Tradução de texto.

Alunos: Bruno Bodart e Sergio Ruy David Polimeno Valente

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Desintegração jurídica e uma teoria do Estado**

*Por William H. Clune[[1]](#footnote-1)\**

Este artigo descreve uma topologia do pensamento jurídico e as condições sociais (a maior construção da realidade) da qual essa topologia, esse pensamento, é um componente. A parte I é uma descrição da estrutura do pensamento jurídico; a parte II, das condições sociais (uma teoria do estado, ou economia política). A conclusão considera o lugar da prática jurídica tradicional em um novo cenário.

Eu percebo o pensamento jurídico, grosso modo, como uma progressão desde o primeiro ano do curso de direito, com ênfase na *common law* e no método jurídico, passando pelo segundo e terceiro anos, sobre direito positivo[[2]](#footnote-2)\* e regulamentação da economia, até experiências posteriores de sociologia do direito, análise de políticas e pensamento crítico. Consequentemente, em sua totalidade, o pensamento jurídico poderia ser representado pelo currículo e pesquisa de qualquer grande e sofisticada escola de direito moderna, como a minha. Mas o pensamento jurídico é maior do que a academia (recorrendo a inúmeros atos jurídicos oficiais: casos, textos normativos, debates etc.) e diferente da prática jurídica (cuja relação com o pensamento jurídico não é clara).[[3]](#footnote-3)

Em geral, eu proponho que o pensamento jurídico seja composto por um núcleo e uma periferia e que toda a estrutura corresponda aproximadamente à dicotômica e fragmentada economia política do moderno estado de bem-estar social democrático. Assim, o movimento deste artigo parte da fenomenologia jurídica (a experiência do pensamento jurídico) para um tipo correspondente de organização cultural, chamada economia política.[[4]](#footnote-4)

O problema que eu estou tentando enfrentar é um sentido concomitante de desintegração e integração (ou movimento progressivo) no direito. Após um período inicial de paixão pelo seu poder conceitual e elegância, o observador do pensamento jurídico começa a ver fragmentação, uma variedade de epistemologias, filosofias sociais e instrumentos de política, cheios de conflitos, retalhos desleixados e lacunas, ou descontinuidades desorientadoras. Ao mesmo tempo, parece haver uma estrutura para a desordem (embora fragmentado, o direito não é uma pilha caótica de escombros) e um movimento progressivo em direção à resolução eficiente de problemas sociais. Neste artigo, eu gostaria de esclarecer este sentido de desordem ordenada e progresso, maculados a cada passo do caminho por conflitos e confusão. Ao olhar primeiro para dentro do pensamento jurídico, depois para fora do seu contexto cultural mais amplo, espero evitar o idealismo árido ou o conceitualismo e alcançar um tipo de energia e profundidade de explicação que de outra forma não seriam possíveis. (Também rejeito implicitamente uma interpretação do pensamento jurídico como exclusivamente um produto ideológico da academia jurídica.[[5]](#footnote-5) Considero o pensamento jurídico como, pelo menos em parte, um produto de uma construção maior da realidade, de fato toda a sociedade).

**A. Um modelo básico de pensamento jurídico: núcleo, periferia, transição e além**

O esquema básico do pensamento jurídico apresentado na Parte I é o seguinte: o pensamento jurídico tem um núcleo de "direito antiquado", consistindo em um modelo de tribunais, litígios e casos; um modelo de direito privado de ordem social; justificativa ética; raciocínio interpretativo; e uma visão hegemônica da influência legal. A periferia do pensamento jurídico é composta pelos opostos dos elementos do núcleo: legislação e textos normativos; um modelo de direito público de ordem social; análise de políticas como justificativa; interpretação jurídica positivista; e uma visão marginalista da influência legal.[[6]](#footnote-6)

Como os elementos do núcleo e da periferia são construídos como opostos, o espaço conceitual entre eles é vazio ou descontínuo; e o pensador jurídico sente-se puxado em direções opostas, alternando entre os dois sem uma transição adequada. O movimento do núcleo para a periferia é influenciado por poderosas forças opostas, como forças centrípetas e centrífugas. No núcleo, o direito parece natural, seguro (sem contestação), inalterado por paradigmas ou racionalidades incompatíveis.

O núcleo também é um espaço com uma atraente mistura de raciocínio moral e filosofia social. Na periferia, tudo é oposto: o direito parece estranho, burocrático e desafiado tanto por outras formas de pensamento quanto por outros tipos de especialistas. Nesse sentido, existe uma poderosa força centrípeta que impulsiona o pensamento jurídico para suas instituições centrais. Mas também há uma força poderosa correndo na direção oposta. No núcleo, o direito parece abstrato, socialmente inconsequente, obsoleto; enquanto a periferia parece moderno, relevante, substantivo, poderoso.

Núcleo e periferia já seriam complicados o suficiente, mas há outra coisa. Deixe-me chamá-la de "transição" e "reintegração": um esforço para projetar valores do núcleo na periferia, quebrando o espaço descontínuo entre eles; e, no processo, estendendo o escopo do pensamento jurídico para algo que parece "além do direito".[[7]](#footnote-7) Atributos positivos do núcleo, como raciocínio moral e filosofia social, estão sendo combinados com elementos positivos da periferia, como sofisticada resolução de problemas sociais. A transição consiste em simples híbridos de núcleo e periferia (que podem ser representados como localizados no espaço descontínuo entre os dois). A reintegração ocorre quando a estrutura do núcleo e da periferia se quebra e algo é criado além do direito. Incompatibilidades entre núcleo, periferia, transição e reintegração emprestam um senso de contradição e confusão a toda a estrutura ou topologia do pensamento jurídico.

*I. As cinco dimensões do pensamento jurídico*

Núcleo, periferia, transição e reintegração podem ser retratados em cinco dimensões, como segue. (As seções subsequentes descreverão as dimensões com mais detalhes).[[8]](#footnote-8)

*Dimensão: agência[[9]](#footnote-9)\* de tomada de decisão, processo e tipo de decisão*

Núcleo: tribunais, litígios, caso concreto

Periferia: legislativos, legislação, textos normativos[[10]](#footnote-10)\*

Transição: litígio de direito público, direitos legais de ação

Reintegração: legislação sobre problemas sociais, direitos constitucionais de bem-estar social

*Dimensão: substância da decisão*

Núcleo: direito privado

Periferia: direito público

Transição: regulação judicial, *common law* como economicamente racional

Reintegração: lei reflexiva (organizações intermediárias de política)

*Dimensão: tipo de justificação ou racionalização*

Núcleo: análise jurídica

Periferia: análise de políticas

Transição: direito e economia

Reintegração: considerações morais na política de bem-estar social, análise de políticas como participação e empoderamento

*Dimensão: tipo de interpretação*

Núcleo: raciocínio moral

Periferia: raciocínio positivo

Transição: teleologia da lei[[11]](#footnote-11)\*

Reintegração: interpretação situacional das leis, etc.

*Dimensão: papel do direito*

Núcleo: hegemônico

Periferia: marginal

Transição: implementação

Reintegração: escolha institucional

*II. Descrições de cada dimensão, formas transitórias e reintegrativas*

Esta seção do artigo oferece uma descrição de cada dimensão do pensamento jurídico, elaborando melhor a apresentação esquemática da seção anterior.

*Tribunais, contencioso, caso concreto/legislativos, legislação, textos normativos*. No núcleo, a ação legal ocorre nos casos concretos, por meio de tribunais e litígios. O direito é a resolução de disputas; a mudança é anedótica. Na periferia, os legislativos fazem a legislação social abrangendo áreas de problemas sociais, em vez de situações individuais. As formas transitórias incluem litígios de direito público (onde o remédio rompe com a disputa subjacente e aborda uma área de problemas sociais) e direitos de ação privados previstos em lei (onde se imagina que a lei crie uma zona de proteção para indivíduos). Não consigo pensar em nenhuma forma verdadeiramente reintegrativa. Seria como abrir um processo judicial para resolver um problema social. O contencioso da reforma social se aproxima dessa noção, assim como a idéia de Michelman de benefícios de bem-estar constitucionalmente exigidos.[[12]](#footnote-12)

*Direito privado / direito público*. No núcleo, o direito assume a forma de relações jurídicas entre indivíduos, ou seja, em geral, a forma de direitos (propriedade, responsabilidade civil por ato ilícito, direito penal). Na periferia, assume a forma de planejamento social, ou engenharia, com foco nas consequências e comportamentos de organizações, grupos, setores e sociedades. As formas transitórias incluem a proliferação de considerações de direito público na elaboração do direito privado (por exemplo, interesse público invadindo o direito de propriedade supostamente absoluto, regulação judicial dos contratos).[[13]](#footnote-13) Outra instituição de transição é a sugestão, de direito e economia, de que o direito privado sirva automaticamente para fins públicos, ajustando-se às imperfeições do mercado. Uma reintegração é a idéia contemporânea de usar organizações intermediárias como veículos para políticas sociais (por exemplo, Organizações de Manutenção da Saúde (OMM)[[14]](#footnote-14)\*, escolas, empresas de opinião pública e casas de repouso). Esse "direito reflexivo" tenta combinar engenharia social com um senso de voluntarismo e direitos individuais.[[15]](#footnote-15)

*Análise jurídica / análise de políticas.* O raciocínio jurídico é conceitual, ético, analógico; e repousa (um tanto paradoxalmente) em uma visão ética do mundo, uma imagem de uma sociedade justa e ordeira. A análise de políticas é consequencialista (apoiando-se em previsões sobre comportamento social, incluindo tudo, desde desvio social a orçamentos equilibrados). A análise de políticas é substancialmente específica, exigindo conhecimento especializado sobre os comportamentos de sistemas sociais específicos, como educação, bancos e polícia. Portanto, na periferia, a análise jurídica é fortemente contestada por conhecimentos substantivos, tanto gerais (economia, análise de políticas) quanto especiais (por exemplo, conhecimento técnico sobre poluição). A análise de políticas também tende a ser substancialmente fragmentada e *ad hoc*, uma série de soluções para problemas sociais específicos. Direito e economia é uma forma de transição clássica, tentando investir o raciocínio jurídico com potência consequencialista. Uma poderosa forma reintegrativa está apenas emergindo: a idéia do estado de bem-estar social como incorporados de uma série de julgamentos morais sobre a sociedade.[[16]](#footnote-16) Outra reintegração é uma nova forma de análise de políticas onde a ênfase está na participação e no empoderamento, e não na implantação tipo comando-controle, de cima para baixo (*top-down*).[[17]](#footnote-17)

*Raciocínio Legal / Raciocínio Positivista*. Aqui passamos do raciocínio sobre a formação do direito (justificativa para elaborar o direito) para a interpretação do direito (o significado do direito já elaborado). O raciocínio jurídico no núcleo (*common law*) combina justificação e interpretação em um único ato. O raciocínio jurídico na periferia é positivista, tratando as decisões como já tomadas (por exemplo, nas disposições específicas dos textos normativos) e um grande número de decisões em rotinas burocráticas (por exemplo, os procedimentos operacionais padrão da administração da previdência social). A teleologia[[18]](#footnote-18)\* é uma forma de transição (por exemplo, interpretação dos textos normativos com base em objetivos de política). A reintegração é desenfreada, incluindo pura interpretação como um cânone da interpretação jurídica[[19]](#footnote-19), interpretação situacional da lei à luz da aplicação local,[[20]](#footnote-20) e o interpretitismo universal da linha Critical Legal Studies - CLS (aplicado a casos, leis e análise de políticas).[[21]](#footnote-21)

*Direito hegemônico / Direito socialmente marginal.* No núcleo, não há distinção entre direito e conformidade (as regras são discutidas como se as pessoas as cumprissem). Graças principalmente à sociologia do direito, o pensamento jurídico periférico agora aceita a idéia da marginalidade do direito na sociedade. Os comandos legais são reconhecidos como mediados por campos privados de incentivos e valores, com vários resultados (pouco ou nenhum efeito, efeito reduzido, efeitos não intencionais, etc.). A indeterminação do efeito criou problemas para a análise jurídica e, devido à frequente disjunção entre objetivos morais e resultados comportamentais, forçou a análise jurídica na direção da análise política consequencialista. As formas transitórias incluem a análise da implementação, que procura especificar o impacto preciso dos programas jurídicos. [[22]](#footnote-22) Mas a implementação, como o núcleo do direito hegemônico, mantém uma visão da sociedade centrada no estado. A reintegração inclui teorias de escolha institucional, como economia de custos de transação.[[23]](#footnote-23) (As opções para regular transações incluem mercados, hierarquias, *trust[[24]](#footnote-24)\** e, em certas situações especializadas, tribunais). Por uma reconceitualização de tirar o fôlego, o objetivo jurídico é definido como escolher entre instituições, jurídicas e não-jurídicas, anexando assim o território anteriormente não-jurídico e relegando o território anteriormente jurídico ao status marginal (por exemplo, disputas judiciais sobre capital idiossincrático entre estranhos ou pessoas que terminam um relacionamento) .

*III. Um resumo: a dinâmica do núcleo e da periferia*

O efeito cumulativo de todas essas dimensões é um dinamismo energético entre o núcleo e a periferia do pensamento jurídico. Um dos efeitos são a introspecção e uma mentalidade provincial, à medida que os profissionais do direito se apegam ansiosamente aos símbolos e atividades principais de sua especialidade, interpretação jurídica e litígios, mesmo à custa da obsolescência gradual. (A ação de retaguarda dos advogados que defendem o sistema de responsabilização civil por ato ilícito em ruínas é um exemplo, juntamente com a indiferença um tanto chocante dos profissionais do direito em pensar nos sistemas de compensação de uma maneira mais sistemática. Veja a próxima seção).

Mas exatamente a tendência oposta ocorre ao mesmo tempo, uma torrente de novas perspectivas, atividades e instituições, a ponto de o discurso de uma faculdade de direito privilegiada e progressista se tornar extremamente heterogêneo, uma espécie Nações Unidas do campo intelectual. Profissionais jurídicos sabem muito sobre diferentes tipos de instituições - departamentos de polícia, empresas, famílias, escolas, agricultura, mulheres, produção de energia nuclear, repartição de água escassa, tratados fiscais internacionais, leis em sociedades socialistas, sistemas de saúde, contratos de entretenimento e esportivos, hábitos de compra do consumidor, publicidade na TV para crianças, sindicatos, manutenção de renda para os pobres, assistência médica para esquizofrênicos sem-teto e as necessidades de asilo dos refugiados salvadorenhos (sem sequer tocar nas diversas formas teóricas, disciplinares e etnográficas de experimentar esses fenômenos).

O direito é uma pequena fortaleza que oferece uma perspectiva restrita e artificial do mundo exterior através de suas escotilhas estreitas de método e procedimentos legais; mas as portas da fortaleza estão escancaradas; e o forte está cheio de diferentes estranhos todos os dias. A dicotomização do direito é, portanto, um fenômeno dinâmico que consiste em pressão interna no ponto de vista exclusivamente jurídico e pressão externa na intrusão de perspectivas exteriores. A sensação total é enérgica e desconfortável.

*IV. Um pequeno estudo de caso: Direito da responsabilidade civil por ato ilícito em transição[[25]](#footnote-25)\**

Neste ponto, um exemplo concreto das tendências acima provavelmente seria útil. O exemplo do direito de responsabilidade civil por ato ilícito em transição reflete muitas das tendências e também fornece uma introdução em alguma medida para a Parte B[[26]](#footnote-26). A transição é tanto topológica (movendo-se de locais diferentes em um mapa existente do pensamento jurídico) quanto, penso, histórica (pelo menos nas linhas gerais).

O direito da responsabilidade civil por ato ilícito é retratado, tanto em pesquisa acadêmica quanto em casos concretos, como envolvendo pelo menos três razões ou propósitos: um ajuste de responsabilidade moral, compensação de vítimas e dissuasão (prevenção de acidentes). A metodologia legal raciocina sobre esses propósitos caso a caso e tenta obter um equilíbrio apropriado. Mas o objetivo de realização simultânea dos três propósitos está se tornando cada vez mais difícil devido a mudanças no ambiente social e na periferia da lei. Como resultado, a responsabilidade de civil em si está sob ataque e é considerada por algumas autoridades como de improvável sobrevivência a mais um século de desenvolvimento.

Do ponto de vista interno do direito de responsabilidade civil, o problema é triplo: conflitos entre os propósitos, ineficiência em alcançá-los e necessidade de coordenação com outras instituições sociais e jurídicas (e nenhum desses problemas pode ser resolvido dentro das restrições do núcleo da metodologia jurídica básica existente). Compensação e dissuasão competem entre si. A eficiência compensatória é alcançada ampliando a cobertura; a dissuasão, restringindo-a. A responsabilidade estrita amplia a compensação, mas interfere na dissuasão (pelo menos ostensivamente), eliminando o critério de falha.

Além disso, mesmo que a compensação e a dissuasão possam ser dissociadas, no direito há restrições estritas no cumprimento de qualquer um desses propósitos. A compensação é limitada pelo requisito de causalidade (atribuição de responsabilidade a réus identificáveis) e a impossibilidade correspondente de “seguro social” (distribuindo o custo de uma maneira fiscalmente racional para uma ampla base de contribuintes). A dissuasão é limitada pela falta de jeito dos julgamentos monetários como método de controle social dos acidentes. Visto de qualquer perspectiva (compensação ou dissuasão), o litígio parece ser um mecanismo administrativo absurdo. E o direito do ilícito civil considera cada vez mais difícil reconhecer ou ignorar instituições sociais e jurídicas relacionadas, projetadas para atingir os objetivos da política de maneira mais eficiente (especialmente seguros privados - responsabilidade e danos - e seguros sociais, como remuneração dos trabalhadores). A regra de origem colateral[[27]](#footnote-27)\*, por exemplo, parece uma dupla compensação socialmente desnecessária; mas o seu oposto (reduzir os julgamentos de ilícitos pelo montante da compensação alternativa) põe em dúvida a necessidade de lei sobre responsabilidade por ato ilícito em primeiro lugar. Planos de mitigação de falhas[[28]](#footnote-28)\* começam a substituir a responsabilidade por ato ilícito em uma variedade de áreas (automóvel, acidentes nucleares, etc.); e as autoridades pedem repetidamente a substituição do direito de responsabilidade por ilícito por um plano mais abrangente de compensação e dissuasão.

Como devemos explicar esse padrão da responsabilidade por ato ilícito em transição? Por dentro, o passo fatal parece ser o reconhecimento de objetivos consequenciais da política social (compensação e dissuasão). Depois que o direito da responsabilidade por ato ilícito deixou seu ponto indiscutível no ajuste da responsabilidade moral, uma crítica fundamental com base na ineficiência da política tornou-se quase inevitável. Do ponto de vista externo, talvez explicando a adoção de objetivos consequencialistas, a história parece ser de crescente complexidade social e demanda por desempenho aprimorado. Em uma sociedade industrial, o direito da responsabilidade por ato ilícito teve que processar milhões de transações, em um cenário com exigências gigantescas de compensação e questão sensível de sub e super-dissuasão (considere a gripe suína como um exemplo de super-dissuasão com base na incapacidade do sistema responsabilização para tributar os beneficiários da vacinação; o problema de atribuir causalidade; e, possivelmente, danos socialmente irrealistas).

Enquanto isso, essa mesma complexidade social provocou uma série de instrumentos de política social mais adequados, incluindo seguro social e privado. A venerável instituição responsabilidade por ato ilícito encontrou-se cercada por uma série de instrumentos políticos mais amplos, mais eficientes, mais planejados e racionalizados, direcionados para o mesmo conjunto de problemas. Pode ser feita uma defesa respeitável da vitalidade contínua de um direito de responsabilidade por ato ilícito mais bem definido neste ambiente moderno.[[29]](#footnote-29) Mas a principal razão de sua sobrevivência parece ser uma defesa profissionalmente orientada (e não particularmente adaptativa) do *status quo*.

Antecipando a Parte B, e seguindo as pressões da complexidade social ainda mais na direção da reintegração legal, podemos ver que a colcha de retalhos de políticas sociais que substituem gradualmente o sistema responsabilização por ato ilícito está se tornando ela mesma obsoleta. Lacunas, sobreposições e desigualdades de indenizações são o resultado inevitável de sistemas legais e privados com cobertura limitada; e o desperdício social e econômico resultante parece menos acessível. A prevenção de acidentes requer ajustes mais sensíveis, alguns envolvendo a participação ativa e a cooperação de possíveis infratores (por exemplo, responsabilidade da empresa). As políticas de interesse próprio e de interesse especial são um sério obstáculo à legislação necessária em ambas as frentes (por exemplo, posições privilegiadas em esquemas de compensação confortáveis, imunidade à dispendiosa prevenção de acidentes).

**B. Desintegração no pensamento jurídico e na teoria do Estado**

Nesta parte do artigo, quero contar a mesma história que na Parte A - núcleo, periferia, reintegração - de fora dos limites do pensamento jurídico no campo do pensamento social chamado economia política. O pensamento jurídico e a economia política parecem não apenas partes semelhantes, mas fortemente relacionadas da mesma construção, uma incorporada na outra. A semelhança de estruturas não é a única razão para acreditar que as duas áreas de pensamento estão relacionadas. Há também vários pontos de convergência substantiva, onde as duas áreas de pensamento parecem estar dizendo a mesma coisa pela mesma razão. Como mostrado abaixo, o pensamento jurídico lida quase exclusivamente com as relações econômicas e usa as mesmas construções ideológicas para interpretá-las e moldá-las (libertarianismo, falha de mercado etc.).

Não obstante essa convergência, nem sempre conto a história de uma maneira que permita correspondência lógica ponto a ponto. Por exemplo, não mostro como cada tipo específico de reintegração no pensamento jurídico corresponde a um ponto específico no mapa da economia política. Em vez disso, tento estabelecer um conjunto paralelo de estruturas, descontinuidades e movimentos ideológicos. Embora não estritamente literal, acredito que a comparação ilumine, enriquece e acelera nossa compreensão do pensamento jurídico. Áreas sem vida do pensamento jurídico tornam-se vivas e significativas quando colocadas no contexto da economia política.

A estrutura bipolar da economia política, que corresponde ao núcleo e periferia do pensamento jurídico, é um núcleo da liberdade econômica e uma periferia da complexidade social, que sustento ser intrínseca a uma organização capitalista da economia.[[30]](#footnote-30) A próxima seção do artigo (B.I) descreve essa abordagem ou teoria da economia política, estabelecendo assim as bases para as seções subsequentes sobre a estrutura do direito. A Seção B.II descreve a estrutura bipolar do direito correspondente, incluindo tendências à reintegração nos aspectos periféricos da economia política, enfatizando a cooperação social. A Seção B.III discute as contradições (tensões) entre o núcleo e a periferia, que explicam melhor o senso de descontinuidade no direito e a dificuldade de realizar o projeto de cooperação social e reintegração jurídica.

*I. Os dois projetos do capitalismo: liberdade econômica e interdependência social*

O capitalismo pode ser considerado como envolvendo dois grandes projetos, ambos intrínsecos à sua existência como forma de organização social: liberdade econômica e interdependência social. A liberdade econômica é extremamente familiar porque corresponde à teoria do liberalismo clássico e é a principal característica da ideologia política contemporânea sobre o capitalismo. Para os formados em Direito, a liberdade econômica corresponde à estrutura facilitadora do mercado do currículo do primeiro ano, baseada, como é, em modelos de liberalismo clássico (propriedade, responsabilidade civil, contrato, em sua forma não adulterada, direito penal como proteção da propriedade; direito constitucional como uma exceção). A liberdade econômica é intrínseca ao capitalismo porque o capitalismo envolve a delegação de autoridade aos proprietários que têm o direito de tomar decisões sobre políticas econômicas e sociais e reter lucros.

Mas o capitalismo também envolve um projeto intrínseco de interdependência social e complexidade emergindo dos subprodutos cooperativos de transações de mercado e atividade política coletiva concertada. Mercados produzem redes de produção, consumo, comércio e inovações interligadas. A atividade política coletiva produz organizações complexas de produção e marketing, além de planejamento econômico e social, jurídico e não jurídico. (Pense no design da economia de produção em massa, envolvendo uma organização característica do local de trabalho, um modelo de relações entre gestão e trabalho, controles complexos sobre mercados de massa, design de programas de bem-estar para manter a demanda.[[31]](#footnote-31) Em escala global, pense no Fundo Monetário Internacional, seus clientes, constituintes e maquinações.)

Em um sentido geral, o projeto de complexidade e interdependência parece envolver duas tendências que se reforçam mutuamente: (1) O aumento da densidade da vida social (o fim de espaços vazios e o crescente desenvolvimento de recursos humanos e naturais). Para tornar a sociedade mais produtiva, o capitalismo construiu incansavelmente inúmeras vias de coordenação e comunicação. (2) Informações sofisticadas sobre interdependências. A mesma tecnologia necessária para criar mais produção também demonstra as interdependências de maneiras mais difíceis de obscurecer politicamente. Pense no papel da informação nos debates sobre chuva ácida, guerra e testes nucleares e tabagismo. Embora todos esses exemplos venham do conhecimento produzido pelas ciências físicas, os modelos de interdependência também exercem grande influência nas ciências sociais. Considere previsões econômicas, estimando os custos sociais da negligência infantil, terapia familiar e a ênfase do feminismo nas redes sociais e apoio social.

Devido ao aumento da complexidade social e da interdependência, as ações em uma esfera de atividade parecem produzir efeitos observáveis quase imediatos em várias outras áreas. A produção industrial cria chuva ácida que prejudica o comércio turístico de outras partes do estado, de outros estados ou de outros países. O bem-estar econômico dos países do terceiro mundo afeta o bem-estar econômico das economias avançadas. Os exercícios de guerra em El Salvador produzem refugiados de língua espanhola no Texas. Controles de aluguel afetam o suprimento de moradias. A tecnologia se desenvolve e é disseminada rapidamente.

*II. Impacto dos dois projetos sobre o Direito: efeitos separados*

Aqui, eu quero discutir os impactos distintos sobre a lei dos dois projetos do capitalismo na lei (a estrutura básica do núcleo e periferia). O efeito das contradições será considerado na próxima seção.

*1. O núcleo da liberdade econômica*

O impacto da liberdade econômica no direito é dinamismo econômico e hegemonia. Como a lei delegou tanto poder aos atores econômicos, ela também deve lidar com as consequências, profundas, generalizadas, rápidas e em constante mudança.

A primeira consequência do dinamismo econômico e da hegemonia (predominância na vida social) é simplesmente a substância ou o conteúdo do Direito. A maior parte do nosso Direito é economia política, uma vasta rede de disposições para facilitar transações de mercado, resolver conflitos e prevenir consequências danosas. Humanistas jurídicos, como eu, acabam experimentando uma revelação sobre o domínio dos negócios e da economia na lei. Praticamente todo o currículo da faculdade de direito se resume à produção e distribuição de riqueza. O direito da família se preocupa com os direitos de propriedade. O direito penal tem muito a ver com pobreza e propriedade (por exemplo, drogas). A assistência à infância e seus ferimentos associados, que se tornam os problemas de saúde mental de amanhã, passam a se concentrar no problema de atender às necessidades de dependência de crianças em um mundo de duas famílias assalariadas e monoparentais (e em um mundo de auto-preocupação mercantilizada). A lei da política se torna em grande parte uma questão de quais controles colocar sobre o poder da riqueza no processo eleitoral. Tão profunda é essa conexão entre negócios e direito, tão arraigada em nossa consciência, que é difícil imaginar outra maneira. Os negócios são os gigantes do bairro.

A segunda conseqüência é a velocidade e a diversidade das mudanças produzidas por decisões econômicas descontroladas. Responsabilidade por produtos, leis de imigração, proteção ambiental, regulamentação de bancos, segurança no emprego, impostos - todas essas áreas do direito e muitas outras refletem ajustes contínuos nas mudanças constantes provocadas pelos atores econômicos e nas demandas políticas resultantes de compensação.

*2. A periferia da interdependência social*

A conexão entre complexidade social e pensamento jurídico é multifacetada. Um efeito é uma expansão ampla da gama de aplicação do Direito. Um número cada vez maior de conflitos exige alguma forma de ajuste pelo menos temporariamente vinculativo e estável - portanto, uma tendência à legalização generalizada. O aspecto da liberdade econômica do Direito é um sistema não-intrusivo de facilitação para o capitalismo laissez-faire, além de um sistema de regras firmemente compactado para resolver disputas nos tribunais. É firme, elegante; e isso não faz muito. Por causa da interdependência, o Direito está envolvido em tantas coisas que é razoável falar sobre a legalização da sociedade (e de suas instituições subsidiárias - a legalização da educação, negócios, etc.). Aparentemente, o Direito está tentando servir como o chamado mecanismo de orientação para resolver algumas das múltiplas interdependências da sociedade moderna, em áreas como proteção ambiental, ajustes macroeconômicos, prestação de serviços humanos, proteção ao consumidor e assim por diante. Ninguém que pensou que todo o Direito fosse descrito nos Comentários de Blackstone compreenderia criações modernistas como Simpson-Mazzoli, Gramm-Rudman ou a Lei da Educação para Todas as Crianças com Deficiência.

Mas a expansão do Direito não é simplesmente uma questão de proliferação de estatutos técnicos. Juntamente com a crescente gama de problemas e questões sociais, tem havido um crescimento paralelo de amplas normas de justiça, como proteção igual, devido processo legal e justiça administrativa. Isso não quer dizer que as normas de justiça transformam áreas inteiras da vida social. As normas são marginais e contestadas a cada passo do caminho. Mas eles também não podem ser descartados como insignificantes. No lado judicial, pense em desenvolvimentos, como exceções ao direito protestativo de dispensa de empregado[[32]](#footnote-32)\*, um tipo de segurança no trabalho feita por via judicial; ou direitos de devido processo legal no processo de imigração e nas escolas; ou regulamentação judicial de contratos de seguro; e cada um deles tem contrapartidas legislativas e administrativas óbvias: regulamentação de pensões, códigos disciplinares, seguro social.

Um segundo efeito da interdependência no pensamento jurídico é um novo requisito de desempenho - as soluções jurídicas devem funcionar e isso tem outros dois efeitos. Mais importante, o Direito não pode se dar ao luxo de permanecer ideologicamente ignorante de seus efeitos. A orientação política, incluindo a jurisprudência sociológica, substitui o pensamento moralista. Além disso, para servir como parte de um processo flexível de solução de problemas, o Direito deve adquirir um alto grau de positivismo e politização. Positividade significa que o Direito pode ser projetado e redesenhado para atender às novas circunstâncias com novos ajustes. A política também ajuda o Direito a ser mais responsivo, porque a pressão pela resolução de disputas é sentida primeiro e rapidamente na esfera política.

Projetada ainda mais, a tendência para a complexidade social se afasta do positivismo e rumo à reintegração social e legal (incluindo uma nova forma de lei). A organização social e a política democráticas podem ser vistas como um facilitador necessário da interdependência social. As empresas e outros tipos de organizações aprendem que as antigas formas burocráticas e hierárquicas de autoridade são ineficientes e devem ser substituídas por um novo princípio de organização: participação e capacitação da equipe.[[33]](#footnote-33) A tendência também pode ser vista na análise de políticas. Indo além do controle de comando, da política de cima para baixo e até das formas mais sofisticadas de análise de implementação unidirecional, a política do governo deve descobrir meios de mobilizar a cooperação de organizações regulamentadas. Enquanto isso, uma classe média educada em todo o mundo, com expectativas de segurança, participação, dignidade e qualidade de vida, pode ser o motor do aumento da democracia política. A organização econômica global pode prenunciar a cooperação social em escala planetária.

Infelizmente, para aqueles que não conseguem ver evidências de uma vitória final dessas tendências benéficas, deve-se admitir que a realidade política em um dado momento também consiste em alguns grupos que tentam criar zonas de segurança e bem-estar à custa de outros; e que alguma legalização decorre de inúmeras séries de direitos de propriedade projetados para criar fronteiras protegidas. Essa parte da história é apresentada na próxima seção, sobre contradições político-econômicas.

*III. Impacto das Contradições no Direito*

Os dois projetos do capitalismo são mutuamente reforçadores e contraditórios. Os mercados exigem e produzem cooperação social, mas a liberdade a prejudica. A interdependência é cada vez mais uma condição do capitalismo, mas reduz a hegemonia dos proprietários. Em si mesma, a interdependência tem efeitos contraditórios: um processo acelerado de despejo de problemas sobre os outros (ou, na linguagem econômica, externalizando-os), mas também resistência ao despejo e controles sociais correspondentes sofisticados. Dumping geralmente cria muitas reclamações de pessoas e organizações com alguma influência sobre o dumper - daí um tipo diferente de conexão entre capitalismo, democracia e a classe média liberada. O restante desta seção discute os aspectos dessas contradições com mais detalhes. B.III.1 examina problemas de acesso a estruturas jurídicas complexas e fragmentadas produzidas por contradições sociais. B.III.2 estende a análise de acesso e associação à concepção do estado de bem-estar social. A subseção final, B.III.3, é um exame dos problemas criados por contradições no sistema político per se (o que eu chamo "liberal democracia").

*1. Questões de acesso a benefícios coletivos*

A primeira reflexão das contradições sociais sobre o direito é o problema do acesso a benefícios coletivos. O direito responde à crescente complexidade, desenvolvendo técnicas mais sofisticadas de planejamento social, culminando frequentemente na criação de estruturas administrativas projetadas para lidar com uma categoria de problema social em nome de uma classe de pessoas. Exemplos incluem manutenção de renda, seguro social, regulamentação de segurança, planejamento econômico e associação a organizações cujos membros são protegidos por vários direitos legais. O aspecto positivo desses programas é que eles protegem um grande número de pessoas de uma maneira razoavelmente eficiente que permite a coordenação com outros programas sociais (compare a eficiência da Previdência Social, por exemplo, com o seguro privado ou, especialmente, a responsabilidade civil, nada obstante Milton Friedman em contrário).

O problema de acesso vem da questão da associação. Quase todo programa social levanta questões de associação (entrada / saída) e estratificação interna. As questões de associação geralmente são óbvias, começando pelas questões de imigração que determinam a associação em países ricos, até o emprego em organizações estáveis, cobertura pelo seguro social e proteção pelas leis de segurança. A estratificação interna da proteção é mais sutil, mas também recebe muita atenção, por exemplo, o destino dos idosos com cortes de custos no seguro de saúde ou a cobertura prática para pessoas pobres sob o seguro de saúde administrado, como Organizações de Manutenção em Saúde.

*2. O Desenho do Estado de Bem-Estar Social*

Em grande escala, questões de planejamento e acesso, inclusão e exclusão podem ser vistas no desenho do estado de bem-estar. De pesquisas recentes, parece que as economias de mercado / bem-estar são mantidas juntas por algum tipo de design amplo e descoberto de forma incremental, como a economia de produção em massa descrita por Piore e Sabel.[[34]](#footnote-34) E é razoável acreditar que o design atual está em crise. A parceria entre a produção em massa e a economia keynesiana de bem-estar se baseia em excesso de capacidade, concorrência internacional improdutiva, o colapso do movimento trabalhista e uma ideologia popular, mas degenerada do liberalismo. A atual onda de filosofia conservadora parece representar uma repressão do lado coletivo do capitalismo, uma perda de memória sobre o papel construtivo do capital e o interesse próprio no estado social. No momento, o programa de liberdade econômica tornou-se desequilibrado de sua contraparte coletiva. Conservadores (como David Stockman) agora na verdade, argumentam que praticamente todos os gastos do governo representam um subsídio para o setor improdutivo da sociedade, eliminando em um único golpe dogmático as finanças públicas sobre externalidades e a economia keynesiana sobre o interesse do capitalismo em manter a demanda entre trabalhadores e consumidores ociosos e mal pagos.

Esse momento histórico abre a oportunidade de criar, inventar, forjar novos padrões sociais e econômicos, um empreendimento no qual a bolsa de estudos desempenha um papel. Seguindo sugestões em todos os tipos de pesquisa - economia institucional, teoria organizacional, feminismo - podemos assumir que o novo plano deve alcançar um grau mais alto de participação e participação do que o antigo. Maior produtividade exigirá maior cooperação (apropriação e entendimento local, incentivos superiores etc.). No entanto, o campo de batalha está repleto de conflitos e repleto de obstáculos. A nova tecnologia da informação, por exemplo, pode ser outro esforço do capital para aumentar a produtividade, isolando os trabalhadores e criando uma cooperação social unidirecional (hierárquica).[[35]](#footnote-35)

*3. Democracia liberal*

As contradições entre os dois projetos do capitalismo também se refletem na ordem política desenvolvida no Ocidente para lidar com o domínio econômico - política democrática liberal e capitalismo do estado de bem-estar social.[[36]](#footnote-36) A interdependência social pressiona o direito a ser mais sofisticado, funcional, adaptável e socialmente responsivo. A lei ajusta-se pela diminuição do formalismo, maior abertura a ordens simbólicas concorrentes, técnicas aprimoradas de desconstrução, novas instituições reguladoras (barganha, novos instrumentos de política etc.).

Mas o princípio do liberalismo contradiz e mina a base para uma resposta mais ampla, mais coerente, estável e cooperativa ao domínio econômico. Essa erosão ocorre de quatro maneiras conectadas. Primeiro, o libertarianismo está preocupado com a proteção da liberdade econômica, com exclusão de políticas coletivas mais cooperativas e sofisticadas. Quase qualquer quantidade de desperdício e falta de jeito pode ser justificada para preservar as relações de poder políticas subjacentes. Segundo, os liberais no estado de bem-estar social estão patrocinando enormes quantidades de intervenção do governo sem qualquer justificativa filosófica ou teoria política coerente. O Estado se torna nada mais que o acúmulo de respostas *ad hoc* a crises econômicas e políticas. Terceiro, um vasto abismo se abre entre o filosofia política predominante do individualismo anacrônico do laissez-faire e a evidência esmagadora de intervenções governamentais maciças. O governo se torna uma série de decisões sem lembranças. Quarto, o liberalismo protege a liberdade econômica e resolve o paradoxo da ação governamental inexplicável através de uma degradação simbólica da política. A política se torna o perigoso inimigo imperialista de um setor privado produtivo, cativo de coletivos aquisitivos chamados "grupos de interesse especial".[[37]](#footnote-37)

Mas a interdependência social também mina o liberalismo. O liberalismo organiza a política em termos de propriedade e direitos. As relações sociais são retratadas como consistindo de zonas de autonomia individual (propriedade) protegidas por poderosos recursos legais (direitos). Qualquer coisa não protegida ou que interfira na propriedade pode ser apropriada ou destruída, daí a busca de formas de externalizar custos, localizar novas fronteiras e despejar problemas em outra pessoa. O aumento da interdependência e da complexidade social torna o liberalismo irremediavelmente simplista e internamente contraditório. A proteção através da autonomia, imunidade e isolamento social se torna impossível. A proteção deve ser alcançada através da cooperação social e solução funcional de problemas. O modelo de direitos começa a parecer um método ridículo de planejamento social, colocando os membros do coletivo uns contra os outros em uma série aleatória de concursos egoístas e desorganizados que rompem os laços sociais e superam a quantidade total de recursos coletivos.[[38]](#footnote-38) Transações de mercado liberalizadas facilitam a construção de complexidade social, interdependência e cooperação; mas o libertarianismo impede a coletividade de fazer ajustes desejáveis para externalidades e inseguranças resultantes, ou alcançar cooperação positiva indisponível através dos mercados. E claramente, essas duas contra-tendências da interdependência social estão em guerra uma com a outra. O formalismo decrescente e o aumento da flexibilidade institucional parecem anômalos, ameaçadores e contraditórios ao mundo da propriedade e dos direitos. ("Flexível, você diz. Não me parece uma propriedade"). [[39]](#footnote-39)

E assim, parece liberalismo antiquado, pois um modelo abrangente de ordem social está em um verdadeiro estado de crise (não estresse - crise). O impacto das influências fragmentadoras descritas nesta seção pode ser visto no comportamento dos grupos populistas radicais de direita que atualmente estão ganhando força nos Estados Unidos.[[40]](#footnote-40) Cada grupo, confuso com as ações inexplicáveis do governo e obcecado com a liberdade econômica, tem sua própria teoria excêntrica ou bizarra da autonomia pessoal absoluta e seu próprio tipo de paranóia populista sobre quem é responsável pela perda de autonomia. As demandas absolutas por autonomia são paradoxalmente acopladas a programas punitivos contra grupos inimigos. As pessoas ameaçam a violência contra funcionários do governo por serem solicitadas a pagar impostos e usar cintos de segurança, depois se viram e exigem que o governo marque as pessoas com Aids e execute dependentes químicos. Essas divisões extremas entre ações pessoais e coletivas são extensões populistas das contradições entre individualismo e altruísmo reconhecidas por Kennedy no Direito da Responsabilidade Civil e dos contratos.[[41]](#footnote-41)

*C. Conclusão: o Direito tradicional em uma nova chave, caminhos antigos em um novo cenário*

O tema da desintegração jurídica é parcialmente uma manifestação de ansiedade; e conferências e documentos sobre desintegração jurídica são eventos parcialmente escatológicos sobre o fim do mundo jurídico. Como uma pessoa de faculdade de direito, eu seria negligente se eu não incluísse pelo menos uma seção curta de responder uma pergunta óbvia emergente de todas essas supostas tendências longe do núcleo tradicional – o direito tradicional está morto? Eu diria que a análise jurídica tradicional é bastante vital, mas seu papel mudou e se tornou mais eclético. Apenas ao ver o Direito tradicional no cenário em mudança é possível apreciar seus papéis positivos selecionados. (Às vezes, eu tendo a usar 'positiva" em um modo auto conscientemente e orientado à esquerda que pode ser facilmente convertido para as posições políticas do próprio leitor).

Em certo sentido, a maior parte da ação mudou para outro lugar. A análise de políticas substituiu o raciocínio moral como retórica dominante da formação de políticas. A finalidade legal separada da análise de políticas tende a ser um pouco vazia. Instituições jurídicas como tribunais e litígios são, na melhor das hipóteses, apenas um dentre uma variedade de possíveis instrumentos políticos e, na pior, um anacronismo irritante. A *common law* da facilitação do mercado não está na vanguarda do desenvolvimento social. Em muitos contextos, os advogados parecem não saber de nada útil e se especializam em obstrucionismo defendido por legalismos pitorescos ("o negligente deve pagar").

Mas essa imagem é válida apenas como uma generalização grosseira. Um olhar mais atento revela todos os tipos de projetos em andamento, alguns tradicionais, outros modernos. Um inventário muito pequeno desses projetos para dar uma noção da ideia é o seguinte: na categoria tradicional, as transações imobiliárias e as disputas comuns sobre propriedades são impossíveis de serem eliminadas em uma economia complexa, e algumas das disputas continuarão gerando demanda em litígios civis (e seus substitutos). O núcleo do método jurídico também não pode ser erradicado. Apesar da tendência em direção ao raciocínio prospectivo e consequencialista, há uma tendência igualmente forte em direção à finalidade legal. Uma situação social e econômica complexa realmente aumenta a demanda por estabilização de normas, ao mesmo tempo em que exige maior flexibilidade. Alguns assuntos devem ser considerados "como se" já estivessem decididos. À luz da necessidade de flexibilidade e da onipresença do raciocínio consequencialista, a reificação no direito (a "unicidade" associada à finalidade) muitas vezes parece artificial; mas não é "bobagem".[[42]](#footnote-42) Como já foi mencionado, a prevalência de esquemas legais complexos com normas administradas burocraticamente representa um grau maior de finalidade (ou positivismo jurídico) em comparação com o *common law* de textura aberta.

Na categoria intermediária, o direito tem um forte papel a desempenhar nas disputas de associação (ou acesso) geradas por programas complexos de bem-estar social e planejamento econômico. O tipo mais simples de disputa consiste em identificar o tratamento de segunda classe e reclamar. Um projeto mais sutil é reconhecer obstáculos estruturados ao acesso, como a fragmentação do movimento trabalhista por meio de uma política de excepcionalismo.[[43]](#footnote-43) E, às vezes, a causa do acesso pode justificar o apoio a algumas instituições legais antiquadas. Um dos problemas do planejamento social moderno é a subversão dos interesses individuais e minoritários nos compromissos coletivos necessários para produzir um programa final. Por exemplo, as Organizações de Manutenção da Saúde (OMM) podem envolver um elemento de decepção do consumidor na publicidade de benefícios que são, de fato, difíceis de obter. Ao mudar de um sistema baseado na demanda do consumidor para um sistema baseado em decisões de especialistas, mas também exigindo uma concorrência acirrada pelos clientes, há uma tentação de prometer muito e economizar dinheiro mais tarde. Em algum momento, esse comportamento pode cruzar a linha e se tornar algo que estaríamos dispostos a chamar de fraude do consumidor. Nesse ponto, os direitos e soluções antiquados para fraude podem ser bastante úteis. Remédios claros são especialmente úteis em um sistema burocrático complexo, onde ninguém se responsabiliza por consequências. O coletivismo diminui o alcance do individualismo, mas aumenta sua importância.[[44]](#footnote-44)

Na categoria *avant-garde* existem novos métodos de interpretação jurídica. Aqui, pensa-se no restabelecimento do raciocínio moral na interpretação positivista e na análise de políticas, interpretação positivista baseada nas realidades da implementação e no aumento do leque de interpretações jurídicas disponibilizadas por metodologias críticas.

Também na categoria *avant-garde* está o planejamento do bem-estar social por meio da escolha institucional. Uma maneira de reduzir a complexidade do planejamento social e o conflito entre liberdade e cooperação é por delegação, e não por receita detalhada. Em vez de regulamentação, a política social consiste em combinar as instituições com os objetivos da política, capacitando as organizações a assumir novas funções, e assim por diante. Por exemplo, a questão principal da política social em relação aos recém-nascidos gravemente enfermos pode ser considerada o local da tomada de decisão (médicos e famílias, conselhos de hospitais, tribunais, promotores etc.).[[45]](#footnote-45) Obviamente, o processo de escolha institucional em uma situação como essa não pode ser resolvido pelo método jurídico. Tudo depende da substância da área (por exemplo, decisões médicas), da natureza das instituições (por exemplo, preconceitos dos profissionais da área médica), das restrições da situação de campo (como as decisões surgem) e do senso de ética. No entanto, mesmo que o treinamento jurídico não envolva um elemento de ética pragmática,[[46]](#footnote-46) a experiência jurídica no sentido estrito ainda é importante. Há um papel jurídico único em ajudar a formular os limites da escolha institucional (por exemplo, "quem está gravemente doente"), estabelecendo procedimentos apropriados e projetando a interface com o restante do sistema jurídico (por exemplo, tribunais). Para que os advogados entendam essas questões, eles devem ficar imersos no assunto técnico e institucional. Tal prática híbrida está muito longe de uma ação judicial para recuperar um cavalo; mas ainda é direito.

.

1. \* Professor de Direito Emérito da Voss-Bascom e pesquisador de longa data do Centro de Pesquisas Educacionais de Wisconsin (WCER), onde atua como diretor do Grupo de Recursos de Avaliação (ERG). Recentemente, Clune dirigiu uma avaliação da reforma educacional de todo o sistema em quatro distritos parceiros da SCALE (System-wide Change for All Learners and Educators/ uma parceria de matemática/ciências de cinco anos, financiada pela National Science Foundation). Além deste trabalho em estudos jurídicos críticos (Critical Legal Studies - CLS), sua pesquisa sobre política educacional e finanças ao longo de muitos anos tratou de finanças escolares, implementação de programas, relação custo-benefício na educação, educação especial, arbitragem de interesse de funcionários públicos, política educacional na China e políticas de sistemas educacionais. Email: whclune@facstaff.wisc.edu [↑](#footnote-ref-1)
2. \* Nota de tradução. No original, “statutory law”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Embora os advogados possam fazer seus trabalhos pragmáticos com pouca ideologia formal, ao longo do artigo entendo que, conscientemente ou não, tipos de prática podem ser identificados com projetos característicos de pensamento jurídico. Ver também a Conclusão. [↑](#footnote-ref-3)
4. Embora a economia política lide com coisas materiais, considero que é essencialmente cultural, um aspecto da consciência, porque é fundamentalmente um conjunto estável de auto-reprodução de expectativas mútuas sobre coisas materiais. A economia política parece mais distante e objetiva (e certamente, em certo sentido, além da periferia do pensamento jurídico); mas também fazemos parte da economia política e, portanto, podemos experimentá-la fenomenologicamente. Ver abaixo, nota 19 e texto anexo. [↑](#footnote-ref-4)
5. John H. Schlegel, *American Legal Theory and American Legal Education: A Snake Swallowing its Tail*?, in CRITICAL LEGALTHOUGHT: AN AMERICAN-GERMAN DEBATE 49-84 (C. Joerges & D. Trubek eds., 1989) - e reimpresso nesta edição. Concordo com Schlegel que o pensamento jurídico ajuda os acadêmicos do direito a se diferenciarem tanto da prática jurídica quanto dos departamentos acadêmicos, mas também vejo conexões com padrões mais amplos de pensamento social. [↑](#footnote-ref-5)
6. A idéia de núcleo e periferia obviamente deve muito a Duncan Kennedy: *Duncan Kennedy, The Political Significance of the Law School Curriculum*, 14 SETON HALL L. REV. 1 (1983); Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685, 1737, 1765 (1976). Este artigo difere da concepção de Kennedy em vários aspectos, por exemplo: incorporando a análise de políticas (e a tese da rematerialização em geral); vendo um movimento progressivo do núcleo para a periferia; e vendo o capitalismo como implicado na construção do núcleo e da periferia e nas contradições entre eles e dentro deles. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver seção B.II.2, infra. [↑](#footnote-ref-7)
8. As dimensões correspondem um pouco ao que os europeus na tradição weberiana chamam de "rematerialização" do direito. Gunther Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 17 LAW & SOCIETY REV. 239, 240 (1983). [↑](#footnote-ref-8)
9. \* Nota de tradução. Talvez pudesse ser melhor expressado como “lugar” ou “*locus”* ou “foro”. [↑](#footnote-ref-9)
10. \* Nota de tradução. No original, legislatures, legislation, statute [↑](#footnote-ref-10)
11. \* Nota de tradução. No original, statutory intent. [↑](#footnote-ref-11)
12. Frank Michelman, On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment, 83 HARV. L. REV. 7 (1969); Frank Michelman, In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice, 121 U. PA. L. REV. 962 (1973). [↑](#footnote-ref-12)
13. Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 563 (1982). [↑](#footnote-ref-13)
14. \* Nota de tradução. No original, HMO, que deve se referir a Health Maintenance Organization. Talvez pudesse ser traduzido também como planos de saúde. [↑](#footnote-ref-14)
15. Teubner, supra, nota 6. [↑](#footnote-ref-15)
16. MICHAEL PIORE & CHARLES SABEL, *THE SECOND INDUSTRIAL DIVIDE: POSSIBILITIES FOR PROSPERITY* (1984); William H. Simon, *Rights and Redistribution in the Welfare System*, 38 STAN. L. REV. 1431 (1986). [↑](#footnote-ref-16)
17. JOEL HANDLER, *THE CONDITIONS OF DISCRETION* (1986); EUGENE BARDACH & ROBERT A. KAGAN, *GOING BY THE BOOK: THE PROBLEM OF REGULATORY UNREASONABLENESS* (1982); SERGE TAYLOR, *MAKING BUREAUCRACIES THINK, THE ENVIRONMENTAL IMPACT STATEMENT STRATEGY OF ADMINISTRATIVE REFORM* (1984). A aplicação mais pura da abordagem está no gerenciamento de negócios: ToM PETERS & ROBERT WATERMAN, *IN SEARCH OF EXCELLENCE, LESSONS FROM AMERICA'S BEST RUN COMPANIES* (1982); ROSABETH Moss KANTER, *THE CHANGE MASTERS, INNOVATION AND ENTREPRENEURSHIP IN THE AMERICAN CORPORATION* (1984). [↑](#footnote-ref-17)
18. \* Nota de tradução. No original “statutory intente”. [↑](#footnote-ref-18)
19. GUIDO CALABRESI, *A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES* (1982); Richard Posner, *Statutory Interpretation -- In the Classroom and in the Courtroom*, 50 U CHI. L. REV. 800 (1983); Jerry L. Mashaw, "Positive Theory and Public Law" (Rosenthal Lecture delivered at the Northwestern University Law School, February, 1986), em arquivo do autor. [↑](#footnote-ref-19)
20. BARDACH & KAGAN, supra, nota 11. [↑](#footnote-ref-20)
21. James Boyle, *The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*, 133 U. PA. L. REV. 685 (1985); Gary Peller, *The Politics of Reconstruction*, 98 HARV. L. REV. 863 (1985) [↑](#footnote-ref-21)
22. Em certo sentido, meu próprio trabalho sobre implementação tem se preocupado em sintetizar descobertas da sociologia do direito sobre campos sociais privados com descobertas da implementação sobre a variabilidade local de impacto. Integrei as duas perspectivas em uma estrutura de ação política, reação e construção social em todas as etapas do processo de implementação: William H. Clune, *A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy, Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers*, 69 IOWA L. REV. 47 (1983); William Clune & Mark H. Van Pelt, *A Political Method of Evaluating the Education for All Handicapped Children Act of 1975 and the Several Gaps of Gap Analysis*, 48 LAW & CONTEMP. PROBS. 7 (1985). [↑](#footnote-ref-22)
23. Thomas M. Palay, *Comparative Institutional Economics: The Governance of Rail Freight Contracting*, 13 J. LEGAL STUD. 265 (1984); Neil Komesar, *Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis*, 51 U. CHI. L. REV. 366 (1984); William H. Clune, *Institutional Choice as a Theoretical Framework for Research on Educational Policy*, 9 EDUCATIONAL EVALUATION AND POLICY ANALYSIS AND ADMINISTRATION 117 (1987). [↑](#footnote-ref-23)
24. \* Nota de tradução. Aparentemente, se refere à “trust” enquanto instituto, não “confiança”. Mas remanesce a dúvida. [↑](#footnote-ref-24)
25. \* Nota de tradução. No original, “tort law”. [↑](#footnote-ref-25)
26. A história que estou contando aqui é essencialmente uma versão abreviada de Stephen Sugarman *Doing Away with Tort Law*, 73 CAL. L. REV. 555 (1985), e conclusões tiradas de meus próprios ensinamentos sobre os materiais clássicos de Direito dos Seguros. Veja também HENRY STEINER, *MORAL ARGUMENT AND SOCIAL VISION IN THE COURTS* (1987). [↑](#footnote-ref-26)
27. \* Nota de tradução. No original, “collateral source rule”. [↑](#footnote-ref-27)
28. \* Nota de tradução. No original “No-fault plans”. [↑](#footnote-ref-28)
29. Ver abaixo, nota 33. [↑](#footnote-ref-29)
30. Minha posição teórica neste artigo é uma mistura incomum de várias tradições diferentes. Com os marxistas, vejo contradições fundamentais no capitalismo; mas, com o CLS, nenhum materialismo, determinismo, guerra de classes ou teoria instrumental do estado; e, como os principais críticos do capitalismo, vejo fortes tendências libertadoras nos dois principais projetos do capitalismo (como descrito na Parte B). Fortemente influenciado pela sociologia do direito, rejeito o instrumentalismo político desencarnado dessa escola. Também coloquei a sociologia do direito dentro do pensamento jurídico, e não fora, onde ele se percebe. Sigo os neo-weberianos nas idéias de rematerialização e complexidade social, mas rejeito o tema evolucionista em favor da fragmentação e da contradição. Finalmente, este artigo é fortemente influenciado pela teoria da autopoiese, uma teoria dos sistemas vivos auto-organizados, incluindo a comunicação. A autopoiese se torna o veículo para preencher a lacuna entre pensamento e ação. No entanto, diferentemente dos proponentes de sistemas autopoiéticos estritamente fechados, vejo sistemas mistos e fragmentados com núcleos protegidos, periferias abertas e muitas contradições internas capazes de desconstrução. Um conjunto ilustrativo de referências correspondentes às influências acima é: JAMES O'CONNOR, THE FISCAL CRISIS OF THE STATE (1983); CLAUS OFFE, DISORGANIZED CAPITALISM (1985); CLAUS OFFE, CONTRADICTIONS IN THE WELFARE STATE (1985); Robert W. Gordon, Critical Legal Histories, 36 STAN. L. REV. 57 (1984); G. Edward White, From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History, 40 SOUTHWESTERN L.J. 819 (1986); MICHAEL PIORE & CHARLES SABEL, THE SECOND INDUSTRIAL DIVIDE, POSSIBILITIES FOR PROSPERITY (1984); NIKLAs LUHMANN, THE DIFFERENTIATION OF SOCIETY (1982); Gunther Teubner, Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, 17 LAW & SOCIETY REV. 239 (1983); Gunther Teubner, Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg, 19 LAW & SOCIETY REV. 291 (1984). Na forma narrativa, minha abordagem é mais ou menos assim. Comece com a proposição de que estrutura social, toda estrutura social, é uma percepção rotinizada de significado e sistemas de interação simbólica. Os sistemas são um tanto autônomos, possuindo sua própria lógica e códigos culturais que resistem ao discurso exógeno. Os sistemas nesse sentido incluem famílias, organizações, instituições, a economia (um sistema de códigos simbólicos baseados no preço), moda, direito. Mas os sistemas também estão ligados e conectados, compartilhando certas construções sociais comuns. É fato que as pessoas podem suportar sistemas internos e externos - sentir a estética da moda e analisá-la; raciocinar legalmente, bem como desconstruir esse raciocínio. E talvez a capacidade de permanecer dentro e fora dos sistemas, um sistema de sistemas de decodificação, seja ela própria um produto da complexidade social, surgindo naturalmente do encontro com múltiplos sistemas de significado. Ver Thomas C. Heller, Structuralism and Critique, 36 STAN. L. REV. 127, 147-51, 163-72, 187-97 (1984). Isso não significa que a lei seja "o instrumento" do capitalismo. O direito faz parte do capitalismo; e o capitalismo é constituído por lei, tanto quanto seus outros sistemas constitutivos. Não há capitalismo puro e desnaturado orquestrando os sistemas culturais a partir de algum local central oculto. E, embora nossa cultura possa estar preocupada com coisas materiais, não há causação material (tudo é simbólico, até símbolos sobre as coisas). [↑](#footnote-ref-30)
31. Ver HUGH HECLO, MODERN SOCIALPOLITICS IN BRITAIN AND SWEDEN 1-2 (1974): Talvez a mudança mais fundamental dada como certa é o crescimento da política social moderna. Ocorrendo no período de três ou quatro gerações humanas, implica uma transformação que os escritores das décadas de 30 e 40 costumavam chamar de "uma nova fase na história do homem". Quase a única vez em que nosso bisavô entrou em contato direto com o estado foi quando ele postou uma carta ou encontrou um policial.... Hoje, na maioria das nações industrializadas, o cidadão encontra muito do que ganha com o estado. Uma grande parte desse dinheiro vai para prever o seu futuro antes de qualquer questão que surge de sua incapacidade pessoal para ajudar a si mesmo. Se ele estiver doente ou se machucar, se envelhecer ou for incapaz de encontrar um emprego, se seu cônjuge tiver filhos ou morrer, se procurar moradia ou educação, é quase inevitável um envolvimento explícito ou implícito com uma política social do estado.... . Enquanto a taxa da despesa total do governo nos países industrializados cresceu talvez 80 a 90 vezes em termos reais durante este período, a taxa de gastos com a política social tem, provavelmente, multiplicaram por 5000 a 6000 vezes... . Quando essas mudanças na provisão social por parte do governo são identificadas, elas geralmente adquirem o rótulo de estado de bem-estar coletivo ... Neste estudo, prefiro usar o termo política social para designar intervenções estatais destinadas a afetar o jogo livre das forças de mercado no interesse do bem-estar dos cidadãos. (Ênfase no original). Veja também MICHAEL PIORE & CHARLES SABEL, THE SECONDINDUSTRIAL DIVIDE, POSSIBILITIESFOR PROSPERITY (1984); JANEJACOBS, CITIESAND THE WEALTH OF NATIONS, PRINCIPLES OF ECONOMIC LIFE (1984); ALFRED D. CHANDLER JR., THE VISIBLE HAND: THE MANAGERIAL REVOLUTIONIN AMERICAN BUSINESS (1977). [↑](#footnote-ref-31)
32. \* Nota de tradução. No original está “exceptions to the contract at will”. “At will” parece ser um instituto do direito do trabalho estadunidense equivalente à dispensa sem justa causa, ou, nesse caso, parece se referir ao direito de se dispensar imotivadamente. [↑](#footnote-ref-32)
33. PETERS & WATERMAN, supra, nota 11; ROSABETH Moss KANTER, THE CHANGE MASTERS, INNOVATION AND ENTREPRENEURSHIPINTHEAMERICAN CORPORATION (1984). [↑](#footnote-ref-33)
34. PIORE & SABEL, supra, nota 10. [↑](#footnote-ref-34)
35. Fernando Rojas, *Is Information Technology A Capitalist Tool for Further Subordinating Workers?*, Working Paper 1-6, Institute for Legal Studies, University of Wisconsin-Madison Law School, March, 1986. [↑](#footnote-ref-35)
36. Nesse resumo, baseio-me no trabalho de Claus Offe, supra, nota 19; e faço referência ao meu próprio artigo, cujo rascunho foi apresentado na primeira conferência américo-germânica sobre direito reflexivo. Ver William H.Clune, *Unreasonableness and Alienation in the Continuing Relationships of Welfare State Bureaucracy: From Regulatory Complexity to Economic Democracy*, 707 Wis. L. REV(1985). [↑](#footnote-ref-36)
37. Ver Clune, id. [↑](#footnote-ref-37)
38. Frances Olsen, Statutory Rape: *A Feminist Critique of Rights Analysis*, 63 Tx. L. REV. (TEXL.. REV.)387 (1984); White, supra, note 19; Edward V. Sparer, *Fundamental Human Rights, Legal Entitlements, and the Social Struggle: A Friendly Critique of the Critical Legal Studies Movement*, 36 STAN. L. REV509. (1984). [↑](#footnote-ref-38)
39. Ver John Edward Cribbet, *Concepts in Transition: The Search for a New Definition of Property*, 1 U. of Ill. L. Rev. 41 (1986). [↑](#footnote-ref-39)
40. Para informações adicionais sobre o conflito percebido entre liberdade e autoridade na cultura americana, consulte Stewart Macaulay, "*Images of Law in Everyday Life: The Lessons of School, Entertainment and Spectator Sports, Institute for Legal Studies*", University of Wisconsin-Madison Law School, Working Paper 2:3 (1986). [↑](#footnote-ref-40)
41. Ver Kennedy, supra, nota 4; Duncan Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 BUFF.L. REV.205 (1979). As pessoas comuns parecem sentir um pouco de dor, angústia e confusão ao se apegarem à idéia de propriedade como fonte de proteção e conexão social. Os "colarinhos azuis " , " democratas conservadores " que conheço em Chicago, identificam a intromissão do governo em suas pequenas posses como socialismo, isolando-se do planejamento social cooperativo, e, no entanto, encontram essas mesmas posses constantemente em risco das transações de mercado e do inevitável e aleatório gerenciamento de crises da sociedade. estado de bem-estar. Os laços étnicos que proporcionavam modelos de comunidade genuína são dissolvidos nos novos padrões de burocracia racional, consciência de mercadoria e classe social. Enquanto isso, o governo nacional eleito por suas ansiedades segue uma perigosa estratégia de minimalismo, preservando a quantidade máxima de liberdade econômica , permanecendo o mais próximo possível da fronteira da catástrofe social. Jogar esse tipo de galinha social requer bastante agilidade e nervosismo, características de personalidade com as quais nossa classe dominante empreendedora vem bem equipada. Mas a experiência social correspondente é estressante e assustadora. De muitas maneiras, a consciência social moderna é uma combinação bizarra de materialismo complacente (enfatizando os valores digestivos do consumo) e risco nauseante (emergindo da falta de cooperação social e reprimida abaixo da superfície plácida da vida consumista cotidiana). [↑](#footnote-ref-41)
42. Ver White, *supra*, nota 19. [↑](#footnote-ref-42)
43. Joel Rogers, *Divide and Conquer: The Legal Foundations of Postwar U.S. Labor Policy*, in CRITICAL LEGAL THOUGHT: AN AMERICAN GERMAN DEBATE 213-235 (Christian Joerges and David M. Trubek, eds.); Katherine Van Wezel Stone, *Re-Envisioning Labor Law: A Response to Professor Finkin*, 45 MD. L. REV. 978 (1986). [↑](#footnote-ref-43)
44. Considere também a responsabilidade civil tradicional. A responsabilidade civil geralmente é um método grotescamente ineficiente e injusto de compensar as pessoas pelo custo dos acidentes e um exemplo perfeito de como o pensamento jurídico é substituído pela análise de políticas. Mas o remédio para delitos tem uma característica que pode justificar a preservação do sistema na forma modificada. Os esquemas de compensação administrados têm o problema de supercentralização, tanto na política legislativa que cria o esquema de compensação (suas regras de elegibilidade e danos, por exemplo) e política burocrática através da qual o esquema é administrado. Apenas descobrir quais regras se aplicam ou quem é responsável por alguma coisa pode ser impossível nas burocracias públicas bizantinas. Uma coisa boa da lei tradicional de delito é sua capacidade de superar a resistência burocrática por um processo, apoiado por poderosos direitos de descoberta, emergindo, por assim dizer, do nada. Os heróis do litígio sobre o amianto eram advogados de julgamentos, porque só eles tinham incentivos e influência para romper a conspiração de pessoas de dentro da empresa. Devemos, portanto, proceder com muito cuidado com a renúncia a todas as proteções a burocracias públicas complexas e ter em mente a conveniência de remédios para litígios (se não o processo por delito privado tradicional, por exemplo, talvez algum tipo de ação do interveniente público). Em geral, a qualidade "imprevisível" dos recursos legais, que os torna dispositivos tão ruins para planejamento e programação, também os tornam bons candidatos a um tipo de democratização. [↑](#footnote-ref-44)
45. Ver Symposium, Baby Doe: Problems and Legislative Proposals - Legislative Workshop, 1984 ARIZ. ST. L.J.601-92 (1984). [↑](#footnote-ref-45)
46. Ted Schneyer, Moral Philosophy's Standard Misconception of Legal Ethics, 1984 Wis. L. REV. 1529 (1984). [↑](#footnote-ref-46)