

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

MAURÍCIO PEDROSO FLORES

**UM ANARQUISTA QUE AMAVA O DIREITO: O PLURALISMO NORMATIVO DE
ROBERT COVER**

SÃO LEOPOLDO

2018

Maurício Pedroso Flores

UM ANARQUISTA QUE AMAVA O DIREITO:
o pluralismo normativo de Robert Cover

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS
Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez

São Leopoldo
2018

F634a Flores, Maurício Pedroso.

Um anarquista que amava o direito: o pluralismo normativo de Robert Cover / Maurício Pedroso Flores. – 2018.

128 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2018.

“Orientador: Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez.”

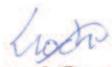
1. Robert Cover. 2. Pluralismo normativo. 3. Violência. I. Título.

CDU 340.132

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

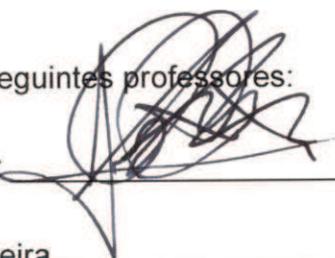
A dissertação intitulada: **"UM ANARQUISTA QUE AMAVA O DIREITO: O PLURALISMO NORMATIVO DE ROBERT COVER"** elaborada pelo mestrando **Maurício Pedroso Flores**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 28 de fevereiro de 2018.

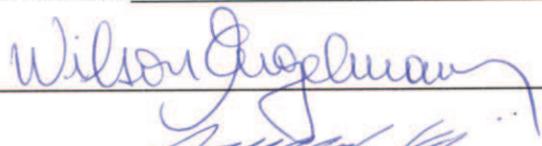

Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. José Rodrigo Rodriguez 

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Membro: Dr. Wilson Engelmann 

Membro: Dr. Lucas Pizzolatto Konzen 

A Albano

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, Nadir Elisabete, e meu pai, Nilson, pelo apoio incondicional sem o qual jamais poderia ter chegado até aqui. Não há como agradecê-los suficientemente por tudo que fizeram e têm feito por mim. Se essa menção não é suficiente, por outro lado não deixa de ser necessária.

A meu orientador, José Rodrigo, por ter me guiado ao longo desse mestrado não apenas como o grande professor que é, mas também como um valoroso amigo.

A Simone, a mais grata surpresa que encontrei ao longo dessa jornada, e com quem espero dividir muitas outras.

De forma geral, a todas as pessoas que, sabendo ou não, têm ajudado a fazer com que os meus dias de academia sejam mais agradáveis. Não penso que a academia seja exatamente uma máquina de triturar pessoas, ou uma estrutura de coordenação da violência (para usar uma expressão de Robert Cover). Mas a verdade é que, certamente, enfrentamos e enfrentaremos dias difíceis. Por isso agradeço de coração aos amigos, familiares e professores que também contribuíram, cada um à sua maneira, para que esse trabalho fosse possível – e que me dão força e esperança para os desafios futuros.

“O significado jurídico é um enriquecimento desafiador da vida social, uma potencial limitação ao poder arbitrário e à violência.” (COVER, 1983, p. 68)

Mas enquanto a interpretação jurídica for constitutiva tanto de comportamentos violentos como de significado, enquanto houver gente disposta a usar ou a resistir às organizações sociais de violência para tornar suas interpretações reais, então sempre haverá um limite trágico em relação ao significado comum que pode ser alcançado. (COVER, 1986b, p. 1629).

RESUMO

O jurista norte-americano Robert Cover desenvolveu importantes reflexões sobre aspectos fundamentais para a teoria do direito, como a gênese da normatividade social e a legitimidade dos tribunais. Uma vez que não conseguiu sistematizar seus escritos de uma forma relativamente coerente, o autor deixou a comentaristas e críticos muitas reflexões, mas também muitos questionamentos sobre a sua obra. As diferentes interpretações e apropriações de seu pensamento demonstram que seu pensamento ainda é, em grande parte, um livro aberto. O objetivo do presente trabalho é, apresentando as principais concepções do autor, demonstrar que seu pensamento permanece atual e relevante como fonte de insights sobre o direito contemporâneo. Para tanto, nossa exposição se baseia em dois movimentos. Primeiro, procura reconstituir o pensamento de Cover a partir de seus principais textos e ideias. Em um segundo momento, propõe uma especulação sobre possíveis caminhos teóricos apontados por sua obra. A reconstrução de suas principais ideias é centrada em dois grandes marcos de sua obra: os ensaios *Nomos e Narrativa* (1983) – onde Cover elabora seus conceitos mais influentes, como *nomos* e *jurisgenesis* – e *Violência e a Palavra* (1986) – em que Cover sugere que a interpretação jurídica se estabelece em um “campo de dor e morte” e é indissociável da violência. As mensagens centrais desses dois ensaios têm sido interpretadas por comentaristas e críticos como parcial ou totalmente contrárias. Considerando-os como igualmente fundamentais para compreender o pensamento de Cover, o trabalho recorre a alguns desses debates à procura de uma interpretação que possa conciliar as duas abordagens. Por fim, com base nessa interpretação, sugere que a obra de Cover pode ser lida a partir da ideia de um pluralismo normativo, concepção que compreende aqui dois significados: tanto a adoção de uma pluralidade de fontes normativas como a presença de critérios normativos para avaliar criticamente o direito.

Palavras-chave: Robert Cover. Pluralismo normativo. *Nomos*. *Jurisgenesis*. Violência.

ABSTRACT

The American jurist Robert Cover developed important reflections on fundamental aspects of the theory of law, such as the genesis of social normativity and the legitimacy of the courts. Since he could not systematize his writings in a relatively coherent way, Cover's work stood as a source of many reflections, but also many questions, for his commentators and critics. The different interpretations and appropriations of his thought show that his thinking is still largely an open book. The aim of this thesis is to present Cover's main ideas and to demonstrate that his thinking remains current and relevant as a source of insights into contemporary law. To do so, our exposition takes up two tasks. First, it seeks to reconstruct Cover's thinking from his main texts and ideas. In a second moment, it proposes a speculation on possible theoretical paths pointed by his work. Our reconstruction is centered on two major milestones of his work: the essays *Nomos and Narrative* (1983) – where Cover elaborates his most influential concepts, like *nomos* and *jurisgenesis* – and *Violence and the Word* (1986) – in which Cover suggests that legal interpretation is established in a "field of pain and death" and is inseparable from violence. The central messages of these two essays have been interpreted by commentators and critics as partially or totally contrary. Considering them as equally fundamental to understanding Cover's thinking, the paper resorts to some of these debates in search of an interpretation that can reconcile the two approaches. Finally, based on this interpretation, it suggests that Cover's work could be read as containing the idea of a normative pluralism, an expression that has two meanings here: it connotes not only the adoption of a plurality of normative sources but also the presence of normative criteria to evaluate law critically.

Key-words: Robert Cover. Normative pluralism. *Nomos*. *Jurisgenesis*. Violence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 NOMOS E NARRATIVA: SOBRE O “UNIVERSO NORMATIVO QUE HABITAMOS”	22
2.1 A Criação narrativa de universos normativos.....	30
2.2 <i>Jurisgenesis</i> : o processo de criação de significado jurídico	43
2.3 Os Tribunais <i>jurispáticos</i>	53
3 O “CAMPO DE DOR E MORTE” DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	62
3.1 <i>Violência e a Palavra</i>	65
3.2 O Direito entre significado e violência	85
3.3 O Pluralismo normativo de Robert Cover	96
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	112
REFERÊNCIAS	121
APÊNDICE A – BIBLIOGRAFIA COMPLETA DE ROBERT COVER	126
APÊNDICE B – CRONOLOGIA DE FATOS IMPORTANTES DA VIDA DE ROBERT COVER	128

1 INTRODUÇÃO

Robert Cover ocupa uma posição singular dentro do pensamento jurídico norte-americano: poucos autores conseguiram ser tão influentes com uma carreira acadêmica tão curta. Uma vez que não conseguiu sistematizar seus escritos de uma forma relativamente coerente, o autor deixou a comentaristas e críticos muitas reflexões, mas também muitos questionamentos sobre a sua obra. As diferentes interpretações e apropriações realizadas demonstram que ela ainda é, em grande parte, um livro aberto.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que seu pensamento, aqui apresentado sob o tema de um “pluralismo normativo”, permanece atual e relevante para a teoria do direito. Para tanto, nossa exposição se baseia em dois movimentos. Em primeiro lugar, procura reconstituir as visões de Cover sobre o direito a partir de seus principais textos e ideias. Em um segundo momento, e a partir dessa reconstrução, especula possíveis soluções para lidar com os problemas teóricos que o caráter fragmentado de sua obra suscita, na tentativa de propor certo senso de unidade em suas reflexões. Trata-se de uma especulação que, como todas as outras, está sujeita a idiosincrasias e reducionismos de nossa parte – mas deixaremos ao leitor quaisquer avaliações de mérito. Assim, como critério de avaliação, propomos que esse trabalho seja lido (e possivelmente criticado) como uma tentativa de se responder à seguinte pergunta: qual o legado que Robert Cover, mais de três décadas após sua morte, deixou aos estudos sobre direito?

Uma vez que Cover é um autor pouco conhecido no Brasil (como em praticamente qualquer lugar fora dos Estados Unidos), julgamos oportuno oferecer, como parte da introdução desse trabalho, algumas notas biográficas de forma a melhor situar o leitor. Nascido em Boston em 30 de julho de 1943, Cover foi um professor, teórico e expoente do pensamento jurídico norte-americano durante a década de 80. Mas também foi, como veremos a seguir, um ativista comprometido com as questões sociais de seu tempo. Cover iniciou sua formação jurídica na Princeton University, e concluiu-a na Columbia Law School – onde, logo após se formar, se tornou professor de direito. Após um curto período como professor visitante na Hebrew University em Jerusalém, Cover retornou aos Estados Unidos para assumir o cargo de professor da Yale Law School em 1972, tendo permanecido

nessa universidade até sua morte precoce, provocada por um ataque cardíaco, em 18 julho de 1986.

Apesar de ter méritos reconhecidos como pesquisador e professor, a experiência de Cover com o direito não esteve restrita à sua formação acadêmica. Em uma carta de admissão direcionada à Columbia University, em 1965, o então estudante de vinte e dois anos de idade se apresenta como alguém mais interessado em transformações institucionais que o conhecimento pode provocar do que na própria atividade acadêmica de busca pelo conhecimento. Como testemunho dessa preocupação social, Cover evoca nessa carta sua participação, durante nove meses, no Student Nonviolent Coordinating Committee (SNCC), uma das organizações mais importantes do *Civil Rights*, movimento que buscava o fim da segregação racial legalizada nos Estados Unidos. Cover participou de um projeto do SNCC na Geórgia que, conforme escreve na carta de admissão, alcançou importantes resultados no registro eleitoral de pessoas negras. (CALABRESI et. al., 1987).

Reticente em relação a seus feitos pessoais, Cover raramente mencionava os detalhes desse episódio. A história completa foi posteriormente recuperada por Robert Burt (2005), a partir de um relato do irmão de Cover, Arnold, e serve como testemunho de seu comprometimento com a construção de uma sociedade mais igualitária. De acordo com este relato, Cover foi preso junto com outros membros do SNCC sob a alegação de violar uma ordem que proibia a distribuição de material de uma campanha de alistamento eleitoral. Cover e outro colega do SNCC foram colocados em uma cela junto a outros seis homens. Tendo se recusado a prestar informações sobre o movimento, ambos começaram uma greve de fome, que teria durado dezessete dias, e cujo objetivo era fazer com que as autoridades tivessem de arcar com a visita de um médico para examiná-los diariamente – algo que fazia parte das estratégias do movimento social, que visavam sobrecarregar o sistema prisional e compelir o Estado a libertá-los sem que fosse paga fiança. Porém, quando os carcereiros contaram aos demais prisioneiros que todos seriam libertados assim que os membros do SNCC revelassem suas atividades, Cover e seu companheiro foram espancados pelos colegas de cela. Naquele momento, as autoridades entenderam que era arriscado demais que Cover e seu colega permanecessem na cela, e acabaram liberando-os. (BURT, 2005, p. 2-3).

Anos depois, já como professor em Yale, Cover participou ativamente de uma campanha organizada por estudantes contra os investimentos da universidade na África do Sul da era do *apartheid*, lecionando junto à ocupação feita pelos alunos no Beinecke Plaza, praça considerada como o centro simbólico da universidade e palco histórico de protestos e reivindicações. Também participou de piquetes organizados por funcionários da universidade em busca de melhor remuneração e condições de trabalho. (WIZNER, 1996, p. 2).

Esse e outros relatos¹ ajudam a compor a imagem de Cover como um ativista, um jurista engajado com os conflitos sociais do seu tempo, assim como um professor fortemente preocupado com a prática jurídica. Sobre esse último aspecto, inclusive, cumpre mencionar o fato de que Cover tenha mudado seu escritório do departamento de professores para a clínica judiciária da Yale Law School, com o intuito de acompanhar de perto o trabalho dos alunos e aconselhá-los em suas tarefas. (CALABRESI et. al., 1987). Além disso, seus dois últimos projetos incluíam a criação de uma conferência nacional para que estudantes de direito preocupados com a prática jurídica como instrumentos de mudança social pudessem trocar experiências e a proposta de um programa de pós-graduação especificamente voltado para esse âmbito. Após sua morte, as duas iniciativas foram levadas adiante, e hoje recebem o nome de seu idealizador (denominadas *Annual Robert M. Cover Public Interest Retreat* e *Yale Law School's Robert M. Cover Fellowship Program*, respectivamente).

Tomando-se seu forte engajamento com questões sociais como pano de fundo, nos é permitido ler também a obra teórica de Cover como a manifestação de um forte compromisso com a transformação da realidade. E o direito era, em sua visão, um dos principais meios dessa transformação. Esse engajamento também nos ajuda a entender porque Cover se autodenominava “um anarquista que amava o direito” (SOIFER, 2005, p. 5): o direito pode consolidar posições de poder, mas também pode permitir que se lute contra elas. Para isso, é preciso ir além do direito oficial – como o direito que segregava pessoas com base em critérios raciais nos Estados Unidos da década de sessenta. Contra ele, pode levantar-se um outro direito – como a interpretação de igualdade que o SNCC e os demais grupos do

¹ Uma fonte importante para tais relatos são os depoimentos lidos por colegas, amigos e alunos de Cover na ocasião de uma homenagem ao autor realizada em Yale em outubro de 1986. Esses depoimentos foram reunidos e publicados no ano seguinte no *Yale Law Journal*. (CALABRESI et. al., 1987).

movimento *Civil Rights* retiravam da Constituição norte-americana e transformavam em combustível para suas lutas. Ou seja, os rumos traçados por Cover como ativista na luta por igualdade de direitos já indicavam, de certa forma, o caminho teórico que o autor seguiria posteriormente.

É importante destacar que Cover também era um judeu praticante e profundo estudioso das narrativas da Torá e do Talmude. Alguns de seus textos são permeados por passagens da tradição hebraica que remetem a discussões jurídicas, e seus comentadores não raro postulam que o judaísmo exerceu uma influência central no pensamento de Cover (FRAADE, 2005; STONE, 1993). Mas, como destacado por pessoas próximas ao autor, longe de assumir a postura de um místico solitário, seu judaísmo refletia uma preocupação com um senso de comunidade, fundamental em todos os aspectos de sua vida (CALABRESI et al., 1987, p. 1710). E, de fato, talvez a maior influência da visão de mundo judaica sobre a obra de Cover resida na ideia de uma comunidade de valores – algo que remete, como veremos a seguir, ao modelo de *nomos* definido por Cover como *paideico*.

Finalmente, como professor e acadêmico, Cover possuía qualidades amplamente reconhecidas por seus colegas. Nas palavras de Guido Calabresi, não havia estudioso melhor: além de ter um amplo domínio dos temas tratados, era “original, ousado, até um pouco louco, mas sempre sensato” (CALABRESI et al., 1987, p. 1699). Essas palavras são ecoadas pela grande maioria dos acadêmicos que acompanharam a vida de Cover, como Michael Graetz, Aviam Soifer, Owen Fiss e Stephen Wizner. Contador de histórias nato, Cover era fascinado pelo modo como as grandes narrativas moldam nossas concepções sobre a realidade e nossas visões sobre o direito, um aspecto fundamental daquele que pode ser considerado seu principal texto, o ensaio intitulado *Nomos and Narrative* (de agora em diante *Nomos e Narrativa*).

Em números, a obra de Cover compreende três livros e cerca de trinta textos menores, divididos entre artigos, resenhas e ensaios (ver Apêndice A). Seu primeiro trabalho de fôlego, o livro *Justice Accused*, é uma investigação sobre a atmosfera intelectual e os constrangimentos legais que envolviam juízes norte-americanos no tempo da escravidão negra. A obra identifica a presença de um dilema “moral-formal” em que os juízes estavam imbricados: por um lado, a escravidão era uma instituição condenável por autores jusnaturalistas influentes na doutrina da época;

por outro, a estrutura institucional vigente exigia que a lei positiva fosse respeitada pelos agentes estatais. (COVER, 1975).

Em outros trabalhos, Cover debateu sobre práticas de revisão judicial de programas sociais (COVER, 1967), discutiu as formas de ativismo judicial na defesa de minorias (COVER, 1982), discorreu acerca das possíveis vantagens da sobreposição de jurisdições estaduais e federais no sistema legal dos Estados Unidos (COVER, 1981) e, de forma irreverente, formulou um *quiz* que relacionava juízes da Suprema Corte a jogadores de beisebol, seu esporte favorito. (COVER, 1995).

Mas foi somente com a publicação de *Nomos e Narrativa* que Cover atingiu grande projeção dentro da teoria do direito (COVER, 1983). A primeira parte de nossa exposição se concentra em revelar os pormenores desse influente ensaio.² Se *Nomos e Narrativa* não conta com os elementos estruturantes que marcam os grandes tratados sobre direito, Cover oferece em contrapartida um texto denso, carregado de *insights* que contestam as formas tradicionais de se compreender o fenômeno jurídico. Em um condensado de pouco mais de sessenta páginas, o autor reúne uma ampla gama de leituras e reflexões acumuladas durante anos de estudo. Por esse motivo, *Nomos e Narrativa* impõe-se como a escolha mais lógica para um trabalho que se propõe, inicialmente, a apresentar o pensamento de Cover.

Esse é também o ensaio onde aparecem os conceitos mais fundamentais de Cover, que têm sido objeto de incorporação por diversos autores contemporâneos. O primeiro deles é o conceito de *nomos* – que Cover trata como sinônimo de “universo normativo”. O *nomos* é o amplo objeto do estudo do direito na concepção de Cover, e inclui tanto o aparato institucional do Estado, com suas normas e instituições, como também as narrativas e preceitos legais de grupos ou comunidades menores. O aspecto jurídico das narrativas desses grupos é entendido por Cover a partir do conceito de *jurisgenesis*, que significa processo de criação de significado jurídico. Graças à proliferação de diferentes narrativas sobre o que o direito deve ou poderia ser, a *jurisgenesis* é um processo permanente de revisão dos preceitos que regem o *nomos*, que envolve, além da interpretação, elementos de comprometimento e objetivação. De acordo com Cover, quando um grupo se

² Em um estudo realizado em 2012, que reuniu apenas artigos publicados em periódicos jurídicos norte-americanos, *Nomos e Narrativa* apareceu como o 16º artigo mais citado de todos os tempos. (SHAPIRO; PEARSE, 2012).

compromete com determinada interpretação legal, ele a transforma em uma realidade objetiva que, futuramente, pode vir a ser contestada por uma nova interpretação do preceito anteriormente fixado, e assim sucessivamente.

Por fim, a terceira ideia fundamental que Cover elabora em *Nomos e Narrativa* é a dos tribunais *jurispáticos*. Esse conceito é utilizado para dar conta do papel que os tribunais desempenham na eliminação de várias interpretações legais em prol de uma concepção *única* de direito. Segundo o autor, a interpretação legal sempre se dá à sombra da coerção, e a *jurisgenesis* não existe isolada da violência. Assim, as cortes *jurispáticas* representam o momento em que as tendências construtivas e destrutivas que envolvem a *jurisgenesis* fatalmente se encontram, selecionando as interpretações que devem prosperar e, em última medida, modificando os contornos do *nomos*. A primeira parte de nosso trabalho se ocupa de forma mais detalhada de cada um desses três conceitos.

Mas *Nomos e Narrativa* também sugere um quarto elemento, a desempenhar um papel não menos fundamental no direito aos olhos de Cover. Trata-se do tema da violência, ao qual o autor concedeu uma posição de centralidade somente em um texto subsequente, chamado *Violence and the Word* (de agora em diante, *Violência e a Palavra*). As reflexões sobre a violência do direito modificam um pouco os termos da síntese empreendida em *Nomos e Narrativa*, mais centrada em uma visão do direito como significado, o que fez com que alguns comentadores enxergassem os dois textos como movimentos contrários ou até excludentes dentro da obra de Cover. Porém, identificando fortes traços de continuidade entre eles, nosso trabalho parte do pressuposto de que os dois textos, por mais antagônicos que possam parecer, devem lidos em conjunto se quisermos ter uma noção mais precisa daquilo que Cover pretendeu dizer.

Apesar de haver uma literatura razoável sobre aspectos variados da obra de Cover, é possível vislumbrar que o potencial contido em seus textos está longe de ser esgotado. Seu pensamento permanece, ainda hoje, como uma fonte prolífica de conceitos, ilustrações, analogias e problematizações sobre as formas pelas quais compreendemos o direito. Essa atualidade é atestada pelos esforços de diversos autores que se debruçaram sobre seu trabalho, sob diferentes perspectivas e áreas de interesse, como o direito constitucional, a filosofia política e as relações entre direito e literatura. Mais recentemente, seu pensamento passou a ser apropriado por

autores contemporâneos que teorizam as tendências globalizantes do direito, como Paul Schiff Berman (2007), Jeffrey Dunoff (2012) e Seyla Benhabib (2006).

No Brasil, porém, sua obra ainda é pouco conhecida. Consequentemente, uma importante justificativa para o nosso trabalho é o seu provável ineditismo: assumimos aqui a tarefa de introduzir o autor, pela primeira vez de forma sistemática, ao público brasileiro. Apesar de esse não ser o foco principal do trabalho, esperamos que nossa apresentação seja útil no sentido de abrir novas perspectivas de estudo do direito com base em seus conceitos e reflexões.

A despeito disso, nossa principal justificativa reside na importância de se compreender Cover como um autor plural, capaz de sustentar uma concepção jurídica própria – e não apenas como o escritor de *Nomos e Narrativa*, como algumas apropriações de seu pensamento parecem sugerir. Conforme procuraremos demonstrar, tal concepção jurídica poderia ser lida nos termos de um “pluralismo normativo”, acepção que comporta aqui dois sentidos.

Por um lado, a obra de Cover é pluralista no sentido mais geral de admitir como válidas diversas fontes de direito. Ela se opõe àquilo que John Griffiths (1986, p. 3) denominou como “centralismo jurídico”, isto é, a crença de que o direito é uma “ordem exclusiva, sistemática e unificada de proposições normativas” comumente identificadas com o direito liberal dos Estados modernos. Cover sugere que a criação de significado jurídico se encontra enraizada essencialmente em um meio cultural (COVER, 1983, p. 11), e não apenas no interior das estruturas estatais. Essas considerações o aproximam de toda a heterodoxa tradição de pensamento reunida sob a acepção “pluralismo jurídico”, que compreende desde trabalhos sobre as múltiplas autoridades normativas presentes na Europa medieval até diagnósticos recentes sobre o espaço jurídico transnacional. (TAMANAH, 2008).

No entanto, ainda que suas formulações fossem muito semelhantes às de alguns representantes dessa tradição, é significativo o fato de que Cover jamais tenha se autoproclamado como um pluralista jurídico. Acreditamos que esse fato não é produto do acaso, mas possui relação com os caminhos possivelmente divergentes assumidos por Cover não só em relação aos autodenominados pluralistas, como também aos demais movimentos teóricos da época. Nenhum teórico dos anos oitenta – pluralista ou não – concedeu um papel tão importante e fez uma análise tão minuciosa da violência no direito, por exemplo.

Com exceção de seu anarquismo assumido (mais como atitude, já que, como teoria política, teve pouca influência em seu pensamento), Cover sempre evitou classificações. Além disso, o caráter intermitente de sua obra não permite ligá-lo com precisão a um ou outro movimento teórico. Trata-se, por assim dizer, de um *outsider* na teoria do direito. Dessa forma, a fim de ratificar sua ausência de vínculos com a corrente teórica do pluralismo jurídico, optamos por utilizar a expressão “pluralismo normativo” como forma de identificar o núcleo de seu trabalho.

Mas o termo “normativo” compreende aqui também outro significado, como oposição ao termo “descritivo”³. Como procuraremos demonstrar, a concepção jurídica de Cover pode ser útil não apenas para descrever fenômenos, mas também para avaliar criticamente o seu objeto de estudo. Certamente há controvérsias em se interpretar a obra de Cover como contendo uma normatividade desse tipo. Ao final de nossa argumentação, porém, esperamos mostrar que há motivos razoáveis para sustentar essa interpretação. Esse seria mais um motivo para não confundir Cover com o “pluralismo jurídico” e sua ênfase predominantemente descritiva.

Nossa atitude de reconstrução do pensamento de Cover compreende sua obra como uma sucessão de movimentos por vezes contrários, mas igualmente importantes. Essa reconstrução, como já mencionamos, se baseia em dois grandes marcos da obra de Cover: o portentoso e influente *Nomos e Narrativa* e o sombrio e frequentemente ignorado *Violência e a Palavra*. Mas, a despeito da centralidade creditada a esses textos, nossa reconstrução também evita negligenciar outros textos menores, importantes para iluminar alguns aspectos de seu pensamento, como é o caso de *Folktales of Jurisdiction*, uma espécie de desdobramento de *Nomos e Narrativa*, e *The Bonds of Constitutional Interpretation*, ensaio transcrito a partir de uma conferência que apresenta, de forma incipiente, algumas ideias centrais de *Violência e a Palavra*.

A pesquisa utiliza o método monográfico, que procura analisar um tema ou conceito a fundo, em todas os seus elementos, particularidades e dimensões. A análise procura reconstruir o objeto escolhido em sua totalidade, dando conta de todos os seus aspectos e influências. Especialmente no caso de Cover, o estudo monográfico deve incorporar contribuições de outras disciplinas para dar conta da interdisciplinaridade que norteou o autor na produção de seus textos.

³ Para uma clássica exposição do pluralismo jurídico como conceito descritivo, ver Griffiths (1986).

Como técnica de pesquisa, adota-se a pesquisa bibliográfica, organizada em torno de quatro partes: a) a obra de Robert Cover, com ênfase nos textos *Nomos e Narrativa* e *Violência e a Palavra*; b) comentários e críticas ao trabalho do autor; c) obras referenciadas pelo autor em seus textos; d) autores contemporâneos inseridos nas perspectivas do pluralismo jurídico e no estudo das tendências globalizantes no direito.

O primeiro capítulo, que fornece uma reconstituição detalhada de *Nomos e Narrativa*, se inicia com uma contextualização desse ensaio à luz de algumas tendências teóricas da época, tomando como base o ensaio *Objectivity and Interpretation*, de Owen Fiss (1982). Amigo pessoal de Fiss, Cover discorda de algumas de suas teses sobre a interpretação no direito, e adota um caminho diferente em seu ensaio, colocando o direito estatal entre parênteses e situando-o como apenas uma forma, entre muitas, de organizar normativamente o espaço social.

A primeira parte do capítulo é dedicada a elucidar os contornos do conceito de *nomos* e sua íntima relação com a ideia de narrativa. A partir da afirmação de que “Nós habitamos um *nomos* – um universo normativo” (COVER, 1983, p. 4), Cover lança a um apelo para que enxerguemos o direito não como um conjunto de regras ou instituições formais, mas como um universo repleto de narrativas sobre o certo e errado, o lícito e o ilícito. Não apenas erguemos instituições jurídicas, consultamos leis, estudamos regras e princípios jurídicos; nós estamos imersos em um espaço normativo – ou, melhor dizendo, um espaço de normatividades plurais.

Em uma formulação pouco usual, Cover vislumbra o direito como uma ponte entre a rigidez da forma jurídica e a flexibilidade anárquica da criação narrativa. Mais do que contar histórias, porém, a função da narrativa aqui é a de dar sentido ao mundo fático, de imprimir na realidade o elemento da normatividade, espécie de *duplo* contrafático. Por meio da narrativa, um “dever ser” inscreve-se junto ao “ser”, transformando o universo fático em universo normativo.

Essa afirmação não chega a ser nova para a teoria do direito, que ao menos desde Kelsen atenta para o fato de que a linguagem jurídica “contamina” a realidade através do fenômeno da imputação, que qualifica os fatos do mundo da vida como jurídicos ou não. Mas Cover, partindo desse ponto comum, vai além. Sua ontologia não inclui apenas o que *é* e o que *deveria ser*, como as teorias antecessoras já o fazem, mas também o que *poderia ser*. Ao pensar o direito em termos do que ele

“poderia ser”, Cover demonstra uma sensibilidade sociológica em relação às diferentes ordens normativas presentes na sociedade. Essa sensibilidade permite ao autor sustentar que a narrativa não se esgota no “dever ser” da norma, mas aponta para visões alternativas sobre a realidade. O *nomos* é assim “um mundo presente constituído por um sistema de tensão entre realidade e visão” (COVER, 1983, p. 9), não podendo ser plenamente reduzido nem a realidade social e nem a pura normatividade. (ETXABE, 2010, p. 22).

Da narrativa ao preceito legal existe, no entanto, um processo de criação de significado jurídico. A segunda parte do capítulo trata das etapas desse processo, que Cover batizou de *jurisgenesis*. Conforme veremos, esse conceito não apenas dissocia a interpretação jurídica da figura do Estado, como também afirma que as interpretações legais expressas por grupos sócio-políticos ou comunidades religiosas estão no mesmo plano normativo que aquelas pronunciadas, por exemplo, pelos juízes. Ou seja, o Estado não possui qualquer privilégio interpretativo sobre a criação do direito.

O conceito de *jurisgenesis* também nos auxilia a compreender que nem toda narrativa carrega o grau de normatividade que caracteriza a interpretação jurídica. As narrativas oferecem modelos de ação, mas nem sempre esses modelos são realizáveis. Se determinada visão não é capaz de fornecer uma ação viável – ou, em outras palavras, não consegue manter a aproximação necessária que permite uma tensão entre aquilo que é e aquilo que poderia ser – então ela não é, de acordo com Cover, uma narrativa propriamente jurídica.

Não basta que se crie determinado significado jurídico sem que se comprometa com ele. A *jurisgenesis* em grupos e comunidades não é apenas questão de palavras, mas de *comprometimento*, seguido de sua *objetivação* (COVER, 1983, p. 45). Esses dois requisitos, que diferenciam a interpretação legal das demais, não aparecem sem justificativa: basta notar que os grupos que oferecem uma visão sobre o direito contrária à do Estado não se contentam com uma regra que os permita falar, mas que não os autorize a “viver” o seu próprio direito como realidade objetiva. (COVER, 1983, p. 18).

Mas nem sempre a realidade objetiva pode se conformar às expectativas de um determinado grupo. Muitos universos normativos são possíveis, mas nem sempre eles são compossíveis. A infinita profusão de significados jurídicos pode ser um problema, especialmente quando esses significados se chocam frontalmente

com os preceitos estatais. Entram em cena então os tribunais *jurispáticos*, cuja tarefa é eliminar os significados jurídicos considerados excessivos ou prejudiciais ao *nomos* estatal.

Na terceira parte do capítulo trataremos da compreensão particular de Cover sobre o papel dos tribunais: diante da profusão incontrolável de sentidos, resultado da fecundidade do princípio da *jurisgenesis*, os tribunais são responsáveis por controlar a enorme variedade de significados jurídicos existentes por meio da afirmação de *um* direito sobre os demais, que são descartados (COVER, 1983, p. 53). Ou seja, o problema que se apresenta aos tribunais não é o da existência de conflitos entre normas ou incertezas a respeito de sua correta interpretação, como afirmam as concepções jurídicas tradicionais. Os tribunais existem, argumenta Cover, porque há direito demais.

Em *Nomos e Narrativa*, Cover sugere que há uma dicotomia radical e frequentemente ignorada entre a organização social direito como significado e a organização social do direito como poder (COVER, 1983, p. 18). Enquanto esse ensaio enfatiza a questão do significado, defendendo que a riqueza de nossos universos normativos está ligada à sua multiplicidade, *Violência e a Palavra* trata do segundo aspecto dessa visão.

A primeira parte do segundo capítulo procura recompor os elementos principais desse texto, onde Cover lança um impactante apelo para que reconhecemos a interpretação jurídica como um “campo de dor e morte” (COVER, 1986b, 1601), e o conjunto das instituições jurídicas do Estado como “uma estrutura institucional configurada para o comportamento violento”. (COVER, 1986b, p. 1611).

Ao menos dentro do contexto jurisdicional, a interpretação legal é vista por Cover como uma atividade prática desenhada para gerar ameaças críveis e atos de violência reais sob uma forma eficaz (COVER, 1986b, p. 1610). O autor assevera que a interpretação legal não pode ser compreendida sem que se leve em conta a violência que ela acarreta (COVER, 1986b, 1601). Surge então um impasse entre a mensagem central de *Nomos e Narrativa* e algumas constatações presentes em *Violência e a Palavra*: por um lado, Cover sustenta a necessidade de incentivar a proliferação de significados jurídicos, permitindo que novos universos normativos floresçam (COVER, 1983, p. 68); por outro, reconhece que o Estado, em nome do controle social, deve recorrer a ações de violência; e que uma boa coordenação dessa violência pode até ser vista como uma “conquista”. (COVER, 1986b, p. 1624).

A segunda parte do capítulo considera como críticos e comentadores avaliam a difícil tarefa de reconciliar violência e significado no pensamento de Cover. Diante da multiplicidade de citações e trabalhos sobre Cover, nesse momento damos primazia às leituras que concebem a obra de Cover como dotada de um caráter de integridade, que exploram e discutem seus conceitos a fundo, e não apenas o utilizam como forma de descrever fenômenos ou estabelecer analogias.

Enquanto alguns sugerem que seu diagnóstico sobre a violência é incompleto ou deficiente, outros preferem pensar em alternativas que conciliem esse “campo de dor e morte” evocado por Cover em *Violência e a Palavra* com seu apelo para que novos universos de significação floresçam em *Nomos e Narrativa*. Diante de alguns impasses presentes nas interpretações de autores como Sarat e Kearns (2001) e Marianne Constable (2001), o trabalho propõe uma leitura de Cover que, sem negligenciar nenhum dos textos, também atente para a sua biografia como um ativista preocupado com as questões sociais de seu tempo.

Na terceira parte, tendo reconstruído o pensamento de Cover com base em seus dois principais textos, o trabalho procura colocar essa reconstrução diante de questões contemporâneas da teoria do direito. Tomando o autor como partidário de uma concepção jurídica própria, consideramos autores que tomaram as reflexões de Cover como forma de compreender a problemática da transnacionalização e privatização do direito intensificada por processos globalizantes. Diante desse movimento de atualização da obra de Cover, propõe-se a ideia de pluralismo normativo como forma de compreender e ressaltar sua importância como autor a ser revisitado nos dias de hoje.

Nossa hipótese é a de que Cover, além de atual, possui contribuições relevantes para se pensar o cenário jurídico globalizado e sua ampla gama de atores locais, nacionais, internacionais, transnacionais e globais. Lendo Cover como partidário de um “pluralismo normativo”, o trabalho sugere que esse termo evoca duas acepções, igualmente representadas na obra do autor: primeiro, é um pluralismo de normas; segundo, é um pluralismo que, para além oferecer conceitos úteis para propósitos descritos, também incorpora critérios normativos.

Diante de uma obra tão breve e esparsa, é inevitável que nos perguntemos se Cover é capaz de sustentar uma *teoria do direito* propriamente dita. Inicialmente, porém, resistiremos à tentação de responder essa pergunta. Somente na última parte nos ocuparemos dela e, ao mesmo tempo, demonstraremos que essa não é

uma questão tão fundamental quanto poderia parecer. O objetivo principal desse trabalho é justamente mostrar que, independentemente da resposta que dermos a essa questão, o pensamento de Cover merece ser recuperado como uma rica fonte de reflexões sobre as possibilidades e contradições que envolvem questões fundamentais para o pensamento jurídico contemporâneo, como a gênese social da normatividade e a legitimidade da atuação dos tribunais.

2 NOMOS E NARRATIVA: SOBRE O “UNIVERSO NORMATIVO QUE HABITAMOS”

O primeiro capítulo desse trabalho busca explicitar o raciocínio que levou Cover a suscitar, em *Nomos e Narrativa*, uma gama distinta de problemas em relação às teorias de seu tempo. São muitas as áreas de interesse contempladas ao longo do ensaio. Os estudos do autor sobre a tradição legal judaica, presentes na maior parte de sua obra subsequente, ganham corpo ao lado de temas que vão da filosofia política aos estudos literários, da teoria jurídica à antropologia, da sociologia à filosofia da linguagem. Mas procuraremos demonstrar que, a despeito da variedade de fontes, Cover consegue entrelaçar suas principais formulações de forma razoavelmente coerente, ainda que pouco sistemática.

A carreira de Robert Cover como professor de direito praticamente coincide com o período em que o juiz Warren Burger ocupou o cargo de Chefe de Justiça⁴ dos Estados Unidos. Cover via Burger como um “homem violento”, e classificava os anos de sua presidência na Suprema Corte como “repugnantes” (CALABRESI et. al. 1987, p. 1720). O tom dessas críticas não era pessoal. Na verdade, as decisões de Burger simbolizavam aquilo que o direito possuía de pior na visão de Cover – intolerância, conservadorismo, autoritarismo. Em suma: o lado violento do direito.

Cover jamais negou que o direito comportasse um lado violento. Um dos últimos ecos de sua obra não deixa dúvidas quanto a isso: “Na medida em que dor e morte são parte de nosso mundo político, é essencial que elas estejam no centro do direito” (COVER, 1986b, p. 1628). Mas a centralidade da violência no direito não impossibilita qualquer tarefa de domesticá-la ou atenuá-la. Pelo contrário, essa circunstância só aumenta a responsabilidade que os juristas devem assumir: sua atuação tem sempre lugar à sombra da violência que o direito é capaz de produzir. Mas se o direito pode ser violento, os juristas não precisam ser – ou melhor, não devem ser.

Cover não considerava Burger um homem violento por sentenciar acusados ao corredor da morte. Concordando-se ou não com a pena capital, esse era um fato

⁴ O Chefe de Justiça (*Chief Justice*) é o cargo judiciário mais alto dos Estados Unidos, que representa todo o sistema dos tribunais federais. É também o presidente da Suprema Corte – os outros oito juizes ou juizas são chamados de *Associate Justices*. Assim como acontece com os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, o Chefe de Justiça norte-americano é nomeado pela Presidência e confirmado pelo Senado. Warren Burger foi nomeado pelo presidente Richard Nixon em 1969 e ocupou o cargo até sua aposentadoria, em 1986, meses após a morte de Cover.

juridicamente permitido. Uma faculdade que os juízes possuíam de, verificada a presença de determinadas circunstâncias de fato, fazer uso do “campo de dor e morte” que cerca a interpretação legal, conforme a descrição que Cover fará em *Violência e a Palavra*. A violência de Burger estava em sua irresponsabilidade ou condescendência com o lado violento do direito. Afastar ao máximo o direito da violência só é possível, segundo Cover, se juristas e tribunais demonstrarem um senso de tolerância com a multiplicidade de ordens normativas existentes na sociedade – e isso era o oposto do que Warren Burger mostrava à frente da Suprema Corte.

Mas que isso não nos leve a pensar sua concepção de direito em termos maniqueístas. Apesar da importância que a tradição judaica exerceu sobre seu pensamento e de seu forte interesse pelo tema da redenção, a escrita de Cover jamais assumiu o tom de uma luta entre o bem e o mal, entre um direito correto e um direito errôneo. Aliás, diante de qualquer discussão polarizada, Cover costumava demonstrar seu especial talento para captar as nuances e jogar com as posições em conflito. Fosse o tema em debate as decisões judiciais contramajoritárias (COVER, 1982), a sobreposição de jurisdições do sistema norte-americano (COVER, 1981), ou a mera resolução de disputas legais (COVER, 1979), Cover engenhosamente desafiava as opiniões comuns.

A circunstância de não se filiar a uma ou outra tradição jurídica permitiu a Cover pensar esses e outros temas a partir das próprias contradições que eles apresentam, e não a partir de axiomas sobre o que o direito é ou o que direito deve ser. Nem mesmo a própria distinção clássica entre ser e dever ser escapou, como veremos, do olhar aguçado que Cover lançava para as manifestações do direito na sociedade. Antes de pensar em teorias, Cover pensou a partir de problemas jurídicos – sendo a violência do direito o principal deles.

Boa parte da obra de Cover pode ser lida como um esforço teórico concentrado na tarefa de fazer do direito um lugar menos violento. Esse tema já se encontra em seu primeiro livro: *Justice Accused* descreve o dilema “moral-formal” que assombrava juízes norte-americanos na época da escravização. É possível se negar a aplicar leis extremamente violentas com a população negra, leis moralmente condenáveis, mas positivadas e vigentes? (COVER, 1975)

A escravidão foi abolida, mas formas legalizadas de racismo permaneceram. Passado mais de um século, uma prática de segregação racial volta a ser tema de

juízo na Suprema Corte. É então que Cover escreve um comentário sobre a decisão prolatada, na forma de um ensaio de quase setenta páginas, e lhe dá o sugestivo título de *Nomos e Narrativa*. O caso em questão, *Bob Jones University v. United States*, serve como mote para uma ampla discussão sobre as fontes do direito ou, mais precisamente, da normatividade social. Profundo exercício de imaginação teórica, *Nomos e Narrativa* abre uma clareira dentro do pensamento jurídico norte-americano da época.

Contudo, antes de adentrar o pensamento de Cover, voltemos ao ano anterior à publicação de *Nomos e Narrativa*. Owen Fiss, colega de universidade e amigo pessoal de Cover, publica em 1982 um ensaio intitulado *Objectivity and Interpretation*. Nesse artigo, Fiss aponta uma suposta tendência “niilista” presente entre alguns juristas norte-americanos que, contestando as bases da atividade interpretativa como passível de objetividade, acabavam por deslegitimar a atuação jurisdicional.

A crítica que Fiss identifica nesses autores pode ser expressa da seguinte forma. O direito aspira à objetividade. Porém, o texto constitucional é inevitavelmente aberto, possibilitando diversas interpretações diante do caso concreto. Assim, é também inevitável que a autoridade judiciária expresse seus próprios valores em suas decisões. Logo, concluem os “niilistas”, a objetividade a qual o direito almeja é impossível de ser atingida pelos tribunais, em razão da própria natureza do texto constitucional. Em última instância, a atividade jurisdicional é vista como poder disfarçado⁵, na medida em que seria “impossível falar de direito com a objetividade requerida pela ideia de justiça”. (FISS, 1982, p. 742).

Fiss não chega a individualizar um autor ou movimento jurídico como seu alvo específico. Sua imagem dos niilistas parece um tanto caricatural, tamanha a força (ou a ingenuidade) das afirmações que lhes imputa⁶. Mas, a despeito de possíveis apelos retóricos, o ponto central de sua crítica ao “niilismo” é bastante razoável, e

⁵ “O niilista argumentaria que para cada texto – particularmente um texto tão abrangente como a Constituição – há um número qualquer de sentidos possíveis, que cada interpretação consiste em escolher um desses sentidos, e que nesse processo de escolha o juiz inevitavelmente irá expressar seus próprios valores. Todo o direito é poder disfarçado. Nesse sentido o novo niilismo é remanescente do realismo legal do início do século XX.” (FISS, 1982, p. 741).

⁶ Fiss não deixa exatamente claro quem são esses “niilistas”. No campo do direito, há apenas uma breve referência a Paul Brest, Michael Walzer e Sanford Levinson, autores que, segundo Fiss, teriam “dado suas costas à adjudicação e começado um romance com a política” (FISS, 1982, p. 740). Já no campo da crítica e teoria literária, Fiss menciona ao movimento desconstrutivista, capitaneado por Harold Bloom, Paul de Man e Jacques Derrida (FISS, 1982, p. 746).

certamente imputável a alguns teóricos: a adoção, por parte destes, de uma perspectiva de crítica exterior ao direito. Ou seja, eles avaliam o direito não em seus próprios termos, mas com base em critérios morais, religiosos ou políticos.

Vista dessa perspectiva externa, a objetividade do direito lhes parece impossível. Mas Fiss, que tem “paixão pela verdade” (BURT, 2003, p. 83), não está disposto a entregar nem a pretensão de objetividade e nem a autonomia do direito. Para tanto, pensa que a questão deve ser posta de maneira diferente: não é mais o caso de se perguntar se o direito pode ou não ser objetivo, e sim que *tipo* de objetividade o direito pode alcançar. (FISS, 1982, p. 744).

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que interpretação objetiva não é o mesmo que interpretação correta; a interpretação objetiva não é incompatível com o erro e, portanto, um erro judicial não significa necessariamente ausência de uma interpretação objetiva e, muito menos, de direito. Um juiz pode compreender ou aplicar mal uma regra, mas ainda assim encontra-se constrangido por ela (FISS, 1982, p. 748). Uma perspectiva de crítica interna ao direito permite que juízes errem, sem tirar desse erro conclusões radicais sobre a legitimidade das regras objetivas que conduzem sua decisão.

Em segundo lugar, e o que é mais importante, mesmo uma interpretação dita objetiva é capaz de reconhecer um espaço para a subjetividade, sem que se recaia na fórmula do “poder disfarçado”. Apoiando-se nos desenvolvimentos da teoria literária, Fiss entende a interpretação como um processo de criação de sentido em que elementos pessoais do intérprete também estão envolvidos, e não um suposto ato de revelação dos sentidos ocultos de um texto (FISS, 1982, p. 744). Mas, diferentemente da interpretação literária, livre por excelência, a interpretação jurídica seria marcada por alguns constrangimentos interpretativos que, somados, contribuem para imprimir-lhe um caráter de objetividade, ainda que limitada.

Assim, a única objetividade pela qual o direito pode aspirar, e a única que importa ser estudada, é uma objetividade limitada (FISS, 1982, p. 745). Essa limitação se realiza por meio de dois elementos: por *regras disciplinares*, que constrangem o intérprete por meio de standards legais, e por uma *comunidade interpretativa*, que reconhece a autoridade de tais regras (FISS, 1982, p. 744). A observância das práticas da comunidade interpretativa parece ser o grande critério sobre o qual Fiss funda a legitimação da atividade de interpretação por parte dos juízes. Se a possibilidade de uma comunidade interpretativa é discutível dentro da

teoria literária, no direito ela é, segundo o autor, uma realidade: os “juízes sabem que se eles renunciarem ao pertencimento à comunidade interpretativa, ou negarem sua autoridade, eles perdem seu direito (*right*) de falar com a autoridade do direito (*law*)”. (FISS, 1982, p. 747).

O pertencimento individual a uma comunidade interpretativa é, no entanto, um momento posterior da teoria, que somente explica a atuação dos juízes quando a comunidade interpretativa já é uma “realidade”, como sustenta Fiss. Antes disso, porém, cumpre saber de que maneira a própria comunidade interpretativa – ou seja, a interpretação judicial em sentido amplo – é provida de autoridade. Segundo Fiss, as teorias do direito oferecem duas respostas possíveis para essa questão. A primeira se baseia no poder: a interpretação judicial possui autoridade na medida em que legitima o uso da força, por parte dos agentes estatais, contra aqueles que se recusam a obedecer a ordem instituída. Já a segunda, presente nos positivismos de Herbert Hart e Hans Kelsen, se baseia em um apelo ético à obediência: os juízes são parte de uma estrutura de autoridade dotada de virtudes que cumpre ser preservada. (FISS, 1982, p. 756).

De forma semelhante, há também várias teorias capazes de justificar nossa crença nas virtudes da interpretação judicial e, de forma indireta, sua autoridade. Pode-se enfatizar a singularidade do procedimento judicial na definição de valores públicos; pode-se enxergar a adjudicação como o melhor meio de manter a desejável continuidade de nossos valores tradicionais; pode-se vislumbrar no judiciário uma forma de manter a necessária estabilidade do sistema político (FISS, 1982, p. 756-757). Todas essas justificativas e suas teorias correspondentes são suficientes, na visão de Fiss, “para criar uma presunção a favor da autoridade das decisões judiciais”. (FISS, 1982, p. 757).

Mas todas essas justificativas sobre a autoridade do procedimento judicial, sejam elas diretas ou indiretas, dependem de um comprometimento *a priori* com a legitimidade do direito estatal. E esse comprometimento, como destaca Robert Burt, pode facilmente redundar em uma aceitação irrefletida da ordem jurídica socialmente estabelecida (BURT, 2003, p. 85). Fiss reconhece os perigos de um comprometimento que enxergue as instituições jurídicas como instâncias que descobrem a verdade. Mas, antes de abrir mão da legitimidade destas, como o fazem seus rivais “nihilistas”, prefere encontrar meios de atenuar os riscos que a sua teoria da objetividade implica.

Se Fiss parece correto em postular que a perspectiva externa dos “niilistas” pode cair facilmente em um excesso de subjetivismo ao exaltar determinados valores e preferências políticas em desfavor de outros, a perspectiva interna esbarra, em contrapartida, na sua própria dependência em relação a argumentos éticos ou de filosofia política que sustentam as teorias da autoridade ou da virtude do procedimento judicial. Nesse caso, a justiça pode muito bem corresponder não com a verdade do direito, mas com a verdade do poder político estabelecido ou dos princípios éticos tidos como fundamentais. Em suma, os tribunais podem estar a serviço de um autoritarismo político ou moral.

Os longos anos de convívio fazem Burt acreditar que nenhum autoritarismo moral se encontra por trás das fortes convicções que Fiss tem sobre a verdade. Mas o autor faz questão de ressaltar que tal crença está ligada às virtudes pessoais de Fiss, dificilmente traduzíveis em práticas institucionais. Burt confia em seu amigo, mas não nas instruções que ele dá aos juízes em sua procura oficial pela verdade constitucional – uma procura baseada na afirmação de uma suposta autoridade ética ou em razões de utilidade política. (BURT, 2003, p. 96).

Isso tudo nos coloca perante um dilema. Se uma crítica a partir de uma perspectiva externa ao direito é inviável, e uma perspectiva verdadeiramente interna é impossível, como então se poderia sustentar a legitimidade da atuação jurisdicional por meio do próprio direito, sem que se abra mão da afirmação de que ele se encontra engajado na busca por uma verdade, ou seja, pela ideia de justiça?

Apostando que a resposta para o problema da legitimidade da adjudicação não deveria passar pelo reconhecimento de que o Estado possui uma autoridade moral ou um privilégio interpretativo sobre o direito, Robert Cover propõe um caminho distinto. Uma das teses fundamentais de *Nomos e Narrativa* é a de que o direito estatal não é *qualitativamente* superior ao produzido, por exemplo, por comunidades religiosas que vivem de acordo com suas interpretações sobre textos sagrados.

Cover sugere que a argumentação de Fiss simplifica o verdadeiro problema. Quando se coloca uma escolha entre uma articulação judicial de valores, de um lado, e um “niilismo” que nega a possibilidade e o valor do próprio ato interpretativo, do outro, a primeira alternativa sem dúvida parece mais aceitável: é mais seguro confiar nas virtudes institucionais do judiciário e do sistema político do que abraçar-se a um “niilismo” que somente declara que o direito é poder disfarçado e que toda

decisão reflete a opinião política dos magistrados. Mas a questão, segundo Cover, é de outra ordem:

O verdadeiro desafio apresentado por aqueles que Fiss denomina “nihilistas” não é um vazio ameaçador onde nenhuma interpretação seria possível. Mesmo aqueles que negam a possibilidade da interpretação devem se engajar constantemente no ato interpretativo. O desafio apresentado pela ausência de uma interpretação única e “objetiva” é, em vez disso, a necessidade de manter um senso de significado jurídico apesar da destruição de qualquer pretensão de superioridade de um *nomos* em relação a outro. Ao exercer sua superior força bruta, contudo, as instituições do direito estatal encerram a criatividade hermenêutica de princípio que se propaga ao longo de nossas comunidades. A questão, portanto, é em que medida a coerção é necessária para manter o mínimo de condições para a criação do significado jurídico em comunidades interpretativas autônomas.⁷ (COVER, 1983, p. 44).

Ao mesmo tempo em que descarta adotar a perspectiva externa dos “nihilistas” de Fiss, Cover também não se mostra disposto a assumir o tipo de comprometimento com a legitimidade do direito estatal que a teoria da objetividade de Fiss exige. O grande problema levantado pela jurisdição, na visão de Cover, diz respeito à necessidade de incentivar a proliferação de universos normativos (*nomos*, como ele os denomina) e, ao mesmo tempo, controlar a profusão interminável de interpretações que eles suscitam.

Cover não nega a importância do tipo de problema interpretativo levantado por Fiss, que diz respeito à aplicação de um determinado instrumento legal cujos contornos, dada sua abertura semântica, são imprecisos. Mas o tipo de questão que *Nomos e Narrativa* busca enfrentar é outro. Quando vista de uma perspectiva não estatal, a legitimidade da jurisdição não é mais uma questão de poder ou de autoridade moral, mas de compromisso.

⁷ No original: “The real challenge presented by those whom Fiss calls ‘nihilists’ is not a looming void in which no interpretation would take place. Even those who deny the possibility of interpretation must constantly engage in the interpretive act. The challenge presented by the absence of a single, “objective” interpretation is, instead, the need to maintain a sense of legal meaning despite the destruction of any pretense of superiority of one *nomos* over another. By exercising its superior brute force, however, the agency of state law shuts down the creative hermeneutic of principle that is spread throughout our communities. The question, then, is the extent to which coercion is necessary to the maintenance of minimum conditions for the creation of legal meaning in autonomous interpretive communities.”

Cover não está interessado na melhor interpretação do ponto de vista do tribunal que busca, em última análise, manter a coerência do direito estatal⁸. Em vez disso, está interessado em uma interpretação do direito que dê conta da existência de múltiplas legalidades possíveis, provenientes de diversos universos normativos. O direito não se sustenta somente pelas regras que as instituições formais buscam fazer cumprir, mas pelos compromissos de agentes, públicos ou não, que apontam os sentidos que o direito deverá assumir dentro de cada contexto social⁹.

O objetivo desse capítulo é mostrar de que forma Cover é capaz de sustentar, em *Nomos e Narrativa*, uma visão pluralista do direito que não ignora os problemas engendrados pelo exercício da atividade jurisdicional. O capítulo é dividido em três partes, organizadas em torno de três elementos fundamentais para se compreender a ideia de universo normativo que o autor evoca em favor de sua concepção jurídica plural.

A primeira parte compreende a importância do elemento da narrativa como fundamento do universo normativo (*nomos*) concebido por Cover, e desvela alguns pressupostos de sua síntese que não foram devidamente explicitados em *Nomos e Narrativa*. A segunda parte considera o processo por meio do qual as narrativas se transformam em significado jurídico (*jurisgenesis*) – um processo que envolve interpretação, comprometimento e objetivação dos preceitos legais. Por fim, considerando o problema da multiplicidade de significados jurídicos, veremos como diferentes interpretações sobre o direito entram em conflito no âmbito dos tribunais

⁸ Como é o caso, por exemplo, do “romance em cadeia” de Ronald Dworkin: “Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então.” (DWORKIN, 2005. p. 235-236). Para Cover, essa concepção padece do mesmo problema das demais formulações estatistas do direito na medida em que “ignora o problema da interpenetrabilidade ou compreensibilidade entre esforços interpretativos ou tradições, que são defensíveis de forma independente ou mesmo ‘corretos’.” (COVER, 1983. p. 17).

⁹ Nesse sentido, afirma Cover: “O universo normativo é mantido pela força de compromissos interpretativos – alguns pequenos e privados, outros imensos e públicos. Esses compromissos – de agentes estatais ou de outros – determinam o que o direito significa e o que ele deve ser. Se existissem duas ordens jurídicas com preceitos e padrões previsíveis de força pública idênticos, elas iriam no entanto diferir essencialmente em significado se em uma delas os preceitos fossem universalmente venerados e na outra eles fossem considerados por muitos como fundamentalmente injustos.” (COVER, 1983, p. 7).

estatais *jurispáticos*, assim chamados por eliminarem o excesso de direito oriundo de sua compreensão como sentido.

2.1 A Criação narrativa de universos normativos

Na epígrafe de *Nomos e Narrativa*, lê-se um trecho de um poema escrito por Wallace Stevens, poeta modernista norte-americano: “A. Uma ordem violenta é uma desordem; e/ B. Uma grande desordem é uma ordem. Essas/ Duas coisas são uma só” (COVER, 1983, p. 4). O primeiro parágrafo desse ensaio é tão memorável que a epígrafe costuma passar despercebida entre seus comentaristas. Não cabe aqui fazer um exercício de interpretação literária, mas os versos de Stevens merecem nossa atenção – afinal de contas, Cover certamente não os escolheu por acaso.

Uma ordem violenta é uma desordem, diz Stevens. Cover, que se autoproclamava um “anarquista que amava o direito” (SOIFER, 2005, p. 5), concordava com uma das ideias implícitas nessa afirmação: nenhuma ordem pode se sustentar de maneira legítima exclusivamente pela violência. Uma ordem jurídica que detém para si o monopólio da violência, e que não titubeia em fazer uso dela quando necessário, acaba por promover a desordem. Como ativista, Cover sentiu na pele a desordem provocada por uma ordem racial violenta, defendida por autoridades com pouca ou nenhuma disposição de dialogar. Mas como assegurar a ordem senão pela violência, se o direito também tende a ser violento? Os versos de Stevens ecoam o “paradoxo da violência” que assombra o direito: contra possíveis desordens violentas, o direito estabelece uma ordem fundada na violência. Mas o direito é sempre violento? De que forma o direito poderia não ser violento? Essas questões já estão de alguma forma presentes em *Nomos e Narrativa*, mas, conforme veremos adiante, somente em *Violência e a Palavra* receberam um exame mais detido.

Prossegue o poema: uma grande desordem é uma ordem. Nem Cover e muito menos Stevens testemunharam o desenvolvimento das dinâmicas globalizantes do direito, mas essa afirmação serve muito bem para descrevê-las. A desordem promovida pela autonomização de várias esferas da vida social rompeu os limites dos Estados e formou uma nova “ordem” de regimes transnacionais. E por mais que tenha nascido de uma grande desordem, a nova ordem global começa a

desenvolver novas formas de ordenação, ainda que diferentes daquelas encontradas nos Estados. (TEUBNER, 2016).

Por fim, ordem e desordem são uma coisa só. A acomodação desses dois movimentos contrários dentro de um mesmo espaço normativo é um pressuposto da visão de Cover sobre o direito¹⁰, que visa transcender o aparato institucional do Estado e sua ordem jurídica. As reivindicações de setores que compõem a sociedade civil, os compromissos assumidos por grupos que buscam novas formas de regulação, a pretensão de autonomia de comunidades fundadas em princípios ético-religiosos; todos esses fenômenos, situados fora da ordem oficial, também pertencem ao direito. O direito compreende tanto os movimentos de ordenação como aqueles que buscam rearticular uma ordem existente ou criar uma nova.

Inspirado pela poética de Stevens, Cover inicia seu texto de maneira notável. Com grande densidade teórica, o primeiro parágrafo de *Nomos e Narrativa* convida os leitores a uma revisão radical de suas concepções tradicionais sobre o direito, de modo que é indispensável citá-lo em toda sua extensão:

Nós habitamos um *nomos* - um universo normativo. Nós constantemente criamos e mantemos um mundo de certo e errado, lícito e ilícito, válido e inválido. O estudante de direito pode chegar a identificar o mundo normativo com a parafernália profissional do controle social. As regras e princípios de justiça, as instituições formais do direito e as convenções de uma ordem social são, de fato, importantes para esse mundo; contudo, elas são apenas uma pequena parte do universo normativo que deveria chamar nossa atenção. Nenhum conjunto de instituições ou preceitos legais existe separado das narrativas que o situam e lhe dão sentido. Para cada constituição há um épico, para cada decálogo uma escritura. Uma vez entendido no contexto das narrativas que lhe dão sentido, o direito se torna não apenas um sistema de regras a serem observadas, mas um mundo no qual vivemos.¹¹ (COVER, 1983, p. 4).

¹⁰ Luis Alberto Warat foi um dos poucos teóricos do direito brasileiro a seguir de perto esse pressuposto teórico, por meio do qual a realidade jurídica é compreendida como um misto de ordem e desordem: “A ciência da modernidade substituiu o problema da complexidade por uma preocupação pela ordem. Existia a preocupação pelo saber ordenado, pela busca da perfeição. Nesse modelo de pensamento, a desordem não podia ser outra coisa do que um elemento descartável. Toda essa ordem do modelo científico, sem desordem, é um modelo que se desintegra. Ficarão escombros, apenas um terreno. A reconstrução começou colocando no centro do debate a questão da complexidade. E uma epistemologia da complexidade em estado nascente, que admite a possibilidade de que o mundo é fruto de um permanente jogo de ordens e desordens que se combinam, funcionando de maneira heterogênea.” (WARAT, 2004, p. 183). Mais recentemente, José Rodrigo Rodriguez (2013) também propôs uma formulação semelhante.

¹¹ No original: “We inhabit a *nomos* – a normative universe. We constantly create and maintain a world of right and wrong, of lawful and unlawful, of valid and void. The student of law may come to identify the normative world with the professional paraphernalia of social control. The rules and principles of

A quantidade de informações trazidas por Cover nos impele a uma análise minuciosa desse parágrafo. Em primeiro lugar, cumpre destacar o objeto de estudo estabelecido pelo autor: estudar direito significa estudar o universo normativo que ele cria. O direito é uma forma de organizar o mundo através de classificações do tipo certo/errado ou, conforme a linguagem propriamente jurídica¹², válido/inválido e lícito/ilícito. Essas distinções operam na realidade para manter ou modificar determinados estados de coisas, e quando nossas ações são empregadas com essas finalidades elas passam, automaticamente, a fazer parte do universo normativo. Em suma, o direito dá vazão a um *nomos*, um mundo normativo que é "tão 'nosso mundo' quanto o universo físico de massa, energia e movimento". (COVER, 1983, p. 5).

Embora a afirmação de que nós habitemos um *nomos* seja anterior a qualquer argumentação dentro do texto, Cover evidentemente não concebeu esse universo normativo por pura obra da sua imaginação. Boa parte da densidade de *Nomos e Narrativa* – assim como de seu primeiro parágrafo – se deve à presença de argumentos e pressupostos que o autor não explicita no texto. Aliás, o ensaio apresenta um número tão grande de citações, comentários e referências em nota de rodapé que às vezes faz parecer que estamos, na verdade, diante de dois textos sobrepostos um ao outro.

Embora não seja necessário recorrer a todas as inúmeras referências utilizadas por Cover, ao menos um trabalho é de importância central para suas teses sobre a construção de universos normativos. Trata-se da sociologia do conhecimento de Peter Berger e Thomas Luckmann (2007).¹³ Em *A construção social da realidade*, Berger e Luckmann procedem a uma investigação sociológica sobre os fundamentos do conhecimento na vida cotidiana. Sua tese principal, como

justice, the formal institutions of the law, and the conventions of a social order are, indeed, important to that world; they are, however, but a small part of the normative universe that ought to claim our attention. No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning."

¹² Com isso queremos dizer que o par certo/errado pode pertencer ao campo da moral, o que não ocorre com os outros dois, cujo uso é específico do tipo de regulação de conduta estabelecido pelo direito. Para Cover, no entanto, a distinção certo/errado também faz parte do mundo jurídico.

¹³ Uma leitura conjugada entre *Nomos e Narrativa* e *A construção social da realidade* permite, por exemplo, refutar algumas das críticas equivocadas levantadas por Thom Brooks, que sugere descartar completamente a visão de Cover enquanto teoria do direito. Com base em uma visão estritamente analítica, Brooks (2006) enxerga quatro problemas fundamentais na argumentação de *Nomos e Narrativa*. Pensamos que um olhar mais cuidadoso e apurado como o que estamos propondo é suficiente para dirimir as controvérsias que Brooks aponta, motivo pelo qual não o incluímos entre os críticos de Cover a serem tratados no segundo capítulo.

o próprio título do livro sugere, é a de que a humanidade constrói a sua própria realidade por meio de processos sociais institucionalizados e legitimados historicamente. De acordo com os autores, “mais do que possuir uma natureza, nós construímos nossa própria natureza” (BERGER; LUCKMANN, 2007, p. 70), produzindo um ambiente humano que costumamos chamar de ordem social ou sociedade. Tal condição se explica, primordialmente, pela posição peculiar que os humanos ocupam no reino animal, uma vez que não contam com um “ambiente firmemente estruturado por sua própria organização instintiva” (BERGER; LUCKMANN, 2007, p. 67), como é o caso dos cavalos ou dos cães, por exemplo.

Mesmo se pudermos falar em instintos naturais, os humanos não dirigem sua conduta por eles; ao contrário de outros animais, caracterizam-se essencialmente por uma relação de abertura para o mundo. Berger e Luckmann reputam esse fato ao desenvolvimento ontogenético do organismo humano, ou seja, a condição biológica que faz com que os humanos só se desenvolvam plenamente depois do nascimento, já em contato com um ambiente que é, ao mesmo tempo, natural e humano (BERGER; LUCKMANN, 2007, p. 69). A ausência de um mundo razoavelmente pré-determinado (como o mundo dos cães ou dos cavalos) obriga os humanos à construção de um ambiente estável para sua conduta, que é a ordem social. E as causas da emergência, da manutenção e da transmissão de uma ordem social só podem ser explicadas, segundo os autores, por meio de uma teoria da institucionalização. (BERGER; LUCKMANN, 2007, p. 75).

Por motivos de economia de esforços, toda a atividade humana encontra-se sujeita à repetição e, portanto, ao hábito. Seria no mínimo angustiante repensar as causas de todas as nossas ações toda vez que acordamos. Para que seja possível focar nas decisões importantes é inevitável deixar uma parte de nossa atividade sob o domínio do hábito, que restringe as opções e nos alivia da sobrecarga representada pelas inúmeras decisões que devemos tomar cotidianamente. Isso vale tanto para afazeres plenamente individuais como para interações que se baseiam no comportamento de outros indivíduos. Assim, quando compreendidos em um sentido social mais amplo, vemos que os processos individuais de formação de hábitos guardam correspondência direta com os processos sociais de institucionalização:

A institucionalização ocorre sempre que há uma tipificação recíproca de ações habituais por tipos de atores. [...] A instituição pressupõe que ações do tipo X serão executadas por atores do tipo X. Por exemplo, a instituição da lei postula que as cabeças serão decepadas de maneiras específicas em circunstâncias específicas, e que tipos determinados de indivíduos terão de fazer a decapitação. (BERGER; LUCKMANN, 2007, p. 75).

O fato de que Berger e Luckmann utilizam o próprio direito como exemplo nos poupa do trabalho de justificar a analogia entre a construção da sociedade em sentido amplo e a construção de universos normativos entrevista por Cover. É evidente que os argumentos levantados pelos autores se referem, ao menos em seus aspectos fundamentais, aos dois âmbitos. Cover certamente vê o direito, em sua formulação mais elementar, como uma instituição social. Apesar de simples, esse é talvez o grande pressuposto de *Nomos e Narrativa*, que permite a Cover descrever o direito em boa parte como um processo de criação de significado (*jurisgenesis*) composto por algumas etapas, conforme veremos mais adiante.

Mas a influência da descrição do processo de institucionalização conduzida por Berger e Luckmann vai além. Os autores afirmam que as instituições controlam a conduta pelo simples fato de existirem, e não por mecanismos de controle e sanção – esses mecanismos, ainda que frequentes nas instituições (e particularmente no direito), possuem um caráter secundário, sendo exigidos apenas quando os processos de institucionalização não são bem-sucedidos (BERGER; LUCKMANN, 2007, p. 78). Isso corrobora com a afirmação de Cover de que a realidade criada pelo direito extrapola o âmbito das instituições formais, a “parafernália profissional do controle social” que os estudantes tendem a identificar como sendo a verdadeira expressão do direito. Não são apenas os órgãos oficiais que, por meio de suas normas e convenções, delimitam os contornos precisos do *nomos*. O controle primário é a própria existência da instituição, ou seja, da ideia (e, sobretudo, da prática) do direito.

E as instituições e preceitos que formam o universo normativo, afirma Cover, não podem ser compreendidas separadamente das narrativas que lhes dão suporte. Como fonte de controle social, pode ser que o direito não passe de mero sistema de regras. Porém, quando entendido no contexto das narrativas que lhe fornecem justificação, o direito passa a condição de um mundo que habitamos, um universo onde seus preceitos, mais do que seguidos, são *vivenciados*: “habitar um *nomos* é saber como *viver nele*”. (COVER, 1983, p. 6).

Entender que a sociedade é um produto humano – fruto de um processo que Berger e Luckmann chamam de *exteriorização* – ajuda a compreender o que Cover tem em mente quando sustenta a centralidade da narrativa como matéria-prima do universo normativo que habitamos. Exteriorizar é comunicar a existência de um mundo a outros. No direito, essa exteriorização assume a forma de regras. Mas essas regras, independentemente de sua origem ou conteúdo, sempre remetem a narrativas.

Como bem observa Steven Fraade (2005), ao tratar das narrativas teológicas que também inspiraram o trabalho de Cover, uma escritura sagrada como a Bíblia (seja em sua versão cristã ou judaica) não é apenas um livro de regras dotado de um prólogo narrativo, mas uma “grande narrativa sobre a relação de Deus com a humanidade” (FRAADE, 2005, p. 82). Dessa forma, “as leis e as narrativas da Bíblia são ambas literariamente e teologicamente inseparáveis uma da outra” (FRAADE, 2005, p. 83). Ou seja, os textos religiosos mostram de uma forma evidente como os preceitos legais são envoltos em narrativas sobre a realidade.¹⁴

Mas diferentemente do que acontece com as leis bíblicas, instituídas por um ente superior, os “preceitos e princípios legais não são apenas exigências feitas sobre nós pela sociedade, o povo, o soberano, ou Deus. São também signos através dos quais nos comunicamos com os outros” (COVER, 1983, p. 8). Essa abertura comunicativa que Cover identifica no direito é o que permite pensar as narrativas que o constituem sob uma pluralidade de fontes; nenhuma autoridade, nem mesmo a estatal, pode se arrogar o monopólio da criação jurídica, esgotando as maneiras possíveis de se dizer o direito. Indo mais além, podemos dizer que a narrativa é a primeira forma de comunicação normativa de que dispomos. Por meio dela, podemos comunicar a outros não apenas o mundo como o vemos, mas também mobilizar esforços a fim de transformá-lo de acordo com o mundo que queremos.

Mas é preciso esclarecer a quem estamos nos referindo quando dizemos “nós”, da mesma forma que Cover se refere, no início de *Nomos e Narrativa*, a “nós” como habitantes de um universo normativo. É um equívoco supor que Cover estivesse preocupado com as elucubrações mentais de indivíduos isolados sobre o direito. Podemos dizer que qualquer indivíduo habita um universo normativo e que,

¹⁴ O modo como as narrativas especificamente religiosas “constroem” a realidade foi objeto de estudo por parte de Peter Berger (1967) em *Sacred Canopy*, livro que também consta entre as referências de Cover e que possui conclusões muito parecidas com as suas.

portanto, “nós” habitamos um universo normativo. Mas esse universo normativo só existe no momento em que uma coletividade também existe, e o que cada indivíduo pensa sobre o direito é algo inevitavelmente condicionado pela existência dessa coletividade.

Ao criticar *Nomos e Narrativa*, Mark Tushnet (1985) apontou que a concepção de direito trazida por Cover é “antihierárquica”, uma vez que não concede privilégio hermenêutico a nenhuma afirmação sobre o direito, de quem quer que seja. Assim, conclui Tushnet (1985, p. 1528), o que um indivíduo isolado diz que é o direito está no mesmo plano normativo daquilo que a Suprema Corte diz que o direito é. Pensamos que essa compreensão de *Nomos e Narrativa* é apenas parcialmente verdadeira.

Como veremos a seguir, Cover recusa, de fato, qualquer privilégio hermenêutico ao Estado quando compara suas interpretações jurídicas com as de outros grupos e comunidades menores. Isso coloca, em tese, todos os indivíduos em um mesmo plano normativo, sejam eles chefes tribais ou juízes de tribunais superiores. Mas essa igualdade só é possível enquanto pensamos os chefes tribais dentro da coletividade que eles representam, da mesma forma que não imaginamos como juízes poderiam, longe do aparato estatal, dispor isoladamente de autoridade sobre o direito. A concepção jurídica de Cover é certamente “antihierárquica”, mas pressupõe que sejam consideradas no mesmo plano normativo apenas as interpretações que passaram, por assim dizer, por um processo de “qualificação” – chamado por Cover de *jurisgenesis*. E dado que, como veremos, esse processo é sempre coletivo, a abordagem individualizante de Tushnet é, senão equivocada, ao menos pouco instrutiva.

Esclarecido esse ponto, voltemos ao âmbito da narrativa e sua função de contextualização dos preceitos legais. Ao afirmar, ainda no primeiro parágrafo, que cada constituição comporta um épico, e cada decálogo uma escritura, Cover propõe que uma tradição legal não se esgota no conjunto de preceitos tidos como oficiais, mas é uma

[...] parcela de um complexo mundo normativo. A tradição inclui não apenas um corpus juris, mas também uma linguagem e uma mitologia – narrativas que situam o corpus juris sobre aqueles que expressam suas vontades através dele. Esses mitos estabelecem paradigmas de comportamento. Eles constroem relações entre os universos normativo e material, entre as restrições da realidade e as

demandas por uma ética. Esses mitos estabelecem um repertório de movimentos – um léxico de ação normativa – que podem ser combinados em padrões significativos selecionados a partir dos padrões significativos do passado.¹⁵ (COVER, 1983, p. 9).

O tema do mito é bastante ilustrativo da concepção que Cover tem sobre o direito. Mas uma vez que o autor não o aprofunda em *Nomos e Narrativa*, façamos uma ligeira passagem a um texto publicado dois anos depois, intitulado *The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction*. Nele, Cover recupera a história do juiz inglês Edward Coke (1552-1634) que, conforme reza a lenda, teria afrontado o rei James no exercício de sua jurisdição. Diante de um caso em que se levantou a questão sobre quem seria a autoridade máxima em termos jurisdicionais na Inglaterra – o soberano ou os magistrados – o juiz Coke pronunciou-se contra a afirmação, feita pelo Arcebispo Bancroft, de que o rei possuía a palavra final. Segundo Coke, o soberano certamente fora dotado por Deus de grandes aptidões e conhecimentos, mas não havia sido educado sobre o conteúdo das leis que regiam a Inglaterra. Quando o rei alegou que colocar sua autoridade abaixo do direito seria um ato de verdadeira traição com a sua soberania, Coke teria respondido ao rei que sua vontade certamente estava acima dos homens, mas não da vontade de Deus e do direito. Diante das ameaças cada vez mais fortes do rei James, o juiz Coke posteriormente acabou pedindo perdão por ter se excedido em sua manifestação. (COVER, 1985, p. 188).

Com base nesse caso e em uma história bastante semelhante retirada do Talmude¹⁶, Cover tece algumas observações sobre o poder simbólico desse tipo de narrativa. Em ambos os casos mencionados, aparecem juízes que desafiam a autoridade dos reis em nome do poder da jurisdição, instituição impessoal que estaria acima de qualquer um deles. O poder didático dessas histórias reside, segundo Cover, na mensagem que elas oferecem sobre a importância da autonomia do direito.

¹⁵ No original: “A legal tradition is hence part and parcel of a complex normative world. The tradition includes not only a corpus juris, but also a language and a mythos - narratives in which the corpus juris is located by those whose wills act upon it. These myths establish the paradigms for behavior. They build relations between the normative and the material universe, between the constraints of reality and the demands of an ethic. These myths establish a repertoire of moves – a lexicon of normative action - that may be combined into meaningful patterns culled from the meaningful patterns of the past.”

¹⁶ Um dos livros básicos da lei judaica, que contém um registro de discussões rabínicas e lendas sobre a lei oral, a doutrina e a moral dos judeus.

Nas duas narrativas expostas por Cover, a história decidiu em favor da autoridade dos reis (no caso do Talmude, de uma forma bem mais complexa e misteriosa, que nos tomaria demasiado tempo reconstituir em seus pormenores). Os juízes foram, em ambos os casos, derrotados em suas pretensões. Seja na Inglaterra do século XVII ou, mais remotamente, nos tempos talmúdicos, a realidade não se conformou às suas narrativas sobre o direito. Mas a lição que elas carregam, sobre a independência da jurisdição, foi mais tarde aprendida por grande parte dos sistemas jurídicos modernos – por mais longo e tortuoso que esse aprendizado tenha sido.

No entendimento de Cover, esses textos oferecem contextos interessantes para se pensar o lugar dos *mitos* na construção do direito. Evidente que a realidade não costuma ser tão "literária" como no caso do juiz Coke ou nas narrativas fantásticas do Talmude. Mas os mitos servem justamente para condensá-la, por meio de narrativas que sirvam como referência histórica. São mitos como esses, diz Cover, que "fornecem *propósito* para a história" (COVER, 1985, p. 188):

O mito é a parte da realidade que criamos e escolhemos lembrar com o propósito de *reencená-la*. É intensamente pessoal e comprometido. A história é um contra-movimento nos levando de volta à realidade, exigindo que testemos a aspiração de forma prudente e objetiva. A história corrige a escala de heroísmo que, de outra forma, teríamos projetado sobre o passado. Somente o mito nos diz quem nos tornaríamos; somente a história pode nos dizer realmente o quão difícil seria nos tornarmos.¹⁷ (COVER, 1985, p. 190).

Com extrema originalidade, Cover reposiciona mito e história como partes da realidade que normalmente se manifestam de forma antagônica, mas que são igualmente capazes de influenciá-la quando se trata de direito. A narrativa do juiz Coke é, aparentemente, a de um fracasso. Mas a história mostrou que sua posição comportava um repertório para ação que, mais tarde, viria a ser progressivamente adotado. O mito é uma espécie de consagração da narrativa à luz da história, um modelo para a posteridade. E a narrativa jurídica, como o caso do juiz Coke demonstra, é uma realidade inicialmente subjetiva à procura de sua objetivação.

¹⁷ No original: "Myth is the part of reality we create and choose to remember in order to *reenact*. It is intensely personal and committed. History is a countermove bringing us back to reality, requiring that we test the aspiration objectively and prudentially. History corrects for the scale of heroics that we would otherwise project upon the past. Only myth tells us who we would become; only history can tell us how hard it will really be to become that."

De volta a *Nomos e Narrativa*, Cover afirma que, assim como os mitos, todo preceito legal possui uma origem narrativa¹⁸, ou seja, toda ordem jurídica emerge daquilo que é ilegal (*unlawful*), no sentido de prévio à classificação legal/ilegal. Essa concepção é, segundo Cover (1983, p. 23), “a reformulação mítica ou narrativa do conceito positivista de regra de reconhecimento ou normal fundamental (*Grundnorm*).” Assim, é sempre possível rever a validade de um preceito formalmente constituído ao submeter a narrativa que o sustenta a uma perspectiva diferente¹⁹. Mas como a narrativa jurídica se transforma em realidade objetiva, não como mito, mas como ação no tempo presente?

Primeiro, é preciso atentar para o modo como a linguagem do direito contamina a realidade (ser) por meio de suas prescrições (deve ser). Trata-se de tema recorrente na teoria do direito: mostrar de que forma a realidade fática é capaz de adquirir significação jurídica. Hans Kelsen, por exemplo, tratou dessa questão logo nas primeiras páginas de sua *Teoria Pura do Direito*:

Numa sala encontram-se reunidos vários indivíduos, fazem-se discursos, uns levantam as mãos e outros não – eis o evento exterior. Significado: foi votada uma lei, criou-se Direito. [...] Um comerciante escreve a outro uma carta com determinado conteúdo, à qual este responde com outra carta. Significa isto que, do ponto de vista jurídico, eles fecharam um contrato. Certo indivíduo provoca a morte de outro em consequência de uma determinada atuação. Juridicamente isto significa: homicídio. (KELSEN, 2009, p. 2).

Kelsen sugere aqui que a realidade fática assume novos contornos em razão de uma linguagem jurídica preexistente, mas que esses contornos não são meramente linguísticos; não se trata apenas de dar nomes, como contrato e homicídio, a determinados aspectos da realidade. Trata-se de considerar a realidade sob um novo prisma, conforme os critérios valorativos incorporados pelo direito. Trata-se da criação de uma ontologia, uma realidade que se sobrepõe àquela que Kelsen (2009) denomina como “exterior” (o mundo físico onde indivíduos se

¹⁸ Nesse sentido, afirma Cover: “A história e a literatura não podem escapar de seu posicionamento em um universo normativo, e nem a prescrição, mesmo quando incorporada a um texto legal, pode escapar de sua origem e sua finalidade na experiência, nas narrativas que são trajetórias tramadas sobre a realidade material por meio de nossas imaginações.” (COVER, 1983. p. 5).

¹⁹ Cover mostra como isso acontece, por exemplo, em textos bíblicos em que regras como o direito sucessório como a que garante a herança maior ao primogênito são derrubadas pela intervenção divina. Assim, diz Cover, “Ser um habitante de um mundo normativo bíblico é entender, primeiro, que a regra de sucessão pode ser derrubada; segundo, que é preciso a convicção da providência divina para derrubá-la; terceiro, que essa providência divina tende a se manifestar precisamente derrubando essa regra específica.” (COVER, 1983. p. 22).

agrupam em salas e comerciantes trocam cartas) mas que não tem razão de ser separadamente desta. A partir do momento em que um indivíduo é sentenciado por homicídio, as palavras do juiz que o condenou se transformarão em ações que irão modificar sua situação no mundo; um aparato policial irá conduzi-lo até a prisão, onde será vigiado por carcereiros, passará a conviver com outros prisioneiros, e assim por diante.

Em que pese o modo como as diferentes teorias do direito irão acomodar fato e valor, o aspecto ontológico levantado por Kelsen é um pressuposto para toda teoria que reconheça a natureza prescritiva do direito. Sem dúvidas, Cover não nega que o direito possua tal natureza e, portanto, aceita esse pressuposto; no entanto, procura ir além disso, recusando-se a acreditar que o alcance das narrativas jurídicas se reduza ao plano do dever ser. É nesse ponto que o autor inclui uma terceira categoria ontológica, que constitui um grande diferencial em sua concepção de direito: o direito inclui não apenas o que *é* e o que *deve ser*, mas também o que *poderia ser* – o campo das realidades alternativas, imaginadas. Dessa forma, viver em universo normativo “requer que se saiba não apenas os preceitos, mas também suas conexões com estados de coisas possíveis e plausíveis. Requer que se integre não apenas o ‘ser’ e o ‘dever ser’, mas o ‘ser”, o ‘dever ser’ e o que ‘poderia ser’”. (COVER, 1983. p. 10).

Para Cover, a narrativa é o próprio ato de imposição de uma força normativa na realidade. O direito é visto assim como um "sistema de tensão ou uma ponte ligando um conceito de realidade a uma alternativa imaginada" (COVER, 1983. p. 9), ou seja, representa uma tensão entre dois estados de coisas, um presente e um futuro – ambos passíveis de representação por meio de dispositivos narrativos²⁰. Como observa Julen Etxabe, ao incluir a categoria do *poderia ser*, Cover escapa de um dilema que assombra teorias jurídicas aprisionadas na distinção entre ser e deve ser, que não conseguem conceber – salvo pela afirmação de um puro ato de vontade – como é possível que práticas sociais se transformem em normas. Ao funcionar como uma ponte entre presente e futuro, o direito tal como concebido por Cover não é inteiramente realidade social e nem normatividade pura (ETXABE, 2010, p. 122). O *nomos* é assim “um mundo presente constituído por um sistema de tensão entre realidade e visão” (COVER, 1983, p. 9). Se o elemento do *nomos* da

²⁰ Segundo Etxabe (2010), essa constatação guarda correspondência direta com o “efeito moralizador” da narrativa proposto por James Boyd White (1985).

realidade é trazido à tona pela narrativa, Cover sugere que o elemento representado pela visão corresponde ao fenômeno que George Steiner (2005) denominou como *alternidade* (COVER, 1983, p. 9). Para melhor compreender as origens desse conceito, nos voltemos brevemente ao trabalho desse autor.

Ao final do terceiro capítulo de *Depois de Babel*, ao analisar a dualidade persistente na filosofia e na linguística entre verdade e falsidade²¹, Steiner aponta a controvérsia suscitada pelo estatuto lógico dos enunciados hipotéticos. Expressões condicionais contrafactuais do tipo “se Cover estivesse vivo, seria um dos mais aclamados teóricos do direito” tendem a causar perplexidade gramatical e filosófica – especialmente entre os representantes da filosofia analítica, para quem asserções desse tipo não fazem mais do que produzir confusão. Segundo Steiner, porém, esses enunciados hipotéticos ou alternativos comportam uma função criativa e “são fundamentais para a dinâmica da sensibilidade humana” (STEINER, 2005, p. 236), pois carregam ambivalências vitais que revelam a capacidade que a nossa linguagem tem de ir além da descrição das coisas “como elas são”²².

O conceito de *alternidade* busca dar conta da nossa capacidade de articular, de forma preponderantemente verbal, “mundos outros que não este” (STEINER, 2005, p. 243). A *alternidade* significa, portanto, o “outro que não o que é”, ou seja, “as proposições contrafactuais, as imagens, as formas de vontade e de evasão com as quais energizamos nossa existência mental e construímos o meio cambiante, amplamente fictício de nossa existência somática e social” (STEINER, 2005, p. 242). Essa passagem explicativa é citada pelo próprio Cover em seu texto, embasando sua ideia de que a narrativa, ao carregar o potencial de dizer não somente “as coisas que existem”, mas as que podem existir (STEINER, 2005, p. 241), fornece visões alternativas do futuro que o direito pode colocar em tensão com a realidade presente.

²¹ Segundo Steiner, essa questão dá margem a duas interpretações filosóficas distintas acerca do estatuto da falsidade (ou “não-verdade”): algumas filosofias enxergam a falsidade como uma substância ou propriedade básica tanto quanto a verdade; outras veem a falsidade apenas como a ausência ou negação da verdade. (STEINER, 2005, p. 227). As consequências de cada posição fogem ao escopo do trabalho, de forma que não estenderemos sua exposição.

²² Nesse sentido, afirma Steiner: “Se postularmos, como penso que devemos fazer, que a linguagem humana amadureceu principalmente por meio de suas funções herméticas e criativas, que a evolução da capacidade total da linguagem é inseparável do impulso para o ocultamento e a fantasia, então poderemos ter, finalmente, uma abordagem do problema de Babel.” (STEINER, 2005, p. 250).

O foco de Steiner é a língua, mas suas máximas – como boa parte da discussão presente em *Nomos e Narrativa* sugere – também são válidas para o direito, na medida em que ambos dão vazão à “desconcertante profusão e excentricidade” (STEINER, 2005, p. 252) dos diferentes modos de ser possíveis ou imagináveis. Se para Steiner o reflexo da *alternidade* está na abundante pluralidade de línguas²³, para Cover ele está na possibilidade quase infinita de recriação do direito. Se “a linguagem é o principal meio de que dispõe o ser humano para se recusar a aceitar o mundo como ele é” (STEINER, 2005, p. 238), a linguagem do direito é, para Cover (1983), o principal meio para transformá-lo.

Contudo, o conceito de *nomos* não se esgota no elemento da *alternidade*; se fosse mera possibilidade ou imaginação, o direito cairia facilmente na utopia ou na pura visão²⁴. As narrativas oferecem modelos de ação²⁵, mas nem sempre esses modelos são realizáveis. Se determinada visão não for capaz de fornecer o contexto para uma ação humana viável, então ela não é, de acordo com Cover, uma narrativa propriamente jurídica:

Se o direito reflete uma tensão entre o que é e o que pode ser, então ele só pode ser mantido enquanto ambos estiverem próximos o suficiente para revelar uma linha de esforço humano capaz de reconciliá-los de forma temporária ou parcial. Todos os movimentos utópicos ou escatológicos que não se afastam da insularidade arriscam falhar em converter a visão em realidade e, portanto, rompem a tensão. Nesse ponto, eles podem até ser movimentos, mas não são mais movimentos do direito²⁶. (COVER, 1983, p. 39).

Somente dessa forma o direito “mantém nossa realidade apartada de nossas visões e nos resgata da escatologia que é a colisão das construções de nossas

²³ “Existiram e ainda existem milhares de línguas porque houve, particularmente nos estágios arcaicos da história social, o empenho de inúmeros grupos humanos em manter para si as fontes singulares e herdadas da sua identidade e em criar seus próprios mundos semânticos, suas *alternidades*.” (STEINER, 2005, p. 251).

²⁴ Esse é um possível ponto de divergência entre as concepções de Cover e as que Steiner identifica como sendo pertencentes a Ernst Bloch, para quem o instinto utópico é a mola da política. (STEINER, 2005, p. 237).

²⁵ “Narrativas são modelos de ação por meio dos quais estudamos e experienciamos transformações que acontecem quando um dado estado de coisas simplificado é forçado a passar através do campo de força de um conjunto de normas igualmente simplificado.” (COVER, 1983, p. 10).

²⁶ No original: “If law reflects a tension between what is and what might be, law can be maintained only as long as the two are close enough to reveal a line of human endeavor that brings them into temporary or partial reconciliation. All utopian or eschatological movements that do not withdraw to insularity risk the failure of the conversion of vision into reality and, thus, the breaking of the tension. At that point, they may be movements, but they are no longer movements of the law.”

mentes com o mundo material e social”²⁷ (COVER, 1983, p. 10). Essa ressalva em relação à especificidade da narrativa jurídica é importante, uma vez que a amplitude do modelo inicial de Cover – um universo normativo baseado em noções de certo e errado – pode levar a interpretações equivocadas. Ao eliminar do âmbito do direito as narrativas incapazes de mobilizarem a ação humana, o autor reduz significativamente esse universo.

Para respondermos à pergunta sobre como a narrativa jurídica se torna realidade objetiva, foi preciso delimitar o que é uma narrativa propriamente *jurídica*. Contudo, o critério segundo o qual uma narrativa não pode ser utópica ou uma visão irrealizável não é suficiente para compreender o principal aspecto da gênese normativa do direito proposta por Cover. Seu modelo depende dessa delimitação para seguir adiante, mas é apenas com a elaboração do conceito de *jurisgenesis* que a reflexão de *Nomos e Narrativa* efetivamente tomará forma. Como veremos a seguir, vários elementos estarão envolvidos na forma como o autor concebeu o processo de criação dos significados jurídicos que alimentam a ideia de *nomos*.

2.2 *Jurisgenesis*: o processo de criação de significado jurídico

Após expor sua concepção de *nomos*, Cover inicia a segunda parte de *Nomos e Narrativa* – que trata da questão do significado jurídico – da seguinte forma:

O *nomos* que descrevi não requer Estado. E de fato, é a tese desse ensaio que a criação de significado jurídico – “*jurisgenesis*” – acontece sempre através de um meio essencialmente cultural. Embora o Estado não seja necessariamente o criador do significado jurídico, o processo criativo é coletivo ou social. Na seção a seguir, sugiro uma base social para a *jurisgenesis* e uma base social correspondente para o processo que destrói significado jurídico por interesse do controle social²⁸. (COVER, 1983, p. 11).

²⁷ O próprio Cover (1988) viria a apontar, mais tarde, “um excesso de retórica metafórica” nessa passagem, embora não tenha renegado o seu sentido.

²⁸ No original: “The *nomos* that I have described requires no state. And indeed, it is the thesis of this Foreword that the creation of legal meaning – “*jurisgenesis*” – takes place always through an essentially cultural medium. Although the state is not necessarily the creator of legal meaning, the creative process is collective or social. In the following Section, I shall suggest a social basis for *jurisgenesis* and a corresponding social basis for the process that destroys legal meaning in the interest of social control.”

Como vimos anteriormente, as regras e instituições formais do Estado são apenas parte do universo normativo concebido em *Nomos e Narrativa*. Contudo, ao tratar do processo de *jurisgenesis*, Cover vai além: afirma que o direito estatal sequer é necessário para que o *nomos* exista. A gênese do significado jurídico encontra-se nas práticas culturais, e não na formação de instituições oficiais. Disso se segue que o Estado não possui qualquer privilégio hermenêutico na criação do direito; suas interpretações não são qualitativamente melhores do que a de grupos e comunidades que articulam seus próprios entendimentos jurídicos. Mas então por que o Estado é quem, em última instância, decide os conflitos sobre o direito? Por que as decisões judiciais possuem autoridade para vincular indivíduos e grupos às suas interpretações legais?

Cover tem uma resposta muito simples a essa questão: a posição de centralidade que o direito estatal costuma assumir se dá unicamente porque o Estado é capaz de garantir, através da violência, o comprometimento necessário para a afirmação dos significados jurídicos que ele próprio considera corretos. Essa violência é comumente negligenciada pela teoria do direito, que tende a naturalizar o recurso da coerção legal como legítimo. A decisão judicial costuma ser o limite da reflexão teórica sobre a interpretação legal – há modelos de racionalidade jurídica que procuram orientar o julgador, há teorias da prova e da argumentação. No entanto, uma vez que o julgamento é proferido, as teorias da interpretação se calam. Não há mais qualquer tipo de questão a ser levantada. Terminado o processo, a sentença judicial se esgota em um imperativo: “cumpra-se”. O que vem depois já não pertence ao campo da teoria.

Cover acredita que essa é uma atitude problemática. A seu ver, não se pode negligenciar a existência de uma estrutura de cooperação – formada por oficiais de justiça, policiais, agentes penitenciários – incumbida de dar efeito prático às sentenças; sem ela, afirma o autor, a palavra do juiz não teria mais autoridade que a interpretação de um crítico literário. Cover desenvolverá esse raciocínio de forma mais aprofundada em *Violência e a Palavra*, conforme veremos no segundo capítulo. Por ora, cumpre atentar a uma distinção que decorre do estado de coisas descrito pelo autor: em termos de organização social do direito, existe uma dicotomia radical entre o *direito como poder* e o *direito como sentido*. (COVER, 1983, p. 18).

Os preceitos legais (inclusive os formalmente instituídos) devem possuir sentido, mas esse sentido provém necessariamente de fora do processo legislativo

formal (COVER, 1983, p. 18). Por meio dessa distinção, o modelo de Cover é capaz de identificar como jurídicos alguns discursos ou manifestações tipicamente classificadas como éticas, morais ou religiosas. Um grupo ou comunidade²⁹ que se proclame autônomo (ou seja, que literalmente cria um *nomos* próprio) em relação ao Estado não possui, por exemplo, uma visão ética ou religiosa particular sobre determinado preceito constitucional; possui, na verdade, outro direito.

Mas isso evidentemente levanta uma questão: todo grupo social pode afirmar que possui um direito próprio – um *nomos* que possa chamar de *seu*? Cover não parece oferecer um critério fechado nesse aspecto.³⁰ Julen Etxabe (2010) encontra, no entanto, ao menos quatro características comuns a todos os exemplos fornecidos pelo autor em *Nomos e Narrativa*: a formação de um *nomos* parece pressupor um grupo humano bem constituído, uma autoconsciência em relação à identidade do grupo, uma percepção de compartilhamento e delimitação baseada em textos comuns e determinados projetos de vida normativos. (ETXABE, 2010, p. 122).

A manifestação arquetípica presente em *Nomos e Narrativa* é o *nomos* criado por uma comunidade religiosa que vive conforme suas próprias interpretações de textos sagrados. Além da clara influência que as narrativas bíblicas exercem no pensamento de Cover, a centralidade dos exemplos religiosos tem a ver com o fato de que comunidades anabatistas³¹ como os *amish* e os menonitas manifestaram-se como *amicus curiae* no caso analisado pelo autor, o *Bob Jones University*. Esses

²⁹ Falamos em “grupo ou comunidade” porque, na visão de Cover, o *nomos* é necessariamente um processo social, e nunca individual. Um indivíduo certamente pode formular uma interpretação jurídica própria, e pode até conseguir viver sob ela. Nesse caso, contudo, não haveria qualquer processo social envolvido. A menos que se torne inteligível a uma comunidade mais ampla e possa constituir um modelo de comportamento adotável, essa interpretação constitui por si só um *nomos*. Nesse sentido, argumenta Cover: “Qualquer pessoa que tivesse uma vida normativa inteiramente idiossincrática seria bastante louca. O papel que você ou eu escolhemos assumir pode ser singular, mas o fato de que nós podemos situá-lo em um ‘script’ comum o torna ‘são’ – é uma garantia de que nós compartilhamos um *nomos*.” (COVER, 1983, p. 10).

³⁰ Uma objeção provável aqui é: seguindo essa lógica, devemos considerar que um grupo terrorista também pode constituir um *nomos*. E de fato, a resposta seria afirmativa – não se pode dizer que o Estado Islâmico, por exemplo, não possua suas próprias interpretações e não se comprometa (de uma forma extrema, devemos dizer) com elas. Mas disso não se segue que, reconhecendo um *nomos*, devemos necessariamente preservá-lo. Cover não chegou a tratar especificamente dessa questão, mas pode se concluir, a partir de sua discussão sobre a violência do direito estatal, que um *nomos* não deve impor seus preceitos de maneira violenta, declarando qualquer manifestação alternativa como inimiga – como é o caso das manifestações extremistas do tipo “guerra justa”. Para maiores discussões, ver a segunda acepção de pluralismo normativo proposta ao final do segundo capítulo.

³¹ A origem dessas comunidades cristãs sectárias remete à ala mais radical (e também a mais perseguida) da Reforma Protestante, que propunha, entre outros aspectos, a “re-batização”, ou seja, que a cerimônia do batismo fosse repetida na idade adulta, quando o indivíduo pudesse realizar o ato de forma consciente. Ainda que em número bastante reduzido, essas comunidades sobrevivem até hoje em colônias espalhadas por diversas partes do mundo.

exemplos também se encaixam perfeitamente na descrição fornecida por Cover sobre a base social da *jurisgenesis*. Do lado das comunidades, verifica-se um processo de criação do direito; do ponto de vista do tribunal, interessa a estabilização dos significados jurídicos aceitos pelo Estado. Diante dessa contraposição de forças, o autor aponta para a existência de dois modelos distintos de constituição do *nomos*.

Cover denomina o primeiro tipo como *paideico*. Nesse modelo, de forte inspiração religiosa, grupos ou comunidades articulam seu próprio espaço normativo a partir de determinado corpo de preceitos e narrativas e um sentido de unidade entre seus membros. A possibilidade de novas interpretações encontra-se permanentemente aberta, e o direito assume um caráter pedagógico: os indivíduos são educados na lei, de modo que a obediência é fruto de um processo de entendimento, e não de coerção normativa (COVER, 1983, p. 12-13). O vínculo entre os indivíduos é de obrigação recíproca e de responsabilidade individual com o bem-estar geral do grupo.

Já ao segundo modelo, responsável mais por manter os universos normativos do que criá-los, Cover dá o nome de *imperial*. Esse modelo caracteriza-se pela objetividade de seus preceitos – normas jurídicas abstratas e universais – e pelo fato de que sua aplicação fica a cargo de instituições devidamente constituídas para esse fim. Os compromissos interpessoais são fracos, uma vez que só se exige que os indivíduos evitem determinados tipos de condutas legalmente reprováveis. É como o direito moderno funciona em sua maior parte; uma forma de garantir que o *nomos* não se desintegre em razão de suas tendências plurais e potencialmente destrutivas, tornando possível a difícil tarefa de acomodá-las dentro de um mesmo espaço normativo. (COVER, 1983, p. 13).

É importante destacar, no entanto, que nenhum universo normativo é criado ou mantido somente por meio do modelo *paideico* ou do modelo *imperial*. Ambos funcionam como tipos ideais na análise de Cover; não representam sociedades de fato, mas bases coexistentes de atributos distintos presentes em cada uma delas (COVER, 1983, p. 14). No contexto dos estados-nação modernos, o modelo *imperial* encontra-se intimamente ligado à organização social dos preceitos legais (direito como poder), enquanto o *paideico* parece mais próximo da organização social das narrativas que sustentam esses preceitos (direito como sentido). (COVER, 1983, p. 16).

As particularidades do modelo *paideico* já foram em boa parte traçadas pela discussão anterior sobre o papel criativo da narrativa no direito. Cumpre agora tratar de algumas das características apresentadas pelo modelo *imperial*. Em primeiro lugar é preciso mencionar que, em que pese suas características mais destrutivas do que construtivas, Cover não vê esse modelo como um entrave ao seu apelo em favor da riqueza do *nomos*. Isso porque o modelo *imperial* apresenta algumas virtudes fundamentais para que os universos normativos venham a se consolidar. Nesse sentido, afirma:

É o problema da multiplicidade de sentido – o fato de que jamais apenas um, mas sempre vários mundos são criados pelas forças muito férteis da jurisgenesis – que conduz de uma vez só às virtudes imperiais e ao modelo imperial de manutenção do mundo. Manter o mundo não é tarefa menor e não requer menos energia do que criá-lo. Deixados frouxos e libertos, os mundos criados seriam instáveis e sectários em sua organização social, dissociados e incoerentes em seu discurso, cautelosos e violentos em suas interações. O sóbrio modelo imperial de manutenção do mundo segura o espelho da objetividade crítica diante do sentido, impõe a disciplina da justiça institucional sobre as normas e situa o imperativo da paz no vazio provocado pela ausência de laços fortes³². (COVER, 1983, p. 16).

De acordo com uma tradição rabínica mencionada por Cover, o mundo de antigamente era sustentado pela Torá, pela adoração ao templo e por atos de bondade. O mundo judaico foi criado com base nesses pilares. Quando o templo foi destruído, as bases iniciais também ruíram, dando lugar a outras três formas de manutenção do mundo: a justiça, a verdade e a paz (COVER, 1983, p. 16). Para cada contexto social ou religioso, as bases serão outras. A destruição do templo também pode ser apenas uma metáfora para qualquer outro acontecimento importante – uma guerra, um novo reinado, uma revolução. O que realmente interessa aqui é a distinção existente entre os modos de criação narrativa e as formas de “manter o mundo” presentes em nossas sociedades.

³² No original: “It is the problem of the multiplicity of meaning – the fact that never only one but always many worlds are created by the too fertile forces of jurisgenesis – that leads at once to the imperial virtues and the imperial mode of world maintenance. Maintaining the world is no small matter and requires no less energy than creating it. Let loose, unfettered, the worlds created would be unstable and sectarian in their social organization, dissociative and incoherent in their discourse, wary and violent in their interactions. The sober imperial mode of world maintenance holds the mirror of critical objectivity to meaning, imposes the discipline of institutional justice upon norms, and places the constraint of peace on the void at which strong bonds cease.”

Se hoje o universo normativo dos Estados se mantém pelo respeito à Constituição e à ordem política que dela deriva, pode ser que no futuro, com o avanço da transnacionalização sobre importantes áreas da vida social, as bases de sustentação já não sejam as mesmas. A própria configuração atual já não é, por sua vez, a mesma que existia em um passado às vezes não muito distante – no caso brasileiro, por exemplo, um passado que não tem sequer trinta anos. O modelo *imperial* é “sóbrio” apenas na medida em que for capaz de acomodar as múltiplas interpretações que inevitavelmente aparecerão, seja destruindo-as ou – preferencialmente, como pretende Cover – incorporando-as.

Quando o processo de *jurisgenesis* tem lugar no interior dos Estados, o parâmetro que irá orientar a prática do controle social será o texto constitucional³³. Mesmo que o respeito à Constituição muitas vezes implique na eliminação de interpretações incompatíveis com seus preceitos, é possível conceber, segundo Cover, um processo de criação de sentido constitucional, que tende a assumir também duas formas distintas.

Quando determinadas comunidades autônomas – como os anabatistas, por exemplo – buscam constituir um *nomos* próprio, a *jurisgenesis* assume uma forma denominada *autonomia insular*. Nesses casos, as comunidades com pretensões de isolamento estabelecem significados próprios para interpretar os princípios constitucionais dos Estados onde se localizam. As comunidades religiosas mencionadas por Cover procuram respeitar as normas do Estado, mas negam que ele detenha o monopólio da interpretação sobre o direito.

O modo de existência dessas comunidades representa bem o caráter ambíguo que marca o modelo *imperial*. A história dos grupos anabatistas é marcada pela resistência a constantes perseguições e, sobretudo, pela adaptação a mudanças, dada a dificuldade da tarefa de procurar um lugar seguro para poder viver conforme seus preceitos. Essas comunidades não respeitam a Constituição norte-americana porque a consideram como “lei suprema”, mas porque encontraram em sua cláusula de livre expressão religiosa a proteção necessária para exercer

³³ “Em nosso próprio mundo normativo, não há um texto obviamente central, certamente nenhum que forneça as narrativas e os preceitos de forma exaustiva. Não obstante, a constituição dos Estados Unidos se autodeclara como ‘lei suprema’.” (COVER, 1983, p. 25). Não há dúvidas que essa afirmação também se impõe no contexto constitucional brasileiro, em que pese a presença de normas derivadas de tratados internacionais, por exemplo.

suas práticas, consideradas ilegais em muitos países³⁴. Porém, uma vez que suas práticas entrem em conflito com outros preceitos constitucionais, o Estado pode se tornar inimigo dessas comunidades. Nasce daí uma luta constante para definir e manter a independência de seus *nomos* em relação ao Estado, uma vez este detém a violência necessária para destruí-los³⁵. Do ponto de vista dessas comunidades, portanto, o modelo *imperial* representa, ao mesmo tempo, segurança e ameaça.

Ainda que as comunidades religiosas tenham funcionado como sua principal fonte de inspiração para descrever os processos de *autonomia insular*, Cover de forma alguma excluiu outras possibilidades.³⁶ Menciona expressamente, inclusive, que os direitos corporativo e de propriedade também funcionam como bases para criação de reservas insulares nômicas (COVER, 1983, p. 30). O autor observa, por exemplo, que "o direito corporativo moderno segue carregando o caráter formal de uma concessão para estabelecer uma autoridade criadora de normas" (COVER, 1983, p. 31). Como veremos em detalhes na última parte do segundo capítulo, essa descrição não foge muito das tendências atuais representadas pela globalização do direito, embora os exemplos de Cover estivessem relacionados à criação e aplicação de normas próprias por parte de algumas empresas em povoados e vilarejos que se formavam junto aos locais onde seus empreendimentos eram realizados, como fábricas e minas. De qualquer maneira, como o próprio autor sugere, seus exemplos não são exaustivos. Na verdade, servem apenas para ilustrar um aspecto mais geral da criação de significado jurídico:

O ponto relevante aqui não é apenas que a legislação privada se dá através da autoridade religiosa, do contrato, da propriedade ou do direito corporativo (e, sem dúvida, através de todas as atividades associativas privadas), mas também que de tempos em tempos vários grupos utilizam esses dispositivos bem entendidos e universalmente aceitos para criar um *nomos* inteiro – um mundo integrado de obrigação e realidade a partir do qual o resto do mundo é percebido. Nesse ponto de transformação radical de perspectiva, a regra confinante – não importa se o contrato, o livre exercício de religião, a propriedade ou o direito corporativo – se torna mais do que

³⁴ A perseguição a grupos religiosos autorizada pelos próprios Estados ainda é uma questão recorrente e atual, como mostra a recente decisão da Suprema Corte russa que decretou a ilegalidade da seita das Testemunhas de Jeová. (BBC Brasil, 2017).

³⁵ Do ponto de vista da legalidade estatal, é plenamente justificável que os Estados não estejam facilmente inclinados a aceitar a afirmação de um *nomos* autônomo dentro de seus domínios. Como afirma Cover, "cada grupo deve acomodar dentro de seu próprio mundo normativo a realidade objetiva do outro." (COVER, 1983, p. 28-9).

³⁶ Breslin e Cavanaugh (2014) sugerem, por exemplo, que as categorias de Cover podem ajudar a compreender as disputas dos indígenas norte-americanos com os preceitos estatais.

uma regra: se torna constitutiva de um mundo. Nós testemunhamos uma mitose normativa. Um mundo é virado do avesso; um muro começa a se formar, e sua forma difere dependendo de que lado do muro as nossas narrativas nos situam³⁷. (COVER, 1983, p. 31).

Quando não há qualquer “mitose normativa”, ou seja, nenhuma pretensão de constituir um universo normativo próprio, mas de transformar o significado constitucional dentro do próprio âmbito estatal, a *jurisgenesis* assume outra natureza, batizada por Cover de *constitucionalismo redentor*. Esse registro compreende grupos e instituições que procuram modificar o direito a partir de diferentes narrativas sobre a realidade, com objetivos integrativos, e não sectários (COVER, 1983, p. 34). É o caso, por exemplo, das lutas por direitos encabeçadas por movimentos sociais, que se apropriam da gramática jurídica estatal em suas reivindicações³⁸.

A despeito dos diferentes pontos de vista, formações identitárias, e tipos de narrativas presentes em cada um dos grupos, pode-se dizer que todos eles estão tão engajados quanto os juízes na tarefa de compreensão dos preceitos constitucionais (COVER, 1983, p. 33). A liberdade de associação concedida a tais grupos não se esgota na liberdade de existir, mas na livre capacidade de criar e interpretar o direito – principalmente quando estão em disputa os contornos jurídicos da própria associação (COVER, 1983, p. 32). No entanto, criação e interpretação do direito não se restringem aqui ao ato de produzir e exteriorizar narrativas. A *jurisgenesis* pressupõe também um processo de *comprometimento* com os preceitos. Cover dedica a terceira das quatro partes de *Nomos e Narrativa* à questão do comprometimento, introduzindo-a da seguinte forma:

No universo normativo, o significado jurídico é criado simultaneamente pelo engajamento e desengajamento, pela identificação e objetivação. Na medida em que o *nomos* não é mais

³⁷ No original: “The point that is relevant here is not only that private lawmaking takes place through religious authority, contract, property, and corporate law (and of course through all private associational activity), but also that from time to time various groups use these universally accepted and well-understood devices to create an entire *nomos* – na integrated world of obligation and reality from which the rest of the world is perceived. At that point of radical transformation of perspective, the boundary rule - whether it be contract, free exercise of religion, property, or corporation law - becomes more than a rule: it becomes constitutive of a world. We witness normative mitosis. A world is turned inside out; a wall begins to form, and its shape differs depending upon which side of the wall our narratives place us on.”

³⁸ Rodríguez (2014) chega a uma formulação análoga a de Cover quando trata as lutas por direitos sob a perspectiva de duas gramáticas: a da regulação social autônoma (semelhante ao modelo de autonomia insular) e a da regulação estatal (próxima ao constitucionalismo redentor).

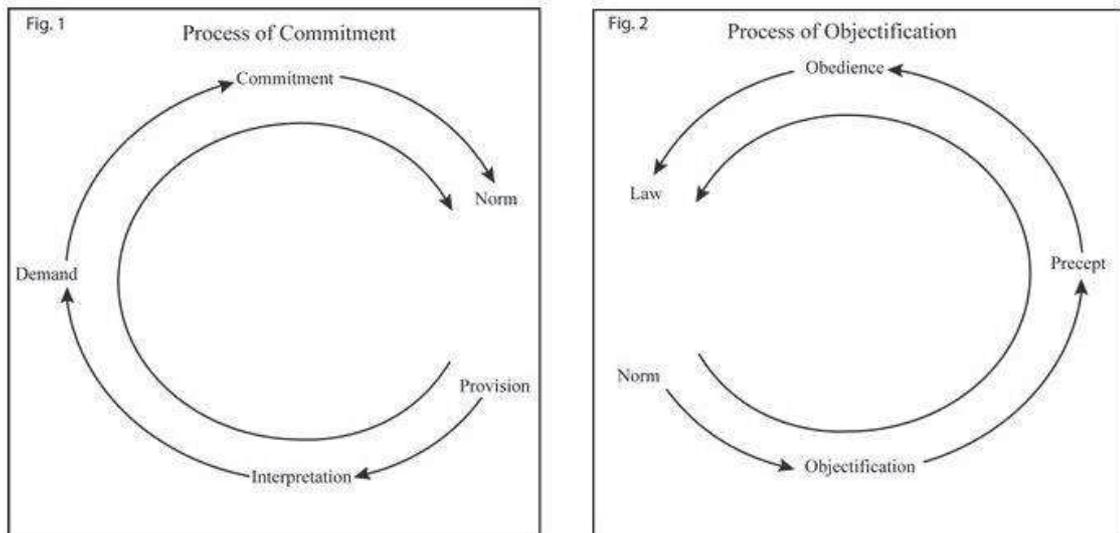
que o processo de ação humana estendido entre visão e realidade, uma interpretação legal não pode ser válida se não se está preparado para viver sob ela. Alguns pensadores podem ser destituídos como “meramente utópicos”, não apenas por colocarem standards de comportamento radicalmente diferentes daqueles com os quais estamos acostumados a viver, mas também por falharem ao oferecer vidas alternativas às quais nos comprometeríamos, estendendo nossa realidade em direção a sua visão³⁹. (COVER, 1983, p. 44).

O comprometimento vai além da narrativa, além da visão que projetamos sobre a realidade – trata-se do esforço necessário para se chegar até elas. A construção de universos normativos só é possível na medida em que se colocam, conforme a expressão que Cover utilizará em *Violência e a Palavra*, os “corpos à prova (*bodies on the line*)” (COVER, 1986b, p. 1605). A existência de uma ação comprometida distingue a interpretação legal de uma interpretação literária ou filosófica, por exemplo, visto que os grupos que propõem um direito diferente daquele imposto pelo Estado “não se darão por satisfeitos com uma regra que os permita falar, mas que não os permita viver seu próprio direito”. (COVER, 1983, p. 49).

Uma vez que indivíduos pertencentes a grupos ou comunidades ajam de forma comprometida no intuito de transformar juridicamente a realidade existente, suas ações passam a constituir realidade objetiva para os demais atores sociais, entre eles o Estado. Seguindo muito de perto o raciocínio de Berger e Luckmann (2007) sobre o processo de exteriorização dos comportamentos institucionalizados, Cover conclui que a *jurisgenesis* se perfectibiliza por um processo de objetivação. É somente por meio do processo de objetivação que o preceito legal adquire o status de direito, passando a ser objeto de novas interpretações baseadas em narrativas modificadas que por sua vez conduzem a novos processos de comprometimento. Temos assim dois processos concomitantes, conforme ilustrado pelas figuras a seguir:

³⁹ No original: “In the normative universe, legal meaning is created by simultaneous engagement and disengagement, identification and objectification. Because the *nomos* is but the process of human action stretched between vision and reality, a legal interpretation cannot be valid if no one is prepared to live by it. Certain thinkers may be dismissed as ‘merely’ utopian, not only because they posit standards for behavior radically different from those by which we are accustomed to living, but also because they fail to posit alternative lives to which we would commit ourselves by stretching from our reality toward their vision.”

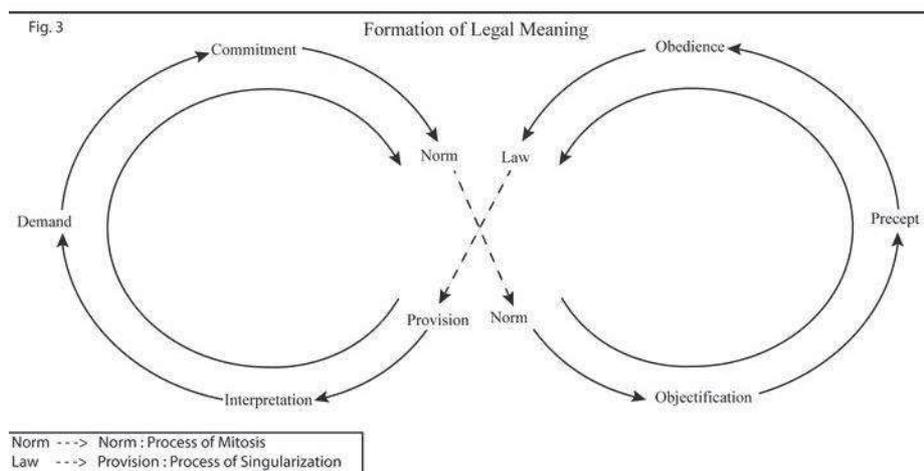
Figura 1 – Processo de Comprometimento e Figura 2 – Processo de Objetivação



Fonte: Etxabe (2010).

Uma vez que esses dois processos são concomitantes, a *jurisgenesis* se trata, segundo Julen Etxabe, de um “ciclo interminável girando ao redor dos movimentos de comprometimento e objetivação, que faz com que o processo todo seja imparável e em fluxo constante” (ETXABE, 2010, p. 128). Assim, juntando-se os processos de comprometimento e objetivação, chega-se a um panorama geral da *jurisgenesis*, conforme mostra a figura a seguir:

Figura 3 – Formação do significado jurídico (*jurisgenesis*)



Fonte: Etxabe (2010)

É possível notar que a norma (*norm*) aparece em ambos os ciclos. Como explica Etxabe, isso se deve ao fato de que a norma possui uma estrutura dual,

composta por um elemento subjetivo ou interno (o indivíduo se vê obrigado a obedecê-la) e por um elemento objetivo ou externo (a ação que a norma comanda). A passagem de um elemento a outro da norma representa o processo que Cover chama de mitose normativa (*process of mitosis*), que marca também a passagem da esfera do comprometimento (*commitment*) para a da objetivação (*objectification*). A objetivação redundando na construção de um preceito (*precept*) ao qual se reputa obediência (*obedience*). Em um movimento paralelo, ocorre um processo de singularização (*process of singularization*), que ocorre quando é selecionada uma provisão legal (*provision*) a partir do direito vigente (*law*), com o intuito de interpretá-la (*interpretation*) à luz de uma demanda (*demand*), ou seja, de um caso concreto.

Como recorda Etxabe (2010, p. 128-129), todos esses processos se dão em um meio narrativo, na medida em que a “narrativa é a ponte que conecta as dimensões subjetiva e objetiva do significado jurídico e coloca o mundo da realidade material em contato com a nossa imaginação”. Assim, o esquema trazido por Etxabe (2010) liga os dois pontos de que tratamos até agora: a função da narrativa no direito e as vicissitudes do processo que Cover chama de *jurisgenesis*, formado essencialmente por três elementos: interpretação, comprometimento e objetivação. Com isso, para completar nossa análise de *Nomos e Narrativa*, resta tratar de um terceiro ponto: o âmbito dos tribunais *jurispáticos*, onde a *jurisgenesis* encara as limitações oriundas da necessidade de controle social.

2.3 Os Tribunais *jurispáticos*

Ao longo de *Nomos e Narrativa*, Cover continuamente reitera que o *nomos* ao qual o direito dá vazão ultrapassa os contornos oficiais do Estado. Mas não se deve interpretar isso como uma tentativa desesperada de escapar de qualquer tipo de controle institucional, em favor de um direito “anárquico”. A interpretação jurídica não é absolutamente livre, uma vez que

[...] o princípio da *jurisgenesis* pelo qual o significado jurídico se prolifera em todas as comunidades jamais existe isolado da violência. A interpretação sempre se dá à sombra da coerção. E a partir desse fato podemos reconhecer um papel especial para os tribunais. Os

tribunais, ao menos os estatais, são caracteristicamente “jurispáticos”⁴⁰. (COVER, 1983, p. 40).

O tribunal é o lugar onde as narrativas de grupos ou comunidades, que Cover chama de “textos de resistência”, são confrontadas com as narrativas da ordem jurídica, ou seja, os “textos da jurisdição” (COVER, 1983, p. 54). Mas o caráter aparentemente textual dos conflitos não deve mascarar os aspectos que o autor considera como os mais problemáticos no domínio do significado: a força e a violência. Sua preocupação maior não é, portanto, com o fato de que tribunais existam; mas sim com o potencial violento que suas interpretações comportam. E o motivo dessa preocupação tem a ver com a formulação original de Cover sobre *por que* os tribunais existem.

Segundo o autor, os apologistas modernos da jurisdição colocam a questão da existência dos tribunais como um problema de *incerteza* do direito; o papel dos tribunais seria o de esclarecer as ambiguidades ou opacidades presentes no ordenamento jurídico (COVER, 1983, p. 42). Cover, por outro lado, acredita que o problema que se apresenta aos tribunais não é a existência de direito incerto, mas de direito em demasia – consequência da capacidade inesgotável da *jurisgenesis*. A multiplicidade de interpretações legais é o problema para o qual os tribunais representam a solução. (COVER, 1983, p. 40).

Voltando a discussão apresentada no início desse capítulo, a questão fundamental que paira sobre a atividade dos tribunais está relacionada, segundo Cover, com a medida de coerção necessária para exercer o controle social sobre os preceitos jurídicos e, ao mesmo tempo, manter as condições mínimas para que comunidades interpretativas autônomas possam exercer a *jurisgenesis* (COVER, 1983, p. 44). Nesse sentido, a discussão que envolve o caso *Bob Jones University* não aparece em *Nomos e Narrativa* por acaso: esse julgamento da Suprema Corte ilustra boa parte dos aspectos jurídicos trazidos por Cover no decorrer do ensaio e, em especial, sua reflexão sobre o papel dos tribunais.

A controvérsia presente no caso *Bob Jones University vs. United States* é a decisão tomada pelo Internal Revenue Service (IRS) de retirar o benefício de isenção de impostos de instituições consideradas filantrópicas que ainda mantinham

⁴⁰ No original: “[...] the jurisgenerative principle by which legal meaning proliferates in all communities never exists in isolation from violence. Interpretation always takes place in the shadow of coercion. And from this fact we may come to recognize a special role for courts. Courts, at least the courts of the state, are characteristically ‘jurispathic’.”

qualquer forma de discriminação racial em suas práticas. Até 1971, a universidade Bob Jones sequer aceitava inscrições de pessoas negras. Por conta das políticas anti-segregação adotadas a partir da década de 70, a instituição educacional passou a aceitar, em um segundo momento, pessoas negras casadas com outras de sua própria raça. Somente em 1975 permitiu, por fim, a adesão de pessoas negras independentemente de seu estado civil, mas com uma ressalva: um regulamento disciplinar proibia relacionamentos interracialis e até mesmo a participação em grupos que advogavam pelo casamento interracial, sob pena de expulsão dos estudantes envolvidos. (COVER, 1983, p. 62).

Insatisfeita com a retirada de seu status de isenção por parte do IRS, a universidade Bob Jones recorreu da decisão administrativa, e o caso chegou à apreciação da Suprema Corte. Apesar das questões pontuais que envolviam o caso, o que inicialmente suscitou o interesse de Cover nesse julgamento foi o peso dos significados jurídicos manifestados por alguns *amicus curiae* perante o tribunal. Entre eles, membros de comunidades anabatistas como os já mencionados *amish* e menonitas. O que suscitou as manifestações dos porta-vozes desses grupos em favor da universidade não foi, como sublinha Cover, a perda da isenção de impostos em razão da discriminação com base em raça. Senão todos, ao menos a grande maioria dos *amicus curiae* presentes no processo não praticavam qualquer tipo de discriminação racial. Como explica o autor, o que motivou esses grupos a intervir no processo foi a circunstância de que "uma mera 'política pública', ainda que admirável" (COVER, 1983, p. 28) pudesse triunfar diante da proteção especial à liberdade religiosa contida na Primeira Emenda à Constituição norte-americana.

Sem prejuízo do que foi dito antes sobre a ausência de centralidade do direito estatal, a invocação de um texto constitucional em vez de uma norma específica do grupo – baseada em uma interpretação da Bíblia, por exemplo – se justifica pelo fato de que a narrativa da liberdade religiosa, além de unir todas as comunidades envolvidas, pode ser mais facilmente reconhecida pelo tribunal. Ou seja, o fato de que o centro do universo normativo da comunidade *amish* seja o Novo Testamento não impede que, em face da jurisdição estatal, seu porta-voz recorra à gramática jurídica oficial – até porque, conforme já mencionado, as comunidades insulares que vivem nos Estados Unidos não têm problemas em aceitar os preceitos constitucionais vigentes no país (aliás, é a partir desses preceitos que foi permitido a elas encontrar um lugar seguro para exercer suas práticas).

No entanto, ainda que as comunidades religiosas abracem um princípio constitucionalmente vigente e o utilizem como uma salvaguarda contra possíveis violações de direito, não há como compreender suas reivindicações normativas inteiramente sob a gramática do sistema de direitos estatal. É fundamental para os grupos e comunidades religiosas mencionadas por Cover a circunstância de que, ao menos dentro de seus universos normativos, a lei de Deus encontra-se acima da lei dos homens. É o que se verifica, por exemplo, no depoimento do *amicus curiae* representante da comunidade menonita:

Nossa fé e entendimento das escrituras nos impõem respeito e obediência pelos governos seculares sob os quais vivemos. Nós os reconhecemos como instituições estabelecidas por Deus para colocar ordem na sociedade. Apenas por essa razão nós sempre exercemos completamente o papel de cumpridores da lei, sem a aflição adicional de sermos punidos ao falhar em seu cumprimento. Nossas crenças religiosas, entretanto, são profundamente arraigadas. Quando essas crenças colidem com as demandas da sociedade, a nossa mais alta submissão deve ser a Deus, e nós devemos dizer com os homens de Deus do passado: 'Nós devemos obedecer a Deus acima dos homens'; essas são as crises das quais nós gostaríamos de ser poupados⁴¹. (COVER, 1983, p. 27).

Todavia, por mais pacíficas que sejam as intenções dessas comunidades, as crises precipitadas pelos conflitos entre a lei de Deus e os ordenamentos estatais são frequentemente inevitáveis⁴². Nesses casos, o que se deve fazer? Estimular a criação de ordenamentos próprios dentro do Estado, respeitando as decisões tomadas por grupos autônomos baseados em narrativas próprias? Ou reafirmar a autoridade do Estado, via jurisdição, de impor a sua lei mesmo sobre aqueles que colocam o respeito a Deus acima de qualquer coisa? As respostas nesses casos costumam ser difíceis, e a tensão existente entre os principais textos de Cover – *Nomos e Narrativa e Violência e a Palavra* – atestam muito bem esse fato.

De qualquer forma, Cover mostra sua insatisfação com a decisão da Suprema Corte – não com o resultado em si, mas com o entendimento majoritariamente

⁴¹ No original: Our faith and understanding of scripture enjoin respect and obedience to the secular governments under which we live. We recognize them as institutions established by God for order in society. For that reason alone, without the added distress of punitive action for failure to do so, we always exercise ourselves to be completely law abiding. Our religious beliefs, however, are very deeply held. When these beliefs collide with the demands of society, our highest allegiance must be toward God, and we must say with men of God of the past, 'We must obey God rather than men', and *these are the crisis from which we would be spared.*"

⁴² Um caso presente no contexto brasileiro, por exemplo, é o da recusa de transfusão de sangue por parte das Testemunhas de Jeová.

adotado. O tribunal simplesmente reiterou o compromisso dos órgãos governamentais de erradicar práticas de discriminação racial em ambientes educacionais, assegurando o cabimento da medida tomada pelo IRS. Dessa forma, a reivindicação de insularidade feita pela universidade – ou seja, a imunidade em relação às mudanças nas políticas de isenção sob o argumento de proteção à liberdade religiosa – foi negada em prol de uma narrativa que incluísse a instituição no contexto geral de antidiscriminação vigente.

Mas, em suma, o que a Suprema Corte fez foi afirmar que não havia nada de errado com a política pública adotada pelo IRS – Cover, por outro lado, queria mais. Caso levasse a sério as implicações contidas nas reivindicações de insularidade do grupo, o tribunal teria sido capaz de produzir uma narrativa redentora (*narrative of redemption*)⁴³ que deixasse claro a todos os grupos ou comunidades que práticas de discriminação racial não seriam toleradas em um país realmente democrático. A interpretação adotada foi, segundo Cover, marcada por uma ausência de comprometimento:

[...] a força da interpretação da Corte no Caso Bob Jones University é muito débil. Débil não por causa da forma do argumento, mas em razão da falta de comprometimento da Corte - uma falta que se manifesta na designação de autoridade para a decisão. A Corte assume uma posição que não coloca nada em risco e por meio da qual não faz nenhum gesto interpretativo em absoluto, salvo o gesto essencial aos cânones jurisdicionais: a declaração de que um exercício de autoridade política não era inconstitucional. O grande esforço nacional contra a discriminação não ganha status normativo na opinião da Corte, salvo que ela significa que o IRS não estava errado⁴⁴. (COVER, 1983, p. 66).

Em vez de estabelecer uma narrativa redentora baseada na proibição de discriminação racial que agregasse as diferentes reivindicações de *nomos* existentes

⁴³ O tribunal sempre pode escolher tolerar ou não normas provenientes de ordenamentos jurídicos não-estatais, mas não pode se furtar de fornecer narrativas que reintegrem esses ordenamentos no quadro geral de seu *nomos*: "As cortes podem muito bem se fixar sobre o painel jurisdicional e as regras de tolerância de modo a evitar matar o direito das comunidades insulares que habitam nossa paisagem normativa. Mas elas não podem evitar a responsabilidade de aplicar ou se recusar a aplicar seu poder para preencher uma visão redentora." (COVER, 1983. p. 60).

⁴⁴ No original: [...] the force of the Court's interpretation in *Bob Jones University* is very weak. It is weak not because of the form of argument, but because of the failure of the Court's commitment - a failure that manifests itself in the designation of authority for the decision. The Court assumes a position that places nothing at risk and from which the Court makes no interpretive gesture at all, save the quintessential gesture to the jurisdictional canons: the statement that an exercise of political authority was not unconstitutional. The grand national travail against discrimination is given no normative status in the Court's opinion, save that it means the IRS was not wrong."

no interior dos Estados Unidos, a interpretação da Suprema Corte se limitou a não interferir na discricionariedade que uma agência do governo possui no momento de colocar políticas públicas em prática. Se a medida do IRS foi aceita por "não estar errada", isso significa, pergunta Cover, que as comunidades insulares como os *amish* e os menonitas estão à mercê de qualquer política pública que "não esteja errada", independentemente das disposições que constituem seus universos normativos? (COVER, 1983, p. 66).

Cover não queria que o tribunal acatasse o pedido da universidade, revertendo a decisão tomada pelo IRS e decalorando a discriminação como válida. Pelo contrário, queria uma interpretação que afirmasse de forma mais enfática a necessidade de se proibir práticas discriminatórias nos Estados Unidos: uma decisão que transformasse a antidiscriminação em narrativa fundamental a ser seguida por todos os grupos e comunidades que compartilham o espaço normativo norte-americano; uma narrativa redentora que, considerando as implicações dos diversos *nomos* que se apresentam, não deixasse dúvidas acerca desse tema.

Em suma, o caso mostra que o comprometimento, na visão de Cover, não é uma questão fundamental apenas para os grupos e comunidades que buscam viver seu próprio direito, mas também para os próprios tribunais que, em última instância, procuram legitimação perante a sociedade civil. O trabalho dos juízes é ambíguo, pois envolve ao mesmo tempo violência e paz. Cover sugere que, diante desse estado de coisas, somente um comprometimento efetivo dos tribunais com o problema da violência é capaz de lidar com essa ambiguidade:

Os juízes são pessoas de violência. Por conta da violência que comandam, os juízes caracteristicamente não criam direito, mas o eliminam. Seus escritórios são jurispáticos. Enfrentando o exuberante crescimento de uma centena de tradições legais, eles afirmam que *apenas uma* é direito e destroem ou tentam destruir o resto. Mas os juízes também são pessoas de paz. Entre seitas antagônicas, cada uma delas envolta no manto de seu próprio direito, eles afirmam uma função reguladora que permite uma vida de direito ao invés de violência. A extensão da violência que eles poderiam comandar (mas geralmente não comandam) mede a extensão da paz e do direito que eles constituem⁴⁵. (COVER, 1983, p. 53).

⁴⁵ No original: "Judges are people of violence. Because of the violence they command, judges characteristically do not create law, but kill it. Theirs is the jurispatic office. Confronting the luxuriant growth of a hundred legal traditions, they assert that *this one* is law and destroy or try to destroy the rest. But judges are also people of peace. Among warring sects, each of which

Cover parece enunciar o problema de forma bastante clara. No entanto, sua reflexão parece longe de pretender solucioná-lo. Mesmo com um aprofundamento posterior, em *Violência e a Palavra*, a reflexão do autor sobre a violência dos tribunais não escapará de críticas bastante razoáveis⁴⁶. Deixando essa questão em aberto, *Nomos e Narrativa* se encerra com a seguinte mensagem:

Não é o romance da rebelião que deveria nos levar a olhar para o direito desenvolvido por movimentos sociais e comunidades. Bem pelo contrário. Assim como é a nossa desconfiança e o reconhecimento do Estado como realidade que nos leva a ser constitucionalistas no que diz respeito a ele, então o nosso reconhecimento e desconfiança em relação à realidade do poder dos movimentos sociais que deveria nos levar a examinar os mundos nômicos que eles criam. E assim como o constitucionalismo é parte daquilo que pode legitimar o Estado, da mesma forma o constitucionalismo pode legitimar, dentro de uma estrutura distinta, comunidades e movimentos. O significado jurídico é um enriquecimento desafiador da vida social, enriquecimento desafiador da vida social, uma potencial limitação ao poder arbitrário e à violência. Nós devemos parar de circunscrever o nomos; nós devemos recepcionar novos mundos. (COVER, 1983, p. 68).

Esse último parágrafo de *Nomos e Narrativa*, que incentiva a proliferação de significados jurídicos, é também um apelo por um direito menos violento. Como veremos a seguir, ao tratar de *Violência e a Palavra*, esse apelo é sucedido por uma análise bem mais fria e modesta sobre as possibilidades de separar o direito do arbítrio e da violência, o que fez alguns comentadores sugerirem que as mensagens dos dois ensaios são, em certa medida, contraditórias.

A despeito disso, cumpre notar que, por outro lado, Cover parece ter sido profético em sua ampliação do constitucionalismo em direção a movimentos fora do domínio estatal. Se seguirmos o diagnóstico de Gunther Teubner (2016), o constitucionalismo social – isto é, não estatal – parece ser a grande questão para o direito constitucional moderno. Reconhecendo a pertinência e a atualidade de Cover, autores como Paul Schiff Berman (2007), Jeffrey Dunoff (2012) e Seyla Benhabib (2006) apropriaram-se de seus *insights* para compreender as tendências jurídicas emergentes, algo de que trataremos mais adiante, ao final do segundo capítulo.

wraps itself in the mantle of a law of its own, they assert a regulative function that permits a life of law rather than violence. The range of the violence they could command (but generally do not) measures the range of the peace and law they constitute.”

⁴⁶ Ver segunda parte do próximo capítulo.

Por ora, vimos que a concepção de Cover sobre o direito compreende pelo menos três elementos indispensáveis: interpretação, comprometimento e objetivação. O processo de *jurisgenesis* depende de cada um desses elementos para funcionar com sucesso – entendendo-se aqui como sucesso a passagem da palavra à ação ou da interpretação à realidade objetiva. Mas *Nomos e Narrativa* também aponta a existência de outro elemento que desempenha um papel não menos fundamental que os outros três na criação de significado jurídico: a violência. (COVER, 1983, p. 40).

Porém, Cover não enxerga a violência apenas como o quarto elemento de uma classificação, como a quarta etapa de um processo. O autor faz questão de destacar que todos os elementos integrantes do processo “jurisgenético” que descreve encontram-se à sombra da violência. Como circunstância mais dramática do processo de criação jurídica, ela deve assumir o centro das nossas preocupações: “eu acredito que, no domínio do significado jurídico, a força e a violência que são problemáticas”⁴⁷. (COVER, 1983, p. 25).

Ao afirmar que a interpretação jurídica sempre se dá à sombra da coerção violenta, o Cover de *Nomos e Narrativa* introduz o problema da multiplicidade de significados, da “polinomia” que, historicamente, impele as sociedades à constituição de tribunais (COVER, 1983, p. 40-41) Segue-se então uma breve exposição sobre o papel dos tribunais “jurispáticos” que culmina com a discussão do caso *Bob Jones*. Cover se refere à violência presente tanto nos “textos de jurisdição” como nos “textos de resistência”, mostrando como as interpretações legais fora do Estado devem tomar a violência do Estado como parte de sua realidade objetiva e, portanto, considerar a questão de se e como devem resistir a ela (COVER, 1983, p. 53). Além disso, sugere que a única esperança que os juízes têm de afastar a violência das suas próprias pessoas é de se comprometer com uma *jurisgenesis* que não se esgote em um apelo à coerção do Estado (COVER, 1983, p. 59). Já no último parágrafo, aponta que o reconhecimento da riqueza de significados jurídicos existentes tem o potencial de restringir o exercício da violência e do poder arbitrário. (COVER, 1983, p. 68).

⁴⁷ O fato de Cover não parecer distinguir força e violência é significativo do ar fatalista que concede à interpretação jurídica como algo indissociável da prática de violência. Para uma tentativa de distinguir uma força não violenta do direito e a violência, ver Fischer-Lescano (2017).

Contudo, as menções feitas em *Nomos e Narrativa* sobre o papel da violência no direito deixam algumas questões em aberto. Cover não esclarece devidamente, por exemplo, o porquê de sua centralidade e nem sob quais condições podemos dizer que uma determinada ordem jurídica ou aparato institucional é essencialmente violento. Da mesma forma, a menção generalizante ao papel *jurispático* dos tribunais carece de uma descrição mais acurada, que dê conta dos processos internos de tomada de decisão e de execução das sentenças. Ao final de *Nomos e Narrativa*, entendemos que a violência é algo que não pode ser ignorado, mas não identificamos exatamente quando e como ela representa uma ameaça ao apelo final de Cover para que paremos de circunscrever os universos normativos. (COVER, 1983, p. 68).

É somente com a publicação de *Violência e a Palavra*, em 1986, que a violência do direito volta a ocupar o lugar central que Cover, três anos antes, lhe concedera. Nesse meio tempo, Cover esteve às voltas com a questão da violência não só pela necessidade de complementar o raciocínio desenvolvido em *Nomos e Narrativa*, mas também porque a teoria do direito de seu tempo não parecia conceder a devida importância ao vínculo existente entre a palavra jurídica e os atos violentos que ela autoriza.

3 O “CAMPO DE DOR E MORTE” DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Apesar de ocupar o lugar de segundo grande momento da obra de Cover em nossa exposição, *Violência e a Palavra* não é o único texto a possuir traços visíveis de continuidade em relação aos argumentos contidos em *Nomos e Narrativa*. Até mesmo por conta de sua densidade teórica, as teses desse influente ensaio deram vazão a uma série de desdobramentos possíveis. *Folktales of Justice*, publicado em 1985, se insere justamente como um desses desdobramentos.

Embora esse texto não seja um esforço para resolver as principais questões suscitadas pelo ensaio anterior, que gravitam em torno do aspecto problemático da violência no direito, ele nos ajuda a compreender algumas das ideias que Cover tinha em mente quando decidiu escrever *Nomos e Narrativa* (como já demonstramos, inclusive, ao tratarmos do tema do mito). A proposta central de *Folktales of Justice*, como o próprio autor argumenta, é a de fornecer alguns exemplos de narrativas sagradas ou míticas da jurisdição que poderiam embasar comprometimentos judiciais fortes, tal como o comprometimento que Cover sugeriu que a Suprema Corte assumisse – mas que não assumiu – no caso *Bob Jones*. Mas apesar de não atacar frontalmente a questão, *Folktales of Justice* contém um insight sobre a violência que não pode ser ignorado – um insight diretamente relacionado a uma pergunta que procuramos de certa forma evitar até agora, mas que Cover retoma de forma explícita logo no começo desse ensaio: o que é direito?

Cover introduz essa questão a partir da abordagem clássica de Hart (2009), que compreende o direito como um conceito passível de esclarecimentos analíticos. Hart estranha o fato de que a pergunta “o que é direito?” persista na teoria do direito enquanto perguntas como “o que é química?” não preocupem os químicos da mesma forma. Seu livro é uma resposta a esse estranhamento e à própria pergunta sobre a natureza do direito. Dificuldades analíticas como as que Hart procura resolver certamente existem, diz Cover, mas o caso do direito não é único nesse aspecto: não é isso que o torna um caso particular em relação à química, por exemplo. As questões “o que é direito?” e “o que é química?” padecem de problemas semelhantes de definição analítica. Mas é o modo como elas são resolvidas que as torna diferentes: se os problemas suscitados pelas ambiguidades presentes no conceito de química dão origem a criação de subáreas como a “bioquímica” e a “biologia molecular”, o mesmo não se verifica no direito, apesar dos

diversos ramos e classificações sob os quais foi historicamente dividido. (COVER, 1985, p. 179).

A questão toda reside no fato de que o *conceito* de química não é essencialmente um objeto controverso. Quando controvérsias aparecem em seu interior, o termo “química” passa a constituir um padrão de referência para os novos campos de estudo que se estabelecem à sua volta. Porém, se sairmos da questão “o que é química?” e passarmos para a questão “o que é ciência?”, então o cenário muda. E muda, segundo Cover, porque a palavra “ciência” envolve uma significação fortemente normativa. O termo “ciência” foi historicamente utilizado, por exemplo, para estigmatizar práticas que teoricamente não pertencem ao seu campo e, portanto, são consideradas ilegítimas. Diferentemente do que acontece com a química, não se pode dizer que haja um consenso decisivo sobre o que é ou não ciência, porque o próprio termo “ciência” carrega uma história de disputas e controvérsias sobre a sua conceituação. São problemas desse tipo que de forma análoga também afetam o direito, segundo Cover:

A palavra “direito” é, por si mesma, sempre um objeto primário de disputa. Pessoas argumentam e lutam sobre “o que é direito” porque o próprio termo é um recurso valioso para os empreendimentos que levam as pessoas a pensar ou falar sobre direito em primeiro lugar. “Direito” evoca a lei dada no Sinai, a iniciativa legislativa de Solon, o imperativo categórico de Kant. No plano político, conota legitimidade para o exercício de coerção e para a organização da autoridade e do privilégio. No plano filosófico, conota universalidade e objetividade. O positivismo jurídico pode ser visto, em certo sentido, como um esforço massivo que procedeu de forma autoconsciente, por mais de dois séculos, a fim de despojar a palavra “direito” de tais ressonâncias. Mas as narrativas sagradas do nosso mundo condenam o empreendimento positivista ao fracasso ou, na melhor das hipóteses, apenas a um sucesso imperfeito. (COVER, 1985, p. 180).

É certamente difícil interpretar *Nomos e Narrativa* como a afirmação de um conceito único de direito, mas o que Cover faz em *Folktales of Justice* é justamente deixar explícitas suas intenções de conceber o direito como um conceito essencialmente plural e historicamente em disputa. Assim como no caso da ciência, a luta pelo direito é uma questão de poder dizer o que é juridicamente legítimo e o que não é. Ou, na linguagem de Cover, é a questão de definir os limites de um *nomos*. Essa definição jamais provém da própria natureza do direito ou de suas

instituições, mas é resultado de uma disputa de posições dentro do “complexo jogo social da legitimação”. (COVER, 1985, p. 181).

E como falar de direito é assumir um lugar nessa disputa, Cover faz questão de esclarecer o significado político de sua posição, desenvolvida especialmente em *Nomos e Narrativa*: “Minha posição é muito próxima a uma classicamente anarquista – entendendo-se por anarquia a ausência de governantes, e não a ausência de direito” (COVER, 1985, p. 181). Cover tem ciência de que o termo anarquismo evoca uma rica tradição política, com diversos contextos e nuances, e não demonstra aqui nenhuma pretensão de produzir qualquer contribuição original para o anarquismo enquanto teoria social ou política. Seu comprometimento com ele se restringe, dessa forma, a sua proposição mais fundamental, àquela mencionada por ele como “classicamente anarquista”, representada pela ausência de governantes. Ao explicitar sua convicção anarquista, Cover reforça sua visão não estatal e antiformal que vê o direito essencialmente como uma ponte, um “comportamento social comprometido que constitui a forma por meio da qual um grupo de pessoas procura ir daqui para lá” (COVER, 1985, p. 181) – ou seja, do “aqui” da realidade existente para o “lá” de uma alternativa imaginada.

O próprio autor reconhece que essa não é exatamente uma definição de direito. Mas como sua própria argumentação anterior demonstra, Cover não está interessado em fornecer uma resposta conclusiva para a pergunta “o que é direito?”; mais do que isso, sequer acha possível alguém encerrar essa questão definitivamente por meio de uma concepção única e original. Em vez disso, faz questão de frisar que sua concepção do direito como ponte deve ser entendida como “um apelo para que se conceda pretensões iguais à palavra ‘direito’ a todo comportamento coletivo que envolve entendimentos sistemáticos de nossos comprometimentos com relação a mundos futuros” (COVER, 1985, p. 181). A posição radical de Cover relativiza o direito (ou ao menos o direito “oficial”) de forma consciente, e essa consciência é demonstrada a partir do momento que o autor acolhe as consequências não menos radicais que sua concepção de direito implica:

A consequência mais importante dessa relativização radical do direito é a de que a violência – um problema especial na análise dos comprometimentos de qualquer comunidade em relação a seu futuro – deve ser vista como problemática da mesma forma se estiver sendo executada sob ordens de um juiz federal distrital, um mafioso ou o vice-presidente de uma corporação. (COVER, 1985, p. 182).

Esse é o insight fundamental sobre a violência do direito que *Folktales of Justice* carrega. Se a produção do direito não é um assunto exclusivo do Estado, se o direito “oficial” não pode se afirmar como único, então a violência presente no direito também não é exclusiva das instituições estatais. Isso nos leva a retomar uma distinção já mencionada no capítulo anterior, entre a organização social do direito como poder e como sentido. Podemos dizer que a violência se encontra em ambos os polos, já que Cover entende que a *jurisgenesis*, que corresponde à organização do direito como sentido, jamais existe apartada da violência. Mas o que faz da organização social do direito como poder um caso especial – e o que justifica a divisão entre sentido e poder – é o fato de que ela é conduzida por meio de estruturas institucionais manifestamente dispostas para exercer violência.

Mais precisamente, isso faz da interpretação dos juízes um caso especial: por meio de suas palavras, eles autorizam que outros agentes executem suas decisões dentro de estruturas capazes de gerar violência. Esse é o tema principal de *Violência e a Palavra*, e a forma por meio da qual Cover procurou demonstrar a centralidade da violência em nosso mundo político. Tomando esse caso especial como paradigma, embora sem esquecer que a violência do direito não se restringe a ele, vejamos como Cover tratou do lado sombrio de *Nomos e Narrativa*: a presença de estruturas institucionais violentas em nossos – nem sempre ricos – universos normativos.

3.1 Violência e a Palavra

Se *Nomos e Narrativa* procura contestar os pressupostos das teorias do direito centradas fundamentalmente no Estado, o alvo de *Violência e a Palavra* é a naturalidade com que essas teorias legitimam o exercício da violência sob o manto da jurisdição. Em suma, Cover assume aqui a tarefa de explicitar a relação entre o trabalho intelectual dos juízes e juízas e as consequências materiais que esse trabalho produz na realidade. O tom do primeiro parágrafo é, como de costume, carregado – e mostra imediatamente o que está em jogo quando falamos da interpretação jurídica no âmbito jurisdicional:

A interpretação jurídica tem lugar em um campo de dor e morte. Isso é verdade em vários sentidos. Os atos de interpretação jurídica sinalizam e ocasionam a imposição de violência sobre outros: um juiz

articula seu entendimento de um texto e, como resultado, alguém perde sua liberdade, sua propriedade, seus filhos – até mesmo sua vida. As interpretações no direito também constituem justificativas para a violência que já ocorreu ou está prestes a ocorrer. Quando os intérpretes terminam seu trabalho, frequentemente deixam para trás vítimas cujas vidas foram despedaçadas por essas práticas de violência social organizada. Nem a interpretação jurídica nem a violência que ela ocasiona podem ser propriamente entendidas separadas uma da outra⁴⁸. (COVER, 1986b, p. 1601).

Cover (1986b, p. 1601) considera que a violência presente na interpretação jurídica é um fato óbvio, mas aparentemente ignorado pela “crescente literatura que argumenta em favor da centralidade das práticas de interpretação no direito”. O autor coloca James Boyd White e Ronald Dworkin como as maiores referências da literatura “interpretativista” que despontava com força dentro da teoria do direito da época: Dworkin (1986) acabara de escrever *O império do direito*, enquanto White (1985) escrevera, no ano anterior, o livro *Heracles' Bow*. Em nenhum momento Cover desmerece a densidade teórica presente em ambas as obras – inclusive, reconhece certo débito de suas reflexões em relação aos estudos pioneiros de White sobre a relação entre direito e linguagem.

Mas o que preocupa Cover nesses autores – como em todos aqueles que situam a questão da interpretação no centro do direito – é o fato de que o lado violento do direito costuma ser negligenciado ou ignorado em suas análises. Nesse aspecto, White foi quem chegou mais próximo de uma crítica da violência; mas ao pensar o direito fundamentalmente como um sistema de constituição retórica, relegou-a a um papel secundário. Cover reconhece esse esforço, mas não se mostra totalmente satisfeito com ele: “não nego que o direito seja todas essas coisas que White afirma que é, mas eu insisto que o direito é todas essas coisas no contexto de uma prática social organizada de violência”. (COVER, 1986b, p. 1602).

O “campo de dor e morte” que Cover evoca na primeira linha de *Violência e a Palavra* é uma forma de mostrar a radicalidade do problema. Só em parte é

⁴⁸ A essa altura o leitor poderia se perguntar se essa definição de interpretação jurídica restrita ao âmbito jurisdicional não contradiz a concepção de Cover sobre o direito, segundo a qual diversos agentes, estatais ou não, podem produzir significado jurídico. Ciente dessa possível confusão, Cover esclarece o uso do termo em nota de rodapé: “Usei o termo ‘interpretação jurídica’ ao longo desse ensaio, embora meu argumento esteja direcionado principalmente aos atos de interpretação dos juízes. Minha análise da ação institucional se aplica com força especial a essa interpretação especificamente judicial. Não obstante, acredito que o termo mais geral ‘interpretação jurídica’ é adequado, pois minha posição é a de que a violência que os juízes implementam, como instrumentos do Estado-nação moderno, engaja necessariamente todos que interpretam o direito no curso de uma conduta que implica quer a perpetração ou o sofrimento dessa violência.” (COVER, 1986b, p. 1601).

metáfora, uma vez que é a realidade presente – e frequentemente disfarçada – em alguns dos mais simples e corriqueiros atos judiciais, como as sentenças criminais, por exemplo. A intenção do autor é mostrar que tipo de compromisso com a violência se esconde por trás da “fachada de civilização” (COVER, 1986b, p. 1607) que a estrutura da interpretação jurídica e do ato de julgar costumam produzir.

Mas cumpre dizer, desde já, que esse exercício de desnaturalização da atividade jurisdicional não tem por objetivo final deslegitimá-la. Devemos lembrar que Cover não é nenhum “nihilista” nos termos de Fiss. A alusão a um “campo de dor e morte” pode provocar nos juristas um efeito semelhante ao do *estranhamento*⁴⁹ na literatura e nas artes. Mas os objetivos do autor vão muito além da tarefa de “desfamiliarização” ou da constatação de aporias presentes no ato de julgar⁵⁰. Mais do que isso, Cover pretende apontar “os sentidos pelos quais as formas tradicionais de decisão legal não podem ser facilmente capturadas pela ideia de interpretação tal como normalmente entendida na literatura, nas artes e nas humanidades”. (COVER, 1986b, p. 1602).

O autor se pronunciou mais fortemente sobre essa dificuldade em um simpósio sobre a relação entre o direito e as humanidades. Nas anotações feitas por Cover como base de sua conferência, posteriormente editadas e publicadas sob o título *The Bonds of Constitutional Interpretation*, sua mensagem sobre as diferenças entre a interpretação no contexto judicial e no contexto literário é inequívoca: “A prática da interpretação constitucional é tão inextricavelmente ligada à ameaça real ou à prática de atos violentos que ela é – e deveria ser – uma disciplina essencialmente diferente da ‘interpretação’ na literatura e nas humanidades”. (COVER, 1986a, p. 816).

Difícilmente algum teórico do direito discordaria que diferenças entre as interpretações nesses dois contextos de fato existam. Mas Cover pretende mostrar que a presença da violência acentua essa diferença de tal forma que a interpretação jurídica, ainda lembre a interpretação literária em certos aspectos de construção mental, é no entanto extremamente peculiar em seu potencial de transformação da realidade e deve, por essa razão, ser entendida de acordo com sua lógica própria – uma lógica que carrega as marcas de uma violência presente ou futura.

⁴⁹ Para uma concepção da arte como estranhamento, ver o clássico ensaio do formalista russo Victor Chklóvski (2013).

⁵⁰ Sobre a aporia da justiça, ver Derrida (2010). Paralelos entre as obras de Derrida e Cover foram sugeridos por Constable (2001).

Essa diferença é válida tanto para a interpretação estritamente judicial, da qual Cover se ocupa em *Violência e a Palavra*, como para a interpretação jurídica em sentido mais amplo, resultado dos processos de *jurisgenesis* em grupos e comunidades menores, conforme a descrição feita em *Nomos e Narrativa*. Nesse último caso, a despeito do privilégio que o próprio autor concede ao papel da construção de sentido ou de realidades alternativas, não se pode esquecer que mesmo a *jurisgenesis* não estatal tem de prestar contas com a violência, uma vez que “todo grupo deve acomodar no seu próprio mundo normativo a realidade objetiva do outro” (COVER, 1986a, p. 28-29). Adotando um tom mais passional, característico de uma conferência, Cover reforça essa ideia ao final de *The Bonds of Constitutional Interpretation*:

No direito, ser um intérprete é ser uma força, um ator que cria efeitos mesmo através ou em face da violência. Hesitar diante do sofrimento ou da imposição de violência é entregar o direito para aqueles que estão dispostos a agir desse modo. O Estado é organizado para superar escrúpulo e medo. Todos os outros serão meros petionários se não atacarem de volta. (COVER, 1986a, p. 833).

Para Cover, o lugar central da interpretação jurídica não é o texto, mas um campo de batalha. Trata-se de uma interpretação que “envolve instrumentos tanto da guerra como da poesia” (COVER, 1986a, p. 817). Isso não deve significar o fim de qualquer aspiração constitucional de enfrentar a violência, mas apenas o fim das visões excessivamente românticas sobre a constituição. Se há algo de romântico nas visões que Cover invoca em *Violência e a Palavra*, também há, em igual ou maior medida, algo de violento em cada uma delas.

Nomos e Narrativa mostra como a interpretação constrói universos normativos; *Violência e a Palavra* mostra como “a dor e a morte destroem o mundo que a ‘interpretação’ convoca” (COVER, 1986b, p. 1602). E enquanto a morte destrói radicalmente a visão que alguém possui sobre o mundo, a dor destrói a própria linguagem. Essa é mensagem que Cover retira do trabalho de Elaine Scarry (1985), visto pelo autor como uma primeira tentativa de retificar a omissão da literatura da época em relação ao papel desempenhado pela violência na construção e destruição de entendimentos. (COVER, 1986a, p. 817).

Com base no exemplo da tortura, Scarry (1985) mostra como se constitui um universo particular entre aquele que inflige dor e aquele que sofre. De acordo com

seu diagnóstico, o interrogatório do torturador não serve apenas para coletar informações; mas serve também, e principalmente, “para demonstrar o fim do universo normativo da vítima”. Ao final do ato, o torturador não arranca do prisioneiro apenas uma confissão, mas uma verdadeira traição: “uma demonstração de que o mundo normativo imaterial da vítima foi esmagado pela realidade material da dor e de sua extensão, o medo” (COVER, 1986b, p. 1603). Um mundo de completa dominação entre torturador e vítima se sobrepõe ao mundo de vínculos e comprometimentos com valores e causas que o prisioneiro até então vivenciava.

Mas as tentativas de destruição de universos normativos por meio da dor, do medo e da morte frequentemente encontram resistência. Em alguns casos, o universo normativo de uma comunidade consegue mesmo sobreviver a elas. Essa sobrevivência costuma ser entendida, segundo Cover, como literalmente milagrosa – não é nenhuma surpresa que tradições religiosas como o catolicismo e o judaísmo remetam a experiências desse tipo. Narrativas de mártires católicos ou judeus recriam a experiência de superação da dor e da morte aos fiéis que não a sofreram na pele, e a potência de tais narrativas procura reavivar, de tempos em tempos, sua fé.

Embora reconheça “sua estranheza em relação ao mundo secular do direito norte-americano contemporâneo”, Cover faz da figura do martírio o ponto de partida para se compreender a natureza da interpretação jurídica. Como fenômeno extremo, ele “nos ajuda a ver o que está presente em menor grau sempre que a interpretação é acompanhada da prática de dominação violenta” (COVER, 1986b, p. 1604). O martírio é a forma mais extrema de comprometimento em relação a determinada interpretação jurídica – de acordo com a visão de que o direito é uma ponte entre a realidade e uma alternativa imaginada. Diante da impossibilidade de que essa realidade alternativa se concretize, o mártir renuncia a qualquer outro futuro que a lei do tirano procure lhe impor. A morte é sua resposta a ele. De certa forma, Cover complementa e ilustra aqui a ideia de comprometimento que já desenvolvera em *Nomos e Narrativa: a saga dos mártires* – religiosos ou não – nos recorda do fato de que “um mundo legal é construído somente na medida em que existam compromissos que coloquem os corpos à prova”. (COVER, 1986b, p. 1605).

É evidente que o martírio não é a única forma – e nem sequer a mais comum – que os indivíduos encontram de colocar “o corpo à prova”. A rebelião ou a revolução são formas alternativas de reação a uma dominação considerada injusta ou

ilegítima. E como exemplo desse tipo de reação, Cover apela a um exemplo bem mais terreno e concreto: o ato de rebelião que deu início à história dos Estados Unidos enquanto nação independente. Não se pode esquecer, nos diz Cover, que a Declaração de Independência de 1776 era um ato de traição sob a perspectiva constitucional inglesa – ordenamento jurídico vigente no tempo e local da declaração.

Como ato político, a declaração envolve então dois aspectos: de um lado, os signatários defendem a independência sob a forma de um ensaio sobre interpretação constitucional; por outro, comprometem suas próprias vidas, honras e fortunas diante do perigo representado por uma possível retaliação da Coroa inglesa. Em outras palavras, trata-se de um exemplo notório daquilo que Cover entende por interpretação jurídica: não basta apenas afirmar que as colônias norte-americanas possuem o direito de serem livres; é preciso colocar o “corpo à prova” em defesa dessa afirmação. A partir desse e de outros exemplos, Cover reforça uma vez mais o caráter particular da interpretação jurídica:

Grandes controvérsias sobre interpretação constitucional que refletem questões fundamentais de fidelidade política – a Revolução Americana, a secessão dos Estados Confederados ou a revolta dos Índios das Planícies – claramente carregam as sementes da violência (dor e morte) ao menos no momento em que a compreensão dos textos políticos se incorpora à capacidade institucional de levar ações coletivas a cabo. Mas é precisamente essa incorporação de uma compreensão de um texto político em modos institucionais de ação que distingue a interpretação jurídica da interpretação literária, da filosofia política e da crítica constitucional. Ou a interpretação jurídica é jogada no campo de dor e morte, ou ela está aquém (ou além) do direito⁵¹. (COVER, 1986b, p. 1606-1607).

Passando por mártires religiosos e pelos pais fundadores norte-americanos, Cover retorna ao tema do “campo de dor e morte” com alguns argumentos que reforçam a credibilidade de sua metáfora. Dizer que a interpretação jurídica é jogada

⁵¹ No original: “Great issues of constitutional interpretation that reflect fundamental questions of political allegiance – the American Revolution, the secession of the States of the Confederacy, or the uprising of the Plains Indians – clearly carry the seeds of violence (pain and death) at least from the moment that the understanding of the political texts becomes embedded in the institutional capacity to take collective action. But it is precisely this embedding of an understanding of political text in institutional modes of action that distinguishes *legal* interpretation from the interpretation of literature, from political philosophy, and from constitutional criticism. Legal interpretation is either played out on the field of pain and death or it is something less (or more) than law.”

no campo de dor e morte não é dramatizá-la, mas evidenciar o aspecto central que a torna fundamentalmente “jurídica”, em contraposição à literária ou filosófica.

Mas a despeito de sua força imagética, entendimentos constitucionais revolucionários como os que levaram à fundação dos Estados Unidos não são os únicos aptos a demonstrar a relação íntima entre direito e violência. Sua forma radical não deve ocultar o fato de que mesmo os atos mais rotineiros dos juízes⁵² carregam o caráter violento de interpretações construídas dentro de “modos institucionais de ação”. O ato de sentenciar um réu pode fazer parte do cotidiano de qualquer juiz, mas ainda assim “é imensamente revelador sobre o modo como a interpretação é marcada de forma distinta pela violência”. (COVER, 1986b, p. 1607).

Porém, quem espera a seguir uma condenação veemente da violência por parte de Cover, se depara com uma inusitada afirmação: “Se posso ter mostrado algum tipo de simpatia em relação às vítimas dessa violência, trata-se de um engano. Com grande frequência o equilíbrio de terror é, nesse tipo de situação, justamente como eu queria que fosse” (COVER, 1986b, p. 1608). Essa passagem é sintomática de uma ambiguidade que persiste ao longo do ensaio, e que pode ser resumida da seguinte forma:

Em Cover nós encontramos tanto um crítico como um apologista da violência; encontramos uma insistência para que o direito seja diferente da violência, e mais do que ela – e de que o direito guie a sociedade humana em direção à tolerância, ao respeito e à comunidade, combinada com uma relutante adoção da força jurídica. Em Cover nós encontramos um autoproclamado anarquista [...] que, no entanto, procura identificar as condições para uma *efetiva*, mas domesticada, organização e emprego da violência do direito⁵³. (SARAT; KEARNS, 2001, p. 50).

⁵² Em nota de rodapé, Cover explica porque os “atos mais rotineiros” que utiliza como exemplo ao longo do ensaio pertencem ao âmbito do direito penal: “Utilizei o direito penal [...] por uma simples razão. A violência do direito penal é relativamente direta. Se meu argumento não for persuasivo nesse contexto, o será menos na maior parte dos outros contextos. Aceitaria argumentar que todo o direito relativo a propriedade, seu uso e sua proteção, tem uma base similarmente violenta. Mas em muitas – talvez na maioria – das transações legais visíveis relativas a direitos de propriedade essa base violenta não está imediatamente em debate. Meu argumento não requer, eu acredito, que toda ocorrência interpretativa no direito tem o tipo de impacto violento direto sobre seus participantes que o direito penal tem. É suficiente notar que quando pessoas se importam apaixonadamente com os resultados pretendidos e estão preparadas para agir em seu interesse, os oficiais da lei do Estado-nação estão geralmente dispostos e aptos sanções tanto penais como de violência civil para controlar condutas.” (COVER, 1986b, p. 1607).

⁵³ No original: “In Cover we find both a critic of and an apologista for law’s violence; we find an insistence that law be diferente from, and more than, violence – and that law lead human society toward toleration, respect, and community, combined with a reluctant embrace of legal force. In

Mas mesmo que assuma tais contornos aparentemente contraditórios, a argumentação de Cover é inequívoca na medida em que visa corrigir o foco das concepções jurídicas que tendem a ignorar a posição do réu e a centrar-se no ato interpretativo judicial:

Não espero, porém, que façamos de conta de que convencemos nossos prisioneiros a irem até a prisão por meio de palavras. As “interpretações” ou “conversações” que são pré-condições para o encarceramento violento são, elas próprias, instrumentos de violência. Tornar esse fato obscuro é exatamente análogo a ignorar os gritos de fundo ou os instrumentos de tortura visíveis no interrogatório de um inquisidor. A experiência do prisioneiro é, desde o princípio, a experiência de ser violentamente dominado, marcada desde o início pelo medo de ser violentamente tratado⁵⁴. (COVER, 1986b, p. 1608).

Cover reconhece que, em algumas culturas, o arrependimento e a vergonha chegam a suplantar a violência como forma de controle do comportamento dos acusados. Mas, ao menos nos Estados Unidos, vê como inquestionável o fato de que “a maioria dos prisioneiros caminha em direção à prisão porque eles sabem que serão arrastados ou espancados até ela se não o fizerem” (COVER, 1986b, p. 1607). Não importa se tanto os juízes como os prisioneiros concordem com uma mesma ideologia da punição, que sugira que as formas violentas de punição por meio do direito devam ser vistas como legítimas. Não se trata de mera alienação⁵⁵, mas da presença de condições efetivas e institucionalizadas de controle e sanção. Entram em cena aqui as formas de institucionalização que Berger e Luckmann chamaram de “secundárias”, como vimos anteriormente. No entanto, Cover as eleva aqui ao primeiro plano de sua análise, uma vez que esta se refere não aos processos de institucionalização em sentido geral, mas ao processo específico de consolidação

Cover we find a self-proclaimed anarchist [...] nonetheless seeking to identify the conditions for the *effective*, but domesticated, organization and deployment of law's violence.”

⁵⁴ No original: “But I do not wish us to pretend that we talk our prisoners into jail. The ‘interpretations’ or ‘conversations’ that are the preconditions for violent incarceration are themselves implements of violence. To obscure this fact is precisely analogous to ignoring the background screams or visible instruments of torture in an inquisitor's interrogation. The experience of the prisoner is, from the outset, an experience of being violently dominated, and it is colored from the beginning by the fear of being violently treated.”

⁵⁵ Cover inverte aqui visões comuns sobre a função ideológica do direito tão caras, por exemplo, à tradição marxista: “[...] a função da ideologia que consiste em justificar a ordem para aqueles que dela se beneficiam e que precisam defendê-la é muito mais significativa do que a de esconder a natureza de tal ordem daqueles que são suas vítimas.” (COVER, 1986b, p. 1608).

dos sistemas de justiça criminal. Isso tudo leva Cover a comparar a relação entre juiz e prisioneiro com aquela proposta por Scarry (1985) entre torturador e vítima:

Em última análise, é irrelevante se o torturador e sua vítima compartilham uma visão teórica comum sobre as justificativas da tortura fora do lugar onde ela acontece. Eles ainda podem chegar à confissão de maneiras distintas: de um lado, destruindo; do outro, sendo destruído. De forma semelhante, se o juiz e o prisioneiro compartilham ou não a mesma filosofia sobre a punição, eles chegam ao ato particular de punição, respectivamente, dominando e sendo dominados pela violência⁵⁶. (COVER, 1986b, p. 1609).

Essa disparidade de posições acarreta uma consequência drástica em termos da experiência do direito como significado, tão propalada pelo Cover de *Nomos e Narrativa*. Os juízes não apenas interpretam a partir do conceito de punição, mas, especialmente, *agem* por meio dele – ação que recai sobre o corpo do prisioneiro de forma a constrangê-lo, feri-lo ou até matá-lo. Assim, diz Cover, “o sentido comum presente em qualquer comunhão que a interpretação puder ou não atingir é destruído pelas experiências divergentes que o constituem” (COVER, 1986b, p. 1609). Aqui reside uma das proposições centrais de *Violência e a Palavra: a experiência da violência reduz drasticamente as possibilidades de se atingir um significado comum no direito*. Mais adiante, quando tratarmos das críticas dirigidas ao autor, observaremos mais de perto as consequências que essa limitação parece impor ao próprio projeto jurídico de Cover.

Se em *Nomos e Narrativa* os juízes são retratados ao mesmo tempo como “pessoas de violência” e “pessoas de paz” (COVER, 1983, p. 53), Cover os coloca aqui sentados sobre “uma pirâmide de violência” (COVER, 1986b, p. 1609), “distribuindo dor e morte”. Há uma justificativa para essa mudança de ênfase, como o próprio autor explica:

Escrevi em outra oportunidade que os juízes estatais são jurispáticos – que eles eliminam as diversas tradições jurídicas que competem com o Estado. Aqui, no entanto, não estou escrevendo sobre a

⁵⁶ No original: “It is ultimately irrelevant whether the torturer and his victim share a common theoretical view on the justifications for torture – outside the torture room. They still have come to the confession through destroying in the one case and through having been destroyed in the other. Similarly, whether or not the judge and prisoner share the same philosophy of punishment, they arrive at the particular act of punishment having dominated and having been dominated with violence, respectively.”

qualidade jurispática do ofício, mas sobre seu potencial homicida⁵⁷. (COVER, 1986b, p. 1610).

Grosso modo, Cover não está tratando da possível eliminação de interpretações jurídicas, mas de corpos. Ao menos no sistema norte-americano, juízes são capazes de ordenar execuções por meio do direito. Podemos dizer que, de uma forma ou de outra, o direito – ao menos em sua formulação estatal – sempre conterà esse potencial homicida, haja vista a estrutura de coerção que lhe dá sustentação. O poder de praticar violência física lhe é tão intrínseco que não necessita de previsões constitucionais expressas – ele parece subentendido na própria ideia de governo⁵⁸. (COVER, 1986b, p. 1610).

Se Cover não se contrapõe de imediato a esse fato, isso não quer dizer que ele considere as interpretações jurídicas como algo mais importante que pessoas de carne e osso; ele pretende somente enfatizar que há diferenças, em termos funcionais, entre o fato de se executar pessoas por meio de estruturas físicas e de se eliminar interpretações jurídicas por meio de atividades mentais. Seu foco não é saber se a violência dos juízes é ou não legítima; trata-se de reconhecê-la como um fato e, a partir disso, descrever suas características de funcionamento. Em termos gerais, a interpretação jurídica é vista por Cover como “(1) uma atividade prática, (2) desenhada para gerar ameaças críveis e atos reais de violência, (3) de maneira efetiva” (COVER, 1986b, p. 1610). Sua descrição da violência estatal opera com base na análise de cada um desses três elementos.

Em primeiro lugar, o autor reconhece que a interpretação jurídica é uma forma de conhecimento prático. Mas uma vez que depende do preenchimento da lacuna existente entre pensamento e ação (do contrário, não seria uma interpretação jurídica), ela não apenas tem um caráter “prático” mas se constitui, ela própria, como uma *prática*. Nas palavras de Cover (1986b, p. 1611), “a palavra judicial é um mandado para que outros façam”. Mas precisamente de que modo a interpretação jurídica preenche essa lacuna?

O Cover de *Nomos e Narrativa*, ao tratar de universos normativos em sentido amplo, falava em comprometimento. Mas enquanto em termos individuais esse

⁵⁷ No original: “I have written elsewhere that judges of the state are jurispatic – that they kill the diverse legal traditions that compete with the State. Here, however, I am not writing of the jurispatic quality of the office, but of its homicidal potential.”

⁵⁸ O autoproclamado anarquismo de Cover consiste justamente em revelar esse pressuposto e, a partir disso, procurar contrapor-se a ele.

comprometimento se relacionava a um problema de vontade, em termos institucionais ele adquire outro sentido: passa a ser um problema de organização social – trata-se de levantar o que Cover chamou, ainda em *Nomos e Narrativa*, de “textos de jurisdição”. A prática organizada de violência presente no contexto institucional é capaz de reduzir ou superar as dificuldades existentes em transformar o pensamento em ação. E o modelo dessa transformação é fornecido, segundo Cover, por aquilo que Hart chamou de regras e princípios secundários⁵⁹. (COVER, 1986b, p. 1612).

Entretanto, quando uma violência grave – a pena de morte, por exemplo – entra em questão, a lacuna entre pensamento e ação parece se revelar um verdadeiro abismo. Ainda que não sejam uniformemente distribuídas entre os indivíduos, inibições baseadas em aspectos psicológicos, culturais ou morais costumam aparecer em face dessas circunstâncias. Mas a prática de interpretação jurídica, argumenta Cover, depende do fato de que tais inibições possam ser superadas – e isso num ambiente social, e não individual. Em função disso, estímulos sociais se tornam necessários para suprimir a repulsa à violência. Cover mostra que tanto a presença de inibições como a possibilidade de superá-las são elementos indispensáveis para que o direito exista: “Se a inibição contra a violência fosse perfeita, o direito seria desnecessário; se ela não fosse capaz de ser superada por meio de signos sociais, o direito não seria possível”. (COVER, 1986b, p. 1613).

Isso quer dizer que o direito permite separar as interpretações que provocam violência dos próprios atos violentos que elas autorizam. Cover sugere que as palavras dos juízes funcionam como uma espécie de gatilho para a ação de carcereiros, diretores prisionais e todos aqueles que fazem parte da estrutura organizada de violência do Estado. Mas os juízes não superam a inibição comum em relação à violência apenas em razão das circunstâncias que fazem com que não sejam eles próprios a executarem seus comandos. A questão não é essencialmente de distância, mas sim de hierarquia. Cover sugere, a partir dos estudos do psicólogo Stanley Milgram, que os humanos têm uma disposição para atuarem “como agentes” – isto é, não de forma autônoma – dentro de hierarquias⁶⁰.

⁵⁹ Para a distinção entre regras primárias, que representam obrigações, e regras secundárias, que fornecem os critérios para identificar, alterar e aplicar as regras primárias, ver Hart (2009).

⁶⁰ “Nos experimentos de Milgram, os investigados administravam o que eles pensavam ser choques elétricos realmente dolorosos em pessoas que eles pensavam ser os objetos da investigação. Isso era feito sob a direção ou as ordens dos supostos investigadores. Os verdadeiros objetos da

A ordem jurídica e, especialmente, as regras secundárias nela inscritas, fornecem as condições necessárias para que os juízes, ao interpretarem, desencadeiem comportamentos “como agente” dentro da organização social do direito. Assim, seu comportamento pode ser visto sob duas perspectivas:

Em certo nível, os juízes parecem estar – ou podem de fato estar – oferecendo seus entendimentos sobre o mundo normativo a seu público destinatário. Em outro nível, porém, estão acionando um mecanismo violento por meio do qual uma parte substancial de seu público perde a capacidade de pensar ou agir autonomamente⁶¹. (COVER, 1986b, p. 1615).

Em suma, a interpretação jurídica é desenhada de forma a ameaçar e a provocar atos de violência – o segundo elemento que Cover aponta em sua análise. Por fim, como um terceiro fator que distingue a interpretação do próprio ato que ela convoca, Cover (1986b, p. 1616) postula que o ato de interpretação deve estar imbuído de “condições de dominação eficaz” em relação aos seus destinatários finais, ou seja, os acusados. Essas condições garantem que os juízes não serão alvo de comportamentos de vingança ou resistência da parte daquele que sofrerá os atos violentos por ele autorizados. Tendo em vista os três elementos que caracterizam a interpretação jurídica como um fenômeno interpretativo peculiar em relação a seus pares, Cover então conclui:

Assim sendo, a interpretação jurídica jamais pode ser “livre”; ela jamais pode ser apenas função do entendimento de um texto ou de uma palavra. Nem pode ser uma simples função do que o intérprete concebe como a mera leitura de um “texto social” – uma leitura de todos os dados sociais relevantes. A interpretação jurídica deve ser capaz de se transformar em ação; deve ser capaz de superar as inibições contra a violência de forma a gerar os atos por ela

investigação – aqueles que administravam os choques – mostraram um nível perturbadoramente alto de complacência em relação às figuras de autoridade, a despeito da dor aparente mostrada pelos falsos investigados. A partir dos resultados desse experimento, Milgram formulou uma teoria que, em certos aspectos, é incompleta. A parte mais desenvolvida da teoria depende fortemente da distinção por ele traçada entre agir em um estado ‘autônomo’ e agir em um estado ‘como agente’.” (COVER, 1986b, p. 1614).

⁶¹ No original: “On one level judges may appear to be, and may in fact be, offering their understanding of the normative world to their intended audience. But on another level they are engaging a violent mechanism through which a substantial part of their audience loses its capacity to think and act autonomously.”

requeridos; deve ser capaz de reunir um grau de violência suficiente para deter represálias ou vinganças⁶². (COVER, 1986b, p. 1617).

Para Cover, a interpretação jurídica não é somente constrangida pela existência de “regras disciplinares” ou de uma “comunidade interpretativa” como postula Owen Fiss⁶³. O principal constrangimento imposto a atividade interpretativa do juiz tem a ver com o contexto institucional em que ela se insere, e pelo fato de ser inevitavelmente marcada pela necessidade de gerar ações violentas eficazes. Nesse ponto, Cover relativiza sensivelmente o polo do significado, e até mesmo ironiza tentativas, como a de Dworkin, de reconstituir a interpretação jurídica a partir da atividade mental de um Hércules hipotético (*Hyporcules*, como Cover o denomina) em busca de um sentido coerente.

O significado jurídico coerente é um elemento da interpretação jurídica; mas é um elemento potencialmente em tensão com a necessidade de gerar ações eficazes em um contexto violento. Nem ação eficaz nem significado coerente podem ser mantidos – juntos ou separados – sem uma estrutura completa de cooperação social. Dessa forma, a interpretação jurídica é uma forma de interpretação constrangida: tanto pela aplicação prática (os atos que ela implica) como pela ecologia de papéis jurisdicionais (as condições de dominação eficaz). Os constrangimentos são recíprocos, porque os fatos de violência social, tal como os conhecemos, também devem ser inteligíveis – devem ser sujeitos tanto à interpretação como às formas de comportamento especializadas e constrangidas, os “papéis”⁶⁴. (COVER, 1986b, p. 1617).

Para compreender o sentido preciso desses “papéis” dentro de uma estrutura institucional, voltemos por um instante à teoria da institucionalização de Peter Berger e Thomas Luckmann. Os papéis aparecem, segundo eles, quando as instituições passam a reunir um estoque de conhecimento comum – o conhecimento jurídico,

⁶² No original: “Legal interpretation, therefore, can never be ‘free’; it can never be the function of an understanding of the text or word alone. Nor can it be a simple function of what the interpreter conceives to be merely a reading of the ‘social text’, a reading of all relevant social data. Legal interpretation must be capable of transforming itself into action; it must be capable of overcoming inhibitions against violence in order to generate its requisite deeds; it must be capable of massing a sufficient degree of violence to deter reprisal and revenge.”

⁶³ Ver capítulo anterior.

⁶⁴ No original: “Coherent legal meaning is an element in legal interpretation. But it is an element potentially in tension with the need to generate effective action in a violent context. And neither effective action nor coherent meaning can be maintained, separately or together, without an entire structure of social cooperation. Thus, legal interpretation is a form of bonded interpretation, bound at once to practical application (to the deeds it implies) and to the ecology of jurisdictional roles (the conditions of effective domination). The bonds are reciprocal. For the deeds of social violence as we know them also require that they be rendered intelligible—that they be both subject to interpretation and to the specialized and constrained forms of behavior that are ‘roles’.”

por exemplo – por meio do qual irão se objetivar e legitimar. Os indivíduos interiorizam a realidade produzida pelas instituições a partir do reconhecimento de que elas comportam determinados papéis. Uma vez mais, não é preciso estender analogias entre o pensamento de Berger e Luckmann e a descrição de Cover, pois os próprios autores utilizam os juízes como exemplo de sua demonstração:

Os papéis *representam* a ordem institucional. Esta representação realiza-se em dois níveis. Primeiramente a execução do papel representa a si mesma. Por exemplo, empenhar-se em julgar é representar o papel do juiz. O indivíduo julgador não está atuando “por sua própria conta”, mas *qua* juiz. Em segundo lugar, o papel representa uma completa necessidade institucional de conduta. O papel de juiz relaciona-se com outros papéis, cuja totalidade compreende a instituição da lei. O juiz atua como representante desta instituição. (BERGER; LUCKMANN, 2011, p. 100-101).

O primeiro nível apontado por Berger e Luckmann equivale, em linhas gerais, à discussão de Cover sobre o comportamento como “agente” dos juízes. Já o segundo se relaciona com sua demonstração de que a interpretação judicial envolve toda uma estrutura de papéis disposta a levar a cabo a violência que ela ocasiona – guardas, carcereiros, diretores prisionais etc. Ao interpretar, o juiz implicitamente reconhece a existência dessa estrutura:

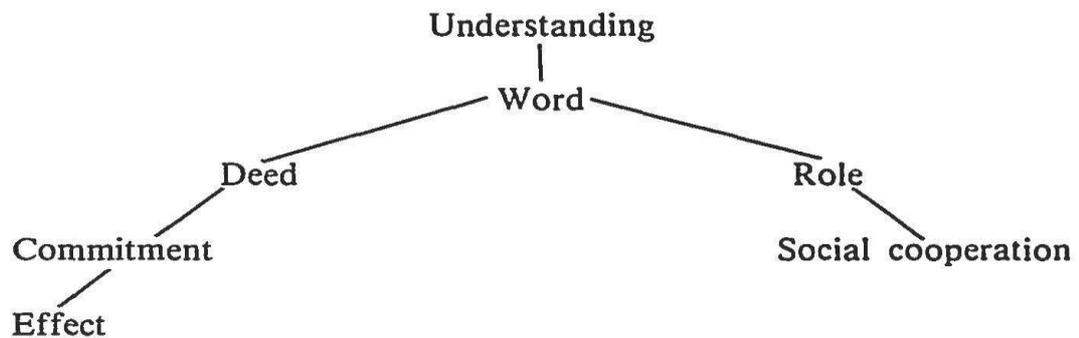
Ao impor uma sentença, o juiz normalmente toma como certa a estrutura institucional que pode ser vista, por analogia, como a “transmissão” do motor da justiça. A sentença “apropriada” que o juiz autoriza via interpretação só pode ser levada a efeito por outras pessoas: o vínculo entre palavra e ação só é obtido porque existe um sistema de cooperação social. Esse sistema garante ao juiz o recurso a uma força considerável – as condições de dominação eficaz – caso seja necessário. Ele garante – ou se supõe que garanta – uma correspondência relativamente confiável entre a palavra do juiz e os atos executados contra o prisioneiro⁶⁵. (COVER, 1986b, p. 1619).

Em última instância, o sistema de papeis – ou sistema de cooperação social – é condição necessária para que o entendimento do juiz se transforme “em direito”,

⁶⁵ No original: “The judge in imposing a sentence normally takes for granted the role structure which might be analogized to the ‘transmission’ of the engine of justice. The judge’s interpretive authorization of the ‘proper’ sentence can be carried out as a deed only because of these others; a bond between word and deed obtains only because a system of social cooperation exists. That system guarantees the judge massive amounts of force-the conditions of effective domination-if necessary. It guarantees – or is supposed to – a relatively faithful adherence to the word of the judge in the deeds carried out against the prisoner.”

legitimando seus atos como “jurídicos”. Cover entende que violência e significado devem estar simultaneamente presentes se determinada interpretação pretende se dizer jurídica. E, para que ambos possam ser atingidos, é indispensável considerar ao menos três elementos integrantes de toda e qualquer interpretação jurídica: palavras, atos e papéis. Esses três elementos estão inclusive no subtítulo de *The Bonds of Constitutional Interpretation*, onde Cover oferece um quadro esquemático sobre aquilo que chama de “molécula da interpretação”:

Figura 3 – Molécula da interpretação (jurídica ou constitucional)



Fonte: Cover (1986a).

Cover fala aqui em “interpretação constitucional”, mas na medida em que esse trecho do texto é idêntico ao escrito em *Violência e a Palavra* sob a rubrica “interpretação jurídica”, percebemos que ele não procurou diferenciar os dois termos, ao menos do ponto de vista explicativo. Observemos então a relação entre cada um dos elementos do quadro. Em primeiro lugar, “palavra” (*word*) e “entendimento” (*understanding*) aparecem como sinônimos, e representam a interpretação de “juízes ou cidadãos, legisladores ou presidentes, de quem recusa servir ao exército ou milita contra o aborto” (COVER, 1986a, p. 821) – em suma, de qualquer habitante do *nomos* que Cover descreveu em *Nomos e Narrativa*.

Para que se transforme em “ato” ou “aplicação prática” (*deed*), um entendimento exige um “comprometimento” (*commitment*) capaz de provocar um determinado “efeito” (*effect*). Caso se trate de uma interpretação jurisdicional, formulada em um contexto institucional tal como descrito por Cover em *Violência e a Palavra*, um entendimento tem de levar em conta a existência de papéis (*roles*) que, juntos, formam uma estrutura de “cooperação social” (*social cooperation*).

A compreensão de cada agente envolvido no processo de interpretação jurídica irá variar conforme o papel desempenhado (no caso de interpretações jurisdicionais) ou os comprometimentos morais assumidos (nas demais interpretações jurídicas). Mas independentemente de quem for o intérprete, afirma Cover (1986b, p. 1618), “considerações sobre palavras, atos e papéis estarão sempre presentes em alguma medida” – afinal, existem “atos” dentro das estruturas institucionais assim como podem existir, fora delas, elementos equivalentes aos “papéis” no sentido de uma cooperação social organizada, seja ela violenta ou não.

De forma a evidenciar o caráter “constrangido” da interpretação jurídica, Cover se detém no exemplo corriqueiro, e ao mesmo tempo significativo, das condenações criminais. Trata-se de ato relativamente simples do ponto de vista dos juízes, mas que depende de toda uma estrutura de cooperação para funcionar. Cover (1986b, p. 1619) acredita que, ao menos no caso dos Estados Unidos, “é muito fácil presumir que haverá agentes públicos fieis dispostos a executar os decretos dos juízes, e também juízes dispostos a tornarem seus atos jurídicos”.

Mas só é possível ter uma noção exata do quanto essa estrutura é crucial quando ela não se faz presente: como ilustração desse ponto, Cover faz referência ao caso *United States v. Tiede*. As decisões do juiz Herbert Stern nesse caso demonstram com rara lucidez, segundo Cover (1986b, p. 1619), “o significado das conexões institucionais entre a palavra judicial e os atos violentos que ela autoriza”. Stern foi nomeado pelo governo norte-americano como juiz do Tribunal dos Estados Unidos para Berlim, corte especial formada para julgar dois acusados de sequestrar um avião civil e forçá-lo a aterrissar em Berlim Ocidental. Uma vez que Berlim ostentava o caráter oficial de cidade “ocupada”, os alemães se recusaram a processar os acusados, deixando o julgamento sob responsabilidade dos Estados Unidos.

Após longas discussões sobre a aplicabilidade da Constituição norte-americana em relação ao caso e de uma decisão por júri que considerou o réu Hans Tiede culpado de uma das acusações que recaíam sobre ele, o juiz Stern foi chamado a realizar o “simples” ato interpretativo de impor a sentença adequada (COVER, 1986b, p. 1620). Entretanto, por não acreditar que as condições mínimas para garantir o cumprimento constitucional da pena estivessem presentes no caso, Stern optou por não entregar o acusado às autoridades norte-americanas, e o declarou livre das acusações.

Esse caso revela, segundo Cover, a necessidade de uma estrutura de papéis para que as decisões dos juízes possam ser moralmente inteligíveis, e “proclama a ininteligibilidade moral dos pronunciamentos judiciais rotineiros quando essa estrutura não se encontra presente” (COVER, 1986b, p. 1621). Tendemos a pensar que a violência constitucional sempre obedece a limites institucionalmente sancionados. Isso pode ser verdade quando a estrutura de papéis designada para exercer essa violência efetivamente funciona. Mas uma vez que vislumbrou suspeitas sobre seu correto funcionamento no tribunal especial, Stern recuou em sua condenação.

A partir desse momento, a argumentação de Cover nos leva a crer que a capacidade de coordenação da prática de violência deve ser vista como uma “conquista” de nossos sistemas jurídicos na tarefa de “domesticar” a violência do direito. E esse argumento aparece com ainda mais força quando o autor trata das sentenças capitais – que, segundo ele, revelam a estrutura da interpretação judicial sob um grau extremo, como uma questão de vida ou morte (COVER, 1986b, p. 1623). Uma vez que esse ato é irreversível, a palavra judicial assume um peso maior do que em outros casos – circunstância que explica de certa forma as intermináveis discussões sobre a possibilidade ou a aplicabilidade da pena de morte. Cover opta por não tomar partido nessa discussão; mas, recordando épocas sombrias em que o linchamento era uma prática comum nos Estados Unidos, prefere enfatizar o progresso do sistema de cooperação desenvolvido para o tratamento jurisdicional dessa questão:

O fato é que temos percorrido um bom caminho, desde 1914, no que diz respeito a nossas expectativas de que as pessoas acusadas de crimes capitais tenham um julgamento, sejam apropriadamente sentenciadas e vivam para ver o tempo marcado para a execução de sua sentença. De fato, hoje esperamos uma coordenação quase perfeita entre aqueles cujo papel seja o de infligir violência, sujeita às decisões interpretativas dos juízes. Esperamos inclusive uma cooperação coordenada de modo a assegurar todas as interpretações jurídicas plausíveis sobre o assunto. Uma forma bem coordenada da violência como essa é uma conquista. Os delicados compromissos sociais destinados a executar essa violência que é a punição capital, ou para evitar esse ato, não são produtos fortuitos ou casuais das circunstâncias⁶⁶. (COVER, 1986b, p. 1624-1625).

⁶⁶ No original: “The plain fact is that we have come a good way since 1914 with respect to our expectations that persons accused of capital crimes will be given a trial, will be sentenced properly,

O raciocínio de Cover parece contraintuitivo: como alguém pode falar da pena de morte em termos da “conquista” representada pela sua efetiva coordenação? De forma um tanto inusitada, o autor parece sustentar aqui que a violência do direito, ao promover compromissos que escapam dos produtos “fortuitos” das circunstâncias, seja uma espécie de forma superior de violência. A defesa dessa interpretação não chega a ser novidade na teoria do direito, ao menos para aqueles que consideram que a violência, quando executada conforme procedimentos juridicamente instituídos, carrega algo de “legítimo”.

Mas que Cover pretende mostrar aqui é que esse caráter de legitimidade não está relacionado a qualquer tipo de interpretação que enxergue no juiz uma espécie de “voz da razão”. Não se trata de possuir a melhor interpretação possível, ou o melhor entendimento entre textos constitucionais e sociais a que um Hércules hipotético pode almejar. Cover reconhece que construções como a de Dworkin podem até ser úteis para compreender a atividade dos juízes enquanto deliberação mental. Mas é preciso pensar a forma como suas convicções são traduzidas, por meio da ação de outros, em atos. E para que isso aconteça, a circunstância mais fundamental é a de que as palavras judiciais carreguem “o indício formal de terem sido pronunciadas na investidura do juízo”; é essencial, portanto, que esteja claro dentro da estrutura institucional “quem fala como juiz e quando isso acontece” (COVER, 1986b, p. 1625).

Mas há, na visão de Cover, outra circunstância igualmente fundamental para que a violência no direito se afaste o máximo possível da violência pura: nenhum juiz deve ter, sozinho, a última palavra sobre o significado jurídico diante de casos concretos. Cover reflete sobre tal circunstância da seguinte forma:

Nós fizemos algo estranho em nosso sistema. Nós separamos rigidamente o ato de interpretação – de compreensão do que deveria ser feito – da execução “do que deveria ser feito” por meio de violência. Ao mesmo tempo, ao menos no direito penal, estabelecemos uma rígida conexão entre a execução das ordens judiciais e o ato de interpretação judicial, por meio de hierarquias relativamente inflexíveis de pronunciamentos judiciais e obrigações

and will live to see the appointed time of the execution of their sentence. In fact, we have come to expect near perfect coordination of those whose role it is to inflict violence subject to the interpretive decisions of the judges. We have even come to expect coordinated cooperation in securing all plausible judicial interpretations on the subject. Such a well-coordinated form of violence is an achievement. The careful social understandings designed to accomplish the violence that is capital punishment, or to refrain from that act, are not fortuitous or casual products of circumstance.”

firmes da parte dos agentes públicos encarregados de cumpri-los. Os juizes estão assim tanto separados como inextricavelmente ligados aos atos que eles autorizam⁶⁷. (COVER, 1986b, p. 1627).

Essa circunstância⁶⁸ é celebrada por Cover como “algo intrínseco a qualquer sucesso possível na tarefa de domesticar a violência” (COVER, 1986b, p. 1628). Mais uma vez, Cover destaca a importância das regras secundárias, que orientam a “ordem hierárquica de vozes judiciais”, e assinalam os defeitos de um modelo de interpretação judicial que se concentra no trabalho de uma única mente coerente e consistente”. (COVER, 1986b, p. 1625).

Por mais coerente que seja, uma única mente não é capaz, segundo Cover, de carregar a “força da violência coletiva” que caracteriza o direito não só como um caso particular de violência, mas também de interpretação. Cover admite que a decisão de um “Hyporcules” provavelmente será mais articulada e coerente que uma decisão coletiva de vários juizes. Mas diante da tarefa de domesticar a violência do direito, prefere sacrificar as expectativas de se atingir um significado comum do que descartar as regras secundárias que instituem uma estrutura de múltiplas vozes para a tomada de decisões. Assim, Cover aceita que as consequências de sua leitura sobre a interpretação jurídica não sejam muito animadoras: “Só nos resta, portanto, esse mundo real da organização do direito-como-violência, com decisões cujo significado, se for comum, provavelmente não será coerente – e se for coerente, provavelmente não será comum”. (COVER, 1986b, p. 1629).

⁶⁷ No original: “We have done something strange in our system. We have rigidly separated the act of interpretation – of understanding what ought to be done – from the carrying out of this ‘ought to be done’ through violence. At the same time we have, at least in the criminal law, rigidly linked the carrying out of judicial orders to the act of judicial interpretation by relatively inflexible hierarchies of judicial utterances and firm obligations on the part of penal officials to heed them. Judges are both separated from, and inextricably linked to, the acts they authorize.”

⁶⁸ “Salvo algumas exceções triviais, nenhum juiz norte-americano que se debruça sobre uma questão jurídica relevante encontra-se imune de reexame via apelação. Por outro lado, juizes de tribunais superiores que sejam a última instância decisória de uma questão jurídica relevante jamais decidem sozinhos. Um complexo de regras secundárias determina essa situação. Tais regras incluem desde estatutos gerais que garantem o direito de apelar ao menos uma vez das sentenças definitivas proferidas pela primeira instância, passando por estatutos especiais que exigem reexame via apelação em sentenças capitais, até a garantia constitucional que proíbe a suspensão de *habeas corpus*. As cortes finais de apelação nos Estados Unidos são sempre compostas por ao menos três juizes. Algumas constituições estaduais especificam esse número. Não há nenhuma previsão explícita na Constituição que exija que a Suprema Corte tenha mais do que um único juiz, mas tanto a prática como as interpretações generalizadas desde 1789 fazem da ideia de uma Suprema Corte com juiz único um verdadeiro absurdo. Dada a clareza das expectativas acerca da pluralidade das instâncias judiciais superiores, me parece duvidoso que um tribunal imaginário como esse satisfizesse o requisito constitucional de que haja uma Suprema Corte.” (COVER, 1986b, p. 1625).

Ainda que essa postura pode ser vista como problemática para o próprio projeto de reconstrução de universos normativos de *Nomos e Narrativa*, o Cover de *Violência e a Palavra* não está disposto a ocultar as conclusões de seu reconhecimento sobre a centralidade da violência no direito:

Sejamos então explícitos. Ainda que seja um pensamento desagradável que dor e morte estejam no centro da interpretação jurídica, que assim seja. Não seria melhor se houvesse apenas uma comunidade argumentativa formado por leitores e escritos de textos – de intérpretes. Na medida em que dor e morte sejam parte de nosso mundo político, é essencial que elas estejam no centro do direito. A alternativa é verdadeiramente inaceitável: que eles estejam dentro de nossa política, mas fora da disciplina das regras de decisão coletiva e dos esforços individuais para atingir resultados por meio dessas regras. É algo intrínseco a qualquer sucesso possível na tarefa de domesticar a violência⁶⁹. (COVER, 1986b, p. 1628).

Esse raciocínio aponta que a experiência da interpretação jurídica é marcada, inevitavelmente, por ao menos dois “limites trágicos” à obtenção de significados comuns no direito. Primeiro, há um limite prático que resulta da organização social da violência jurídica, e que prescreve que a “responsabilidade pela violência deve ser compartilhada para que se possa exercê-la de forma segura e efetiva” (COVER, 1986b, p. 1628), o que envolve uma gama de atores sociais e não o trabalho de uma única mente judicial. Por outro lado, há um limite ainda mais profundo, fruto do caráter díspar das experiências envolvidas nos dois polos da interpretação jurídica:

Autor e vítima da violência organizada terão experiências significativas dolorosamente desiguais. Para o autor, a dor e o medo são remotos, irrealis e amplamente não compartilhados. Por esse motivo, quase nunca fazem parte de artefatos interpretativos tais como a opinião judicial. Por outro lado, a justificação da violência é importante, real e cuidadosamente cultivada para aqueles que a impõem. Para a vítima, inversamente, a realidade e a significância da justificação da violência retrocedem de forma proporcional à

⁶⁹ No original: “So let us be explicit. If it seems a nasty thought that death and pain are at the center of legal interpretation, so be it. It would not be better were there only a community of argument, of readers and writers of texts, of interpreters. As long as death and pain are part of our political world, it is essential that they be at the center of the law. The alternative is truly unacceptable – that they be within our polity but outside the discipline of the *collective* decision rules and the individual efforts to achieve outcomes through those rules. The fact that we require many voices is not, then, an accident or peculiarity of our jurisdictional rules. It is intrinsic to whatever achievement is possible in the domesticating of violence.”

esmagadora realidade de dor e de medo sofridos⁷⁰. (COVER, 1986b, p. 1629).

Assim, com o mesmo tom sombrio que utilizou ao invocar o “campo de dor e morte” no começo do ensaio, Cover (1986b, p. 1629) conclui: “Entre a ideia e a realidade do significado comum cai a própria sombra da violência do direito”. Inquietante do início ao fim, *Violência e a Palavra* provoca reações diversas entre críticos e comentadores. E o principal motivo de inquietação é, certamente, a conclusão aparentemente contraditória em relação ao legado deixado por *Nomos e Narrativa*, com sua disposição para que deixemos que “novos universos normativos floresçam”.

As experiências da organização social do direito como significado e como violência parecem colidir frontalmente, e não houve mais tempo para que Cover, morto poucos meses após a publicação de *Violência e a Palavra*, pudesse responder aos questionamentos que esse confronto – talvez o mais fundamental de sua obra – suscita. Nossa única possibilidade de reconstituir o pensamento de Cover encontra-se em tomar partido de algumas especulações em torno de sua obra.

3.2 O Direito entre significado e violência

O “campo de morte” de Cover suscita diferentes interpretações entre seus comentadores. Para alguns, ele foi descrito de forma incompleta; para outros, ele contradiz as possibilidades abertas por *Nomos e Narrativa*; mas há também quem pense ser possível e necessário ressignificá-lo para que possamos recuperar a própria ideia de direito, a despeito da violência que ela carrega. O que poucos negam, entretanto, é que Cover forneceu, a partir de sua famosa metáfora, uma descrição bastante acurada do direito moderno como uma organização social de violência. A originalidade de seu diagnóstico em comparação com a teoria do direito de sua época é celebrada de forma quase unânime por aqueles que se debruçaram sobre sua obra.

⁷⁰ No original: “The perpetrator and victim of organized violence will undergo achingly disparate significant experiences. For the perpetrator, the pain and fear are remote, unreal, and largely unshared. They are, therefore, almost never made a part of the interpretive artifact, such as the judicial opinion. On the other hand, for those who impose the violence the justification is important, real and carefully cultivated. Conversely, for the victim, the justification for the violence recedes in reality and significance in proportion to the overwhelming reality of the pain and fear that is suffered.”

Mas comecemos pelas críticas dirigidas a supostas falhas presentes na argumentação de Cover em *Violência e a Palavra*. No que tange à discussão que o autor faz sobre o sistema criminal, as críticas mais oportunas talvez tenham sido feitas pelo sociólogo e criminólogo Jonathan Simon (2001). O principal problema apresentado pela descrição de Cover é, segundo Simon (2001), a forma como o autor praticamente ignora a dimensão histórica das práticas punitivas nos Estados Unidos. Ao evitar discussões sobre os interesses que o direito penal costuma refletir, bem como a gritante disparidade racial que eles provocam, Simon mostra que o diagnóstico de Cover é, ao menos como sociologia da punição, bastante rudimentar.

Além disso, ao associar punição e tortura de forma tão próxima, Cover parece ter ignorado dois aspectos: a especificidade da prisão como forma de controle social e a importância de ideias criminológicas que modelaram o direito penal, como a reabilitação (SIMON, 2001, p. 29). Trabalhos sociológicos têm há muito demonstrado que a experiência prisional é muito mais complexa do que um modelo dual baseado na relação entre juiz e prisioneiro pode sugerir. Simon (2001) argumenta que fatores como a presença de uma “comunidade” entre os detentos podem ter um maior peso para a experiência do prisioneiro do que textos legais ou a administração penitenciária.

Contraopondo-se a uma imagem, implícita em Cover, da prisão como uma “máquina” burocratizada, Simon (2001) sugere enxergá-la como uma “comunidade” onde vários papéis, estatais ou não, influenciam a totalidade das experiências dos presos em relação à prática de violência. Em defesa de Cover, poderíamos dizer que, ainda que seu diagnóstico sobre o sistema prisional seja incompleto, nada do que ele afirma em *Violência e a Palavra* tem o sentido de negar que os problemas criminológicos que Simon aponta de fato existam.

Por outro lado, Simon (2001) também desaprova a tendência de Cover a enxergar a violência como um aspecto ontológico do direito, como se considerações sobre a legitimidade e a justiça da punição fossem irrelevantes. É um erro assumir, como Cover parece fazer, que toda punição se assemelhe à tortura tal como Elaine Scarry a descreveu: “Não devemos ignorar que o encarceramento é uma forma de violência, mas não precisamos assumir que ela seja uma violência destruidora de mundos” (SIMON, 2001, p. 25). Mas assim como representa uma crítica, esse movimento de Simon ao mesmo tempo reabilita as esperanças de Cover de que os tribunais sejam “homicidas”, mas não fundamentalmente “*jurispáticos*”.

Essa, porém, é uma esperança que Sarat e Kearns (2001) rechaçam de forma veemente. Os autores não conseguem ver esperança onde Cover viu porque acreditam que ele não tenha compreendido totalmente a dificuldade de se conciliar direito e violência. Denunciando a contradição presente nos termos de seu projeto, questionam: “Como ele poderia fazer paz por meio da violência do direito?”. (SARAT; KEARNS, 2001, p. 50)

Em primeiro lugar, Sarat e Kearns (2001, p. 51) tratam de esclarecer que os possíveis defeitos do projeto de Cover não residem na ênfase que ele dá ao problema da violência. Ao contrário, reconhecem que Cover “reinventou” o tema da violência relacionada ao direito, e chegam a ponto de dizer que esse tópico corria o risco de ser esquecido pela teoria do direito contemporânea não fossem suas oportunas reflexões. Porém, como conjunto, argumentam que a obra de Cover parece não funcionar completamente da forma que o autor desejou.

Cover teve grande mérito ao mostrar que, ao direcionar nosso olhar para a violência, estamos também refletindo sobre as próprias possibilidades que o direito carrega – a possibilidade de que ele nos forneça o universo de significações compartilhadas de que necessitamos para que haja alguma estabilidade em nossa vida social. Contudo, na opinião de Sarat e Kearns (2001), Cover teria se recusado a reconhecer a forma pela qual a violência distorce o direito, limitando suas possibilidades. Mesmo que admita que a violência é uma ameaça contínua à produção e manutenção de significado jurídico, o autor não a denuncia, mas parece aceitá-la junto a uma tentativa vã de reconciliá-la com o direito. (SARAT; KEARNS, 2001, p. 54).

Quando se podia esperar uma rejeição da violência e uma visão do direito sem coerção, Cover nos oferece uma visão segundo a qual parece impossível imaginar o direito sem violência. Ao escrever sobre as formas coletivas de “domesticação” de violência, Cover “escreve como se essa violência não custasse algo para o próprio direito” (SARAT; KEARNS, 2001, p. 65). Assim, ao combinarmos *Nomos e Narrativa* e *Violência e a Palavra*, nos restaria apenas a seguinte mensagem:

Sempre que possível, contenha a violência; deixe que novos mundos floresçam. Mas, pelo bem da vida, não esqueça que a violência do direito é às vezes necessária e que sua disponibilidade não é automática, mas precisa ser fornecida. E finalmente, a violência

eficaz que é também moderada e controlada é uma conquista considerável, exigindo ‘uma organização de pessoas’ tão complexa quanto frágil⁷¹. (SARAT; KEARNS, 2001, p. 65).

Cover acredita que de alguma forma seja possível limitar a capacidade *jurispática* do direito e, conseqüentemente, sua violência. Sarat e Kearns (2001) acham que não, e classificam como ingênua uma visão segundo a qual os juízes podem, em dado momento, comandar um aparato estatal de violência e, em outro momento, demonstrar atitudes de tolerância em relação a manifestações oriundas de outras ordens normativas. Contra essa visão, os autores rebatem: “Violência e direito jamais podem ser adequadamente ou satisfatoriamente reconciliados. Eles são fatos sociais conflitantes que nenhuma quantia de ingenuidade teórica pode harmonizar”. (SARAT; KEARNS, 2001, p. 66).

Ainda que sustentem que as mensagens centrais de *Nomos e Narrativa e Violência e a Palavra* não são “formalmente ou logicamente incompatíveis”, Sarat e Kearns (2001, p. 66) acreditam que elas são antagônicas sob o aspecto da atividade prática de interpretação jurídica. De acordo com Cover, os juízes só podem praticar uma violência que esteja justificada em termos jurídicos – uma violência, por assim dizer, legítima. Mas uma vez que tal justificativa é gerada, uma vez que a violência passa a ser considerada como legítima, então é muito improvável que ela venha a se autolimitar – não se pode esquecer que, apesar de estarem conectados aos atos violentos, os juízes estão se comportando como “agentes”. (SARAT; KEARNS, 2001, p. 70).

Assim, Sarat e Kearns (2001) enxergam sob duas perspectivas a circunstância de que, para lidar com o “campo de dor e morte” da interpretação jurídica, faz-se necessária uma organização social coletiva, formada por múltiplas vozes. De um ponto de vista interno, isso certamente representa um avanço em termos de justificação e controle da violência a ser empregada. Porém, do ponto de vista das interações com outras ordens normativas, uma ordem estatal fundada nesse tipo de organização social da violência será inevitavelmente limitada por suas próprias práticas de legitimação, isto é, por textos, papéis, comprometimentos e

⁷¹ No original: “Wherever possible, withhold violence; let new worlds flourish. But, for the sake of life, do not forget that law’s violence is sometimes necessary and that its availability is not automatic but must be provided for. And finally, effective violence that is also temperate and controlled is a considerable achievement, requiring ‘an organization of people’ that is as complex as it is fragile.”

significados que o direito estatal impõe como legítimos. A frágil capacidade do Estado de conter a violência desordenada depende dessas práticas.

Mas o preço de se respeitar essa capacidade é estar disposto a agir de forma hostil diante de visões de outras ordens normativas. Ao unir pensamento em ação, a violência “torna o direito menos tolerante com a multiplicidade e a diferença” (SARAT; KEARNS, 2001, p. 71). De acordo com os autores, portanto, a violência transforma o direito de tal forma que qualquer esperança de que os tribunais possam deixar de ser *jurispáticos* deveria ser descartada.

Robert Post (2005) identificou um problema semelhante em Cover, e capturou-o na forma de um dilema: a concepção jurídica do autor parece, ao mesmo tempo, defender e negar uma certa superioridade lógica do modelo de liberalismo político. Afirma Post:

Se o liberalismo é o seu próprio nomos, e se o liberalismo é necessário para preservar as comunidades menores autônomas que Cover acha tão atraentes, então o nomos do liberalismo adquire um tipo especial de primazia lógica. Mas Cover não está disposto a reconhecer essa primazia, porque está preocupado em insistir em mundos plurais de nomoi iguais. O preço dessa insistência é que Cover não pode teorizar adequadamente como esses mundos plurais podem continuar a co-existir, apartados das “fracas” virtudes de uma “manutenção do sistema” imperial⁷². (POST, 2005, p. 13).

Post (2005) acredita que Cover é incapaz de escapar desse dilema porque nega qualquer potencial “jurisgenético” ao liberalismo, sendo completamente cético em relação ao envolvimento do Estado como uma verdadeira política da *jurisgenesis*. Essa crença é sustentada pelo fato de que Cover não considera, ao longo de todo *Nomos e Narrativa*, a possibilidade de que as diferentes comunidades se envolvam em debates públicos com procedimentos de persuasão e razão. Ao longo de todo ensaio, Cover parece ignorar a ideia de uma “esfera pública” e sequer menciona a palavra “democracia”. Pode ser que Cover estivesse pressupondo a

⁷² No original: “If liberalism is its own nomos, and if liberalism is necessary in order to preserve the small autonomous communities that Cover finds so appealing, then the nomos of liberalism acquires a special kind of logical priority. But Cover is unwilling to recognize this priority, because he is concerned to insist upon plural worlds of equal nomoi. The price of this insistence is that Cover cannot adequately theorize how these plural worlds can continue to co-exist, apart from the ‘weak’ virtues of a ‘system-maintaining’ empire.”

democracia liberal em sua análise; em todo caso, seu modelo de disputas jurídicas toma mais a forma do conflito do que do alcance de entendimentos comuns⁷³.

Se tanto as críticas de Sarat e Kearns (2001) como as de Post (2005) forem válidas, então também seria preciso reconsiderarmos a distinção que Cover fez entre os modelos *paideicos* e *imperiais* de sustentação do *nomos*⁷⁴. Se os juízes devem decidir, em última instância, a favor do modelo *imperial* representado pelo Estado – seja impondo sua interpretação sobre as demais ordens normativas, seja aceitando interpretações que não contrariem seus preceitos fundamentais – então parece correto afirmar, como faz Jason Beckett (2011), que os comprometimentos típicos desse modelo, que Cover definiu como “fracos”, são, na realidade, obrigatoriamente “fortes”.

Essa constatação nos permite, segundo Beckett (2011), ter duas atitudes diante de Cover: ou persistimos em sua distinção entre *paideico* e *imperial* até percebermos que ela é insustentável, ou então lemos o modelo *imperial* como nascido do *paideico*, como uma *paideia* que precisa ser afirmada por meio de fortes compromissos. Todavia, independente do caminho adotado, chegaríamos à mesma conclusão: as comunidades *imperiais* são, na verdade, “*paideias* disfarçadas” (BECKETT, 2011, p. 19), pois uma ordem normativa que necessita ver a si própria como verdadeira, como é o caso da ordem estatal, não pode abrir mão de compromissos “fortes” para manter a integridade de suas narrativas.

Como *paideias* disfarçadas, os Estados liberais produzem, segundo Beckett (2011), dois tipos de violência: por um lado, violência física (o potencial “homicida” do direito, na expressão de Cover); por outro, violência epistêmica. Cover tratou desse segundo tipo de violência quando mencionou a função *jurispática* dos tribunais. Beckett (2011), no entanto, argumenta que a violência epistêmica possui um caráter muito mais profundo, que Cover teria ignorado. Seguindo de perto o raciocínio de Sarat e Kearns (2001), Beckett (2011) afirma que essa violência epistêmica é inerente ao liberalismo: ao fornecer uma visão de mundo completa com base no direito liberal, esse modelo político engaja os juízes e demais atores em

⁷³ Post (2005) sugere que a aparente descrença de Cover na ideia de uma esfera pública se justifica, em parte, pela desconfiança geral sobre a possibilidade de diálogo no sombrio cenário político norte-americano que emergiu após a Guerra do Vietnã. Por acreditar na razão pública e nas possibilidades que ela encerra, Post vê em Cover um alerta: é preciso mostrar, de tempos e tempos, que *Nomos e Narrativa* estava errado em desacreditá-la. Poderíamos acrescentar que, ao menos desde a eleição de Donald Trump, o medo de que a razão pública norte-americana seja obstruída por projetos políticos totalitários nunca foi tão justificável.

⁷⁴ Para essa distinção, ver capítulo anterior.

práticas violentas de exclusão. Com isso, qualquer esperança de um direito epistemicamente não-violento fracassa, levando junto as expectativas de um direito que não seja *jurispático*, como pretende Cover.

Quando os juízes demonstram compromisso com a ordem estatal – algo necessário para que suas ações sejam moralmente justificáveis, como afirma o próprio Cover – a violência epistêmica presente na interpretação “não é neutralizada, mas simplesmente disfarçada ou negada” (BECKETT, 2011, p. 16). Ou seja, o máximo que os juízes poderiam oferecer diante da multiplicidade e da diferença é uma atitude de aparente tolerância em relação a elas. Nesse aspecto, sugere Beckett (2011), tanto faz se o texto de referência é a Constituição norte-americana, o sistema econômico internacional ou o sistema de direitos humanos – todos eles percebem-se como suficientes para formar um *nomos* integral disposto a organizar a vida social, baseando-se na exclusão de visões concorrentes.

Assim, argumenta Beckett (2011, p. 35), apenas uma problematização radical dos elementos constitutivos do *nomos* – seja ele estatal ou internacional – poderia revelar os traços de um direito epistemicamente não-violento. Isso exigiria uma aberta procedimental que permitisse a construção de novas imagens a partir de novos consensos. Em outras palavras, o autor postula uma “renegociação” completa dos princípios formais que regem o direito liberal:

Consequentemente, a busca por soluções deve ser iniciada no entendimento da própria ordem jurídica. Nós devemos reconhecer que a interpretação jurídica é uma forma derivada e limitada de violência epistêmica. A violência primária reside na criação do texto que deve ser interpretado. Devemos prestar atenção no texto em si, e mais especificamente nos processos por meio dos quais ele é criado e reconhecido como jurídico. [...] A violência epistêmica é inerente ao próprio processo; o direito procura limitar e estruturar essa violência, torna-lá consistente. Em parte, isso é alcançado através do compromisso do direito com a equidade formal, mas, por óbvio, a violência é igualmente inerente à própria equidade formal⁷⁵. (BECKETT, 2011, p. 36-37).

⁷⁵ No original: “Consequently, the search for solutions must be initiated in the understanding of the legal order itself. We must recognise that legal interpretation is a derivative and limited form of epistemic violence. The primary violence resides in the creation of the text which must be interpreted. Attention must focus on the text itself, and more especially on the processes by which the text was created, and recognised as legal. [...] Epistemic violence is inherent in the process of thought itself, the law seeks to limit and structure this violence, to render it consistent. In part, this is achieved through the law’s commitment to formal equality, but of course the violence is equally inherent in formal equality itself.”

Essa busca por soluções a partir de um nível inferior implica, como o próprio autor reconhece, em abandonar o projeto de Cover, que consistiria em “reformular” uma estrutura epistemicamente violenta. Mas onde isso nos levaria? Segundo Beckett (2011, p. 38), estaríamos não mais diante de um projeto de razão, mas de esperança. Essa esperança é a de que, um dia, possamos de alguma forma resetar o “campo de dor e morte” da interpretação jurídica, e começar tudo de novo, somente a partir de ideais progressivamente comuns.

De nossa parte, compartilhamos algumas das esperanças de Beckett (2011) de que possamos atingir um direito epistemicamente violento, mas somos obrigados a discordar de uma parte substancial de sua solução teórica. Seu projeto certamente contempla o que Cover chamaria de “narrativa redentora”, mas é bastante duvidoso em sua ânsia de descartar as instituições existentes em favor de um “projeto de esperança”. É muito provável que Cover enxergasse um projeto desse tipo com a mesma descrença que demonstra em relação a movimentos “utópicos ou escatológicos”: por não revelarem uma linha de comprometimento capaz de reconciliar a realidade existente com a alternativa pretendida, Cover (1983) não reconhecia tais movimentos como movimentos *do direito*.

É preciso lembrar que Cover enxerga o direito essencialmente como uma ponte, que envolve um comprometimento em relação ao futuro a partir das possibilidades reais do presente. Em vez disso, Beckett parece querer implodir essa ponte, e construir tudo novamente. Essa atitude pode até carregar boas intenções, mas é um tanto duvidosa enquanto projeto jurídico possível – um peso muito maior é colocado, em contrapartida, em uma política revolucionária⁷⁶.

Diante disso, talvez seja possível ver o “campo de dor e morte” da interpretação jurídica de uma outra forma, uma forma que reabilite as esperanças de Cover em relação ao próprio direito. O diagnóstico feito por Marianne Constable (2001) pode ser útil nesse sentido. Constable (2001) reconhece possíveis defeitos na descrição de Cover em *Violência e a Palavra*, mas prefere concentrar-se nas possibilidades de discussão abertas por esse ensaio. Sua interpretação busca ressignificar a metáfora de um “campo de dor e morte” por meio de um raciocínio bastante simples: uma vez que dor e morte estão presentes no nosso mundo de

⁷⁶ Não por acaso, Beckett (2011) cita ao final de seu ensaio algumas passagens creditadas ao Subcomandante Marcos, importante porta-voz do Exército Zapatista que liderou a Revolução Mexicana.

qualquer forma, com ou sem direito, então elas não precisam ser identificadas necessariamente com a violência da interpretação jurídica.

Independentemente de saber se o direito é ou não violento, certamente sentiremos dor durante a vida e, principalmente, morreremos um dia. Essa constatação pode ser um truísmo, mas altera de forma significativa os rumos da discussão empreendida por Cover:

Assim, o “campo de dor e morte” sem o qual não há direito está aberto a uma interpretação radicalmente diferente daquela de Cover. Cover escreve que, na medida em que dor e morte fazem parte de nosso mundo político, elas precisam estar no centro de um direito violento discursivamente domesticado. Mas também o caso que, na medida em que dor e morte são parte de nossas assim chamadas experiências subjetivas, nós *precisamos* de um mundo não simplesmente subjetivo, mas comum. Na medida em que cada um de nós está, de certa forma, sozinho em nossas dores e mortes, nos falta uma certa comunhão. A linguagem nomeia essa falta e, ao nomeá-la, estabelece um mundo comum. “Direito” é a palavra que estabelece esse mundo⁷⁷. (CONSTABLE, 2001, p. 94).

E a conclusão desse estado de coisas é bastante simples: antes de lamentarmos a limitação que o direito impõe ao alcance de significados comuns e coletivos, devemos notar que, sem o direito, eles sequer existiriam. Parafraseando Cover, Constable (2001, p. 94) sugere que “na medida em que dor e morte pertencem a nós, precisamos do direito no centro de nosso mundo”. Essa interpretação não nega o peso que Cover coloca na violência, mas enxerga o outro lado da tragédia que é o direito⁷⁸: ele pode ser violento, mas não estaríamos em uma situação melhor se renunciássemos a ele. Como sujeitos finitos – ou incompletos, como diriam Berger e Luckmann (2011) – que somos, estamos sempre à procura de um mundo de significados comuns. E, de acordo com Constable (2001), o direito é aquilo que poderia nos fornecer a experiência desse mundo.

Ou seja, o campo de dor e morte não precisa ser entendido como simplesmente violento, mas é também “um lugar das necessidades humanas, onde

⁷⁷ No original: “Hence the ‘field of pain and death’ without which there is no law is open to a radically different interpretation than that of Cover. Cover writes that as long as death and pain are part of our political world, they must be at the center of a discursively domesticable violent law. Yet it is at least equally the case that as long as death and pain are part of our so-called subjective experiences, we are *in need of* a common – not simply objective – world. As long as we are each in some way alone in our pains and deaths, we lack a certain commonality. Language names that lack and, in so naming, establishes a common world. ‘Law’ is the word for this establishing of world”.

⁷⁸ Há uma vasta bibliografia que procura compreender o direito como tragédia. Para uma discussão que reúne diferentes versões desse tema, ver Fischer-Lescano (2017).

o direito, através da linguagem, estabelece o que Cover chama de mundo 'normativo' e também aspira à justiça" (CONSTABLE, 2001, p. 96). Cover parece ter esquecido de que o direito é, em última instância, a busca pela justiça – uma justiça sabidamente inalcançável, aporética, mas que mesmo assim deve ser buscada como um ideal. A visão do direito como uma linguagem ou um terreno comum para que nossas experiências subjetivas adquiram um modo de compartilhamento resgata essa busca.

Mas onde então devemos buscar justiça se estamos, como afirma Cover, imersos em uma estrutura institucional de coordenação e exercício da violência, onde a moralidade é definida pelo comportamento como "agente" e há pouco ou nenhum espaço para sujeitos autônomos com aspirações morais sobre um direito justo? Como saída, Constable (2001) sugere que deveríamos olhar para fora das estruturas do direito moderno, para o "lado silencioso do direito" que reside nos limites dos textos e da linguagem jurídica. Ou seja, para os aspectos do direito que confrontam os limites do controle social e da dominação, onde os indivíduos não se comportam como "agentes", mas são responsáveis por seus atos. Mas então, em um movimento inusitado, Constable (2011, p. 96) sugere que a busca por esse lado silencioso deva se dirigir para "aquilo que fala do silêncio: a poesia". Como forma de inquirir sobre as possibilidades da justiça dentro do direito, deveríamos deixar de lado o contexto institucional de violência e escutar o silêncio dos poetas.

Nesse ponto, é preciso dizer que, em que pese concordarmos com os insights de Constable (2001) sobre o "campo de morte", não podemos compartilhar de sua conclusão. Pensamos que, partindo da reabilitação empreendida pela autora, é possível sugerir uma interpretação um pouco mais fiel a Cover, que sempre procurou se desvencilhar de interpretações predominantemente literárias no direito. Sugerimos aqui olhar para os limites dos textos legais não como o lugar do silêncio, mas da agitação. Por mais que soubesse respeitar e apreciar o silêncio dos poetas, é mais provável que Cover preferisse olhar, nesse ponto, para a agitação dos movimentos que lutam por direitos – dos quais ele próprio fez parte. Afinal, como o próprio autor fez questão de assinalar, "a criação de significado jurídico não pode ter lugar no silêncio" (COVER, 1983, p. 49), mas é justamente uma resistência às tentativas de silenciamento do Estado. Contra a violenta "hermenêutica da jurisdição", grupos e comunidades devem sustentar suas posições com base naquilo que o autor chamou de "textos de resistência":

Onde quer que uma comunidade resista a uma regra silenciadora ou alguma outra lei estatal, ela necessariamente entra em uma hermenêutica secundária – a interpretação dos textos de resistência. Quando um grupo vive seu direito em face de um previsível emprego de violência contra ele, é preciso uma nova elaboração de “direito” – o desenvolvimento de uma compreensão sobre o que é certo e justo dentro dos contextos violentos que o grupo encontrará. O grupo deve entender as implicações normativas da luta e o significado do sofrimento, e deve aceitar a responsabilidade pelos resultados das confrontações que irão se suceder⁷⁹. (COVER, 1983, p. 49).

Assim, antes do silêncio da poesia, talvez devêssemos olhar para os grupos que “vivem seu direito”. Para os grupos que lutam por suas interpretações jurídicas contra um “Estado organizado para superar escrúpulo e medo” (COVER, 1986a, p. 833), para os indivíduos que colocam seus “corpos à prova” (COVER, 1986b, p. 1605), para os movimentos que visam se legitimar por novas formas de constitucionalismo (COVER, 1983, p. 68), para as iniciativas de desobediência civil (COVER, 1983, p. 46). Talvez a reflexão sobre o “justo” seja silenciosa e poética, mas a busca concreta pela justiça certamente não o é. Evidente que não devemos olhar para esses atores e movimentos *enquanto* agentes capazes de violência, ainda que essa capacidade certamente exista: devemos nos concentrar no potencial que esses atores têm de desestabilizar, por meio de seus comprometimentos, a violência *jurispática* do direito estatal. É pouco provável que essa violência recue se do lado contrário só se ouve silêncio.

A obra de Cover sustenta a necessidade de uma nova interpretação que se dirija ao campo do direito como significado sem ignorar o “previsível emprego de violência” da organização social do direito como poder. Nesse sentido, um provável caminho reside na atitude de se olhar o direito como uma constante mediação e transgressão de si mesmo, como sugerem McVeigh, Rush e Young (2001) a partir do pensamento desconstrutivista de Cornell (1992).⁸⁰ Talvez o próprio discurso jurídico possa ser melhor entendido, como na interpretação de Minow (1987, p. 1876), “como a linguagem de um processo contínuo em vez de regras fixadas. O

⁷⁹ No original: “Whenever a community resists a rule of silence or some other law of the state, it necessarily enters into a secondary hermeneutic – the interpretation of the texts of resistance. For a group to live its law in the face of the predictable employment of violence against it requires a new elaboration of “law” - the development of an understanding of what is right and just in the violent contexts that the group will encounter. The group must understand the normative implications of struggle and the meaning of suffering and must accept responsibility for the results of the confrontations that will ensue.”

⁸⁰ Para uma discussão semelhante, a partir do caráter transgressor do mito de Antígona, ver Butler (2014).

discurso dos direitos alcança pontos temporários de repouso a partir dos quais novas reivindicações podem ser feitas”.

Na medida em que o direito for visto como parte necessária para compreendermos o sofrimento dos corpos – “corpos, mesmo corpos mortos, não são claros sem o direito” (McVEIGH; RUSH; YOUNG, 2001, p. 128) – talvez seja possível, como sugere Minow (1987), interpretar nosso sofrimento como forma de recuperar o discurso jurídico. Isso nos impele a compreender o direito como um aspecto da própria construção da materialidade dos corpos⁸¹, e afasta por um momento nosso olhar fixado nas estruturas institucionais de violência do Estado para o campo das demandas sociais por direitos, sem negar a presença de ambas no “campo de dor e morte” da interpretação⁸².

Assim, em vez de descartar a descrição minuciosa sobre a violência do direito feita por Cover em *Violência e a Palavra*, poderíamos incorporar seus alertas e, ao mesmo tempo, voltar nosso foco para *Nomos e Narrativa*, lendo esse ensaio como um esforço para compreender a gênese da normatividade social, ou seja, compreender as formas por meio das quais as narrativas jurídicas contribuem com a formação do sujeito. Essa parece ser uma via interessante não apenas para unir as mensagens dos dois textos, mas também para fazer jus tanto ao legado teórico como à biografia de Cover.⁸³ Onde e como ela poderá nos levar adiante é uma questão a ser respondida em trabalhos futuros.

Por ora, só podemos oferecer a conclusão parcial de que não é preciso deslegitimar a análise fria da violência empreendida por Cover em *Violência e a Palavra* para que possamos compreender seu apelo por novos universos normativos em *Nomos e Narrativa*. Por mais contraditórios que possam parecer, uma leitura conjunta dos dois ensaios pode, na verdade, fortalecer projetos que visem reconstruir ou sistematizar os ensinamentos de Cover.

3.3 O Pluralismo normativo de Robert Cover

Nosso trabalho buscou até aqui reconstituir os principais movimentos da obra de Cover a fim de impor-lhe certo senso de integridade. A despeito das diferenças

⁸¹ Nesse aspecto, o legado de Cover talvez ganhe uma importante aproximação com o pensamento de Butler (2015).

⁸² Sobre luta por direitos, ver Rodriguez (2014).

⁸³ Sobre aspectos biográficos, ver introdução.

de foco e de análise existentes entre *Nomos e Narrativa* e *Violência e a Palavra*, sugerimos que os dois textos devem ser lidos de forma complementar – a despeito do fato de que suas mensagens possam parecer, de acordo com alguns comentadores, relativamente contraditórias. Em busca de uma interpretação que ligasse ambos, consideramos algumas importantes críticas que partem de um ponto de vista interno ao trabalho de Cover e sugerimos uma interpretação que poderia reabilitar sua concepção jurídica não apenas de acordo com suas reflexões teóricas, mas também com os compromissos práticos demonstrados ao longo de sua vida.

É natural que, diante de uma visão razoavelmente sistemática como a que estamos propondo, nos perguntemos se Cover é capaz de sustentar uma *teoria do direito* propriamente dita. De acordo com o critério proposto a seguir, a resposta é: sim, ele pode. Mas até em função do tipo de critério adotado, demonstraremos que essa não é a questão mais relevante aqui. Nosso objetivo principal é mostrar de que forma Cover pode permanecer central para a reflexão teórica contemporânea sobre o direito. Para tanto, partindo da reconstrução que empreendemos até agora, devemos ir ao encontro dos desafios atuais e das possibilidades que sua obra tem de enfrentá-los. Somente então estaremos em condição de sustentar uma leitura própria de Cover, em torno daquilo que chamamos de “pluralismo normativo”.

Em primeiro lugar, é preciso entender em que sentido a obra de Cover vem sendo incorporada nos últimos anos, e em que tipo de discussões os autores que a recuperam estão envolvidos. Começamos então apresentando algumas tentativas de compreensão do cenário jurídico contemporâneo que se utilizam de seus conceitos. Conforme veremos, essas incorporações tendem a ignorar ou recusar traços de continuidade na obra de Cover. Salvo algumas exceções, a grande maioria dos trabalhos recupera algumas das lições de *Nomos e Narrativa*. Os principais conceitos apresentados nesse texto, como *nomos* e *jurisgenesis*, têm recebido grande repercussão positiva, especialmente por parte de teóricos que lidam com a emergência de regimes jurídicos transnacionais. Em contrapartida, outros textos – como *Violência e a Palavra* – são pouco mencionados e, quando o são, dificilmente são conjugados com as discussões centrais de *Nomos e Narrativa*.

Há quem também expressamente reconheça a tensão existente entre *Nomos e Narrativa* e *Violência e a Palavra*, mas, classificando-a como irresolúvel, prefira deixar o segundo texto de lado, focando-se no primeiro. É o caso de Marco Goldoni (2010), que lida com o problema da tolerância no constitucionalismo moderno por

meio de uma análise que explicitamente relativiza o tema da violência em Cover. Goldoni (2010, p. 1) acredita que, procedendo dessa forma, nos seria permitido “restaurar um senso de unidade e coerência na filosofia jurídica de Cover”. Em um primeiro momento, sua discussão acompanha de perto as reflexões de Cover sobre o papel da narrativa na criação de universos normativos; em seguida, mostra a importância da ideia de comprometimento na produção de narrativas propriamente “jurídicas”.

Sua leitura centrada em *Nomos e Narrativa* leva Goldoni (2010) a postular que a grande contribuição de Cover ao constitucionalismo encontra-se na visão de um comprometimento que os juízes deveriam assumir diante da enorme profusão de significados jurídicos fora dos limites do Estado. Defende, assim, um “constitucionalismo comprometido” (GOLDONI, 2010, p. 12) que funcione como uma espécie de meta-nível para que outros *nomoi* floresçam – seguindo o desejo expresso por Cover ao final de *Nomos e Narrativa*. Em suma, Goldoni (2010) traduz a concepção jurídica de Cover como um apelo para que a ideia de significado jurídico se sobreponha ao conceito de autoridade; como o projeto de um constitucionalismo comprometido que se legitime por conta de sua capacidade de reduzir o exercício da violência.

Como vimos anteriormente, essa é, de fato, a expectativa que Cover expressa ao final de *Nomos e Narrativa*. Mas é difícil negar que, com *Violência e a Palavra*, essa expectativa tenha se modificado – no mínimo, se tornou mais complexa. O “campo de dor e morte” fez a balança da interpretação jurídica pender para o lado da violência, em detrimento do significado. Esse é um movimento que qualquer tentativa de restaurar um “senso de unidade e coerência” em Cover não pode ignorar. Além disso, sua ideia de um “meta-nível” evoca dilemas semelhantes aos identificados por Post (2005) na atitude simultânea de negação e defesa, por parte de Cover, de uma primazia lógica do liberalismo político. Goldoni (2010), no entanto, não enfrenta nem esse e nem outros dilemas que a obra de Cover, pensada em conjunto, suscita.

Não há nada de errado em sustentar, a partir de Cover, o projeto de um “constitucionalismo comprometido”. Mas a partir do momento em que se desconsidera a centralidade da violência, esse passa a ser o projeto de Goldoni, e não o de Cover. O trabalho de Goldoni é certamente louvável no afã de recuperar seus insights sobre a tolerância a ser assumida pelas cortes em relação a outras

ordens normativas, tema fundamental para o constitucionalismo moderno. Porém, em qualquer propósito de identificar nosso autor como partidário de uma concepção jurídica própria – seja ela na forma de uma teoria do direito ou de uma visão teórica reconhecidamente incompleta – seu ensaio é de pouca ajuda.

Talvez uma incorporação mais atual e profícua da obra de Cover possa ser retirada, em vez disso, de sua quase profética afirmação sobre o constitucionalismo, que aparece no já mencionado último parágrafo de *Nomos e Narrativa*: “assim como o constitucionalismo é parte daquilo que pode legitimar o Estado, da mesma forma o constitucionalismo pode legitimar, dentro de uma estrutura distinta, comunidades e movimentos” (COVER, 1983, p. 68). Essa afirmação parece ser o ponto chave para compreender o legado de Cover em termos de uma concepção pluralista adequada às novas tendências do direito em níveis transnacionais e globais, e aponta os caminhos para um “constitucionalismo comprometido” na era da globalização.

Com a afirmação supramencionada, Cover em certa medida postulou, há mais três décadas, a existência de um “constitucionalismo para além do Estado”, hoje classificado por Teubner (2016, p. 24) como a “nova questão constitucional”.⁸⁴ De acordo com o diagnóstico deste autor, estamos de fato vivenciando processos de legitimação de regras promulgadas por diversos setores da vida social, processo apoiados por formas de constitucionalismo dissociadas da política e do direito estatais. Trata-se de um movimento que acompanhamos, para utilizar as palavras de Cover, ao mesmo tempo “com reconhecimento e desconfiança”. As teses de Cover na década de oitenta não parecem assim tão distantes dos impulsos das atuais teorias sociológicas da constituição, que postulam a questão constitucional não apenas em relação à política e ao direito, mas a todos os âmbitos da sociedade. (TEUBNER, 2016, p. 27).⁸⁵

Contestando a noção de que o constitucionalismo foi enfraquecido por conta da transferência de responsabilidades outrora assumidas pelo Estado para o âmbito de atores transnacionais privados, Teubner (2016) afirma que as novas dinâmicas implicaram, na verdade, na transformação de um sistema constitucional transnacional já existente – e não na criação de novas constituições onde não

⁸⁴ A bibliografia sobre regimes jurídicos transnacionais é imensa, e se mencionamos Teubner como um dos principais expoentes dessa literatura é por conta do mérito e da riqueza de sua exposição sistemática. TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: Constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁸⁵ Sobre a nascente disciplina da sociologia das constituições, ver também Thornhill (2011).

haveria qualquer traço delas. Ocorre que, a nível transnacional, é difícil reconhecer um sujeito equivalente ao que o Estado representa para as constituições nacionais, o que contribuiria para ocultar uma nova realidade constitucional existente, baseada em fragmentos (TEUBNER, 2016, p. 8). Regimes jurídicos transnacionais têm se constituído em diversas esferas sociais, do mercado financeiro às instituições esportivas, do campo da ciência ao ciberespaço. Desprovidos de uma autoridade central, cada um deles trata de estabelecer dinâmicas próprias de regulação – ou, para usar a terminologia de Cover, cada um estabelece um *nomos* com base em seus próprios fundamentos.

A capacidade de criação de significado jurídico presente nessas ordens transnacionais extrapola qualquer delimitação imposta por constituições estatais, encontrando sua expressão no desenvolvimento autônomo de subáreas da vida social, que tendem a atualizar suas próprias regras de forma dinâmica e conforme suas necessidades. Podemos dizer que a *jurisgenesis* de Cover, fenômeno não necessariamente ligado à figura do Estado, encontra na atual constelação de regimes transnacionais uma de suas expressões mais radicais. Não por acaso, alguns autores utilizaram os conceitos de *nomos* e *jurisgenesis* para qualificar essas novas configurações do espaço jurídico.

A maior parte das dinâmicas pluralistas do direito contemporâneo foram estabelecidas depois da morte de Cover, em 1986. Isso não significa, porém, que sua obra esteja fatalmente desatualizada para lidar com esse tipo de questão. Em sua maior parte, seus *insights* continuam válidos não porque tenham abrangido todo um cenário de desenvolvimentos possíveis, mas porque demonstram uma compreensão quase que atemporal das principais características do fenômeno jurídico na sociedade. Da mesma forma, podemos dizer que os conceitos de *nomos* e *jurisgenesis* são facilmente adaptáveis a diversos contextos, e sua aplicação pode ser útil para compreender uma gama de problemas. Tratam-se de conceitos que, para utilizar a expressão de William Twining (2009, p. 43), “viajam bem” entre diferentes contextos e aplicações.

Conforme vimos no primeiro capítulo, Cover não desconsiderou outras fontes normativas além dos grupos e comunidades religiosas expressamente mencionados em *Nomos e Narrativa*, o que facilita tentativas de atualização da sua obra. Seyla Benhabib (2006) talvez tenha sido a primeira autora a propor uma relação direta entre as reflexões de Cover e o novo cenário global. Benhabib (2006) argumenta

haver uma forte tendência em curso no sentido de uma “desagregação” do modelo unitário e territorialmente baseado de cidadania que marcou o período moderno. Como alternativa a derrocada desse modelo, a autora propõe, baseando-se em uma releitura de Cover proposta por Frank Michelman (1988), que pensemos em uma “política *jurisgenerativa*” – e a explica da seguinte maneira:

Enquanto os filósofos do direito natural assumem que os princípios que sustentam uma política democrática são impermeáveis a atos transformativos fruto da vontade popular coletiva, e o positivismo jurídico identifica a legitimação democrática com as normas jurídicas corretamente geradas por um legislativo soberano, a política *jurisgenerativa* é um modelo que nos permite em intervenções criativas que mediam normas universais e a vontade das maiorias democráticas⁸⁶. (BENHABIB, 2006, p. 49).

A ideia de política *jurisgenerativa* capta muito bem a concepção de Cover como projeto jurídico. Sua formulação não é jusnaturalista, pois não se apoia em princípios e direitos naturais que teriam primazia lógica sobre o direito positivo. Cover não enxerga uma relação necessária entre direito e moral, e sua explicação sobre o predomínio do direito estatal é inteiramente sociológica. Ao mesmo tempo, sua concepção não recai no positivismo, uma vez que ele não compartilha nenhuma das afirmações dessa corrente sobre o privilégio hermenêutico do Estado – o direito positivo é tão válido quanto o direito indígena, o direito dos movimentos sociais, o direito das comunidades religiosas. Diante dessa profusão de direitos, o Estado não tem que mostrar um direito superior, mas sim uma narrativa “redentora” que elimine significados jurídicos considerados inadequados ou então permita que novas interpretações sejam sustentadas dentro do *nomos* estatal, ou passando a fazer parte de seus preceitos fundamentais (constitucionalismo redentor) ou coexistindo com as normas positivadas (autonomia insular).

Por sustentar que a fonte da normatividade encontra-se na sociedade (vide o conceito de *jurisgenesis*) e por pensar o fenômeno jurídico de acordo com o seu contexto de sustentação e legitimação, Cover pode ser considerado como um representante de uma terceira corrente da teoria jurídica, recentemente revigorada por Brian Tamanaha (2017) sob a denominação de *socio legal theory*. Identificando

⁸⁶ No original: “Whereas natural right philosophies assume that the principles that undergird democratic politics are impervious to transformative acts of popular collective will, and whereas legal positivism identifies democratic legitimacy with the correctly generated legal norms of a sovereign legislature, *jurisgenerative* politics is a model that permits us to think of creative interventions that mediate between universal norms and the will of democratic majorities.”

suas origens em autores como Adam Smith, Montesquieu e Eugen Ehrlich, Tamanaha sustenta que os pontos de partida dessa corrente são mais adequados para compreender as múltiplas manifestações do direito na vida social, pois compreendem o direito como um longo desenvolvimento de funções, conceitos e subdivisões que buscam atender as necessidades de cada sociedade em uma determinada época.⁸⁷

Trataremos um pouco mais da repercussão da obra de Cover enquanto teoria do direito a seguir; por ora, nos voltemos às dinâmicas globalizantes e aos autores que incorporaram as lições de Cover para compreendê-las. Paul Schiff Berman (2007) foi outro autor que encontrou no terreno fértil da *jurisgenesis* de Cover uma inspiração para sua proposta de pluralismo jurídico.⁸⁸ Berman (2007, p. 1165) sugere que, diante da realidade "híbrida"⁸⁹ do direito transnacional, posições universalistas ou de afirmação da soberania estatal são insustentáveis na prática. Em outras palavras, nenhuma resposta unitária dada de antemão pode ser minimamente satisfatória no âmbito do pluralismo legal global. Esse diagnóstico impele o autor a adotar uma abordagem que valorize o potencial dos atores globais criarem suas próprias normas e procedimentos, intercambiáveis quando são estabelecidas interações com outros atores – sejam eles órgãos internacionais, corporações ou Estados nacionais.

Sem propor soluções que visem erradicar os conflitos normativos que emergem no âmbito transnacional, Berman opta por uma abordagem predominante descritiva⁹⁰, capaz de reconhecer e incentivar mecanismos procedimentais e instituições mais aptos a colocar os participantes do direito global em um "espaço social comum" (BERMAN, 2007, p. 1193). Apoiando-se também em um trabalho menos conhecido de Cover (1981), Berman conclui que, dentro do contexto de

⁸⁷ Nesse sentido, ver especialmente o capítulo 4 de Tamanaha (2017), onde o autor sustenta uma visão genealógica do direito que, em vários sentidos, assemelha-se às reflexões de Cover sobre os universos normativos.

⁸⁸ Na linha de Brian Tamanaha (2008), Berman (2007) toma uma posição não essencialista sobre o direito: considera direito aquilo que as pessoas e os atores institucionais consideram como tal dentro do contexto de suas práticas cotidianas.

⁸⁹ O termo utilizado por Berman é *hybridity*, que poderia ser traduzido por algo como "hibridismo". Para não incorrer em neologismos desnecessários, procuramos evitar seu uso, substituindo-o por expressões que comportem palavras existentes em nosso vocabulário.

⁹⁰ "Consequentemente, ao invés de se apegar à esperança vã de que afirmações unitárias de um direito autoritário possam ser definitivas, o pluralismo reconhece a inevitabilidade - se é que nem sempre desejável - do hibridismo. O pluralismo é, portanto, principalmente uma ferramenta descritiva, e não normativa. Ele observa que vários atores seguem normas e estuda as interações decorrentes, mas sem propor uma hierarquia de normas substantivas ou valores." (BERMAN, 2007, p. 1166).

interações transnacionais (assim como ocorre no federalismo norte-americano)⁹¹, o princípio anárquico da *jurisgenesis* deve ser mais estimulado do que controlado se quisermos desenvolver melhores alternativas para lidar com o direito emergente. Para ilustrar seu argumento, o autor menciona uma série de procedimentos e mecanismos institucionais utilizados por diversos atores na tentativa de resolução de seus conflitos⁹², apontando para o potencial de diálogo e de cooperação contido em cada uma dessas práticas.

Outro autor que recupera o trabalho de Robert Cover para entender as dinâmicas da globalização jurídica é Jeffrey Dunoff (2012) – com um propósito, entretanto, um pouco distinto. Se Berman quer fazer da *jurisgenesis* um princípio norteador para o direito global "híbrido", Dunoff (2012) procura mostrar com esse conceito que a metodologia utilizada pela maioria dos estudiosos do assunto encontra-se parcialmente desfocada. Utilizando-se dos *insights* presentes em *Nomos e Narrativa*, Dunoff (2012) sugere que a prática dos tribunais internacionais – que costuma ser o foco das pesquisas acadêmicas em matéria de direito global – desempenha um papel apenas limitado no entendimento dos complexos desafios provocados pelo fenômeno da interação entre regimes (*regime interaction*). (DUNOFF, 2012, p. 144).

Seu ponto de partida é o de que podemos compreender os atores envolvidos em regimes legais internacionais como participantes de comunidades normativas que produzem direito (*law-making normative communities*) no mesmo sentido entrevisto por Cover em relação às comunidades e grupos presentes nos Estados Unidos (DUNOFF, 2012, p. 150). Como exemplo, Dunoff aponta para o regime dos direitos humanos e a "comunidade" internacional formada em torno dele. Ao servir como orientação para as ações de ONGs, advogados e militantes, a narrativa dos direitos humanos introduz uma série de princípios normativos e de ferramentas

⁹¹ Berman compara a sobreposição entre tribunais estaduais e federais nos Estados Unidos - questão já tratada por Cover - com aquela que ocorre entre tribunais nacionais e internacionais, chegando à conclusão de que, nos dois casos, a mera afirmação da soberania de determinado ente sobre outro pouco contribui para captar a realidade jurídica na era da globalização. Ver Berman (2008).

⁹² Os exemplos de Berman são variados: interações dialéticas legais (entre tribunais e autoridades reguladoras nacionais e internacionais), margens de apreciação (cláusulas mais flexíveis para a adoção de normas comunitárias dentro de cada país), regimes com autonomia limitada, esquemas de subsidiariedade de regras, redundâncias jurisdicionais, arranjos de participação híbrida, regimes de reconhecimento mútuo e os acordos "safe harbor" (quando empresas com atividades no exterior se submetem voluntariamente a diretrizes estrangeiras, como as emanadas pela União Europeia).

conceituais, além de um vocabulário especializado que vai sendo desenvolvido pelos participantes que aderem ao "movimento".

Dunoff reconhece que a analogia estabelecida por ele, apesar de produtiva, está longe de ser perfeita – ser membro de comunidades religiosas mutuamente excludentes em razão da divergência de seus princípios é algo muito distinto de ser um ator no plano internacional tendo que lidar com uma multiplicidade de regimes concorrentes (DUNOFF, 2012, p. 154). Mas a modificação mais importante em relação ao *nomos* tal como concebido por Cover está no fato de que não há, no contexto transnacional, tribunais *jurispáticos* capazes de invocarem narrativas redentoras (*redemptive narratives*) diante de conflitos entre normas estatais e não-estatais. Mais do que isso, a própria ideia de uma narrativa redentora capaz de ordenar o direito global dificilmente pode ser concebida, se é que não seja mesmo indesejável.⁹³

Dada a ausência de narrativas redentoras sobre as quais poderiam se apoiar, os tribunais internacionais não dispõem da autoridade ou das ferramentas necessárias para impor seus comandos. Ao contrário do que ocorre no interior dos Estados, as "cortes internacionais habitam um *nomos* sem narrativa" – não no sentido de que narrativas inexistam (ao contrário, elas nunca foram tão diversas e numerosas), mas de que não há *uma* narrativa sobre a qual apoiar *uma* jurisdição. E essa constatação leva Dunoff a erigir seu argumento principal: se quisermos observar como a interação em regimes se dá na prática, é insuficiente observar o papel que os tribunais internacionais desempenham – é principalmente para fora do âmbito deles que devemos dirigir nossa atenção.⁹⁴

A despeito das diferenças de foco, as duas análises – tanto a de Berman como a de Dunoff – se apoiam fortemente na recuperação do conceito de *jurisgenesis*. De fato, a intuição de Cover de que grupos e comunidades são capazes de criar significado jurídico – da mesma forma que os Estados, ao promulgarem suas legislações – revelou-se bastante profícua para descrever os

⁹³ Dunoff (2012, p. 154-155) não nega que haja candidatos ao papel de narrativa superior que dê sentido aos diferentes *nomoi* globais: o discurso dos direitos humanos e os esboços de um constitucionalismo internacional são exemplos. Mas nenhum deles parece ter atingido uma posição de predominância como narrativa amplamente aceita pelos atores internacionais.

⁹⁴ Dunoff desloca-se assim seu enfoque de um modelo *transaccional* - baseado em casos específicos, com espaço e temporalidade definidos, e que ocupa a maior parte da atenção dos acadêmicos - para um modelo *relacional* - que enxerga atores e instituições como agentes propositivos, com interesses e capacidades independentes, interagindo de forma dinâmica fora do âmbito jurisdicional. *Ibid.*, p. 156-157.

novos regimes jurídicos globais, o que atesta o fato de que sua descrição pluralista constitui um marco teórico importante ainda hoje.

Indo mais além, Emmanuel Melissaris (2004) sugeriu tomar Cover como um partidário de uma “teoria alternativa de pluralismo jurídico” e, a partir disso, apontar possíveis êxitos e deficiências de sua concepção jurídica. Combinando as lições pluralistas de Cover com os projetos de Boaventura de Sousa Santos e de Gunther Teubner, Melissaris propõe uma visão que poderia superar alguns problemas apresentados pelo pluralismo jurídico, seja em sua versão empírico-positivista ou nas chamadas teorias da “legalidade dispersa”, das quais os três autores mencionados seriam representantes. De acordo com Melissaris (2004, p. 58), o pluralismo jurídico não deve ser visto como uma teoria jurídica, mas como “uma radicalização da maneira pela qual pensamos o direito, que deve permear e informar toda teorização sobre o direito”, e deve também mudar o seu foco do estudo dos “sistemas jurídicos” para os “discursos jurídicos”.

Do pensamento de Cover, cujo trabalho é apresentado como contendo “tendências pluralistas muito claras”, Melissaris (2004, p. 65) destaca a importância concedida pelo autor à ideia de comprometimento e à forma pela qual o Estado elimina significados jurídicos conflitantes com seu *nomos*. Mas a deficiência de sua concepção encontra-se, segundo Melissaris (2004, p. 71), em seu compromisso com a inevitabilidade de manter um direito “centralizado”, algo visto como prejudicial às perspectivas pluralistas, e que também enfraqueceria um dos argumentos principais do próprio Cover: o de que um mesmo texto pode dar origem a diferentes ordens normativas, dependendo do comprometimento e das narrativas que sustentam cada interpretação.

A crítica de Melissaris segue, em geral, os aspectos mencionados por Sarat e Kearns (2001), ainda que também condene esses autores por recaírem em uma espécie de “liberalismo desqualificado”, na medida em que assumem uma postura acrítica em relação às ordens normativas alternativas, vistas por eles como igualmente valorosas (MELISSARIS, 2004, p. 71). Para Melissaris (2004), nem a visão de Cover e nem as críticas de Sarat e Kearns (2001) dão conta do problemático entrelaçamento de normatividades. Diante da necessidade de eliminar significados jurídicos, Cover recorre à violência e supõe que devemos esperar, na melhor das hipóteses, que ela seja bem coordenada; mas Sarat e Kearns, ao

sugerirem que direito e violência são irreconciliáveis, adotam uma postura tão ou mais passiva que a de Cover.

Enquanto incorpora a noção de comprometimento em sua concepção pluralista, Melissaris (2004, p. 74) discorda de Cover ao defender que as narrativas jurídicas que constroem universos normativos não precisam ser compartilhadas por todas as comunidades: “todos nós temos narrativas pessoais, nossa mitologia pessoal que explica o mundo e nosso lugar nele”. Trata-se de uma radicalização de valores que, segundo Melissaris, mais do que possível, é absolutamente necessária para que o projeto de um pluralismo jurídico se desenvolva. Além disso, para que cumpra sua função “meta-teórica”, o pluralismo jurídico não deve ser identificado com e nem integrado a qualquer sistema jurídico institucionalizado. Sua atitude de radicalização leva Melissaris (2004) a concluir que o único lugar possível para o pluralismo jurídico seria – ao menos naquele momento – a academia.

Pairam algumas dúvidas sobre a utilidade desse diagnóstico e da concepção de pluralismo jurídico que o permeia. Em todo o caso, se “pluralismo jurídico” for o que Melissaris propõe que ele seja, então há mais um motivo para distanciar Cover desse rótulo. Mas por que então nossa proposta de vê-lo sob o prisma de um “pluralismo normativo” seria uma alternativa melhor? Nossa resposta depende da segunda acepção que a palavra “normativo” pode assumir aqui: como oposição aos “pluralismos descritivos” como os de Berman (2007), Dunoff (2012) e, em boa medida, de Teubner (2016). Tomando Cover como adepto de uma concepção pluralista – algo que nenhum crítico ou comentador colocou em dúvida – cabe então perguntar, como fez Minow (1995, p. 10): “Há algum conteúdo normativo ou direção a partir dessa visão decididamente pluralista?”.

Pensamos que há razões para crer que sim: que o pluralismo de Cover pode ser entendido como “normativo” nesse sentido. Mesmo que comporte movimentos contrários, ele parece apontar em uma direção, estabelecendo um possível critério de crítica. Para demonstrar nosso ponto, voltemos ao começo desse capítulo, onde mencionamos uma passagem de *Folktales of Justice* em que Cover (1985, p. 182) afirma que sua relativização do direito também implica em uma relativização da violência que ele carrega – ou seja, juízes, mafiosos e vice-presidentes corporativos devem ser vistos como atores jurídicos igualmente capazes de praticar violência.

Da mesma forma que a passagem final de *Nomos e Narrativa* é importante como referência para o constitucionalismo social, essa passagem de *Folktales of*

Justice abre a possibilidade de compreender a violência cada vez mais frequente de agentes não-estatais como jurídica e, de forma paralela, seu direito como potencialmente violento. Reconhecer que a violência não é um problema endêmico ao Estado é fundamental para avaliar criticamente as interações entre atores no cenário transnacional, bem como a formação de regimes jurídicos privados. Se esses regimes não são, por um lado, estruturas institucionais desenhadas para a prática da violência como o são os Estados, por outro, eles assumem diariamente o lugar de instâncias decisórias em relação a diversos aspectos de nossa vida social – economia, relações de trabalho, comunicações, transporte, internet.

Onde há autoridades decisórias, há interpretação jurídica sendo produzida. E, se seguirmos Cover, não há interpretação jurídica sem a ameaça sombria da violência. Não importa se estivermos na Organização das Nações Unidas (ONU) ou no ciberespaço, como réus perante o Tribunal Arbitral do Esporte (TAS) ou como usuários de plataformas de serviços como o Uber ou o Airbnb. Em nenhum lugar do espaço jurídico transnacional podemos ignorar a possibilidade de que haja violência, e de que essa violência, por fundamentar-se em regras jurídicas, seja considerada como legítima.

Porém, que critérios normativos poderíamos tirar da obra Cover para avaliar criticamente a conduta jurídica de agentes não estatais? Pensamos que *Nomos e Narrativa* pode fornecer algumas pistas. Nele, Cover (1983, p. 6) afirma que uma grande civilização jurídica – como a grega ou a judaica – não é marcada pelo vigor com que sustenta seus preceitos, mas “pela riqueza do *nomos* no qual ela se situa e que ajuda a constituir”. Combinando-se essa passagem com sua afirmação de que o significado jurídico é um “enriquecimento desafiador da vida social, uma potencial limitação ao poder arbitrário e à violência” (COVER, 1983, p. 68), podemos concluir que, para Cover, uma civilização pode ser considerada “fraca” quando é pobre em termos de variedade de significados jurídicos, ou seja, de narrativas sobre o que o direito é, deve e poderia ser.

Esperamos que nossa exposição tenha demonstrado como o termo “civilização” pode ser substituído, sem maiores prejuízos à integridade do pensamento de Cover, por qualquer regime a que se repute a condição de fonte normativa. Todos os regimes jurídicos – sejam eles locais, estatais, transnacionais – que dispõem acerca do que é legal e o que não é, ou seja, que influenciam na construção de nossos universos normativos, estão sujeitos a avaliações críticas do

ponto de vista da obra de Cover. E, baseado em suas considerações sobre a riqueza do *nomos* e seus fortes compromissos com um direito não violento, podemos dizer que o critério dessa avaliação é, para Cover, a possibilidade de que compreensões plurais sobre o direito possam ser sustentadas em cada um desses regimes. Em outras palavras, estamos arriscando aqui uma proposição circular, como o próprio processo de *jurisgenesis*, que afirma que a normatividade do pluralismo de Cover reside no próprio fortalecimento das condições de pluralidade do direito.

É razoável pensar que Cover, observando as tendências atuais do campo do direito, se perguntasse se o espaço transnacional, em razão das relações de poder existentes entre os atores envolvidos, e pela própria carência de textos sobre os quais buscar interpretações legais, não seria um lugar onde o papel da violência no direito se torna mais visível. Os tribunais *jurispáticos* que preocupavam Cover não desapareceram; ao contrário, se multiplicaram, tornando-se difusos e, em certos casos, indefinidos. Processos decisórios violentos já não tem mais hora nem local definidos, mas acontecem de forma simultânea nos mais diversos lugares. Mas como então coordenar a violência em espaços onde sequer está muito claro quem irá cometê-la?

Da mesma forma que contestava o privilégio hermenêutico da interpretação estatal, Cover poderia hoje contestar a supremacia autorreferente de alguns regimes jurídicos, algo que parece ser defendido sem maiores ressalvas por autores sistêmicos como Teubner (2016). Não poderemos desenvolver todas as consequências possíveis que seu pensamento carrega para enfrentar a “nova questão constitucional” representada pelo constitucionalismo social. No entanto, esperamos ter mostrado que a obra Cover é não apenas atual, mas extremamente relevante para compreendê-la. Compartilhamos aqui da mesma impressão que Sarat e Kearns (2001, p. 59) expressaram da seguinte forma, já há mais de uma década: “Aparentemente, segundo a concepção jurídica de Cover, a força utilizada contra ordens normativas concorrentes é inescapavelmente questionável e em certo sentido não jurídica”.

Ou em outras palavras: de acordo com o “pluralismo normativo” defendido por Cover, há inúmeras e inesgotáveis fontes normativas dentro da sociedade, mas nem todas elas foram desenvolvidas de forma a permitir que a riqueza significativa de nossos universos normativos prospere. A questão de *como* diferenciar exatamente

ordens normativas *jurispáticas* de ordens normativas “ricas” não pode ser resolvida apenas com os escritos de Cover, mas o conceito de *jurisgenesis* parece constituir, com suas progressivas etapas (interpretação, comprometimento, objetivação) um esquema importante para esboçar diferenciações desse tipo. Os limites e possibilidades da *jurisgenesis* como esquema teórico poderiam ser delineados a partir de pesquisas empíricas sobre o fenômeno jurídico na sociedade como as reunidas por Gregory Shaffer (2011), por exemplo.

Poderia ser útil pensar as reivindicações de movimentos sociais, de comunidades indígenas, de grupos em defesa de direitos políticos, sociais, sexuais ou religiosos a partir do conceito de *jurisgenesis*. Analisando cada um dessas reivindicações em termos de processos de interpretação, comprometimento e objetivação, poderia haver um ganho teórico no sentido de colocá-las no mesmo plano normativo – o que é certamente diferente de sustentá-las como “corretas” ou “legítimas” – ocupado pelo direito estatal. Desse modo, seria possível avaliar as pretensões de grupos situados à margem do Estado não apenas em termos morais ou políticos, mas em termos de direito. Ao reivindicarem normas próprias de organização e de conduta, tais grupos estão expondo visões alternativas e concorrentes sobre o espaço normativo, buscando modificar os preceitos estatais ou criar um espaço de autonomia em relação a eles.

Em suma, sob a perspectiva de um projeto de reconstrução da gênese da normatividade social, podemos vislumbrar dois grandes méritos na obra de Cover. Primeiro, em sua concepção jurídica representada por universos normativos onde elaboramos narrativas sobre o futuro com as quais nos comprometemos dentro de nossa realidade existente; ou, em suas próprias palavras, na visão do direito como uma ponte entre a realidade e suas alternativas. Em segundo lugar, Cover teve grande mérito em demonstrar que a interpretação jurídica sempre se dá à sombra de uma violência real ou de uma ameaça efetiva.

É verdade que, em ambos os pontos, alguns déficits argumentativos se fazem presentes. Longe de encobri-los, pretendemos aqui explicitá-los como forma de levar a sério a concepção jurídica de Cover, censurando-a quando necessário, mas, acima de tudo, considerando as possibilidades que ela contém e que até hoje não foram satisfatoriamente verificadas. Em relação ao primeiro mérito, essencialmente relacionado a *Nomos e Narrativa*, podemos ver como uma possível deficiência a ausência de discussões sobre democracia e razão pública, algo apontado por Post

(2005). Da forma como Cover descreveu a atividade dos tribunais *jurispáticos*, sua concepção jurídica parece postular não um modelo deliberativo, mas de colisão normativa. Dependendo do contexto (o espaço transnacional, por exemplo), essa visão pode até se mostrar mais realista do que a imagem de indivíduos e grupos em um diálogo racional.

Mas, por outro lado, seria certamente prejudicial negar a possibilidade de uma leitura de Cover sob bases argumentativas. A possibilidade de se atingir consensos, por mais fraca que possa parecer em dados contextos, não deve ser negligenciada. Uma “narrativa redentora” não precisa ser a tentativa de pôr fim a um confronto entre ordens normativas rivais, seja eliminando uma delas ou acomodando ambas em suas pretensões, mas pode também ser consequência de uma radicalização democrática dos processos decisórios. Tão nociva quanto a utopia de acreditar que qualquer controvérsia jurídica possa ser decidida de forma democrática é a crença de que um diálogo entre diferentes fontes normativas seja impossível. Em que pese não tenha concedido tanta atenção à deliberação democrática, Cover não parece ter se inclinado para nenhuma dessas duas posições radicais. Pelo contrário, suas reflexões ao mesmo tempo centradas na atuação dos tribunais e afastadas do predomínio do direito estatal poderiam ser lidas sob a ótica de uma reconsideração dos materiais a serem utilizados pela dogmática jurídica⁹⁵.

Já em relação ao segundo grande mérito de Cover, o de apontar a centralidade da violência na interpretação jurídica em *Violência e a Palavra*, é preciso ter em mente que sua descrição do sistema criminal é, como sustenta Simon (2001), bastante incompleta. O dualismo juiz-prisioneiro (em paralelo com a relação torturador-vítima) pode ser temperado por uma análise mais complexa e multifacetada das experiências de violência que o direito penal direta e indiretamente ocasiona. Nesse sentido, não seria impensável complementar os insights de Cover com o trabalho de genealogia das instituições elaborado por Michel Foucault, por exemplo.

A despeito dessas ponderações, podemos afirmar que o grande legado deixado por Robert Cover aos estudos jurídicos reside nos dois méritos que mencionamos, méritos que traduzem em boa medida a originalidade de seu

⁹⁵ Não há espaço para discutir essas implicações do pensamento de Cover com a dogmática jurídica aqui. Sobre modelos de dogmática que poderiam funcionar em conjunto com sua concepção jurídica, ver Warat (1997) e Rodriguez (2012).

pensamento dentro da teoria do direito. Por fim, cabe retomar uma última questão: diante dos aspectos expostos ao longo do trabalho, podemos afirmar que Cover seja capaz de sustentar uma *teoria do direito* em sentido estrito? Se adotarmos o critério conciso proposto por Brian Tamanaha (2017, p. 28), para quem “uma teoria do direito consiste de proposições explicitamente formuladas sobre o que o direito é e o que o direito faz”, podemos dizer que sim. O direito para Cover é, como vimos, uma ponte entre a realidade existente e futuros alternativos. Essa não é propriamente uma definição de direito (como o próprio Cover admite), mas uma tal definição seria mesmo possível? Como o próprio Tamanaha argumenta, pouco importa se a resposta à pergunta “o que é direito?” for inconclusiva. Assim como Cover, sua teoria realista do direito ignora que uma definição analítica seja útil, mas prefere prestar atenção nas manifestações que o direito tem assumido no curso da história humana e no “que as pessoas pensam sobre elas, para que elas são usadas, o que elas fazem, e quais as consequências disso” (TAMANAHA, 2017, p. 81). Já sobre a segunda questão, na visão de Cover (1983, p. 9) o direito não faz uma, mas muitas coisas: ele é “um recurso em forma de significação que nos permite submeter, rejeitar, lutar, perverter, zombar, desgraçar, humilhar ou dignificar.”

Depois de anos às voltas com o desvelamento de verdades necessárias e universais sobre o direito, parece que estamos finalmente abrindo mão das pretensões de defini-lo com base em um ou outro conceito. Dizer o que o direito é, como sugere Cover, significa assumir uma posição – algo que, por si só, não é positivo nem negativo. Em suma, pouco importaria concluirmos dizendo que Cover é ou não capaz de sustentar uma teoria do direito propriamente dita, ou se podemos ou não usar a expressão “teórico do direito” para descrevê-lo. O fato é que, seja reconhecendo o direito como uma ponte, como um artefato social com o qual construímos universos normativos, ou como um recurso significativo para “humilhar ou dignificar”, Cover buscou, até os últimos dias de sua vida, justamente tomar posição.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao pensar o direito como um artefato social capaz de articular um universo normativo – um *nomos* – o jurista norte-americano Robert Cover abriu importantes perspectivas para o estudo do direito. Embora tenha suscitado fortes críticas e provocado inquietações permanentes, sua obra continua a servir de inspiração para diversos autores ocupados com questões fundamentais da teoria do direito. Como procuramos demonstrar, há motivos razoáveis para crer que uma parte substancial do pensamento de Cover permanece extremamente atual.

Tendo em vista o caráter descontínuo de sua obra, a primeira tarefa assumida pelo nosso trabalho foi a de reconstruir o seu pensamento em torno de alguns temas fundamentais. Para tanto, privilegiamos aqueles que são seus textos mais influentes, *Nomos e Narrativa* e *Violência e a Palavra*. Enquanto o primeiro pode ser lido como um audacioso exercício de imaginação teórica sobre as fontes da normatividade social, o segundo é uma tentativa acurada de descobrir as engrenagens das estruturas institucionais de violência características do direito moderno.

Começamos por *Nomos e Narrativa* e sua afirmação inicial de que habitamos um universo normativo. Mais do que um prelúdio retórico, essa afirmação representa a mobilização de um conhecimento plural sobre o fenômeno jurídico, que vai desde intuições sobre a lei judaica às descrições do processo de institucionalização concebidas por Peter Berger e Thomas Luckmann. Ao mesmo tempo erudito e provocador, Cover nos convida a suspender por um momento nossas imagens sobre o direito que o remetem a um grande *Codex* ou a um conjunto arquitetônico formado por tribunais.

Não fazemos direito apenas erguendo instituições formais ou promulgando normas. Também fazemos direito quando arriscamos interpretações sobre aquilo que deveria ser considerado certo ou errado, legal ou ilegal. O Estado certamente tem as suas próprias interpretações, e também dispõe de um aparato institucional para impô-las, mas ele nem de perto é o único agente a ser considerado no *nomos* proposto por Cover. Grupos religiosos, comunidades indígenas, movimentos políticos – todo coletivo humano que imagina alternativas sobre como devemos viver a partir da realidade fática do presente pode ser considerado como um movimento do direito, que alimenta o universo normativo com significado jurídico.

Cover batizou de *jurisgenesis* o processo por meio do qual uma narrativa se transforma em um preceito legal. Deixando de lado a questão “o que é direito?”, o conceito de *jurisgenesis* parece responder, em vez disso, a uma outra pergunta: como se faz direito? Ou, como se constrói normatividade, como fazer para que uma interpretação subjetiva se transforme em realidade objetiva e operante?

Vimos que, para isso, não basta fornecer uma visão de mundo utópica ou escatológica, que não apresenta um plano concreto e executável que mobilize a ação humana no presente. É preciso empreender uma interpretação cuja realização é possível e, então, comprometer-se com ela, responsabilizando-se pelos resultados – é preciso “colocar o corpo à prova”, como o próprio Cover demonstrou em seu ativismo no Student Nonviolent Coordinating Comitee (SNCC).

O comprometimento é uma noção fundamental para o direito na concepção de Cover. Dele dependem não só os projetos futuros, mas a validade das normas existentes. Duas ordens jurídicas podem ter os mesmos preceitos e as mesmas condições de aplicação; no entanto, se em uma delas os preceitos foram respeitados e, na outra, forem considerados injustos, estaremos diante de duas ordens diferentes. (COVER, 1983, p. 7).

O processo de *jurisgenesis* ainda envolve uma terceira etapa, que consiste na objetivação do preceito. Esse é o momento em que a realidade compartilhada por determinado grupo reunido em torno de uma interpretação com a qual se comprometeu se torna, também, realidade objetiva para os demais habitantes do universo normativo, que passam a reconhecer essa interpretação como norma (em sentido amplo). Como a norma possui uma estrutura dual, composta por um elemento subjetivo ou interno (o indivíduo se vê obrigado a obedecê-la) e por um elemento objetivo ou externo (a ação que a norma comanda), ela é permanentemente reconsiderada em um processo cíclico de ajuste em relação às expectativas presentes na realidade circundante.

Compreendo essas três etapas – interpretação, comprometimento e objetivação – a *jurisgenesis* pode ser vista como um processo de “qualificação” de enunciados. Caso passem no teste, eles são elevados à condição de enunciados jurídicos ou normativos. Ou seja, já não são apenas palavras sobre o mundo, mas ordens ou instruções para que determinados atos se realizem.

Mas a tragédia do direito está no fato de que essas três etapas não são suficientes para compreendê-lo como guia para o comportamento humano. O direito

se faz com interpretação, comprometimento e objetivação, mas também com alguma dose de violência. Essa violência pode derivar da atuação de qualquer indivíduo ou grupo que busca acomodar sua visão com a realidade objetiva do *nomos*. Nesse contexto, o Estado é um caso em certa medida especial, uma vez que envolve uma estrutura institucional precisamente designada para levar a cabo a execução de atos violentos.

Através de suas interpretações, os juízes puxam o gatilho da violência organizada pelo Estado. Os papéis intermediários na relação entre juiz e parte – oficiais de justiça, carcereiros, diretores prisionais – se encarregam de transmitir e executar o comando: como resultado, alguém perde um bem, uma causa, a guarda de um filho, a própria liberdade. Sentados em “pirâmides de violência”, os juízes a distribuem no “campo de dor e morte” que é a interpretação jurídica na visão de Cover. Seja através da imagem dos juízes, dos santos mártires ou dos pais fundadores norte-americanos, o objetivo principal de Cover é mostrar como a violência é um elemento central da interpretação jurídica. Da mesma forma que há tentativas de resistir a ela, também deve haver tentativas de coordená-la. Assumindo o ponto de vista da jurisdição, o autor procura conciliar o seu potencial “homicida” como o seu potencial *jurispático*.

Cover considera que as únicas chances para conciliar essas duas tendências residem na configuração de modelos institucionais que, a exemplo da jurisdição norte-americana, não permitem que um único juiz tome decisões que tenham qualquer impacto sobre os corpos das partes. Cover reconhece que, com isso, perdemos a possibilidade de atingir um significado coerente, derivado da atividade mental de uma única pessoa. No entanto, a pluralidade de vozes garante que o exercício da violência seja coletivamente carregado, e que a responsabilidade por ela seja devidamente compartilhada. Se por um lado há uma perda em termos de significado, por outro lado há um ganho em termos de coordenação e domesticação da violência.

Mas é possível colocar a violência no centro da teoria do direito e, ao mesmo tempo, tentar afastá-la o máximo possível da interpretação legal? A palavra jurídica é sempre violenta? De que forma ela poderia não ser? Por deixar em aberto esses e outros questionamentos, *Violência e a Palavra* é provavelmente o alvo das críticas mais penetrantes à obra de Cover. Simon (2001), por exemplo, considera que sua descrição do sistema criminal norte-americana é fatalmente incompleta, e que sua

assunção da violência como um aspecto ontológico do direito é equivocada. Sarat e Kearns (2001) creem firmemente que Cover não estimou corretamente as dificuldades reais de se conciliar direito e violência, e não percebeu como a ação violenta distorce o pensamento jurídico. Além disso, ao lado de Post (2005), sugerem que a concepção de Cover comporta uma estranha e injustificada predileção pelo liberalismo político, ao mesmo tempo que a nega em nome da pluralidade de significados jurídicos.

Beckett (2011) ataca a utilidade e os fundamentos da distinção entre *nomos paideico* e *nomos imperial*. Uma vez que o modelo imperial – caracterizado por Cover como exigindo compromissos “fracos” – envolve uma forte afirmação de seus preceitos, a ser levada a cabo pelos seus agentes muitas vezes às custas de outras ordens normativas, essa distinção não parece cumprir seu papel explicativo.

Embora todas essas análises contenham sua parcela de razão, o movimento executado por Constable (2001) parece mais profícuo como forma reabilitar a concepção jurídica de Cover. Ao ressignificar a metáfora do “campo de dor e morte”, a autora propõe o direito como uma linguagem comum para que um mundo compartilhado onde possamos falar sobre nossas experiências individuais de dor e morte seja pensável. Se a violência do direito impõe um limite trágico ao alcance de significados comuns, que assim seja. Afinal, sem o direito, nenhum significado seria possível.

Porém, como forma de reconsiderar o lado positivo do direito, representado pela busca por justiça, Constable (2001) sugere que escutemos os silêncios presentes nos confins dos textos legais – e que esse silêncio deve ser identificado com a poesia. Reconhecendo a pertinência de seu diagnóstico, nosso trabalho não compartilha, contudo, desse “tratamento”. Remetendo a passagens de textos de Cover, sugerimos que, em lugar do silêncio, sua concepção jurídica urge que escutemos o barulho e a agitação dos movimentos que desafiam as interpretações dominantes. E, indo um pouco além de Cover, mas sem abrir mão de suas principais ideias, apontamos alguns caminhos que nos levam a pensar de que forma o sujeito poderia reconhecer a violência do direito sem ser completamente dominado por ela.

Nesse ponto, cumpriria desenvolver aquilo que Cover (1983, p. 23) chamou de “reformulação mítica da norma fundamental”, isto é, a noção de que os preceitos legais e ilegais provêm do mesmo material narrativo em estado bruto, prévio a essa distinção. Assim, poderíamos pensar que a ideia de direito defendida por Cover

compreende um movimento constante de transgressão em relação aos limites de seus textos. Combinando seu pensamento com as reflexões de Cornell (1992) e Butler (2013), podemos sustentar, com Cover, que interpretações fora da “norma jurídica” estejam simultaneamente dentro do direito.

Em suma, reconhecendo seus méritos e também aspectos em que seu pensamento poderia avançar, nossa reconstrução foi uma tentativa de encontrar Cover em algum lugar entre o terreno fértil de *Nomos e Narrativa* e a paisagem árida de *Violência e a Palavra*. Enfatizando a relação entre significado e violência, nossa leitura acabou, inevitavelmente, relativizando alguns aspectos importantes da obra de Cover, especialmente as suas prolíficas relações com a tradição judaica, exploradas por autores como Samuel Levine (1998) e Suzanne Last Stone (1993). Como atesta Wizner (1996, p. 5), tanto sua escrita acadêmica como seu ativismo foram fortemente influenciados por seu judaísmo. A preocupação de Cover com os temas religiosos da redenção e do messianismo esteve fortemente presente até o final de sua obra, ecoando nos seus dois textos publicados de forma póstuma. (COVER 1987; 1988).

Por fim, a última parte de nosso trabalho tratou de demonstrar de que forma o trabalho de Cover tem sido incorporado pela teoria do direito em debates sobre as tendências globalizantes refletidas em sua crescente privatização e transnacionalização. Tomando o diagnóstico de Teubner (2016) sobre a emergência do constitucionalismo social, sugerimos que Cover (1983) em certa medida previra alguns dos movimentos com os quais autores contemporâneos tem se debruçado.

Benhabib (2006), Berman (2007), Dunoff (2011) e Melissaris (2012) podem ser vistos, cada um a seu modo, como continuadores da concepção jurídica de Cover. O caminho explorado por esses autores, no entanto, costuma cobrir apenas uma parcela do pensamento de Cover: o influxo de novos mundos normativos, consequência da *jurisgenesis*. O aspecto da indissociabilidade entre violência e interpretação legal ressaltado por Cover tem sido, em geral, negligenciado – com a modesta exceção de Melissaris (2012), que apenas o menciona, sem desenvolvê-lo.

Diante disso, sugerimos uma interpretação que levasse em conta esse aspecto, e a traduzimos sob a ideia “pluralismo normativo”, definição que comporta duas acepções: um pluralismo não apenas relativo a consideração de diversas fontes normativas, mas que também conta com um critério normativo de crítica. A seguir, nossa especulação nos levou ao campo dos regimes transnacionais, terreno

fértil onde múltiplos significados jurídicos se proliferam sem o controle dos tribunais *jurispáticos* estatais.

Diante de nossa exposição, cumpre perguntar: qual o grande legado de Cover? Seus conceitos de *nomos* e *jurisgenesis*, suas reflexões sobre a violência ou a formulação de uma *teoria do direito* propriamente dita? Acreditamos que as três respostas são igualmente adequadas. Cada uma dessas perspectivas pode ser incorporada e desenvolvida para pensar o direito hoje.

Conforme mostramos ao final do segundo capítulo, o foco das apropriações da obra de Cover tem se relacionado, quase que exclusivamente, com a primeira perspectiva. O motivo pode estar tanto na forma radicalmente original com que os conceitos de *nomos* e *jurisgenesis* ajudam a pensar o espaço normativo, como também nas dificuldades, já expostas no segundo capítulo, de conciliar a ênfase no aspecto do significado com a centralidade da violência, movimentos simultâneos da obra de Cover. Evidentemente, não precisamos pensar nessa negligência ou fuga do tema da violência como algo prejudicial em si mesmo. Até porque, de certa forma, o próprio conceito de *jurisgenesis* exige que se esteja, no mínimo, consciente em relação à possibilidade do exercício de violência. Essa tomada de consciência, presente por exemplo na ideia de “política *jurisgenerativa*” sustentada por Benhabib (2006), pode ser suficiente para desenvolver projetos jurídicos que consigam harmonizar as reflexões centrais de Cover.

Por outro lado, conceitos como “política *jurisgenerativa*” podem avançar na compreensão de Cover ressaltando a necessidade de que seu pensamento seja incorporado sob bases argumentativas, que não ignorem a possibilidade do convencimento na esfera pública e nem desacreditem a ideia de uma “razão pública”. Embora não tenha desenvolvido suficientemente o aspecto democrático que envolve a sua abordagem⁹⁶, pode ser útil repensar Cover com base na possibilidade – sempre ameaçada pela violência, é claro – de que possamos alcançar significados comuns e compartilhados pela via da argumentação. Do contrário, teremos apenas choques de significado e perderemos em termos de

⁹⁶ A razão para isso pode ser a adoção, por parte de Cover, de um ponto de vista mais centrado na ideia de obrigação, da tradição judaica, do que na ideia de sistema de direitos, como postulada pela tradição moderna ocidental. Sobre a divisão entre sistemas baseados na obrigação e sistemas baseados em direitos, ver Cover (1987).

critérios para avaliar se as interações jurídicas são mais ou menos arbitrárias e violentas.⁹⁷

Uma vez que a ideia de *jurisgenesis* pressupõe que diferentes grupos e comunidades estejam no mesmo plano normativo que o Estado, esse caráter antihierárquico do direito em Cover pode ser traduzido de forma a se defender a necessidade de que toda instância decisória – seja ela um tribunal estatal, uma organização internacional ou um regime jurídico transnacional – se justifique adequadamente perante os destinatários de suas decisões. Como sugerimos, esse pode ser o ponto em que as reflexões de Cover sobre *jurisgenesis* e a violência podem ser agregadas para pensar as questões do constitucionalismo social do ponto de vista de uma “tolerância constitucional”. (TEUBNER, 2016, p. 280).

Já em relação a segunda perspectiva, que leva em conta a temática da violência, pensamos que críticas como as de Simon (2001), que denunciam o caráter parcial da análise de Cover sobre o sistema criminal, devem ser levadas em consideração. Porém, essas críticas não devem nos levar a uma atitude de total descrença com o diagnóstico de Cover: ainda que incompleto, ele permanece atual e pertinente. Talvez seja o caso de discernir diversos tipos de violência presentes, em maior ou menor medida, em cada “campo de dor e morte” que a interpretação jurídica evoca. A constatação da centralidade da violência não deve ser vista como um convite ao pessimismo e à passividade diante dela, mas, ao contrário, como combustível para sua crítica. Essa constatação abre espaço para uma possível aproximação entre Cover e a Teoria Crítica (considerada aqui como o movimento em torno da Escola de Frankfurt), uma vez que ambos colocam a problemática da violência no direito de uma forma radical dentro da tradição do pensamento jurídico ocidental contemporâneo.

Por último, como contribuição em termos de teoria do direito, a concepção jurídica de Cover pode ser pensada, como o próprio autor sugeriu, não em termos de uma definição de direito, mas como um apelo para entender sua força legitimadora em relação aos mais diversos atores (COVER, 1985, p. 181). Além disso, podemos ver em Cover um autor partidário da recentemente revigorada corrente teórico-sociológica do direito (*social legal theory*) e pensar suas possíveis

⁹⁷ Nesse sentido, as figuras da “perversão do direito” concebidas por Rodriguez (2016) podem ser incorporadas como um desenvolvimento útil e adequado ao tom geral da concepção jurídica de Cover.

contribuições e deficiências com base nas formulações gerais dessa tradição, que procura explicar o direito a partir dos fatores históricos e sociológicos que marcam sua constituição em cada época do desenvolvimento humano. (TAMANAHARA, 2017).

Diante da reconstrução que propusemos e dos problemas por elas suscitados, cumpre então uma derradeira observação. A difícil conciliação entre direito e violência, considerada como incompleta ou insatisfatória dentro da obra de Cover, poderia ser vista, em um sentido mais amplo, como um problema que afeta qualquer reflexão teórica sobre a legitimidade do direito. Como questão fundamental que é, esse não é um aspecto contraditório apenas dentro pensamento de Cover, mas dentro da própria existência humana. Estamos permanentemente imbricados na tarefa de construir sentido, mas nem sempre nossas visões sobre o mundo podem ser concretizadas na realidade compartilhada, no *nomos* que habitamos. Cover nos ensina que há um limite trágico – ainda que impreciso – entre o significado que podemos atingir e a violência – física ou epistêmica – que teremos de empregar. Essa parece ser a grande lição a ser tirada dos movimentos aparentemente contraditórios de *Nomos e Narrativa* e *Violência e a Palavra*: aceitar a circunstância de que o significado jurídico sempre estará relacionado aos domínios do controle social é fundamental para qualquer tentativa de coordená-lo ou de resistir a ele.

A concepção jurídica de Cover não se trata da questão de juridicizar ou desjuridicizar a vida social, mas de perceber que o direito é uma forma ou meio de organização social que está para além do que as estruturas institucionais entendem e determinam como direito vigente. Não apenas construímos instituições, consultamos leis, estudamos direito; nós vivemos em um espaço normativo. Isso pode parecer um exagero, mas para constatar a validade dessa afirmação basta olhar para as comunidades que precisam resistir ao direito oficial para viver. Direito não é apenas a autoridade sobre ele, mas também o significado que ele produz. O direito é recurso significativo, um artefato social, uma linguagem comum ou um instrumento para orientar nossa conduta no mundo presente e construir pontes para o futuro. E é tudo isso – conforme Cover nos recorda fortemente – à sombra de sua própria capacidade de gerar violência.

Essas afirmações formam o núcleo daquilo que consideramos, ao final do segundo capítulo, como o grande legado deixado pela visão jurídica de Robert Cover. Como demonstram algumas das apropriações do seu pensamento, esse legado não parece ter sido reduzido pela passagem do tempo. Ao contrário: em

muitos aspectos o tempo se revelou favorável às suas reflexões. O conceito de *jurisgenesis*, por exemplo, parece fazer ainda mais sentido hoje – com a observação de tendências de transnacionalização e privatização do direito – do que fazia na época de Cover. Evidente que os atores jurídicos não são exatamente aqueles que Cover tinha como alvo na década de oitenta: mas assim como os novos atores não eram improváveis, os antigos também ainda não saíram de cena (basta olhar, no caso brasileiro, para as religiões de matriz africana ou para as Testemunhas de Jeová e as controvérsias jurídicas e políticas levantadas em relação a suas práticas).

É uma questão muito diferente e difícil de ser respondida saber se o pensamento de Cover permanecerá vivo dentro da teoria do direito. Ainda que apropriações de sua obra sejam recorrentes, em muitos lugares Cover ainda é um nome desconhecido ou negligenciado pelos teóricos. Diante disso, só podemos esperar que o tempo lhe seja tão favorável em termos de influência teórica quanto o foi em relação a suas principais ideias e reflexões, que permanecem em boa parte atuais, mesmo três décadas depois.

REFERÊNCIAS

- BBC Brasil. **Suprema Corte da Rússia bane Testemunhas de Jeová do país**. 20. abr. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-39663034>>. Acesso em: 08 dez. 2017.
- BECKETT, Jason. The violence of wording: Robert Cover on legal interpretation. **NoFoundations: An Interdisciplinary Journal of Law and Justice**, Helsinki, v. 8, p. 3-39, 2011.
- BENHABIB, Seyla. **Another cosmopolitanism**. Oxford: University Press, 2006.
- BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**: tratado de Sociologia do Conhecimento. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- BERGER, Peter. **The sacred canopy**: elements of a sociological theory of religion. Garden City: Doubleday, 1967.
- BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. **Southern California Law Review**, Los Angeles, v. 80, p. 1155-1237, 2007.
- BERMAN, Paul Schiff. Federalism and international law through the lens of legal pluralism. **Missouri Law Review**, Columbia, v. 73, n. 4, p. 1149-1184, 2008.
- BRESLIN, Beau; CAVANAUGH, Katherine. *Nomos and Native American narratives: the duality of the law in the liberal state*. In: SARAT, Austin (Org.). **Studies in Law, Politics and Society**, v. 65: Law and the Liberal State Studies. Bingley: Emerald Group Publishing, 2014.
- BROOKS, Thom. Let a thousand nomoi bloom? Four problems with Robert Cover's *Nomos and Narrative*. **Issues in Legal Scholarship**, Tulane, v. 6, n. 1, [S.l.], 2006.
- BURT, Robert. Robert Cover's passion. **Yale Journal of Law & the Humanities**, New Haven, v. 17, n. 1, p. 1-8, 2005.
- BURT, Robert. The truth about Owen Fiss. **University of Miami Law Review**, Miami, v. 58, n. 1, p. 83-96, 2003.
- BUTLER, Judith. **O clamor de Antígona**: parentesco entre a vida e a morte. Florianópolis: Editora da UFSC, 2014.
- BUTLER, Judith. **Relatar a si mesmo**: crítica da violência ética. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.
- CALABRESI, Guido et al. Tributes to Robert M. Cover. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 96, n. 8, p. 1699-1724, 1987.
- CHKLÓVSKI, Victor. A arte como procedimento. In: TODOROV, Tzvetan. **Teoria da literatura**: textos dos formalistas russos. São Paulo: Unesp, 2013.

CONSTABLE, Marianne. The silence of the law: justice in Cover's "field of pain and death". In: SARAT, Austin (Ed.). **Law, violence, and the possibility of justice**. Princeton, New Jersey: University Press, 2001.

CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the limit**. New York: Routledge, 1992.

COVER, Robert. Bringing the Messiah through the law: a case study. **Nomos**: Journal of the American Society for Political and Legal Philosophy. Cambridge, v. 30, p. 201-217, 1988.

COVER, Robert, Dispute resolution: a foreword. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 88, p. 910-915, 1979.

COVER, Robert. Federal judicial review of state welfare practices. **Columbia Law Review**, New York, v. 67, n. 1, p. 84-129, 1967.

COVER, Robert. **Justice accused**: antislavery and the judicial process. New Haven: Yale University Press, 1975.

COVER, Robert. Obligation: a jewish jurisprudence of the social order. **Journal of Law and Religion**, Cambridge, v. 5, n. 1, p. 65-74, 1987.

COVER, Robert. The bonds of constitutional interpretation: of the word, the deed and the role. **Georgia Law Review**, Athens, v. 20, n. 4, p. 815-834, 1986a.

COVER, Robert. The folktales of justice: tales of jurisdiction. **Capital University Law Review**, Columbus, v. 14, n. 5, p. 179-204, 1985.

COVER, Robert. The origins of judicial activism in the protection of minorities. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 91, n. 7, p. 1287-1316, 1982.

COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 97, n. 1, p.4-68, 1983.

COVER, Robert. The uses of jurisdictional redundancy: interest, ideology, and innovation. **William & Mary Law Review**, Williamsburg, v. 22, n. 4, p.639-682, 1981.

COVER, Robert. Violence and the word. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 95, n. 1, p. 1601-1629, 1986b.

COVER, Robert. Your law-baseball quiz. In: MINOW, Martha; RYAN, Michael; SARAT, Austin (Orgs.). **Narrative, violence, and the law**: The Essays of Robert Cover. Ann Arbor: Michigan University Press, 1995.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DUNOFF, Jeffrey. A new approach to regime interaction. In: YOUNG, Margaret (Ed.). **Regime interaction in international law**: Facing Fragmentation. Cambridge: University Press, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ETXABE, Julen. The legal universe after Robert Cover. **Law and Humanities**, Coventry, v. 4, n. 1, p. 115-147, 2010.

FISCHER-LESCANO, Andreas. **Força de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FISS, Owen. Objectivity and interpretation. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 34, n. 1, p. 739-763, 1982.

FRAADE, Steven. Nomos and Narrative before Nomos and Narrative. **Yale Journal of Law & the Humanities**, New Haven, v. 17, n. 1, p. 81-96, 2005.

GOLDONI, Marco. Robert Cover's approach to constitutionalism. **ISLL Papers** – The online collection of the Italian Society for Law and Literature, v. 3, 2010. Disponível em: < <http://www.lawandliterature.org/area/documenti/Goldoni%20-%20Cover%20s%20Narrative%20Approach.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

GRIFFITHS, John. What is Legal Pluralism? **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, [S.l.], v. 18, n. 24, p. 1-55, 1986.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEVINE, Samuel. Halacha and Aggada: translating Robert Cover's Nomos and Narrative. **Utah Law Review**, Salt Lake City, v. 1, n. 4, p. 465-504, 1998.

McVEIGH, Shaun; RUSH, Peter; YOUNG, Alison. A judgment dwelling in law: violence and the relations of legal thought. In: SARAT, Austin (Ed.). **Law, violence, and the Possibility of Justice**. Princeton, New Jersey: University Press, 2001.

MELISSARIS, Emmanuel. The More the Merrier? A new take on Legal Pluralism. **Social & Legal Studies**, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 57-79, 2004.

MICHELMAN, Frank. Law's republic. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 97, n. 8, p. 1493-1537, 1988.

MINOW, Martha. Interpreting rights: an essay for Robert Cover. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 96, n. 8, p. 1860-1915, 1987.

MINOW, Martha. Introduction: Robert Cover and law, judging, and violence. In: MINOW, Martha; RYAN, Michael; SARAT, Austin (Orgs.). **Narrative, violence, and the law: the essays of Robert Cover**. Ann Arbor: Michigan University Press, 1995.

POST, Robert. Who's afraid of jurisprudential courts?: violence and public reason in Nomos and Narrative. **Yale Journal of Law & the Humanities**, New Haven, v. 17, n. 1, p. 9-16, 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A desintegração do status quo: direito e lutas sociais. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 49-66, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Orgs.). **Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Luta por direitos, rebeliões e democracia no século XXI: algumas tarefas para a pesquisa em Direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS - Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, n. 11.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Perversão do direito (e da democracia): seis casos. **Direito e Práxis**, v. 7, n. 4, p. 261-294, 2016.

SARAT, Austin; KEARNS, Thomas. Making peace with violence: Robert Cover on law and legal theory. In: SARAT, Austin (Ed.). **Law, violence, and the possibility of justice**. Princeton, New Jersey: University Press, 2001.

SCARRY, Elaine. **The body in pain**: the making and unmaking of the world. New York: Oxford University Press, 1985.

SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. Minnesota, **University of Minnesota Law School Legal Studies Research Paper Series**, n. 10-28, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1901952>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

SHAPIRO, Fred; PEARSE, Michelle. The most-cited law review articles of all time. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 110, n. 8, p. 1483-1520, 2012.

SIMON, Jonathan. The vicissitudes of law's violence. In: SARAT, Austin (Ed.). **Law, violence, and the possibility of justice**. Princeton, New Jersey: University Press, 2001.

SOIFER, Aviam. Covered bridges. **Yale Journal of Law & the Humanities**, New Haven, v. 17, n. 1, p. 55-80, 2005.

STEINER, George. **Depois de Babel**: questões de linguagem e tradução. Curitiba: Editora da UFPR, 2005.

STONE, Suzanne Last. In pursuit of the counter-text: the turn to the jewish legal model in contemporary. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 106, n. 4, p. 813-894, 1993.

TAMANAH, Brian. **A realistic theory of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

TAMANAH, Brian. Understanding legal pluralism: past to present, local to global. **Sydney Law Review**, v. 30, n. 2, p. 375-411, 2008.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: Constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

THORNHILL, Chris. **A sociology of constitutions**: constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

TUSHNET, Mark. Anti-formalism in recent legal theory. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 83, n. 6, p. 1502-1544, 1985.

WARAT, Luis Alberto. A dogmática jurídica e o Estado de direito. In: WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**, v. 3: o direito não estudado pela teoria moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. In: **Surfando na pororoca**: ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WHITE, James Boyd. **Heracles' bow**: essays on the rhetoric & poetics of the law. Madison: University of Wisconsin Press, 1985.

WIZNER, Stephen. Repairing the world through law: a reflection on Robert Cover's social activism. **Cardozo Studies in Law and Literature**, New York, v. 8, n. 1, p. 1-14, 1996.

APÊNDICE A – BIBLIOGRAFIA COMPLETA DE ROBERT COVER

Entre artigos, livros e resenhas, a obra completa de Robert Cover compreende os seguintes textos, dispostos em ordem cronológica:

1967 – *Federal Judicial Review of State Welfare Practices* (artigo publicado na *Columbia Law Review*).

1968 – *Habeas Corpus and the Military* (paper apresentado em conferência); resenha sobre *Atrocious Judges: Lives of Judges Infamous as Tools of Tyrants and Instruments of Oppression*, livro de John Graham e editado por Richard Hildreth (publicada na *Columbia Law Review*).

1969 – *Establishing the Federal Jurisdiction in Actions Brought To Vindicate Statutory (Federal) Rights When No Violations of Constitutional Rights Are Alleged* (artigo publicado na *Clearinghouse Review*).

1970 – Resenha sobre *Blackstone's Commentaries*, de George Tucker (publicada na *Columbia Law Review*).

1973 – *Who Can Keep a Secret?* (artigo publicado na revista *Nation*).

1974 – *Legal Tensions in the Politics of Freedom*, resenha sobre o livro *Free Men All: The Personal Liberty Laws of the North, 1780-1861*, de Thomas Morris (publicada na *American Historical Review*).

1975 – *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process* (livro); *For James Wm. Moore: Some Reflections on a Reading of the Rules* (artigo publicado no *Yale Law Journal*).

1977 – *Dialectical Federalism: Habeas Corpus and the Court* (artigo publicado no *Yale Law Journal*, em parceria com Alexander Aleinikoff); resenha sobre o livro *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, de Raoul Berger (publicada na revista *New Republic*).

1979 – *The Structure of Procedure* (livro em parceria com Owen Fiss); *Dispute Resolution: A Foreword* (artigo de apresentação de volume especial do *Yale Law Journal*); *Your Law-Baseball Quiz* (artigo no *The New York Times*).

1980 – *In Memoriam: Arthur Allen Leff* (homenagem publicada no *Yale Law Journal*).

1981 – *The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology and Innovation* (artigo publicado na William & Mary Law Review); *The Left, the Right and the First Amendment: 1918-1928* (artigo publicado na Maryland Law Review).

1982 – *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities* (artigo publicado no Yale Law Journal); *The Framing of Justice Brandeis*, resenha sobre o livro *The Brandeis/Frankfurter Connection*, de Bruce Allen Murphy (publicada na revista New Republic).

1983 – *The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative* (ensaio publicado na Harvard Law Review); *Court Has High Aim, Bad Plan on Bias* (artigo no The New York Times); *Federalism and Administrative Structure* (paper apresentado em simpósio da Yale Law School).

1984 – Conferência no painel *Legal Modes of Interpretation: Principled, Political or Nihilistic?*, no encontro anual da Association of American Law Schools, ao lado de Stanley Fish, Owen Fiss e Richard Weisberg.

1985 – *The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction* (artigo publicado na Capital University Law Review); *Arthur's Words* (artigo publicado no Yale Law Journal).

1986 – *Violence and the Word* (artigo publicado no Yale Law Journal); *The Bonds of Constitutional Interpretation: Of the Word, the Deed, and the Role* (artigo publicado na Georgia Law Review).

Publicações póstumas

1987 – *Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order* (artigo publicado no Journal of Law and Religion).

1988 – *Procedure* (livro em parceria com Owen Fiss e Judith Resnik); *Bringing the Messiah Through Law: A Case Study* (artigo inacabado, publicado na revista Nomos, da American Society for Political and Legal Philosophy).

APÊNDICE B – CRONOLOGIA DE FATOS IMPORTANTES DA VIDA DE ROBERT COVER

1943 – Robert M. Cover nasce no dia 30 de julho em Boston, Massachusetts, filho de Martha e Jacob Cover.

1963 – Trabalha em uma campanha de registro de eleitores negros organizada pelo Student Nonviolent Coordinating Comitee (SNCC), na Geórgia do Sul.

1965 – Recebe seu Bachelor of Arts na Princeton University.

1967 – Se casa com Diane Bornstein Cover, com quem viria a ter dois filhos: Avi e Leah.

1968 – Recebe seu Bachelor of Laws na Columbia Law School, onde começa imediatamente a lecionar.

1971 – Deixa a Columbia Law School para ocupar o cargo de professor visitante de direito e estudos norte-americanos na Hebrew University, em Jerusalém.

1972 – Retorna aos Estados Unidos e ingressa na Yale Law School.

1982 – É nomeado Chancellor Kent Professor of Law and Legal History em Yale.

1983 – Seu mais famoso ensaio, *Nomos and Narrative*, aparece no Yale Law Journal.

1986 – Cover morre, vítima de um ataque cardíaco, no dia 18 de julho, no Middlesex Memorial Hospital, em Middletown, Connecticut.