

DEVERÁ O DIREITO SER EMANCIPATÓRIO? DA REDUÇÃO POLÍTICO-IDEOLÓGICA DO JURÍDICO À RECUPERAÇÃO DO SEU SENTIDO

Ian Pimentel Gameiro¹

Resumo

O artigo tem como objetivo responder a questão de saber se o direito deve assumir-se emancipatório tal como propõem as teorias críticas. Nosso pressuposto teórico é o de que esta pergunta merece uma resposta negativa. Para respondê-la, entretanto, e empregando o método da revisão de literatura, dividimos o artigo em três seções. Na primeira e na segunda seção, mapeamos e caracterizamos as teorias críticas no âmbito do pensamento científico em geral e, depois, as suas projeções problemáticas no pensamento jurídico. Na terceira seção, respondemos a partir do jurisprudencialismo às questões de saber se a emancipação constitui o referente fundante e fundamentante do direito, não mais o *homem-pessoa*, e, ainda, se constitui um problema de relevância jurídica que afinal mereceria uma resposta também jurídica. Concluímos, ao final, que o direito não deve substituir a validade que o constitui e que ele constitui pela emancipação social.

Palavras-chave: Direito. Teoria Crítica. Emancipação Social. Jurisprudencialismo. Direito Como Validade.

INTRODUÇÃO

Dentre as questões fundamentais que vemos insistentemente retomadas pelo pensamento filosófico e científico desde que se diferenciou e *autonomizou* no contexto da *civitas* romana as dimensões constitutivas do humano mundo prático, e, nesta distinção, o direito como *um certo projeto* prático-cultural civilizacionalmente situado (Salgado, 2006, p. 41; Linhares, 2013, p. 176; Linhares, 2014, p. 310), está a problemática da identidade.

Problema que, traduzido num capital e equívoco “*o que é o direito?*”, indaga pelo/por um conjunto de “características” ou “atributos” distintivos deste nosso *direito-como-projeto* em vista de, no plano do humano mundo prático, distingui-lo de outras constitutivas dimensões – tenha-se presente as dimensões da ética, moral, economia, política... – e, bem assim, recuperar a sua originária *autonomia*. Problema de identidade, portanto, que o

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Mestrando em Sociologia pela Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (Portugal). Membro do Grupo de Investigação 'Transparencia, Buena Gobernanza y Comunicación' da Universidad Complutense de Madrid (Espanha). Revisor do Periódico 'Revista Online Especializada en Derecho de la Comunicación' (Universidad Complutense de Madrid/ES). Associado à Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação – ANDHEP e ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. E-mail: pimentelian@hotmail.com

jurídico assume-o também, circularmente, como um problema de autonomia, da sua autonomia.²

Bem se sabe que os modos de tratamento e as respostas que se seguiram a esta questão, problemática indagação acerca da identidade (ou *sentido*) e da autonomia do direito, foram distintas e intimamente dependentes dos ciclos históricos, sociais e culturais vividos pela/na civilização ocidental – civilização em que esta questão ganhou um caráter retumbante e em relação a qual, e somente em relação a ela e para ela, importa perguntar pelo *sentido* e pela autonomia do jurídico.

Mas, a despeito desta diversidade-*pluralidade* de tratamentos e respostas (senão já *différendos*)³, é possível identificar, entretanto, duas posturas distintas. Uma primeira, que pergunta e identifica “características” e exigências próprias ao direito, e, nesse identificar, assume a sua autonomia no universo da *práxis* humana; e, uma segunda, que embora perguntando e, nalguns casos, reconhecendo nele algumas notas identitárias ou exigências características, rejeitam ou desprezam a implicação deste reconhecimento na sua autonomia (Linhares, 2013, p. 07-09).

A teoria crítica que ora vemos convocada como o mote de nossa investigação nos termos de uma pergunta pela relação entre o direito e a emancipação, teoria crítica que assim se projeta no pensamento jurídico e pretende assumir-se, nesta sua projeção, como uma teoria crítica do jurídico, adere à segunda opção, e, ao fazê-lo, rejeita assim o direito como uma objetiva e autônoma ordem de validade – ou como uma ordem axiológico-normativamente fundante, fundamentante e autônoma – para nele enxergar tão somente uma instância de manifestação do poder e da política, *ordem de necessidade e/ou finalidade* (Neves, 2011, p. 300-307) que agora esta teoria crítica vem denunciar, num seu sentido marxista ou neomarxista, e tentar subverter por um direito socialmente emancipatório ou mais *justo* (Neves, 1998, p. 18-27).

Perguntamos: deve(*rá*) o direito abdicar mesmo da sua objetiva e autonomizante validade para assumir a emancipação social, e o correlato programa de fins que lhe vai implicada ou que ela *é* como o seu referente prático fundante e fundamentante? Eis como consideramos posto o nosso problema e para o qual impõe-se-nos que respondamos antecipadamente, embora sem prescindir dos aprofundamentos posteriores, de modo negativo.

Negativa que, sem mais, não ignora oferecer-se a partir da mundividência de uma *resposta possível* (aquela que se nos oferece o jurisprudencialismo) para o problema da identidade e da autonomia do jurídico –

² Circularidade que, por um lado, autonomiza o jurídico no reconhecer-lhe “certas características específicas” – com o perdão da equivocidade do termo – ou certas exigências de sentido (“*e o sentido é ontologicamente constitutivo dos seres culturais*”) (Neves, 2011, p. 288), e que, por outro, convoca tais exigências de sentido *identitárias* ao reclamar-*reforçar* a sua autonomia.

³ O termo *différend* (diferendo), neologismo atribuível a JEAN-FRANÇOIS LYOTARD, pretende dar conta de “un caso de conflicto entre (por lo menos) dos partes, conflicto que no puede zanjarse equitativamente por faltar una regla de juicio aplicable a las dos argumentaciones. Que una de las argumentaciones sea legítima no implica que la otra no lo sea. Sin embargo, si se aplica la misma regla de juicio a ambas para allanar la diferencia como si está fuera un litigio, se infiere una sinrazón a una de ellas por lo menos y a las dos si ninguna de ellas admite esa regla” (1988, p. 09). Na versão inglesa, cf.: LYOTARD, Jean-François. *The différend*. Phrases in dispute. Trad. de George Van Den Abbeele. Manchester: Manchester University Press, 1988; Para mais

identidade, agora, manifestada em termos de sentido ou que a compreensão do sentido lhe viabiliza, e autonomia, de ora em diante, não mais assumida em termos de autoisolamento. Etapa que impõe, ainda, uma palavra a mais e em jeito de introdução acerca do itinerário que devemos prosseguir.

Com efeito, a pergunta pela relação entre o jurídico e a emancipação social, ou, que o mesmo é dizer, pela necessidade de o direito assumir, se se quiser mais justo – engajadamente justo – a finalidade da emancipação, exige em nosso sentir um percurso dividido em três seções essenciais, com cada qual respondendo a uma indagação central.

Na primeira seção trata-se de compreender o sentido, as características, os pressupostos e as categorias de inteligibilidade das teorias críticas a partir das suas duas acentuações epistemológicas principais – a teoria crítica de índole dialético-materialista e a de índole filosófico-cultural.

Na segunda seção, cuidaremos de saber como elas se projetam e se projetaram ao nível do pensamento e da metodologia do direito e como pretenderam, a partir desta projeção, definir teorias críticas do direito. Isto é, depois de compreendidas as teorias críticas no âmbito do pensamento filosófico em geral, tratar-se-á de ver como foram assimiladas por algumas correntes do pensamento jurídico e como passaram a definir, assim, e a este nível, teorias jurídicas com intencionalidade crítica.

No que desaguará, depois de conhecidas as teorias referenciadas, numa última e derradeira seção em que responderemos ao problema de saber, primeiro, se a emancipação constitui o referente fundante e fundamentante da dimensão prática do jurídico, e se constitui ela ainda um problema de direito (um problema de relevância jurídica) que deverá obter *juridicamente* (ao nível do sistema) uma resposta. Deverá o direito assumir-se mesmo emancipatório?

PROLEGÔMENOS: UM MAPA DA(S) TEORIA(S) CRÍTICA(S)

Uma teoria crítica, podemos-la considerar num seu sentido mais abrangente, cumpre-se em geral numa proposta teórica que – não apenas manifestando “uma análise e interpretação” da realidade – visa desafiar, de modo mais ou menos prosseguido, este “mundo social contemporâneo” considerado a partir de uma sua perspectiva mais global – e não assim exclusivamente um mundo-*totalidade* como o tenderia a ver MARX e alguns dos seus seguidores (Keucheyan, 2013, pp. 02-03).

Desafio este que se traduz, fundamentalmente, num levantar em relação a essa ordem social contemporânea a questão de saber “o que [para ela] é desejável”, e a implicar assim, desde logo e necessariamente, também uma sua “dimensão política” – “nelas, o descritivo e o normativo (i.e. o político) são indissociáveis”

detalhamentos, cfr.: MALPAS, Simon. *Jean-François Lyotard*. New York: Routledge, 2003, p. 58-61; SIM, Stuart (ed.). *The Lyotard dictionary*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2011, p. 51-53.

(tradução nossa) (Keucheyan, 2013, pp. 02-03).

Ora, se são estas em geral as características principais que permitem o atual reconhecimento de uma teoria crítica no plano do pensamento social e filosófico contemporâneo, é forçoso que reconheçamos então não apenas “duas” vertentes críticas, mas, no fundo, senão uma multiplicidade de autênticos projetos críticos, em cujo “caráter geral” do desafio a que lançam à ordem social atual se terá verdadeiramente a sua nota diferenciadora (Keucheyan, 2013, pp. 01).

Isto culmina, como uma nota essencial preliminar, que também sejamos obrigados a reconhecer que o tratamento de apenas dois “filões” críticos não possua qualquer intenção de esgotamento de todas essas propostas ou vertentes críticas. Trata-se, em verdade, tão somente de mapear aquelas que tiveram maior projeção ou recepção ao nível do pensamento jurídico, e que nele pretenderam se assumir assim como *teorias críticas do direito*.

Com efeito, bem se sabe que a expressão *teoria crítica* surge, na tradição do pensamento filosófico e social do ocidente, associada ao desenvolvimento de um certo e novo domínio teórico – pelo menos formalmente novo, pois declarava-se a continuidade de um projeto intelectual iniciado por MARX (Kennedy, 1986, p. 278; Nobre, 2011, p. 18) – cuja sua origem cronológica situa-se no contexto alemão da segunda metade da década de 1930.

No entanto, e como que em um alargamento do seu emprego, o termo passou também a ser utilizado como um modo de “designar um grupo específico de intelectuais filiados a esse campo teórico e inicialmente reunidos em torno de uma instituição determinada (o Instituto de Pesquisa Social) e a Escola de Frankfurt”⁴ (Nobre, 2011, p. 18).

Pelo que, com *teoria crítica* e já convocando também a que se constituiu no contexto acadêmico francês, tem-se: *a)* no seu estatuto epistemológico, um campo teórico que se pretende e afirma crítico, e que reconhece duas acentuações principais – uma de expressão alemã, e outra de expressão francesa; *b)* nos seus representantes, dois grupos de intelectuais *críticos* vinculados cada qual a uma das acentuações epistemológicas principais; e, por fim, *c)* uma escola,⁵ retrospectivamente denominada de Escola de Frankfurt – e, assim, exclusiva da teoria crítica de expressão alemã –, com o seu sentido de “uma forma de intervenção político-intelectual (mas não partidária) no debate público alemão do pós-guerra, tanto no âmbito acadêmico como no da esfera pública entendida mais

⁴ Para mais detalhes acerca dos diferentes usos da expressão *teoria crítica* cfr.: em geral, NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, pp. 10-18; mais especificamente sobre os aspectos históricos e institucionais do *Institut für Sozialforschung* e que levaram à associação entre teoria crítica e Escola de Frankfurt, cfr.: JAY, Martin. *La imaginación dialéctica*. Uma historia de la Escuela de Frankfurt y el Instituto de Investigación Social (1923-1950). Trad. de Juan Carlos Curutchet. Madrid: Taurus, 1989, pp. 25-82.

⁵ Num sentido rigoroso do termo, uma *escola-como-unidade* de pensamento busca retratar um grupo de intelectuais que partilham interesses e uma doutrina comum, construindo suas proposições filosóficas ou científicas a partir desta unidade

amplamente”⁶ (Nobre, 2011, p. 16).

A questão de saber qual o sentido e as características das *teorias críticas* a que vemo-nos vinculados nesta seção inicial restringe-se, fundamentalmente, num perguntar pela teoria crítica nos limites dos seus dois primeiros sentidos, com uma concentração mais nas suas acentuações epistemológicas – e no âmbito destas, na teoria crítica de expressão alemã – e menos nos seus representantes e nas suas particulares representações, referências que, entretanto, realizaremos na medida e nas fronteiras do nosso projeto.

Com o que fica dito tudo muito em geral, e obriga-nos a um aprofundamento dos pontos aludidos.

A Teoria Crítico-Dialética

A *teoria crítica* que se afirma ser *crítico-dialética*, ou através da qual se manifesta uma índole abertamente *dialético-materialista*, “a verdadeiramente fundadora... e ainda geralmente inspiradora” (Neves, 1998, p. 19), é aquela que se encontra retratada no texto fundador⁷ de MAX HORKHEIMER com o sentido e/ou numa contraposição à *teoria* por este considerada – e também caracterizada – de viés *tradicional* (Horkheimer, 1982, pp. 188-243).

Esta corrente surge no contexto alemão do entreguerras, no âmbito do *Institut für Sozialforschung* (Instituto de Pesquisa Social) associado à Universidade de Frankfurt, e tem como *precentore* o próprio HORKHEIMER, acompanhado, entretanto, por ADORNO, POLLOCK, BENJAMIN, FROMM, MARCUSE, LOWENTHAL, NEUMANN, KIRCHHEIMER, e GROSSMANN (Nobre, 2011, p. 39). Tradição crítica a que se vai somar, num segundo e terceiro momentos, HABERMAS, APEL e HONNETH, principal e respectivamente⁸⁹ (Nobre, 2011, p. 39; Salvadori, 2011, p. 189).

Essa índole *crítico-dialética* evidenciada pela teoria crítica que se constituiu na Alemanha tem sua razão de ser no fato de os seus fundadores terem buscado inspiração, entre múltiplas tradições e sistemas de pensamento, principalmente:¹⁰ a) em MARX, na sua “crítica da economia política” ... e sua consequência na “crítica das ideologias” (Neves, 1998, p. 18); b) em HEGEL, no seu método dialético – isto através da leitura que dele fez

integradora (Nobre, 2011, p. 13), o que não se verifica nem com a teoria crítica de expressão alemã e tampouco com a que se acentua no contexto francês, embora àquela se associe a expressão “Escola de Frankfurt”.

⁶ A este respeito, ver também: MOGENDORFF, Janine Regina. A escola de Frankfurt e seu legado, *Verso e Reverso*, vol. XXVI, n. 63, pp. 152-159, 2012, p. 154.

⁷ Numa versão castelhana, cfr.: HORKHEIMER, Max. Teoría tradicional y teoría crítica. In: HORKHEIMER, Max. *Teoría Crítica*. Madrid: Amorrortu editores, 2003, pp. 223-271.

⁸ Há quem diga, ainda, de uma “quarta geração” de teóricos críticos que tem em RAINER FROST, discípulo de HABERMAS, o seu representante (Mogendorff, 2012, p. 159).

⁹ Para maior detalhamento a respeito dos atuais continuadores desta teoria crítica de expressão germânica em diferentes contextos mundiais, cfr.: MORROW, Raymond A.; BROWN, David D. *Critical theory and methodology*: vol. 3 (Contemporary social theory). Thousand Oaks: Sage Publications, 1994, pp. 16-18.

¹⁰ Reconhece-se, também, alguma influência do pensamento de GEORG LUKÁCS veiculado na sua *História e Consciência de Classe* sobre a teoria crítico-dialética, nomeadamente uma influência mais visível sobre HORKHEIMER (Nobre, 2008, p. 42).

MARX – e noutros aspectos do seu sistema filosófico (Nobre, 2012, pp. 23-24; Neves, 1998, p. 19; Geuss, 1981, p. 01); c) em KANT, fundamentalmente no seu projeto crítico – o que se notará com mais evidência em HABERMAS; e, por fim, embora sem esgotar um elenco de diálogos produtivos, d) em FREUD, na sua psicanálise (Jay, 1989, pp. 151-192; Gaudêncio, 2013, pp. 23-24; Geuss, 1981, p. 01).

Com efeito, pode-se considerar que a teoria crítico-dialética propõe-se a realizar dois grandes objetivos, ambos herdados de MARX, e que constituiriam para alguns autores como que seus princípios fundamentais (Nobre, 2008, pp. 17-19). O primeiro deles, podemos-lo manifestar da seguinte forma: constrói teoria crítica todo aquele que pretende compreender e *diagnosticar* a sociedade (capitalista) na forma como esta se apresenta no seu momento atual – daí a dizer-se de uma *teoria crítica da sociedade* (Horkheimer, 1982, p. 209).

Isto é, partindo da ideia de que os homens são os “produtores das suas próprias formas históricas de vida em sua *totalidade*”¹¹ (destaque nosso) (Horkheimer, 1982, p. 244), trata-se então de “identificar as tendências estruturais do desenvolvimento histórico [da sociedade capitalista] e seus arranjos concretos” (Nobre, 2008, pp. 18).¹²

Qual sociedade? Aquela que é vista desde MARX como um “macrossujeito” (Repa, 2008, p. 179), ou “*todo* de autossustentação histórica... a que toda a experiência humana, sem excluir nela a do pensamento e a da ciência em geral [iria referível]”, e cuja constituição e reprodução dar-se-ia pela mediação da *práxis* econômico-social do homem (Neves, 1998, p. 20; Marcuse, 1971, p. 212).

Por “sociedad”, en el sentido más importante, entendemos una especie de contextura interhumana en la cual todos dependen de todos; en la cual el todo sólo subsiste gracias a la unidad de las funciones asumidas por los copartícipes, a cada uno de los cuales, por principio se le asigna una función; y donde todos los individuos a su vez, son determinados en gran medida por la pertenencia al contexto en su *totalidad*. El concepto de sociedad, pues, designa más bien la relaciones entre los elementos y las leyes a las cuales esas relaciones subyacen, y no a los elementos y sus descripciones simples (Horkheimer; Adorno, 1969, p. 23) (destaque nosso).

A *totalidade* constitui não só uma primeira nota característica da teoria crítico-dialética como, também, um modo peculiar, decerto influenciado por MARX, de considerar seu objeto: sociedade como realidade concreta e complexa em que cada elemento está relacionado com outros elementos e cujas relações “formam, na própria realidade objetiva, correlações concretas, conjuntos, unidades, ligados entre si de maneiras completamente diversas, mas sempre determinadas” (Lukács, 1967, p. 240).

¹¹ Traduzido da versão inglesa: “men as producers of their own historical way of life in its totality” (Horkheimer, 1982, p. 244).

¹² Objetivo, lá está, do qual decorrem mais duas suas implicadas características da teoria crítica e que assim consideramo-las: a compreensão e diagnóstico do tempo presente impõe uma constante revisão da teoria, isso em vista do seu ajustamento à forma temporalmente contingente e histórica que assume o seu objeto – a sociedade –, no que vai incursa, também, a volatilidade e variabilidade do próprio diagnóstico e a rejeitar, assim, – eis a explicação – uma suposta *unidade* de pensamento entre aqueles *scholars*.

Compreensão e diagnóstico desta *sociedade*-totalidade como realidade concreta e complexa que não se pode realizar, entretanto, pela mediação da ciência que se nos oferece sob o paradigma moderno-iluminista e galileico-cartesiano – eis a segunda nota característica desta teoria crítica de expressão alemã.

A *unidade teoria-prática*. Com efeito, para a teoria crítica, a compreensão das relações entre os indivíduos na sociedade, e das leis sob as quais essas relações se desenrolam (Horkheimer; Adorno, 1969, p. 23), necessita de uma nova teoria. Por quê?

Durante os séculos XVI e XVII, na vigência do moderno-iluminismo ou da primeira modernidade, as ciências físico-naturais – de novo se diga da matemática, física e astronomia – alcançaram sabido sucesso com as revelações científico-rationais que apresentaram sob a forma de teorias. A justeza da racionalidade (*sujeito-objeto*) e adequação do método (*separação entre ser e dever-ser*) que propunham para a enunciação de hipóteses explicativas de ordem universal, não por outra razão, logo projetaram-se e assimilaram-se em outras áreas do pensamento científico de então – a evolução das espécies de DARWIN constitui, desde logo, um *exemplum* desta notória assimilação na biologia (Gameiro, 2014, p. 160-161).

Muito basicamente, e partindo deste modelo inaugurado pelas ciências físico-naturais, assentou-se que uma teoria – em sentido *tradicional*, digamo-lo com HORKHEIMER (1982, pp. 188-191) – se se quisesse científica e, portanto, verdadeira, deveria expressar-se na forma de um sistema de proposições racionais, metodicamente demonstráveis, acerca de uma conexão de objetos reais e em cuja totalidade sistemática manifestasse uma hipótese explicativa de abrangência universal.

Ou, que o mesmo é dizer: em qualquer das áreas do pensamento científico, sempre que se queira construir uma teoria sobre um dado objeto, a sua validade científica fica condicionada à sua enunciação sob uma determinada forma – a forma de proposições racionais –, com um certo conteúdo – uma hipótese explicativa sobre o que constitui o seu objeto e/ou como ele *funciona* – demonstrável mediante a utilização de um método específico – o método científico de índole dedutiva.

O que acontece, entretanto, quando esse modelo de ciência é transposto para o estudo do homem em sociedade, para as hoje denominadas “ciências humanas”? Como é possível, nesse caso, meramente observar os fenômenos e estabelecer conexões causais objetivas entre eles, quando o objeto em questão (as relações sociais) é um produto da *ação* humana? (Nobre, 2011, p. 29).

Propõe a teoria *tradicional*, para tanto, que no fazer das ciências sociais seja aplicada a mesma rígida separação entre o sujeito – e o juízo que eventualmente este faça – do seu objeto, separação que a tornaria possível o próprio método científico (Nobre, 2011, p. 30). Que equivale o mesmo a dizer: tendo em conta a inserção do sujeito no âmago do seu próprio objeto, é necessário separar os valores particulares do cientista da explicação que propõe acerca do seu objeto e do seu funcionamento – daí justamente a estruturar-se esta ciência tradicional nos termos do binômio ‘sujeito cognoscente’ e ‘objeto cognoscível’.

Com efeito, no âmbito da teoria social, o evolucionismo organicista de SPENCER (este decerto como a projeção do *darwinismo* no campo sociológico) (Buttel, 1992, p. 72; Costa, 2005, p. 70), e a divisão do trabalho social de DURKHEIM (1999, p. 85-109) são exemplares do modelo de sociologia, e de compreensão da sociedade, que se construiu a partir da teoria *tradicional*/moderno-iluminista e galileico-cartesiana da primeira modernidade.

Ora, numa sociedade dividida em classes sociais – vem a dizer HORKHEIMER – a teoria tradicional com o seu propósito de tão somente *classificar* os elementos sociais e explicar o *funcionamento* da sociedade tal como ela *é*, acaba por justificar mesmo esta divisão social como necessária e, junto com ela, as subjacentes condições históricas que lhe propiciaram – o capitalismo como forma de organização social e a estrutura de dominação que lhe vai implicada (Nobre, 2011, p. 31).

Isto porque, se a sociedade-*totalidade* é produto da histórica *práxis* socioeconômica do homem, e o conhecimento desta realidade social também um integrante deste todo holístico e por ele determinado, então uma teoria que restrinja-se a explicar como a sociedade *é*, e como *funciona*, ignora as condições históricas sob as quais esse conhecimento se construiu.

Ao fixar a separação entre conhecer e agir, entre teoria e prática, segundo um método estabelecido a partir de parâmetros da ciência natural moderna, a teoria tradicional expulsa do seu campo de reflexão as condicionantes históricas do seu próprio método. Se todo conhecimento produzido é, entretanto, historicamente determinado (mutável no tempo, portanto), não é possível ignorar essas condicionantes senão ao preço de permanecer na superfície dos fenômenos, sem ser capaz, portanto, de conhecer por inteiro suas reais conexões na realidade social. Em outras palavras, na concepção tradicional de teoria, o método é transformado em uma instância atemporal, de maneira a tentar eliminar o cerne histórico que lhe é, entretanto, constitutivo (Nobre, 2011, pp. 31-32).

A *atitude crítica* da teoria crítico-dialética num seu primeiro sentido vem a significar, portanto, a rejeição da vigente separação entre teoria e *práxis* e a consequente proposição de uma unidade entre esta mesma teoria e *práxis* (e também uma entre *sujeito* e *objeto*), de uma unidade que manifeste a teoria como também um momento de consumação da *práxis*, e, assim, a evidenciar que todo conhecimento é histórico e ocupa uma determinada posição social – “o teórico e a sua atividade específica são vistos como formando uma unidade dinâmica com a classe oprimida”¹³ (Horkheimer, 1982, p. 215; Neves, 1998, p. 21; Bronner, 2011, p. 23). Conhecimento desta realidade holística ou total que, entretanto, não se consuma sem um segundo sentido da crítica.

A *teoria para a prática*. Qual sentido? Aquele que pretende compreender e diagnosticar a sociedade-*totalidade* capitalista do tempo presente mediante uma diferente perspectiva (*crítica* assim nessa intenção), e, com isto, denunciar a injustiça e desumanidade dessa mesma sociedade – eis a sua terceira nota característica

¹³ Versão original: “the theoretician and his specific object are seen as forming a dynamic unity with the oppressed class” (Horkheimer, 1982, p. 215).

(Roderick, 1986, p. 23).

Com efeito, se o homem é o produtor de todas as suas formas históricas de vida, e, portanto, a sociedade capitalista atual uma expressão da vigente *práxis* econômico-social humana, o conhecimento desta sociedade-*totalidade* não se pode limitar a tão só descrevê-la na sua constituição e funcionamento; deve, também, considerar aquilo que nesta realidade existe como possibilidade.

Potência que se compreende nesta crítica e de um modo ideologicamente engajado – também constitui essa nossa sociedade-*totalidade* capitalista de dominação a sua versão *emancipada*, que, embora ainda remanesendo apenas *em germe*, pode vir a ter lugar e então substituir a desigualdade e a dominação pela igualdade e liberdade¹⁴ (*quais?*) (Nobre, 2011, p. 07).

Uma teoria social que se limita a descrever a sociedade tal como ela momentaneamente se apresenta e funciona não consegue compreendê-la na sua *totalidade* constitutiva, pois não atinge as potenciais formas futuras de que se pode revestir.

Para a teoria crítico-dialética, portanto, a sociedade capitalista de dominação contemporânea somente pode ser totalmente compreendida na sua devenida, com este devenir significando a possibilidade de realização concreta da *emancipação social*. Ao enxergar a realidade social a partir da forma que ela poderia assumir – uma forma socialmente *emancipada* –, a teoria crítica assim realiza o seu primeiro objetivo global que é o de compreender e diagnosticar a sociedade atual em sua *totalidade* – “é a orientação para a emancipação o que permite compreender a sociedade em seu conjunto” (Nobre, 2011, p. 26).

Bem, mas o que significa esta emancipação social? Com efeito, num seu sentido muito amplo, o único sentido passível de universalização entre múltiplos e diferenciados sistemas de pensamento, diríamos que a ‘emancipação social’ vem a significar ou a se identificar com a ideia de ‘libertação’, isto é, enquanto um projeto de libertação seja de toda a humanidade – precisamente o sentido da *Aufklärung* intelectual que KANT (1974, p. 100) entendeu retirar o homem da sua *menoridade* – seja de uma categoria de pessoas ou classe social.

É com este sentido geral de emancipação social – enquanto programa/projeto de libertação da categoria dos ‘dominados’ e ‘oprimidos’ – que a teoria crítica trabalha, embora os significados mais específicos com os quais essa emancipação venha a ser assumida dependam da abordagem proposta pelos modelos críticos de cada autor.

Isto é, para a teoria crítica em geral e devido à sua forte inspiração em MARX, emancipar significa promover a libertação de uma categoria específica de pessoas alienadas, dominadas e oprimidas política e socioeconomicamente em razão da vigência do sistema de produção e organização social capitalista. E daí que compreender globalmente a sociedade contemporânea signifique, então, antes de mais, vislumbrar a forma futura que pode ela vir a assumir, sendo esta forma precisamente aquela em que categoria das pessoas dominadas ou

socialmente oprimidas deixe de existir no estrato social.

Ora, ao considerar a sociedade capitalista a partir dos seus potenciais emancipatórios, culmina esta *crítica* de ordem teórica por também apontar um novo sentido para a humana *práxis* social, motivo pelo qual falamos de uma unidade entre teoria e prática também na perspectiva de uma *teoria* para a *prática*, agora uma ciência que se orienta e orienta para a própria prática. Eis o *segundo objetivo* a que se propõe esta teoria crítico-dialética: possibilitar uma prática transformadora ou, em outros termos, uma teoria que possibilite uma prática emancipatória (Kennedy, 1986, p. 224; Nobre, 2011, p. 08).

Ao compreender e diagnosticar a sociedade a partir do ela que *poderia ser*, mas não *é*, indicam-se os obstáculos que devem ser superados para alcançar-se essa sua configuração melhor, e, com isto, tem-se reconfigurada a própria relação entre a teoria e a prática – com a primeira orientando a segunda, e esta, circundantemente, submetendo-se à nova reflexão teórica depois de consumada (Neves, 1998, p. 20).

Daí a dizer-se, com MARX e mesmo na linha da sua TESE XI sobre FEUERBACH (Marx; Engels, 1975, p. 05), que a teoria crítica só se pode confirmar na “prática transformadora das relações sociais vigentes” (Nobre, 2011, p. 08).

Tudo o que se pode resumir, como que num epílogo, da seguinte forma. Os objetivos de compreender a atual sociedade capitalista, e de viabilizar um novo sentido para a prática humana (Roderick, 1986, p. 23), realiza-os a teoria crítico-dialética através dos três sentidos da crítica aos quais se propõe a significar. O primeiro destes sentidos vem a sustentar que a separação entre teoria e prática ao modo como a assentou o pensamento científico galileico-cartesiano constitui uma construção da humana *práxis* econômico-social (Bronner, 2011, p.23) e, deste modo, uma instância de manifestação, ao nível mesmo da ciência, do histórico trabalho humano. O segundo deles, por sua vez, vem a considerar que a compreensão total da contemporânea sociedade capitalista, sendo também ela somente uma maneira possível de organização da realidade social, realidade que o pensamento visa apreender nesta sua forma e, também ele, tão só possível e histórico, apenas torna-se completa se se cogitar da forma potencial que pode vir ela a assumir – a forma de uma sociedade *socialmente emancipada*. Com o que vai tudo culminar, especialmente na identificação da *sociedade que poderia ser*, e, assim, em jeito de uma teoria para a prática, num novo sentido para a prática humana – a ação humana deveria agora objetivar a emancipação social e sujeitar-se, depois de consumada, à nova reflexão teórica.

Notas que para uma breve caracterização já bastam.

¹⁴ Para uma significação da liberdade na proposta de HORKHEIMER, cfr.: HORKHEIMER, Max. *Sociedad en transición: estudios de filosofía social*. Barcelona: Planeta Agostini, 1986.

A Teoria Crítica Filosófico-Cultural

Mas há também, como dissemos, uma segunda acentuação epistemológica relevante – exatamente a que se verifica com a teoria crítica de índole *filosófico-cultural* manifestada no contexto do pensamento filosófico francês do último século, e que consideramo-la nas seguintes notas.

Objetivo, Inspiradores e Protagonistas. Também esta “teoria” crítica pretende não apenas compreender a realidade social na sua forma presente – “suscitando o que não é visível, para explicar o visível” (Mialle, 2005, p. 22) – como, igualmente, questioná-la no “que [para ela] é desejável” (Keucheyan, 2013, pp. 02-03) – “Um questionamento sobre os fundamentos do direito, da moral e da política” (Derrida, 2010, p.13) – e, assim, incorporando na sua dimensão “teórica” também uma componente prática – justa, agora, não propriamente associada a um determinado projeto de *emancipação*, mas, no fundo, assumida como uma certa postura ética de *incondicional abertura à face nua do Outro* (Hand, 1989, p. 83).

Nesta nova atitude crítica, como fontes inspiradoras, cedem seus lugares MARX, HEGEL e FREUD à: a) NIETZSCHE, com a sua *genealogia*¹⁵ e teoria das forças como *vontade de potência*¹⁶ (Nietzsche, 1998, p. 12; Nietzsche, 1999, p. 450); b) KANT, que permanece ainda com o seu projeto crítico *enquanto reconstrução de condições de possibilidade*, mas ao que se lhe acresce a experimentação da *singularidade* pela via da *estética do sublime* (Anahory, 2002, pp. 131-154); e, por fim, c) LEVINAS, com a sua proposta ética de absoluta *abertura ao Outro* (Hand, 1989).

Diferentemente da teoria crítica de índole dialético-materialista, esta segunda vertente não resulta de uma concertação deliberada de intelectuais em torno de um programa específico de finalidade, em que a emancipação social apareceria justamente como esse fim a atingir-se. Não. Mas isso não impede, entretanto, que não se reconheça alguma conjugação entre projetos independentes na formação de um núcleo crítico comum, sobretudo por estarem estes projetos compartilhando de uma mesma tradição filosófica (a pós-modernidade).

Ora, é bem isto o que resulta da conjugação de FOUCAULT, LYOTARD e DERRIDA, os *protagonistas* ou interlocutores maiores desta nova atitude crítica. “Teoria” que, a despeito disso, não se compreende senão mesmo a partir do entrecruzamento dos seus próprios protagonistas.

O *saber-poder e o poder-saber na produção das verdades históricas*. Com efeito, o primeiro destes três protagonistas, e, assim, o primeiro grande contributo para a formação deste novo *êthos crítico* vem a dá-lo precisamente FOUCAULT – e este decerto pela influência de NIETZSCHE – com a sua *arque-genealogia* do

¹⁵ “Enunciemo-la, esta *nova exigência*: necessitamos de uma *crítica* dos valores morais, o *próprio valor destes valores deverá ser colocado em questão* – para isto é necessário um conhecimento das condições e circunstâncias nas quais nasceram, sob as quais se desenvolveram e se modificaram...” (Nietzsche, 1998, p. 12).

¹⁶ “Esse mundo é a vontade de potência – e nada além disso! E também vós próprios sois essa vontade de potência – e nada além disso!” (Nietzsche, 1999, p. 450).

saber-podere do poder-saber.

FOUCAULT, como se sabe, assume fundamentalmente o problema da *verdade* como sendo o seu problema principal de investigação, e, com isto, empreender uma *história dos sistemas do pensamento* – ou uma *história crítica da modernidade* – para ele significa, antes de mais, empreender uma história de reconstrução das condições dispersas, dos detalhes não registrados, e dos fatos marginalizados que possibilitaram a *emergência* de verdades históricas, sociais e culturais (Candiotto, 2006, p. 67).

Em sua *história crítica da modernidade*, ao olhar simultaneamente para as condições históricas que fizeram “emergir, transformar ou desaparecer esse ou aquele objeto”, e para os modos de constituição que permitiram forjar um determinado sujeito no “seu estatuto, sua posição, sua função e [n]os limites do seu discurso” (Foucault, 1984, p. 46), FOUCAULT evidencia – e este é o ponto no qual importa considerá-lo – que os conhecimentos tornados fixos e universais como *verdades-constatação* típicos da modernidade reproduziam, num seu nível mais íntimo, a articulação essencial entre o jogo de regras estabelecido para atribuição de veracidade a determinado conhecimento e as relações de poder verificáveis numa certa época e num conjunto diverso de práticas discursivas – o que CASTANHEIRA NEVES sintetizaria iniludivelmente num só *acontecimento frasal* (Leeten, 2015, p. 136), e este decerto insuperável, como um “poder pelo saber e saber como poder” (2008, p. 593).

Isto é, FOUCAULT revela-nos que as *verdades-constatação* próprias do conhecimento científico moderno, e, assim, supostamente decorrentes do exercício rigoroso e *hiperbólico* da razão, encontravam-se no mais profundo da sua intimidade investidas de poder para que produzissem seus efeitos de verdade na relação estabelecida com um conjunto de práticas e, desse modo, cumprissem sua funcionalidade de governo das pessoas mediante *normas racionais* – critério normalizador ou de regularidade social –, como também, e ao mesmo tempo, encontravam-se investidas de efeitos de verdade as encobertas relações de poder para que assim legitimassem-se e justificassem-se racionalmente nas desigualdades sobre as quais se estabeleciam e amplificavam¹⁷ (Candiotto, 2007, p. 204-205).

Ora, no que toda esta análise de FOUCAULT acerca dos *saberes* e dos *poderes* vem a culminar é, afinal, numa (re)perspectivação de o próprio poder: todas as relações sociais são *imanes relações individualizadas de poder*, relações multidirecionais entre *poderes*, ou entre estes e as suas correspondentes *resistências*, que se encontram capilarizadas e dispersas na sociedade, e, portanto, cujo exercício não se encontra exclusivamente concentrado num institucionalizado sistema político.

¹⁷ Assim evidenciará, por exemplo, a respeito da loucura como doença mental, como verdade de doença mental, que emergiu senão antes como produto de exaltação da necessidade de compreender-se a verdade sobre a antítese racional que trazia em sim

Enquanto nas mundividências tradicionais, e mesmo na teoria crítico-dialética, o poder e o seu exercício encontram-se institucionalizados em um sistema político – e assim, consequentemente, *transcendente* às relações sociais e *negativo* à possibilidade de um seu exercício multidirecional/disperso na sociedade –, com FOUCAULT passa ele a ser encarado de um ponto de vista *microscópico, relacional e capilar*: todas as relações individuais manifestam um poder e uma resistência, e o conjunto dessas relações não se pode considerar senão como uma teia muito complexa de interferências e interconectividades entre cada um desses poderes e resistências.

Heterogeneidade, incomunicabilidade e indecidibilidade. O segundo passo na formação desta nova vertente crítica vem a dá-lo LYOTARD, em termos de uma certa concepção da linguagem e de uma certa celebração da *heterogeneidade-incomunicabilidade* como *diferendo*, ou com a sua filosofia do *diferendo* (Lyotard, 1988).

Nesta filosofia acerca/do *diferendo*, LYOTARD pressupõe uma concepção da linguagem (senão já *anti-linguagem*) como sendo esta um fato em que se tem, essencialmente, seres de comunicabilidade e diferentes formações linguísticas – *jogos de linguagem* ou *gêneros de discurso* – cada qual com as suas respectivas regras de significação e todos numa *agonística* geral (Lyotard, 1988, p. 11; Papastephanou, 2001, p. 41).

Ao mobilizar o sistema linguístico para significar, não está o ser de comunicabilidade condicionado, à partida, à utilização de um determinado gênero discursivo em razão da finalidade ou do sentido da comunicação que pretende ver captado pelo seu interlocutor. Como também, por outro lado, não se encontram *aprioristicamente acabados* os diversos gêneros discursivos de modo a que pudesse o ser de comunicabilidade identificá-los, conhecê-los quanto às suas regras, e então mobilizá-los conforme fossem as suas intenções (Lyotard, 1988, p. 11).

Em suma: nesta concepção de linguagem como a compreende LYOTARD, nem tem o sujeito a disponibilidade de escolher um entre os diversos gêneros de discurso conforme a intenção que pretendesse atingir com uma sua comunicação, como nem estão, desde logo, estabelecidas todas as regras de mobilização desses gêneros discursivos de modo a permitir que este sujeito as pudesse conhecer e, assim, selecionar um dentre todos.

No que vai desaguar este movimento de *desantropologização* da linguagem tal como a compreende LYOTARD? Bem, num duplo reconhecimento, sendo este o primeiro: “A frase não é nenhum ato de fala ou uma forma gramatical, porém um acontecimento [anônimo e autônomo]. É um acontecimento entre um emissor, um endereçado, um referente e uma significação” (Leeten, 2015, p. 136).

Ora, sendo certo que “cada frase forma um universo autônomo”, e que cada “frase subsequente pode suprimir a frase anterior, ao possibilitar um universo novo”, inclusivamente ao poder exprimir-se nos termos de

um diferente gênero discursivo, a inexistência de uma “metarregra para a concatenação” (Leeten, 2015, p. 137) – reconhecerá LYOTARD (1988, p. 10) – condenará o diálogo entre os seres de comunicação a uma incontornável fratura, senão mesmo a uma impossibilidade, e, com ela, a uma consequente *indecidibilidade*.

O que é esta *incomunicabilidade-indecidibilidade* senão já um diferendo?¹⁸ Não é ele já o próprio *testemunho* de heterogeneidade a se *testemunhar* (Lyotard, 1988, p. 11)? O que são essas nossas comunicações senão já *falsos litígios*? Ora, a partir daí, o salto: testemunhar o *diferendo* enquanto *práxis* de justiça significa, antes de mais, “aprender a ver o outro de todo acontecimento frasal – concerne ao atentar para o incidente” (Leeten, 2015, p. 138).

Différance, singularidade e desconstrução. Invocar *atestar* a inexistência de um *metaidioma integrador* que tornasse viável a própria comunicabilidade não tem só o efeito de testemunhar e esperar uma consagração-*normalização* da heterogeneidade do tempo presente. Este reconhecimento desloca-nos também, e assim o nosso pensamento, para as *singularidades contextuais* formadoras desta mesma heterogeneidade, e é este o contributo que se nos oferece a perspectiva de DERRIDA, o terceiro e último protagonista dessa específica vertente crítica.

Com efeito, este deslocamento para a singularidade torna-o possível DERRIDA, dentre outros momentos do seu percurso, também a partir da crítica que dirige à *presença (metafísica) do significado* na concepção do estruturalismo da linguagem de SAUSSURE. Este modo de conceber a linguagem tal como propôs SAUSSURE parte da ideia de que o sistema linguístico humano forma-se de/a partir de *diferenças*, em que o significado de um determinado significante somente torna-se alcançável mediante o emprego de um *método de diferenciação* (Saussure, 2002, p. 68), isto é, diferenciando-se este significante do qual se quer o significado de outros significantes – e assim o significante gráfico composto pelas letras B-O-T-E teria o significado de “bote” por diferenciar-se dos significantes “p-o-t-e”, “n-o-t-e”, “l-o-t-e”, etc.¹⁹ (Eagleton, 2001, p. 132-133).

Ocorre, entretanto, que tentar alcançar um determinado significado a partir deste método de diferenciação de significantes condena-nos a perquirir, interminavelmente, pelo significado dos *outros* significantes convocados no processo de diferenciação-*exclusão* do primeiro (Eagleton, 2001, p. 175). Ora, se assim o é, não seria já um determinado *significado* produto de uma teia muito complexa de diferenciações entre diversos significantes, e, com isso, o signo uma unidade *assimétrica* entre significante e significado (Eagleton, 2001,

produzia e sob cujos efeitos estariam assentadas as bases do seu hipertrofiado poder (Foucault, 1997, p. 50).

¹⁸ Diferendo (*différend*): “La diferencia (en el sentido que damos aquí al término) es el estado inestable y el instante del lenguaje en que algo debe poderse expresar en proposiciones no puede serlo todavía. Ese estado implica el silencio que es una proposición negativa, pero apela también a proposiciones posibles en principio. Lo que corrientemente se llama el sentimiento señala ese estado “Uno no encuentra las palabras adecuadas”, etc.” (1988, p. 25-26).

¹⁹ Ao que se acresce a seguinte informação adicional: para esta concepção, todo “signo deveria ser visto como formado por um “significante” (um som-imagem ou seu equivalente gráfico) e seu “significado” (o conceito ou significado). Os quatro tipos impressos “g-a-t-o” são um significante que evocam o significado “gato”. A relação entre significantes e significado é arbitrária; não há razão inerente pela qual essas quatro marcas devam significar “gato”, a não ser a convenção cultural e histórica” (Eagleton, 2001, p. 133).

p. 132-133)?

A significação é o subproduto de um jogo potencialmente interminável de significantes, e não um conceito firmemente ligado a um determinado significante. O significante não nos revela o significado diretamente, como um espelho reproduz uma imagem; na língua, não há uma série harmoniosa de correspondências diretas entre o nível dos significantes e o nível dos significados. [...] Outra maneira de dizer o que se expôs acima é afirmar que a significação não está imediatamente *presente* em um signo. Como a significação de um signo depende daquilo que ele *não* é, tal significação está sempre, de alguma maneira, ausente dele. A significação, se assim quisermos, está dispersa ao longo de toda uma cadeia de significantes e não pode ser facilmente fixada; ela nunca está presente apenas em um signo, mas é antes uma espécie de constante oscilação de presença e ausência (Eagleton, 2001, p. 176).

Numa só palavra, portanto: um determinado significado encontrar-se-á sempre dependente de *outros* significantes e do *contexto* em que inserido. Ora, sendo estes contextos permanentemente *instáveis*, os significantes e significados passam também a circular de modo permanente, evoluem, variam no tempo, e, portanto nunca se estabilizam, encontram-se em constante *différance* – esta precisamente a *différence différée* no tempo e no espaço que a *desconstrução* revelaria. *Différance*, assim, que a desconstrução tornaria possível enquanto pensamento de *alteridade*, e, ao mesmo tempo, enquanto prática existencial de *celebração da singularidade*, ao sempre convocar o *contexto* – ele mesmo *irrepetível, único, singular* – e os *rastros e vestígios* de *outros* significantes (senão já do *Outro!*) na determinação de um significado (senão já do *Eu!*).

Ora, em jeito de uma síntese, o que significa a conjugação desses três diferentes contributos no contexto deste específico *êthos crítico*? Bem, a desconstrução se converte-*dociliza* (Foucault, 1999, p. 119) numa metódica empregada para investigar as *microscópicas* e dispersas relações de poder – mas para analisá-las, importa acentuar, tendo em conta as suas *singularidades* e *irrepetibilidades* – e tudo com vistas ao objetivo final de invertê-las ao nível das soluções que forem sendo dadas. E, com isto, passa a haver aqui um projeto de *alteridade* pensado ao nível destas próprias *singularidades*, isto é, uma *inversão de poderes* pensada nos termos da sua singularidade estrutural particular, da sua diferença, e, assim, ela própria uma inversão *entregue ao Outro*.

Pelo que o sentido da *crítica* para esta teoria crítica filosófico-cultural passa a ter duas dimensões, fundamentalmente: a) *crítica*, primeiro, como a propõe KANT e enquanto *reconstituição das condições de possibilidade* – neste caso, dos nossos discursos e das nossas práticas; b) *crítica*, depois, também um pouco associada – problemática maneira de assim considerar a questão, reconheçamos! – à ideia de emancipação, porque, no fundo, esta atenção à singularidade vai permitir detectar as relações entre poderes e resistências tal como elas atuam em concreto, e, assim, vai possibilitar as suas inversões (ou a realização de alguma justiça) mesmo ao nível microscópico.

PROJEÇÕES CRÍTICAS NO PENSAMENTO JURÍDICO

Mas não ficam estas teorias – e outras tantas que, todavia, não poderemos aqui interpelar – com a sua

crítica restrita apenas ao pensamento científico e filosófico em geral e neste contexto. Decerto na mesma *acrítica* intenção de projetar no pensamento jurídico os marcos de uma *filosofia* ou *teoria* global e assim considerar o direito dentro e a partir destes marcos – *acrítica* insistência que este pensamento vem, entretanto, sistematicamente manifestando –, também elas experimentam-se do/no direito e com o objetivo de definir, uma vez mais ao nível do pensamento que o pensa e do método que o realiza, uma autêntica “teoria crítica *do* direito”.

É este o ponto que agora mais diretamente nos interessa, e a respeito do qual importa perguntar: de que modo, e com quais desenvolvimentos, pretendem elas definir uma – senão mesmo várias, já o veremos – teoria crítica do direito?

Pergunta “que não exclui e antes impõe” (Neves, 2008, p. 604) a renovação de uma advertência: se uma pluralidade de vozes, tendências, correntes e desenvolvimentos críticos já antes se enunciavam ao nível do pensamento científico e filosófico em geral, no contexto do pensamento e da metodologia do direito, não só esta diversidade não se elimina como potencia-se, pelo que ficaremos então e apenas pela consideração das “teorias críticas do direito” projetadas a partir dos marcos daquelas matrizes primevas – de um lado, as teorias críticas do direito de índole crítico-dialética (*teoria crítica do direito em geral, Critique Du Droit e Uso Alternativo do Direito*), e, de outro, as teorias críticas de índole filosófico-cultural (*Critical Legal Studies*).

Teorias Crítico-Dialéticas do Direito

Estas as teorias que, numa base neomarxista, projetam teorias do direito de índole abertamente dialético-materialistas.

Teoria Crítica do Direito

Experimentando o direito e com o objetivo de definir uma sua engajada “teoria crítica”, propõe a teoria crítica de índole dialético-materialista trazer para este universo, ao nível do pensamento estritamente jurídico e da metodologia que o concretiza, o particular sentido de *crítica* que lhe caracteriza e o correlato programa *emancipatório* que assume, sentido e objetivo que o direito deveria afinal adotar se se quisesse autenticamente *direito justo* (Neves, 1998, p. 22; Neves, 2011, p. 400).

Também aqui o ponto de partida é a *totalidade*, totalidade à qual o direito iria referível como instância de manifestação da humana *práxis* econômico-social e por cuja prática teria o homem constituído-lho e mediante a qual o reproduz. Direito e pensamento jurídico que ocupariam assim uma muito precisa posição nesta sociedade-*totalidade* – certamente aquela que se identifica com o patamar da “super-estrutura ideologicamente explicável e genético-determinantemente redutível” (Neves, 1998, p. 23) – e que desenvolveriam uma muito específica função – aquela de alienação e legitimação da ordem social estabelecida (Kennedy, 1986, p. 244).

E então somente seria compreensível este direito se, primeiramente, fosse rejeitado o pensamento jurídico e a dogmática tradicional para ver mobilizada, em seu lugar, uma nova teoria, uma unidade *teoria-prática* com o sentido de “teoria como momento da *práxis* e a razão como razão *engagé*” (Neves, 2011, p. 400). Este o primeiro sentido da *crítica* ao direito.

Crítica que, todavia, não se esgota por aí. Também o direito se se quisesse compreensível deveria manifestar, e o novo pensamento jurídico apreender, aquilo que nele existe como possibilidade, sendo esta possibilidade precisamente a devenida da sua versão *emancipatória*. E daí, portanto, a resultar numa segunda orientação para a emancipação que este direito agora crítico deveria metodologicamente realizar: “o grande objectivo seria a *emancipação* (ou «libertação») dos homens socialmente alienados através de uma crítica e actuante intenção prospectiva, de uma interventora e contínua acção de transformação da actual sociedade” (Neves, 2011, p. 400).

Daí os seus pontos característicos: uma crítica desmistificante ou «desconstrutora», e em recusa teórica, do pensamento jurídico e da «ciência do direito» tradicionais; um proclamado compromisso ideológico-político a impor à juridicidade; uma atenção crítico-analítica à realidade social; uma perspectivação metodológica que orientasse as decisões concretas no sentido de uma justiça emancipadora que não recuaria *inclusive*, nas posições mais radicais, perante uma frontal preterição da norma legal em nome daquela justiça (Neves, 2011, p. 400-401).

Embora, de fato, e como nos alerta DAVID KENNEDY, o direito não tenha constituído um tema de investigação central para grande parte dos intelectuais ligados a esta tradição crítica²⁰ – quando muito “seus trabalhos tipicamente tratam o direito a partir do exterior - como um objeto de estudo, como uma instância da ideologia congelada ou como um mecanismo de legitimação”²¹ (Kennedy, 1986, p. 244) –, são estas em geral as suas notas características mais relevantes, e, também, das jurídicas teorias críticas que nela se inspiraram, e de cujas *misinterpretations* (Linhares, 2013, p. 07) não descuramos, entretanto.

Ora, aqui, o direito e a sua *validade* são, desde logo, tomados de assalto pela *suspeição*, acrítica suspeita – pois ela mesma assentada num postulado dogmatismo marxista – que converte o objetivo em subjetivo, o absoluto em relativo e a justiça em sectarismo, com o direito afinal considerado não mais que um *projeto de poder* ou como *instrumento ideológico a serviço de um poder* (Correas, 1993, p. 12), incompreendido “*qua tale*, ou seja na normatividade constitutiva dele como direito – e a essa normatividade nos seus também constitutivos pressupostos culturais, na sua intencionalidade normativa, no tipo da sua racionalidade e no seu modelo operatório e de realização” (Neves, 1998, p. 24). Este o primeiro equívoco do qual diremos, com CASTANHEIRA NEVES, o da “indiferenciação no global todo da especificidade de tudo” (Neves, 1998, p. 24).

²⁰ Referimo-nos, por óbvio, aos nomes que compuseram ou ainda compõem o círculo do *Institut für Sozialforschung*, ressaltados, evidentemente, os nomes de NEUMANN e HABERMAS cujos contributos para o pensamento jurídico são bem conhecidos e explorados.

O que vale também para o pensamento jurídico e a este nível epistemológico, chamado a assumir, na rejeição da dogmática tradicional com os seus muito evidentes “pressupostos ideológicos” e contradições internas (Coelho, 1995, p. 65-66; Warat; Pêpe, 1996, p. 65-66), o mesmo compromisso político-ideológico e bem assim a apontar, na prática transformadora enquanto *emancipação*, para a “superação da sociedade burguesa e defesa de uma “ideologia progressista” que tem o socialismo como modelo” (Neves, 1998, p. 23). Pensamento que desse modo, e na relatividade de tudo, deveria abdicar da sua neutralidade para tomar um partido, e este decerto o dos *dominados* – o segundo equívoco.

E isto tudo a culminar num terceiro e ainda mais problemático equívoco, este ao nível da metodologia do direito, que impõe um específico modelo de juiz – o do juiz político, progressista, senão mesmo já socialista – pois só este apto a concretizar a “validade” do direito em condições ideológicas no sentido daquela justiça emancipatória (Herkenhoff, 1994, p. 94), justiça que assim e na relatividade de tudo, uma vez mais, seria justiça somente para alguns e por isso já político-ideologicamente comprometida. Tudo o que se pode sintetizar numa só palavra: aqui o direito reduz-se político-ideologicamente a um *instrumento*, e nada mais!

Isto em geral acerca da jurídica teoria crítica resultante da projeção, ao nível do pensamento e da metodologia do direito, daquela matriz de índole dialético-materialista antes considerada. Mas cujas notas principais e equívocos vemos, entretanto, reproduzidos num ou noutro sentido por algumas formulações críticas que, senão diretamente dela decorrentes, são-lhe de todo análogas. Consideraremos muito brevemente apenas duas dessas propostas – a *Critique du Droit* e o *Uso Alternativo do Direito*.

Critique Du Droit

O *mouvement critique du droit* tem sua origem estabelecida no contexto francês da década de 1970, precisamente no ambiente acadêmico das universidades do sul da França (Lyon, Montpellier, Saint-Etienne, Grenoble, Nice, Toulouse, etc.) (Kaluszynski, 2011, p. 22), e surge na esteira da publicação de a *Introdução crítica ao direito* (2005) de MICHEL MIAILLE com o objetivo declarado de “actuar contra la ciencia jurídica oficial, la ciencia jurídica tradicional” em vista de “elaborar una Teoría del Derecho alternativa” – e daí a sua orientação mais epistemológica do que fundamentalmente transformadora (Jemmaud, 2006, p. 112).

Este movimento, que depois veio a dar origem em 1978 à *Association Critique du Droit*, isto pela iniciativa de JEAN-JACQUES GLEIZAL, PHILIPPE DUJARDIN, JACQUES MICHEL e CLAUDE JOURNÈS, reunia, como diz-nos ANTOINE JEMMAUD, “un grupo de jóvenes docentes, de provincia, y, en su mayoría, con compromisos políticos en la izquierda” (2006, p. 111). Eram eles, além de MIAILLE, JEMMAUD e

²¹ Versão original: “Their work typically treats law from the outside - as an object of study, as an instance of congealed ideology or as a mechanism of legitimization” (Kennedy, 1986, p. 244).

os fundadores da associação, PAUL ALLIÈS, ROBERT CHARVIN, GÉRARD FARJAT, MICHEL JEANTIN, EVELYNE SERVERIN, JACQUES POUMARÈDE, GEORGES KHENAFFOU, JEAN-FRANÇOIS DAVIGNON e GÉRAUD DE LA PRADELLE (Kaluszynski, 2011, p. 23-24).

Sua filiação principal era MARX, e este decerto também pelas mediações de: a) LOUIS ALTHUSSER, e sua reflexão acerca do direito “notamment dans son article *Idéologie et appareils idéologiques d'État*”; b) PASHUKANIS, com o seu pensamento em geral e em especial “*La théorie générale du droit et le marxisme*”; c) NICO POULANTZAS e seus “études sur les rapports entre *Pouvoir politique et classes sociales*” (Kaluszynski, 2011, p. 23); e sem excluir, ainda, outros diálogos produtivos estabelecidos com FOUCAULT, BOURDIEU, etc. (Jemmaud, 2006, p. 113).

O objetivo geral “résolument pédagogique” (Kaluszynski, 2014, p. de internet) de construir uma *ciência crítica do direito* – uma ciência jurídica “epistemológicamente fundada” no materialismo dialético (Lledó, 1996, p. 91) – realiza-o a *critique du droit* em dois momentos claramente diferenciáveis.

O primeiro deles, que data da publicação do *manifesto* de 1978, marca o período das reflexões na linha da filosofia e da teoria do direito (Lledó, 1996, p. 91). Muito basicamente, trata-se do momento – que, entretanto, veio depois a reconhecer-se como falhado – de lançamento da plataforma crítica pretendida: “construir, frente a la ciencia jurídica tradicional, una nueva teoría general (social) del Derecho «verdaderamente científica», autosuficiente, coherente y exhaustiva” (Lledó, 1996, p. 91).

Incorrendo em semelhante equívoco que a jurídica teoria crítica, *misinterpretation* sem mais atribuível à mesma base *crítica* assentada em MARX, a teoria do direito tradicional que se haveria de rejeitar era precisamente aquela que manifestava o formalismo, o idealismo e tudo mais de epistemologicamente repudiável que afinal ocultava a “realidade em movimento” na qual o direito se teria constituído e onde encontraria seu “futuro possível” (Miaille, 2005, p. 23) – direito ele assim expressão das contradições e lutas entre as classes sociais (Lledó, 1996, p. 91) e a respeito do qual importava questionar “que tipo de direito produz tal tipo de sociedade e porque é que esse direito corresponde a essa sociedade?” (Miaille, 2005, p. 68).

La tarea pues no era sólo crítica (denunciar «los atolladeros de una supuesta “ciencia” autónoma del derecho») sino también constructiva: había que «construir rigurosamente el objeto “derecho” como *nivel específico*, pero *sólo como nivel* de un *todo social*», y dilucidar las modalidades de las relaciones entre «las condiciones de la vida material» y las formas jurídico-políticas, centrándose en éstas en cuanto «modo de representación, arreglo y reproducción de las relaciones sociales de producción de la vida social»; [...] el Derecho participa en la misma constitución, funcionamiento y reproducción de las relaciones sociales; la sociedad capitalista es esencialmente jurídica, pues el Derecho moderno es una representación y mediación específica y necesaria de sus relaciones de producción (Lledó, 1996, p. 91-92).

Critique épistémologique du droit que vemos assim, sem mais, renegar a sua pretensa neutralidade para também reproduzir a mesma relatividade de tudo, mas para reproduzi-la num seu sentido muito específico: suscitar “o que não é visível, para explicar o visível”, com este *invisible*/representando, ao fim e ao cabo, o mesmo

comprometimento ideológico do pensamento jurídico tradicional – e do próprio direito, como afinal reconheceria MIAILLE ao considerá-lo um instrumento necessário “ao funcionamento e à reprodução de um certo tipo de sociedade” (Miaille, 2005, p. 27) – com o sistema de produção capitalista²² (Lledó, 1996, p. 91; Kaluszynsk, 2014, p. de internet).

Pelo que a crítica tomaria, neste momento inicial, duas formas essenciais: a) *crítica*, primeiro, enquanto *reconstituição das condições de possibilidade* – neste caso do pensamento jurídico tradicional e das suas categorias de inteligibilidade (no que a *desconstrução* aparecerá aí como condição indispensável) (Kaluszynsk, 2014, p. de internet); b) *crítica*, depois, enquanto prática transformadora, mas como prática pedagogicamente transformadora do ensino e do pensamento jurídico.

Já num segundo momento, a ambição do projeto inicial cede seu lugar a uma intenção mais modesta, e assim se deixa a filosofia e teoria do direito para voltar-se à dogmática, mas para constituir uma que seja crítica. Na base desta viragem está, fundamentalmente, o reconhecimento de que “decir que el Derecho «conforma» o «mediatiza» las relaciones capitalistas de producción” não permite compreender como essa conformação ou mediação se opera na concreta regulação jurídica (Lledó, 1996, pp. 92-93).

Daí que, deixando-se os problemas do direito e do pensamento jurídico em si, passa a investigação a concentrar-se agora “en la tecnología y la práctica de la regulación jurídica” dos diversos ramos do direito, e bem assim nos seus temas capitais como “la representación (contractual o jurídico-política), la producción social de las normas jurídicas, los «lugares» para la formalización y tratamiento jurídico de los conflictos, [...] la ambivalencia del Derecho laboral”, etc., isto tudo numa abordagem que se revelará “marcadamente empírica e interdisciplinar” e com vistas a realização do mesmo objetivo (Lledó, 1996, pp. 92-93).

Crítica do direito que assim sujeitar-se-á aos mesmos problemas e às mesmas críticas já referidas, mas ao que somar-se-á, entretanto, uma nova: a sua conversão já em uma sociologia do direito e, assim, numa perspectiva de observador externo.

Uso Alternativo do Direito

Diferentemente da proposta anterior, a corrente que em Itália e, depois, em Espanha e na América Latina veio a denominar-se de *Uso Alternativo do Direito* não resulta de um projeto científico teoricamente estruturado ou com esta intenção de construir uma ciência (Wolkmer, 2002, p. 41). Quando muito se lhe reconhecerá tão

²² “O jurista teórico, embora creia que é perfeitamente independente na sua investigação e no seu ensino, é o joguete de uma ilusão: ele não faz mais do que reflectir o sistema jurídico que julga estar a analisar, participa na sua reprodução. Afastemos, desde já, uma pernicioso querela: a boa fé ou a sinceridade do nosso teórico não está em causa. Apenas conta o movimento que efectivamente se realiza. Qualquer que seja o argumento de boa vontade, se o discurso do nosso jurista retoma, sem as criticar, as noções, os modos de raciocínio e as instituições que são correntes na prática social que o rodeia, ele coloca-se objectivamente ao serviço dessa prática social” (Miaille, 2005, p. 29).

somente a intenção de constituição de uma *crítica* metodologia do direito – também falhada (Souza, 2001, p. 80) –, e esta, como de resto já referido, em oposição ao modo tradicional e formalista de concreta realização do direito.

Com efeito, esta proposta considera-se pensada inicialmente em Roma-Itália, precisamente entre os dias 03 e 05 de dezembro de 1971, durante um encontro de juristas promovido pela *Magistratura Democratica* em que se objetivava refletir acerca da formalista e *classística* metodologia do direito mobilizada pela jurisprudência italiana, e sobre os caminhos possíveis – *alternativos* – que se poderia tomar na concretização de uma *justiça emancipatória* (Souza, 2001, p. 73-74). Tema este que depois veio a se consolidar a partir da realização de um novo encontro, em maio de 1972 em Catania, organizado por PIETRO BARCELLONA e intitulado *L'uso Alternativo del Diritto*, também promovido pela *magistratura democrática* e com o mesmo objetivo (Ibañez, 2006, p. 08).

A sua orientação ideologicamente engajada se deve ao fato de os seus principais representantes (em Itália, PIETRO BARCELLONA, GIUSEPPE COTTURI, LUIGI FERRAJOLI, SALVATORE SENESE, VINCENZO ACCATTATIS; em Espanha, LÓPEZ CALERA, SAAVEDRA LÓPEZ, ANDRÉS IBÁÑEZ) (Wolkmer, 2002 p. 42; Lledó, 1996, p. 94) terem ido buscar inspiração, uma vez mais, em MARX e em neomarxistas como ALTHUSSER, GRAMSCI, POULANTZAS, etc.

Em linhas muito gerais, considerava este movimento crítico que “em uma sociedade capitalista como é a nossa não existem interesses unitários e homogêneos, mas interesses de classe contrapostos” (p. 33), de modo que sendo a lei – e esta enquanto a própria totalidade do jurídico – também um domínio burguês, o modelo de realização do direito baseado no “juiz *bouche de la loi* todo dedicado à fiel aplicação da lei” não constituiria mais do que um “mito desgastado do Iluminismo” (tradução nossa)²³ (Cossuta, 2011, p. 33).

Pelo que, e dessa maneira, “a suposta despolitização da magistratura na realidade [escondia], de acordo com esta perspectiva, a adesão incondicionada da mesma aos valores políticos dominantes” (tradução nossa)²⁴ (Cossuta, 2011, p. 35), razão pela qual se haveria de postular por uma outra jurisprudência, por uma que fosse crítica e consolidasse a realização do direito no sentido da *emancipação* das classes subalternas (Neves, 2011, p. 402-403; Cossuta, 2011, p. 38).

Realização que não haveria de lograr-se – ponto importante a ressaltar – fora dos quadros constitucionais e bem assim em rompimento com a ordem legal instituída. Tratar-se-ia, no fundo, de tão somente reorientar a realização do direito através de “un procedimiento dirigido a reconocer y a decidir, a la vista del caso concreto, los criterios de valoración y del juicio factualmente relevantes, es decir, adecuados progresivamente” ao objetivo final da *emancipação social* (Souza, 2001, p. 76).

²³ Versão original: “in una società capitalistica come è la nostra non esistono interessi unitari e omogenei ma interessi di classe contrapposti” [...] “il giudice quale bouche de la loi tutto dedicato alla fedele applicazione della legge” (Cossuta, 2011, p. 33).

O que, nestes termos, significava uma vez mais impor um específico modelo de juiz – este o do juiz estrategista – como a *alternativa possível*, e a única político-ideologicamente aceitável, de concretização do direito num seu sentido emancipatório e assim de realização da justiça para os subalternizados – “pensamento que já hoje [...] acabaria afinal por negar o direito, enquanto tal, nessa sua total instrumentalização político-ideológica” (Neves, 2011, p. 404).

Teorias Crítico-Filosóficas do Direito

Pelo lado da teoria crítica filosófico-cultural há, também, outro conjunto de teorias do direito que nela vão buscar inspiração ou que, de alguma maneira, constituem-se como novos filões críticos decorrentes do principal movimento jurídico crítico de índole filosófico-cultural.

Referimo-nos, decerto, ao movimento do *Critical Legal Studies* (Crits) – este especialmente fundado na linha crítica filosófico-cultural resultante da conjugação de FOUCAULT, LYOTARD e DERRIDA – e bem assim às *Feminist Jurisprudences*,²⁵ *Critical Race Theory*, *Postcolonial Law Theory*, etc., que no *Critical Legal Studies* (Crits) vão buscar sua inspiração e, também pela mediação destes, na teoria crítica filosófico-cultural anteriormente enunciada (Kennedy, 1992, p. 287). Começemos daí, sem antes deixar de relembrar, porém, que sendo a nossa intenção muito mais econômica com este movimento crítico, limitaremos-nos a uma sua consideração muito a traço grosso.

Origem, protagonistas e desenvolvimento. Tal qual o já referido movimento do *Uso Alternativo do Direito*, também o dos *Critical Legal* tem a sua origem associada com um encontro de juristas (a *Conference on Critical Legal Studies* realizada em Madison, Estado do Wisconsin – EUA) que em certa altura (em maio de 1977, contemporânea, por isso, às anteriores jurídicas teorias críticas) resolveram conjugar-se para refletir conjuntamente acerca da possibilidade de desenvolverem um estudo do direito segundo uma perspectiva *crítica*, perspectiva que haveria de significar, por outras palavras, não mais que a possibilidade de darem curso a um estudo do jurídico conforme um ponto de vista *político* (Kennedy, 1992, p. 283; Lledó, 1993, p. 39).

Naquele momento, encabeçavam este movimento DAVID TRUBEK, DUNCAN KENNEDY, RICHARD ABEL, THOMAS HELLER, MORTON HORWITZ, STEWART MACAULEY, RAND ROSENBLATT, MARK TUSHNET e ROBERTO MANGABEIRA UNGER²⁶ (Lledó, 1993, p. 39). Nomes aos quais associaram-se depois, e não exatamente numa ordem cronológica, os de ALAN HUNT, CLARE

²⁴ Versão original: “La presunta apoliticità della magistratura in realtà cela, secondo questa prospettiva, la adesione incondizionata della stessa ai valori politici dominanti (Cossuta, 2011, p. 35).

²⁵ Para uma consideração em geral das *Postmodern Jurisprudences*, e, em especial, da relação entre as *Feminists Jurisprudences* e o *Critical Legal Studies Movement*, nomeadamente destas como “movimento interno” dos *Crits*, cfr.: MINDA, Gary. *Postmodern legal movements*. Law and Jurisprudence at century’s end. New York: New York University Press, 1995, pp.140-141.

²⁶ Referimo-nos aos *scholars* que assinaram a carta de convocação para o evento (Lledó, 1993, p. 39).

DALTON, GERALD FRUG, JACK BALKIN, PETER GABEL, ROBERT GORDON, PETER FITZPATRICK, GARY PELLER, DRUCILLA CORNELL, COSTAS DOUZINAS, LOUIS SEIDMAN, MARTHA FINEMAN e DAVID KENNEDY (Kennedy, 1992, p. 284).

Esses, em geral, os *scholars* filiados a esta corrente crítica cuja sua composição antecipa, desde logo, uma heterogeneidade tanto interna e ao nível dos diferentes desenvolvimentos logrados por cada um dos seus protagonistas, quanto externa e ao nível das suas distintas fontes de inspiração. Aliás, a respeito destas inspirações, são elas: a) no âmbito do pensamento jurídico, principalmente o *realismo jurídico americano*; b) no âmbito do pensamento social, principalmente o *neomarxismo* de base da *teoria crítica de índole dialético-materialista*, sem excluir, também, alguns aspectos da *teoria feminista* em geral; c) no âmbito do pensamento filosófico, principalmente a *teoria crítica de índole filosófico-cultural*, mas, também, alguns contributos do *existencialismo* e da *psicanálise*, dentre outros diálogos possíveis (Kennedy, 1992, p. 284-285; Lledó, 1993, p. 04-05).

O *critical legal studies movement* teve o seu desenvolvimento marcado por três grandes momentos, ou por três grandes gerações se se puder considerar este terceiro momento verdadeiramente uma geração, e não já uma dissidência crítica que somente busca inspiração nas gerações anteriores (Kennedy, 1992, p. 285-287). Nestes três momentos relevantes, a despeito da diversidade de perspetivações, é possível reconhecer um núcleo comum em torno do qual se aglutinam: se “*Law is politics*”, então nem o pensamento jurídico e nem a prática concretizadora de jurisprudência como suas dimensões reais podem ser autônomas, senão pensamento e decisão que devem assumir-se ideologicamente comprometidos – decerto também aqui numa “perspetiva política de esquerda radical” e em contraposição ao impugnando *direito liberal* (Gaudêncio, 2013, p. 07).

Isto é, para os *critical legal scholars*, o pensamento jurídico tradicional – aquele que se haveria de identificar com o *liberalismo-legalista* – constituiria um mecanismo “de legitimação política, um pensamento *ideológico* jurídico-político” *entrincheirador* das desigualdades-*hierarquias* a ser denunciado nesta sua função ideológica e bem assim superado-*invertido* em vista da transformação da hierarquia social existente, “incluindo as suas dimensões de classe, raça e género” (Gaudêncio, 2013, p. 123; Kennedy, 1992, p. 283-284).

Daí porque se houvesse de reconhecer, afinal, que contra um pensamento jurídico de índole política somente poder-se-ia opor, em vista da realização daquele projeto de transformação social maior, um pensamento jurídico com a mesma índole, porém ideologicamente contraposto. Este o núcleo comum aos *scholars*, mas que adquire peculiaridades em cada uma das gerações.

A primeira geração. Com efeito, a primeira destas três etapas constituintes do movimento temo-la compreendida entre a segunda metade da década de 1970 e início da década de 1980 – esta precisamente a geração de DUNCAN KENNEDY, ROBERTO MANGABEIRA UNGER, MARK TUSHNET e PETER GABEL, os seus principais protagonistas.

Para esta primeira geração de *critical scholars* o ponto de partida era exatamente o mesmo a partir do

qual também se haviam lançando as vertentes críticas antes mencionadas: a denúncia das pretensas neutralidade e objetividade do direito, bem como da racionalidade do pensamento jurídico enquanto “ideologia política liberal – ideologia esta a pretender configurar as desvantagens e privilégios de raça, classe e gênero como consequências lógicas da escolha racional privada” (Gaudêncio, 2013, p. 05), em vista de:

demonstrar a indeterminação da doutrina jurídica, no sentido de afirmar que qualquer conjunto dado de princípios pode ser usado para sustentar resultados concorrentes ou contraditórios; levar a cabo uma análise histórica e socioeconômica para identificar os modos pelos quais grupos de interesse particulares, classes sociais ou instituições econômicas *entrincheiradas* beneficiam das decisões jurídicas, apesar da indeterminação das doutrinas jurídicas; expor os modos pelos quais a cultura e o pensamento jurídico *mistificam* (*iludem*) elementos *estranhos* (intrusos-*outsiders*) e legitimam os seus resultados; explicar novas ou previamente desfavorecidas perspectivas sociais e lutar pela sua realização na prática jurídica ou política, inserindo-as no discurso jurídico (Gaudêncio, 2013, p. 06).

Objetivos todos que a primeira geração cumpriria mediante dois programas distintos, na conhecida formulação proposta por UNGER: o de uma *super-theory*, programa crítico ao qual o próprio UNGER se veria vinculado e do qual constituiria o seu representante maior, e o de uma *ultra-theory*, onde estariam GABEL, TUSHNET, GORDON e DUNCAN KENNEDY. As diferenças entre ambos os programas, e, assim, nas propostas desenvolvidas por cada um dos seus protagonistas, estariam predispostas em três domínios, planos ou patamares (Altman, 1993; p. 170; Gaudêncio, 2013, p. 67).

O primeiro deles diríamos ser o plano-patamar que se relaciona com a *abrangência* de perspectivação de cada um dos distintos projetos. Com efeito, em ambas as propostas têm-se a mesma representação da sociedade como produto dos conflitos e das lutas sociais travadas entre os seus indivíduos, e a mesma compreensão da estrutura “condicionante do comportamento e pensamento individual” como resultante da estabilização-*entrincheiramento* daquelas disputas (Gaudêncio, 2013, p. 67). A diferença estaria precisamente no fato de que a *ultra-theory* rejeita a global explicação da sociedade tal como a sugere a *super-theory* no seu objetivo “de apresentar propostas macroscópicas de reconstrução social”, por entender “que as práticas críticas e reconstrutivas não necessitam de nem são assimiláveis por um qualquer sistema teórico” (Gaudêncio, 2013, p. 67).

Rejeição, assim, que nos lança imediatamente para o segundo domínio em que mais uma vez as propostas se diferenciam, sendo este precisamente o plano-patamar que se prende com o *modo* de perspectivação das propostas. A ideia é esta: a realidade social, e bem assim “o direito ou qualquer instituição”, não poderiam ser apreendidos a partir de um ponto de vista macroscópico e assimilados na forma de uma teoria social justamente pelo fato de que não estaria a própria realidade, e as suas estruturas integrantes, autonomizada objetivamente das percepções e juízos construídos a seu respeito.

Daí que, assentada numa radical *indeterminação* a se revelar por meio do método da *desconstrução*, houvessem os *scholars* filiados à *ultra-theory* por bem recusar “a existência de uma estrutura objetiva para o direito ou para o discurso jurídico” tal como a postulava UNGER na sua *super-theory* de caráter mais moderado,

reconhecendo, antes de mais, que “as palavras que constituem os critérios e as doutrinas jurídicas não teriam um significado estável ou fixo, seriam antes *“empty vessels”* em que se poderia verter qualquer significado” (Gaudêncio, 2013, p. 67-68).

Tudo o que culmina num terceiro plano de diferenciação agora “quanto ao que deve constituir uma bem sucedida política libertadora dos constrangimentos *liberais*” (Gaudêncio, 2013, p. 68). Diferença que numa só consideração pode ser sintetizada: enquanto a *super-theory* de UNGER crítica, mas não rompe com a “teoria liberal do direito” e com os valores liberais, a *ultra-theory* de GABEL, TUSHNET, GORDON e KENNEDY postula por um seu total abandono, reconhecendo que “a política nunca será adequadamente libertada do seu *“undue liberal confinement”* até que se desista da ideia segundo a qual o direito, ou qualquer outro sistema de regras, possa objectivamente controlar a acção e o pensamento subjectivos” (Gaudêncio, 2013, p. 69).

A segunda geração. Projeta-se, entretanto, a partir da segunda metade da década de 1980 até o seu final uma segunda geração de *scholars* – a que corresponderiam como *caput scholae* os nomes de DALTON, FRUG e BALKIN, principalmente. Com efeito, esta geração parte de outro pressuposto – a rejeição das *contradições fundamentais* – e visa outro objetivo – “demonstrar que toda a interpretação jurídica de textos jurídicos privilegia um sentido relativamente a outros possíveis significados” valendo-se, para isto, das “críticas pós-modernas da *desconstrução* ao pensamento e aos casos jurídicos”. Crítica que, ao final e nesta intenção, viria a defender que “todas as hierarquias, no pensamento jurídico, mesmo as que proclamam a existência de uma contradição fundamental, podem ser destruídas e invertidas por uma leitura *desconstrutivista*” (Gaudêncio, 2013, p. 05). Ora, são essas as notas fundamentais que caracterizariam o projeto crítico desta geração e a respeito das quais cumpre que reconheçamos, muito sinteticamente...

1. Na *rejeição das contradições fundamentais*, uma metodologização da desconstrução – e assim com sacrifício do seu carácter prático-existencial – que não apenas se esgota na demonstração da *desconstrutibilidade* dos binômios formadores da doutrina e do pensamento jurídico, mas que também aponta para um modo específico de leitura e redação de textos em que cada hierarquia-*significante* somente adquire seu significado em outras hierarquias-*significantes* por meio de diferenciações só apreensíveis contextualmente; bem como e ainda exigindo, nesta convocação da desconstrução, a “revelação crítica das *deficiências* da dogmática jurídica” que só uma *reconstrução racional*, enquanto atitude interpretativa de “reconstituição da controvérsia jurídica relevante, no momento da sua resolução”, tornaria realizável (Gaudêncio, 2013, p. 108; Linhares, 2004, p. 651-653).
2. Na *tentativa de inversão-atenuação das hierarquias entrincheiradas*, novamente uma instrumentalização da desconstrução, mas que agora regressa à *comunidade* – e esta enquanto possibilidade-*promessa* de celebração da singularidade e da diferença – para, “recusando o apelo de uma responsabilidade infinita ou a possibilidade de o testemunhar”, assumir “a pressuposição constitutivamente transcendental de

uma *exigência indeterminada de justiça*” (Linhares, 2004, p. 653).

A *terceira geração*. A etapa concludente deste amplo projeto crítico surge precisamente na década de 1990 e se constitui de um conjunto de *jurisprudences* temáticas (*Feminists Jurisprudences*, *Critical Race Theory*, *Lesbian, Gay and Transgender Legal Studies*, *Internal Network for Labor Law*, *Postcolonial Law Theory*, *Third World Approaches of International Legal Studies*) ramificadas do tronco principal construído pelas gerações antecedentes, e em relação às quais se lhe dirigem numa intenção muito claramente oposicionista em vista de criticá-las (as gerações antecessoras), em geral, pela sua indiferença ao gênero, raça, orientação sexual, etc., bem como e ainda pela sua radicalidade não lograr conferir efetiva proteção jurídica aos indivíduos (Gaudêncio, 2013, p. 191; Kennedy, 1002, p. 286; Meadow, 1998, pp. 61-85). Multiplicidade de projetos que, ainda em continuidade, deixaremos de considerar em pormenor para referi-los somente nesta nota.

Em linhas muito econômicas, decerto também porque econômica era a nossa intenção, temos por exposto o projeto do *critical legal studies movement*. Proposta(s) estas que, embora mobilizando outros recursos e avançando por outros domínios, vimos, sem mais, assumir os mesmos pressupostos ideológicos encampados por outros movimentos críticos – estes decerto numa base dialético-materialista nem de toda irreconhecível pelos *critical* – e, bem assim, a conduzir aos resultados de resto já esperados: um direito que é política e, por isso... somente assimilável por um pensamento jurídico político-ideologicamente engajado, e realizável por uma jurisdição também ela ideologicamente comprometida, características que sem mais se fazem presentes nos outros desenvolvimentos críticos já vistos.

O DIREITO E A EMANCIPAÇÃO SOCIAL – *WARUM? QUID IURIS?*

Global juízo *crítico* acerca das teorias críticas do direito que possibilita e dá sentido, agora, não só às questões de saber se não constituirá a emancipação social, e não mais o *homem-pessoa*, o imperativo ético do direito – “o imperativo da sua própria constituição com sentido de direito” (Neves, 2008, p. 38), e bem assim se não constituirá um problema *de direito*... um problema “cujo critério de solução teremos de encontrar no direito” (Neves, 1976, p. 10), como também às respostas negativas que haveremos de lhes dirigir e consoante os fundamentos abaixo postulados.

Ora, sendo estas verdadeiramente duas questões distintas na intenção, no sentido e na estrutura – uma primeira que, como ‘*Warum?*’, pergunta *sobre* o direito e com a intenção de obter com esta pergunta um esclarecimento (uma compreensão) acerca dele (acerca do seu sentido-*significado*), e uma segunda que, como ‘*Quid Iuris?*’, pergunta *ao* próprio direito e com a intenção de dele obter uma solução – justifica-se que as respondamos separadamente.

Warum?

A primeira de todas, e a mais profundamente radical das perguntas que podemos dirigir ao direito temos, verdadeiramente, nesta precisa e específica questão: ‘*porquê?*’. Pergunta que interroga *sobre* o direito – ponto importante a esclarecer – não cognitivamente e vendo nele apenas um objeto, mas, no fundo, visando obter como resposta um esclarecimento, uma compreensão global *acerca* dele, da “significação geral que comporta como fenômeno humano” (Neves, 1976, p. 52). *Porquê* assim que objetiva o próprio direito como *problema* e possibilita, nesta intenção problemática, atingir o seu sentido-*significado* último para o homem, no mundo humano e com o qual deverá ele ao final ser assumido – o sentido normativamente material que o constitui como *direito* (Neves, 1976, p. 11).

Ora, sendo certo que somente na inteligibilidade das suas condições de emergência ter-se-á verdadeiramente o acesso a este sentido – sentido ao qual buscamos aceder para responder se o seu imperativo ético já não mais será o *homem-pessoa*, senão a emancipação – importa que comecemos por acentuá-las.

A condição mundanal. A primeira delas, pressuposta condição fática e por isso irrecusavelmente necessária, temos no sentido básico desta condição *mundanal*: “O mundo é *um* e os homens nele são muitos” (Neves, 2008, p. 13). Condição básica que tem ela uma implicação decisiva e também um dado irrecusável: na unicidade do mundo²⁷ se impõe à pluralidade dos homens que, ao habitá-lo, tanto nele convivam quanto partilhem-no, comunguem-no.

Comunhão e partilha do mundo a significar assim não só uma condição fática elementar e irredutível, como igualmente o modo pelo qual decorre a existência humana: “os homens comungam o mundo uns *com* os outros [a unicidade pluralmente participada do mundo] e comungam-no uns *através* dos outros [a mediação no acesso a condição do mundo] ” (Neves, 2008, p. 14). Quer seja habitando e usufruindo o mundo numa conjugação de esforços em vista de objetivos comuns, e assim numa mediação positiva; quer seja habitando-o e usufruindo-o disjuntivamente e assim uns como obstáculos das pretensões dos outros – numa mediação negativa –, “não habitamos o ou usufruímos do mundo sem a *mediação dos outros*” (Neves, 2008, p. 14).

Daí a termos de reconhecer que a existência humana no mesmo mundo é elementarmente uma existência de *inter-subjetividade*. [...] inter-subjectividade [que] refere a reciprocidade entre ambos, de tal modo que a situação ou o comportamento de um condiciona a situação e o comportamento de outro, sendo por isso a situação ou o comportamento de cada um função da do outro, numa correlatividade integrante e unitária (Neves, 2008, p. 14).

E se a intersubjetividade implica a possibilidade da exigibilidade – “só posso usufruir a habitação do mundo pondo exigências [...] aos outros, de cuja mediação depende essa minha fruição, e os outros igualmente pondo-me exigências a mim” (Neves, 2008, p. 15) – então haveremos de concluir que se converte esta intersubjetividade numa *condição social*: os homens são *socii-sócios* no mundo.

²⁷ “Ao nosso propósito é suficiente que o tenhamos fenomenológica e descritivamente presente, enquanto *meio* em que decorre existência humana, nos seus redutíveis elementos formativos: a *natureza* que o homem assimila e transforma pelo trabalho, numa
vol.09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016. pp.2335-2372 2361

Ora, a condição mundanal podemo-la então considerar sinteticamente, e este é verdadeiramente o seu significado, como um pressuposto fático irreduzível em que a pluralidade dos homens se vê obrigada a habitar, comungar e a partilhar plural e intersubjetivamente o mundo, e em que ao final todos se veem, nas exigências reciprocamente postas, como *socii-sócios* no mundo, em existência como coexistência.

A condição antropológico-existencial. Mas a esta primeira condição que temo-la como *mundanal* vem a se somar também uma segunda condição geral e necessária, uma que se expressa através do binómio *antropológico-existencial* e encontra sua unidade, uma sua unidade de sentido, ao enunciar nada para além de o próprio *homem*. E aqui o homem enquanto *ser* e enquanto *ser-com-outros*, numa dimensão antropológica que também é o seu modo de existência e vice-versa (Neves, 2008, p. 16-19).

Sobre o homem, sobre ele antropológica e singularmente considerado, bastará para o nosso objetivo reconhecer-lhe ou acentuar apenas duas das suas notas “essenciais” ou “naturais”: a *indeterminação intencional* ou *inespecialização* e a *abertura ao mundo*. A primeira, como que se “traduz na ausência de uma acabada determinação ou codificação do comportamento humano de adaptação ao meio, [...] e que parecendo assim manifestar uma carência biológica” já por isso força-o a construir uma espécie de segundo *habitat* no qual se acaba e encontra sua determinação, este precisamente o *habitat* muito amplo da cultura e da ação (Neves, 2008, p. 16).

A segunda, por sua vez, e de algum modo a parecer decorrer daquela como uma sua implicação, vem a significar enquanto *abertura ao mundo* a “desvinculação do homem perante o seu mundo circundante, em ruptura daquela continuidade ou assimilação própria da conduta animal com o meio e numa específica transcendência” – e daí a reconhecer-se que o *ser* do homem é, verdadeiramente, um *poder-ser*; um *poder de ser* em cujos momentos históricos vai *sendo* aquilo que *é* e *será* (Neves, 2008, p. 17).

Poder-ser que também significa, sem mais, *poder de transcender*; poder de ultrapassar a si e ao mundo nos seus “actos de análise, conhecimento e interrogação”, e já por isso a implicar a sua *autonomia* em relação a si mesmo e perante o próprio mundo (Neves, 2008, p. 17). Ora, se neste transcender o homem “intenciona outro nível de ser”, intenciona a plenitude de ser enquanto apelo de realização “do seu próprio ser em que se transcende à consumação de si pelo superar-se a si mesmo”, vemos então este seu *poder-ser* converter-se já num seu *dever-de-sere*, assim, num *valor*²⁸ (Neves, 2008, p. 19). Isto a respeito da dimensão antropológica.

Mas também verificamos que esta plenitude de ser somente pode o homem atingi-la pela mediação dos *seres* dos outros homens que com ele partilham e comungam o mundo. No usufruto de um mundo que é único,

intenção vital; os *artefactos*, as *técnicas* e as *obras* que o homem produz, numa intenção instrumental; e os *sentidos culturais* que o homem constitui numa interação simbólica para manifestação de si na inter-acção comunicante (Neves, 2008, p. 13).

²⁸ “De outro modo: o valor é expressão de sentido da dialéctica do ser que o ser do homem institui. E daí o poder dizer-se – sem qualquer ilação historicista – que a sede da revelação do valor (dos valores) não a temos na ontologia, e sim na história: os valores revelam-se os sentidos fundamentantes com que o homem compreende e assume os projectos da sua realização histórica, e enquanto são antecipações de uma plenitude a que ele se abre no seu transcender (Neves, 2008, p. 19).

todos interpomo-nos uns aos outros seja para conjugar esforços em vista de um objetivo comum (*mediação inclusiva*), seja para limitar ou obstruir as pretensões alheias (*mediação exclusiva*).

Forçados a *com-partilhar* o mundo também *através* dos outros, vemo-nos afinal obrigados a uma existência coexistente, a *ser-com-outros* de forma *comunitária*. Já porque essa comunidade se nos aparece como uma *condição de existência*, configurando o meio “directo da nossa actuação e comunicação, critério imediatamente disponível de orientação e compreensão e com base no qual pré-determinamos e providenciamos a nossa *práxis* comum” (Neves, 2008, p. 21); já porque também constitui uma nossa *condição vital*, ao prover-nos dos recursos materiais que só a complementariedade e colaboração de todos propiciam; já porque, ainda, é-nos uma *condição ontológica* no sentido de que “só em comunidade é possível conjugar as potencialidades humano-espirituais, através da síntese dos contributos de cada um de nós e de todos, para a plena realização de cada pessoa” (Neves, 2008, p. 22).

O que nos leva a concluir que a pessoa, enquanto o titular real da imputação prática, é a unidade dialéctica de duas relativas autonomias, a autonomia de um *eu pessoal* (aquele próprio de existência pessoal que singulariza, aquele seu autêntico “incomparável no comparável”) e a autonomia de um *ser social* (aquele comum de existência que consubstancia como membro de uma comunidade histórica) — a unidade dialéctica, se quisermos, da subjectividade e da objectividade humanas (Neves, 2013, p. 55).

Dialéctica essa entre os dois *eus* decerto desencadeadora de muitos conflitos na prática concreta do homem, e daí a ter mesmo ele de construir culturalmente como que aquela segunda natureza — uma *ordem* — para solução da tensão entre a *autonomia* que vai implicada no primeiro e o *comum* que vai incurso no segundo. É dizer, “seres indeterminados, dispersos e de contínua variação, e que são assim numa imensa pluralidade, só poderão conviver num mesmo mundo através da criação” de uma ordem, uma em que afinal a *unidade* e a *integração* substituam a pluralidade e a dispersão, e bem assim a indeterminação intencional se veja superada pela *objetivação dogmática* e a variação pela *institucionalização* (Neves, 2010, p. 298).

Tudo o que podemos sintetizar num só pensamento: a conjugação da condição mundanal com a condição antropológico-existencial dá-nos a base para compreender as condições necessárias para a emergência das *ordens sociais* em geral. E também o direito assenta nesta base, mas ainda não o temos verdadeiramente sem a concorrência de uma derradeira condição, que é mesmo para si uma condição decisiva e constitutiva do seu sentido materialmente normativo enquanto *direito*.

A condição ética. Somente havemos de ter o direito com o sentido constitutivamente axiológico-normativo de direito quando, e enquanto, se permitam os homens reciprocamente reconhecerem-se na sua coexistência de *intersubjetividade*. Com efeito, não existe intersubjetividade, e ainda muito menos direito, numa relação entre duas *coisas* ou dois *objetos* ou entre um *homem* e um *objeto*. O direito só pode existir entre homens e para homens, isto é, para viabilizar a integrante coexistência intersubjetiva que a *indeterminação intencional* de cada um e de todos intenta suplantar.

E direito assim o teremos somente quando, e enquanto ainda, se permitam os homens reciprocamente reconhecerem-se como *peessoas*, enquanto *fins* em si *mesmos* e não apenas *coisas* disponíveis. Pois se é pela característica “natural” da *abertura ao mundo* que afirma o homem o seu *poder-ser* e *poder-transcender*, e, bem assim, a sua *liberdade* de si próprio e perante o mundo como *originarium* e *autor* do seu particular projeto de *ser*; também é esta mesma abertura que possibilita o reconhecimento dos outros e a imputação ética de um valor – a *personalidade* – a este reconhecimento.

Isto é, o homem que é capaz de *poder-ser* e de *poder-transcender* – assim o homem de liberdade *imane*nte que fala e age em nome próprio como *sujeito* e assume-se *autor* do seu próprio *eu* – é igualmente capaz de reconhecer o *poder-ser* e o *poder-transcender* dos outros homens-*sujeito* que estão com ele em convivente coexistência. Mas este reconhecimento e tão só aí restrito não impede “o domínio ou a objectivante fruição” que eventualmente faça dos outros ou ao qual esteja submetido. É somente pela imputação *ética* de um valor – o valor da *pessoa* – a este reconhecimento recíproco que os homens se tornam verdadeiramente sujeitos éticos e desse modo *fins*, não mais *coisas* – daí dizer-se da pessoa como *categoria axiológica* (Neves, 2008, p. 34).

Ora, se é esta indisponibilidade (este fim-em-si ou esta dignidade) que, ao afirmar-se na pessoa como pessoa, dá fundamento a sua qualidade ética de *sujeito ético* (se só o ser livre reconhecido na sua dignidade pode ser verdadeiramente *sujeito ético*), assim como tínhamos compreendido que o ser sujeito ético é condição transcendental do direito, então não podemos deixar de reconhecer, segundo o enunciado de HEGEL, que “o imperativo do direito é este: sê pessoa e respeita os outros como pessoas” (Neves, 1998, p. 41).

Dignidade ética da pessoa que vem a explicitar-se normativamente desde logo num *princípio da igualdade*, a traduzir a ideia segundo a qual nenhum homem-*pessoa* vale mais do que outro, e todas as suas eventuais diferenciações devem se justificar “perante essa igualdade entre pessoas”; e num *princípio de responsabilidade*, a convocar a nossa corresponsabilidade “pela totalidade de intenções e valores” para os quais comunitariamente concorremos (Neves, 2008, p. 37-38).

Resultando daí, como implicação normativamente constitutiva, a compreensão do sentido do direito como *validade*. Do direito como uma *ordem de validade* que manifesta e intenciona manifestar, na solução da dialética entre *suum* e *comune* (ou da dialética entre um ‘*eu pessoal*’ e o ‘*eu comunitário*’) em todas as suas expressões concretas, o sentido normativo dos valores e princípios *transindividuais* que ele mesmo constitui e a partir dos quais se vê prático-normativamente (re)constituído numa certa cultura e numa certa época – “valores e princípios pressupostos e metapositivos [...], de histórica criação ou imputação humana decerto, mas de que o homem no momento da invocação não pode dispor sem a si mesmo se negar, que deixaram nesse momento de estarem na sua opção ou no seu arbítrio” (Neves, 2012, p. 69).

Por outras palavras: se decorre da imputação ética da *personalidade* o reconhecimento de que todos são livres e iguais em *estatuto* (iguais em dignidade) e também corresponsáveis perante a comunidade, então as recíprocas pretensões que intersubjetivamente uns dirijam aos outros só poderão ser cumpridas em referência a

uma *validade* que “não pretira e antes reconheça as respectivas dignidades e justifique as suas responsabilidades” (Neves, 2012, p. 67) – precisamente “a validade constituída pelos valores, com a normatividade implicada, que na sua universalidade ou transindividualidade normativa dêem sentido, justamente fundamentante, [...] aquilo que exigimos e aquilo que se nos exige” (Neves, 2010, p. 299).

Tudo o quanto agora exposto permite-nos desde logo compreender uma das razões pelas quais não poderá a emancipação constituir o imperativo ético do direito. É que, conforme vimos ao longo do nosso percurso, a emancipação social encontra a determinação do seu conteúdo numa certa ideologia político-social que assimila o *socialismo* como projeto de sociedade e num certo conjunto de teorias que, conformadas por esta ideologia, pretendem orientar teoricamente uma específica política transformadora.

É dizer, a emancipação social é assim um produto ideológico porque, se por um lado desponha do conflito político pela denúncia de uma certa e injusta realidade política e económico-social, já por outro constitui um objetivo teórico e programa estratégico “intencional de um grupo determinado e circunscrito na pluralidade dos grupos sociais”, qual seja, do grupo que denuncia (Neves, 2010, p. 193).

Se para estas teorias crítico-dialéticas realizar a emancipação social significa promover a libertação de *uma categoria específica de pessoas* alienadas, dominadas e oprimidas em razão da vigência do sistema de produção e organização social capitalista, então e como produto inevitavelmente *ideológico* acaba ela por também manifestar uma “unilateralidade intencional absolutizada” – uma sobrevalorização de certos valores e posições convenientes à sua eficácia – e uma “discriminação de radical exclusão” – “a antinomia e a exclusão próprias da discriminação partidárias” (Neves, 2010, p. 195).

Ora, se a ordem de direito intenciona e manifesta uma normatividade fundada constitutivamente em valores e princípios para os quais todos em sociedade concorrem comunitariamente, então e como *validade* haverá de recusar “a absolutização de qualquer fim ou objectivo concreto e particular, como será ainda contrária a uma atitude de exclusão e agonicamente dicotómica, uma vez que, ao intencionar a universalidade *ideal*, é justamente a sua vocação a de integração: não conhece partidários e é «sem acepção de pessoas»” (Neves, 2010, p. 195).

Pois é justamente na validade que o direito constitui e manifesta que a programação política implicada na emancipação como fim encontrará seus limites e em relação a qual também haverá de justificar-se – são os *meios* a justificar os *fins* e não o contrário! E daí a termos de concluir que a *axiologia* prepondera sobre a *ideologia*, e bem assim a *universalidade* em relação à *partidarização*, o *fundamento* em relação à *eficácia consequencial* e o *juízo* em relação à *decisão* (Neves, 2012, p. 68).

Mas com isso não temos tudo por esgotado. Cumpre ainda considerarmos mais outro ponto relevante, sendo precisamente este: se a emancipação a temos muito amplamente enquanto programa de realização da igualdade e liberdade materialmente denegada a uma parcela dos homens em sociedade, haveremos de

reconhecer que é na pressuposição e na referência à condição ética da *pessoa* que ela como programa estratégico busca sua justificação. Vale dizer, é porque pressupõe o valor da *pessoa* e da sua *dignidade* que a emancipação surge efetivamente como um programa social estratégico e desejável, quiçá até como valor.

E se apenas podemos pretender emancipação como objetivo político-social depois de efetivamente reconhecermos que nenhum homem-*pessoa* em razão da sua dignidade pode ser submetido à dominação e opressão, então haveremos de concluir mais uma vez que é a *personalidade*, e não antes a emancipação, o imperativo ético do direito. Pois é justamente da personalidade, enquanto reconhecimento de imputação ética, que decorre a emancipação seja ela considerada um valor, seja apenas um objetivo político-social.

Tudo o que podemos resumir na reafirmação de que verdadeiramente o imperativo ético e decisivo do direito está mesmo na condição do *homem-pessoa*.

Quid Iuris?

Se, por um lado, as condições mundanal, antropológico-existencial e ética permitem-nos compreender como se dá a cultural emergência do direito com o seu constitutivamente normativo sentido de direito no mundo prático do homem, já por outro possibilitam que também compreendamos as suas delimitações e bem assim o domínio da juridicidade. Fronteiras as quais a nós juristas cumprirá reconhecê-las mediante a questão de saber “quando e em que termos estamos perante um problema de direito, ou problema que ao direito cumpre assumir” (Neves, 2012, p. 76).

E cumpre responder que haveremos de estar perante um problema de direito se, e somente quando, as suas três condições de emergência estiverem concretamente presentes na situação prática interpeladora. Isto é, ter-se-á um problema de relevância jurídica a merecer uma solução de direito quando: a) “estivermos perante uma relação socialmente objetiva (constituída pela mediação do mundo e numa comungada repartição dele)”; b) suscitar-se a dialética, “a exigir uma particular resolução, entre uma pretensão de autonomia e uma responsabilidade comunitária”; e, ainda, cumulativamente, c) se estiver em causa a *personalidade* do sujeito na sua autonomia e direitos e nos seus deveres e responsabilidades, “fundados aqueles e estes numa pressuposta validade (Neves, 2012, p. 76-77).

Ora, com isto ficamos já em condições de compreender porque a emancipação não constituirá um problema de relevância jurídica. Ou melhor, porque a dominação e a opressão às quais encontra-se submetida uma parcela da sociedade que se visa emancipar não constituirá, pelo menos não diretamente, um problema a merecer do direito uma solução.

E o motivo reside precisamente no fato de que o discurso social e jurídico que acentua essa condição de dominação política e socioeconômica, embora remeta à personalidade dos sujeitos oprimidos na sua dignidade,

autonomia e nos seus direitos, não põe também em causa os deveres e responsabilidades comunitárias aos quais estão igual e correspondentemente vinculados. Isto é, ao considerar os concretos indivíduos dominados e bem assim a sua situação, costuma o discurso *crítico* em questão por um lado acentuar a dimensão dos direitos e da autonomia que lhes vai reconhecida na sua personalidade, e, por outro, menosprezar os deveres e da responsabilidade comunitária correlativa que lhes vai igualmente implicada pela mesma imputação ética.

Pois é somente uma tal perspectiva que permite a este discurso defender o direito dos sujeitos oprimidos como possibilidades emancipatórias e os deveres a que estão obrigados como instrumentos de dominação. Ou, que o mesmo é dizer: é somente uma tal perspectiva que possibilita, na resolução de uma situação concreta, a preterição de uma eventual solução de validade a favorecer o empregador por outra solução já politicamente ideologicamente emancipatória a beneficiar o empregado.

O estratégico implica sempre a valorização exclusiva de certos valores, de determinadas posições e de convenientes factores sociais e assim a discriminação ou o sacrifício de outros valores, posições ou factores sociais que uma intenção unilateralmente integrante, ou não partidariamente comprometida, não deixaria de relevar positivamente no mérito relativo que essa integração lhes houvesse de reconhecer. E daí o ter-se de concluir que uma qualquer ideologia política, ainda que se proponha a constituição de uma sociedade verdadeiramente justa ou seja movida sinceramente por uma intenção de justiça nos resultados a conseguir na nova sociedade, nem por isso nos poderá garantir que avalie justamente, segundo a exigência *actual* de justiça, todos os elementos socialmente participantes e a própria dinâmica social no momento mesmo em que trava o combate construtivo – subordinado como está este combate à sua estratégia e agindo mediante uma tática particular, ambas com fundamento apenas na sua particular perspectiva política (Neves, 2010, p. 195).

E daí a termos de concluir que não há verdadeira relação jurídica ou mesmo problema de relevância jurídica quando está em causa a *personalidade* de um sujeito ou conjunto de sujeitos somente na perspectiva ou na preponderância dos seus direitos, como também não haverá problema de direito se estiver em causa a personalidade apenas na perspectiva dos deveres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo o que assim nos permite finalmente considerar que o direito, com este seu sentido, configura apenas uma resposta possível ao problema da vida em comum e não antes uma resposta necessária. Uma resposta que configura uma prática histórico-social e culturalmente localizada que busca enunciar, e bem assim satisfazer, o sentido normativo de um conjunto de valores princípios que lhe caracterizam numa certa época e numa certa cultura.

E sendo uma só resposta possível, e não antes necessária, vemos já por outro lado consolidarem as soluções a si alternativas para o mesmo problema da vida em comum. O que mais não configura a *ordem de finalidade* pretendida por todo este conjunto de teorias críticas do direito com as suas pretensões de total conversão do jurídico no político.

Mas se houvermos por bem compreender a solução de validade intencionada pelo direito com este seu sentido de *direito*, então reconheceremos que ele constitui efetivamente *a alternativa* do homem, ou, se quisermos, já a própria *emancipação* do homem. Pois ao postular por “uma *ordem justa* de sociedade e não tão só uma *organização finalística e eficaz*, exige uma *validade que fundamente*, não se basta com uma *estratégia de fins* que apenas se testem empiricamente nos *efeitos*” (Neves, 2010, p. 308).

Isto é, a emancipação social, com o seu sentido de uma solução para o problema econômico-social e político gerado pela vigência do sistema de produção capitalista só deverá ser buscada e realizada ao nível dos sistemas econômico e político, e não ao nível do direito, do nosso direito enquanto ele constituinte de uma *validade*.

SHOULD LAW BE EMANCIPATORY? FROM THE POLITICAL-IDEOLOGICAL REDUCTION OF THE LAW TO THE RECOVERY OF ITS MEANING

Abstract

The article aims to answer the question of whether the law should be assumed emancipatory as proposed by critical theories. Our theoretical assumption is that this question deserves a negative response. To answer it, however, and using the method of literature review, we divide the article into three sections. In the first and second section, we map and characterize the critical theories in the general scientific thought and then their problematic projections in legal thinking. In the third section, we respond from jurisprudence the questions whether the emancipation is the founding referent of law, not the man-person, and also if it is a legal relevance problem that after all deserve an equally legal response. We concluded in the end that the Law should not replace the validity that it is for social emancipation.

Keywords: Law. Critical Theory. Social Emancipation. Jurisprudence. Law as a Validity.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **La sociedad. Lecciones de sociología**. Trad. de Floreal Mazía e Irene Cusien. Buenos Aires: Editorial Proteo, 1969.

ALTMAN, Andrew. **Critical legal studies. A liberal critique**. Princeton: Princeton University Press, 1993.
ANAHORY, Ana. **Leituras do Sublime: Lyotard e Derrida**. Philosophica, n. 19-20, 2002, pp. 131-154.

BRONNER, Stephen Eric. **Critical theory. A very short introduction**. New York: Oxford University Press, 2011.

BUTTEL, Frederick H. “A sociologia e o meio ambiente: um caminho tortuoso rumo à ecologia humana”. **Revista Perspectivas**, vol. 15, 1992, pp. 69-94. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/viewFile/1961/1599>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

CANDIOTTO, Cesar. "Foucault: uma história crítica da verdade". **Trans/Form/Ação**, vol. 29, n. 2, pp. 65-78, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v29n2/v29n2a06.pdf>>. Acesso: 01.12.2014.

_____. "Verdade e diferença no pensamento de Michel Foucault". **Kriterion**, vol. 48, n. 115, pp. 203-217, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/kr/v48n115/a1248115.pdf>>. Acesso em: 01.12.2014.

COELHO, Luiz Fernando. "O pensamento crítico no direito". **Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos**, vol. 16, n. 30, pp. 65-75, 1995. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1514/showToc>>. Acesso em: 01.11.2014.

CORREAS, Óscar. **Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

COSTA, Cristina. **Sociologia – Introdução à ciência da sociedade**. São Paulo: Moderna, 2005.

COSSUTA, Marco. **Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto**. Trieste: Edizioni Università di Trieste, 2011.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. 2ª ed. Trad. de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DURKHEIM, Émile. Trad. de Eduardo Brandão. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EAGLETON, Terry. **Teoria da literatura: uma introdução**. 4ª ed. Trad. de Waltensir Dutra. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. What is Enlightenment? In: RABINOW, Paul. **The Foucault Reader**. New York: Pantheon Books, 1984, pp. 32-50.

_____. **Resumo dos Cursos do Collège de France**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

_____. **Vigiar e punir. Nascimento da prisão**. Trad. de Raquel Ramalhete. 20ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAMEIRO, Ian Pimentel. "O direito entre o Estado e o Estado de direito: revisitando a teoria do direito e do Estado de León Duguit". **Fides – Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, vol. 5, n. 1, 2014, pp. 158-174.

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**. vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GEUSS, Raymond. **The idea of a critical theory. Habermas and the Frankfurt School**. New York: Cambridge University Press, 1981.

HAND, Seán. **The Levinas reader**. Oxford: Basil Blackwell, 1989.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)**. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

HORKHEIMER, Max. **Critical Theory. Selected Essays**. Trad. Por Matthew J. O'Connell and others. New York: Continuum, 1982.

_____. **Sociedad en transición: estudios de filosofía social**. Barcelona: Planeta Agostini, 1986.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. ¿Desmemoria o impostura? un torpe uso del "uso alternativo del derecho". **Jueces para la democracia**, n. 55, 2006, pp. 8-14.

JAY, Martin. **La imaginación dialéctica. Uma historia de la Escuela de Frankfurt y el Instituto de Investigación Social (1923-1950)**. Trad. de Juan Carlos Curutchet. Madrid: Taurus, 1989.

JEAMMAUD, Antoine. “La crítica jurídica en Francia. Veinte años después”. **Revista crítica jurídica**, n. 25, 2006, pp. 111-120.

KALUSZYNSKI, Martine. Le mouvement “Critique du droit”. D’un projet contestataire mobilisateur à un impossible savoir de gouvernement. In: BOULOIS, Xavier Dupré de; KALUSZYNSKI, Martine. **Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours**. Rhône-Alpes: LGDJ, 2011, pp. 21-35.

_____. “Accompagner l’État ou le contester? Le mouvement «Critique du droit» en France. Des juristes en rebellion”. **Criminocorpus** [online], 2014.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é esclarecimento (Aufklärung)? In: KANT, Immanuel. **Textos seletos**. Petrópolis: Vozes, 1974, pp. 101 -117.

KENNEDY, David W. Critical theory, structuralism and contemporary legal scholarship. **New England Law Review**, vol. 21, n. 2, pp. 209-289, 1986.

KENNEDY, Duncan. Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos. **Doxa**, n. 11, 1992, pp. 283-293.

KEUCHEYAN, Razmig. **The left hemisphere. Mapping critical theory today**. Trad. de Gregory Elliott. London: Verso, 2013.

LLEDÓ, Juan A. Pérez. **El movimiento ‘critical legal studies’**. Tese (Doctorado en Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, 1993.

_____. Teorías críticas del derecho. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. **El derecho y la justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 1996, pp. 87-102.

LEETEN, Lars. “**Ética da receptividade**: aspectos de uma filosofia moral segundo Jean-François Lyotard”. *Trans/Form/Ação*, vol. 38, n. 1, p. 133-146, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v38n1/0101-3173-trans-38-01-0133.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

LINHARES, José Manuel Aroso. “Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita. Os enigmas de Force de Loi”. **Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica** 90 ad honorem – 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 551-667.

_____. **O direito como mundo prático autônomo**: “equivocos” e possibilidades. Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em filosofia do direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 2013.

_____. “Projectar do mundo prático do direito enquanto prática de comparação-tribuer”. **Revista Portuguesa de Filosofia**, vol. 70, fasc. 2-3, 2014, pp. 309-326.

LYOTARD, Jean-François. **La diferencia**. Trad. de Alberto L. Bixio. Barcelona: Gedisa, 1988.

LUKÁCS, Georg. **Existencialismo ou marxismo**. São Paulo: Senzala, 1967.

MALPAS, Simon. **Jean-François Lyotard**. New York: Routledge, 2003.

MARX, Karl; Theses on Feuerbach. In: MARX, Karl; ENGELS, Frederick. **Collect Works (1845-1847)**. vol. 5. London: Lawrence & Wishhart, 1975, pp. 03-05.

MARCUSE, Herbert. **Para una teoria critica de la sociedade**. Ensayos. Trad. de Claudine Lemoine de Francia. vol.09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016. pp. 2335-2372 2370

Caracas: Tiempo Nuevo, 1971.

MEADOW, Carrie Menkel. Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or “The Fem-Crits Go to Law School”. *Journal of Legal Education*, vol. 38, n. 1/2, 1998, pp. 61-85.

MIALLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3ª ed. Trad. de Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MINDA, Gary. **Postmodern legal movements. Law and Jurisprudence at century's end**. New York: New York University Press, 1995, pp.140-141.

MOGENDORFF, Janine Regina. A escola de Frankfurt e seu legado. **Verso e Reverso**, vol. XXVI, n. 63, pp. 152-159, 2012.

MORROW, Raymond A.; BROWN, David D. **Critical theory and methodology**. vol. 3 (Contemporary social theory). Thousand Oaks: Sage Publications, 1994.

NEVES, António Castanheira. **Digesta**. vol. I. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros (reimpresso). Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. **Digesta**. vol. II. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros (reimpresso). Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

_____. **Digesta**. vol. III. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Relatório**: com a justificação do sentido e objectivo pedagógico, o programa, os conteúdos e os métodos de um curso de «Introdução ao estudo do direito». Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 1976.

_____. Teoria do Direito. Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999. Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 1998.

_____. O jurisprudencialismo: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito. In: COELHO, Nuno M. M. Santos; SILVA, António Sá da (Org.). **Teoria do direito**: direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves. Salvador: Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, 2012, pp. 9-79.

_____. “O direito como validade: a validade como categoria jurisprudencialista”. **Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza**, vol. 34, n. 2, pp. 39-76, 2013. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/98>>. Acesso em: 09 jul. 2015.

NIETZSCHE, Friedrich. O eterno retorno (A vontade de potência, textos de 1884-1888). In: NIETZSCHE, Friedrich. **Obras incompletas**. Trad. de Rubens Rodrigues Torres Filho. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1999, pp. 443-450.

_____. **Genealogia da moral. Uma polémica**. 10ª reimp. Trad. de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NOBRE, Marcos. Introdução. Modelos de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papirus, 2008, pp. 09-20.

_____. **A teoria crítica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. **Teoria crítica**: uma nova geração. Novos estud. – CEBRAP, n. 93, 2012, pp. 23-27.

PAPASTEPHANOU, Marianna. “Interação e legitimação lingüisticamente mediadas: consenso ou dissensão?” **Impulso**, vol. 12, n. 29, pp. 33-52, 2001. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/impulso29.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o modelo reconstutivo de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papirus, 2008, pp. 161-182.

RODERICK, Rick. **Habermas and the foundations of critical theory**. London: Macmillan, 1986.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo. Fundamentação e aplicação do direito como maximum ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALVADORI, Mateus. Resenha da obra Luta por Reconhecimento de Axel Honneth. **Conjectura**, v. 16, n. 1, p. 189-192, 2011.

SIM, Stuart (ed.). **The Lyotard dictionary**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2011.

SOUZA, Maria de Lourdes. **El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Itália, España y Brasil**. Bogotá: Ilsa / Universidad Nacional de Colombia, 2001.

WARAT, Luís Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do direito. Uma introdução crítica**. São Paulo: Moderna, 1996.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Trabalho enviado em 07 de março de 2016.

Aceito em 14 de julho de 2016.