

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS
POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA
DO ESTADO**

VALTER MOURA DO CARMO

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

JORGE HECTOR MORELLA JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teorias da democracia, direitos políticos, movimentos sociais e filosofia do estado [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI

Coordenadores: Jorge Hector Morella Junior; José Querino Tavares Neto; Valter Moura do Carmo – Florianópolis:
CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-388-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da democracia. 3. Direitos políticos. IV
Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos a presente publicação, que possui parte dos artigos aprovados e apresentados no Grupo de Trabalho Teorias da Democracia, Direitos Políticos, Movimentos Sociais e Filosofia do Estado I do IV Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado virtualmente nos dias 9, 10, 11, 12 e 13 de novembro de 2021.

A quarta edição do encontro virtual teve como tema central “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”, uma realização do CONPEDI, em parceria com a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Widener University/Delaware Law School, Università Degli Studi di Perugia, Universidad de Alicante e o mestrado profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. O evento teve o intuito de oportunizar a divulgação de pesquisas realizadas em instituições nacionais e internacionais, mesmo diante da atual crise sanitária, assegurando a concretização de discussões plurais e democráticas entre as pesquisadoras e os pesquisadores.

No Grupo de Trabalho Teorias da Democracia, Direitos Políticos, Movimentos Sociais e Filosofia do Estado I, foram apresentados 24 artigos que discutiram temas relacionados as Teorias da Democracia, Direitos Políticos, Movimentos Sociais e a Filosofia do Estado:

1. A CARTOGRAFIA DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E AS SEGMENTARIEDADES, DISCURSIVIDADES E INSEGURANÇAS NO FEDERALISMO ASSIMÉTRICO BRASILEIRO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, de autoria de Emerson Penha Malheiro e Luis Delcides R Silva;

2. TEORIA DA DEMOCRACIA E CAPITAL: A CRÍTICA DO ESTADO E DO DIREITO EM ROSA LUXEMBURGO E SUA RELEVÂNCIA PARA O BRASIL CONTEMPORÂNEO, de Lucas Santos de Almeida, Ana Maria Viola De Sousa, Jessica Rotta Marquette;

3. INFÂNCIA E DEMOCRACIA: O EXERCÍCIO DE DIREITOS POLÍTICOS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES, de autoria de Lygia Maria Copi e Luiz Eduardo Peccinin;
4. ANÁLISE DA DESPROPORÇÃO DE REPRESENTAÇÃO ENTRE OS ESTADOS NA COMPOSIÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS NO BRASIL EM RELAÇÃO ÀS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS, de Alexandre Lagoa Locatelli;
5. O CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL E O CONTROLE SOCIAL FORMAL: DESAFIOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA DEMOCRACIA REAL, de autoria de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Pedro Henrique Guimarães;
6. MANDATOS COLETIVOS E COMPARTILHADOS NO PODER LEGISLATIVO: POTENCIALIDADES DE INOVAÇÃO DEMOCRÁTICA E PROPOSTAS DE REGULAÇÃO, de Alexandre Montagna Rossini;
7. O ESTADO EM TEMPOS LÍQUIDOS: A ASCENSÃO DAS CORPORações TRANSNACIONAIS NA SOCIEDADE GLOBALIZADA, de autoria de Alessandra Vanessa Teixeira, Francine Cansi e Liton Lanes Pilau Sobrinho;
8. ENTRE O SACERDOTE E O PROFETA: DIREITO E CONFLITO NO MANIFESTO DO “CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT”, de autoria de Juan Pablo Ferreira Gomes;
9. A EXPECTATIVA DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO BRASIL: DA CRISE NA REPRESENTAÇÃO À SAÍDA, de autoria de Lucas Fernandes Pompeu;
10. FUNDO PARTIDÁRIO E FUNDO ESPECIAL DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA: ANÁLISE SOBRE AS ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELO PROJETO DO NOVO CÓDIGO ELEITORAL APROVADO PELA CÂMARA DOS DEPUTADOS, de Denise Goulart Schlickmann e Orides Mezzaroba;
11. REPENSANDO A RESISTÊNCIA INDÍGENA: REFLEXÕES SOBRE A TESE DO MARCO TEMPORAL A PARTIR DO CASO DA TERRA INDÍGENA DE PALMAS/PR, de autoria de Ricardo Silveira Castro;
12. A CONCEPÇÃO DE DEMOCRACIA EM RONALD DWORKIN, de Jacob Arnaldo Campos Farache, José Claudio Monteiro de Brito Filho e Jean Carlos Dias;

13. A DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO EM ESPINOZA E MELO, de autoria de Jaime Leônidas Miranda Alves;

14. O QUE ESPERAR DA HISTÓRIA: A DERROCADA DO NEOLIBERALISMO OU DOS ANSEIOS DEMOCRÁTICOS?, de Julianna Moreira Reis;

15. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SEUS REFLEXOS NAS RESPECTIVAS INSTÂNCIAS PARTIDÁRIAS, de autoria de Horácio Monteschio e José Laurindo De Souza Netto;

16. A QUESTÃO DA VERDADE: UM ESTUDO FILOSÓFICO SOBRE A FAKENEWS, de autoria de Ana Flávia Costa Eccard e Salesiano Durigon;

17. AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO DE FORTALECIMENTO DAS IGUALDADES SOCIAIS E CIDADANIA, de Juliana Vendramini Durlo, Aline Ouriques Freire Fernandes e Plínio Antônio Britto Gentil;

18. A OBEDIÊNCIA MILITAR FACE A DESOBEDIÊNCIA CIVIL: ENTRE O GOLPE E A REVOLUÇÃO, de autoria de José Maria Barreto Siqueira Parrilha Terra, Heleno Florindo Da Silva e Dauray Cesar Fabríz;

19. HIPERTROFIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO PODER MODERADOR, de Ivan Ludovice Cunha e Ricardo Pereira Pérez;

20. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES À LUZ DOS FILÓSOFOS, de autoria de Ivan Ludovice Cunha e Sara Lacerda De Brito;

21. DEMOCRACIA BRASILEIRA SOB PERIGO? UMA ANÁLISE À LUZ DOS ELEMENTOS DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, de Emerson Francisco De Assis;

22. A DEMOCRACIA CONTÍNUA NA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL, de autoria Júlia Francieli Neves de Oliveira e Leonel Severo Rocha;

23. É POSSÍVEL CONTROLAR A GLOBALIZAÇÃO? UMA ANÁLISE DAS SOLUÇÕES PROPOSTAS POR CARRILLO SALCEDO, de Francieli Puntel Raminelli;

24. A BUSCA PELA HORIZONTALIDADE DO PODER: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DE ORGANIZAÇÕES QUE ATUAM EM PROL DE DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL, de autoria de Gabriela Lima Ramenzoni, Tais Fernanda Oliveira Silva e Renata Franciele Tavante.

É esse rico conjunto de pesquisas sobre as Teorias da Democracia, Direitos Políticos, Movimentos Sociais e Filosofia do Estado que temos a honra de apresentar à comunidade científica, na perspectiva de que esses trabalhos possam contribuir para a construção de um mundo fraternal, mais justo e consciente da importância da ciência.

Desejamos aos leitores desta publicação, uma excelente e prazerosa leitura! Os trabalhos apresentados que não integram esse volume foram selecionados para publicação em um dos periódicos do Index Law Journals.

#ContinuePesquisando

Prof. Dr. Jorge Hector Morella Junior (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI)

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto (Universidade Federal de Goiás – UFG)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo (PPGPJDH da Universidade Federal do Tocantins – UFT /Esmat).

ENTRE O SACERDOTE E O PROFETA: DIREITO E CONFLITO NO MANIFESTO DO “CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT”

BETWEEN THE PRIEST AND THE PROPHET: LAW AND CONFLICT IN THE MANIFEST OF THE "CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT"

Juan Pablo Ferreira Gomes ¹

Resumo

O trabalho se propõe a investigar a concepção de direito enquanto conflito no manifesto e movimento jurídico conhecido como “The Critical Legal Studies Movement”, publicado em 1986, de autoria do jusfilósofo Roberto Mangabeira Unger, bem como sua crítica genealógica ao que reconhece como formalismo e objetivismo jurídico, promovedores de um colonialismo mental na doutrina jurídica dos países em desenvolvimento, tendentes a conceber o direito como sistema fechado de regras e conceitos. A proposta do movimento, enquanto reflexão crítica e projeto socio-existencial oferece um novo arranjo de aporias e perspectivas na análise do direito e do pensamento jurídico.

Palavras-chave: Movimento crítico, Direito, Poder, Estado, Sociedade

Abstract/Resumen/Résumé

The paper proposes to investigate the concept of law as conflict in the manifest and legal movement known as "The Critical Legal Studies Movement", published in 1986, authored by the philosopher Roberto Mangabeira Unger, as well as his genealogical criticism of what he recognizes as legal formalism and objectivism, promoters of mental colonialism in the legal doctrine of developing countries, tending to conceive of law as a closed system of rules and concepts. The movement's proposal, as a critical reflection and socio-existential project offers a new arrangement of aporias and perspectives in the analysis of law and legal thought.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Critical movement, Right, Power, State, Society

¹ Advogado. Bacharel e Mestre em Direito pela UEA. Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra.

1. INTRODUÇÃO: O CONTEXTO, O MOVIMENTO E AS VOCAÇÕES DA HISTÓRIA UNIVERSAL DO PENSAMENTO JURÍDICO.

O movimento jusfilosófico intitulado “critical legal studies”, também identificado pelo acrônimo ‘cls”, surgiu nos Estados Unidos da América no ambiente de contracultura e de experimentalismo acadêmico pós maio de 1968. Originariamente acalentado nas universidades de Harvard (Cambridge) e Yale (New Haven), o movimento não tardou a granjear adeptos e críticos na onda de realismo jurídico que marcara a cultura normativa estadunidense¹.

Os principais protagonistas do movimento, que conceberam os textos axiais, entre outros, foram Duncan Kennedy, Mark Tushnet, Morton Horwitz, Elisabeth Mensch e especialmente o brasileiro Roberto Mangabeira Unger, que pode ser reconhecido como o líder ou cérebro do “critical legal studies”.

Ainda que sob pena de generalização precária, o movimento caracterizou-se por uma profunda, sólida e bem engendrada crítica ao liberalismo e ao positivismo, proclamando a indeterminação do direito que emergiu no ambiente do modo de produção capitalista.

Dissolvido enquanto força comum a partir da década de 1990, o cls fracionou-se e pulverizou-se em abordagens mais setorializadas, discutindo-se atualmente feminismo, criminologia, raça, historiografia jurídica, encontrando reverberação em temas pontuais, como liberdade, igualdade e hermenêutica constitucional.

O texto referencial do cls resta sendo a obra tida como manifesto do movimento, publicada em 1986 e de autoria de Mangabeira Unger², rediscutido na obra “Another Time, a Greater Task”, publicada em 2015, bem como “The Universal History of Legal Thought”, escrita em 2010 e publicada somente em 2017.

A tese central no manifesto se firma no desaproveitado potencial do direito e do pensamento jurídico para subsidiarem a autotransformação da sociedade sob a democracia. “Ao nos rendermos a constrangimentos que limitam a visão do que o direito é e pode vir a ser, perdemos nossa capacidade para fazer uso daquele potencial”³.

Segundo Unger, o movimento de estudos críticos do direito nunca pretendeu gerar um gênero permanente de escrito jurídico, ou tomar seu lugar dentro de um elenco estabelecido de

¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Movimento Critical Legal Studies. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

² MANGABEIRA UNGER, Roberto. The Critical Legal Studies Movement. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

³ MANGABEIRA UNGER, Roberto. O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017, p. 27.

escolas de teoria do direito. Foi um engajamento disruptivo em uma circunstância particular, considerando duas perspectivas de contextos interno e externo, se por interno pudermos considerar o que tem a ver com o direito e o pensamento jurídico, e por externo o que diz respeito à condição da sociedade⁴.

A prática de análise jurídica que o movimento encontrou no comando pensamento jurídico representava o direito como repositório de princípios abstratos e genéricos impessoais do justo e de políticas responsivas ao interesse público. Interpretava cada fragmento do direito atribuindo-lhe propósitos. Descrevia esses propósitos na linguagem idealizadora de políticas e princípios. “Chame a esta abordagem do direito, como o fizeram alguns de seus teóricos, de método da elaboração racional”⁵.

O movimento dos estudos críticos se notabiliza ao promover uma historiografia do direito pautando uma afinidade entre a ciência jurídica do século XIX e as tidas então como novas práticas de elaboração racional do direito⁶.

Para a ciência jurídica do século XIX, o contraste organizador distinguia o direito bom e forte relativo à distribuição de vantagens do direito ruim, fraco e politizado. O direito bom e forte era o direito impessoal de coordenação, supostamente corporificado no sistema de direitos privados, especialmente de contrato e propriedade. Respeitado em sua pureza, ele permaneceria inocente quanto a consequências distributivas. A tarefa comandante do direito público era manter um ambiente em que a integridade e a neutralidade do regime de direitos privados tivessem a melhor probabilidade de serem sustentadas. Na linguagem do direito constitucional americano, esse contraste passou a ser escarnecido como *lochnerismo*: “invocação supersticiosa e entrincheiramento constitucional de uma ordem natural privada como barreira a iniciativas regulatórias e redistributivas de um governo ativista.”⁷

O direito passou a ser a expressão de acordos *ad hoc*, ou linhas de trégua, entre interesses e ideologias colidentes. Do direito como acordos, nenhum plano inteligível e defensável da vida social, não importa quão fragmentário, poderia ser esperado. A concepção do direito como resultado de uma série interminável de episódios de conflito e compromisso entre interesses e ideologias mobilizados para assegurar influência sobre a legislação foi amplamente considerada como um entendimento aceitável do direito no cenário da política legislativa.

⁴ Obra citada, p. 28.

⁵ Obra citada, p. 28.

⁶ Obra citada, p. 33.

⁷ Obra citada, p. 33. Referência ao Caso *Lochner v. New York* 198 US 45 (1905), em que a Suprema Corte americana decidiu que a legislação que limitava a jornada de trabalho era incompatível com a liberdade de contrato, que seria protegida pela cláusula constitucional do devido processo legal (décima quarta emenda). O contratante poderia, portanto, estipular jornada diária acima de dez horas.

A elaboração racional do direito depois dos fatos, tanto dentro quanto fora da jurisdição, começou por representar o direito na linguagem desinteressada de políticas e princípios. O elemento chave nessa distinção, e o que mais intimamente a conectou com o contraste entre direito como coordenação neutra e direito como redistribuição politizada, foi a devoção a uma ideia de razão na história: uma forma de razão que, sob a tutela dos juristas, poderia exibir o direito como um esquema coerente e perfectível da vida coletiva.

Do novo método resultaram os mesmos males que haviam cercado seus antecessores. O primeiro dos males foi a mistificação: a representação do direito como aproximação a um sistema prescritivo, ou um conjunto de sistemas, em cada domínio da doutrina jurídica e da prática social. O segundo dos males foi a usurpação de poder desmesurado pelos juristas, em detrimento da democracia. Eles encontraram autoridade para sua usurpação na pretensão de discernir o roteiro racional velado de políticas e princípios na matéria do direito aparentemente inanimada e acidental. Entretanto, não puderam reivindicar plausivelmente que encontraram o roteiro todo pronto e acabado.

Como poderia o direito, produzido pelo conflito entre interesses e entre ideologias, vir a parecer, retrospectivamente, pelas mãos de seus intérpretes profissionais, como se uma única mente e uma única vontade o houvessem concebido? E se essas diferenças aparentes de interesse e ideologia empalidecessem em comparação com o que as posições colidentes têm em comum – um consenso denso e robusto o bastante para gerar as políticas e princípios que dirigem a interpretação do direito, ainda que não reconhecido pelos próprios agentes políticos –, como poderíamos levar a sério as pretensões da democracia?

O roteiro velado de políticas e princípios precisaria então estar apenas incompletamente latente no direito: latente o bastante para eximir os juristas de parecerem fabricá-lo inteiramente eles mesmos. A experiência história fornece uma série infinita de ameaças aos arranjos e pressupostos estabelecidos de uma sociedade, assim como aos interesses neles enraizados. Essas rupturas são mais frequentemente sucedidas por acomodações que minimizam a perturbação aos interesses e preconcepções estabelecidos. A esse distúrbio minimalista Unger denomina de trajetória da menor resistência.

O Estado fortaleceu seu poder para regular, redistribuir por tributação e transferências compensatórias e manejar a economia contracíclicamente, assim ajudando a assegurar a lucratividade das firmas privadas bem como a proteção das classes sem dinheiro contra os extremos da insegurança econômica. Todavia, o horizonte da disputa ativa sobre a organização da sociedade encolheu. Nos anos em que o movimento de estudos críticos do direito esteve mais ativo, os limites do debate político-econômico que prevalece desde então já eram

aparentes. “A questão central que esse debate buscou responder era como a flexibilidade econômica de estilo americano e a proteção social de estilo europeu poderiam melhor ser reconciliadas”⁸.

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

Assim, essa visão de como melhor realizar a vocação menor do pensamento jurídico foi frequentemente, mas nem sempre, expressa pelo que Mangabeira Unger denomina de teoria jurídica do combate: a visão do direito em qualquer tempo e lugar como resíduo de conflito intermitentemente interrompido e relativamente contido sobre os termos da vida social. Foi uma abordagem que se recusou a entender o direito como aproximação a um plano inteligível e defensável da vida social.

Entre os juristas associados com esse interlúdio entre o descrédito da ciência jurídica do século XIX e a ascendência do método da elaboração razoável estão Jhering, Gény e Holmes⁹.

A melhor forma de compreender a vocação maior do pensamento jurídico seria colocá-la no contexto da história mundial.

Para Unger, a história do direito e do pensamento jurídico até hoje exibiu um ritmo característico: uma sucessão recorrente de três momentos. Em cada um desses momentos, o pensamento jurídico, em seus esforços mais ambiciosos, desempenhou diferentes tarefas: refundação, normalização e obscurecimento¹⁰.

No primeiro momento, refundação, as bases institucionais e ideológicas são reimaginadas e refeitas. Reformas radicais mudam partes da estrutura de arranjos institucionais e pressupostos ideológicos que até então modelavam as atividades de rotina práticas e discursivas de uma sociedade. As reformas o fazem, entre outras formas, redefinindo o acesso aos recursos, ao capital econômico, ao poder político e à autoridade cultural, com o que as forças sociais existentes criam o futuro no presente. Essas reformas são caracteristicamente tomadas em situações de guerra e ruína: a crise funciona como habilitadora da mudança.

O pensamento jurídico toma parte no trabalho da refundação. As reformas radicais devem ser expressas no direito, porque é no direito que os arranjos institucionais de uma

⁸ Obra citada, p. 38.

⁹ Obra citada, p. 68.

¹⁰ Obra citada, p. 40.

sociedade são estabelecidos e é no direito que eles são representados em relação aos ideais e interesses que lhes dão sentido. Os juristas tomam parte, frequentemente como segmento distinto de uma elite governante, no trabalho de revisar as bases herdadas. “Raramente profetas, eles, não obstante, ultrapassam os limites de seu papel costumeiro de sacerdotes”.¹¹

No segundo momento, período de normalização, a crise que provocara a refundação passou. O redesenho das novas bases institucionais deve ser traduzido em arranjos institucionais definidos assim como em concepções prescritivas de diferentes áreas da vida social. A doutrina jurídica representa os arranjos à luz das concepções. Tanto o método tipológico do século XIX quanto a prática do século XX de elaboração racional no vocabulário de políticas e princípios pessoais fizeram esse trabalho normalizador.

O terceiro momento nessa sucessão repetida seria o período do obscurecimento. As bases institucionais e ideológicas agora esvaecem no passado e são contestadas, como a socialdemocracia fora contestada pelas tendências neoliberais do final do século XX.

Há uma experiência de desorientação resultando em maior boa vontade para tentar outros caminhos, ainda que retomando caminhos rejeitados no passado. Todavia, a falta de eventos políticos que possam inspirar outra refundação desencoraja qualquer desafio mais consequente. O resultado é mais provavelmente “um declínio da fé do que o desenvolvimento de uma nova fé (...) a difusão de uma atitude irônica, instrumental e tática com relação às práticas prevalentes de análise jurídica”¹².

Essa figura dos momentos de refundação, normalização e obscurecimento sugere a íntima relação entre os problemas do pensamento jurídico e o entendimento da descontinuidade estrutural na história, bem como a radicalização da indeterminação jurídica.

A abordagem da indeterminação ou desconstrução dos estudos críticos do direito tem como claros antecedentes as teorias jurídicas antiformalistas, a desconstrução literária e abordagens estruturalistas. Sua tese característica foi a indeterminação radical do direito¹³.

Contudo, segundo Unger essa reivindicação era mal orientada: não significava o que parecia querer dizer, e falhou em avançar o que pretendia promover. Ninguém de fato disputava que o significado poderia ser fixado pelo compartilhamento de uma forma de vida. A intenção era criticar os pressupostos institucionais e ideológicos que tornavam o significado apto a ser

¹¹ Obra citada, p. 41.

¹² Obra citada p. 44.

¹³ KENNEDY, Duncan. Form and substance in private law adjudication. Harvard Law Review, Cambridge (MA), vol. 89, n. 8, p. 1685-1778, 1976.

estabelecido e comunicado. Porém, as ideias e palavras que expressaram a tese da indeterminação radical não teriam feito nada para equipar tal campanha.

Difícilmente importava quem ganhava ou perdia na política, “uma vez feito pelos vencedores, o direito poderia vir a significar algo diferente pelos amigos dos perdedores, desde que fossem sortudos o bastante para ocuparem um cargo judicial ou ao menos uma cadeira de ensino”¹⁴. Essa corrente teria entregue aos seus adversários – os adeptos do método da elaboração racional – a vantagem impagável de lhes permitir colocarem-se como os defensores sensatos de um meio termo entre o conceitualismo mecânico, erradamente atribuído a seus precursores do século XIX, e a selvagem tese do “qualquer coisa pode significar qualquer coisa”, que seus proponentes pareciam esposar.

No trabalho “The Universal History of Legal Thought”¹⁵, escrito em 2010, Unger retoma tais reflexões.

Os juristas organizam seu trabalho em torno da concepção de que a atividade doutrinária e jurisprudencial constitui a expressão e o desenvolvimento, no material pormenorizado das leis, de um esquema inteligível e justificável da vida social. No direito vigente, os juristas encontram, além das ações arbitrárias de poder, uma abordagem hesitante, falha e, todavia, cumulativa de uma ordenação abrangente da vida social. Tal ordenação é descoberta e desenvolvida com o tempo, por meio da elaboração justificada do direito. No tempo histórico, o direito “works itself pure” (se autopurifica). No mínimo, é aperfeiçoado. É liberado de ser a expressão de uma competição brutal entre interesses poderosos e aproximado de seu papel de visão defensável da vida social¹⁶.

Prosseguindo na mesma obra, Unger situa, sob esta perspectiva, no mesmo lado autores como Carl Schmitt, Hans Kelsen e H. Hart.

O segundo elemento no repertório histórico mundial do pensamento jurídico é a concepção do direito como a vontade do soberano. O soberano é o Estado ou quem quer que detenha o poder governamental. Assim, o direito como vontade do soberano também representa o direito desejado pelo Estado e imposto à sociedade pelo Estado. Os adeptos dessa visão são os teóricos políticos e filósofos do Estado, bem como os pensadores jurídicos que desejam se ver livres daquilo que consideram ilusões dos juristas práticos. A concepção do direito como a expressão da vontade política pode ou não incorporar um compromisso com a democracia. O processo legislativo democrático é simplesmente uma variante da ideia mais geral do direito enquanto instrumento de vontade política. Hobbes e Carl Schmitt, Hans Kelsen e H. Hart, nesse aspecto, estão todos do mesmo lado¹⁷.

¹⁴ Obra citada, vide nota 3, p. 50.

¹⁵ Em MANGABEIRA UNGER, Roberto. “A História Universal do Pensamento Jurídico” in “O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior”. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017. P. 221-282.

¹⁶ Obra citada, vide nota 20, p. 221.

¹⁷ Obra citada, vide nota 20, p. 222.

Essas duas concepções do direito — o direito como ordem normativa latente e o direito como vontade do soberano — por si só explicariam o vasto predomínio de ideias sobre o direito que têm sido influentes não só no Ocidente, mas, guardadas as devidas proporções, na história mundial do direito.

O direito como estrutura da sociedade é a terceira ideia do direito presente na história universal do pensamento jurídico. O papel dessa ideia, no entanto, sempre permaneceu largamente tácito. A estrutura permanece nas sombras: não explicada, não justificada e mesmo não vista¹⁸.

O terceiro elemento na história universal do direito é a referência implícita à real estrutura da sociedade, incluindo a sua organização institucional, bem como suas hierarquias de vantagem e suas divisões de experiência. Em qualquer tempo, mesmo o mais poderoso soberano, autoritário ou democrático, ao abrigo de todos os regimes institucionais previstos até então, encontra-se reduzido a intervir num contexto social não inventado pelo soberano: os regimes e as rotinas herdadas pela sociedade e pela cultura. A pretensão de que a subsistência dessas rotinas e regimes, e de toda a distribuição de vantagens e desvantagens resultantes deles, subsiste exclusivamente por causa do consentimento do soberano é pouco mais que ficção. Na realidade, o soberano não tem o poder de mudá-los, exceto superficialmente, ou quando uma crise — geralmente sob a forma de guerra ou colapso econômico — abre espaço para a mudança¹⁹.

Suas pressuposições históricas são a existência de um estado buscando fazer e impor o direito e de uma alta cultura, que relacione, como Platão fez, a ordem na sociedade à ordem no mundo e na alma. Porque começa sob a dupla sombra de um estado que clama ser uma fonte — senão a única fonte — do direito e de uma cultura que representa uma visão de nosso lugar no cosmos.

Sob a democracia constitucional, o poder de fazer o direito é moldado e sancionado pela constituição democrática. O último teste dessa realidade, porém, permanece no fato da obediência habitual. Segundo tal visão, o direito é o que quer que aqueles que exercem o poder no estado digam que ele é. Não é, contudo, à maneira da teoria do direito de John Austin, uma série de comandos. É (segundo uma versão dessa abordagem, a teoria do direito analítica) um sistema jurídico, o que o soberano quer ele precisa querer como mudança nesse sistema, sujeito a sua natureza, instrumentos e constrangimentos peculiares²⁰.

Para a teoria do direito analítica (liderada no século XX por Hans Kelsen e Herbert Hart), o direito é um sistema hierárquico de regras que conferem forma geral à vontade do poder soberano. Sua teoria da representação do direito providencia um vocabulário no qual descreve

¹⁸ Obra citada, vide nota 3, p. 74.

¹⁹ Obra citada, vide nota 20, p. 224.

²⁰ Obra citada, vide nota 3, p. 76.

o direito sem emaranhá-lo em questões sociológicas de eficácia ou preocupações normativas de justiça.

Doutro delta se articula a teoria jurídica do combate. O direito é, segundo tal visão, a ordem resultante da interrupção temporária e da contenção relativa da luta perene sobre os termos da vida social.

A luta deve ser contida e interrompida não apenas pelo bem da segurança e da paz, mas também de modo que uma forma coerente de vida social, capaz de nutrir indivíduos fortemente marcados, possa emergir e se desenvolver por detrás do escudo do poder estatal. A teoria jurídica do combate foi representada tanto por juristas práticos (Holmes, Jhering) quanto por filósofos políticos (Thomas Hobbes, Carl Schmitt)²¹. O terceiro elemento na história universal do pensamento jurídico, a estrutura real da sociedade, seria melhor enfatizado por esse viés.

Nesse sentido, Unger ressalva que o vislumbre central da teoria social europeia clássica — que as estruturas da sociedade são nossas criações alienadas e que podemos entendê-las porque as fizemos — foi desde o princípio comprometido por ilusões de falsa necessidade. Essas ilusões deixaram sua marca na realização suprema da teoria social clássica: a teoria da história e do capitalismo de Karl Marx²². Tais percepções revolucionárias — revolucionárias enquanto modos de compreensão e revolucionárias enquanto bases para a reforma da sociedade — teriam sido contaminadas por ilusões deterministas. Uma dessas ilusões é que existem, na história, sistemas institucionais pequenos e fechados (a ilusão da lista fechada). A história é supostamente o registro da descoberta e promulgação desses sistemas. Uma segunda ilusão é que cada um desses sistemas — as opções institucionais da humanidade — equivale a um tipo indivisível, cujas peças ficam de pé ou caem juntas (a ilusão tipológica)²³.

Oscilaríamos entre o agnosticismo e a superstição: o agnosticismo se apresenta como desespero de compreender a natureza da sociedade e sua transformação; a superstição, como a identificação de nossos ideais professados e de nossos interesses reconhecidos com as formas habituais de sua representação em instituições e práticas estabelecidas.²⁴

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

²¹ Obra citada, vide nota 3, p. 77.

²² Obra citada, vide nota 3, p. 80.

²³ Obra citada, vide nota 20, p. 225.

²⁴ Obra citada, vide nota 20, p. 226.

próprio do pensamento jurídico na persecução de sua vocação maior. Ajudando a desenvolver uma visão da estrutura e da mudança estrutural, o pensamento jurídico ajudaria a criar o equipamento com o qual levar adiante sua tarefa maior.

O pluralismo jurídico é a criação do direito de muitas formas e por muitas fontes: de baixo para cima, pela sociedade civil organizada, assim como de cima para baixo, pelo governo democrático. Na falta de um aprofundamento da democracia, o pluralismo jurídico implica a devolução do poder às várias hierarquias de vantagens e cidadelas de subjugação que marcam, em maior ou menor grau, todas as sociedades existentes até hoje. Uma democracia aprofundada, de alta energia, é aquela que passaria por um triplo teste. Ela domina a estrutura da sociedade, sujeitando-a a efetivo desafio e revisão. Diminui a dependência de crises para a mudança. Enfraquece o poder dos mortos sobre os vivos²⁵.

O que essa visão do fim da história universal do pensamento jurídico toma da ideia de direito como vontade do Estado é o reconhecimento de que a sociedade não tem uma forma natural e que ela pode criar sua própria ordem, rejeitando-se a vontade do Estado como única fonte. O que ela toma da ideia do direito como ordem imanente encontrada e desenvolvida pela doutrina jurídica é a noção de que mesmo quando há Estado, o direito sempre surge em algum grau, e deve fazê-lo em ainda maior medida, da sociedade, não apenas do governo. O que ela rejeita é a concepção de que há uma lógica moral inerente na vida social, à espera de ser descoberta e refinada pelo jurista²⁶.

O que está em jogo não é apenas repensar o papel do jurista, mas o papel do indivíduo na sociedade e no seu tempo, a construção de alternativas que subsidiem potencialidades, exercendo a personagem conceitual do “profeta” menos um caráter idealista e mais criador, demiúrgico.

Segundo Unger, a melhor maneira de entender o que tem sido a doutrina jurídica (legal doctrine) no decorrer da história é colocá-la ao lado de outros dois casos diferentes, mas semelhantes de doutrina: a teologia e a gramática. A doutrina jurídica (legal doctrine), a teologia e a gramática estão em contraste com o estudo social e cultural do direito, com o estudo social e cultural da religião e com a linguística (como a ciência da linguagem).

Ao contrário da sociologia do direito, da sociologia da religião e da linguística, a doutrina jurídica (legal doctrine), a teologia e a gramática ajudam a formatar o direito, a religião e o idioma. Elas o fazem não como um efeito não intencional, mas como um de seus objetivos explícitos e organizadores. Os elaboradores da doutrina estão envolvidos, como partidários

²⁵ Obra citada, vide nota 3, p. 82.

²⁶ Obra citada, vide nota 3, p. 86.

interessados, na luta com o futuro da tradição discursiva ou simbólica da qual participam. A postura dos cientistas desinteressados ou dos observadores entra em conflito com a natureza da doutrina. O material textual ou verbal deve ser interpretado à luz de um projeto (na doutrina jurídica), de uma mensagem (na teologia) ou da visão de um uso canônico (na gramática)²⁷.

Uma característica dos projetos de construção do Estado que se tornaram predominantes no mundo, nos últimos séculos, é o despertar de uma ambição, cuja natureza inovadora e revolucionária muitas vezes não conseguimos reconhecer. A expressão “Estado de Direito” (rule of law) conota ambos os lados desta ambição. Um de seus lados é o compromisso de trazer toda a vida social sob a governança do direito. O outro lado é a submissão de toda a atividade do Estado à disciplina do direito, e expressar essa atividade como lei²⁸.

Em raras oportunidades Mangabeira Unger oferece uma definição tão clara de direito quando expressa que ele é “apenas isso: o encontro das instituições e da consciência em uma forma de vida social”²⁹.

Noutro giro, a variante radical da ideia de direito como a vontade do soberano, pelo contrário, teve somente uma única expressão teórica importante, notavelmente constante, por séculos, em suas afirmações centrais. Denomina-se teoria do direito baseada no conflito (fighting theory of law). Surge na obra de Unger o conceito de “vitalidade” enquanto um atributo tanto do individual quanto do coletivo. A vitalidade do coletivo goza da primazia causal sobre a vitalidade do indivíduo. A paz coercitiva, na qual a luta dá lugar ao direito permite à sociedade tomar uma forma definida: desenvolver os poderes e possibilidades da humanidade em uma direção particular. Como resultado da paz, um poder estabelecido que possa defender uma determinada forma de vida contra seus inimigos internos e externos. Chamamos a isso de poder do soberano ou do Estado.

Os compromissos *ad hoc* entre visões conflitantes, bem como entre interesses contrários, encurralados em uma circunstância de desigualdade avassaladora na vida socioeconômica, seriam o atributo inconfundível da legislação no *soft state* democrático. Esse fato encoraja os juristas em seu intento de reconstrução racional do direito sob o disfarce da interpretação da lei: a desculpa é melhorar o direito, ou seja, torná-lo menos atrelado a interesses, sob o pretexto de interpretar a lei.

Para Unger somente haveria uma alternativa tanto para o Estado de Direito no *soft state*, quanto para a iniciativa de tornar o Estado mais rigoroso pelo despotismo revolucionário: o

²⁷ Obra citada, vide nota 20, p. 237.

²⁸ Obra citada, vide nota 20, p. 249

²⁹ Obra citada, vide nota 20, p. 251.

aprofundamento da democracia por meio da sua reconstrução institucional e reinvenção ideológica. Essa alternativa, no entanto, só se dá pela uma mudança radical da nossa compreensão de Estado, soberano e direito. Se a sociedade deve, de fato, ser governada pela lei; se a lei não deve se resumir a uma série de intervenções episódicas e pontuais em uma forma de vida social imposta por interesses enraizados e pela tradição; se a estrutura da sociedade deve ser uma escolha e não um destino, então tudo precisa mudar. E tudo pode mudar aos poucos. A alternativa ao despotismo revolucionário é a radicalização da democracia.

2. O JURISTA COMO SACERDOTE E COMO PROFETA: DO FORMALISMO-OBJETIVISMO AO DESVIACIONISMO

Segundo Unger os juristas tradicionalmente ocuparam duas posições sacerdotais. Serviram como sacerdotes de uma força coletiva: a nação ou a tradição jurídica. Nesse primeiro papel sacerdotal, reivindicaram discernir na história do direito um significado moral e político, que seu trabalho tanto revela quanto desenvolve.

Os juristas também foram sacerdotes do Estado. Nesse segundo posto, seu impulso é representar as regras feitas pelo governo como fragmentos de uma visão. Reverenciam o poder e os que o possuem. Oficiando do altar do império, podem justificar essa piedade como deferência ao procedimento ou às responsabilidades de seu cargo. Alguns estados podem merecer tal deferência mais que outros³⁰.

O pensamento jurídico não precisa condenar a si mesmo a reinventar esses dois cultos para sempre. Os juristas podem simplesmente excomungar a si mesmos e deixar de desempenhar seus papéis sacerdotais. Vendo nossos interesses e ideais cravados na cruz de nossas instituições e práticas, podem decidir que nenhum dos seus postos sacerdotais faz justiça à promessa dessa crucificação³¹.

Para o cls é preciso renunciar às visões que encorajem uma pretensa redenção da sociedade de seus erros políticos. Tendo pago esse preço e virado as costas aos altares em que desempenharam suas funções sacerdotais, os juristas teriam uma chance para tornarem-se profetas em vez de sacerdotes. No entanto, sob a democracia seu trabalho se tornará profético apenas quando o trabalho de todo mundo assim o for: cada um a seu modo, de acordo com sua circunstância.

Uma sociedade capaz de dominar sua própria estrutura é uma sociedade em que poderes proféticos podem ser – devem ser – amplamente disseminados entre homens e mulheres comuns. Um profeta nunca prevê. Imagina futuro acessível, que vislumbra prefigurado em aspectos da experiência presente. Vê a falha

³⁰ Obra citada, vide nota 3, p. 92.

³¹ Obra citada, vide nota 3, p. 93.

realidade à luz do possível adjacente melhor. Oferece antecipações tangíveis de vida maior. Não precisa de otimismo – atitude passiva e contemplativa – porque tem esperança – impulso orientado para a ação. Juristas podem virar profetas sem deixar de ser juristas³².

Desde seu manifesto, o cls se apresentou como projeto de ação e não como teoria do direito concorrente às demais, ainda que tal plano pressuponha uma crítica abrangente e sistemática das teorias preponderantes, máxime as que se alinhasssem ou correspondessem ao que se concebe como formalismo e objetivismo. Por formalismo não se entende fundamentalmente certo método, mas certa crença apolítica na doutrina jurídica³³.

Para Unger somente uma doutrina expandida ou desviacionista poderia cruzar tanto a fronteira empírica quanto a normativa: as fronteiras que separam a doutrina da teoria social empírica e da argumentação sobre a organização adequada da sociedade, isto é, do conflito ideológico. A doutrina alargada cruza a fronteira normativa ao desenvolver um método que não difere de qualquer modo essencial da forma larga de crítica, justificação e descoberta que marca as disputas ideológicas sobre os arranjos da sociedade.

Segundo uma descrição alternativa, o atributo decisivo da doutrina desviacionista é a recusa em ver o direito como um sistema idealizado. Abordagens sucessivas do pensamento jurídico lutaram para subestimar e diminuir o conflito e a anomalia no direito. A presente representação do direito como um corpo tendente à coerência porque informado por políticas e princípios é simplesmente a mais recente dessas abordagens. A mistificação do direito como um sistema idealizado serviu à usurpação de poder pelos juristas – em detrimento da democracia quando o estado é democrático. Ajudou a conter e inibir, em vez de explorar e excitar, a tensão entre nossos interesses reconhecidos ou nossos ideais professados e as instituições ou práticas que se supõe representá-los. A indisposição em ver o direito sob tal luz idealizadora e sistematizadora foi, contudo, erroneamente dispensada como incompatível com a responsabilidade prática dos juristas, e especialmente dos juízes, de fazerem o melhor do direito. Nesse exercício, a principal preocupação será com o futuro da sociedade, assim como com a realidade atual do direito, e não com cortes, casos e juízes³⁴.

Uma forma de esclarecer a origem e o caráter, senão a justificação, do ideal que inspiraria as ideias institucionais programáticas do cls, surge da generalização de ambições amplamente compartilhadas pelas grandes doutrinas seculares de emancipação do passado recente – liberalismo e socialismo – e pelas teorias sociais que as suportaram. No coração de

³² Obra citada, vide nota 3, p. 94.

³³ Obra citada, vide nota 3, p. 97.

³⁴ Obra citada, vide nota 3, p. 114.

cada uma dessas doutrinas reside a crença de que o enfraquecimento das divisões e hierarquias sociais revelaria a atributos comuns profundos e liberaria poderes produtivos e criativos. As consequências teóricas e práticas dessa crença foram drasticamente comprimidas pelos pressupostos dogmáticos sobre as formas possíveis da mudança social e suas possíveis expressões institucionais.

Da ideia de um estado não refém de uma facção, existente em uma sociedade libertada de uma ordem rígida e determinada de divisão e hierarquia, podemos progredir para a concepção de uma estrutura institucional, ela própria autorrevisora, que forneceria constantes ocasiões para romper toda estrutura fixa de poder e coordenação na vida social. Tal estrutura emergente seria rompida antes de ter chance de proteger a si mesma dos riscos do conflito normal.

Uma das fontes mais instigantes de complexidade e ambivalência nos desejos é a experiência de simultaneamente cultivar desejos que tomam certa estrutura institucional como dada e outras ambições, mais obscuras, que pressupõem ou um escape dessa estrutura ou sua transformação. Assim, nos países ricos, hoje, o indivíduo sacia, pelas promessas da alta cultura e da cultura popular, as fantasias de aventura e empoderamento que sua vida ordinária nega³⁵.

Mangabeira Unger, na conclusão do manifesto, expressa interessante associação entre seu projeto e a ambição contracultural modernista. Por modernismo quero indicar o movimento artístico e teórico que, desde as primeiras décadas do século XX, atacou hierarquias de valor e limitações à experiência pessoal e coletiva. Buscou debilitar todas as estruturas de prática ou crença que permanecem impenetráveis à crítica e à reconstrução no curso da vida social normal. Segundo os modernistas, a liberdade requer, na verdade representa, uma luta contra a compulsão arbitrária. De fato, se se deve acreditar na tradição central do modernismo, nada persiste além dos limites cegos, além do elemento repetitivo e obsessivo na experiência pessoal e coletiva, senão uma confrontação com o sentido vazio e angustiante da liberdade³⁶.

A outra resposta disponível à questão sobre o que há do outro lado da limitação arbitrária pode ser chamada de existencialista. É a resposta que os próprios modernistas frequentemente dão e que, na falta de outra alternativa à visão aristotélica, eles devem dar. Ela não vê nada do outro lado senão a experiência negativa da própria liberdade. O objetivo torna-se afirmar a personalidade como liberdade e viver a liberdade como rebelião contra tudo que seja parcial e artificial nas estruturas sociais ou mentais estabelecidas.

³⁵ Obra citada, vide nota 3, p. 200.

³⁶ Obra citada, vide nota 3, p. 202.

Essa crença contribui decisivamente à perversão mais comum da prática cultural-revolucionária: o sacrifício de solidariedades mais amplas a uma autopreocupação desesperada por parte de pessoas incapazes de conectar seus experimentos pessoais de subjetividade e associação com um refazimento de sua sociedade³⁷.

O que se tem em jogo é a busca por iniciativas de reconstrução institucional e prática cultural revolucionária que possam tornar o fim da liberdade mais real. Se é uma visão afirmativa, não obstante, começa na concepção implacavelmente negativa de uma pessoa que descobre a divergência entre suas próprias capacidades transcendentais e as limitações da sociedade e da cultura em que vive. Tal pessoa então luta por todos os meios à disposição para diminuir essa lacuna.

Dentro e fora das faculdades de direito, a maioria dos juristas olhou com indiferença e até mesmo desdém os teóricos do direito que, como as escolas dos direitos e princípios ou do direito e economia, haviam se voluntariado para salvar e recriar as tradições do objetivismo e do formalismo. Esses mesmos céticos sem problemas, contudo, também rejeitaram qualquer alternativa à visão formalista e objetivista. Havendo fracassado em persuadir a si mesmos por todas as versões do credo herdado, fora as mais equívocas, eles, não obstante, agarraram-se às suas implicações e descaradamente propagandearam seu fracasso como triunfo da sensatez mundana sobre o entusiasmo intelectual e político.

“Quando viemos, eles eram como sacerdotes que haviam perdido a fé, porém mantido os empregos. Postavam-se, entediados e constrangidos, diante de altares frios. Viramos as costas para aqueles altares, e encontramos, na revanche do coração, a oportunidade da inteligência”³⁸.

Há a proposta de substituição de aporia, para além do binômio casos fáceis-casos difíceis, reconhecida a indeterminação radical do direito e seu caráter inevitavelmente político, o jurista assumindo seu papel de profeta assimila seu papel demiúrgico, seu papel criador.

No mesmo turno, cabe-lhe a apostasia da pretensão sistematizadora, da conciliação, da aposta na dissuasão, pensar o direito e judicar se assemelham em perspectiva: são atividades criadoras, as quais inevitavelmente se fiam em premissas valorativas, elegessem-se valores, estabelecem-se prioridades, ampliam-se sendas e alternativas para muito além de um sistema fechado de materiais e métodos.

A usurpação democrática pelo jurista se dá quando este encampa um projeto não submetido ao escrutínio e debate da coletividade lançando mão do seu papel ou lugar de

³⁷ Obra citada, vide nota 3, p. 204.

³⁸ Obra citada, vide nota 3, p. 219.

articulação, seja em nome de um sistema, seja em nome de um cinismo hermenêutico, ou qualquer outro estratagema de sobrevivência do modelo doutrinário.

3. CONCLUSÃO: “ANOTHER TIME, A GREATER TASK”.

Em que pese a diversidade de críticas e contestações possíveis, o maior legado trazido pelo *CLS* se deu no sentido de conceber uma teoria do direito aberta enquanto projeto emancipador. Um projeto de justiça fundado não num pressuposto metafísico, ou pré-jurídico, mas na contingencialidade do direito enquanto elemento estruturante da sociedade.

Assumindo uma (re) construção do direito e do pensamento jurídico que postula uma outra sociedade, mais justa, ideologicamente plural, “ideologias essas que, entre o centro e a periferia, permitam a convocação de opções periféricas para o centro e de opções actualmente centrais para a periferia”³⁹.

Ainda que não amadurecida em um primeiro momento, desde o *dealbar* do movimento crítico insculpido em seu manifesto de origem a ideia de aprofundamento da democracia, radicalização da democracia enquanto experiência individual e coletiva impede o jurista de abdicar de seu papel privilegiado na dinâmica social e estrutural e o ímpeto de (re) criar as instituições.

Do casamento entre a crença mais antiga numa ordem latente e a mais moderna da estadolatria aparece uma busca que permaneceu o tema de unidade do pensamento jurídico desde o aparecimento do Estado e desde que juristas começaram a interpretar os produtos legislativos do Estado: a crença de que um projeto racional e justificável da vida humana deve, ainda que incompleta e imperfeitamente, estar subjacente aos atos implacáveis e surpreendentes do poder. A democracia teve uma relação dúplice com essa aliança: se a democracia tornou o poder menos terrível, ela também tornou mais problemática a ideia de uma ordem latente e não escolhida⁴⁰.

“Os atrativos da concepção de ordem imanente continuaram, até recentemente, a ser mais palpáveis do que no momento se tornaram. Um jovem instruído em doutrina jurídica numa parte periférica do mundo ocidental na segunda metade do século XX poderia ainda experimentar esses atrativos ainda pouco

³⁹ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. “Entre o Centro e a Periferia, A perspectivação ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013 p.3.

⁴⁰ MANGABEIRA UNGER, Roberto. O direito e o futuro da democracia”. Tradução de Caio Farab Rodriguez, Marcia Soares Grandchamp, com consultoria do autor. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 221.

enfraquecidos, sob a forma de projetos há tempos fossilizados da ciência jurídica do século XIX, permanentemente ensaiado nesses lugares distantes. Ele poderia estudar direito romano através das lentes a-históricas dos romanistas tradicionais, lendo Savigny sobre a posse como se o burocrata alemão e os jurisconsultos romanos fossem quase codescobridores contemporâneos da mesma ordem moral. Ele poderia se entusiasmar com o sentimento de participação numa forma de consciência que pareceria tanto arcaica quanta indispensável, precedendo as ciências sociais, gerando-as e ainda cumprindo uma missão que elas foram incapazes de realizar. Identificando-se com o antigo clero dos juristas, ele poderia ver em seu trabalho uma fuga hesitante dos acidentes, absurdos e atrocidades da história. Podemos rir dele agora, mas não podemos tão facilmente separar nossas inquietações de suas simpatias. A associação da busca por ordem moral com o culto do Estado e seu direito encontrou seu aspecto progressivo em seu efeito corrosivo sobre a crença num sistema natural e pré-político de vida em sociedade⁴¹.

Somente livrando-se dos resíduos da ideia de uma ordem moral latente, colocando em seu lugar uma visão das grandes forças construtivas, sendo a análise jurídica ferramenta para ampliação da imaginação institucional, podemos (re) criar um direito libertário-justo e emancipador.

REFERÊNCIAS

AMATO, Lucas Fucci. Inovações Constitucionais: Direitos e Poderes. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito. 2018.

ANDERSON, Perry. Afinidades Seletivas. São Paulo: Boitempo, 2002. Tradução de Paulo Cesar Castanheira.

BALL, Milner S. The City of Unger. 81 Northwestern University Law Review, 1986.

BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch. New Haven: Yale University Press, 1986).

CHRISTODOULIDIS, Emilios A. The Inertia of Institutional Imagination: a Reply to Roberto Unger. 59 Modern Law Review, 1996.

DEVLIN, Richard F. On the Road to Radical Reform: A Critical Review of Unger's Politics. 28 Osgoode Law Journal, 1990.

DOREN, John W. Van. Understanding Unger. 16 William Mitchell College of Law Review, 1990.

DUXBURY, Neil T. Look Back in Unger: a Retrospective Appraisal of Law in Modern Society. 49 Modern Law Review, 1986.

ELY, John Hart. Democracy and Distrust. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

⁴¹ Obra citada, p. 221.

- EWALD, William. Unger's Philosophy: A Critical Legal Study. 97 Yale Law Journal, 1987.
- FRIEDMAN, Lawrence. The Law and Society Movement. 38 Stanford Law Review, 1985.
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. "Entre o Centro e a Periferia, A perspectiva ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Movimento Critical Legal Studies. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.
- GOLDSTEIN, Howard. The Limits of Politics: A Deep Ecological Critique of Roberto Unger. 34 McGill Law Journal, 1988.
- HAMILTON, Alexander, JAY, John e MADISON, James. The Federalist Papers. New York: Bantam Books, 1982.
- HARRIS, J. W. Unger's Critique of Formalism in Legal Reasoning: Hero, Hercules, and Humdrum. 52 The Modern Law Review, 1989.
- HUTHCHINSON, Allan C. e MONAHAN, Patrick J. The "Rights" Stuff": Roberto Unger and Beyond, 62 Texas Law Review, 1983.
- MANGABEIRA UNGER, Roberto. The Critical Legal Studies Movement. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- _____ "O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior". Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito.
- _____ "O direito e o futuro da democracia". Tradução de Caio Farab Rodriguez, Marcia Soares Grandchamp, com consultoria do autor. São Paulo: Boitempo, 2004
- MILLER, Jeremy. A Critical Analysis of the Theories of Professor Unger. 12 Western State Law Review, 1984.
- PANNIER, Russell. Roberto Unger and the Critical Legal Studies Movement: an Examination and Evaluation. 13 William Mitchell College of Law Review, 1987.
- PARSONS, Talcott. Roberto Mangabeira Unger, Law in Modern Society. Law and Sociology Review, 1977.
- RAWLS, John. A Theory of Justice. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- RORTY, Richard. Unger, Castoriadis, and the Romance of National Future, in LOVIN, Robin W. e PERRY, Michael J., Critique and Construction, a Symposium on Roberto Unger's Politics. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

- SCHLAG, Pierre. *The Enchantment of Reason*. Durham e Londres: Duke University Press, 1998.
- SIMON, William H. *Social Theory and Political Practice: Unger's Brazilian Journalism*, in LOVIN, Robin W. e PERRY, Michael J., *Critique and Construction, a Symposium on Roberto Unger's Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- SPITZ, Derek. *Solidarity and Disaggregated Rights Property Rights: Roberto Unger's Recasting of Democracy*. 23 *Columbia Human Rights Law Review*, 1991.
- SUNSTEIN, Cass. *Routine and Revolution*, in LOVIN, Robin W. e PERRY, Michael J., *Critique and Construction, a Symposium on Roberto Unger's Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 2003.
- TUCKER, D. E. B., *Unger on Liberalism*. 11 *Bull. Austl. Soc. Leg. Phil.*, 1987.
- TUSHNET, Mark. *Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings*. 36 *Journal of Legal Education*, 1986.
- TUSHNET, Mark. *Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings*. 36 *Journal of Legal Education*, 1986.
- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, Princeton University Press, 1999.
- WHITE, G. Edward, *From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America*. 58 *Virginia Law Review*, 1972.