a posição de um inserido no seu objeto, comprometido com uma comunidade de discurso e com uma tradição. Ele reivindica que seus resultados devam ter consequências práticas para o uso do poder governamental.

Suas pressuposições históricas são a existência de um estado buscando fazer e impor o direito e de uma alta cultura, que relacione, como Platão fez, a ordem na sociedade à ordem no mundo e na alma. Porque começa sob a dupla sombra de um estado que clama ser uma fonte – senão a única fonte – do direito e de uma cultura que representa uma visão de nosso lugar no cosmos, sua relação com aquele estado e aquela cultura foi desde o início causa de ansiedade e confusão.

A motivação para reinventar perenemente a doutrina surge dos atributos definidores da vida social. Para ordenar nossas instituições e práticas, precisamos representá-las por meio de concepções: não podemos ordená-las a menos que lhes demos sentido. O conflito sobre os termos da vida social não pode ser temporariamente interrompido e relativamente contido a menos que essas concepções justifiquem os arranjos, relacionando-os a uma visão de nossa vida em conjunto: de como que tal vida pode e deve ser em diferentes partes da sociedade.

Todavia, a prática da doutrina jamais deixou de ser tanto problemática quanto incompleta. Problemática por causa de sua relação contestada com a outra principal ideia sobre o direito na história universal do pensamento jurídico: o direito feito pelo estado e por quem quer que reivindique o poder soberano e o exerça de fato. Como pode o direito ser uma ordem normativa imanente, de uma só vez revelada e refinada pelo labor da doutrina, mas também ser o que quer que o poder soberano no estado haja decidido que ele deve ser? Essa questão foi o enigma central da teoria jurídica desde quando tanto o estado quanto a doutrina existiram. A democracia torna esse desafio mais agudo, porque transforma a ofensa à vontade do soberano democrático em escândalo, a menos que a ofensa possa ser justificada por limitações constitucionais que o soberano democrático impôs a si mesmo.

Assim, esse continua a ser o enigma central hoje. Apenas pergunte de onde vêm as políticas e princípios invocados pelo método da elaboração racional. Precisam já estar implícitos em grande medida no direito. De outro modo, os juristas os teriam inventado, em derrogação da autoridade das instituições democráticas de criação do direito. Se a narrativa de políticas e princípios que deveria guiar a interpretação finalística do direito é descrita como já existente no material jurídico, esperando

para ser escavada por intérpretes profissionais, o problema vem do outro lado. Como o direito, forjado em discussões e disputas entre interesses e entre visões, poderia vir a parecer retrospectivamente, no momento da interpretação profissional, como se exibisse um plano que pode ser descrito na linguagem de políticas e princípios? Abstrações ideológicas ou um “consenso sobreposto” minimalista jamais seriam suficientes para compor tal plano; as crenças condutoras precisam ser detalhadas o suficiente para responder pelo conteúdo do direito e guiar seu desenvolvimento em cada área da prática social. Se tal consenso denso existisse, como poderia ser reconciliado com a pretensão da democracia de decidir como a sociedade deveria ser organizada? Para essas questões não há respostas satisfatórias, apenas uma série de camuflagens e evasões na teoria jurídica e na prática.

Não apenas a busca doutrinária pela ordem moral imanente na sociedade contradiz a outra grande ideia sobre o direito – como vontade do estado ou do soberano; ela também permanece radicalmente incompleta, ainda que incapaz de reconhecer o fato e as implicações dessa incompletude. Não podemos entender ou implementar qualquer sistema de doutrina exceto por referência ao mundo social e cultural a que ele pertence. Suas categorias são sem significado e sem vida se fracassam em tomar vida e significado desse contexto, e especialmente dos arranjos e pressupostos formadores de uma sociedade. Aqueles que organizam suas atividades econômicas, políticas e culturais rotineiras, incluindo as atividades pelas quais ela constrói o futuro no presente. Tais pressupostos e arranjos compreendem a estrutura da vida social: o terceiro elemento na história universal do pensamento jurídico e o parceiro silencioso dos outros dois elementos.

A segunda presença nessa história universal é a visão do direito como vontade do estado ou do soberano. Sob a democracia constitucional, o poder de fazer o direito é moldado e sancionado pela constituição democrática. O último teste dessa realidade, porém, permanece no fato da obediência habitual.

Segundo tal visão, o direito é o que quer que aqueles que exercem o poder no estado digam que ele é. Não é, contudo, à maneira da teoria do direito de John Austin, uma simples série de comandos. É (segundo uma versão dessa abordagem, a teoria do direito analítica) um sistema jurídico, o que o soberano quer ele precisa querer como mudança nesse sistema, sujeito a sua natureza, instrumentos e constrangimentos peculiares. Ou o direito é (segundo outra versão, que aqui chamo de

teoria jurídica do combate) não um sistema, mas a figuração de uma correlação de forças: o resultado, no tempo histórico, de uma luta entre interesses e entre visões. A cada ponto, algumas forças prevalecem sobre outras. Sua vitória, entretanto, é raramente completa.

Essa visão do direito teve proponentes desde quando houve um estado. Recentemente, porém, foi formulada em duas formas diferentes: a teoria do direito analítica e a teoria jurídica do combate – a segunda mais profunda e importante que a primeira.

Para a teoria do direito analítica (liderada, no século XX, por Hans Kelsen e Herbert Hart), o direito é um sistema hierárquico de regras que conferem forma geral à vontade do poder soberano. Sua teoria da representação do direito providencia um vocabulário no qual descrever o direito sem emaranhar a descrição seja em questões sociológicas de eficácia, seja em preocupações normativas de justiça. Sua teoria do raciocínio jurídico reconhece que o raciocínio guiado por regras deve coexistir com uma porção de discricionariedade bruta na interpretação do direito, a vontade do Estado não pode ser traduzida em decisões particulares sem criar espaço para que o conflito entre interesses e entre visões reapareça de forma menor no momento da decisão.

A aspiração metodológica da teoria do direito analítica é, como aquela da economia pós-marginalista, permanecer invulnerável à controvérsia causal e normativa. O preço de tal invulnerabilidade é a vacuidade. O objetivo político da teoria do direito analítica é reforçar o estado de direito: uma moldura do justo que permaneça acima das colisões de interesses e visões. A aspiração política conflita com a metodológica: o jurista não pode aplicar e elaborar o direito sem representá-lo, e não pode representá-lo sem entendê-lo como um modo particular de fixar aquela colisão e direcionar seu resultado em uma ou outra direção.

Mais significativa é a teoria jurídica do combate. O direito é, segundo tal visão, a ordem resultante da interrupção temporária e da contenção relativa da luta perene sobre os termos da vida social. A luta deve ser contida e interrompida não apenas pelo bem da segurança e da paz, mas também de modo que uma forma coerente de vida social, capaz de nutrir indivíduos fortemente marcados, possa emergir e se desenvolver por detrás do escudo do poder estatal.

A teoria jurídica do combate foi representada tanto por juristas práticos (Holmes, Jhering) quanto por filósofos políticos (Thomas Hobbes, Carl Schmitt).

O compromisso normativo maior dessa concepção de direito é com a ideia metafísica de vitalidade: a sustentação das diversas formas de vida que a divisão do mundo entre estados soberanos e frequentemente antagônicos permite. Sua atitude política é de hostilidade aos poderes intermediários entre o estado e o indivíduo. Ela vê tais poderes como ameaças à forma de vida característica que o estado pode proteger e encorajar. Ela não considera nem a razão nem a justiça como capazes de arbitrar o conflito cego de ideologias, estados, comunidades e classes.

Mas seu ceticismo sobre o valor e seu respeito ao poder não a impediram de servir como inspiração para o menos perigoso e mais realista relato sobre a vocação menor do pensamento jurídico – seu uso em juízo – a aparecer na história da teoria do direito ao longo dos vários últimos séculos. Essa explicação afirmou o caráter finalístico do raciocínio jurídico, mas rejeitou a sistematização idealizadora comum às abordagens dominantes dos séculos XIX e XX. Embora seu realismo deflacionário e sua falta de qualquer teoria desenvolvida sobre a construção da estrutura na sociedade a houvessem impedido de ter uma visão da vocação maior do pensamento jurídico, ela deixou aberto o espaço para tal visão.

Tanto como teoria do direito analítica quanto como teoria do combate, a ideia do direito como vontade do estado tem fraquezas simétricas àquelas de seu oponente principal na história da teoria jurídica: a explicação da ordem normativa imanente pela doutrina. Ela coexistiu com a ideia oposta do direito desde quando existiram estados centrais e altas culturas. Os filósofos, senão teóricos do direito, da teoria jurídica do combate podem ter dispensado o projeto da doutrina tanto como subterfúgio quanto como impedimento. A realidade histórica do direito não os obrigou: as duas abordagens foram feitas para existir lado a lado mesmo que nenhuma concepção tenha sido capaz de reconciliá-las. Como resultado, sua coexistência na prática sempre foi *ad hoc*, mesmo que a preocupação principal da teoria do direito tenha sido demonstrar o contrário.

A coexistência contraditória das duas ideias sobre o direito não é mais evidente em outro lugar do que na natureza da codificação nos sistemas jurídicos de *civil law*. O jurista do *common law* pode imaginá-los como regimes baseados em códigos. Na verdade, os códigos básicos do *civil law*, ao menos no seu lar originário do direito privado, foram pouco mais do que somas e atualizações das ordens doutrinárias que os precederam, ajustadas marginalmente para refletir algumas novas correlações de forças políticas e alguma preocupação abstrata do estado. Os juristas os escreveram em sua dupla função de agentes das autoridades políticas e curadores da

tradição doutrinária. Normalmente tomaram o cuidado de subordinar a primeira dessas funções à segunda, fingindo servir seus chefes políticos mesmo quando continuaram a fazer o trabalho da dogmática jurídica.

Sobretudo, a noção do direito como vontade do estado, imposta de cima para baixo à sociedade, continuou a ser tão incompleta e tão dependente de uma estrutura preexistente da sociedade que ela fracassou em justificar, explicar ou mesmo reconhecer, quanto a ideia de uma ordem normativa imanente, revelada e refinada pela doutrina. Para que essa ideia do direito tivesse sucesso em sua proposta, todos os arranjos da sociedade teriam que ser aprovados, senão desenhados, pelo poder soberano. Nada disso acontece: em nenhuma sociedade o direito legislado pelo estado foi mais do que uma série de intervenções episódicas em uma ordem que está simplesmente aí: quase nunca perturbada, dificilmente vista. É como se as pretensões de criar o direito, de estados autoritários ou democráticos, equivalessem a pouco mais que uma atualização do *gubernaculum* de um príncipe europeu medieval, intervindo de tempos em tempos em um corpo de direito comum reproduzido e desenvolvido pela *jurisdictio* doutrinária dos juristas.

Uma ficção descarada diria que as autoridades criadoras do direito aquiescem na parte da ordem estabelecida que deixam de mudar, segundo a máxima *qui tacet consentire videtur*.<sup>9</sup> Todavia, esse argumento perde plausibilidade tão logo reconheçamos os obstáculos do mundo real à imposição da vontade de um estado, seja autoritário, seja democrático. Se a destruição dos poderes intermediários, favorecida pela prototeoria social associada à teoria jurídica do combate, facilita a imposição da vontade política de cima de algumas maneiras, pode inibi-la de outras: uma sociedade desorganizada pode ser tão recalcitrante diante da vontade transformadora do governo quanto uma sociedade organizada para resistir a tal vontade. Como variante da política autoritária, apenas o despotismo revolucionário poderia esperar ir além. Faria isso, porém, ao custo de ver seus esforços consumidos no conflito violento e reféns do autointeresse dos déspotas assim como da oposição de suas vítimas. Como variante da política democrática, uma democracia radical ou de alta energia, capaz de dominar a estrutura da sociedade, está ainda por ser criada.

Uma ficção mais elaborada e crível, desenhada para ajustar-se à teoria democrática e ao constitucionalismo, distingue entre problemas ordinários do estado e mudanças momentosas de arranjos e pressupostos fundamentais. O povo delega os primeiros à classe política cujas

9 Quem cala consente (manifestação de vontade tomada de modo tácito). [N.]

rivalidades arbitra. A soberania popular acorda e age mais diretamente apenas quando os fundamentos – da sociedade e do estado – estão em questão. Ela consente em delegar quando está meio adormecida. Afirma seu poder residual, mas decisivo, quando se levanta, sob a provocação de perigo, oportunidade e crise. O silêncio que acompanha essa semi-vigília pode mais crivelmente ser tomado como consenso com o que o soberano inexpressivo deixa imperturbado.

Contudo, se é improvável que o povo influencie os problemas ordinários do estado, é mais improvável ainda que guie o governo no meio da tempestade ou dirija qualquer mudança na estrutura da sociedade. Pode despertar sem comandar. Seria preciso outro tipo de democracia – que ainda não existe – para fazer a estrutura suscetível à sua vontade e diminuir a distância entre movimentos ordinários que fazemos dentro de uma moldura que tomamos como dada e movimentos extraordinários pelos quais, sob a pressão de calamidades ou sob a indução do fervor, mudamos partes daquela moldura.

O terceiro elemento na história universal do pensamento jurídico é a estrutura real da sociedade: seus arranjos e suposições formadores, pressupostos pelos outros dois elementos, ainda que por eles deixados não explicados, não justificados e não reconhecidos.

A menos e até que o pensamento jurídico tenha um modo de lidar com esse terceiro elemento, ele não poderá atender a seu chamado maior. Mas o que significaria lidar com esse elemento? A tarefa é prática mais do que teórica: estabelecer as instituições e práticas que possam de fato colocar a estrutura sob nosso controle.

Considere primeiro a parte menor, teórica, desse esforço: o desenvolvimento de um modo de pensar. Não sabemos como pensar sobre mudança estrutural e alternativas estruturais. O vislumbre central da teoria social europeia clássica – que as estruturas da sociedade são nossas criações alienadas e que podemos entendê-las porque as fizemos – foi desde o princípio comprometido por ilusões de falsa necessidade. Essas ilusões deixaram sua marca na realização suprema da teoria social clássica: a teoria da história e do capitalismo de Karl Marx.

Para a ilusão da lista fechada, há um conjunto definido de tipos alternativos de organização econômica, política e social na história, cada um dos quais, como bem reivindicou a ciência jurídica do século XIX, com um conteúdo institucional predeterminado. Interesses de classe e outros têm um conteúdo objetivo, gerado pelo lugar de cada classe na divisão social de trabalho, segundo a lógica do respectivo tipo.

Para a ilusão da indivisibilidade, cada um desses tipos é um sistema indivisível. Suas partes permanecem ou caem juntas. A política dever ser ou a substituição revolucionária de um sistema por outro, ou a gerência reformista de um sistema e de suas contradições.

Para a ilusão das leis históricas, há leis de ordem superior dirigindo a sucessão dos tais sistemas indivisíveis na história, bem como leis de ordem inferior governando a operação de cada um deles. O pensamento programático representa mero voluntarismo. A história e suas leis definem o projeto.

A ciência social repudiou as ilusões de falsa necessidade apenas na medida em que esqueceu o vislumbre central da teoria social. Seus procedimentos característicos são cúmplices em dar à estrutura estabelecida uma aparência de naturalidade, necessidade ou superioridade, às vezes ao ponto de apresentar seus arranjos como resultado de um estreito funil de convergência, ao longo do tempo histórico, do que funciona melhor. Ela cortou o vínculo crucial entre discernimento do existente e imaginação do possível adjacente: a penumbra dos “*alis*” a que podemos chegar partindo do *aqui*.

Em tal circunstância, a primeira responsabilidade da mente é resgatar o vislumbre original da teoria clássica acerca do caráter feito e imaginado das estruturas da sociedade, desembaraçá-lo do pesadelo das ilusões de falsa necessidade, e assim libertá-lo e radicalizá-lo.

O pensamento jurídico não pode se contentar em aguardar o resultado dessa campanha. Não pode ser a fonte única e suficiente de uma visão alternativa fiel à concepção central da teoria social clássica. Mas tal visão não pode ser construída sem sua ajuda. Ele deve ser seu coautor assim como seu beneficiário.

A razão para essa participação do pensamento jurídico no desenvolvimento das alternativas necessárias torna-se clara tão logo consideremos as características do regime institucional e ideológico formador de uma sociedade que qualquer alternativa precisa ser capaz de reconhecer e elucidar.

Os arranjos e pressupostos básicos de uma ordem social – a estrutura da sociedade – exercem influência primordial nas rotinas práticas e discursivas daquele mundo social. São também resistentes à mudança: variavelmente, como a seguir frisarei. Não obstante, não são de forma alguma um sistema. Não são indivisíveis. Não podem ser explicados nem como produto de leis da mudança histórica nem como expressão de um plano inteligível e defensável da vida social. Pelo contrário, têm a qualidade do provisório. Esse atributo torna-se evidente apenas quando os consideramos no detalhe institucional.

A recalcitrância de tais estruturas à mudança não é uniforme. Elas, e as práticas pelas quais são reproduzidas, podem ser arranjadas para inibir ou para facilitar sua revisão. Podem ser entrincheiradas e naturalizadas ou trazer na face sua abertura à revisão. Um conjunto de arranjos institucionais pode ser desenhado seja para aprofundar seja para enfraquecer tal entrincheiramento. Tais arranjos podem tornar o impulso para a mudança mais ou menos dependente de traumas, dos quais a guerra e a ruína econômica têm sido os exemplos principais.

Nossos maiores interesses materiais e morais estão envolvidos nessa escolha de direção. Mais uma vez, os detalhes das instituições e práticas importam: não democracia, mas que tipo de democracia; não mercado, mas mercado de que modo. Essas particularidades são expressas no direito. Elas, e aquilo em que podem vir a ser transformadas, representam o tema próprio do pensamento jurídico na persecução de sua vocação maior.

Ajudando a desenvolver uma visão da estrutura e da mudança estrutural, o pensamento jurídico ajudaria a criar o equipamento com o qual levar adiante sua tarefa maior. Ele tomaria parte do trabalho de criar ideias que podem informar a imaginação de alternativas estruturais. Ele desacreditaria de uma vez por todas as premissas falsas das duas visões dominantes do direito na história universal do pensamento jurídico. Entretanto, não faria nada para dissolver a contradição entre aquelas visões ou para reparar a incompletude de cada uma delas. A solução a essas contradições e o remédio para essas incompletudes reside na prática, não na teoria, mesmo que a prática demande, e tenha que receber, uma teoria.

A autoconstrução da sociedade dá a resposta única e suficiente para os enigmas da teoria jurídica. Mais precisamente, a resposta é parte da autoconstrução da sociedade que tem a ver com o pluralismo jurídico no contexto da democracia radical.

O pluralismo jurídico é a criação do direito de muitas formas e por muitas fontes: de baixo para cima, pela sociedade civil organizada, assim como de cima para baixo, pelo governo democrático. Na falta de um aprofundamento da democracia, o pluralismo jurídico implica a devolução do poder às várias hierarquias de vantagens e cidadelas de subjugação que marcam, em maior ou menor grau, todas as sociedades existentes até hoje.

Uma democracia aprofundada, de alta energia, é aquela que passe por um triplo teste. Ela domina a estrutura da sociedade, sujeitando-a a efetivo desafio e revisão. Diminui a dependência de crises para a mudança. Enfraquece o poder dos mortos sobre os vivos.

Uma série de inovações institucionais iriam na direção, por seu efeito combinado e cumulativo, de passar nesse triplo teste. Algumas dessas inovações aumentariam a temperatura da política, elevando o nível de engajamento popular organizado na vida política. Algumas acelerariam o ritmo da política pela rápida resolução de impasses entre poderes ou órgãos de governo. Algumas explorariam a habilidade de um federalismo revigorado, ou da devolução radical combinada com a afirmação de uma autoridade central forte, para criar contramodelos do futuro nacional. Algumas estabeleceriam no estado um poder para vir ao auxílio de grupos que se encontram presos a circunstâncias de subjugação e exclusão das quais são incapazes de escapar, e para fazê-lo por meio de iniciativas que são a um só tempo localizadas e estruturais. E algumas enriqueceriam a democracia representativa com elementos da democracia direta ou participativa, sem debilitar as salvaguardas do indivíduo contra a opressão pública ou privada. A democracia de alta energia resultante dessas inovações criaria as condições sob as quais o pluralismo jurídico poderia expressar uma ampla disseminação de poder, em vez de uma rendição aos pequenos e grandes potentados de uma sociedade desigual. Seria o antídoto ao fardo imposto por uma estrutura que ninguém escolhe nem entende.

Não é, porém, antídoto suficiente. Requer contrapartes em outros domínios da vida social. Entre essas contrapartes estão a democratização da economia de mercado e a educação do povo.

A mensagem da política democrática permanecerá impotente se deixar de se relevar em meio aos hábitos e constrangimentos da vida material. A esperança de avançar na zona de interseção praticável entre os requisitos institucionais para o desenvolvimento dos poderes da produção e as condições institucionais para a libertação do peso de divisões e hierarquias sociais entrincheiradas depende do nosso sucesso em remodelar as instituições do mercado assim como os arranjos da democracia.

Os sinais de tal democratização são tão múltiplos quanto conectados. Não é suficiente regular o mercado ou atenuar suas desigualdades, como deseja a socialdemocracia institucionalmente conservadora, por meio de redistribuição compensatória e retrospectiva por tributação e transferências; é necessário mudar o conteúdo institucional de um regime de mercado. Uma economia de mercado democratizada e favorável à inovação deveria ser organizada de forma a deixar nossas mãos livres para nossos esforços de cooperação. Deveria evitar subordinar nossas oportunidades para cooperar a qualquer esquema de hierarquia

e divisão na sociedade. Não deveria estar presa a uma única versão de si mesma, regimes alternativos de propriedade privada e social podem coexistir dentro da mesma economia de mercado. Ela deveria combinar encorajamento a uma febre de atividade criativa e empreendedora, prospectivamente, com um método draconiano de seleção dos produtos dessa febre, retrospectivamente. Deveria tornar as pessoas seguras em um paraíso de imunidades e capacitações, o melhor para abrir tudo o mais na vida social à experimentação e à inovação.

Em cada ordem econômica haverá uma vanguarda. Se é o setor mais produtivo da economia, não é apenas porque tem mais tecnologia apoiada pela ciência, é também por ser o setor em que a divisão técnica do trabalho mais de perto ecoa o trabalho da imaginação – o aspecto da mente que não é modular nem formulaico, que tem poder de recombinar qualquer coisa com tudo o mais, que avança em discernimento desafiando seus próprios métodos e pressuposições e que subsume qualquer coisa existente a uma penumbra de possibilidades vizinhas. Aqui reside o vínculo profundo entre nosso avanço econômico e nossas aspirações democráticas: a economia mais avançada é aquela na qual a afinidade entre produção e imaginação é mais completamente desenvolvida e a vanguarda é mais estreitamente ligada a todos os outros setores da produção, de modo que cada um é transformado, por sua vez, à imagem que a vanguarda corporifica. A produção, que nos estágios mais primitivos do crescimento econômico era limitada pelo tamanho do excedente sobre o consumo corrente coercitivamente extraído, e nas economias mais ricas vem a se apoiar na tradução da ciência em tecnologia, agora se torna ciência em funcionamento na transformação de fragmentos do mundo material. A tecnologia aparece em seu verdadeiro caráter, não como conjunto de dispositivos, mas como canal que conecta nossos experimentos com a cooperação a nossos experimentos com a natureza.

À medida que avançamos em direção a tal economia de mercado democratizada, hospitaleira à inovação e disrupção permanente, muda a relação entre trabalhador e máquina. O trabalhador não mais trabalha como se fosse máquina. Ao invés, trabalha como o oposto da máquina. A máquina faz o que quer que tenhamos aprendido a repetir, poupando nosso tempo para o ainda não repetível.

Não é provável que tal mudança ocorra enquanto o trabalho assalariado economicamente dependente permaneça como a forma predominante de trabalho livre, o interesse que os compradores de trabalho têm no ganho de curto prazo e no controle normalmente triunfarão sobre o

potencial mais amplo para a cooperação no trabalho. Para que esse potencial seja mais completamente aproveitado, o trabalho assalariado teria que gradualmente ceder espaço às formas mais altas e complementares de trabalho livre: autoemprego e cooperação. Essa transição demandaria por sua vez experimentação com as maneiras de alocar o capital mais propícias à reconciliação de maior descentralização da iniciativa e oportunidade econômica com os requisitos de economias de escala: portanto, o estabelecimento mais amplo de direitos de propriedade temporários, condicionais e fragmentários, ao lado do direito de propriedade unificado que o século XIX nos legou.

Contudo, essa experimentação com a forma institucional da economia de mercado continuaria insuficiente se não reforçada pelas mudanças em como a sociedade constrói pessoas com maiores capacitações, incluindo o poder de resistir às próprias circunstâncias. Para isso, os jovens devem ser educados em escolas que os vejam como a voz do futuro, reconhecendo em cada criança um profeta tartamudo e permitindo-lhe acessar a experiência estrangeira. Essas escolas podem melhor fazê-lo por uma educação que seja analítica no método, seletiva e aprofundada no uso da informação como oportunidade para a aquisição das capacitações analíticas, cooperativa em vez de individualista e autoritária no seu cenário social e dialética na abordagem do conhecimento recebido, introduzindo cada tema por pontos de vista contrastantes. Mesmo que o governo garanta um mínimo universal na provisão de serviços públicos que constroem pessoas, ele deve engajar a sociedade civil como sua parceira na provisão experimental e competitiva desses serviços.

O efeito agregado de todas essas iniciativas, com respeito ao aprofundamento da democracia, à democratização da economia e ao desenvolvimento das pessoas, é dar conteúdo prático à ideia de autoconstrução da sociedade. Essa autoconstrução é a verdadeira finalidade da história universal do pensamento jurídico e a solução de seus enigmas. Não é um fim a que tende a história espontânea e naturalmente – apenas um fim a que podemos fazê-la tender por meio de nossas invenções políticas e espirituais.

Portanto, a autoconstrução da sociedade não é consequência nem início de uma convergência em direção a uma forma de vida social única, universal e definitiva. Suas inovações características permitiriam às sociedades, adiante, divergirem como forma de afirmarem a prioridade das diferenças que criamos sobre aquelas que herdamos, a prioridade da profecia sobre a memória. Um atributo compartilhado por essas formas divergentes, porém, asseguraria que nenhuma delas fosse entrincheirada

contra reinvenção e que todas respeitariam nosso poder individual e coletivo para resistir: o resíduo pragmático do discurso, de outro modo mistificador, dos direitos humanos.

O que resulta em um mundo de democracias não é uma visão única da humanidade, estabelecida em uma fórmula institucional mundial. É uma plataforma para um novo conflito entre visões do humano – do que afinal somos, podemos e devemos vir a ser. Entre essas visões, no entanto, há algumas que têm relação mais íntima com o mais distintivo desenvolvimento do pensamento jurídico contemporâneo, discutido na parte seguinte deste argumento. São as visões que enfatizam nossa identidade como seres que transcendem todos os mundos sociais e conceituais que construímos e habitamos.

O que essa visão do fim da história universal do pensamento jurídico toma da ideia de direito como vontade do estado é o reconhecimento de que a sociedade não tem uma forma natural e que ela pode criar sua própria ordem. O que rejeita é a tese de que essa forma pode ter apenas uma fonte: a vontade do estado.

O que ela toma da ideia do direito como ordem imanente encontrada e desenvolvida pela doutrina jurídica é a noção de que mesmo quando há estado, o direito sempre surge em algum grau, e deve fazê-lo em ainda maior medida, da sociedade, não apenas do governo. O que ela rejeita é a concepção de que há uma lógica moral inerente na vida social, à espera de ser descoberta e refinada pelo jurista.

### **O ESPÍRITO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO**

Cada período na história do direito tem seu espírito. Esse espírito reside nas ideias que revelam seu impulso mais característico, expresso no casamento de instituições e práticas, sobre como as relações entre pessoas podem e devem ser em cada área da vida social. O impulso mais distintivo não é o médio ou preponderante. Enquanto o ideal de autoconstrução da sociedade fracassa em ser mais plenamente realizado, devemos permanecer sob o jugo de regimes que ninguém escolheu, ou que os mortos escolheram para nós, os vivos, ou segundo o modo como as coisas são e tem que ser. O direito em vigor permanecerá uma acumulação de várias camadas de experiência histórica, cada qual superimposta sobre as que a precedem. O espírito da época na história jurídica pode ser difícil de discernir em meio tanto aos prodigiosos vestígios de eras passadas quanto às contracorrentes na nova era.

No século XIX, especialmente nas protodemocracias da Europa Ocidental e da América do Norte, o espírito do direito assentava-se na exploração do conteúdo jurídico inato do que era suposto ser um tipo de organização econômica e social: o tipo de uma sociedade livre. Esse espírito encontrou sua mais clara expressão nas categorias e doutrinas do direito privado. Sustentar o sistema de direitos predeterminado, inerente a esse tipo, era preservar tal esquema contra a influência corruptora de interesses de classe ou partido.

No século XX, ao redor de uma parcela mais ampla do mundo, o espírito do direito veio a se manifestar como remodelação dialética de todo o direito como um jogo recíproco de regras e direitos de autodeterminação individual e coletiva e iniciativas do direito desenhadas para assegurar que esses direitos seriam de verdade, não apenas promessas vazias. Os direitos reverenciados pelo século XIX passaram a ser vistos como derrotáveis: dependiam para sua fruição efetiva de condições práticas que podem não ser atendidas.

No século XXI, o espírito do direito em boa parte do mundo consistirá nas respostas que ele dará ao enigma apresentado por nossa posição na história universal do pensamento jurídico. Reconhecemos a necessidade de soluções estruturais para problemas estruturais. Porém não mais podemos acreditar, como acreditavam os liberais e socialistas do século XIX, em planos definitivos para a organização da sociedade.

Como podemos alcançar discernimento estrutural sem sucumbir ao dogmatismo estrutural? Não podemos fazê-lo refugiando-nos na ilusão da neutralidade, a pretensa existência de regimes que não inclinam a balança a favor de algumas das visões concorrentes do bem e concepções opostas de humanidade. Podemos fazê-lo apenas criando arranjos que no maior grau permitam serem corrigidos eles mesmos à luz da experiência. Conforme revisamos nossas instituições e práticas pelo bem de nossos interesses reconhecidos e ideais professados, mudamos nosso entendimento desses ideais e interesses. Nossa recompensa por esse esforço é o aprimoramento da nossa habilidade de nos engajarmos em um mundo social particular sem capitularmos a ele e de trocarmos hábitos institucionais por oportunidades não tentadas de cooperação. Nenhum regime entrincheirado de divisão e hierarquia social pode sobreviver a tal fortificação de nossos poderes de iniciativa.

O espírito do direito contemporâneo está manifesto em várias de suas mais características ideias. Em seguida, refiro-me a quatro delas. Essas ideias, e todas aquelas que poderíamos adicionar a elas, não delineiam

um programa de reconstrução social. Não obstante, representam parte de um equipamento conceitual e institucional de que precisamos se queremos dar vazão ao objetivo de autoconstrução da sociedade e aos projetos de democratizar o mercado e aprofundar a democracia que promovem esse objetivo. São mais do que ferramentas inanimadas, representam fragmentos de uma forma de pensar sobre o direito e sobre a sociedade no espírito daquela aspiração.

O primeiro par de ideias toca diretamente nas preocupações do direito privado e da reconstrução do mercado. O segundo par – ideias jurídicas de ordem superior – cruzam por todos os ramos do direito e da vida social. As quatro ideias são familiares, senão (com respeito às duas últimas) pelos nomes que lhes dou, pelos desenvolvimentos jurídicos a que esses nomes fazem referência.

*A ideia de propriedade desagregada.* Que os elementos que compõem o direito de propriedade unificado podem ser desmontados e investidos em diferentes tipos de titulares, com pretensões concorrentes sobre os mesmos recursos, é uma concepção comum na história do direito. De uma perspectiva histórico-comparada, o direito de propriedade unificado representa a exceção em vez da regra. A desagregação da propriedade frequentemente serviu para organizar uma forma hierárquica de divisão social do trabalho, como fez no feudalismo europeu. Ela adquire agora novo significado quando seu propósito é melhorar nossas chances de cooperar, permitindo-nos melhor combinar descentralização do acesso e iniciativa com economias de escala. Mais podem participar se cada um tiver uma pretensão sobre o mesmo conjunto de recursos que seja temporária, condicional ou de outro modo limitada.

O direito de propriedade unificado pode continuar a prevalecer em algumas áreas da atividade econômica, permitindo a determinado empreendedor prosseguir a seu próprio risco e segundo suas próprias convicções. Em outras áreas, porém, inclusive aquelas centrais à economia que emerge na esteira do declínio da produção em massa, pode ser crucial prover pretensões paralelas e distintas sobre os mesmos recursos. O benefício direto é alargar o estoque de nossas formas de cooperação. A vantagem indireta é ajudar a criar as condições para uma economia de mercado que não seja mais presa a uma versão única de si mesma. O experimentalismo tem a ganhar tanto direta quanto indiretamente.

*A ideia de contrato relacional.* O direito de propriedade unificado permaneceu como a forma exemplar de propriedade e mesmo dos direitos em geral, mesmo que as qualificações à sua ocorrência se mul-

tipliquem. Similarmente, a promessa bilateral executória continua a ser a forma padrão de contrato, embora contratos incompletos, relacionais tenham sempre moldado grande parte da vida social, e podem no futuro moldá-la até mais.

O contrato relacional é continuado em vez de exaurido em cumprimento de uma só vez. A relação vale mais que qualquer outra transação; sua sobrevivência confirma sua fecundidade. Acima de tudo, ele incorpora uma troca que permanece apenas parcialmente articulada, o contrário da promessa bilateral executória completamente estipulada, na qual a falha no estabelecimento dos termos importantes dá causa à negação de que o contrato tenha valido algum dia. Porque é incompleto e pouco definido, o contrato relacional requer também maior nível de confiança.

Embora dispensado como periférico, o contrato relacional foi sempre a forma primária de relação contratual. Adquire, porém, novo significado nas vanguardas contemporâneas da produção. Onde quer que a competição cooperativa seja primordial e a alta confiança seja indispensável para apoiar a circulação de pessoas, e de práticas e ideias entre pessoas, especialmente através das fronteiras entre firmas, o contrato relacional e a propriedade desagregada precisam trabalhar junto para modelar as novas práticas cooperativas. Precisam fazê-lo tanto mais quando o trabalho assalariado dá lugar a formas superiores de trabalho livre: autoemprego e cooperação.

Os contratos relacionais adquirem importância central sob uma forma de atividade produtiva como a que agora começa a emergir, em todas as grandes economias do mundo, na sequência da produção em massa. Inovação permanente é seu lema; a atenuação do contraste entre concepção e execução, uma de suas marcas; uma de suas consequências e condições é a supressão de qualquer contraste rígido entre manufatura e serviços, com a manufatura identificando-se a serviços cristalizados, ricos em ideias; a atribuição das partes de um plano de produção a muitos produtores é uma de suas práticas características; e a necessidade de organizar o trabalho em conjunto, a serviço da inovação permanente, sem depender da estrutura hierárquica da firma, é um dos problemas resultantes. Logo, o contrato relacional deve ser um de seus mecanismos favoritos.

A economia de mercado como a conhecemos viceja sobre a capacidade de estranhos confiarem uns nos outros: a universalização de uma quantia módica de confiança. Pareceu ser impossível onde não

há confiança e desnecessária onde há alta confiança. A promessa bilateral executória é a expressão jurídica característica desse mundo de acordos respeitosos a distância. O experimentalismo colaborativo das formas superiores, emergentes requer maior confiança. A linguagem contratual que melhor lhe serve é a linguagem do contrato relacional.

É uma coisa para tal estilo de produção florescer em setores avançados relativamente isolados, dos quais a vasta maioria da força de trabalho permanece excluída. Ele penetrar a maior parte da economia é outra coisa. Poderia acontecer apenas por meio da ampliação organizada e sustentada de oportunidade econômica e educacional. Um requisito de tal ampliação seria o desenvolvimento de formas alternativas de providenciar a alocação descentralizada de pretensões sobre recursos de capital, graças ao desmembramento e remodelagem do direito de propriedade unificado. Em tal economia, o contrato relacional e a propriedade desagregada precisariam trabalhar em conjunto. Nossa recompensa seria o aumento da produtividade que resulta de dar braços, olhos e asas à vasta, mas desperdiçada, energia dos homens e mulheres comuns. Seria também incorporar nas rotinas da vida econômica as aspirações de uma sociedade que se recusa a permanecer prisioneira de uma estrutura entrincheirada. Tal sociedade toma a disrupção permanente, no nível micro assim como no macro, como parte do preço da liberdade.

Enquanto isso, no entanto, a reorganização da produção na forma de uma rede descentralizada de relações contratuais entre uma multidão de produtores ameaça sujeitar trabalhadores de todo o mundo à insegurança econômica radical. O que tomamos como o aparato padrão para proteger e representar o trabalho – o direito da negociação coletiva – tem como premissa a produção em massa: a reunião de uma grande força de trabalho em grandes unidades produtivas, sob a égide de grandes corporações. Essa realidade, que teve seu ápice de meados do século XIX a meados do século XX, foi precedida por muitos séculos em que a produção e o comércio estiveram em larga medida organizados na base de redes descentralizadas de relações contratuais, como o sistema doméstico que Marx descreve no início d’*O Capital*.

Um novo sistema doméstico agora se desenvolve ao redor do mundo, ameaçando trazer insegurança para todos como alternativa à segurança para alguns. Para que o trabalho seja protegido, organizado e representado sob as condições que esse sistema introduz, precisa haver um novo direito, primeiro para suplementar a negociação coletiva, e depois para substituí-la. Tal direito ajudará a assegurar as condições sob as quais

a propriedade desagregada e o contrato relacional podem ser usados juntos no desenho de uma economia de mercado democratizada e radicalmente experimentalista.

O par seguinte de ideias jurídicas tem escopo mais amplo, sendo aplicável à totalidade da vida social, não apenas ao contexto de produção e troca. São ideias jurídicas de ordem superior, já que descrevem o cenário mais amplo no qual as ideias de primeira ordem, como a propriedade desagregada e o contrato relacional, podem atingir seu máximo efeito.

*A ideia de uma estrutura revisora de estrutura.* Todas nossas atividades demandam uma moldura bem definida: os arranjos e pressupostos com os quais podemos contar. Chegamos ao entendimento, entretanto, de que nenhuma moldura para toda a sociedade, ou para qualquer parte dela, é boa para tudo ou para sempre. Mais amplamente, precisamos de soluções estruturais na pequena e na grande política, mas temos razões para evitarmos suportar estruturas fixas. A solução a esses enigmas conexos é o desenho de uma estrutura que providencia sua própria correção e deixe de exigir a rendição como preço do engajamento.

Essa ideia poderia permanecer uma abstração filosófica se falhasse em ser corporificada, como precisa para vir a ser significativa, em projetos institucionais expressos em detalhe jurídico. Um dos dois mais importantes desses projetos é uma economia de mercado democratizada, não comprometida com uma única versão de si mesma e hospitaleira a permanente disrupção e inovação. O outro desses projetos é uma democracia aprofundada, de alta energia, que por meio dos conjuntos de inovações institucionais que antes esbocei passe pelo triplo teste de dominar a estrutura, diminuir o poder dos mortos sobre os vivos e diminuir a dependência que a mudança tem em relação à crise.

*A ideia de dotações habilitantes da plasticidade.* A estrutura revisora de estrutura requer como seu protagonista o agente transcendente de contextos. Ele precisa ser destemido e capaz no seu círculo e por si mesmo. Deve ter um interesse protegido: uma herança social – o equivalente contemporâneo aos quarenta acres e uma mula – em uma democracia de cidadãos proprietários e a garantia de um mínimo universal de serviços públicos que constroem pessoas prestados pelo governo e melhorados pelo engajamento da sociedade civil em sua provisão. Deve ter acesso a uma forma de educação, tanto na infância quanto ao longo da vida, que reconheça e desenvolva seus poderes proféticos de resistência a sua circunstância e a seu tempo. Deve estar seguro contra todas as formas de opressão privada ou pública. Todas essas salvaguardas

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

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

## **O JURISTA COMO SACERDOTE E COMO PROFETA**

Os juristas tradicionalmente ocuparam duas posições sacerdotais.

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

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

---

10 Vinde, espírito criador. [N.]

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

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

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

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

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

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

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

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

Juristas podem virar profetas sem deixar de ser juristas.