

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.



UM ANEXO

A HISTÓRIA UNIVERSAL DO PENSAMENTO JURÍDICO*

APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

1.

A história do pensamento jurídico em todas as principais tradições jurídicas apresenta uma constância surpreendente. Em cada uma delas, três conjuntos de ideias estão presentes: os dois primeiros, de modo explícito, e o terceiro, em boa parte, apenas implícito. No ocidente, tanto no *civil law* quanto no *common law*, esse conjunto universal de ideias persiste com clareza e continuidade desconcertantes. É, portanto, ainda mais surpreendente que tenha sido tão pouco observado.

Seu estudo vai além do interesse histórico. A partir dele, esperamos obter uma melhor compreensão dos limites da doutrina jurídica e da teoria jurídica. Esperamos, ainda, encontrar pistas para a superação desses limites.

O primeiro elemento nesse padrão universal de pensar o direito é a ideia do direito enquanto ordem imanente: uma ordem moral latente na vida social, que é revelada e refinada pela atividade doutrinária e jurisprudencial (*legal doctrine*). Os defensores dessa concepção do direito são os profissionais especialistas em direito. Os juristas organizam seu trabalho em torno da concepção de que a atividade doutrinária e jurisprudencial constitui a expressão e o desenvolvimento, no material pormenorizado das leis, de um esquema inteligível e justificável da vida social. No direito vigente, os juristas encontram, além das ações arbitrárias de poder, uma abordagem hesitante, falha e, todavia, cumulativa de uma ordenação abrangente da vida social. Tal ordenação é descoberta e desenvolvida com o tempo, por meio da elaboração justificada do direito. No tempo histórico, o direito “*works itself pure*” (se autopurifica). No mínimo, é aperfeiçoado. É liberado de ser a expressão de uma competição brutal entre interesses poderosos e aproximado de seu papel de visão defensável da vida social.

* Este texto, escrito em 2010, sob o título, *The Universal History of Legal Thought*, jamais foi publicada, embora disponibilizada no site www.robertounger.com. Destina-se a fazer parte de obra futura a respeito do direito.
Tradução de Thalia Simões Cerqueira

A ordem imanente pode ser representada como a forma institucionalizada da vida de um povo, de acordo com uma fórmula cara a Hegel e aos historicistas alemães do século XIX. Alternativamente, pode ser defendida como o exemplo local de um sentido universalmente autoritativo para a humanidade. Seja o alcance de sua autocompreensão nacional ou cosmopolita, ela representa o fruto de um esforço coletivo, realizado no tempo histórico. Os juristas cumprem o seu dever, não como meros servos daqueles que momentaneamente detêm o poder, muito menos como pensadores isolados e independentes, mas como partícipes em uma comunidade de discurso vinculada a uma determinada sociedade e a uma tradição jurídica.

O segundo elemento no repertório histórico mundial do pensamento jurídico é a concepção do direito como a vontade do soberano. O soberano é o Estado ou quem quer que detenha o poder governamental. Assim, o direito como vontade do soberano também representa o direito desejado pelo Estado e imposto à sociedade pelo Estado. Os adeptos dessa visão são os teóricos políticos e filósofos do Estado, bem como os pensadores jurídicos que desejam se ver livres daquilo que consideram ilusões dos juristas práticos.

A concepção do direito como a expressão da vontade política pode ou não incorporar um compromisso com a democracia. O processo legislativo democrático é simplesmente uma variante da ideia mais geral do direito enquanto instrumento de vontade política. Hobbes e Carl Schmitt, Hans Kelsen e H. Hart, nesse aspecto, estão todos do mesmo lado.

De acordo com essa visão, o direito é o que o soberano, democraticamente legitimado ou não, quer que ele seja. A posse do poder soberano é, em primeira instância, um fato, corroborado pela prática da obediência costumeira e reforçado pelo poder de punir a desobediência. O direito, enquanto emanção da vontade do soberano, não deveria ser simplesmente uma intervenção seletiva do príncipe, adaptando às circunstâncias e ao propósito político um conjunto de leis estável, legitimado pelo costume, pela tradição ou pela autoridade divina. Ele é, por esse motivo, toda a fonte da lei. O que quer que componha o corpo do direito vigente, mas não resulte da escolha ativa e explícita do soberano, dependerá, ainda assim, para a sua força, da disposição do soberano para não o afetar.

Não precisa haver nada de intrinsecamente revolucionário ou autoritário nesta proposição. Para os teóricos da democracia constitucional, todo o direito deve, sem exceção, encontrar a sua fonte nas decisões das

instituições constitucionalmente legitimadas, ou, mais uma vez, por meio do seu consentimento às leis recebidas, ou herdadas, de outras fontes.

2.

Essas duas concepções do direito — o direito como ordem normativa latente e o direito como vontade do soberano — por si só explicam o vasto predomínio de ideias sobre o direito que têm sido influentes não só no Ocidente, mas, guardadas as devidas proporções, na história mundial do direito. O que essas concepções deixaram de lado foram os sistemas de direito sagrado, em particular aqueles associados com as religiões de salvação semitas. No entanto, dependendo da orientação teológica subjacente, esse direito sagrado poderá, ele próprio, ser representado como variante de uma ou das duas concepções. Em um dos casos, a ordem imanente é a que ajuda a fomentar nossa participação nos atributos da divindade. No outro, o soberano cuja vontade produz direito é Deus.

Considere dois fatos sobre essas duas visões e a relação entre elas. Tomados em conjunto, esses fatos já começam a sugerir o principal enigma apresentado pela história do pensamento jurídico. Eles também geram implicações para a tarefa da teoria jurídica atual.

O primeiro fato é que, embora abordem o mesmo objeto — o direito — essas duas concepções são incompatíveis. Elas se contradizem em suas visões a respeito do que é o direito e, portanto, sobre como ele pode e deve ser desenvolvido. Inexiste uma maneira clara de conciliá-las, embora sejam feitas, por inúmeros mecanismos, para coexistirem o tempo todo. Desses mecanismos, o de longe mais conhecido é o expediente de associar cada uma das duas concepções de direito a um quadro institucional distinto: o direito enquanto vontade do soberano com a produção do direito, na legislação e na política, e o direito enquanto busca pela ordem imanente, com o esforço interpretativo dos juristas, especialmente quando esse esforço é realizado no cenário de aplicação do direito. No entanto, a contradição não desaparece com a troca de cenários, ora descartando um conjunto de pressupostos sobre o direito, ora outro, de acordo com a circunstância institucional e o agente.

O segundo fato sobre os dois pontos de vista e a relação entre si é que cada um deles é radicalmente incompleto. Nenhum dos dois funciona sem a introdução de um elemento adicional. Esse elemento adicional, no entanto, sem o qual cada uma das duas visões falha por si só, não consiste na outra abordagem; não se trata da concepção do direito como ordem imanente em prol do esforço de representar o direito como a vontade do soberano, tampouco o último em prol do projeto de fazer avançar o

primeiro. Trata-se, surpreendentemente, de um tema totalmente diferente e, em grande medida, não reconhecido. O terceiro elemento na história universal do direito é a referência implícita à real estrutura da sociedade, incluindo a sua organização institucional, bem como suas hierarquias de vantagem e suas divisões de experiência.

Em qualquer tempo, mesmo o mais poderoso soberano, autoritário ou democrático, ao abrigo de todos os regimes institucionais previstos até então, encontra-se reduzido a intervir num contexto social não inventado pelo soberano: os regimes e as rotinas herdadas pela sociedade e pela cultura. A pretensão de que a subsistência dessas rotinas e regimes, e de toda a distribuição de vantagens e desvantagens resultantes deles, subsiste exclusivamente por causa do consentimento do soberano é pouco mais que ficção. Na realidade, o soberano não tem o poder de mudá-los, exceto superficialmente, ou quando uma crise — geralmente sob a forma de guerra ou colapso econômico — abre espaço para a mudança.

O uso do produto da atividade doutrinária e jurisprudencial para representar o direito como uma aproximação imperfeita, porém gradual, de um plano da vida social sofre de uma incompletude similar inextirpável. Tome os princípios e categorias enunciadas em qualquer instância do direito, no âmbito de qualquer tradição jurídica, inclusive o direito das sociedades contemporâneas. É quase impossível imaginar, com base no discurso dos juristas, qual o verdadeiro significado de suas palavras grandiloquentes quando inseridas no contexto, ou qual significado e efeito prático a atividade doutrinária e jurisprudencial teria associado às realidades da ordem estabelecida na sociedade. Caso não pertencêssemos àquela sociedade e cultura, seriam necessárias informações independentes sobre aquela ordem. A atividade doutrinária e jurisprudencial pode tentar descrevê-las e, até mesmo, alterá-las superficialmente. No entanto, não conseguirá refazê-las do zero.

Tanto a abordagem do direito como ordem imanente quanto a concepção do direito enquanto vontade do soberano depende de uma terceira percepção: o direito enquanto real estrutura da sociedade. Ao contrário das duas primeiras concepções, no entanto, a terceira permanece na penumbra; sua relação capacitadora com as outras duas concepções, negada ou disfarçada. Com base na relação do direito enquanto estrutura real da sociedade com o direito como ordem imanente e vontade do soberano surgem todos os problemas mais críticos da teoria do direito. Repensar essa relação na teoria e depois auxiliar sua mudança na prática é a tarefa mais urgente do pensamento jurídico atual.

3.

Um obstáculo intimidante para a execução dessa tarefa é que agora carecemos de uma maneira confiável de compreender como é feita e refeita a estrutura real da sociedade na história. Ambas as concepções do direito — como ordem imanente e como vontade do soberano — devem contar com uma concepção da estrutura real da sociedade. Porém, inexistente concepção dessa natureza.

A disposição dos elementos da sociedade já não nos parece natural, necessária ou sacrossanta. Reconhecemos sua contingência e suas falhas, embora não saibamos de que forma ocorre a mudança estrutural na história, e sofremos, em parte por conta disso, de uma imaginação empobrecida das alternativas institucionais. A confiança não reconhecida e não debatida das duas abordagens predominantes do direito em uma concepção da real estrutura da sociedade é, portanto, sua maior dificuldade.

A história da teoria social nos últimos duzentos anos explica como chegamos a tal situação aflitiva. Essa história, enquanto sustentada na situação fundamental do pensamento jurídico, pode ser resumida em poucas palavras.

A tradição da teoria social, que surgiu com Montesquieu e Vico e encontrou sua expressão mais radical e ambiciosa na obra de Karl Marx, antes de renascer como as tipologias históricas comparativas de Max Weber e Emile Durkheim, desenvolveu maneiras de pensar sobre a estrutura de sociedade. Ela reconheceu que essas estruturas são criações nossas. Ela nos ensinou a fazer a distinção, em cada circunstância histórica, entre os arranjos institucionais de formação e os pressupostos ideológicos e as rotinas práticas ou discursivas forjadas por esses pressupostos e arranjos. Ela nos munuiu de ferramentas intelectuais com as quais podemos explorar o caráter descontínuo da mudança histórica.

Essas percepções revolucionárias — revolucionárias enquanto modos de compreensão e revolucionárias enquanto bases para a reforma da sociedade — foram contaminadas, em nenhum outro lugar de modo tão evidente quanto nos próprios escritos de Marx, por ilusões deterministas. Uma dessas ilusões é que existem, na história, sistemas institucionais pequenos e fechados (a ilusão da lista fechada). A história é supostamente o registro da descoberta e promulgação desses sistemas. Uma segunda ilusão é que cada um desses sistemas — as opções institucionais da humanidade — equivale a um tipo indivisível, cujas peças ficam de pé ou caem juntas (a ilusão tipológica). A política deverá, portanto, preo-

cupar-se com a gestão, a defesa e a melhoria de tal sistema indivisível (reformismo), ou com a sua substituição por outro (revolução).

De acordo com a terceira ilusão (a ilusão das leis históricas), há leis de mudança (por exemplo, o eventual fracasso das relações de produção em acomodar o máximo desenvolvimento possível das forças de produção). Na ausência de tais leis, há ao menos tendências, direcionais e irresistíveis (por exemplo, burocratização, racionalização, especialização funcional e integração) que regem a sucessão dos sistemas institucionais indivisíveis na história. A História diminui, quando não elimina por completo, qualquer espaço para a imaginação programática; é a história que fornece, não obstante nossas intenções, o programa que importa.

Tais ilusões de falsa necessidade tornaram-se cada vez mais difíceis de compartilhar. Ao rejeitá-las, no entanto, as ciências sociais positivas, que se consolidaram no século XX, também descartaram as percepções com as quais essas ilusões haviam sido combinadas. Elas produziram uma visão da sociedade e da história que tendia a reivindicar a naturalidade, a superioridade, ou até mesmo a necessidade de arranjos dominantes. Elas cortaram o vínculo essencial entre a percepção do real e a imaginação do possível.

Em consequência, fomos abandonados sem um modo confiável de pensar sobre como muda a estrutura — em especial a estrutura institucional — da sociedade e, conseqüentemente, sem qualquer explicação sólida do que venha a ser isso. Oscilamos entre o agnosticismo e a superstição: o agnosticismo se apresenta como desespero de compreender a natureza da sociedade e sua transformação; a superstição, como a identificação de nossos ideais professados e de nossos interesses reconhecidos com as formas habituais de sua representação em instituições e práticas estabelecidas. Um exemplo importante de tais superstições é a crença, agraciada com inúmeras vidas no cerne da economia prática, de que a economia de mercado possui uma única forma jurídico-institucional natural ou necessária. Um mercado é um mercado; um contrato é um contrato; e uma propriedade é uma propriedade.

A solução para os problemas apresentados pela história intelectual que acabo de relatar é resgatar e radicalizar as lições da teoria social clássica sobre os efeitos decisivos e a história descontínua dos arranjos institucionais formativos e os pressupostos ideológicos (as estruturas), combinados à eliminação da mancha da superstição determinista dessa compreensão.

A dependência do direito enquanto ordem imanente e da lei enquanto vontade do soberano em uma concepção pré-teórica da estrutura real da sociedade não é um advento novo na história do pensamento jurídico. Eles sempre contaram com tal concepção. As crenças sobre a estrutura real da sociedade, as quais recorrem, sempre possuíram caráter supersticioso ou mesmo idolatrado. O que é novo é a oscilação entre a superstição e o agnosticismo: a consciência de que a imaginação que fazemos da estrutura, da descontinuidade e das alternativas é confusa e deficiente. Neste sentido, a nossa posição é superior e nos dá bases para termos uma esperança intelectual e, também, política.

A estrutura universal do pensamento jurídico consiste na convivência duradoura de três ideias acerca do direito: o direito como ordem normativa imanente, o direito como vontade do soberano e a real estrutura da sociedade, à qual tanto a ordem imanente quanto a vontade do soberano devem adaptar-se, e da qual a prática jurídica deve extrair grande parte de seu conteúdo. Os dois primeiros elementos são explícitos. O conflito entre eles e a tentativa de conciliá-los tem sido a eterna preocupação da teoria do direito.

O terceiro elemento é um segredo, um segredo aberto, que começa em rendição e termina em confusão. A relação dos dois primeiros elementos entre si já surpreende: eles são inconciliáveis. No entanto, há centenas de anos, em todo o mundo, em todas as grandes tradições jurídicas, eles têm coexistido, como se fossem equivalentes a aspectos parciais e complementares de uma verdade mais abrangente e ambígua.

O terceiro elemento introduz, no entanto, uma ordem inteiramente maior de complicação e enigma. Ele concentra-se sobre a relação entre nossas ideias sobre o direito e as nossas crenças sobre a humanidade e a história.

Ao longo deste ensaio, exploro cada um dos três elementos na história mundial do pensamento jurídico. A análise conduz a uma visão sobre a mais importante missão do direito e do pensamento jurídico. Guiados por essa perspectiva, podemos começar a entender como o direito contemporâneo, estudado sem os antolhos de estilo agora dominante da análise jurídica e das teorias jurídicas que o sustentam, pode auxiliar no fornecimento de meios para o cumprimento dessa missão.

A imperfeição das concepções do direito enquanto ordem imanente e do direito enquanto vontade do soberano é incorrigível. Suas imperfeições não podem ser corrigidas por meio da reconciliação entre essas concepções. Ambas as concepções devem dar lugar a uma visão do

direito enquanto autoconstrução da sociedade, promovida por meio da reforma institucional das sociedades contemporâneas em todos os departamentos da vida social. Tal projeto requer, para sua distinção, uma perspectiva da estrutura real da sociedade e de sua transformação: uma perspectiva que resgate as descobertas da teoria social clássica das ilusões que as corromperam e respeite o vínculo entre a compreensão do real e da imaginação do adjacente possível.

O DIREITO ENQUANTO ORDEM MORAL IMANENTE

4.

Se há uma abordagem que tem sido predominante entre os juristas de uma ampla variedade de tradições jurídicas, ao longo do espaço e tempo da história, é aquela evocada pelo termo doutrina jurídica (*legal doctrine*) ou, na tradição civilista, dogmática jurídica. Antes de enumerar seus atributos e de explorar sua relação com a ideia do direito enquanto ordem imanente, eu a coloco em um contexto histórico elementar para melhor revelar a maneira de pensar que a distingue. Para nós, filhos da civilização europeia, suas expressões mais familiares são a teoria romana do direito clássica e a teoria do direito do *common law* inglês.

Os romanos consideravam o seu pensamento sobre o direito como uma das maiores expressões de sua genialidade, como o alicerce do seu poder e como o ramo do pensamento com a mais forte pretensão de ser alçado à posição suprema. Quando, após muitos séculos de despotismo imperial e de perversão de seus ideais republicanos, o Digesto de Justiniano define o estudo e a teoria do direito como “a ciência de todas as coisas humanas e divinas”, ele expressa uma reverência que foi cultivada desde os primórdios da história do Estado.

No período em que os romanos mais tarde consideraram como o apogeu do ofício das suas práticas jurídicas — do fim das Guerras Púnicas até as guerras civis, que acabaram na queda da República, a doutrina jurídica (*legal doctrine*) não era traduzida como sistema teórico, nem como interpretação literal da legislação adotada por suas assembleias legislativas. Ela era constituída por ideias gerais. No entanto, o objetivo dessas ideias nunca foi o de transformar, de forma cumulativa, a compreensão do direito em um sistema de proposições hierarquicamente organizadas, com as abstrações mais gerais no topo e as decisões mais concretas na base.

Muitas leis foram votadas nos conselhos da República, que eram investidos da autoridade de legislar. No entanto, esses episódios legis-

lativos equivaliam a intervenções localizadas ou adaptações a um corpo de leis sobre o qual nenhuma assembleia já havia deliberado. O direito romano e a doutrina jurídica (*legal doctrine*) haviam se desenvolvido, ao longo do tempo, de forma lenta e persistente, por meio das decisões de magistrados especiais, responsáveis por esclarecer, desenvolver e aplicar a lei em casos específicos. Ademais, havia sido construído pelos pareceres dos famosos especialistas jurídicos (jurisconsultos), convocados para assessorar partes em litígio ou os titulares de cargos públicos.

O direito preexistiu e ultrapassou as leis, muito embora as leis tenham modificado o direito. As leis promulgadas lidavam com fragmentos da vida social, em que algumas circunstâncias e crises o requeriam ou quando algum interesse poderoso demandava iniciativa. O direito lidava com tudo. O tudo com que lidava foi a forma institucionalizada da vida em comum: a proclamação e a reorganização da vida coletiva como uma série de obrigações e prerrogativas entrelaçadas, apropriadas a cada papel social, estação ou atividade, da compra e venda de terrenos ou de mão de obra, o exercício da paternidade ou maternidade, até as guerras.

O pressuposto fundamental dessa ideia de direito foi que os arranjos da sociedade, embora irredutíveis a um sistema simples, passíveis de serem traduzidos como uma pirâmide de proposições cada vez mais gerais e abstratas, foram constituídos por conceitos morais convenientes. Tais ideias definiram uma textura fina de responsabilidades recíprocas e de direitos. Elas equivaliam à visão corporificada sobre a forma da vida social.

Assim como tal visão não podia ser deduzida de um pequeno conjunto de axiomas, tampouco podia ser simplesmente descrita como um conjunto arbitrário de compromissos ou imposições. As leis, por outro lado, poderiam ser descritas apenas como tais imposições ou compromissos. Elas foram votadas, muitas vezes em circunstâncias tensas e conflituosas, sob o incitamento de grupos ansiosos em obter uma mudança local e definitiva das regras. O direito, no entanto, não foi, de acordo com esse ponto de vista, tão artificial e circunstancial como as leis. O direito foi a história transformada em instituições, sustentado por uma visão compartilhada. Foi o resultado do desenvolvimento do modo de vida que fez os romanos aquilo que eram traduzido num plano minucioso de vida em comum em todas as instâncias de sua existência.

As mentalidades implantadas nessa elaboração do direito foram aquelas do raciocínio analógico, da fidelidade histórica e do juízo sensato.

A concepção norteadora foi a de um ordenamento da vida social que, embora irreduzível a um sistema de axiomas e inferências dedutivas, permitiu-se expressar como um conjunto de ideias práticas vagamente conectadas. Forçar o direito em um sistema conceitual de proposições hierarquicamente ordenadas teria violado a sua natureza e ameaçado gerar resultados absurdos.

Sustentada pela experiência e corrigida por uma longa conversa, assim acreditavam os juristas, tal elaboração do direito, em seu contexto de aplicação caso a caso, ajudaria a preservar e melhorar a maneira romana. Isso aproximaria as práticas do povo de suas crenças. Isso refinaria as suas crenças à luz da sua experiência. Da dialética entre prática e crença, nos detalhes do direito interpretado e aplicado, surgiria a articulação compreensível de uma forma de existência coletiva.

Por meio dessa visão do direito, a teorização, a orientação enciclopédica e a fomentação de normas do período imperial, conduzidas sob a dupla influência do despotismo burocrático e da filosofia grega, representavam uma degeneração em vez de um aprimoramento. A doutrina jurídica (*legal doctrine*) não era um ramo da filosofia aplicada nem um lustro colocado na obra e nem decisões de poder. Não era um satélite de alguma outra atividade intelectual ou política. Ela estava no centro de um universo conceitual e prático, e falou em voz própria, voz irreduzível, sem desculpas ou disfarces.

Essa autocompreensão do *civil law* manteve-se viva desde então, modificada, mas não descartada na era da democracia e dos códigos. A única obra mais influente do *civil law* moderno — Da vocação de nosso Tempo para a Legislação e a Jurisprudência do Savigny — afirma esse ponto de vista. O cerne do direito não reside no direito codificado, escrito em códigos. Encontra-se na elaboração doutrinária de uma forma de vida social, irreduzível às abstrações da filosofia política ou da teoria social. É inseparável do projeto histórico de um povo, agora representado no novo léxico de nação.

O tratamento de códigos como a principal fonte do direito é, nesta perspectiva, característica da senilidade do pensamento jurídico e da decadência ou derrota da aventura de se construir uma nação. Os códigos, para essa visão do direito, são em algo parecidos com o que foram as Consolidações do Direito (*Restatements of Law*)¹ para o direito

1 N. do R. O termo *Restatement of the law* indica uma série de consolidações apresentadas por juízes, professores e advogados do *American Law Institute*.

norte-americano do século XX: um conjunto de regras gerais e práticas a serem compreendidas e usadas como um resumo conveniente da doutrina jurídica (*legal doctrine*) preexistente. Algumas leis específicas continuaram a ser observadas segundo a compreensão jurisprudencial clássica, como intervenções pontuais em um corpus doutrinário em evolução, transmitidas em confiança ao cuidado dos juristas.

É uma visão que entra em conflito com as reivindicações da democracia e, em sentido mais amplo, com a autoridade política, democrática ou não. O soberano pode querer fazer a lei, tanto quanto seja possível. Caso o soberano vista o manto da legitimidade democrática, essa vontade de legislar deve ser ainda mais forte. Entre os significados fundamentais da democracia está a sujeição dos termos da vida social, incluindo os arranjos institucionais da sociedade, à autodeterminação coletiva.

As instituições que até agora representaram a democracia foram instrumentos inadequados a esse compromisso: elas continuam a inibir a transformação da sociedade por meio da política. Elas renovaram o poder dos mortos sobre os vivos. Elas colocaram a mudança à espera da crise. É incompatível com a democracia que a organização da sociedade seja imposta por forças, interesses, preconceitos ou tradições, sem legitimação democrática ou, até mesmo, inventividade democrática.

Cada conjunto de arranjos constitucionais que existiu na história da democracia até então falha ao não submeter a estrutura real da sociedade aos processos de deliberação que ela estabeleceu. No entanto, cada regime constitucional falha de maneira diferente. A tradição constitucional dos Estados Unidos, por exemplo, falha ao associar, como se fossem naturais e necessariamente conectados, um princípio liberal de fragmentação do poder (realizado por meio da multiplicação e da divisão de poderes) e um princípio conservador do abrandamento da política (obtido no sistema madisoniano de freios e contrapesos).

A ambição de submeter a ordem social à decisão democrática sempre ultrapassou sua forma institucional. Na história dos Estados dos últimos séculos, a democracia tornou-se a base mais amplamente aceita para o desejo de legislar. Nos países do *civil law*, nomeadamente a França, em que a tradição revolucionária estabeleceu-se com mais vigor, a antiga concepção civil foi colocada na defensiva e subordinada a uma visão que reconhecia a legislação, na prática judiciária e na teoria política, como

O objetivo é indicar os princípios e regras do *common law* extraídos dos casos concretos.

a principal fonte do direito. Mesmo assim, a ideia clássica permaneceu viva na mente e na obra dos juristas.

Eles continuaram com o papel principal de escrever as leis, em especial o corpus fundamental do direito privado. As leis que eles não escreveram, os civis continuaram a interpretar, derrubando, por meio de doses sucessivas de construção legal (*statutory construction*), o contraste entre a lei e a doutrina. Mesmo quando os juristas falhavam em elaborar as leis, eles trabalhavam para introduzir o material legislativo, por meio da obstinada construção legal, no mundo ideal da doutrina, como para se dissolver e incorporar o enxerto externo.

Assim, o espírito civil foi permanentemente reaceso, mesmo quando a organização e os princípios da política pareciam contradizer os seus pressupostos e métodos. Até os dias atuais, a tentativa de representar o direito como um ordenamento compreensível, inteligível e defensável da vida social, econômica e política, continua a ser a tarefa que os juristas delegam a si próprios. A concepção dessa tarefa sobrevive, apesar de sua relação conturbada e contraditória com a democracia e, não obstante, a sua oposição aos vieses epistemológicos e metodológicos do pensamento contemporâneo. O crescente poder assumido pelos juízes, sob o disfarce de interpretação, em muitas jurisdições do direito civil, tem fornecido maior apoio à sobrevivência desse ideal, uma vez que os juízes rebelam-se contra o papel de servidores passivos e literais do legislativo e retornam para aquilo que sempre foi natural aos juristas.

Essas observações sobre o *civil law* aplicam-se, com pouquíssimos ajustes ou ressalvas, ao *common law* anglo-americano. De fato, um advogado do *common law*, treinado para considerar o *civil law* como o “direito baseado em códigos”, poderá, erroneamente, supor que era apenas ao *common law* que elas se aplicavam. A diferença nos papéis relativos dos juristas e juízes nas tradições do *civil law* e da *common law* obscurece a semelhança fundamental de suas atitudes com a prática da doutrina jurídica (*legal doctrine*). Mais uma vez, há a visão de uma prática de aprimoramento casuístico do direito, por meio do qual, nas palavras de Lord Mansfield, “*the law works itself pure*” (o direito se autopurifica). Mais uma vez, o direito positivo é considerado uma série de intervenções focadas contra um pano de fundo de um corpus doutrinário que, renovado e revisto pela jurisprudência, continua a definir muitos dos arranjos mais fundamentais de cada parte da vida social. Mais uma vez, os juristas encaram com desdém os esforços de redução desse corpus doutrinário a um compêndio de normas (como nas Consolidações do Direito (*Restatements of Law*) ou nos tratados dos

juristas acadêmicos), considerando tais esforços como um feito menor e uma simplificação grosseira do conteúdo da doutrina. Mais uma vez, as reivindicações feitas em nome da doutrina jurídica (*legal doctrine*) entram em conflito com as prerrogativas da democracia, havendo a soberania parlamentar desempenhado na Inglaterra uma versão mais fraca do papel que a democracia revolucionária desempenhou na França. Mais uma vez, a doutrina jurídica (mesmo se elaborada por meio da jurisprudência) abdicou de sua primazia apenas no direito público. No direito constitucional norte-americano, no entanto, a doutrina jurídica (*legal doctrine*) manteve o papel principal, uma vez que a Constituição norte-americana foi alterada com mais frequência encontrando-se novo significado para as palavras inalteradas da Constituição do que as alterando completamente.

Os debates americanos sobre o ativismo judicial e a autocontenção judicial simplesmente apresentam essas tensões por meio do prisma das controvérsias sobre o papel dos juízes, uma vez que os juízes foram os que, no direito anglo-americano, executaram algumas das funções que o *civil law*, na maior parte de sua história, atribuía aos juristas que não ocupavam nenhum cargo judicial.

O que pode ser dito do *civil law* e do *common law* pode se dizer, também, da maior parte das grandes tradições jurídicas da história mundial. Para um corpus doutrinário, como a teoria islâmica do direito, que reivindica para si uma fonte de revelação divina e que busca moldar, com base nisso, toda vida social, a autoridade e a independência da doutrina poderá ser ainda maior do que em uma ordem jurídica secular como o *civil law* e o *common law*. Deus permanece mais distante do que se encontra o príncipe ou o legislativo; sua providência para à sociedade, portanto, torna-se mais suscetível a se passar pelo que os juristas-teólogos afirmam que ela seja.

A persistência de uma concepção semelhante sobre a natureza e a ação da doutrina jurídica (*legal doctrine*) em tantas tradições jurídicas diferentes e ao longo de uma diversidade de tempo e espaço históricos tão somente torna o enigma ao redor do tema ainda mais significativo e impressionante. Do que se trata a doutrina jurídica (*legal doctrine*) se ela não é a interpretação limitada dos decretos de um soberano (mesmo uma legislatura soberana, legislando sob restrição constitucional), tampouco a aplicação de uma filosofia política ou moral à vida social? Quando um civil explora as fontes da obrigação ou a tipologia dos contratos, uma vez que os civis, ao fazê-lo, tiveram, por séculos, e ainda têm, a impressão de auxiliar a dar um sentido e formato justificado a

uma determinada forma de vida social, o que ele está fazendo senão se rendendo a um platonismo jurídico ilusório e perigoso? Quais são o tema e a obra dessa prática universal?

A obra é a representação e a reconstrução do direito, testado com casos e circunstâncias específicos, como um ordenamento da vida social que os participantes de uma determinada sociedade podem entender e abraçar, à luz dos interesses que eles reconhecem e dos ideais que eles professam. A alquimia a ser realizada pela doutrina jurídica (*legal doctrine*) é, portanto, a revelação ou a transmutação daquilo que, de outro modo, seria o fato bruto do modo como as coisas são, em uma ordem que pode ser o tema e o resultado de um discurso. O discurso concerne as formas que a associação humana pode e deve tomar em diferentes domínios da vida social.

Não é uma conversa que precisa começar do zero. Ela sempre já terá tido início. No centro dessa obra, encontra-se a relação entre os ideais ou interesses e as instituições ou práticas. A ambição característica da doutrina jurídica (*legal doctrine*) é a de reconhecer e apoiar o casamento desses no material pormenorizado do direito recebido, e torná-lo, pouco a pouco, uma união mais perfeita.

Os métodos pelos quais a doutrina pretende cumprir essa tarefa variam de acordo com os compromissos conceituais, bem como com os compromissos políticos, que possam prevalecer em cada local e período. O elemento comum desses métodos é o serviço que a doutrina jurídica (*legal doctrine*) presta à reconstrução do direito vigente, como um plano inteligível e defensável da vida em sociedade. Tal plano deve ser capaz de ser compreendido por qualquer participante em um mundo social particular e historicamente situado, e não apenas por um jurista acadêmico.

O tema é, portanto, a ordem imanente que deverá ser revelada e desenvolvida pelo trabalho da doutrina. As categorias doutrinárias são simplesmente as fórmulas residuais ou expressões da visão prática promulgada.

O problema é que nenhuma sociedade real é produto de tal visão. Nenhum corpus de doutrina jurídica (*legal doctrine*) poderá funcionar sem se acomodar a uma estrutura real que a doutrina não inventou e não poderá, por força de sua alquimia, recriar. Antes de explorar a natureza e as implicações desse problema, discuto alguns dos pressupostos dos quais o trabalho da doutrina jurídica (*legal doctrine*) depende. Esses pressupostos fazem com que essa atuação entre em conflito com as

formas de pensamento que se tornaram ortodoxas. Eles transformam doutrina jurídica (*legal doctrine*) em anomalia e enigma.

5.

A verdadeira característica da doutrina jurídica (*legal doctrine*) permanece indefinida, apesar de sua persistência e recorrência em um vasto conjunto de épocas e tradições. Ela não se conforma aos pressupostos metodológicos e epistemológicos que há muito predominam nas altas culturas das sociedades ocidentais. Os preconceitos que prevalecem em relação à investigação e à autoridade são tão estranhos ao espírito doutrinário que uma prática enraizada por centenas, até milhares de anos, no auge das altas culturas da civilização mundial, ameaça tornar-se um mistério quase impenetrável. No entanto, a prática da doutrina jurídica (*legal doctrine*) não foi apenas compreendida, mas reverenciada como exemplo das maiores responsabilidades da linguagem e do pensamento. Era o lugar onde se acreditava que as realidades do poder encontravam as aspirações do espírito: se ao menos parte dessas aspirações portasse a marca da ortodoxia.

Isso não quer dizer que a doutrina jurídica (*legal doctrine*) é imutável ou eterna, apenas que vem usufruindo de um poder de permanência e influência muito maior e mais universal do que estamos dispostos a reconhecer. Aos nossos olhos, impressionados com as ortodoxias discursivas dos últimos séculos, o esforço doutrinário pode parecer tão desesperadamente arcaico e tão dependente de reivindicações contra as quais se rebelam nossas crenças pré-estabelecidas, que sua sobrevivência pode parecer desconcertante. Somos tentados a traduzi-la em formas que a tornem mais aceitável às nossas devoções ao método. Ao fazê-lo, no entanto, corremos o risco de não compreender a sua natureza e suas consequências, bem como sua relação com a abordagem contrária ao direito, como a vontade do soberano.

A melhor maneira de entender o que tem sido a doutrina jurídica (*legal doctrine*) no decorrer da história é colocá-la ao lado de outros dois casos diferentes, mas semelhantes de doutrina: a teologia e a gramática. Desses dois exemplos, no entanto, o primeiro tem uma ligação e uma semelhança muito mais estreita com a doutrina jurídica (*legal doctrine*) do que o segundo. A doutrina jurídica (*legal doctrine*), a teologia e a gramática estão em contraste com o estudo social e cultural do direito, com o estudo social e cultural da religião e com a linguística (como a ciência da linguagem).

Essas disciplinas doutrinárias compartilham certos atributos conectados. Em primeiro lugar, o seu discurso é constitutivo do assunto; não se trata de discorrer sobre e nem de se discorrer internamente. Isso não quer dizer que o conteúdo é criado exclusivamente pelo discurso, pois tem muitas fontes. Deve-se registrar que o discurso auxilia na elaboração do conteúdo. Ao contrário da sociologia do direito, da sociologia da religião e da linguística, a doutrina jurídica (*legal doctrine*), a teologia e a gramática ajudam a formatar o direito, a religião e o idioma. Elas o fazem não como um efeito não intencional, mas como um de seus objetivos explícitos e organizadores.

Um dos corolários desse atributo da doutrina é o de desafiar, nessa relação com seu próprio objeto de estudo, o contraste entre descrição e prescrição. A doutrina procura conferir o melhor aspecto possível ao material que ela interpreta e elabora. Isso não surpreende: ela é sua coautora. O esforço de se dar o melhor relato possível — aquele que se mantém fiel ao compromisso, ou compromissos, incorporado nos fatos — tem, como seu oposto, a luta contra o erro, a heresia e a perversão.

Outro corolário do mesmo atributo é que os elaboradores da doutrina estão envolvidos, como partidários interessados, na luta com o futuro da tradição discursiva ou simbólica da qual participam. A postura dos cientistas desinteressados ou dos observadores entra em conflito com a natureza da doutrina.

Um segundo atributo da doutrina é que, embora nenhuma linha evidente a separe de seu objeto, o assunto em si mesmo é internamente dividido ou bidimensional; trata-se de um campo de atividade humana simbólica ou intencional. O material textual ou verbal deve ser interpretado à luz de um projeto (na doutrina jurídica), de uma mensagem (na teologia) ou da visão de um uso canônico (na gramática). Nesse sentido, igualmente, a doutrina recusa-se, de forma clara, a distinguir a análise do juízo normativo; ambos se encontram na elaboração engajada à qual se dedica a doutrina.

Esses dois primeiros atributos da prática doutrinária são complementares: cada um infere e reforça o outro. Juntos, eles distanciam a doutrina do estudo dos fenômenos naturais. No entanto, eles também fazem movimentos metodológicos e reivindicações epistemológicas desprovidas de uma base segura ou conhecida nas visões que prevalecem sobre argumento e conhecimento. Do ponto de vista da ciência social positiva, eles podem parecer antiquados e suspeitos, ao empregar

a superstição e a confusão a serviço do consenso e da autoridade. A partir da perspectiva deles, no entanto, a ciência social positiva é que está desorientada, oscilando entre o tratamento dos fatos sociais como se fossem estados da natureza (conforme recomendado por Durkheim e praticado em grande parte da ciência social empírica e extremista) e a descrição da vida social e cultural, voltada à interação entre o significado intencional ou aceito e a causalidade bruta (conforme recomendado, mas nem sempre praticado, por Max Weber e pela linha principal da antropologia moderna).

Essas duas características da doutrina ajudam a explicar uma terceira: cada argumento doutrinário implica uma reivindicação ao exercício do poder. No caso da doutrina jurídica (*legal doctrine*), trata-se do poder do Estado, envolvido na ação do cumprimento da lei. No caso da teologia, trata-se do poder da comunidade religiosa, atuando, por meio de qualquer organização eclesial que tenha se estabelecido, em nome da autoridade divina. Para a gramática, é o poder da comunidade do discurso, ou das pessoas dentro dessa comunidade, que reivindicam o discernimento, a proteção, ou a exemplificação do cânone do uso apropriado.

O poder que a doutrina jurídica (*legal doctrine*) e a teologia reivindicam é imensamente maior do que qualquer poder ao qual a gramática possa aspirar, ainda mais quando a doutrina jurídica (*legal doctrine*) e a teologia se unem, como já o fizeram tantas vezes, no comando de muitas das principais culturas e Estados do passado. Elas assim o fizeram, com mais frequência, nos impérios agrário-burocráticos que eram, até relativamente pouco tempo, as principais entidades políticas da história mundial.

A pretensão de influenciar o exercício do poder confere ao trabalho da doutrina jurídica (*legal doctrine*) e religiosa seu caráter sóbrio e fatídico. Seu trabalho deve ser realizado em clima de esperança e apreensão: a cada uso indevido do poder pode se dar força para um ciclo decadente de injustiça ou pecado.

Esse é o mundo das ideias do qual a prática da doutrina depende. Na ausência de uma prática discursiva e teorizada com essas características, a ideia do direito como ordem imanente não faria sentido. O emprego desta prática, no entanto, prontamente sugere aos juristas a razoabilidade e a praticidade dessa concepção do direito. A prática repetida do método vai, com o tempo, fazer mais do que identificar os diferentes elementos fragmentados e contraditórios de um plano social de vida inteligível e

defensável nos elementos do direito. Ela irá, paulatinamente, auxiliar na reformulação desses elementos até que pareçam incorporar tal plano, de maneira mais plena. Em seguida, a ideia de uma ordem imanente vai retrospectivamente reivindicar os pressupostos e as assertivas da prática doutrinária. Os dois juntos — o método e a ideia — fizeram do pensamento jurídico o que ele tem sido em boa parte de sua história.

A doutrina sofre muitas variações históricas. Atualmente, a diferença mais significativa no método doutrinário é a diferença entre o formalismo ou conceitualismo, que associamos ao século XIX, e o estilo declaradamente pós-formalista e intencionalista da análise jurídica, representada no léxico da política e do princípio, que veio a prevalecer, cada vez mais, no século XX. As continuidades entre esses estilos de prática doutrinária, bem como entre seus pressupostos políticos e objetivos, obscurecem totalmente suas diferenças. O estilo pós-formalista exemplifica cada um dos atributos da doutrina tanto quanto seu antecessor formalista o fez.

6.

O objetivo permanente e central da doutrina jurídica (*legal doctrine*) tem sido o de representar e reconstruir o direito como ordem imanente. É na análise da ideia de ordem imanente, pressuposta no trabalho da doutrina jurídica (*legal doctrine*), que me debruço agora.

A sociedade existe na mente e nas rotinas externas observáveis de conduta e interação. Nenhuma prática social ou instituição pode funcionar sem ser trazida ao abrigo de uma concepção compartilhada por muitas mentes. Não há práticas sociais que podem ser reduzidas às rotinas compulsivas que a antiga etologia animal costumava chamar de instintiva: ou seja, o comportamento regulado por guias geneticamente determinados que não requerem representação conceitual do campo da ação.

Na verdade, a distinção convencional entre os conceitos de prática e de instituição baseia-se neste requisito. Uma instituição é um conjunto de regras e crenças, que molda um conjunto de práticas, que é conhecida pela concepção de como as pessoas em determinado setor da vida social, podem e devem lidar umas com as outras. As práticas modeladas já são mediadas por representações; elas nunca são não mediadas por ideias. Ao falar de instituições, chamamos a atenção para a relação entre representações e regras na transmissão de uma dada ordem a uma forma de vida social; os conjuntos de práticas que são as instituições conferem a todas as formas de vida social seu caráter estruturado e descontínuo. As instituições equivalem a pontos focais de ordem e significado.

Chame essa mediação de instituições e práticas legalmente expressas por ideias e ideais da associação humana de fato da representação. Seu significado e efeitos só podem ser entendidos tendo em conta a sua relação com dois outros fatos sobre a sociedade e sobre o direito, que chamarei de fatos de legitimação e de incompletude.

Nenhuma ordem social poderá ser estável se falhar em ser representada de forma a ser atraente àqueles que dela participam. As representações que inflam as práticas e instituições de vida e significado devem fazê-las parecer uma solução aceitável aos problemas da vida social. Não é suficiente que elas façam o possível para compreender essas práticas como a expressão de uma visão da sociedade. Elas também devem fazê-lo em termos que instruem a aprovação e obediência.

Trata-se de um requisito minimalista e de uma exigente tarefa. O requisito minimalista é o de que a sociedade não seja vista como um pesadelo de força bruta, em que aquele que triunfa escraviza os que se rendem, e onde o medo da morte, ou a perda da esperança, torna-se o principal motivo para o conformismo. Uma abordagem à explicação das práticas e instituições estabelecidas que as descreva simplesmente como efeito de causas não relacionadas com as preocupações dos agentes humanos vivos, que devem habitar a ordem e aproveitá-la ao máximo, não satisfaz esse requisito minimalista.

Tomemos, por exemplo, a ideia de que uma hierarquia de classes depende da estabilidade dos arranjos e pressupostos que são relativamente isolados do desafio e da mudança. De acordo com essa visão, tal hierarquia, por sua vez, possibilita a extração coercitiva de um excedente econômico, requerido, por sua vez, para o desenvolvimento das forças produtivas da humanidade. Esse desenvolvimento pode ter valor para a espécie. A grande maioria dos indivíduos, no entanto, encontra-se fadada por essa história do papel de coadjuvantes infelizes e involuntários, em uma narrativa de empoderamento coletivo e escravização pessoal. A genealogia causal da ordem institucional da vida social não é suficiente para mudar tais fatos, se ela lança o indivíduo como agente dos interesses coletivos de longo prazo, incapaz de transferir-se à dimensão inflexível do tempo biográfico.

A visão de Marx da ideologia como a representação dos interesses de classe como interesses universais não é suficiente para atender até mesmo esse teste minimalista, se os interesses universais só podem ser alcançados no tempo histórico das espécies, e não no tempo biográfico do indivíduo. Não vivemos como representantes das espécies, mas como organismos mortais, dentro dos limites de toda uma vida.

A árdua tarefa é fazer com que a concepção viva menos como um sistema teórico do que como um discurso que evidencie uma visão das relações das pessoas entre si em diferentes áreas da vida social. Tal concepção pode ser livremente organizada. Ela pode ser capaz de se expressar e de se desenvolver em diferentes variações. Entre essas variações, poderá haver vários tons de ênfase e até mesmo contradições completas. O que as pessoas devem umas às outras em virtude da ocupação de determinados papéis, em relação a seus companheiros, deve ser entendido no contexto de uma compreensão mais abrangente da vida social: compreensão que é, ao mesmo tempo, normativa e descritiva.

A ideia de sociedade é indeterminada, mesmo quando é idealizada. Nenhuma ordenação especial da vida social é natural ou necessária. Ninguém goza de uma autoridade incontestável. Cada um deve conquistar sua autoridade. Uma das maneiras possíveis de fazê-lo é parecendo ser natural e necessário: a tradução das possibilidades indeterminadas da vida social em necessidades do dia, resultado de uma longa coevolução, ou até mesmo em justificativa da providência divina nas realidades profanas do mundo histórico.

A ideia abstrata de sociedade deve ser traduzida em uma série de esquemas de associação humana conectados: uma visão prática e contextual do que podem e devem ser as relações entre as pessoas em cada setor da vida social. Em cada um desses campos, o modelo (ou modelos) de associação humana será ao mesmo tempo descritivo e prescritivo. Eles se conectarão, em um plano inferior, ao discurso sobre o que as pessoas devem umas às outras, em especial o que devem umas às outras em virtude da ocupação de certas funções; se conectarão em um plano maior de vida social que pode ser retido mentalmente, ao menos de modo implícito, e servir de base à inferência de nossas obrigações para com o outro.

Esse plano equivalerá a um repertório de formas de associação humana. Nenhuma afirmação lhe dará um conteúdo definitivo e exclusivo. Será o que a teoria cultural do século XX chamou de mentalidade ou forma de consciência, com um teor temático característico e uma elasticidade limitada. Ele permitirá alguns modos de conceber as formas possíveis e adequadas de associação humana em domínios específicos da vida social, e excluirá outros.

Considere, por exemplo, um modo de conceber nossas relações uns com os outros no ambiente de atividade econômica. A ideia abstrata de uma economia de mercado pode ser identificada com um determinado conjunto de arranjos institucionais para a organização do mercado, ma-

nifesto em regimes específicos de contratos e de propriedade. Da mesma forma, em cada domínio da vida social, uma ideia pode ser estabelecida com base em uma dupla referência: a aspirações incipientes, valores e significados e a arranjos específicos.

Faz parte da prática histórica de tais visões da associação humana fingir que as aspirações e os arranjos estão unidos de forma insolúvel. Não estão. O abandono do faz de conta sempre ajuda a história da sociedade a dar uma meia volta.

Agora, recue um passo. Os arranjos de uma sociedade e de uma cultura correspondem a uma política paralisada. Eles tomam forma como resultado da interrupção de nossa luta prática ou visionária com os termos de vida social. À medida que eles se isolam do desafio e da mudança, eles podem aparecer para nós como se fossem fenômenos naturais, parte da mobília do universo, em vez de artefatos humanos que são. Todos os nossos interesses mais fundamentais se opõem a essa naturalização das ordens da sociedade e da cultura: nosso interesse material no desenvolvimento de nossos poderes práticos (com base na mais ampla gama possível de recombinação e experiência); nosso interesse moral no levantamento da grade de divisão e de hierarquia social que pesa sobre as nossas relações uns com os outros; e nosso interesse espiritual em ser capaz de participar de um mundo social e cultural, sem se render a ele.

No entanto, temos também um interesse que segue em direção oposta. Exaustos pelas lutas do passado e temerosos de novas batalhas, intimidados pela força da ordem estabelecida e impressionados com as suas crenças, que incessantemente nos apresentam nossas ansiedades e anseios na linguagem de suas doutrinas e compromissos, nós determinamos tirar o melhor proveito da situação. Criamos a ideia de maquiagem a situação, na esperança de melhorá-la. Começamos a vê-la como uma aproximação imperfeita e fragmentada de um plano inteligível e defensável da vida social, manifesta em uma série de modelos soltos descritivos e prescritivos a respeito de como as relações entre as pessoas podem e devem ser em diferentes áreas da vida social. Mobilizamos todos os recursos da alta cultura, incluindo as do pensamento jurídico, nesse esforço. Chame a persistência desse movimento ao longo da história de fato de legitimação.

Os fatos de representação e de legitimação fazem parte do pano de fundo para a concepção do direito enquanto ordem imanente. Eles falham, no entanto, em formar todo o pano de fundo. A razão é que há, ao lado dos fatos de representação e de legitimação, um fato de incom-

pletude. Nenhuma concepção do direito enquanto ordem imanente, nenhuma visão do que devemos uns aos outros em virtude das funções que desempenhamos, nenhum repertório de imagens da associação humana prescritivas e vinculadas ao contexto explica como a realidade de uma sociedade específica é e como é viver dentro dela. Há uma história real de imposição material e desejo insaciável, de luta e rendição, e de cooptação e resistência. Essa história real é repleta de contradição e obscuridade, de falsos começos e de alternativas nunca completamente suprimidas, e, portanto, também de futuros alternativos.

Nessa história real, a interrupção ou a contenção do conflito com os termos da vida social, que permite que as estruturas da sociedade e da cultura tomem forma definitiva, e que até mesmo ganhem uma aparência de naturalidade ou de necessidade, nunca é completa. O conflito com esses termos é sempre renovado pela combinação de dois fatores.

Uma primeira fonte para sua renovação é a persistência, em qualquer sociedade, de arranjos e crenças que não reflitam as forças dominantes e as ideias dos vitoriosos. O acordo institucional e ideológico que resulta da suspensão ou diminuição parcial dos conflitos práticos e visionários sempre é menos um sistema do que um compromisso. Descrivê-lo como se fosse um plano concebido por uma única mente e vontade é desconsiderar a sua natureza enquanto resultado de um conflito surpreendente entre diversas mentes e diversas vontades.

Uma segunda fonte da renovação da competição em meio à gestão e reprodução pacífica do acordo é a relação ambígua de interesses reconhecidos e de ideais professados à ordem institucional estabelecida. Há sempre maneiras de definir e defender esses interesses e ideais que admitem a ordem como fato consumado e inquestionável. Por exemplo, aqueles que representam os interesses da força de trabalho industrial organizado, estabelecida na indústria de produção em massa, podem hoje optar por definir e defendê-los de maneira que pressupõem a continuidade das atuais formas de organização industrial, travando uma campanha defensiva contra os efeitos perturbadores da inovação tecnológica e da globalização econômica.

Tais formas institucionalmente conservadoras de definir e defender interesses identificam os grupos que estão mais próximos na divisão social e técnica do trabalho como rivais e adversários: por exemplo, trabalhadores terceirizados ou temporários, ou trabalhadores em países estrangeiros, que são mais propensos a se beneficiar da terceirização da produção nacional. Abordagens desse tipo de definição e defesa dos

interesses dos grupos são, portanto, socialmente excludentes e institucionalmente conservadoras.

No entanto, sempre há também maneiras de defender e definir os interesses e ideais que tomam como premissa a reorganização, incluindo a organização institucional, de alguma parte da vida social. Elas abandonam, por exemplo, a tentativa de prolongar a sobrevivência da forma atual da indústria de produção em massa, como a base econômica da classe operária industrial. Elas o fazem em favor de um esforço tanto para acelerar quanto para reorientar a mudança, já iniciada, nas práticas de produção industrial, bem como nos arranjos jurídicos do trabalho, em todo o mundo.

A forma predominante da atual mudança é o caminho de menor resistência: aquele que cause o menor prejuízo à estrutura dominante de vantagem e de opinião. Ela deixa as formas avançadas e pós-fordistas de produção de quarentena em setores de vanguarda que falham em incluir a maior parte da força de trabalho, até mesmo a força de trabalho industrial. Além disso, é acompanhada por uma mudança na organização jurídica do trabalho. Para cada trabalhador que trabalha em grandes unidades produtivas, sob a égide de grandes corporações, há agora um número crescente de trabalhadores que, no melhor dos casos, pertencem a uma rede de relações contratuais, contribuindo com alguma parte do produto final, sob outra égide, e em um lugar distante. O resultado é o ressuscitar, em novo formato, uma forma de organização da produção que era comum na Europa ocidental anterior ao século XIX: o trabalho organizado como uma rede descentralizada de relações contratuais, ainda que sob o comando de um “capitalista” ou uma corporação.

Os líderes da classe trabalhadora industrial poderão muito bem concluir que a melhor oportunidade para os interesses que eles representam reside em abraçar, em vez de resistir, a mudança nas formas de produção industrial e na organização jurídica do trabalho. No entanto, essas oportunidades são aceitáveis somente se aplicadas de forma a abrir os portões de acesso econômico e educacional às formas avançadas de produção. Além disso, tais oportunidades também necessitariam desenvolver um corpo de leis e de ideias jurídicas, que impeçam que a mudança resulte na generalização da insegurança econômica, disfarçada de flexibilidade econômica.

Tal projeto não pode avançar sem uma combinação de inovações institucionais e alianças inclusivas. Entre as inovações, podem estar me-

canismos que regem a forma de coordenação estratégica entre governos e empresas. Esses arranjos poderão prover um tipo de coordenação que seja descentralizada, pluralista, participativa e experimental. Ao fazê-lo, poderão garantir uma alternativa à presente escolha entre a regulação extensa das empresas pelo governo (como nos Estados Unidos) e a formulação de uma política comercial e industrial unitária, imposta de cima para baixo pelo Estado (como no modelo praticado pelas economias do nordeste asiático do final do século XX). A questão não seria selecionar setores vitoriosos a priori, com todos os perigos inerentes ao favoritismo e dogmatismo; seria ampliar o acesso ao exercício e aos recursos das práticas avançadas de produção. Entre as alianças estariam aquelas com os mesmos grupos — como, por exemplo, trabalhadores temporários e terceirizados — os quais os interesses convencionais e conservadores dos trabalhadores normalmente consideram como rivais ou ameaças. Tal abordagem da definição e defesa de um interesse de grupo é institucionalmente transformador e socialmente inclusivo; sua inclusão social é apenas o lado inverso do seu viés em favor da mudança estrutural.

Há, portanto, sempre uma dualidade de formas de se definir ou defender um interesse ou um ideal. Embora alguns desses caminhos sejam institucionalmente conservadores e socialmente excludentes, outros são socialmente inclusivos e institucionalmente transformadores. Esta segunda família de abordagens para o avanço de um interesse desafia os limites, e incentiva a revisão, do acordo institucional e ideológico estabelecido, e a distribuição de poder e de vantagens apoiada por esse acordo.

A verdadeira natureza desse acordo, suas origens em uma história incerta de inovação e restrição, de conflito e cooperação, seu resultado em compromissos que desafiam sua redução a fórmulas racionalizantes, e sua ligação íntima com a distribuição de poder e de vantagens, tudo isso constitui parte central de uma realidade inimaginável desse acordo, na obra doutrinária dos juristas, e irredutível às suas ideias sobre ordem imanente na sociedade. No entanto, trata-se de uma realidade à qual essas ideias devem se adaptar, e que devem, na prática, pressupor, para que a doutrina jurídica (*legal doctrine*) faça o seu trabalho.

Um simples experimento mental esclarece e confirma o fato de incompletude. Suponha que, como um estranho a uma sociedade, vindo de um lugar distante no tempo e no espaço, desinformado sobre sua história e características individuais, você possa decifrar seu idioma e ter acesso a todos os seus textos jurídicos e de doutrina jurídica (*legal*

doctrine), mas a nenhum outro texto. Você seria incapaz de inferir, a partir dessas fontes, a organização real da sociedade e da economia.

Se, por exemplo, você conhecesse o direito romano da escravidão e da alforria do final da República, no sentido de ter, diante de seus olhos, as fontes estritamente jurídicas e doutrinárias desse direito, e soubesse, sob as mesmas restrições, o direito das obrigações e o direito comercial, você poderia ficar confuso. Você não teria a menor ideia do verdadeiro significado das normas e doutrinas: do modo como conviveram o trabalho livre e o escravo; das vidas dos escravos e dos libertos, e das ideias que constituem a essência do direito. As próprias palavras seriam quase mistérios impenetráveis para você, com significados tênues e ambíguos, desprovidos que seriam do contexto que lhes dá vida e corrige o seu significado.

A compreensão e a elaboração da doutrina dependem de um contexto sobre o qual se permanece regularmente em silêncio. A ilusão criada pela perspectiva interna é a de que as categorias da doutrina carregam um significado próprio, independente dos absurdos e acidentes da história. Elas não carregam.

A doutrina jurídica (*legal doctrine*) carrega um significado para os que fazem parte da sociedade e torna-se um guia para a aplicação prática do direito, porque eles entendem e elaboram suas categorias de forma que se curvem à estrutura real da sociedade. Eles ajustam as abstrações às realidades. Caso contrário, a doutrina pareceria aos juristas como parecem a um estranho, não conhecedor de seu contexto histórico. Com o reconhecimento desse fato, no entanto, surge a contradição central subjacente à prática da doutrina jurídica (*legal doctrine*): ela deve expressar uma concepção inteligível e defensável da vida social, reduzida ou não a um sistema de regras e proposições, devendo adaptar-se a uma estrutura real da sociedade, forjada nas realidades da história, e não nas mentes dos juristas. Como pode a doutrina ser, ao mesmo tempo, a incorporação de tal conceito e uma adaptação a essa estrutura? Como a razão jurídica (se por razão jurídica entende-se a prática antiga e universal da doutrina) pode estabelecer a paz com a história jurídica? A concepção doutrinária de um plano inteligível e defensável da vida social, incorporada, embora de forma imperfeita e fragmentada, no direito, difere de modo tão incisivo dos conflitos e compromissos brutos da experiência histórica em que jamais se esperou a existência da convergência espontânea entre a razão jurídica e a história jurídica.

As ideias, as categorias, o próprio texto da doutrina jurídica (*legal doctrine*) devem ser entendidos de forma que se adapte à concepção de ordem imanente à estrutura real da sociedade, visto que aquela estrutura surgiu do mais recente acordo institucional e ideológico. Com esse propósito, a concepção deverá ser sempre formulada de maneira que sejam suficientemente ambíguas e elásticas para tornar tal acomodação possível. Não há síntese fácil entre a crença idealizada e a circunstância recalcitrante. Se for um casamento, será forçado, sob a mira de um revólver.

O que torna este casamento forçado viável, por uma questão de método e convicção, é a incompletude da concepção, confirmada pelo experimento mental descrito anteriormente. O direito trata dos detalhes da vida social; ele define, em textura fina, a forma institucional da vida de um povo. As ideias da doutrina não são, exclusiva ou principalmente, consolidadas *ad eternum* por um processo semelhante ao que a escolástica tomista rotulou de determinação (em contraposição à dedução): o refinamento progressivo de uma concepção abstrata. A estrutura da sociedade flui de forma ascendente, em direção à peneira solta, e fornece o conteúdo que, de outro modo, estaria faltando.

No entanto, a doutrina não conseguiria desempenhar o papel descrito em minhas observações sobre o fato da representação, e isso não levaria convicção nem a seus próprios praticantes, se tivesse elasticidade ilimitada: ela poderia ser usada para redescrever qualquer prática social. A doutrina deve ser vista como estando em constante tensão com elementos distintos da estrutura real da sociedade. Quanto mais a prática da doutrina sucumbir à tentação da abstração e da construção do sistema, em conflito com os métodos que tanto os civis quanto os advogados versados no *common law* reverenciam como clássicos, maior o risco de agravamento da tensão entre a concepção e a prática. Caso a tensão aumente demais, a doutrina deixa de ser doutrina; ela transforma-se na crítica política da sociedade, realizada em nome de um programa filosófico ou político.

No pensamento jurídico e político das democracias contemporâneas, a expressão mais importante do casamento forçado entre a doutrina jurídica (*legal doctrine*) e a estrutura real da sociedade é a coexistência de dois léxicos distintos e contraditórios sobre o direito, ambos convencionais e sem ameaças.

O primeiro é o léxico da política dos grupos de interesse. Ele representa o direito como o resultado de um conflito regulado e de um compromisso, realizado de acordo com as regras básicas estabelecidas

pelos arranjos constitucionais. Sua essência é a legislação: a elaboração do direito na política partidária. Cada grupo representa seus interesses (como os vê) na linguagem do interesse público. No entanto, esses discursos públicos sobre direitos, sejam concebidos ou não em sistemas de normas e princípios, concorrem entre si tanto quanto com os principais interesses que costumam promover.

Para levar a sério os pressupostos deste primeiro léxico, espera-se que o direito seja o repositório não do sistema, nem mesmo de um que seja incipiente e esteja em desenvolvimento (o direito “se autopurificando”), mas de uma série de compromissos não reduzíveis a fórmulas específicas às circunstâncias históricas em que foram cunhados. Essa maneira de se falar sobre o direito não mapeia a real estrutura da sociedade. Ela, no entanto, revela, com pouco disfarce, as competições fervilhantes, em níveis inferiores, que acompanham a reprodução rotineira de qualquer acordo institucional e ideológico.

Se o primeiro léxico é prospectivo, o segundo é retrospectivo: ele é implantado de modo a representar o direito após ter sido elaborado pela política legislativa. Sua essência é de adjudicação. Somente quando o direito for jurisprudencial (*judge made*), esse segundo léxico ficará sozinho, em vez de compartilhar o espaço do discurso convencional com o léxico do conflito e do compromisso regulamentado. Na cultura jurídica pós-formalista de hoje, ele representa o direito como o repositório de políticas e princípios associados, fragmentos de um esquema convincente para a vida em sociedade. Na cultura jurídica do século XIX, ele expôs o direito como a revelação progressiva do teor pré-determinado de um tipo de organização política, econômica e social. Outras culturas jurídicas, em diferentes momentos e tradições, exemplificaram outras variações sobre o mesmo tema.

A coexistência pacífica dos dois léxicos nas culturas jurídicas e políticas das democracias contemporâneas é tão misteriosa e desconcertante quanto à relação da pesquisa doutrinária em busca da ordem moral imanente para a estrutura real da sociedade. Na verdade, o primeiro mistério é uma expressão menor e derivada do segundo. A solução tanto para o enigma fundamental quanto para o derivado reside na incompletude da concepção da ordem imanente que a doutrina jurídica (*legal doctrine*), em todas as suas versões, sempre abraçou, e na acomodação inexplicável e não discutida da doutrina à estrutura real da sociedade.

A incompletude indelével da doutrina jurídica (*legal doctrine*) lhe permite adaptar-se não somente à real estrutura da sociedade, mas também ao direito elaborado pelo soberano. Esses dois tipos de acomodação, no entanto, são de uma ordem totalmente diferente. A dependência na real estrutura da sociedade é, em grande parte, não reconhecida e praticada sem qualquer esforço em justificá-la na história do direito e do pensamento jurídico. Até o surgimento dos Estados fundamentados no direito e, sobretudo, os Estados democráticos, dos últimos séculos, a transformação limitada do direito pela vontade do soberano foi explícita. Tal fato foi também justificado abertamente: o soberano faz alterações limitadas no direito, a fim de lidar com os problemas que o direito estabelecido, representado na doutrina, não consegue resolver. Ele atende a emergências práticas, uma após a outra. Ele não reformula o direito como um todo.

Uma visão particular da relação entre o direito enquanto ordem moral imanente e o direito enquanto vontade do soberano tem prevalecido, sob diversas variações, por meio de amplo leque de tradições jurídicas e de períodos históricos. De acordo com essa visão, os juristas, ou os juristas-teólogos (em sistemas de direito sagrado), ao invés dos príncipes (para designar os detentores do poder principal do Estado), são os principais guardiões do direito. O direito, nesse mesmo ponto de vista, é um conjunto de regras, normas e ideias, fundadas no costume e na tradição social e jurídica sobre as necessidades práticas da vida social confirmadas pela experiência, e, ocasionalmente, mediante revelação divina. No entanto, o direito existe nos Estados, e os governantes desses Estados também legislam. O direito legislado por esses detentores do poder assume a forma de intervenções pontuais e centradas em vez de um ordenamento abrangente da vida social.

Essa característica focada e esporádica de elaboração de leis pelo soberano é mais do que uma teoria; é um resumo do que tem sido a realidade na maior parte da história jurídica. O príncipe intervém para exigir algumas ações e proibir outras, ou para tirar de alguns para dar a outros, mas, ele, ao contrário, não interfere no instituto estabelecido do *common law*. (Aqui, recorro ao termo *common law* para descrever tanto o direito comum anglo-americano quanto o *jus communis* que foi, por muito tempo, o principal objeto e produto da doutrina para os civis.) É o *common law*, modificado apenas nas margens por decretos do príncipe, e visto como a encarnação imperfeita e corrigível da ordem moral imanente, que a doutrina jurídica (*legal doctrine*) compromete-se a revelar e desenvolver.

Uma característica dos projetos de construção do Estado que se tornaram predominantes no mundo, nos últimos séculos, é o despertar de uma ambição, cuja natureza inovadora e revolucionária muitas vezes não conseguimos reconhecer. A expressão “Estado de Direito” (*rule of law*) conota ambos os lados desta ambição. Um de seus lados é o compromisso de trazer toda a vida social sob a governança do direito. O outro lado é a submissão de toda a atividade do Estado à disciplina do direito, e expressar essa atividade como lei.

A implicação da ambição dos dois lados é que o direito torna-se o que o soberano, ao atuar dentro dos limites do direito, especialmente dentro dos limites do direito sobre o ato de legislar, diz o que ele é. O *common law*, protegido pelos juristas (juízes ou não) pode continuar a regular grande parte da vida social. No entanto, de acordo com a pretensão da ideia de Estado de Direito, esse direito perdurará apenas enquanto o soberano consentir com sua perpetuação, renovando sua validade segundo a sua vontade.

O compromisso com o Estado de Direito, nesse duplo sentido, equivale a uma revolução na organização da vida política, que perde apenas para a criação dos Estados nos primórdios da história da civilização. A revolução foi tão radical que até mesmo os impérios agrário-burocráticos a alcançaram apenas em estágios de sua história e hesitaram em sustentá-la. Em grande parte da história desses Estados, manteve-se um programa apenas parcialmente implementado dos governantes mais ambiciosos e dos regimes mais bem estabelecidos: os que haviam chegado a um acordo com a fraqueza de uma autocracia desestabilizada pelo direito. Ele assumiu o seu valor e tornou-se a doutrina quase universal dos governos somente na história recente da humanidade, sob a pressão da obrigação de competir, econômica e militarmente, com os estados que já o haviam adotado.

Uma consequência da ideia do Estado de Direito é a criação de uma ameaça e uma tarefa para o projeto de doutrina jurídica (*legal doctrine*) e para sua concepção de ordem moral imanente. A ameaça é que o soberano do Estado de Direito, até mesmo o soberano democrático do Estado de Direito, não se contentará em intervir episodicamente, na forma convencional dos príncipes antes da ascendência do Estado de Direito ideal. Ele poderá insistir em exercer sua prerrogativa de refazer toda ou grande parte do direito. A tarefa, para aqueles que resgatariam a ideia de doutrina, é encontrar uma maneira de se submeter à vontade do soberano, sem abandonar a busca doutrinária ou seu compromisso

norteador com a representação do direito como ordenamento da vida social que esteja em conformidade com a concepção, ou uma série de concepções associadas e em evolução.

Para que a prática da doutrina, como é tradicionalmente compreendida, sobreviva, o que quer que o soberano deseje como direito, deve ser reconstruído racionalmente em um dos muitos léxicos pelos quais os juristas têm trabalhado tais concepções: por exemplo, o léxico do século XIX para os conceitos jurídicos e os sistemas de normas e direitos que representam o conteúdo embutido de um tipo de organização política, social e econômica, ou o léxico do século XX das políticas e princípios impessoais que supostamente fundamentam, constituem e justificam as leis.

O cenário mais comum em que os juristas devem realizar essa tarefa é a relação deles com a legislação, no momento em que as leis sejam elaboradas e, mais importante, no momento em que, uma vez promulgadas, elas sejam interpretadas e aplicadas, caso a caso, problema a problema.

Napoleão, o autocrata pós-revolucionário, tão comprometido com o Estado de direito quanto intolerante a qualquer limitação imposta a seu poder, decide dar à França um código. Para redigir o código, ele chama os líderes civis. Ele e seus capangas, soldados e conspiradores estão ocupados demais e são demasiado ignorantes para fazer o trabalho sozinhos. Os beneficiários do poder delegado por Napoleão adaptam, de uma só vez, o corpus doutrinário civil pré-existente às ideias morais e políticas da época, e não aos poucos, como costumavam fazer antes da revolução. Para o mundo inteiro de não juristas, o direito civil pré-codificado agora foi substituído pelo direito do código. Os juristas sabem que o direito do código equivale às consolidações (*restatement*), com ajustes superficiais do direito anterior ao código.

Em seguida, o código civil deve ser esclarecido nos livros de direito, ensinado nas escolas, e aplicado nos tribunais. A cultura civil vai trabalhar assimilando o novo estatuto do sistema civil, sob a forma de defesas de um organismo que se adiantam para isolar, dissolver e absorver um corpo estranho alojado em seu interior. Esse processo ocorre em um país que, de todas as sociedades europeias, é aquele em que a ideia do direito como a vontade do soberano, reforçada pela tradição republicana revolucionária, havia tomado, e tomara, sua forma mais assertiva, em conflito com as antigas pretensões doutrinárias. A mesma história viria a repetir-se em inúmeras variações, onde quer que o Estado de Direito ideal se tornasse primordial.

Dois fatores, no entanto, diferentes e distintos agravam o conflito entre o Estado de Direito e a devoção da doutrina jurídica (*legal doctrine*) à reconstrução racional do direito. Um desses fatores é uma prática constitucional relacionada a uma ideia política: a democracia. O outro fator é uma ideia sobre o direito com implicações para a organização do trabalho legislativo: a visão do direito como a vontade do soberano.

Um significado essencial da democracia é que os termos da vida social, estabelecidas no direito, sejam escolhidos de acordo com os procedimentos constitucionais que garantam a regra da maioria, sujeitos aos direitos e privilégios das minorias, além de garantir à minoria política sua oportunidade de se tornar uma maioria política. Os termos da vida social não devem ser definidos por força dos costumes ou da autoridade não democrática, salvo sejam confirmados por decisão democrática. Um exemplo de autoridade não democrática é a autoridade dos juristas em explanar e desenvolver o direito, embora sob o pretexto da reconstrução racional e em nome da sabedoria coletiva e da tradição nacional.

Os ansiosos em atenuar a tensão entre a doutrina e a democracia poderão levar o insucesso da democracia para desafiar e alterar o direito que o governo democrático não conseguiu fazer como sinal de consentimento a esse direito: *qui tacet consentire videtur*. No entanto, o apelo recorrente a essa suposição reduz a reivindicação democrática sobre o direito em uma farsa.

O segundo fator que agrava o conflito entre a doutrina e o ideal do Estado de Direito é a teoria do direito como a vontade do soberano. Essa teoria tem sido a maior adversária à visão do direito enquanto ordem moral imanente na sociedade. Haverá muito a dizer sobre a rivalidade entre essas visões sobre o direito: é o tema mais importante na história mundial do pensamento jurídico.

8.

A incompletude da concepção de ordem moral imanente, bem como a sua dependência não reconhecida da estrutura real da sociedade, torna-se inconfundível no curso de um esforço para compreender como essa concepção se desenvolve, pode, ou deve se desenvolver. Nenhuma cultura jurídica já imaginou que essa concepção seria estática. No entanto, ninguém jamais trabalhou uma visão do seu desenvolvimento que faça justiça à relação entre a história da consciência e a história das instituições. O direito, no entanto, é apenas isso: o encontro das instituições e da consciência em uma forma de vida social.

A tentação permanente dos juristas é a de imaginar que as ideias jurídicas e políticas, nas quais expressam um plano inteligível e defensável da vida social, possuem uma dinâmica interna que os impulsiona adiante. Em determinado momento, seu plano em evolução encontra-se repleto de lacunas e inconsistências, eles podem facilmente ceder. Em determinado momento, é provável que ele seja desonrado por muitas transgressões e práticas sociais isoladas. No entanto, acreditam, ele evolui ao trabalhar para superar essas lacunas e inconsistências. Ele se autopurifica.

Na história da filosofia ocidental, há uma obra que apresenta como filosofia a ideia secreta dos juristas: *Fenomenologia do Espírito*, de Hegel. O conceito norteador desse trabalho é a necessidade do homem, na sociedade, em levar sua vida ao abrigo de uma concepção, cujas contradições, consigo mesmas e com sua experiência, tornam-se o motor da mudança. Elas impulsionam o espírito adiante, até que, finalmente, toda a contradição é superada e o espírito sente-se em casa nesse mundo. Se colocarmos de lado o desenlace da conciliação final, essa visão contém, elevado ao mais alto nível de generalidade, todos os elementos da compreensão dos juristas sobre sua própria atividade. Ele exemplifica cada um dos fatos convocados por sua busca pela ordem moral imanente: o fato da representação, o fato da legitimidade, e, até o último capítulo da narrativa de Hegel sobre a ascensão do espírito, o fato da incompletude.

A falha nessa autoconcepção da doutrina e do espírito foi o que motivou a crítica de Marx à fenomenologia de Hegel a partir de todo o seu sistema filosófico. A vida real da sociedade e da humanidade não pode ser devidamente explicada por uma história interna das nossas concepções dominantes e de seu casamento imperfeito com as práticas e as instituições da sociedade.

O homem pode ser espírito, no sentido de transbordar os contextos institucionais e conceituais que ele constrói e habita. No entanto, ele é um espírito incorporado e situado, não um anjo incorpóreo. Ele não se encontra algemado, sem indulto, à sua circunstância histórica, nem livre para escapar por obra do pensamento puro e da vontade. Há um histórico de forças, estruturas e limitações, e das hierarquias de vantagem que recebem seu apoio, que nossas concepções, mesmo sendo influentes e apoiadas pelo Estado, apenas penetram de modo imperfeito. As concepções devem contar com a realidade recalcitrante desses fatos sociais e históricos, devendo ser mudadas tanto por sua resistência quanto por qualquer dinâmica interna. Nunca poderemos discernir seu significado

e efeito e compreender suas possibilidades de desenvolvimento, em determinado momento, simplesmente examinando-os por conta própria, como se fossem a fonte de nossa experiência coletiva.

O problema é que a crítica de Marx à narrativa hegeliana exige uma teoria da fabricação descontínua das estruturas institucionais e ideológicas que configuram as relações das pessoas entre si em qualquer sociedade real. As percepções revolucionárias da teoria que ele oferece são desfiguradas pelas superstições necessárias anteriormente enumeradas: a visão de que há uma lista fechada e pré-determinada dessas estruturas na história humana e que cada uma delas constitui um sistema indivisível, mudando tudo de uma vez ou quase nada, e que as leis irresistíveis de mudança histórica conduzem a sucessão entre os sistemas: na teoria de Marx, os modos de produção.

A descrença nessas superstições, até mesmo pelos próprios seguidores de Marx, não deu lugar, em grande parte, a um conceito alternativo das estruturas e da sua reconstrução: alguém que poderia aprofundar as ideias fundamentais eliminando delas a mácula do equivocado determinismo. Ela foi seguida, de modo geral, nas ciências sociais positivas, pela negação dessas percepções e pela consequente naturalização dos arranjos previstos e dos pressupostos dominantes da sociedade. Como resultado, a autocompreensão dos juristas foi deixada sem correção legítima.

O DIREITO ENQUANTO VONTADE DO SOBERANO

9.

O direito é a vontade do soberano. O soberano é aquele que tem o poder de fazer a lei. Essa fonte suprema do direito normalmente é um conjunto de instituições e de papéis institucionais, definidos pelos arranjos constitucionais.

De todos os critérios que elevam os arranjos ao status de constitucionais, o mais importante é que eles definem quem faz a lei. Que eles sejam invulneráveis, e requeiram para a sua revisão maiorias qualificadas e procedimentos rigorosos constituem um significado constitucional menos, pois não são universalmente observados. A vontade do soberano é também a vontade do Estado: é o controle final e eficaz do poder governamental, manifesto no poder de fazer a lei, que no final define quem ou o que o soberano é. Assim, a visão de que o direito é a vontade do soberano está ligada à ideia de que a sede do direito é o Estado. O Estado de Direito ideal, segundo o qual tanto as atividades do Estado quanto os arranjos da sociedade devem ser regidos por lei, torna essa visão explícita.