

A grande aliança: história, razão e vontade no direito moderno

The great alliance: history, reason, and will in modern law

Paulo Barrozo

Boston College Law School, Estados Unidos. E-mail: paulo.barrozo@bc.edu.

Recebido em 23/03/2017 e aceito em 29/03/2017.

Resumo

Este artigo oferece uma interpretação das origens intelectuais e políticas do direito moderno fincadas no século dezenove, bem como de suas consequências para o pensamento jurídico contemporâneo. Estudos sócio-teóricos do direito e do pensamento jurídico tendem a enfatizar ruptura e mudança. Histórias do pensamento jurídico tendem a oferecer uma imagem de combate entre as diferentes escolas de teoria do direito. Tais estudos e histórias falham em dar conta do quanto o pensamento jurídico do presente é uma continuação de um pacto teórico-jurídico lavrado no século dezenove. Um pacto que domou a vontade das massas através da influência de um pensamento jurídico de autoridade e prestígio, de concepções morais do político e de uma ideia generalizada de evolução social. O principal mecanismo do pacto teórico foi uma aliança entre racionalismo e historicismo jurídicos, ao qual aderiu a vontade das massas. Após um período de polarização ao redor da época das revoluções americana e francesa, no século dezenove o racionalismo jurídico passou a ver eventos históricos como produto da sábia e habilidosa operação da razão no mundo, e o historicismo jurídico passou a socorrer-se das operações racionalizadoras da ciência jurídica para dotar o material histórico tanto de estabilidade conceitual quanto de autoridade intelectual. A vontade popular aceitou ambas as operações. O direito moderno e as principais escolas do pensamento jurídico permaneceram, desse então, aprisionadas à esta convergência entre razão e história em face da vontade popular. O direito moderno é portanto tanto marcado por continuidades quanto o é por rupturas; tanto por unidade quanto o é por querelas.

Palavras-chave: direito moderno; direito como imaginação moral; racionalismo jurídico; historicismo jurídico; vontade popular e direito; A Grande Aliança; The Great Alliance.

Abstract

This article offers an interpretation of the intellectual and political origins of modern law in the nineteenth century and its consequences for contemporary

legal thought. Social theoretical analyses of law and legal thought tend to emphasize rupture and change. Histories of legal thought tend to draw a picture of strife between different schools of jurisprudence. Such analyses and histories fail to account for the extent to which present legal thought is the continuation of a jurisprudential settlement that occurred in the nineteenth century. That settlement tamed the will of the masses under the influence of authoritative legal thought, conceptions of political morality, and a general sense of social evolution. The principal mechanism of the settlement was a compact between legal rationalism and historicism to which popular will acceded. After a period of polarization around the time of the American and French revolutions, nineteenth century legal rationalism came to see historical events as the outcome of the cunning operation of reason in the world, and legal historicism came to appeal to the rationalizations of legal reason in order to endow historical matter with both conceptual stability and intellectual authority. Popular will bought into both. Modern law and the main schools of legal thought have remained, ever since, bound to this convergence of reason and history in the face of will. Modern law is therefore as much about continuity as it is about rupture; as much about unity as it is about strife.

Keywords: modern Law; law as moral imagination; legal rationalism; legal historicism; popular will and law; The Great Alliance.

I – Introdução

As revoluções modernas relembram aos observadores dos fenômenos sociais e políticos que o poder, em última instância, pertence ao povo. Ao longo do tempo, a estabilidade das ordens jurídicas e políticas dependeram de um nível de consentimento mínimo por parte dos governados. Caso o apoio dos governados esteja ausente, os mecanismos que operam para obstruir a ação de desestabilização coletiva estão destinados a falhar. David Hume, um historiador talentoso, tinha isso em mente quando escreveu:

Nothing appears more surprizing to those, who consider human affairs with a philosophical eye, than the easiness with which the many are governed by the few; and the implicit submission, with which men resign their own sentiments and passions to those of their rulers. When we enquire by what means this wonder is effected, we shall find, that, as Force is always on the side of the governed, the governors have nothing to support them but opinion. It is therefore, on opinion only that government is founded; and this maxim extends to the most despotic and most military governments, as well as to the most free and most popular¹.

No entanto, a relação entre a vontade das massas populares, de um lado, e a ordem jurídica estabilizadora, por outro, não é unidirecional. Desde os tempos de Hume, as complexidades da sociedade moderna têm crescido exponencialmente, sendo que as ideias e instituições jurídicas ocupam um papel central e ainda em expansão na formação e operação da opinião popular em tais sociedades². Simplificando: o Direito desempenha um papel importante no fornecimento de conteúdo, incentivos e plataformas para formação da vontade popular e, por fim, ainda realiza essa função com relativa

¹ David Hume, *Of the First Principles of Government*, in *Essays moral, political, and literary* (1777).

² Sobre esse ponto ver Michel Foucault, *Discipline and punish* (Alan Sheridan trans., Vintage Books 2d ed. 1995) (1977); Jurgen Habermas, *Between facts and norms: contribution to a discourse theory of law and democracy* (William Rehg trans., MIT Press 1996) (1992); Niklas Luhmann, *Law as a social system* (Klaus A. Ziegert trans., Oxford Univ. Press 2004) (1993); Roberto Unger, *Law in modern society* (1976).

autonomia. Tais funções são exercidas de várias formas complementares. Este artigo analisa como o direito moderno desempenha este papel ao patamar dos princípios e pressuposições que caracterizam a vontade popular das massas políticas modernas.

Um aviso ao leitor: o argumento deste artigo sobe vários degraus na escada da abstração teórica, buscando oferecer tanto uma análise fenomenológica da estrutura do pensamento e da experiência jurídica moderna, como uma visão normativa a partir da qual ela pode ser criticada e transformada. O risco de operar neste nível de abstração é conhecido: o argumento pode ser impreciso em suas descrições e irrelevante em sua perspectiva normativa. No entanto, a possível recompensa de ganhar clareza sem sacrificar a complexidade vale o risco.

É útil fornecer algumas definições importantes antes de prosseguir. Neste artigo, "vontade" significa vontade popular. Na doutrina e no pensamento jurídico, [a vontade] é expressa como uma deferência à democracia, especialmente aos órgãos eleitos de governo, à opinião pública, a evolução dos padrões culturais, a evolução da produção legislativa, aos movimentos sociais, ao conhecimento compartilhado da época e assim por diante. "História" se refere aos eventos históricos que compõem o Direito (como as guerras que servem de justificativa para medidas extremas), a tradição histórica (como os precedentes legais ou, mais amplamente, as tradições jurídico-político-morais) e significado histórico (como o significado original da Constituição). Na doutrina e pensamento jurídico, a história aparece como uma forma de argumento que apela para o passado como uma base para aplicação do direito no presente e no futuro. "Razão" inclui razão instrumental (preocupada com consequências, eficiência e análise custo-benefício), razão cognitiva (científica, *expertise*) e razão idealista (revelação do verdadeiro ou melhor significado e das formas legítimas de manifestação social dos valores como a liberdade, igualdade, justiça e dignidade). Na doutrina e no pensamento jurídico, a razão aparece como uma forma de argumento que apela para a faculdade do pensamento para traçar direções amplas do desenvolvimento do direito.

As primeiras massas políticas transnacionais surgiram no século XIX. Elas foram as primeiras a ver os problemas sociais e econômicos como problemas políticos essencialmente universais³. Os trabalhadores rurais e urbanos de ambos os lados do Oceano Atlântico abraçaram a identidade de classe, adotaram diagnósticos de sua situação e desenvolveram uma nova confiança na sua capacidade de resolver os desafios frutos das suas causas. Esta recém-descoberta consciência de classe foi ancorada em um sentimento de destino comum e em uma recusa em tratar a miséria econômica, opressão política e sujeição social como fenômenos naturais. As massas do século XIX interpretaram essas representações de vulnerabilidade pessoal e coletiva como produtos da vontade humana, a qual poderiam estimular, possuir, transformar e, finalmente atuar em favor dos oprimidos. Os trabalhadores e intelectuais que se alinharam com eles acreditavam que o destino estava em suas mãos e a história ao seu lado.

Após a sua chegada no palco do mundo, essas massas políticas denunciaram e, por muitas vezes, desafiaram violentamente os acordos constitucionais de restauração e pós-restauração estabelecidos pelos Estados-nações ocidentais e as unidades políticas subnacionais. Ao mesmo tempo, emergiram crises econômicas, militares e sociais em todos os lugares, o que enfraqueceu ainda mais a crença da população e das elites dominantes na estabilidade das ordens sociais. Nesse contexto, as elites não puderam evitar sentirem-se como se estivessem à beira do caos, situação pela qual eles culpavam uma vontade popular desenfreada e sem refinamento. Diante das ondas de expansão democrática, agitação social, revoluções políticas, derrocada econômica, incerteza geopolítica e guerra, importantes elites intelectuais da Era Vitoriana responderam com nova uma abordagem profunda e transformadora do Direito: uma "Grande Aliança" entre historicismo⁴,

³ A literatura se refere a ocupação do "político" pelo "social". Ver: Hannah Arendt, *On revolution* (Penguin Books 2006) (1963); Hannah Arendt, *The human condition* (1958); Jacques Donzelot, *L'invention du social: essai sur le déclin des passions politiques* (Éditions du Seuil, 1994). Contudo, o oposto é igualmente verdadeiro: a politização do social.

⁴ Refiro-me a ele alternadamente como historicismo consequencialista ou conservador. É a visão de que razão é insuficiente para desempenhar a tarefa que racionalismo utópico lhe dá. Para este tipo de historicismo, as melhores chances cognitivas e normativas que as sociedades têm estão na proteção e respeito às lições ensinadas pelas tentativas e erros durante um longo período de

racionalismo⁵ e a vontade popular. Esta aliança acabou por representar uma solução altamente adaptável, flexível e atraente, tomando a forma de um processo de ajustamento consubstanciado em um projeto cognitivo-normativo-prático com autoridade tanto intelectual como jurídica. Este artigo expõe a natureza deste processo.

Em linhas gerais, a aproximação entre o racionalismo e o historicismo jurídico começou na primeira metade do século XIX e assumiu características atraentes tanto para a compreensão comum quanto para a alta cultura jurídica.⁶ Durante esse período, o racionalismo se tornou cada vez mais comprometido com quadros e valores jurídicos herdados como manifestações da astuta operação da razão no mundo. Como consequência, arranjos constitucionais improvisados e altamente contextuais viram-se consagrados como ontologicamente essenciais. Por outro lado, o historicismo apelou para a racionalização da ciência jurídica para conceitualizar, sistematizar, conferir resistência e adaptabilidade aos materiais historicamente contingentes, o que levou, em um primeiro momento, à escola jurídica de conceitos formais do pandectismo e, posteriormente, a todos os tipos de processos sociais conducentes à estase social. No entanto, ainda mais importante foi que a vontade das massas aderiu à essa aproximação racional-historicista. Em suma, as massas realmente compraram os ideais de veneração constitucional. Ignorar esta última peça do quebra-cabeça sociológico e filosófico do direito moderno gera uma imagem distorcida e parcial de sua construção.

A Grande Aliança entre a razão, história e vontade política popular no Direito no século XIX promoveu, desde então, as condições conceituais e ideológicas para os muitos altos e baixos na história do positivismo, pragmatismo e equilíbrio reflexivo idealista no direito.

tempo e pelas instituições que se criou. Ver David Hume, *a treatise of human nature* (L.A. Selby-Bigge ed., Oxford Univ. Press 2d ed. 1978) (1740).

⁵ Refiro-me a ele alternadamente como racionalismo utópico, idealista ou criticamente construtivo. É a ideia que a razão é capaz de solucionar de forma satisfatória os enigmas ontológicos e causais da realidade social; de que é capaz de imaginar modelos ainda melhores de realidade social, controlando os processos que levam daqui até lá. Ver Jean-Jacques Rousseau, *The social contract and other later political writings* (Victor Gourevitch ed., Cambridge Univ. Press 1997) (1762).

⁶ O racionalismo e historicismo jurídicos foram extraordinariamente polarizados no século XVIII. Para exemplos, ver as obras de Immanuel Kant e Jean-Jacques Rousseau para o racionalismo e David Hume e Edmund Burke para o historicismo.

A Grande Aliança engloba tanto o pensamento jurídico apologético quanto o crítico. Nos dias atuais, tanto os defensores do positivismo como uma filosofia da linguagem e da meta-ciência jurídica sem vida, do decisionismo positivista como uma estratégia existencial ou política para conseguir se chegar a uma tomada de decisão sobre questões complexas, das racionalizações de um equilíbrio reflexivo de direito público e privado, da análise custo-benefício infundada e sem direção, quanto da crítica performativa e do experimentalismo cinético, todos integram o campo da Grande Aliança.

O fato de que todas essas escolas de pensamento jurídico declararam guerra contra o pensamento jurídico clássico - como a primeira geração da Grande Aliança jurídica ficou conhecida⁷ - não deve nos distrair. A dura realidade é que, sob a Grande Aliança, o racionalismo jurídico agora sobrevive como um reformismo pontual, como consequencialismo e como norma de discurso crítico-performativo, enquanto o historicismo jurídico sobrevive como tradicionalismo, xenofobia e prudência por precaução. Esta é, além do mais, a situação, tanto para a tradicional quanto para as novas esquerda e direita do espectro jurídico-ideológico; ambas compartilham um impulso no sentido da adaptabilidade irrefletida e a auto-referencialidade teórica.

Em termos concretos, a influência da Grande Aliança pode ser encontrada em todos os lugares. Em primeiro lugar, ela é encontrada nos projetos intelectuais e políticos no e pelo Direito, onde os componentes estruturais estabelecidos da vida pública são justificados como tendo passado o teste da evolução histórica institucional por carregar um núcleo racional intrínseco. Em segundo lugar (e aqui a influência flui da direção ideológica oposta), a influência da Grande Aliança é encontrada no efeito desmistificador das várias versões do positivismo e do pragmatismo exercidos sobre representações iludidas da natureza do direito e, portanto, preparando o terreno para uma visão dos arranjos sociais permanentes como expressões de acomodações evolutivas que devem ser respeitados no seu núcleo enquanto sujeitas a experimentação nos seus entornos. Em terceiro lugar, encontra-se

⁷ Para uma definição de pensamento jurídico clássico ver Duncan Kennedy, *The rise and fall of classical legal thought* (1975).

confinada e ideologicamente roteirizada nas formas institucionais e não institucionais na qual as vontades das massas ascendem ao palco da história. Em quarto lugar, a influência da Grande Aliança é encontrada na forma como as teorias de justiça social (falando do ponto de vista da imparcialidade) e as teorias constitucionais da integridade do direito (traçando o desenvolvimento das doutrinas de uma Constituição viva) refrescam e reorganizam os componentes estruturais da vida pública como resultados produzidos tanto de forma racional quanto historicamente. Em quinto lugar, a Grande Aliança influencia a forma como os ideais jurídicos de liberdade⁸, autenticidade⁹ e controle democrático sobrepõem-se, respectivamente, a persuasão, a tradição, o poder político e, mais fundamentalmente, a razão, história e vontade popular. A economia discursiva interna dessas tríades constitui diferentes subgrupos de entendimentos sobre o direito dentro da Grande Aliança, incluindo ideias distintas sobre a causalidade jurídica e os tipos de argumentos jurídicos. Finalmente, a abordagem predominante da Grande Aliança sobre a política (pragmática¹⁰), técnica (análise conceitual e síntese) e formas de justificação (tradicionalismo, equilíbrio reflexivo ou deferência democrática) continuam a prevalecer no Direito¹¹.

Em princípio, tudo isso pode servir tanto para o bem quanto para o mal ou, ainda, para bem e para o mal. A tese da Grande Aliança neste artigo tem dois aspectos, um histórico e outro normativo. Historicamente, fortalece-se a ideia de que o direito e o pensamento jurídico contemporâneos são melhor compreendidos à luz de três experiências: a chegada da vontade das massas ao palco político das nações ocidentais de forma institucional (principalmente através da expansão do direito ao voto e do relaxamento dos

⁸ Isso se refere a "liberdade" como definida por Georg Wilhelm Friedrich Hegel. ver G.W.F. Hegel, *Elements of the philosophy of right* (Allen Wood ed., H.B. Nisbet trans., Cambridge Univ. Press 8th ed. 2003) (1820).

⁹ Isso se refere a "autenticidade" como definida por Friedrich Karl von Savigny. See Friedrich Karl von Savigny, *Of the vocation of the four ages for legislation and jurisprudence* (Abraham Hayward trans., The Lawbook Exchange Ltd. 2002) (1831).

¹⁰ Para um estudo sobre como escolas jurídicas tendem a se fundir em "liberalismo pragmático" nos Estados Unidos, ver Justin Desautels-Stein, *Pragmatic Liberalism: The Outlook of the Dead*, 55 B.C. L. REV. 1041 (2014). Eu acredito que esta tendência é ainda mais universal.

¹¹ Ver as obras de J.L. Austin, Oliver Wendell Holmes Jr., Rudolf von Jhering, François Gény, Léon Duguit, Karl Nickerson Llewellyn, Wesley Newcomb Hohfeld, Hans Kelsen, H.L.A. Hart, John Rawls e Ronald Dworkin para uma ilustração disso.

requisitos de elegibilidade para cargo públicos) e não institucionali (muitas vezes por meio de processos revolucionários); a reconvergência das filosofias do racionalismo e historicismo jurídicos após duas gerações de considerável polarização; e, finalmente, o aumento da relevância das várias versões do positivismo, do pragmatismo, do equilíbrio reflexivo idealista no Direito adquirida pelas duas experiências anteriores. O argumento normativo, o qual recebeu menos atenção neste artigo, trata do que se tornou o racionalismo, o historicismo, e a vontade popular sob a Grande Aliança, e por que poderíamos desejar afrouxar a pegada da Grande Aliança em nome de uma melhor aliança entre a razão, história e a vontade no direito e no pensamento jurídico.

A ideia de que o historicismo e o racionalismo se combinam em novas formas no direito moderno não é inédita. Mangabeira Unger fala da "campanha" no direito contemporâneo "para convergir ambos esvaziando o racionalismo e inflando o historicismo"¹². Ele apresenta seu futuro alternativo para a "análise jurídica", em parte, como uma reorientação do racional-historicismo. Como "um caso especial de uma alternativa mais ampla que o racionalismo e historicismo", a teoria jurídica reorientada se tornaria um instrumento da democracia na atividade de imaginação institucional¹³. O trabalho de Mangabeira Unger avança a compreensão da situação do direito contemporâneo, mas clama por uma complementação e ajustamento.

Nem todo tipo de racionalismo e historicismo fundiram-se na Grande Aliança. Especificamente, a aliança se deu entre o racionalismo utópico e o historicismo consequencialista. A Grande Aliança não apenas os fez convergir. Eu mostro a seguir os termos da sua união e como eles se transformaram dentro desse processo. Eu defendo que as imagens de insuflamento e esvaziamento oferecidas por Mangabeira Unger são insuficientes e podem levar a conclusões imprecisas. Notadamente, a Grande Aliança diminuiu a poço analítico entre iou a legitimidade do direito para coagir o seu cumprimento e a

¹² Roberto Unger, *What should legal analysis become?* 171 (1996).

¹³ Em um trabalho anterior, Unger expôs os núcleos de racionalismo e historicismo como, respectivamente, explicações lógicas e causais para a sociedade. Veja Unger, nota 2, em 8-23. Enquanto "lógica" e "causalidade" capturam os mecanismos explicativos predominantes do racionalismo e historicismo, características cognitivas, normativas e atitudinais importantes de diferentes tipos de racionalismo e historicismo são deixadas insuficientemente contabilizadas e privilegiadas.

obrigação de obedecer a lei por parte dos governados. A Grande Aliança ofereceu um modelo atraente que unificou funcionalmente conceitos analítica e sociologicamente diferenciados de legitimidade e obrigação jurídicas¹⁴.

Ainda mais importante, as atuais teorias sobre o pensamento jurídico clássico (CLT) fatalmente deixaram de integrar a vontade popular nessa aliança. Mesmo aqueles que concebem vontade popular como uma forma de ousada democracia tendem a ver a vontade como uma entidade externa aos mecanismos da Grande Aliança, falhando a apreciar até que ponto a vontade constituiu uma parte do todo desde o início. É na simbiose das três forças - história, razão e vontade - que a Grande Aliança encontra sua impressionante força e adaptabilidade. Até que a Grande Aliança seja bem entendida, qualquer reorientação do pensamento jurídico proposta pelas escolas do século XX tendem a promover a aliança no plano prático, mantendo-se insuficientemente persuasivas no plano teórico. Por exemplo, tal reorientação perde de vista a dimensão historicista do direito como direcionado para o futuro apenas porque parte de um passado e também perde o potencial de idealismo crítico na criação do direito como um exercício de imaginação racional moral e sociológica.

Prescrever, como Mangabeira Unger e Jeremy Waldron fazem¹⁵, que o direito auxilia e reflete o trabalho democrático dos cidadãos que embarcaram na experimentação institucional como antídoto para a visão preservacionista do direito como ordem moral imanente ou como proposição de uma elite de juristas insuficientemente responsiva à sua vontade é entender de forma incompleta o que ele necessitaria para romper, na medida em que devemos tentar fazer isso, o cerco da Grande Aliança. Essa tarefa requer o engajamento da imaginação crítica racional antes que a imaginação institucional possa desempenhar o seu útil papel auxiliar. No direito e na cultura jurídica contemporânea, há uma sempre presente, ainda que muitas vezes não

¹⁴ Para a distinção entre obrigação e legitimidade, além de uma lúcida, abrangente e elegante análise das diferentes teorias de obrigação legal, ver Leslie Green, *The authority of the state* (1988).

¹⁵ Ver de forma geral Unger, nota 13; Jeremy Waldron, *Law and disagreement* (1999). See also Allan C. Hutchinson, *The province of jurisprudence democratized* (2008); Haunke Brunkhorst, *Demokratischer Experimentalismus*, in *Politik in der komplexen gesellschaft* (1998); Michael Dorf & Charles Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, 98 *COLUM. L. REV.* 267 (1998).

articulada, crença de que os edifícios jurídicos e institucionais da sociedade apoiam-se em uma base moralmente defensável (em termos deônticos ou evolutivos). Esta crença é uma ilusão lançada sobre a imaginação moral e sociológica e é difícil ver como, a não ser por acaso, o direito como imaginação institucional pode se libertar dele.

A tarefa da razão e da racionalidade deve ser mais do que de crítica e exploração oportunista das falhas que a crítica apta é capaz de expor na consciência temporal. A racionalidade não deve ser apenas um abutre circulando o equilíbrio reflexivo à procura de problemas. A teoria crítica contemporânea tenta estabelecer a diferença entre o positivismo sociológico e o pensamento utópico. Contudo, apenas o idealismo da imaginação moral racional e reflexiva pode fazê-lo de forma eficaz, uma vez que a teoria crítica escambia, com um grande custo, a imaginação por imanência.

Por fim, então, proponho que o caminho para afrouxar ou romper o cerco da Grande Aliança sobre a cognição, imaginação e prática não é por meio da imaginação institucional do experimentalismo democrático ou pela crítica performativa, ambos cativos da Grande Aliança, mas por meio de uma imaginação moral racional e reflexiva. Seguir esse caminho sem cair nas armadilhas da razão¹⁶ ou sem se tornar alheio à necessidade de uma teoria de mudança social é uma aposta arriscada e as chances de sucesso diminuem a cada passo. Eu aceito a aposta, ciente dos perigos e de que não há lugar fora da linguagem, cultura, poder e história do qual falar do ponto-de-vista de uma racionalidade imaculada. Porém esta é a única forma de avançar.

II - Ordem, liberdade e imaginação moral no direito moderno

¹⁶ Ver Michel Foucault, *The archeology of knowledge* (Vintage Books 2010) (1969); Max Horkheimer & Theodor Adorno, *Dialectic of Enlightenment* (Gunzelin S. Noerr ed., Edmund Jephcott trans., Stanford Univ. Press 2002) (1947); Friedrich Nietzsche, *On the genealogy of morality* (Keith Ansell-pearson ed., Carole Diethel trans., Cambridge Univ. Press 1994) (1887); Pierre Schlag, *The enchantment of reason* (1998); Max Weber, *Science as a vocation*, in *from Max Weber: essays in sociology* (H.H. Gerth & c. Wright Mills trans., Oxford Univ. Press 1958) (1919).

A evolução humana, é bom lembrar, não é algo que aconteceu uma vez em um passado distante. A luta pela qualidade, alcance, profundidade e contornos dos horizontes das capacidades humanas têm sido sempre a mais importante batalha. Todas as outras lutas, com raras exceções, não passam em comparação de pequenas perturbações. A imaginação institucional do experimentalismo democrático não pode esperar que sirva à expansão e aprofundamento das capacidades humanas de aprender, raciocinar, criar, julgar, inventar, conectar e agir se continuar a deixar de fornecer razões convincentes por qual motivo seguir e em que direção se deve experimentar. "Nenhum vento", Montaigne nos lembra, "pode ajudar marinheiro que não tem porto pré-estabelecido."¹⁷ Ao menos que seja precedido e acompanhado pela imaginação moral racional, o Direito como experimentalismo democrático corre o risco de ser apenas mais um vértice do ramo pragmático da Grande Aliança. Para conquistar-se progresso real, devemos direcionar esforços para a assustadora tarefa de encontrar uma fórmula para reavivar e transformar o racionalismo utópico, o qual uma vez simbolizou as nossas maiores esperanças, enquanto, ao mesmo tempo, permanecemos atentos ao papel do Direito como um intermediário entre o passado e o futuro das ordens sociais bem como às funções sociais da doutrina e discurso jurídicos.

A evolução do Direito, vale lembrar, também é um processo contínuo. Por volta do final do século XIX e início do século XX, Holmes nos Estados Unidos, Jhering na Alemanha, Geny e Duguit na França, Orlando na Itália, Dicey na Inglaterra, Beviláqua no Brasil e muitos outros no Ocidente investiram na reformulação do Direito e do pensamento jurídico para atender as necessidades do novo século. Todos eles compartilhavam a opinião de que o Direito era um meio para alcançar fins sociais e que a missão do pensamento jurídico era de aperfeiçoar este instrumento evolutivo, embora isso exigisse por fora de discussão as grandes questões de desenho constitucional. Deixar de lado tais questões de grande envergadura constitucional parecia ser uma postura plausível e útil, visto que as necessidades sociais era por demais urgentes e respostas atraentes para as questões constitucionais fundamentais

¹⁷ Michel de Montaigne, *The complete essays*, 379 (m.a. screech trans., Penguin Books 1991) (1580).

já se encontravam disponíveis. Para esses pensadores, o ambiente intelectual para a evolução das ideias jurídicas como ferramentas sociais de solução de problemas já estava em vigor, no sentido de que "as condições para a evolução são um produto da própria evolução"¹⁸, e até então a principal condição era a autoridade intelectual e política da Grande Aliança.

Niklas Luhmann¹⁹ reconhece que "a evolução somente acontece se a diferenciação e adaptação são preservados na relação entre sistema e meio ambiente, pois se fosse de outro modo o objeto da evolução desapareceria."²⁰ O século XIX testemunhou mudanças profundas na cultura social, política, no ambiente geopolítico, econômico e militar para os quais os sistemas de direito acreditavam estar preparados. Como o Direito e o pensamento jurídico conseguiram manter a sua autonomia relativa, ou a sua diferenciação, em um ambiente em rápida mutação enquanto se adaptava ao mesmo tempo para isso? Luhmann compreendeu bem que "a sociedade depende do acoplamento estrutural com os sistemas de consciência. E o direito também."²¹ Era de se esperar, portanto, que a diferenciação e a adaptação do Direito dentro de um contexto social cada vez mais complexo e instável se beneficiasse da divisão de um sistema de consciência espaçoso o suficiente para prever o constante aumento de complexidade *com* estabilização. Vou demonstrar que a Grande Aliança foi, e ainda é, o sistema de consciência responsável por esse feito.

Luhmann postula ainda que:

o limiar para a autonomia da evolução do direito é dado pelo decisionismo operacional do sistema jurídico... A variação de decisões, na medida em que tratam da evolução do direito, referem-se à comunicação das expectativas normativas inesperadas.

¹⁸ Luhmann, p. 243

¹⁹ Fazer justiça ao tópico da evolução jurídica não é uma tarefa fácil. Para uma pluralidade de perspectivas entre autores contemporâneos, ver Jürgen Habermas, *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy* (William Rehg trans., MIT Press 1998) (1992); Allan C. Hutchinson, *evolution and the common law* (2005); Niklas Luhmann, *Law as a social system* (Fatima Kaster et al. eds., Klaus Ziegert trans., Oxford Univ. Press 2004) (1984); Unger, nota 2.

²⁰ Luhmann, p. 231.

²¹ Id. p. 232–33.

Mas quão operacional pode ser a tomada de decisão quando o sistema é bombardeado por novas reivindicações normativas²² tais como as que foram formuladas pelas massas no século XIX? Luhmann responde a esta questão em abstrato, afirmando que:

the evolutionary achievements of language and law not only adjust society as a collection of living beings to its environment structurally but also enable transient adjustments to deal with transient situations. As soon as conflicts explode, they have to be solved, or at least diffused, case by case... the greater density of such problems leads to the demand for stable orientations, which can be formed... in the form of normative principle²³.

No entanto, concretamente, quais foram as "orientações estabilizadoras" que permitiram que o direito moderno e o pensamento jurídico entrassem no modo instrumentalista e experimentalista de adaptação às convulsões sociais características do século XIX e na aprofundada industrialização e urbanização, acompanhados pelo desenraizamento e deslocamentos demográficos característico do século XX? Igualmente intrigante é entender como que os "princípios normativos", que dão forma ao sistema estável de orientações, desenvolveram uma sinergia adaptativa com a políticas jurídicas, instrumental e experimentalista, a nível legislativo e judicante? Em outras palavras, o que deu às obras de Holmes, Jhering, Geny, Duguit, Orlando, Dicey, e Beviláqua as qualidades aparentemente incompatíveis de plausibilidade cultural reconfortante e de inovação modernista iconoclasta? Ou, ainda em outras palavras, o que deu ao seu trabalho a capacidade de se envolver em uma "inovação jurídica dentro da mais ampla tradição intelectual?"²⁴ Mais uma vez, a resposta parece ser a Grande Aliança estabelecida entre a razão, a história e a vontade popular que este trabalho tenta elucidar.

Embora Luhmann tenha avançado na compreensão do direito em termos evolutivos, e, embora ele estivesse correto em concluir que esta

²² Id. p. 243.

²³ Id. p. 246.

²⁴ Aqui estou inspirado pelo título que Catharine Wells deu ao seu clássico artigo: *Legal Innovation Within the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, 82 NW. U. L. REV. 541 (1988).

evolução é impulsionada pelo aumento da complexidade social e não por epifenômenos muito mais simplificados como a eficiência econômica²⁵, o seu modelo evolucionista não foi capaz de identificar o abrangente garantidor normativo da continuidade adaptativa: A Grande Aliança. Naturalmente, ele não estava sozinho nesse desconhecimento.

Voltando a tratar da consciência, tem-se argumentado que o Direito moderno e o estudo jurídico viajaram e habitaram o mundo em três ondas distintas de formas de consciência jurídica: o pensamento jurídico clássico (CLT), o social e o que eu prefiro chamar equilíbrio reflexivo idealizante. Duncan Kennedy tem descrito este fenômeno de forma persuasiva e a sua tese da globalização dos três tipos de consciência jurídica me parece correta²⁶. No entanto, a compreensão da tipologia e das ondas de globalização como fenômenos adaptativos dentro dos limites da Grande Aliança complementa e corrige o argumento de Kennedy em aspectos importantes.

Kennedy localiza a origem do pensamento jurídico clássico (CLT) entre 1850 - 1914 e do pensamento jurídico social entre 1900 - 1968. O equilíbrio reflexivo idealista é um fenômeno pós-Segunda Guerra Mundial. Como uma forma de consciência coletiva, cada um lança o seu próprio plano cognitivo-normativo-prático sobre o mundo. O "CLT" foi [um plano] de uma consciência liberal, centrado nas aspirações da ciência, nas ideias jurídicas de propriedade e nas esferas isoladas da autonomia da vontade dentro das quais os atores públicos e privados poderiam operar de forma socialmente condicionados. Nesse contexto, a consciência jurídica social reinseriu a sensibilidade sociológica no pensamento jurídico. Seu objetivo era facilitar o funcionamento dos sistemas socioeconômicos através da implantação de políticas públicas instrumentais "da família para o mundo das nações."²⁷ O pensamento jurídico social reconheceu a interdependência das esferas sociais e de seus atores, à qual reagiu com um mosaico de compromissos e políticas públicas de proteção

²⁵ Luhmann, nota 20, p. 271.

²⁶ Ver Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000*, in *The new law and economic development* (David Trubek & Alvaro Santos eds., 2006); Duncan Kennedy, *Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850–1968*, 36 *SUFFOLK U. L. REV.* 631 (2003). O resto dessa parte empresta livremente ideias de ambos os livros para reconstruir os argumentos mais relevantes de Kennedy para este artigo.

²⁷ Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000*, nota 27, p. 22.

aos interesses privados privilegiados. Sem surpresa, este mosaico criou um mundo de conflitos distributivos e regulatórios, sendo que a solução desses problemas só poderia ser alcançada por um nível mais elevado de racionalização abstrata. O equilíbrio reflexivo idealista alcançou relativa abstração “nas costas” do direito constitucional americano do pós-guerra. O continuamente importante, mas sempre fugidio, equilíbrio a ser alcançado era aquele entre os recursos socioeconômicos e a ideia dos direitos individuais.

Os três tipos de consciência jurídica foram, segundo Kennedy, invólucros sem uma essência e ideologicamente plurivalentes.

The “thing” that globalized was not, in any of the three periods, the view of law of a particular political ideology. Classical Legal Thought was liberal in either a conservative or progressive way, according to how it balanced public and private in market and household. The social could be socialist or social democratic or catholic or social Christian or fascist (but not communist or classical liberal). Modern legal consciousness [my Idealizing Reflective Equilibrium] is the common property of right wing and left wing rights theorists, and right wing and left wing policy analysts... Nor was it a philosophy of law in the usual sense: in each period there was positivism and natural law within the mode of thought, various theories of rights, and, as time went on, varieties of pragmatism, all comfortably within the Big Tent²⁸.

Na verdade, a história de Kennedy estava incompleta. Eu defendo que a Grande Aliança envolve a “grande tenda” e fornece um porto seguro para explicar os processos internos de cada tipo de consciência jurídica, seus cruzamentos internos e a sua continuidade parcial. Nas próximas páginas, eu sugiro hipóteses causais, funcionais e de correlação para a Grande Aliança, explicando o que nela encantou não só as elites, mas também a vontade popular. Tal explicação é válida para todos os três tipos de consciência jurídica discutidos por Kennedy.

A linguagem e a capacidade de comunicar tornaram a política possível²⁹. Devido às suas capacidades discriminatórias e normativas, a

²⁸ *Id.*

²⁹ Como Aristóteles escreveu: “[T]hat man is more of a political animal than bees or any other gregarious animals is evident. Nature, as we often say, makes nothing in vain, and man is the only animal who has the gift of speech. And whereas mere voice is but an indication of pleasure or pain, and is therefore found in other animals.... the power of speech is intended to set forth

linguagem transmuta fato em valor, matéria em significado e natureza em política. Graças à linguagem, os mecanismos de coordenação social e instituições como a família ou o Estado se tornam arenas de debates sobre o bem-estar³⁰. Hobbes não negou a centralidade da linguagem, mas ele lamentou profundamente as suas consequências. Dentro do *reino do significado* habitado pelo *politikon zoon* aristotélico, Thomas Hobbes viu a ordem social constantemente à beira do caos e da violência, onde a vida seria "solitária, empobrecida, desagradável, brutal e curta."³¹

A partir do esgotamento dos regimes medievais de disciplina intelectual, da ordem social na Europa Ocidental e das mudanças culturais associadas ao Renascimento, a cena que se desenrolou foi caracterizada por Hobbes, e muitos de seus contemporâneos, como um estado geral de apreensão e de conflito latente ou concreto. A imprecisão e maleabilidade da linguagem foi, segundo Hobbes, em grande parte responsável por insegurança e guerra³². Com exceção de quando estivesse a serviço da ciência oficial ou da política do soberano, a linguagem representava mais um fardo do que uma vantagem. A solução proposta por Hobbes é bem conhecida: a instauração de um árbitro nominalista supremo que traria consenso aos significados e, conseqüentemente, ordem social para a vida³³. A troca envolvida era clara: liberdade por ordem.

the expedient and inexpedient, and therefore likewise the just and the unjust. And it is a characteristic of man that he alone has any sense of good and evil, of just and unjust, and the like, and the association of living beings who have this sense makes a family and a state." Aristóteles, *Politics*, in *The complete Works of Aristotle* 1986, 1988 (Jonathan Barnes ed., Benjamin Jowitt trans., Princeton Univ. Press 1984).

³⁰ "Quando vários grupos estão unidos em uma única comunidade completa, grande o suficiente para ser quase ou totalmente auto-suficiente, o estado passa a existir, originário das necessidades básicas da vida e continuidade na existência em busca de uma boa vida." *Id.* em 1987.

³¹ Thomas Hobbes, *Leviathan* 89 (Richard Tuck ed., Cambridge Univ. Press 1991) (1651).

³² Vale a pena citar Hobbes um pouco mais extensamente aqui: "*To these Uses [of speech], there are also foure correspondent Abuses. First, when men register their thoughts wrong False Secondly, when they use words metaphorically; that is, in other sense than that they are ordained for; and thereby deceive others. Thirdly, when by words they declare that to be their will, which is not. Fourthly, when they use them to grieve one another: for seeing nature hath armed living creatures, some with teeth, some with horns, and some with hands, to grieve an enemy, it is but an abuse of Speech, to grieve him with the tongue, unlesse it be one whom wee are obliged to govern; and then it is not to grieve, but to correct and amend.*" *Id.* at 25–26.

³³ Para citar Hobbes novamente: "To this warre of every man against every man, this also is consequent; that nothing can be Unjust. The notions of Right and Wrong, Justice and Injustice have there no place. Where there is no common Power, there is no Law; where no Law, no

A solução de Hobbes para os problemas de ordem social causados pelas disputas por significado seria a atuação remediadora de uma estrutura institucional autoritária. O soberano usaria seus suprapoderes para forjar entre os seus cidadãos os hábitos mentais conducentes à pacificação intelectual e estase social. Sob a aplicação destes aparelhos institucionais e mentais de ordem intelectual e social, a expansão das faculdades criativas, práticas e morais deveriam ser abandonadas e a liberdade (como a temos compreendido) extinta.

Esta solução nunca foi viável a longo prazo e, pelo menos desde as revoluções americana e francesa, tornou-se inaceitável, mesmo ainda onde ainda sobrevive. Ao mesmo tempo, os desafios da disciplina cognitiva, da coesão social, e da reprodução cultural - o desafio de ordem, como um todo – ainda é muito real. Nos tempos modernos, o desenraizamento cultural, a vulnerabilidade econômica, a constante, se por vezes epitelial, mudança social e a possibilidade sempre presente de turbulência política fez a dificuldade de obtenção da ordem ainda maior, em vez de menor³⁴. Pelo menos uma lição, porém, sobrevive da solução de Hobbes: o que realmente importa é impregnar a matéria histórica e os futuros possíveis de sentido e significado. Quer dizer, o que realmente importa está em como são esculpidas as lentes através das quais fazemos sentido do mundo.

Para entender como, por meio da imaginação moral da Grande Aliança, o pensamento tem protegido aspectos específicos da cultura, economia, sociedade e política da mudança é também entender como, no século XIX, uma poderosa visão jurídica do mundo foi forjada. A tendência preservacionista desta cosmovisão é o preço que a Grande Aliança cobra para acalmar as ansiedades daqueles inseridos no *status quo* enquanto contempla a

Injustice. . . . Justice, and Injustice are none of the faculties neither of Body, nor Mind.... They are Qualities, that relate to men in Society, not in Solitude." *Id p. 90.*

³⁴ Émile Durkheim enxergou o mecanismo centrípeta de coesão (formas de consciência coletiva) evoluindo enquanto mecanismo de desestabilização centrífuga apareceram (por exemplo, transformações nas estruturas produtivas e segmentação de papéis sociais nela). Veja Émile Durkheim, *The division of labor in society* (W. D. Halls trans., Free Press, 1997) (1893). Que a solidariedade orgânica moderna pode ser mais eficiente na tarefa de forjar a coesão social do que foi a solidariedade mecânica anterior não desmente a afirmação de que o desafio da coesão social aumentou a partir do pré-moderno ao tipo moderno de sociedade. Mais sobre a integração social segue abaixo.

chegada da vontade das massas populares no palco da história. E esse preço tem sido devidamente pago.

No entanto, parece que não estamos preparados para aceitar o preço total que a Grande Aliança continua a exigir para evitar a troca *hobbesiana* de liberdade por ordem. Com efeito, a ideia de liberdade tem se tornado mais exigente. Agora é insuficiente garantir a liberdade de consciência e de expressão. A liberdade como autonomia exige que a matéria da consciência seja, principalmente, experimentada e criada, ou pelo menos aceita de forma refletida pelos cidadãos. Só então é que o ser consciente dá significado ao que diz, cria, sente e faz. A autonomia é a liberdade qualificada pela autenticidade. A liberdade e a dignidade exigem o reconhecimento dos outros e a responsividade por parte dos órgãos do governo³⁵. Considerando que a Grande Aliança tem obstruído as novas exigências de autonomia, reconhecimento e autoria autêntica, o seu controle sobre a imaginação moral deve ser afrouxado.

III – A vontade popular no palco mundial

Quando a vontade popular ascendeu ao palco do mundo, as massas do século XIX sacudiram o mundo, desde Tucson e Recife a Budapeste e Praga.

Em 1863, Ferdinand Lassalle levou ao conhecimento dos trabalhadores da Prússia as estatísticas sobre a distribuição de renda, que colocava os rendimentos de mais de setenta e dois por cento da população contributiva em menos do que a pequena fração de cem táleres. Contudo, quando ele chamou os trabalhadores "para constituírem [entre si] um partido político independente", eles não eram os únicos que estavam escutando³⁶. Quando Eduard Bernstein e Rosa Luxemburgo debateram sobre qual rota ao poder -

³⁵ Sobre reconhecimento e responsividade, ver Axel Honneth, *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts* (Joel Anderson trans., Polity Press 1995) (1992); Vlad Perju, *Cosmopolitanism and Constitutional Self-Government*, 8 INT'L J. CONST. L. 326, 326–53 (2010).

³⁶ Ferdinand Lassalle, *Open Letter to the National Labor Association of Germany*, in *german essays on socialism in the nineteenth century* 79, 79 (Frank Mecklenburg & Manfred Stassen eds., 1990).

reformas democráticas e econômicas ou revolução - que o proletariado deveria tomar, nem o debate nem uma visão de seu possível resultado final escaparam àqueles com interesses vertidos no *status quo*³⁷. Um espectro assombrava as elites em todos os lugares, ameaçando "dissolver no ar", na expressão bem conhecida de Marx, tudo o que parecia sólido após a grande restauração europeia³⁸.

No plano institucional, as reformas eleitorais foram se espalhando por toda a Europa continental. Na Grã-Bretanha, um acordo constitucional favorecendo o Parlamento foi conquistado. Isso fez com que o sistema político fosse de uma só vez mais adaptável e vulnerável às pressões populares. Os *Whigs* propuseram em parlamento o *Reform Act* de 1832, que estendeu o voto para um em cada sete adultos do sexo masculino, diminuindo ao mínimo a exigência de propriedade e incluindo terras arrendadas como propriedade. Em seguida, o *Reform Act* de 1867 aumentou o eleitorado em 88% através da expansão do voto para a classe trabalhadora (todos os chefes de famílias urbanas do sexo masculino, independentemente do valor do imóvel) pela primeira vez. Em 1884, o ano em que a *Fabian Society* foi fundada, o *The Representation of the People Act* alterou o *Reform Act* de 1867 para incorporar o campo, aumentando a população de votação para mais de 5.000.000 pessoas, o que representava cerca de 60% da população masculina adulta. Pelo percentual da população total, o eleitorado aumentou de 1,8% em 1831 para mais de 12% em 1886. Em 1883, o rateio concebido para alinhar a distribuição de políticos e população havia sido adotado. Ao mesmo tempo, o movimento cartista (inspirado e com o nome da Carta Popular de 1838), culminou na reunião em 10 de abril de 1848 (the 1848 Petition to Parliament) em Londres, que atraiu centenas de milhares de pessoas, o que demonstrou

³⁷ Ver Eduard Bernstein, *The most pressing problems of social democracy*, in *german essays on socialism in the nineteenth century*, nota 37, p. 120; Rosa Luxemburg, *Reform of revolution?*, in *German essays on socialism in the nineteenth century*, nota 37, p. 139.

³⁸ Isto é uma paráfrase do Manifesto of the Communist Party, publicado na Europa no ano mais revolucionário de todos: 1848. Karl Marx & Friedrich Engels, *Manifesto of the Communist Party*, in *Marx: later political writings* (Terrell Carver ed., 1996) (1848).

que o fantasma de uma erupção revolucionária espontânea rondava a Inglaterra³⁹.

Na França, as eleições indiretas para a Assembleia Nacional já haviam sido estabelecidas em 1789 e se tornaram diretas em 1817. De 1831-1848, o sistema de círculos uninominais foi alterado para permitir que os candidatos se candidatassem para a eleição em mais de um distrito e em 1848, foi adotado o sufrágio universal masculino para as eleições da assembleia. De 1852 até a Guerra Franco-Prussiana de 1870 e o estabelecimento da Terceira República, o governo manipulou e fraudou diversas eleições, a fim de eleger representantes que eram de seu interesse. A Itália, durante este período, vivia as guerras de independência de 1848 a 1866, e em 1861, pouco depois da reunificação do país (*Risorgimento*) de 1860, a Constituição Piedmont de 1848 foi adotada a nível nacional. O sistema eleitoral foi caracterizado pela permissão de voto ao sexo masculino com idade mínima (25 anos), alfabetização e uma exigência de propriedade, que limitou a extensão do direito ao voto para cerca de 2% da população total. Em reformas realizadas no ano de 1882, incluiu-se a redução da exigência de idade para 21 anos e a diminuição da exigência de propriedade, bem como a concessão do voto baseado em realizações educacionais, o que aumentou o eleitorado de 2% para 7% do total da população⁴⁰. Na Alemanha, o sufrágio universal, direto e secreto foi adotado para a Confederação Alemã do Norte em 1867 e para o Parlamento Imperial em 1871⁴¹.

A sociedade europeia estava, ao mesmo tempo, em ebulição⁴². O declínio da segurança econômica causado pela mudança da produção agrária para industrial, migração interna para as cidades e os efeitos desastrosos de

³⁹ Voting Rights Before 1832, NATIONALARCHIVES.GOV.UK, http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/struggle_democracy/getting_vote.htm (last visited Jan. 10, 2015).

⁴⁰ Na Itália, em 1894, uma exigência mais rigorosa de ensino reduziu o eleitorado de cerca de 9% a 6% da população. apenas em 1912 foi introduzido o sufrágio universal masculino. Andrew M. Carstairs, *a short history of electoral systems in Western Europe* 150 (1980).

⁴¹ Para uma história do direito de voto nos Estados Unidos e na Europa ver id. Ver ainda Alexander Keyssar, *The right to vote: the contested history of democracy in the united states* (2000).

⁴² Um resumo útil e uma análise lúcida dos anos 1848-1851 na Europa podem ser encontrados em Jonathan Sperber, *The european revolutions, 1848-1851* (1994). Eu me apoio muito nele aqui.

um mercado não-regulamentado resultaram na insatisfação popular generalizada. Ao mesmo tempo, ocorreram mudanças culturais, incluindo a expansão da imprensa⁴³ e a dispersão do socialismo, liberalismo e nacionalismo. Estas tendências econômicas e culturais colidiram de frente com as instituições políticas da monarquia absoluta ou, nos poucos países onde esse não era o sistema de governo, com os limites democráticos de monarquias constitucionais com parlamentos representativos. Esta colisão sacudiu profundamente a ordem social europeia e levou a experiências com democracias de esquerda e movimentos nacionalistas em quase todos os lugares do continente. Em janeiro de 1848 eclodiu uma revolução nos estados italianos; Em fevereiro, a França foi incendiada; e em março, a Alemanha. A partir de março até julho do mesmo ano, alastraram-se manifestações, motins e revoltas das populações rurais e urbanas por todo o continente sob a forma de greves, invasões de terra, boicotes dos direitos feudais e senhoriais, bem como ataques contra industriais, latifundiários e banqueiros.

Na França, Paris permaneceu em efervescência contínua desde o *Campagne des Banquetes* de 1847 em favor da expansão do direito ao voto até o ano de 1851. A supressão dos *Banquetes* pelo exército e polícia terminou em levantes de rua que levaram à fuga de Luís Filipe e a proclamação da Segunda República. A Comissão de Luxemburgo foi criada para investigar e reformar as condições de vida e de trabalho das classes mais baixas. Em seguida, oficinas nacionais ofereciam empregos para os desempregados e começaram a surgir associações políticas dos trabalhadores. A discordância sobre o momento das eleições para uma assembleia constituinte se tornou violenta. Quando os resultados da eleição produziram uma maioria monarquista, a população tentou invadir e derrubar a Assembleia Constituinte. A Guarda Nacional interveio para proteger a os trabalhos da Assembleia e apreender os líderes políticos dos trabalhadores. Com o governo tomando uma posição conservadora, a Comissão Luxemburgo foi dissolvida e as oficinas nacionais fechadas. A medida só fez aumentar a hostilidade entre as classes. Três dias de

⁴³ Sobre a sua história e significação ver Jurgen Habermas, *Structural transformation of the public sphere* (Thomas Burger & Frederick Lawrence trans., MIT Press 1989) (1962).

conflito nas ruas deixaram bairros inteiros de Paris cobertos de sangue e escombros.

Com a vitória das forças do governo, ministros de esquerda foram forçados a se exonerar dos cargos e clubes políticos e associações comerciais de oposição foram fechadas. A Assembleia Constituinte concluiu seus trabalhos e solicitou uma eleição presidencial no mês seguinte, na qual Luís-Napoleão foi eleito. Enquanto isso, a esquerda estava se reorganizando em torno da discórdia gerada pela invasão da República Italiana por tropas francesas, que terminou com vitória francesa e a restauração da autoridade papal. Os representantes da esquerda na Assembleia Nacional pediram o impeachment de Luís-Napoleão. As manifestações de rua em Paris e as barricadas em Lyon foram reprimidos por forças do governo. Contudo, apesar da aparente vitória das forças conservadoras, algumas sociedades secretas radicais estavam crescendo em toda a França, incluindo em áreas rurais e nas pequenas cidades. Em 2 de dezembro de 1851, depois de ver as suas aspirações a reeleição anuladas por monarquistas na Assembleia Nacional, Luís-Napoleão impôs ao país quase duas décadas de regime autoritário sob seu comando. O período só terminou com a sua captura em 1870 durante a Guerra Franco-Prussiana.

O fogo revolucionário também ardia na Itália. Em janeiro de 1848, uma insurreição começou em Palermo e depois se espalhou pelo resto da região. O rei das “Duas Sicílias” foi coagido a conceder uma Constituição aos seus súditos. Os governos de Piemonte-Savoy e Toscana, também foram forçados a conceder Constituições. Levantes em Veneza e Milão (a capital da Lombardia), ambos territórios dos Habsburgos, instalaram poderes revolucionários provisórios nos seus governos. Após a derrota da intervenção do exército austríaco, Carlo Alberto do Piemonte-Savoy declarou guerra à Áustria e enviou suas forças para Lombardia e Veneza. O Papa Pio IX também foi movido a conceder uma Constituição para os Estados papais. As disputas entre as Duas Sicílias e Nápoles se transformaram em um conflito armado. Iniciou-se um período de constante mudança de alianças e conflitos armados entre as várias províncias italianas, o papa e a Áustria. Em novembro, o ministro monárquico-

constitucional dos Estados Papais foi assassinado e seu governo foi derrubado por um movimento liderado por clubes democráticos, razão pela qual o Papa fugiu para se proteger no Reino das Duas Sicílias. Logo depois, democratas em Florença clamaram por uma assembleia constituinte para a nação. Revolução, governos republicanos e guerra se espalharam por toda a península. A França napoleônica interveio enviando forças para combater as [tropas] da República Romana. Em agosto de 1849, os franceses ocuparam a República Romana e restauraram a autoridade papal. A cidade de Veneza, sitiada por tropas austríacas, se rendeu.

Já em 1847, esquerdistas e monarquistas constitucionais pressionavam pela unificação nacional e por uma ampla agenda de reformas na Alemanha. Em março do ano seguinte, lutas se irromperam nas ruas de Berlim, levando à vitória dos insurgentes e a retirada do exército da cidade. Em consequência, o Rei da Prússia foi forçado a concordar com uma Constituição e anunciar o seu apoio a uma unificação nacional. Em todos os estados alemães, os governantes eram pressionados a nomear ministros liberais e de esquerda. Em Frankfurt, eleições para uma Assembleia Nacional Alemã foram convocadas. Ao mesmo tempo, o conflito armado entre as populações polonesas e dinamarquesas vizinhas e o governo aumentou. Por meados daquele ano, clubes alemães democráticos e monárquico-constitucionais estavam atolados de trabalho. Em Frankfurt, artesãos e mestres convocaram encontros entre seus membros. Pressionados pela Rússia e Inglaterra, a Prússia assinou o armistício de *Malmo* com a Dinamarca e, sem consultar o governo central provisório, retirou o seu apoio militar aos nacionalistas alemães em Schleswig-Holstein, então parte da Dinamarca, mas com uma considerável população etnicamente alemã. Depois que a Assembleia Nacional reverteu a sua condenação ao armistício de Malmo, insurgentes tentaram derrubá-la a força, mas foram derrotados após uma batalha com as forças prussianas nas ruas de Frankfurt. As forças republicanas que se rebelavam em Baden também foram derrotadas. O monarca da Prússia nomeou um primeiro-ministro conservador, que encenou uma ocupação militar de Berlim e declarou estado de sítio na capital. Em resposta, a Assembleia Constituinte estadual conclamou os contribuintes a um boicote aos

impostos. Embora Berlim estivesse pacífica, a revolta se espalhou na maior parte do estado prussiano. Na Bavaria, a esquerda obteve a maioria nas eleições. Em dezembro, o governo prussiano dissolveu a Assembleia Constituinte e estabeleceu uma Constituição autoritária por decreto.

O ano de 1849 começou com a Assembleia Nacional em Frankfurt e a emissão de uma Declaração de Direitos Fundamentais. As eleições na Prússia foram polarizadas entre forças conservadoras e democráticas. Os Liberais e socialistas venceram as eleições na Saxônia. Ainda na mesma primavera, a Assembleia Nacional de Frankfurt concluiu o projeto de uma constituição monárquica nacional para uma Alemanha unificada, que foi aprovada por vinte e oito estados e ofereceu a coroa a Frederico Guilherme IV da Prússia. Ele, entretanto, rejeitou a Constituição e ameaçou os seus apoiadores com força militar. Os democratas organizaram manifestações em apoio a Constituição nacional, algumas das quais terminaram em confrontos. Governos revolucionários foram instituídos na Saxônia, no Palatinado e em Baden. As forças prussianas derrotaram revolucionários no Palatinado e a Assembleia Nacional de Frankfurt fugiu para Stuttgart, apenas para ser dissolvida pelo governante de Württemberg. No mesmo verão, as forças prussianas dominaram os rebeldes revolucionários de todas as partes. Até o final de 1850, a Confederação Alemã tinha sido retomada por uma liderança austríaca. A Áustria também experienciava embates de rua que começaram em Viena em 1848 e culminaram com a fuga de Metternich. Mais ou menos no mesmo momento, as chamas revolucionárias estavam se espalhando para o leste.

As revoluções e levantes europeus alcançaram o seu apogeu nos anos de 1848-1851, trazendo milhões para o palco político; a vontade popular havia eclodido de sua prisão histórica. Nos anos seguintes à Restauração Europeia de 1814, as elites no continente pensavam que ainda poderiam usar o caminho institucional para reagrupar-se e preservar o seu poder. As revoluções de 1848 acordaram aquelas elites do seu sonho de uma modernidade parcial que combinaria a estrutura social da velha ordem política com os lucros da nova economia. Em uma extensão talvez ainda maior do que a Revolução Francesa,

as revoluções do século XIX e as massas transnacionais por elas responsáveis deixaram cicatrizes indeléveis na consciência europeia.

Muitos "forty-eighters" europeus, denominação pela qual os imigrantes que haviam se envolvido nas revoluções europeias de 1848 ficaram conhecidos, migraram para os Estados Unidos. Lá, a industrialização e urbanização da região Norte criou uma classe trabalhadora moderna que juntamente com os ideais poderosos de igualdade e democracia serviram de combustível para um drama nacional que se desdobraria em guerra civil. Muitos daqueles imigrantes lutaram na Guerra Civil, mas o seu impacto intelectual e político foi maior do que no serviço militar. No *front* institucional, a guerra, emancipação dos escravos, mobilidade dos colonos, consolidação do sistema de dois partidos e a mobilização de base dos destituídos contribuíram para uma história eleitoral complicada na qual muitas batalhas do período da Guerra Civil foram reencenadas⁴⁴. Os afro-americanos foram formalmente alçados à cidadania pela adoção das emendas constitucionais XIII e XIV, mas no Sul e em partes do Norte, os eles permaneceram efetivamente desempoderados, assim como os imigrantes, as mulheres e muitos membros das classes trabalhadoras. Na verdade, de 1850 até a Primeira Guerra Mundial, o direito ao voto era restrito *de facto* se não *de jure*, e tal com o apoio entusiasmado das racistas e economicamente inseguras classes média e alta. Foi este o caso, apesar de ou talvez parcialmente devido, ao fato de que o período anterior, a partir de 1790, trouxe uma expansão considerável do sufrágio com a abolição da propriedade, renda (impostos), e, ocasionalmente, do requisito de cidadania. A literatura chega a falar de uma "onda democrática" na América pela metade do século XIX⁴⁵.

A Guerra Civil Americana de 1861-1865 eliminou dois por cento da população dos Estados Unidos à época, provocando uma mudança profunda na economia, demografia, e no espírito da nação⁴⁶. Só a batalha de Gettysburg, no início de julho de 1863, deixou o sangue de mais de cinquenta mil mortos no campo de batalha. O Estados Unidos saiu da Guerra Civil para a

⁴⁴ Ver Alexander Keyssar, *The right to vote: the contested history of democracy in the united states* (2000).

⁴⁵ *Id p. 34.*

⁴⁶ Ver Drew Gilpin Faust, *This republic of suffering: death and the american civil war* (2008).

Reconstrução com um governo federal forte. E também não foi de pouca relevância que Oliver Wendell Holmes Jr, o mais prestigiado jurista americano de todos os tempos, quase morreu no conflito e nunca se esqueceu da devastação que foi deixada para trás.

Seja por meio de um caminho institucional marcado por reformas democráticas (incluindo a reforma constitucional, com a supressão de requisitos para votar com base em propriedade, educação, raça, gênero ou renda) ou um caminho não institucional através de guerras civis, revoltas, greves e revoluções, as massas populares do século XIX tomaram seu lugar no cenário mundial. A sua vontade era, de uma forma ou de outra, mudar a face da velha ordem; o cavalo selvagem da política havia sido solto. A marcha da igualdade e da democracia provou ser tão imparável como Tocqueville havia previsto⁴⁷.

Aqueles investidos no *status quo* reagiram aos acontecimentos de 1848 na Europa e à Guerra Civil nos Estados Unidos de forma dura e, no curto prazo, bem-sucedida. No verão de 1849, o conflito revolucionário aberto na Europa já havia terminado. Os revolucionários e seus simpatizantes foram perseguidos por todo o continente. Nos Estados Unidos, a Reconstrução inaugurou uma nova era de conservadorismo no poder e opressão racial nas ruas. Mas o tempo histórico, como até os conservadores sabem bem, é medido em uma escala maior. Para domar de uma vez por todas as ondas selvagens da política popular exigiria uma façanha do pensamento: nada menos do que a criação de uma forma de consciência capaz de limitar reformas ao mesmo tempo em que emprega o discurso dos reformadores revolucionários. A Grande Aliança entre o historicismo e o racionalismo jurídicos traria esta criação à existência.

O liberal idealista Benedetto Croce lamentou que o fervor liberal e democrático do meado do século XIX e o reconhecimento correspondente de que ideais éticos eram os motores da sociedade não conduziram, na última parte do século, a uma filosofia renovada. Ao invés de esperança filosófica e de entusiasmo político, seguiu-se um período de misticismo, empirismo,

⁴⁷ Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (H.C. Mansfield & D. Winthrop trans., Univ. of Chi. Press 2000) (1835).

naturalismo, positivismo, irracionalismo e pragmatismo. Na verdade, onde seria de se esperar grandeza de ambição e imaginação, o pensamento foi politicamente disciplinado. Croce propôs que os tipos de pensamento prosaicos e limitados que se desenvolveram nas décadas seguintes à revolta da vontade popular não foram gerados diretamente por eventos do período revolucionário. Ao contrário:

narrowness and prosaicness were the attributes of the intellect that considered [the uprisings of the age and their inspiring ideals] in its development, of the imagination that set it in a bad light, and of the spirit that instead of embracing it and lending it warmth left it on the outside or despised it⁴⁸.

Croce caracterizou tal como uma "miragem de falsos ideais" a ser superada mais cedo ou mais tarde⁴⁹. Ele pode haver se equivocado aqui. Sobre este último ponto, Croce e tantos outros subestimaram enormemente a força e a resiliência do tipo de pensamento que a aliança entre o racionalismo e o historicismo do século XIX estava a tecer.

A mesma situação se deu no Direito. O pensamento jurídico do século XIX uniu a razão e a história para desafiar a tese de separação entre o ser e o dever ser⁵⁰. Ambos o racionalismo e o historicismo buscaram obter pela história uma visão prescritiva do Direito e da obrigação jurídica. Cada um atribui uma tarefa à razão: os racionalistas demandando da razão que ela capturasse a essência conceitual do Direito e guiasse sua gradual implementação na realidade⁵¹; os historicistas procurando dar à razão-como-ciência-jurídica a responsabilidade de "escavar" a história do direito de modo a descobrir e elaborar conceitualmente seus elementos vivos, conforme determinado pelas suas conexões orgânicas com o espírito de um determinado povo. É verdade que o encontro no meio do caminho entre os racionalistas e historicistas tinha pontos importantes de desacordo, especialmente quanto ao teste definitivo do valor das normas jurídicas promulgadas e amparadas pelo

⁴⁸ Benedetto Croce, *History of Europe in the nineteenth century* 323 (Henry Furst trans., Harcourt, Brace and Co. 1933) (1931).

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Na distinção fato-valor ver Hume, nota 4; Hilary Putnam, *The fact/value dichotomy and its critics*, in *philosophy in an age of science: physics, mathematics, and skepticism* 283 (Mario de Caro & David Macarthur eds., 2012).

⁵¹ No jargão hegeliano, ideia = conceito + sua determinação efetivadora.

Estado. Para os que vieram do campo racionalista, como Hegel, a legitimidade do direito estatal dependia do quanto ele fielmente espelhava o conceito de Direito em todos os seus departamentos, a começar com a teoria da vontade nos direitos público e privado do século XIX. Para aqueles que se aproximam desse encontro pelo campo historicista, como Savigny, a prova final para legitimidade tanto do direito positivo quanto do direito consuetudinário estava na medida em que tais normas refletiam, livre de todos os elementos do voluntarismo, a dimensão jurídica do espírito do povo. No entanto, essas diferenças eram pequenas se comparadas com os termos do compromisso alcançado entre a razão e a história.

Como mencionado, até o final do século, Holmes na América, Jhering na Alemanha, Geny e Duguit na França, Orlando na Itália, e Dicey na Inglaterra tinham consagrado a fusão da razão e da história. Todos eles conectavam o Direito ao caráter dos povos, às exigências do tempo e à razão. Os interesses materiais e ideais, estruturas constitucionais essenciais, bem como a eficiência de políticas e instituições jurídicas como meio para promover a industrialização e outros fins sociais eram os elementos relevantes do direito. Nada disso se alterou desde então.

Na realidade, os juristas são uma classe particularmente sensível a mudança social⁵². Nos centros ocidentais de produção (principalmente a França, Alemanha, Itália e Reino Unido) e recepção (principalmente Argentina, Brasil, Colômbia, México e Estados Unidos) do pensamento jurídico, juristas reagiram à ameaça da vontade das massas da forma como eles sabiam melhor: com doutrina jurídica. Com a expansão das eleições democráticas, a crescente proliferação de legislação e a propagação de guerra e revolução, as energias intelectuais da filosofia jurídica e social se viraram para a recolonização conceitual da política, criando perspectivas a partir das quais um novo discurso

⁵² Juristas tendem a desradicalizar tudo o que tocam. Para um exemplo na América contemporânea ver Karl E. Klare, *Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941*, 62 MINN. L. REV. 265 (1978). A mesma tendência pode ser detectada em todas as áreas da Estado de bem-estar e de proteção dos trabalhadores, desde o New Deal até os “Americans with Disabilities Act”.

de autoridade viria uma vez mais domar o cavalo selvagem da política⁵³. No século XVIII, muitos pensaram que o Direito poderia ser dominado através da razão e muitos outros acreditavam que ele poderia ser conquistado através da história. Os juristas do século XIX foram mais argutos: apenas a combinação dos *insights* do historicismo e do racionalismo poderia forjar o tipo de consciência jurídica capaz de frear e encurralar a vontade popular moderna. E a história, até agora, tem provado que eles estavam corretos.

IV - A estrutura da grande aliança

E agora esta é "uma herança" –
Vertical, rudimentar, imutavelmente estabelecida
Há muito tempo e ainda fixada a frente
De novo e de novo e de novo.
-Seamus Heaney⁵⁴

Esta parte descreverá os elementos centrais da Grande Aliança. Pensando em inteligibilidade e concisão, eu me concentrarei na forma exemplar como G. W. F. Hegel e F. K. von Savigny combinaram racionalismo e historicismo. Nas suas obras, o movimento recíproco entre racionalismo e historicismo para encurtar a distância que os havia separado no século XVIII aparece em sua forma mais convincente e influente. É importante ressaltar que a influência de ambos os autores foi muito além da Alemanha, chegando a toda Europa e às Américas no final do século XIX e início do XX⁵⁵.

As elites do século XVIII – século das revoluções americana e francesa – acordaram abaladas por movimentos revolucionários que tomaram por assalto

⁵³ Eu acredito que o argumento do artigo seguraria da mesma forma as reivindicações causais, correlacionais (afinidade eletiva) ou funcionalistas. Portanto, eu faço todos os três tipos de argumento como me parece mais persuasiva no pertinente contexto histórico.

⁵⁴ Seamus Heaney, Fretwork: On Translating Beowulf, SALTANA, <http://www.saltana.org/1/esc/91.html#.VF0kdvI4rYh> (last visited Nov. 23, 2014).

⁵⁵ O pensamento jurídico autóctone é um fenômeno do século XX nos Estados Unidos. Até o tempo de Llewellyn, por exemplo, os estudiosos americanos estavam abertos e em grande parte dependentes da Grã-Bretanha, Alemanha e, em menor grau, da escola francesa.

a ordem jurídico-política do Antigo Regime e dos territórios do Império Britânico. Na calada da noite, a percepção da ordem social, historicamente corroborada pela experiência cotidiana dos agentes sociais, tornou-se obsoleta. Contudo, o caos social era insuportável prática, cognitiva e emocionalmente. Para combater isso, os solidários às novas tendências jurídicas e políticas pós-revolucionárias recomendavam a razão como um antídoto para o caos; os seus adversários, desejando a restauração, recomendavam um retorno à tradição (como *nomos*). A vontade das massas, por outro lado, nutria pouca simpatia por qualquer um dos dois.

Após o primeiro quarto do século XIX, o direito ao voto democrático estava em expansão no Ocidente, enquanto o processo legislativo se tornava cada vez mais meticuloso, prolífico e universal. Ao mesmo tempo, profundas transformações sociais, culturais, políticas e econômicas causavam insatisfação, insegurança e incitavam à guerra. Não foi por acaso que, durante o mesmo período em que a vontade das massas transnacionais europeia e americana ascenderam ao palco da história, as mais respeitáveis e influentes correntes de pensamento foram dirigidas no sentido de encontrar a fórmula para domar uma sociedade em fluxo, uma tarefa que buscaram realizar por meio da articulação de ilhas de discursos de autoridade que efetivamente superlegitimaram e blindaram escolhas constitucionais fundamentais de serem contestadas. Somente neste contexto, alguém pode, adequadamente, compreender e apreciar a abrangência, profundidade e alcance da Grande Aliança. A missão atribuída ao (ou a função assumida por ou as afinidades eletivas do) pensamento jurídico, neste contexto, foi de subjugar a vontade popular através de um pensamento jurídico que servia a um *ethos* preservacionista, enquanto prestava a devida homenagem à razão e a reforma incremental. Aqui reside o nascimento da Grande Aliança entre historicismo, o racionalismo e a vontade popular.

Esta nova estratégia de confiar na Grande Aliança para transferir algum poder político para o povo através dos mecanismos da democracia enquanto mantendo autoridade cultural provou ser mais eficaz, sutil, palatável e adaptável do que os esforços evidentes na Restauração conservadora ou na

engenharia social racionalista de cima para baixo. Ainda sob a intenção prática de reconquistar a vontade popular através do pensamento, os elementos formalistas presentes no racionalismo e historicismo do século XVIII foram cooptados pragmaticamente, integrados teoricamente e, finalmente, intensificados pelo historicismo-racional do século XIX.

Certamente, qualquer heurística legal minimamente sofisticada combina razão e história. Desde os tempos do direito privado romano, do constitucionalismo grego ou do direito religioso judaico-cristão, a tarefa do direito tem sido agir no presente como um intermediário entre as ordens sociais do passado e do futuro. Isso está relacionado não apenas à cultura jurídica, mas também, em um nível mais profundo, com a necessidade funcional de mecanismos impessoais de coesão social e reprodução cultural ao longo do tempo.

De modo mais geral, o impulso de tecer juntas a razão e a história está no cerne da condição humana e na base do pensamento. Por exemplo, o historicismo no racionalismo de Hegel pode ser rastreado desde Platão. No *Symposium*, ao alcançar a última etapa de sua busca pelo conhecimento filosófico da ideia de beleza, o pensador “may be constrained to contemplate the beautiful as appearing in our observances and our laws, and to behold it all bound together in kinship⁵⁶”. A *gravitas* filosófica e a complexidade da abordagem hegeliana faz justiça a Platão, colocando a historicização do racionalismo num quadro evolutivo. Na verdade, o que aparecia como racionalmente putativo e estático em Platão é apresentado, em Hegel, como dinâmico e necessário de acordo com as leis históricas. Mas o ponto ainda é o mesmo: história e razão se atraem mais do que se repelem.

A atração entre razão e história no Direito só se difere daquela na filosofia quanto às dimensões institucionais específicas que o Direito possui. Nas convenções pragmáticas, cognitivas e normativas forjadas pela Grande Aliança, elementos conservadores e utópicos do historicismo e do racionalismo do século XVIII convergiram para criar uma estrutura teórica e institucional

⁵⁶ Plato, *Symposium* 203 (W.R.M. Lamb trans., Harvard Univ. Press 2001).

poderosa⁵⁷. A filosofia jurídica racionalista de Hegel apresenta etapas históricas e arranjos institucionais como manifestações da mordida operacional da razão no mundo. A ciência jurídica historicista de Savigny é atraída pelas racionalizações da ciência jurídica, a fim de dotar os dados históricos com estabilidade conceitual e autoridade intelectual. As implicações práticas e teóricas da aproximação entre racionalismo e historicismo que são exemplificadas nas obras de Hegel e Savigny não podem ser subestimadas.

Dentre os principais protagonistas intelectuais da Grande Aliança, Hegel e Savigny desafiaram a noção, tão influente naquele tempo como é agora, da separação epistemológica absoluta entre "ser" e o "deve-ser". Em suas obras, eles derivaram a conclusões descritivas e normativas a partir do *status quo* e de dados históricos. Eles o fizeram através do modo como cada qual atribuiu diferentes tarefas à razão: Hegel usa a razão para extrair do Direito e das instituições legais concretas da época e a ideia e o conceito de direito (no vocabulário hegeliano, a ideia resulta da realização concreta de um conceito em sua determinação empírica); Savigny usou a razão como ciência jurídica responsável pela descoberta, revelação e sistematização da dimensão jurídica de um *Volksgeist* vivo.

Como mencionado, uma diferença importante entre ambos pode ser encontrada no teste definitivo do valor dos sistemas jurídicos e das estruturas constitucionais existentes. Para Hegel, a prova definitiva é a medida em que o direito e as instituições historicamente dados refletem fielmente o conceito de Direito, tal como estipulado pela razão. Para Savigny, por outro lado, a prova definitiva do valor das instituições legais e políticas deve ser encontrada na extensão em que estas refletem exatamente, isentas de voluntarismo ahistórico (principalmente legislativo), os princípios jurídicos e políticos enraizados no espírito de seu povo.

⁵⁷ Para uma compreensão mais profunda do pensamento jurídico do século XIX ver Grant Gilmore, *The ages of american law* (1977); Morton J. Horwitz, *The transformation of american law: 1870–1960* (Oxford Univ. Press 1992); Morton J. Horwitz, *The transformation of american law: 1780–1860* (1977); Olivier Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en allemagne (1800–1918)* (2005); Donald R. Kelley, *The human measure: social thought in the western legal traditions* (1990); Karl Larenz, *Methodenlehre der rechtswissenschaft* (1991); Gustav Radbruch, *Legal philosophy, in the legal philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin* 47 (ass'n of am. law sch. ed., kurt wilk trans., 1950) (1932) (especially helpful to interpret the significance of Jhering); Franz Wieacker, *A history of private law in Europe* (Tony Weir trans., Oxford Univ. Press 2003).

Hegel e Savigny eram considerados titãs da alta cultura e donos de grande autoridade e prestígio no século XIX. Como se sabe, eles se viam como rivais intelectuais irreconciliáveis⁵⁸. Portanto, é uma questão legítima saber se faz sentido apresentá-los como aliados naquilo que é indiscutivelmente a mudança mais importante do pensamento jurídico moderno. Para responder essa pergunta, considere como, quando observado do ponto de vista do início do século XXI, a discórdia entre os dois empalidece se comparada com a hegemonia da visão de mundo que ambos ajudaram a criar.

A reação de Hegel ao racionalismo utópico e ao historicismo conservador foi complexa, e incluiu a crítica do que ele considerava ser a sua "unilateralidade", especialmente no ramo proveniente do idealismo alemão⁵⁹. Uma importante provocação a isso veio de Kant. Postulando a aliança definitiva entre a natureza e a razão nas suas oitava e nona proposições visando a formulação de uma história universal completa da natureza e da humanidade, Kant sugeriu que:

the history of the human race as a whole can be regarded as the realization of a hidden plan of nature to bring about an internally... perfect political constitution as the only possible state within which all natural capacities of mankind can be delivered completely⁶⁰.

Declarou ainda que:

a philosophical attempt to work out a universal history of the world in accordance with a plan of nature aimed at a perfect civil union of mankind, must be regarded as possible and even as capable of furthering the purpose of nature itself⁶¹.

⁵⁸ Para um estudo comparativo do pensamento jurídico ver Luc Ferry, *Droit, Coutume et Histoire: Remarques sur Hegel et Savigny*, in *la coutume et la loi: etudes d'un conflit* 83 (Claude Journès ed., 1986).

⁵⁹ Para aprender sobre a história do idealismo alemão antes de Hegel (aquele de Kant, Fichte, Schelling, e os jovens românticos), ver Frederick C. Beiser, *German idealism: the struggle against subjectivism 1781–1801* (2002).

⁶⁰ Emmanuel Kant, *Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose*, in *POLITICAL WRITINGS* 41, 50 (Hans Reiss ed., H.B. Nisbet trans., Cambridge Univ. Press 2d ed. 1991) (1784).

⁶¹ *Id p. 51.*

E quanto ao futuro autor de tal história, Kant espera que a natureza, assim como ela produziu um Kepler e um Newton, criasse "someone capable of writing it along the lines suggested"⁶².

Hegel voluntariou-se para tal tarefa. Sua obra mostra uma preocupação com a odisseia do espírito humano em direção ao ponto mais alto da sua autoconsciência histórica reflexiva. No seu estudo do Direito, Hegel afirma demonstrar como, dentro de um horizonte filosófico mais amplo, racionalismo e historicismo convergem em um ponto de fusão, autorizando o postulado de que os dados empíricos do direito e do Estado em todos os casos devem necessariamente refletir o elemento universal dos conceitos de direito e de Estado como um "fato da razão".

Por certo, Hegel distinguiu a explicação histórica da conceitual. Para ele, a compreensão (*Verstehen*) que as ciências históricas prometem é insuficiente e quase sempre enganosa. Para o jurista, o verdadeiro discurso sobre os eventos mundanos deve necessariamente surgir no plano conceitual, a fim de lançar redes sobre o mundo que irá capturar, sob a forma de ideias, casos singulares e empíricos da manifestação dos construtos racionais universais correspondentes⁶³. O racionalismo de Hegel ratifica, portanto, a tese racionalista arquetípica de que a vontade age sob a orientação da razão, mas aqui "the will is a particular way of thinking—thinking translating itself into existence, thinking as the drive to give itself existence"⁶⁴. Apesar de manter uma aliança macroestratégica de longo prazo com a natureza, a vontade é a cidadela do pensamento livre e se expressa primeiramente como conceito⁶⁵. Esse conceito é o produto da vontade racional e a forma de expressão das coisas-em-si. Da mesma maneira, a vontade necessariamente contém em si o conceito de coisa-em-si que ela representa como objeto de volição em suas manifestações mundanas.

⁶² Id. p. 42.

⁶³ Ver Hegel, nota 8, p. 29-30.

⁶⁴ Id. p. 35.

⁶⁵ Como um racionalista no caminho para a relação com historicismo, Hegel ainda subscreveu à autoridade do bem absoluto racionalista: "The basis of the right is the realm of spirit in general and its precise location and point of departure is the will; the will is free, so that freedom constitutes its substance and destiny and the system of right is the realm of actualized freedom, the world of spirit produced from within itself as a second nature." *Id.*

Nestes termos, o “eu” hegeliano é, inicialmente, pura vontade intelectual, vontade de pensamento ou idealização de vontade. Apenas em um segundo momento o “eu” se apresenta ao mundo, deixando nele suas impressões ou pegadas de acordo com as limitações e possibilidades historicamente dadas. Visto em conjunto e diacronicamente, essas impressões constituem o legado da vontade pensada. Este legado nada mais é do que a história, que, assim, em última análise, brota da razão. Assim compreendida, a história transporta um núcleo conceitual que corresponde à vontade que construiu e promulgou conceitos nos eventos que são a essência da história. Vale a pena neste ponto citar um trecho mais extenso de Hegel:

To generalize something means to think it. “I” is thought and likewise the universal. When I say “I,” I leave out of account every particularity such as my character, temperament, knowledge, and age. “I” is totally empty; it is merely a point—simple, yet active in its simplicity. The colorful canvas of the world is before me; I stand opposed to it and in this [theoretical] attitude I overcome its opposition and make its content my own. “I” is at home in the world when it knows it, and even more so when it has comprehended it. So much for the theoretical attitude. The practical attitude, on the other hand, begins with thought, with the “I” itself, and seems at first to be opposed [to the world] because it immediately sets up a separation. In so far as I am practical or active, i. e. in so far as I act, I determine myself, and to determine myself means precisely to posit a difference. But these differences which I posited are nevertheless also mine, the determinations apply to me, and the ends to which I am impelled belong to me. Now even if I let go of these determinations and differences, i. e. if I posit them in the so called external world, they still remain mine: they are what I have done or made, and they bear the imprint of my mind... The theoretical is essentially contained within the practical; the idea that the two are separate must be rejected, for one cannot have a will without intelligence. On the contrary, the will contains the theoretical within itself.... It is equally impossible to adopt a theoretical attitude or to think without a will, for in thinking we are necessarily active. The content of what is thought certainly takes on the form of being; but this being is something mediated, something posited by our activity. These distinct attitudes are therefore inseparable: they are one and the same thing, and both moments can be found in every activity, of thinking and willing alike.⁶⁶

⁶⁶ *Id p. 35-36*

Como aspectos *nomotéticos* de tradição como *nomos*, os costumes jurídicos seriam, de acordo com essa visão, resíduos mundanos de volições passadas; de algum modo, eles também expressam os conceitos de Estado, Direito, moralidade, e assim por diante, formulados pela razão. Há sim, no entanto, uma diferença importante no grau de consciência, determinação e especificação da vontade e universalidade entre costumes jurídicos e leis positivas. Porque costumes assumem o seu conteúdo de uma maneira menos voluntária e consciente, a sua ontologia é mais precária e sua autoridade menos certa e direcionada. As leis postas, por serem proativas, exigem uma maior consciência e determinação volitiva. No caso da lei, isso não implica apenas em uma conexão mais precisa com o conceito de direito, mas também proporciona maiores chances de universalismo.⁶⁷

Outro ponto crucial sobre a abordagem racionalista ao historicismo é a possibilidade permanentemente aberta de reinocular a facticidade histórica com uma versão ainda mais pura do conceito racional embrionário num processo com dinâmica potencialmente infinita de equilíbrio (reflexivo) entre razão e história. Uma vez inoculados com uma versão mais esclarecida e mais refletida do conceito, os processos históricos desviam seu curso do particular, precário e imperfeito para o sentido do universal, estável e verdadeiro:

One of the main sources of the complexity of legislation is that the rational, i.e. that which is rightful in and for itself, may gradually infiltrate primitive institutions which contain an unjust element and are therefore of merely historical significance.... But it is essential to realize that the very nature of the finite material entails an infinite progression when determinations which are universal in themselves and rational in and for themselves are applied to it⁶⁸.

⁶⁷ Hegel escreve: “To posit something as universal—i.e. to bring it to the consciousness as a universal—is, as everyone knows, to think . . .; when the content is reduced in this way to its simplest form, it is given in final determinacy. Only when it becomes law does what is right take on both the form of its universality and its true determinacy. Thus, the process of legislation should not be represented merely by that one of its moments whereby something is declared to be a rule of behaviour valid for everyone; more important than this is the inner and essential moment, namely cognition of the content in its determinate universality. Since only animals have their law as instinct, whereas only human beings have theirs as custom, customary rights contain the moment of being thoughts and of being known”. Id. p. 241–43.

⁶⁸ Id. p. 247–48.

A filosofia hegeliana de Direito e Estado opera com três ordens normativas em que a complementaridade funcional e as sobreposições de competência criam diferentes esferas da ordem social. As três ordens normativas do *Estado* constitucional moderno são as do direito, da moral e da vida ética (*Sittlichkeit*). A esfera da sociedade civil - os interesses pragmáticos de agentes sociais – é formada pela união do Direito com a moral e deve operar sob a sua jurisdição compartilhada. Junto com outras sub-esferas de menor relevância, a família e a sociedade civil formam os contextos de expressão ética por meio das emoções. Conectando a família, a sociedade civil e as estruturas constitucionais e administrativas do Estado moderno, a esfera abrangente resultante é a do *Estado* como vida ética no seu grau mais denso.

Cada ordem normativa deve incorporar em seu núcleo um conteúdo universal, sob a forma de um conceito revelado pela razão. Consequentemente, cada esfera da sociedade regulada pela respectiva ordem normativa leva necessariamente dentro de si mesma, embora em diferentes níveis, sua formulação racional em termos conceituais. As esferas sociais e suas ordens normativas estão, como se explicou, sempre suscetíveis à reinoculação pelo vírus da racionalidade, um fenômeno que ocorre sistematicamente na modernidade. Assim, conclui-se que a condição humana moderna é tal que "what is rational is actual; and what is actual is rational."⁶⁹ Vindo do extremo racionalista do espectro racional-historicista, o pensamento hegeliano detectou no centro da realidade histórica um elemento de legitimação racional, pois a realidade é aqui apreendida como uma ideia – quer dizer: como a realização de um conceito estipulado pela razão – cuja manifestação concreta tornou-se necessária, independentemente do nível de consciência dos agentes sociais.

Através deste movimento em direção ao centro do *continuum* razão-história, a perspectiva hegeliana abandona, em aspectos importantes, a concepção socrática do pensamento como meio para escapar do invólucro endurecido do próprio contexto institucional e cultural do ser pensante⁷⁰. No

⁶⁹ Id. p. 20.

⁷⁰ Ver Roberto Unger, *False necessity* (1987) para a reimaginação contemporânea deste espírito socrático. Sobre a cidadania socrática, ver Dana Villa, *Socratic citizenship* (2001).

racionalismo utópico do século XVIII ainda era possível deparar-se com essa concepção socrática da filosofia. Nela, as ferramentas de pensamento ainda estavam comprometidas em fatiar e escavar o mundo social em busca de conexões causais arcanas e processos esotéricos históricos ou subjetivos.

Em Hegel, a concepção socrática de filosofia como crítica cultural é consideravelmente diminuída. Em sua Filosofia do Direito, Hegel está muito mais interessado no esforço hercúleo de extrair provas de estabilidade daquilo que é contingente, de ver uma instância do universal no particular, de interpretar a história como um momento do racional e de ver a perfeição do conceitual na imperfeição daquilo que é material.

Agora considere o mesmo movimento em direção ao ponto de encontro, mas vindo da direção oposta. Assim como David Hume, Savigny imaginou o Direito e as instituições tradicionais como fenômenos espontâneos, ao menos quando estão na sua melhor forma. Para ele, o direito consuetudinário do mundo Romano-Germânico era impessoal, anônimo e um produto involuntário de um processo orgânico cultural. Produto da operação primitiva da razão estratégica e das crenças tradicionais do mundo, o direito costumeiro representava muito mais um mosaico do que um sistema de ordenação social. E a força normativa da ordem habitual advinha da energia vital de um povo que se manifesta durante a sua história. Em contraste com o chamado de Hegel para uma racionalização progressiva da experiência pela vontade conceitualmente informada, Savigny se recusou a conceder ao voluntarismo legislativo qualquer polegada de legitimidade das ordens jurídicas e políticas. Mas havia uma peculiaridade em seu argumento. Ao contrário de Hume, Savigny atribuiu à razão toda a autoridade da ciência para descobrir, purificar, esclarecer, organizar e disseminar os elementos normativos orgânica e espontaneamente presentes no fato histórico.

Se consideramos o mais influente dos escritos de Savigny, “Da vocação do Nosso Tempo de Legislação e Ciência Jurídica”, cinco temas se destacam: (1) a rejeição de uma abordagem ao conteúdo do Direito e ao caráter de uma ordem jurídica que fosse conceitualista, dedutiva e *a priori*; (2) a analogia do direito com um idioma nacional (natural), considerando-se o seu lugar entre os

elementos intrínsecos do espírito vivo de um povo, em oposição a um conjunto universal de princípios (artificiais); (3) a artificialidade destrutiva e sem sentido das codificações, que não possuem o elemento mais importante da normatividade do Direito: sua conexão com o *Volksgeist*; (4) a subversão dos juristas seduzidos pelas codificações de suas responsabilidades como intermediários autorizados entre os elementos legais do *Volksgeist* e o próprio povo, responsabilidades que resultam de seu ser equipado epistemologicamente de forma diferenciada (em uma assimetria de racionalidade comparável a expressada pelo racionalismo utópico do século XVIII); e, finalmente, (5) a defesa de um princípio de evolução institucional com base na constante descoberta e articulação por parte da ciência jurídica do princípio orgânico do espírito do povo por meio da distinção entre aquilo que nele ainda está vivo daquilo que representa somente um interesse antiquado e não pertence legitimamente à tradição do povo como *nomos*⁷¹. Estes temas, que antecipam o caminho do racio-historicismo partindo do historicismo em direção ao racionalismo, convergem naquilo que Savigny chama de o aspecto político do Direito. O elemento técnico do Direito é encontrado na rejeição de uma razão crítica e imaginativa *a priori* em nome da valorização da razão jurídico-científica como submissa aos conteúdos históricos espontaneamente gerados e organicamente conectados entre si. Atenção para alguns dos detalhes deste caminho é necessária.

Em sintonia com as sensibilidades do movimento romântico - que incluiu precursores como Novalis, Schlegel e Schleiermacher - Savigny reagiu contra os credos iluministas da razão universal e da marcha do progresso. Ele conectou o movimento de codificação do seu tempo com a racionalização, o ímpeto cosmopolita e a crença no progresso dos racionalistas do século XVIII e a correspondente *malaise* do racionalismo:

In the first place, it is connected with many plans and experiments of the kind since the middle of the eighteenth-century. During this period the whole of Europe was actuated by a blind rage for improvement. All sense and feeling of the greatness by which other times were characterized, as also of the natural

⁷¹ Savigny, nota 9. Sobre os elementos principais da Vocação ver Ferry, nota 59, p. 83–94.

development of communities and institutions, all, consequently, that is wholesome and profitable in history, was lost; it's [sic] place was supplied by the most extravagant anticipations of the present age, which was believed to be destined to nothing less than to being a picture of absolute perfection. This impulse manifested itself in all directions; what it has effected in religion and government, is known; and it is also evident how everywhere, by a natural reaction, it could not fail to pave the way for a new and more lively love for what is permanent. The law was likewise affected by it. Men longed for new codes, which, by their completeness, should ensure a mechanically precise administration of justice; insomuch that the judge, freed from the exercise of private opinion, should be confined to the mere literal application: at the same time, they were to be divested of all historical associations, and, in pure abstraction, be equally adapted to all nations and all time.⁷²

Savigny reagiu igualmente contra conceber o Direito como um produto de burocracias ou da razão ahistórica ou da ordem cósmica da natureza. Para ele, o positivismo jurídico e o direito natural racional eram em última análise, conciliáveis, e ambos eram falsos. Contra ambos e seu apogeu no Código de Napoleão de 1804, Savigny reafirmou as teses historicistas do anonimato e da espontaneidade da origem das ordens sociais⁷³. Assim, implodir o consenso legal e os padrões de legitimação da engenharia social centralizada exemplificada pelo Código de Napoleão se tornou uma importante missão da Grande Aliança. Com uma mão ela deu, e com a outra ela tirou.

No historicismo-racional de Savigny, o objetivo da ciência jurídica deixa de ser a elaboração conceitual e sistemática de legislação, a qual, para ele, deveria ser reservada apenas para a solução de conflitos entre costumes ou para a classificação dos costumes legais do Estado-nação, da mesma forma que, por exemplo, a propriedade é classificada. Estrategicamente, e no grande esquema da Grande Aliança, o objeto próprio da razão na forma de ciência jurídica seriam os costumes normativos, que por serem emanados organicamente do *Volksgesitt*, contêm em seu conjunto material propício para racionalização *ex post*. Nas mãos da ciência jurídica, as imperfeições, incertezas e conflitos do mundo real (histórico) seriam sublimadas em

⁷² Friedrich Karl von Savigny, *Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence* 20–21 (Abraham Hayward trans., 2002) (1831).

⁷³ Ver id. p. 22–23.

pensamento. Assim, no seu *Sistema de Direito Romano Moderno*, Savigny insiste no papel não só de sistematizador racional que cabe ao pensamento jurídico, mas também em apontar seu papel como instrumento de sublimação científica das contingências da história e das opiniões dominantes de cada período⁷⁴.

Porém, a recusa de Savigny em aceitar a legislação como o objeto supremo da ciência jurídica não significa que os aspectos nomoéticos do espírito do povo devessem ser o seu único objeto. Haver-se-ia, no entanto, uma preferência inequívoca da parte da ciência jurídica sobre este último objeto. Para justificar essa preferência da ciência jurídica por conteúdos históricos, Savigny, fiel aos ensinamentos da Escola Histórica, deu uma guinada para a naturalização da Direito, da constituição política e das idiosincrasias do idioma de cada povo:

In the earliest times to which authentic history extends, the law will be found to have already attained a fixed character, peculiar to the people, like their language, manners and constitution. Nay, these phenomena have no separate existence, they are but the particular faculties and tendencies of an individual people, inseparably united in nature, and only wearing the semblance of distinct attributes to our view. That which binds them into one whole is the common conviction of the people, the kindred consciousness of an inward necessity, excluding all notion of an accidental and arbitrary origin.⁷⁵

Esta naturalização, na medida em que inseriu o Direito, a constituição política, e a linguagem de um povo na forma natural das coisas em geral, permitiu a reentrada do universalismo por meio da janela lateral. Ainda que ele houvesse sido expulso pela porta da frente, juntamente com as pretensões demiúrgicas da razão. Savigny propõe uma forma de naturalização cultural no sentido de que os ramos do Direito, das instituições políticas e da língua

⁷⁴ Como Savigny propõe: “[I]t is desirable that from time to time, the researches and gains of individuals should be summarized in a unifying consciousness. The holders of science, living at the same time, are often in sharp opposition to one another; but those contrasts come out still more strongly when we compare all ages. Here our business is not to choose the one and reject the other; the task consists rather in dissolving the perceived opposition in a higher unity which is the only way to a safe progress in the scienc.” Friedrich Karl Von Savigny, *System of the modern roman law*, Vol. 1, p. 1 (William Holloway trans., Hyperion Press, Inc. 1867) (1993).

⁷⁵ Savigny, nota 9, p. 24.

materna estão todos ligados ao tronco do *Volksgeist* por meio de um elo experienciado pelos membros de cada povo como sendo tão forte como aquele das leis naturais em geral. Assim, contra a racionalidade *a priori* do racionalismo utópico do século XVIII, Savigny ofereceu o que viu como a historicidade inescapável de cada forma singular de vida coletiva. Contra a sedimentação cumulativa mais-ou-menos arbitrária de fatos históricos caros ao historicismo instrumental do século XVIII, ele apresentou a natureza interna e orgânica do desenvolvimento da história e do inevitável trabalho de acabamento que cabe à ciência dar a este material histórico-orgânico. Na estreita abertura deixada entre estas duas posições, ele defendia a razão como tendo uma função guardiã – ao contrário de criadora – sobre os conteúdos históricos herdados.

Para melhor compreender as concessões do historicismo ao racionalismo, é útil interrogar ainda mais a fundo a natureza dinâmica do material institucional de cada povo. Na sua essência, as instituições do *Volksgeist* estão em permanente desenvolvimento orgânico, desde que o *Volksgeist* mantenha a sua identidade e força. Esta organicidade é, naturalmente, muito diferente da visão de progresso como o resultado de programas racionais. Ela também difere da concepção hegeliana do progresso como um processo de autopurificação durante o curso da história da “ideia” impregnada pelo correspondente “conceito” racional. Progresso, no racio-historicismo de Savigny, se refere à evolução da cultura de um povo de acordo com princípios internos a este povo. É aqui que o racio-historicismo da ciência jurídica converge com o anseio por autenticidade da linha *rousseauiana* do pensamento moderno⁷⁶.

O Direito como o objeto da razão na forma de ciência jurídica é, portanto, pensado como possuidor dos atributos da historicidade, organicidade, necessidade, maleabilidade científica e constante desenvolvimento autogerado, enquanto o espírito do povo vive. No entanto, Savigny não é alheio às complexidades que são inerentes à operação da ciência

⁷⁶ Savigny escreve: “[T]his organic connection of law with the being and character of the people, is also manifested in the progress of the times; and here, again, it may be compared with language. For law, as for language, there is no moment of absolute cessation; it is subject to the same movement and development as every other popular tendency.”

jurídica na história. É precisamente à luz da maleabilidade científica da matéria jurídica histórica, implicando a tecnicidade inerente ao Direito, que Savigny fala da dupla natureza do direito como um tipo de conhecimento especializado e como o objeto desse conhecimento.

Law is henceforth more artificial and complex, since it has a twofold life; first, as part of the aggregate existence of the community, which it does not cease to be; and, secondly, as a distinct branch of knowledge in the hands of the jurists. All the latter phenomena are explicable by the co-operation of those two principles of existence; and it may now be understood, how even the whole of that immense detail might arise from organic causes, without any exertion of arbitrary will or intention. For the sake of brevity, we call, technically speaking, the connection of law with the general existence of the people—the political element; and the distinct scientific existence of law—the technical element.⁷⁷

À complexidade criada pela dupla natureza do direito, é preciso acrescentar a opacidade com que, nas condições da modernidade, o Volksgeist aparece a seu respectivo povo. Na verdade, os deslocamentos culturais causados pela transição para modernidade afetaram negativamente o acesso aos termos das tradições nomotéticas, ou assim Savigny, bem como historicistas em geral, acreditava. A pessoa comum pode simplesmente não ter uma compreensão clara e imediata daquilo que a tradição determina. Como pode um povo ser regido por uma ordem jurídica que é, pelo menos em parte, elusiva aos seus membros comuns?

Na proporção que as complexidades dos atributos do Direito combinam com a miopia cognitiva imposta pelas condições da vida moderna, o jurista fica valorizado em seu papel de agente cognitivo privilegiado capaz de mobilizar a razão a serviço das tradições como *nomos*. Não obstante, em contraste com a missão demiúrgica associada com as habilidades cognitivas dos agentes racionalistas utópicos, a missão do cientista jurídico de Savigny seria limitada a apenas trazer à luz as cláusulas do Direito tradicional, de forma a organizar racionalmente este material e de se manter como o agente guardião do povo.

⁷⁷ Id. p. 28–29.

Dessa forma, o jurista é elevado a posição de um agente todo-poderoso encarregado de operar como intermediário confiável do *Volksgeist*. Como tal, o jurista é o agente *par excellence* da Grande Aliança e seu discurso especializado fala para o povo em nome de seu próprio espírito verdadeiro. A partir da complexidade do Direito como objeto emerge a necessidade da especialização progressiva dos juristas, que "now become more and more a distinct class of the kind"⁷⁸. Como "law perfects its language, takes a scientific direction, and, as formerly it existed in the consciousness of the community, it now devolves upon the jurists, who thus, in this department, represent the community"⁷⁹. Assim, a sua autoridade e a força da sua ciência advêm da fidelidade do jurista para com a missão de guardião e voz do *Volksgeist*, como *custus constitutiones* da forma de vida coletiva.

Quando os atributos do objeto de sua ciência e seu papel como o mediador entre o *Volk* e o *Geist* são levados em conta, é esperado que o jurista tenha um duplo conjunto de habilidades. Primeiro, ele deve ser um hábil historiador; segundo, um racionalizador incansável dos elementos vivos de sua tradição jurídica⁸⁰. Assim, a razão e a história convergem na própria consciência do agente cognitivo privilegiado. A mente do jurista é assim o primeiro lugar da fusão entre historicismo e do racionalismo e é aí que a possibilidade de uma racionalização e, portanto, de legitimação do discurso do *establishment* social e cultural começa a se materializar. Apesar de todo o alarde que acompanhou a subida da vontade das massas ao palco do mundo, essa vontade deve ser alinhada com os fundamentos constitucionais autênticos, e é tarefa do jurista iniciar esse processo e com a sua autoridade difundi-lo para o resto da cultura.

A ciência jurídica sob a Grande Aliança manteve duas crenças características da elevada confiança cognitiva e prática com que o racionalismo

⁷⁸ Id. p. 28.

⁷⁹ Id. p. 28–29.

⁸⁰ Savigny propõe: "A twofold spirit is indispensable to the jurist; the historical, to size with readiness the peculiarities of every age and every form of law; and the systematic, to view every notion and every rule in lively connection and co-operation with the whole, that is, in the only true and natural relation. This twofold scientific spirit is very rarely found amongst the jurists of the eighteenth-century; and, in particular, some superficial speculations in philosophy had an extremely unfavourable effect." Id. p 64–65.

do século XVIII abordou o problema da ordem legítima. O primeiro é a crença na possibilidade de se manipular o fato histórico, manipulação esta através da qual “[t]he historical matter of law, which now hems us in all sides, will then be brought under subjection, and constitute our wealth”⁸¹. Mas essa manipulação não é deliberativa e participativa. Muito pelo contrário: a ideia aqui é essencialmente de hierarquia e centralização, embora com uma inclinação conservadora ausente no racionalismo do século anterior. A segunda crença é na razão como porta-voz e guardião de processos históricos seletivos. A diferença entre o racionalismo histórico de Savigny e o racionalismo utópico é sutil, mas significativo neste ponto em particular. Por meio da geração controlada de uma ordem social fundada em princípios que supostamente haviam chegado por uma razão incondicionada, racionalistas utópicos ansiavam por reinventar e governar a sociedade. Em contraste, o racionalismo histórico de Savigny se retrojeta sobre o passado para exercer um método de controle seletivo que transforma o impacto normativo e pragmático que tradições (como *nomoi*) de outra forma poderiam ter sobre *modi vivendi*.

The essence of [the view of the Historical School] rather consists in the uniform recognition of the value and independence of each age and it merely ascribes the greatest weight to the recognition of the living connexion which knits the present to the past, and without the recognition of which we recognize merely the external appearance, but do not grasp the inner nature, of the legal condition of the present. The view, in its special application to the Roman law, consists not, as is asserted by many, in assigning to it an improper mastery over us; it will rather first of all search out and establish in the whole mass of our legal condition what in fact is of Roman origin, in order that we may not be unconsciously governed by it: further however, in order that freer space may be gained for the development and healthy operation of the still living parts of that Roman element, it will, in the circle of those Roman elements of our legal consciousness, separate that part of it which is in fact dead and, merely through our misunderstanding, still drags on a perturbing show of life⁸².

Igualmente atraída para cada um dos polos do racionalismo e do historicismo, a Grande Aliança racional-historicista fica refém de exigências

⁸¹ Id. p. 154.

⁸² Savigny, nota 75, p. iv–v.

que, se não inteiramente incompatíveis, estão em tensão uma com a outra: resguardar o tradicional enquanto o sublima; afirmar a profunda historicidade dos arranjos jurídicos fundamentais enquanto rejeita a sua arbitrariedade; aspirar à apropriação científica do material histórico, enquanto postula sua natureza sagrada; confiar em um seletivo filtro racional para a evolução histórica, enquanto postula a autoridade suprema do seu desenvolvimento orgânico; celebrar a impessoalidade do espírito coletivo enquanto o submete ao domínio e controle de uma classe de agentes sociais distinguidos por suas habilidades epistemológicas; e, finalmente, abraçar simultaneamente a fixação com a tradição e o sonho da razão.

By reason of the great and manifold legal material with which centuries have supplied us, our task is incomparably more difficult than that of the Romans; our aim thus stands higher and when it happens to us to reach it, we shall not merely have repeated in mere imitation the excellence of the Roman jurists, but have accomplished something much greater than they did. When we shall have been taught to handle the matter of law presented to us with the same freedom and mastery as astonishes us in the Romans, then we may dispense with them as models and hand them over to the grateful commemoration of history⁸³.

Ao ler passagens como esta, nós podemos erroneamente toma-la como o enunciando o espírito da Grande Aliança ou trata-la como totalmente insincera. Qualquer das duas interpretações significaria confundir a natureza da matriz de pensamento a qual veio a dominar a cultura e a prática jurídica, e sob cujo manto escolas de pensamento jurídico tão distintas quanto o pragmatismo, o positivismo e o equilíbrio reflexivo idealista protegem-se da implausibilidade. A Grande Aliança tem assim a capacidade de adaptação e a incoerência necessárias para a tarefa de proteger fundamentos constitucionais em tempos democráticos e revolucionários. Por meio de seu apelo à tradição, às expectativas de eficiência e justificabilidade racionais e deferência aos processos democráticos, a Grande Aliança tem sido, até agora, bem-sucedida. Escapar do seu cerco requer mais do que superar desafios práticos extraordinários; escapar da Grande Aliança sobretudo apresenta obstáculos

⁸³ Id. p. xv.

cognitivos e imaginativos quase intransponíveis. A prova é que ela não apenas sobrevive, mas também coopta a esquerda e a direita do pensamento jurídico contemporâneo.

No historicismo conservador do século XVIII, as vantagens práticas e cognitivas esperadas do cumprimento das normas de preservação de tradições estavam conectadas em um nível profundo. Do outro lado da polarização, a mesma conexão profunda entre vantagens práticas e cognitivas caracterizava o racionalismo progressivo do século XVIII. Na Grande Aliança, as estratégias ideacionais do racional-historicismo jurídico escudaram os fundamentos constitucionais de serem revolucionariamente desafiados, enquanto criaram um *playground* para a crítica consequencialista, o *fiat* positivista e a experimentação política de todos os tipos.

No período entre guerras, disputas sobre o conteúdo e significado da experiência histórica e uma consciência dos limites da razão em escolher entre concepções concorrentes da boa-vida promoveram um tipo de pensamento jurídico profundamente alerta à condição humana marcada por uma visão de mundo desencantada em um mundo imanentemente irracional do ponto-de-vista ético⁸⁴. Ao mesmo tempo, as instituições e práticas da democracia respeitosa de arranjos constitucionais fundamentais foram se espalhando por todo o hemisfério ocidental e além. A experiência da aceleração e aprofundamento de mudanças sociais e do potencial constante de tragédia pessoal e catástrofe coletiva minaram profundamente a plausibilidade de discursos de autoridade de autoridade com base na história ou na razão sozinhas - o antinomismo e o normativismo reinventado reinaram. A filosofia jurídica, alocando peso decisivo para a experiência histórica encapsulada em manifestações culturais particulares, atribuindo tarefas legitimadoras à razão e mostrando deferência suficiente pela democracia, dirigiu seu curso neste mundo desencantado e intrinsecamente irracional, a fim de entregar a sociedade moderna para as gerações vindouras. Este não foi um pequeno feito - disciplina cognitiva, coesão social transgeracional e reprodução cultural são desafios sérios e delicados. Mas podemos continuar silenciando o anseio por

⁸⁴ Ver Max Weber, *Economy and society* (Guenther Roth & Claus Wittich eds., Univ. of Cal. Press, 1978) (1922).

uma emancipação mais profunda e universal em justiça, igualdade, liberdade, dignidade e razão? Nós deveríamos? Eu não acho que podemos ou devemos.

V – Conclusão

Pois que o presente consagra e cristaliza o passado.
-Simone De Beauvoir⁸⁵

To idealize and to unify...
-Samuel Taylor Coleridge⁸⁶

Este artigo reconstruiu, em linhas gerais, as causas da ansiedade das elites do século XIX bem como as principais manobras teóricas e argumentativas com que a Grande Aliança a elas respondeu. A Grande Aliança criou e pôs em marcha um poderoso *ethos* preservacionista no pensamento político e jurídico. As convenções cognitivas, normativas e práticas da Grande Alliance combinaram os elementos conservadores do historicismo do século XVIII e os elementos utópicos do racionalismo da mesma época para criar um pacto político potente e capilarizado ao qual a vontade popular acedeu.

Usando Hegel como exemplo, eu demonstrei como o racionalismo veio a decifrar em estágios e arranjos sociais a manifestação do poder da razão em manifestar-se como história teleológica. De acordo com este ponto de vista, através da história a razão marcha para casa. Vindo do extremo oposto do contínuo racio-historicista, e usando o exemplo de Savigny, mostrei que o historicismo apelou para as racionalizações da ciência jurídica a fim de dotar os dados históricos com estabilidade conceitual e autoridade intelectual. O impulso para essa reaproximação, argumentei, foi fornecido pelas extraordinárias turbulência e reformas políticas transnacionais que marcaram o século XIX. O gênio ou boa-fortuna política desta reaproximação foi trazer a vontade das massas par seu bojo, criando assim um firme tripé de razão, história e vontade popular sobre o qual assentar a ordem mental e social.

⁸⁵ Simone de Beauvoir, *The second sex* iii (H.M. Parshley trans., Penguin Press 1972).

⁸⁶ Samuel Taylor Coleridge, *Biographia literaria* 378 (1881).

Também argumentei que há pelo menos uma afinidade eletiva entre, por um lado, o projeto cognitivo-normativo-prático da Grande Aliança para a sociedade e, por outro, o positivismo, o pragmatismo e o equilíbrio reflexivo idealista no pensamento jurídico. Essas posições teórico-jurídicas se encaixam bem dentro da perspectiva normalizadora da Grande Aliança, no âmbito da qual eles se protegem de acusações de implausibilidade teórica ou de causarem convulsões sociais. Essa é a história da criação de uma cosmovisão jurídica resiliente, flexível, altamente adaptável e atraente. Um completo escape da qual tem frustrado as melhores mentes e os espíritos mais desafiadores. As implicações práticas da Grande Aliança são igualmente importantes e incluem o fato de que o arranjo institucional e legal das democracias ocidentais contemporâneas é deixado superlegitimado e substancialmente protegido de desafio racional profundo e de reimaginação.

Em última análise, a força explicativa da tese da Grande Aliança foi testada em contrapartida à distinção proposta por Mangabeira Unger entre racionalismo e historicismo, contra o modelo evolutivo do Direito de Niklas Luhmann e contra a tipologia das formas de consciência jurídica de Duncan Kennedy e os seus mecanismos de globalização. Acredito que a força explicativa da tese da Grande Aliança resistiu bem a esses testes.

Sob a Grande Aliança, o Direito contemporâneo e o pensamento jurídico, em última instância, traem a história, a razão e a vontade popular. Neste momento, no final do mandato da Grande Aliança, a razão circula entre o racionalismo de custo-benefício e a racionalização do equilíbrio reflexivo; a história se traduz em uma veneração constitucional que glorifica histórias de fundação, personalidades fundadoras e povos escolhidos; a vontade popular como democracia é espasmódica na pior das hipóteses e, na melhor, um experimentalismo sem direção que muitas vezes vê o melhor que por ela é produzido desfeito por tribunais que operam sob a Grande Aliança. Neste contexto, o *stare decisis* ou sumulas vinculantes constitucionais são não apenas a “best hedge against reversal”⁸⁷, mas um dos instrumentos racio-historicistas mais proeminentes para conferir a estabilidade da autoridade

⁸⁷ Louis Menand, *The metaphysical club: a story of ideas in America* 341 (2002).

intelectual e institucional sobre a doutrina jurídica em tempos democráticos. Por meio do culto das decisões de altos tribunais e de seus julgadores, um monumento imponente e auto-reforçador do estudo e ensino jurídico é construído. Mas, em tudo isso, o Direito é, e sempre será, a criação e a expressão institucional da imaginação moral. A disputa é sobre o tipo de imaginação moral que vai influenciar o Direito e o pensamento jurídico. Tornar-se-ão o Direito e o pensamento jurídico em território para imaginação moral aberta e reflexiva ou continuarão a funcionar apenas como um espaço limitado para resolução criativa de problemas concretos?

Que o direito seja um exercício de imaginação moral é tornado claro do ponto de vista dos problemas de integração social. Os indivíduos modernos têm uma propensão para ver as coisas, da astronomia à organização social, como partes de mecanismos de ordenação. Sob esse ângulo, uma questão central se destaca: Qual é o significado e implicação existencial de sermos nós mesmos peças de tais mecanismos? Afinal, mecanismos são, por definição, superiores às suas partes e a elas geralmente imperceptíveis. Aqueles, como Hegel, que chegam à Grande Aliança pelo extremo racionalista responderam a essa pergunta com uma chamada para a liberdade e a promessa da libertação na racionalidade evolutiva de *modi vivendi*, através da qual indivíduos podem sentir-se livres e em casa na sociedade moderna. Os que vêm do extremo historicista, como Savigny, responderam à mesma pergunta na forma de um anseio por autenticidade do ordenamento social, imaginando que a chave para o pertencimento individual está na autoria impessoal e orgânica de uma cultura que, por obra da razão, é purificada em ciência jurídica. A ideia de democracia reivindica que a vontade das massas governe a ordem social, esperando que as coerções auto-impostas resultem em liberdade e autogoverno. Estas promessas, anseios e esperanças se revelaram muito mais difíceis de se cumprir do que se pensava, mas a visão social e moral que eles criaram juntos ainda reina sobre o Direito moderno.

Desde os tempos das antigas Atenas, Roma e Jerusalém, o Direito sempre foi encontrado na intersecção da história, razão e vontade. Com um pé no passado, o Direito passa por uma vontade postulatória no presente para

alcançar, com o outro pé, até o futuro. A democracia moderna é agora a forma de expressão da vontade nesta interseção, e tanto no pensamento quanto na prática o Direito não pode evitar passar por ela. O desafio que permanece é duplo. Em primeiro lugar, somos desafiados a imaginar uma nova aliança entre a história, a razão e a vontade; uma aliança capaz de expandir ainda mais a liberdade autêntica na evolução das ordens sociais sem deixar de prover as funções de integração social e reprodução cultural. Em segundo lugar, somos desafiados a imaginar um novo pacto capaz de servir a essa expansão e ao aprofundamento das capacidades humanas de aprender, raciocinar, criar, julgar, inventar, conectar e agir.

Ambos os desafios não de ser enfrentados em dois planos: o primeiro, e menos importante, é aquele das regras e procedimentos que regulam status, relações e alocações na sociedade. O segundo, e mais importante, é o das visões jurídicas de mundo: o modo particular como o mundo social é visto e interpretado através das lentes do pensamento jurídico. Este segundo plano é o local tangível da razão pública (mesmo que esta seja apenas uma imagem imperfeita daquilo que a razão poderia ser) nas sociedades contemporâneas e o pensamento jurídico é ao mesmo tempo criador, meio e manifestação dessas visões jurídicas de mundo. O problema é que há quase dois séculos a visão jurídica de mundo reinante tem sido a da Grande Aliança.

No entanto, e importantemente, se tomarmos a visão de longo prazo da história, o pensamento jurídico nunca é permanentemente contido dentro dos assentamentos ou pactos intelectuais de cada época. O pensamento jurídico sempre acaba por retornar aos desafios da ampliação das condições sob as quais razões são exigidas e dadas, à coerência e integridade sistêmica do Direito e às lutas pela reimaginação moral da sociedade e do eu. Nós não podemos nos furtar dessas questões, mesmo que nunca sejamos capazes de resolvê-las de um lugar não contaminado por cultura, poder, linguagem e outras marcas de nossa subjetividade. Temos ao nosso dispor apenas a imaginação moral, racional e reflexiva, mas isso pode ser tudo o que precisamos.

Levando em conta os limites que a Grande Aliança inevitavelmente encontra, seu modelo de imaginação moral não pode durar para sempre. E as massas, do Rio e Nova Iorque ao Cairo, Teerã e Kiev parecem estar retornando ao palco do mundo, mais uma vez desafiando a filosofia jurídica a imaginar o papel dessas massas no direito contemporâneo, mas desta vez não movida pelo medo do caos social, mas sim pela esperança.

Referências

ARENDDT, H. *On revolution*. London: Penguin Books, 2006. *The human condition*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

ARISTOTELES. *Politics*. In *The complete Works of Aristotle*. Princeton: Princeton University Press, 1984.

BEAUVOIR, S. de. *The second sex*. London: Penguin, 1972.

BEISER, F. C. *German idealism: the struggle against subjectivism 1781–1801*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

BERNSTEIN, E. “The most pressing problems of social democracy”. In *German essays on socialism in the nineteenth century*. London: Bloomsbury, 1990.

BRUNKHORST, H. “Demokratischer Experimentalismus”. In *Politik in der komplexen gesellschaft*. Berlin: Suhrkamp Verlag, 1998.

CARSTAIRS, A. M. *A short history of electoral systems in Western Europe*. London: Routledge, 2009.

COLERIDGE, S. T. *Biographia literaria*. In *Samuel Taylor Coleridge - The Major Works*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

CROCE, B. History of Europe in the nineteenth century. San Diego: Harcourt, Brace and Co., 1933.

DESAUTELS-STEIN, J. "Pragmatic Liberalism: The Outlook of the Dead". Boston College Law Review, v. 55, 2014, p. 1041.

DONZELOT, J. L'invention du social: essai sur le déclin des passions politiques. Paris: Éditions du Seuil, 1994.

DORF, M.; SABEL, C. "A Constitution of Democratic Experimentalism". Columbia Law Review, v. 98. 1998, p. 267.

DURKHEIM, É. The division of labor in society. New York: Free Press, 1997.

FAUST, D. G. This republic of suffering: death and the American Civil War. New York, Vintage, 2008.

FERRY, L. Droit, Coutume et Histoire: Remarques sur Hegel et Savigny, in la coutume et la loi: etudes d'un conflit. Lyon: Presses Universitaires de Lyon, 1986.

FOUCAULT, M. Discipline and punish. New York: Vintage, 1995. The archeology of knowledge. New York: Vintage, 2010.

GILMORE, G. The ages of american law. New Haven: Yale University Press, 2015.

GREEN, L. The authority of the state. Oxford: Oxford University Press, 1988.

HABERMAS, J. Structural transformation of the public sphere. Cambridge: MIT Press, 1989.

_____. Between facts and norms: contribution to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT Press, 1996.

HEANEY, S. Fretwork: On Translating Beowulf. <http://www.saltana.org/1/esc/91.html#.VF0kdvl4rYh> (last visited Nov. 23, 2014).

HEGEL, G. W. F. Elements of the philosophy of right. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

HOBBS, T. Leviathan. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

HONNETH, A. The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts. Polity Press, 1995.

HORKHEIMER, M; ADORNO, T. Dialectic of Enlightenment. Palo Alto: Stanford University Press, 2002.

HORWITZ, M. The transformation of american law: 1780–1860. Cambridge: Harvard University Press, 1979.

_____. The transformation of american law: 1870–1960. Oxford: Oxford University Press, 1992.

HUME, D. “Of the First Principles of Government”. In Essays moral, political, and literary. Carmel, IN: Liberty Fund, 1985.

_____. A treatise of human nature. Oxford: Oxford University Press, 1978.

HUTCHINSON, A. C. The province of jurisprudence democratized. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. Evolution and the common law. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

JOUANJAN, O. Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800–1918): Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.

KANT, E. “Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose”. In Kant: Political writings. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

KELLEY, D. R. The human measure: social thought in the western legal traditions. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

KENNEDY, D. The rise and fall of classical legal thought. Frederick, MD: Beard Books, 1975.

_____. “Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850–1968”. Suffolk University Law Review, v. 36, 2003, p. 631.

_____. “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000”. In TRUBEK, D.; SANTOS, A. The new law and economic development: a critical appraisal. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

KEYSSAR, A. The right to vote: the contested history of democracy in the United States. New York: Basic Books, 2009.

KLARE, K. E. “Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness 1937-1941”. Minnesota Law Review, v. 62, 1978, p. 265.

LARENZ, K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. New York: Springer, 1969.

LASSALLE, F. “Open Letter to the National Labor Association of Germany”. In German essays on socialism in the nineteenth century. 1990.

LUHMANN, N. Law as a social system. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LUXEMBURG, R. "Reform of revolution?" In German essays on socialism in the nineteenth century. London: Bloomsbury, 1990.

MARX, K.; ENGELS, F. Manifesto of the Communist Party. In Marx: later political writings. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

MENAND, L. The metaphysical club: a story of ideas in America. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

MONTAIGNE, M. de. The complete essays. New York: Penguin Books, 1991.

NIETZSCHE, F. On the genealogy of morality. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

PERJU, V. "Cosmopolitanism and Constitutional Self-Government". International Journal of Constitutional Law, v. 8, 2010, pp. 326–53.

PLATO. Symposium. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

PUTNAM, H. "The fact/value dichotomy and its critics". In Philosophy in an age of science: physics, mathematics, and skepticism. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

RADBRUCH, G. Legal philosophy. In The legal philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

ROUSSEAU, J.-J. The social contract and other later political writings. Cambridge: Cambridge University Press 1997.

SAVIGNY, F. K. von. System of the modern roman law, Vol. 1. New York: Hyperion Press, 1980.

Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence. Clark, NJ: The Lawbook Exchange, 2002.

SCHLAG, P. The enchantment of reason. Durham, NC: Duke University Press, 1998.

SPERBER, J. The european revolutions, 1848–1851. Cambridge: Cambridge University Press: 1994.

TOCQUEVILLE, A de. Democracy in America. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

UNGER, R. M. Law in modern society. New York: Free Press, 1977.

_____. False necessity. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

_____. What should legal analysis become? New York: Verso, 1996.

VILLA, D. Socratic citizenship. Princeton, Princeton University Press, 2001.

WALDRON, J. Law and disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WEBER, M. "Science as a vocation". In From Max Weber: essays in sociology. Oxford: Oxford University Press, 1958.

_____. Economy and society. Berkeley: University of California, 1978.

WELLS, C. "Innovation Within the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr." Northwestern University Law Review, v. 82, 1988, p. 541.

WIEACKER, F. A history of private law in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Sobre o autor**Paulo Barrozo**

Professor da Boston College Law School; Professor Associado da Escola de Direito do Rio da FGV; Doutor em Ciência Política, IUPERJ; Doutor em Direito, Harvard Law School. O autor é grato ao fundo de pesquisas da Boston College Law School por apoiar este trabalho. Originalmente publicado como *The Great Alliance: History, Reason, and Will in Modern Law*, 78 *Law & Contemporary Problems* 1, 2015. Tradução por Rafael de Almeida Guimarães.

O autor é o único responsável pela redação do artigo.