

EXPERIMENTALISMO INSTITUCIONAL COMO ANTÍTESE AO CONSERVADORISMO DA CRÍTICA JURÍDICA*

*Gustavo Dalpupo de Lara***

Resumo: O artigo parte da premissa de que o movimento da crítica jurídica (ou teorias críticas do Direito), tal como descrito por Leonel Severo Rocha, Luis Alberto Warat e Guilherme Roman Borges, possui duas principais deficiências: em primeiro lugar, que, apesar de ter se associado expressamente a uma ética emancipatória, cultivou, ao contrário, um discurso politicamente e juridicamente conservador; e, em segundo lugar, o movimento falhou em produzir um programa ou aparato institucional destinado a concretizar aquela ética. Com base nessas proposições, o artigo sustenta que o experimentalismo institucional e democrático, teoria desenvolvida por Roberto Mangabeira Unger, autor comumente associado àquele amplo movimento, oferece estratégias que vão de encontro às deficiências mencionadas, sanando-as. Isso porque o experimentalismo compreende um conjunto de ferramentas institucionais que têm, como objetivo, a realização de um ideal de emancipação. A teoria reforça também a necessidade de que as instituições e os ideais que as informam sejam submetidos a um grau acentuado de revisibilidade. Portanto, conclui-se que o experimentalismo institucional simultaneamente opõe-se à tendência conservadora da crítica jurídica e confere ao ideal de emancipação as ferramentas práticas de que necessita. O estudo realizado, que se funda em revisão bibliográfica, é preponderantemente analítico e sua conclusão extrai-se dedutivamente da comparação realizada entre os preceitos teóricos que constituem seu objeto.

Palavras-chave: Roberto Mangabeira Unger; Experimentalismo institucional; Teorias críticas do direito.

INSTITUTIONAL EXPERIMENTALISM AS ANTITHESIS TO THE CONSERVATISM OF LEGAL CRITICISM

Abstract: The article takes into consideration the premise that the movement of legal criticism (or critical theories of Law), as described by Leonel Severo Rocha, Luis Alberto Warat and Guilherme Roman Borges, has two main deficiencies: first, that, despite linking itself expressly to an emancipatory ethics, it cultivated, on the contrary, a politically and legally conservative discourse; and, second, the movement failed to produce a program or institutional apparatus designed to realize that ethic. Based on these propositions, the article argues that the institutional and democratic experimentalism, theory developed by Roberto Mangabeira Unger, an author commonly associated with that broad movement, offers strategies that address the aforementioned deficiencies, solving them. This is because experimentalism comprises a set of institutional tools that have, as their objective, the realization of an emancipation ideal. The theory also reinforces the need for institutions and

* O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

** Doutorando em Direito pela UFPR, Brasil. Bacharel (2016) e Mestre em Direito (2019; bolsista CAPES/PROEX) pela UFPR. Pesquisador vinculado ao CCONS/UFPR (Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia). Editor-executivo da Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Tem interesse acadêmico nos seguintes temas: Filosofia e Teoria do Direito, Teoria Constitucional e Filosofia Política. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5055-7355>. Contato: gustavodalpupodelara@gmail.com

the ideals that inform them to be subjected to a heightened degree of revisibility. Therefore, the article concludes that institutional experimentalism simultaneously opposes the conservative tendency of legal criticism and gives the ideal of emancipation the practical tools it needs. The study carried out, which is based on a bibliographic review, is predominantly analytical and its conclusion is deductively drawn from the comparison made between the theoretical precepts that constitute its object.

Keywords: Roberto Mangabeira Unger; Institutional experimentalism; Critical theories of law.

Experimentalismo institucional como antítesis al conservadurismo de la crítica jurídica

Resumen: El artículo parte de la premisa de que el movimiento de crítica jurídica (o teorías críticas del Derecho), tal como lo describen Leonel Severo Rocha, Luis Alberto Warat y Guilherme Roman Borges, tiene dos deficiencias principales: en primer lugar, que a pesar de estar expresamente asociada a una ética emancipadora, cultivó, por el contrario, un discurso políticamente y jurídicamente conservador; y, en segundo lugar, el movimiento no logró producir un programa o aparato institucional diseñado para concretizar esa ética. Con base en estas proposiciones, el artículo sostiene que el experimentalismo institucional y democrático, teoría desarrollada por Roberto Mangabeira Unger, autor comúnmente asociado a ese amplio movimiento, ofrece estrategias que enfrentan las deficiencias antes mencionadas, sanándolas. Esto se debe a que el experimentalismo comprende un conjunto de herramientas institucionales que tienen como objetivo la realización de un ideal de emancipación. La teoría también refuerza la necesidad de que las instituciones y los ideales que las informan estén sujetos a un marcado grado de revisibilidad. Por consiguiente, se concluye que el experimentalismo institucional se opone simultáneamente a la tendencia conservadora de la crítica jurídica y confiere al ideal de emancipación las herramientas prácticas que necesita. El estudio realizado, que se basa en una revisión bibliográfica, es predominantemente analítico y su conclusión se extrae deductivamente de la comparación que se hace entre los preceptos teóricos que constituyen su objeto.

Palabras clave: Roberto Mangabeira Unger; Experimentalismo institucional; Teorías críticas del derecho.

1 Introdução

Aduz-se que as teorias críticas do Direito, pouco após surgirem na segunda metade do século XX, tiveram sua influência prejudicada por serem incapazes de materializar a ética que defendiam. Dito de outro modo, falharam em formular ferramentas institucionais que permitissem a instrumentalização do Direito em favor de um interesse emancipatório. Tais teorias teriam sido eficientes no diagnóstico dos problemas, porém incapazes de resolvê-lo.

No Brasil, por exemplo, embora tenham resgatado a relevância da interdisciplinaridade¹ no estudo do Direito e realocado o foco para as fundações não jurídicas – e principalmente políticas – do jurídico, as teorias críticas do Direito tiveram seu discurso gradativamente enfraquecido. Os *Critical Legal Studies*, no âmbito da crítica, mesmo em contexto distinto, sofreram destino similar. Apesar de ambos os movimentos – o brasileiro e o norte-americano – terem sobrevivido de maneira pulverizada, sustenta-se que não concretizaram seus propósitos emancipatórios.

Precisar as causas desse enfraquecimento não é tarefa imune a nexos causais arbitrários. A dificuldade da tarefa está em que se trata de um movimento filosófico complexo: suas variantes remetem a distintos países² e esquemas de compreensão do fenômeno jurídico, bases ontológicas, epistemológicas e axiológicas heterogêneas. Ou seja, distinguem-se quanto às ferramentas que utilizam para contemplar o Direito.

De todo modo, as reflexões desenvolvidas a seguir exigem um ponto de partida que lhes empresta sentido explicativo. Trata-se de um conjunto de hipóteses suscitadas como falhas da crítica jurídica e causas de sua debilidade, considerada holisticamente, como projeto de emancipação pelo Direito³.

Dentre essas causas está a de que as teorias críticas do Direito não produziram mais que um criticismo ressentido e vazio, uma “crítica pela crítica”. Essa hipótese foi levantada, ressaltadas as respectivas particularidades, por Luis Alberto Warat e Leonel Severo Rocha em relação à crítica jurídica brasileira. Roberto Mangabeira Unger apresenta argumento

¹ WARAT, Luis Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do Direito - uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996, p. 67-68.

² No Ocidente, os movimentos esparsos e mais representativos da manifestação de um pensamento jurídico crítico teriam sido principalmente os seguintes: na França, a *Association Critique du Droit*; nos Estados Unidos, os *Critical Legal Studies*; na Itália, o *Uso Alternativo del Diritto*; e, não menos importante, imputa-se a representatividade também à produção teórica da Escola de Frankfurt, embora não estritamente jurídica. Tais movimentos coexistiram com diversos outros, de menor repercussão, no entanto. A esse respeito, ver: HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 451; LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*. 2ª ed. São Paulo, Conceito Editorial, 2011, p. 153-154; WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59-76.

³ Ao contrário, Gameiro desenvolve justificativa alternativa para esse dilema, aos moldes de um positivismo exclusivista, e sustenta o argumento de que a emancipação não constituiria um dos fundamentos do direito. Este, na leitura de Gameiro, ficaria relegado ao plano da validade; a emancipação, ao invés, ser buscada economicamente ou politicamente. A esse respeito, ver: GAMEIRO, Ian Pimentel. *Deverá o direito ser emancipatório? Da redução político-ideológica do jurídico à recuperação do seu sentido*. Quaestio Iuris Vol. 09, nº. 04, pp. 2335 -2372, Rio de Janeiro, 2016. A respeito do tema, veja-se também: DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 13; WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito – a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 345.

semelhante em relação à vertente desconstrucionista no interior dos *Critical Legal Studies*. Outro dos possíveis motivos para a debilidade estaria em que tais teorias críticas, ironicamente, foram responsáveis por formular uma modalidade discursiva análoga àquela do juspositivismo, corrente contra a qual se opunha de forma ferrenha⁴. Ainda, Roman Borges, também influenciado por Warat, argumenta ter se consolidado no âmbito da crítica jurídica um discurso de conservação⁵.

Desse conjunto de hipóteses deduz-se que as teorias críticas, a despeito de terem estimulado relativa aproximação entre Direito (como espaço da norma) e concretude (como realidade que antecede ou subjaz a norma), permaneceram apegadas à “*normatividade* como elemento distintivo do direito”⁶, alimentando o mesmo conservadorismo que pretendiam derrotar. Pois o privilégio à normatividade e decorrente preocupação com os critérios de validade e sistematicidade do Direito, mais evidentes – respeitadas as diversas frentes desta corrente – no positivismo jurídico, são abrandados, mas não eliminados da crítica, de acordo com Borges⁷.

Contudo, a teoria de Roberto Mangabeira Unger enfrenta esse problema de forma distinta. Seu experimentalismo democrático e institucional é avesso à conservação. Sua proposta aponta para o desfazimento do que se consolida, tanto no plano do pensamento e dos valores, como das instituições que lhes fazem as vezes. A obra Unger, indispensável no conjunto das teorias críticas do Direito ou pensamento jurídico crítico, congrega elementos de oposição ao conservadorismo (discursivo e estrutural) associados a um princípio ético de emancipação e a um programa institucional que intenta concretizar esse princípio.

Significa que, no espectro das teorias críticas do Direito – em que Unger se situa, já que o seu objetivo é a emancipação possibilitada pela via jurídica –, o pensamento ungeriano é desviante. Assim, objetiva-se no presente texto descrever a teoria e filosofia do Direito em Unger, situá-las na dimensão da crítica jurídica para justificar que um dos cerne do seu pensamento, a imaginação institucional, contraria a tendência à conservação da porção majoritária das teorias críticas do Direito, isto é, o experimentalismo significa a redenção do conservadorismo da crítica jurídica.

⁴ A esse respeito: LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*. 2ª ed. São Paulo, Conceito Editorial, 2011, p. 161; HESPANHA, António Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n.56, p. 13-21, 2012, p. 21; BORGES, Guilherme Roman. *O direito erotizado – por um discurso jurídico transgressional*. Curitiba: Instituto de filosofia do direito e direitos humanos, 2014, p. 64.

⁵ BORGES. *O direito erotizado – por um discurso jurídico transgressional*, cit.

⁶ *Ibidem.*, p. 77.

⁷ *Ibidem.*, p. 77.

A análise empreendida no artigo compreende: (i) a descrição do experimentalismo de Unger, suas teses jurídicas centrais (cuja seleção se justifica pelo objeto específico deste artigo) e considerações específicas sobre o papel do jurista face ao Direito; (ii) a explicitação das lacunas da crítica jurídica (sob a ressalva de que o mapeamento desse movimento não integra o objeto deste trabalho) e seu consequente déficit emancipatório, com base em Rocha, Warat e Borges; a correlação do projeto de Unger em face das mencionadas lacunas imputadas à crítica jurídica, a fim de se justificar a dedução conclusiva de que a teoria ungeriana desvia-se do viés conservador das teorias críticas do Direito identificado pela literatura revisada.

2 O caráter do Direito no experimentalismo institucional ungeriano

Roberto Mangabeira Unger compreende que os juristas têm assumido historicamente um papel sacerdotal em relação à tradição do Direito. Como sacerdotes dessa tradição, conformaram-se em normalizar ou justificar as estruturas sociais e seus reflexos institucionais, como se fossem suas expressões necessárias e invariáveis. Seus interesses se traduziam em um esforço de racionalização retrospectiva e, tendo-o feito, impediram reflexões sobre possíveis alternativas⁸.

Na contramão dessa tradição, Unger vislumbra para os juristas um papel profético, de arquitetos (institucionais) que operam pelo Direito⁹ – sem que precisem abandonar a condição de juristas ao desempenharem essa tarefa¹⁰, que implica fugir ao conservadorismo ou dogmatismo institucional¹¹.

O experimentalismo institucional desenvolvido pelo autor é uma resposta a esse dogmatismo. Como negação ao fetichismo institucional¹², a proposta experimentalista faz-se “prática coletiva de descoberta e aprendizagem”¹³. É uma reação à “dupla frustração” do pensamento progressista nos dois últimos séculos: sua incapacidade para instalar uma ordem

⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*. Verso, 2015, p. 16.

⁹ ALMEIDA, Philippe Oliveira de. O neoliberalismo e a crise dos Critical Legal Studies. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/download/27420/22657>. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/7420. Acesso em: 03/09/2021. p. 10.

¹⁰ UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, cit., p. 75.

¹¹ UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* New York: Verso, 1996, p. 35.

¹² UNGER. *What should legal analysis become?*, cit., p. 7.

¹³ TEIXEIRA, Carlos Sávio. Experimentalismo e democracia em Unger. *Lua Nova*, São Paulo, n. 80, p. 45-69, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452010000200003&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 03/09/2021, p. 48.

pós-capitalista democrática e não violenta ou para manter uma ordem socialista, ainda que politicamente autoritária¹⁴.

Para tanto, a razão jurídica deve orientar-se pelo escopo de garantir ou estimular a imaginação institucional e a democracia experimentalista¹⁵. Competirá ao jurista visualizar caminhos de reforma alternativos à luz das contingências. Busca-se a refundação, uma vez que “o novo é possível, o tempo é real e a história é aberta”¹⁶. E essa refundação objetivada por Unger endossa o “partido revolucionário” característico da tradição europeia das ciências sociais.¹⁷

Ainda, na obra de Unger excluem-se eventuais relações de necessidade entre uma ordem econômica e um determinado arranjo institucional. Para o autor, não há que se falar em tipos ideais de organização humana com uma “*built-in legal structure*”¹⁸. Rejeita-se uma concepção de historicidade que se oriente por um roteiro histórico pré-determinado e aponte para um horizonte limitado de alternativas¹⁹. Recusa-se também a ideia de que poderia haver uma linguagem universal do mercado e da democracia²⁰. Isso porque o autor compreende que sociedade e as instituições, por serem artefatos humanos, podem ser reajustados de diversas maneiras para atingirem os mesmos fins.

O diagnóstico de Mangabeira Unger indica que o pensamento jurídico falhou em se constituir como projeto de “vocação maior” de teorização²¹. Falhou porque a tradição teórica ocultou a realidade contraditória do Direito, que se faz condição de possibilidade para a transformação jurídico-institucional ante à ditadura da falta de alternativas. Ao falhar, impediu, no nível teórico, o pensamento sobre alternativas estruturais. Conforme o autor, o percurso a ser seguido pelo pensamento jurídico deve afastar-se de compreensões estruturais

¹⁴ TEIXEIRA. *Experimentalismo e democracia em Unger*, cit., p. 45.

¹⁵ UNGER. *What should legal analysis become?*, cit., p. 23. Em igual sentido: TEIXEIRA, Carlos Sávio G; CHAVES, Vitor Pinto. Transformação Estrutural e Direito Constitucional. *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 91-109, maio/agosto de 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8587>. Acesso em: 03/09/2021, p. 99.

¹⁶ TEIXEIRA. *A Esquerda Experimentalista: análise da teoria política de Unger*, cit., p. 11.

¹⁷ Isto é, uma postura revolucionária que expressa preocupação com a reconstrução da ordem institucional que informa o *status quo*, mas rejeita alguns dos pressupostos da referida tradição, como o determinismo histórico, a assunção de um agente revolucionário determinado, a crença na substituição holística e abrupta das estruturas institucionais, entre outros.

¹⁸ UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, cit., p. 68-69. Também quanto a isso: TEIXEIRA. *A Esquerda Experimentalista: análise da teoria política de Unger*, cit., p. 50.

¹⁹ TEIXEIRA. *A Esquerda Experimentalista: análise da teoria política de Unger*, cit., p. 28.

²⁰ UNGER. *What should legal analysis become?*, cit., p. 7 e p. 23. Veja-se também: TEIXEIRA; CHAVES. Transformação Estrutural e Direito Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, cit., p. 94.

²¹ UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, cit., p. 4.

tais como a de Marx²². Estas, conforme Unger²³, estão eivadas de falsas necessidades: tipologias socioeconômicas sequenciais com expressão institucional fixa, indivisíveis, finitas, apenas substituíveis na integralidade²⁴. Unger, ao contrário, entende que essa lógica estrutural, suas premissas e arranjos básicos, não são indivisíveis (por não serem um sistema) e não podem ser explicados como produtos de leis históricas de transição. Para o autor, tal estrutura teria caráter improvisado e mutabilidade variável ou mesmo imprevisível.

A mudança de visão estrutural e efetiva mudança institucional auto-induzida necessitam de uma democracia radical, de alta energia (pelo engajamento popular organizado) e ritmo (pela resolução frequente dos impasses políticos)²⁵. Unger entende que a democracia significa mais do que pluralismo partidário e “*electoral accountability*” entre governo e eleitorado; significa “o poder para escolher os termos da vida social”²⁶. Essa democracia energizada se aliaria a formas de pluralismo jurídico, governamental e político (fontes e formas distintas de jurisdição e administração), que podem atuar como motores iniciais da estratégia experimentalista²⁷.

Também o constitucionalismo vislumbrado por Unger coaduna com a resolução recorrente e rápida dos conflitos no âmbito de um governo organizado descentralizadamente. O intuito é estimular a participação nas decisões públicas de forma a não serem meramente episódicas. Tal esforço é acompanhado pela remodelação das formas institucionais da sociedade civil, pois a sociedade não pode reinventar-se sem se organizar²⁸. Pensa-se essa organização igualmente para o espaço comunitário, na forma de redes de associações e pólos de decisão paralelos ao Estado²⁹.

²² Apesar disso, Unger não despreza a compreensão da divisão social entre classes: “*we all continue to live in class societies in which stark disparities of inherited privilege shape people’s life chances. Marxism may be dead, but class is doing as well as ever*”: UNGER. *What should legal analysis become?*, cit., p. 14.

²³ UNGER, Roberto Mangabeira. *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*. New York: Verso, 2001.

²⁴ UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, cit., p. 181;

²⁵ *Ibidem*, p. 62. Para Unger, significa manter o princípio liberal do poder fragmentado, eliminando-se o princípio conservador de desaceleração da política. Nesse mesmo sentido: TEIXEIRA, Carlos Sávio G. *A Esquerda Experimentalista: análise da teoria política de Unger*. Tese de doutoramento – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 59 e 126; TEIXEIRA, Carlos Sávio G; CHAVES, Vitor Pinto. Transformação Estrutural e Direito Constitucional. *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 91-109, maio/agosto de 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8587>. Acesso em: 03/09/2021. p. 98.

²⁶ UNGER. *What should legal analysis become?*, cit., p. 72, trad. livre.

²⁷ UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, cit., p. 199.

²⁸ UNGER. *What should legal analysis become?*, cit., p. 17; UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy Realized: the progressive alternative*. New York: Verso, 1998, p. 250.

²⁹ UNGER. *What should legal analysis become?*, cit., p. 18.

Os passos embrionários desse experimentalismo ungeriano encontram utilidade em determinadas categorias centrais de direitos: (i) a propriedade desagregada³⁰ (“*disaggregated property*”), ou seja, o direito de propriedade e seus possíveis desmembramentos: alterações sucessivas em seu conteúdo com vistas à descentralização do poder econômico, além do seu desmembramento para diferentes *rightholders*, garantindo-se uma competição-cooperativa no contexto de parcerias entre governos e particulares³¹; (ii) o contrato³² bilateral ou relacional continuado – continuidade também voltada à instalação da concorrência-cooperativa; (iii) uma estrutura jurídico-institucional de fácil revisibilidade (“*structure-revising structure*”)³³, cuja condição é a energização da democracia; e (iv) dotações jurídicas (“*plasticity-enabling endowments*”) que empoderem os agentes, como, por exemplo, uma “herança social”³⁴ ou um mínimo universal de serviços públicos, uma forma básica de educação pública ao longo da vida, garantias jurídicas e públicas contra o Estado, entre outros elementos³⁵.

Assim é que, fundada na imaginação de alternativas institucionais, nasce a doutrina desviacionista de Unger³⁶, cujos traços essenciais são o entrecruzamento entre normativo e o empírico³⁷ e, também, a recusa a ver o Direito como sistema idealizado e coerente. Esta

³⁰ Para um exame analítico acompanhado de exemplos práticos da aplicação desta categoria ungeriana, ver: AMATO, Lucas Fucci. *A propriedade desagregada: dimensões, função e exemplos*. In: Anais do IX Congresso da AbraSD: trabalhos completos. Sociedades Pós-Constitucionais: a sociologia do direito após 30 anos de constituição cidadã (homenagem a José Eduardo Faria). ISSN 2358-4270. São Paulo: USP, 2018b.

³¹ UNGER. *What should legal analysis become?*, *cit.*, p. 80.

³² A teoria dos contratos é um dos principais exemplos que Unger dá para justificar as condições de possibilidade da teoria desviacionista. Aquela é só aparentemente apolítica, e o autor procura provar isso a partir de algumas etapas, como a relação controversa entre princípios e contraprincípios contratuais, e a possibilidade de reimaginação da teoria dos contratos como meio de interação econômica a partir desses mesmos contraprincípios: UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, *cit.*, p. 145. Relativamente a isso, Unger propõe uma série de reformulações à tradicional teoria contratual de acordo com ideais cooperativistas da teoria desviacionista. O denominador comum dessas alternativas é a ênfase no papel dos contraprincípios como sintomas de que falta clareza no Direito: UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, *cit.*, p. 162-170.

³³ UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, *cit.*, p. 182.

³⁴ Assemelha-se à proposta de Bruce Ackerman, que postula a existência de um sistema público de distribuição de fundos (*distributive justice branch*) da receita estatal, num percentual previsto constitucionalmente e com distinto grau de prioridade, como um ponto de partida para correção para distorções na distribuição de renda. Nesse sentido, ver: ACKERMAN, Bruce. *The new separation of powers*. Harvard Law Review, v. 113, p. 633-725, 2000. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>. Acesso em: 03/09/2021, p. 721-722. Unger, por sua vez, mentaliza um fundo de capital rotativo com vistas ao financiamento temporário à mão de obra de certos grupos mais vulneráveis: UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, *cit.*, p. 118.

³⁵ UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, *cit.*, p. 69-72.

³⁶ *Ibidem*, p. 96.

³⁷ Enrique Zuleta Puceiro identifica nos CLS essa mesma tendência epistemológica: PUCEIRO, Enrique Zuleta. *Critical Legal Studies y la Renovación de la Teoría Jurídica norteamericana*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987. p 117-119. O objetivo por trás desse entrecruzamento, sob um ponto de vista institucional, é descobrir se os princípios abstratos juridicamente protegidos são precisamente refletidos em suas

recusa implica afirmar que todos os ramos do Direito permitem soluções desviantes em razão de suas contradições, que podem ser instrumentalizadas para a transformação institucional³⁸.

Unger refere-se à possibilidade de que, gradativamente, a partir das controvérsias e aprendizados³⁹ emergentes no contexto das práticas institucionais, possa haver, entre os ideais abstratos institucionalizados e suas concretizações, controle e correção recíprocos: as práticas afetarão os ideais e vice-versa⁴⁰. Essa prática de revisão depende do encurtamento da distância entre a rotina e os episódios de crise ou revolução que em regra afetam o Direito⁴¹ – pois um experimentalista “não vai ficar esperando pelo próximo momento mágico” de recriação⁴².

O propósito de reimaginação institucional do mercado e da democracia tem o Direito como o meio por excelência pelo qual a doutrina desviacionista se expressa. Auxiliam-na ideais emancipatórios comuns tanto às teorias clássicas liberais quanto socialistas⁴³. Mas há uma ressalva: o produto dessa imaginação não se dogmatiza. Deve ser sensível à deliberação, flexível, aberto à reimaginação frequente⁴⁴; não pode permitir que o

verticalizações normativas ou regulamentações – no exemplo de Unger, os princípios de liberdade contratual ou igualdade política comparativamente a como estão regulados. O propósito é tornar claro que tais regulações não são as únicas formas possíveis; isto é, que são possíveis “*alternative institutional embodiments*”. Quanto a isso, as contradições presentes no direito via de regra exigem metajustificações (regras, precedentes, *policies and principles*), que também sofrem de contradições, para cuja solução recorre-se, novamente, a outros esquemas argumentativos e teleológicos mais amplos – e assim por diante. Esse é o sintoma da abertura, no direito, para programas alternativos de vida: UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, cit., p. 97-99.

³⁸ UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, cit., p. 97-98.

³⁹ Veja-se: TEIXEIRA, Carlos Sávio G. *A Esquerda Experimentalista: análise da teoria política de Unger*. Tese de doutoramento – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 118.

⁴⁰ UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, cit., p. 179.

⁴¹ *Ibidem*, p. 103. Veja-se também: TEIXEIRA. *Experimentalismo e democracia em Unger*, cit., p. 48.

⁴² UNGER. *What should legal analysis become?*, cit., p. 20; veja-se também: UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 33.

⁴³ Teixeira argumenta que Unger resgata, em alguns aspectos, a agenda das teorias sociais do século XIX de ambos os pólos do espectro político: “A agenda recuperada por Unger baseava-se na imaginação e construção de uma ordem social sem as divisões excludentes de classes sociais como antevista no projeto dos socialistas ou, pelo menos, a criação de um mundo social capaz de pôr as desigualdades econômicas num patamar que não invisibilizasse padrões mínimos de sociabilidade, a exemplo do projeto de muitos liberais”, em um esforço – para usar as palavras daquele autor – de separar o joio do trigo: de retirar dessas teorias o que elas têm de melhor: TEIXEIRA, Carlos Sávio. *Experimentalismo e democracia em Unger*. *Lua Nova*, São Paulo, n. 80, p. 45-69, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452010000200003&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 03/09/2021, p. 46. Na palavras de Unger: “(...) *our program arises from the generalization of aims broadly shared by the great secular doctrines of emancipation of the recent past-both liberal and socialist - and by the social theories that supported them*”: UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, cit., p. 104.

⁴⁴ Significa que se deseja o encurtamento da distância entre o que é rotineiro e o que é revolucionário, no contraste, diz Unger, entre o que o mundo social incorpora e o que exclui: UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, cit., p. 105.

indivíduo fique refém de categorias abstratas ou que, em suas experiências, seja “fanteche do seu lugar no contraste entre classes, sexos e nações”⁴⁵.

A força que atrai o sujeito para as condições precárias de sua classe é adversária da expectativa de flexibilidade e imaginação institucional do experimentalismo democrático. Livrar o sujeito dessa força precarizante é a tarefa primordial da agenda experimentalista. Para esse fim, Unger elabora um programa de reorganização institucional que considera a reorganização do governo e da economia e, também, um novo sistema ou regime de direitos. O modelo institucional resultante desse quadro deve pressupor a eliminação de todas formas de categorização social que impliquem congelamento de possibilidades e hierarquização das relações humanas⁴⁶.

Para esse fim, o arcabouço institucional do experimentalismo compreende, dentre outras estratégias, um sistema ou regime de direitos que tem, como propósito, emancipar gradativamente o indivíduo de rígidas divisões ou hierarquias sociais. Esse eixo do experimentalismo de Unger expressa um ideal de comunidade ou experiência comunal traduzido juridicamente⁴⁷.

O referido regime de direitos sustenta-se em quatro principais categorias⁴⁸. A primeira delas é a dos direitos de imunidade (individuais) em face do Estado, organizações e outros indivíduos⁴⁹. Trata-se de proteção abrangente da segurança individual vital e se destina a garantir a exequibilidade dos demais direitos que compõem esse regime. A segunda categoria é a dos direitos de desestabilização, como garantias contra a solidificação das hierarquias, práticas e divisões institucionalizadas imunes ao experimentalismo. A terceira, direitos mercantis ou de mercado (*market rights*), corresponde a garantias de provisões condicionais de acesso a porções divisíveis do capital social⁵⁰, sob diferentes regimes de contrato e propriedade no mercado reimaginado pelo autor: “*conditional, temporary, and fragmentary forms of property – derivatives of the unified property right – would cease to be treated as marginal anomalies*”⁵¹. Finalmente, os direitos de solidariedade, que se repartem em dois estágios: um inicial, com definição incompleta, aos moldes do parâmetro

⁴⁵ No original: “A person should not remain the puppet of his place in the contrast of classes, sexes, and nations”: UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task, cit.*, p. 105, trad. livre.

⁴⁶ UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task, cit.*, p. 107-108.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 121.

⁴⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. *Politics: The Central Texts – Theory against Fate*. Verso, 1997, p. 367.

⁴⁹ UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task, cit.*, p. 122.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 123.

⁵¹ *Ibidem*, p. 123 e 188. Em igual sentido: UNGER. *What should legal analysis become?, cit.*, p. 12.

da boa-fé⁵²; e o segundo, cujo sentido seria definido por seus titulares, ou, em seu lugar, juízes, no momento de sua concretização.

Esses direitos consubstanciam um ideal político que Unger denomina “superliberalismo”⁵³, no sentido da construção de um universo social que seja imediatamente responsável por sua própria remodelação. O ideal de superliberalismo não se confunde com o liberalismo clássico e, além disso, não pode ser pensado aquém ou além, mas somente de forma conjunta com o experimentalismo democrático. A perspectiva superliberal orienta-se pelo ideal de resgatar o sujeito de sua situação ou condição em hierarquias específicas e potencialmente enclausuradoras. É um imperativo de autonomia individual que, em última instância, coaduna analiticamente com a condição de corrigibilidade das instituições. Porque instituições não enclausuradoras do sujeito, portanto revisáveis, dão condições para a autonomia transcendente⁵⁴.

A possibilidade para esses caminhos desviantes é revelada nas contradições do Direito posto, nas controvérsias da doutrina e da imprevisibilidade das decisões judiciais⁵⁵. Essas contradições demonstram não haver um ideal compartilhado sobre os rumos que uma sociedade deve tomar. Significa que o Direito não abriga consensos. A existência isolada de princípios e contraprincípios juridicizados denotam que “*law is unclear or divided*” e abre, assim, portas para visões alternativas⁵⁶ e novas fontes de direitos e obrigações de acordo com a contravisão experimentalista⁵⁷.

3 Teorias críticas do Direito e seus limites emancipatórios

As teorias críticas do Direito ou crítica jurídica representam um momento abertamente político da filosofia do Direito nacional e internacional, que se fortaleceu a partir de 1970 e contou com correntes de pensamento geograficamente e epistemologicamente distintas entre si (*Association Critique du Droit*, *Critical Legal Studies*, *Uso Alternativo del Diritto* e diversas outras derivadas dessas), mas unidas por uma mesma ética declarada.

⁵² UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, cit.

⁵³ *Ibidem*, p. 125.

⁵⁴ AMATO, Lucas Fucci. *Inovações Constitucionais: direitos e poderes. Apresentação de Roberto Mangabeira Unger*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2018a. p. 75.

⁵⁵ UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*, cit., p. 162.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 167-168.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 172.

Não se pretende, aqui, mapear os movimentos de crítica jurídica nacionais e internacionais, nem descrever as suas particularidades⁵⁸. Importa somente destacar a ocorrência desse compromisso político expresso, de militância, de intelectuais do Direito⁵⁹ com determinadas causas humanistas e/ou emancipatórias, embora de forma fragmentada⁶⁰, ao final do século XX.

Tratava-se de um compromisso ético com a reformulação das bases do pensamento jurídico, que pode ser sintetizado na condição de desconfiança em relação à dogmática jurídica⁶¹ e ao caráter ideológico do Direito ou em um antipositivismo⁶².

Certos aspectos da obra de Unger inserem-no no conjunto da crítica jurídica. Seu pensamento conjuga os elementos de oposição ao conservadorismo do pensamento jurídico e alia-se ao propósito político de emancipação. Um argumento simplório estaria em afirmar que o próprio movimento que o autor integrou intitula-se crítico. Outro argumento, de maior

⁵⁸ Para uma tipologia ou mapeamento holístico do pensamento jurídico crítico internacional e, especialmente, nacional no final do século XX ver: WOLKMER. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*, cit.. Trata-se de uma das principais obras voltadas à compreensão estrutural daquilo que se configurou como teoria crítica do direito brasileira. Wolkmer é também considerado um dos autores integrantes do movimento, em específico do pluralismo jurídico, e conta obra específica sobre o tema: WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. Uma tipologia da crítica jurídica brasileira é também oferecida em: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os Direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. Curitiba: Scientia et labor, 1988, p. 54 e seguintes; PAZELLO, Ricardo Prestes. *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, 2014, p. 409 e seguintes.

⁵⁹ Tem-se, no Brasil, uma série de autores indicados como representantes dessa postura crítica. De acordo com Wolkmer, estão, entre tais autores, José Eduardo Faria, Celso Fernandes Campilongo, Leonel Severo Rocha, Marcelo Neves, Luis Alberto Warat, Luiz Fernando Coelho, Tércio Sampaio Ferraz Jr., Roberto Lyra Filho, José Geraldo de Sousa Júnior, Roberto Aguiar, Agostinho Ramalho Marques Neto, João Maurício Adeodato, entre outros (o rol sugerido por Wolkmer é extenso), cada qual operando a partir de uma perspectiva específica (seja sistêmica, semiológica, psicanalítica etc., aplicadas ao Direito), mas unidos por um componente político que caracteriza as teorias críticas do direito; nesse sentido, também: WOLKMER. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. cit., p. 126-166; BORGES. O direito erotizado – por um discurso jurídico transgressional, cit., p. 75; HESPANHA, António Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n.56, p. 13-21, 2012, p. 15-16.

⁶⁰ WARAT; PÊPE. *Filosofia do Direito - uma introdução crítica*, cit., p. 62-63.

⁶¹ Entendida enquanto campo do saber jurídico em que as premissas são assumidas como inquestionáveis. A esse respeito: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁶² Entenda-se-o, como posto por Rocha, como o estudo do direito para além da norma jurídica, ressaltando-se também seus “aspectos político-ideológicos e históricos”: ROCHA, Leonel Severo. Crítica da "Teoria Crítica do Direito". *Seqüência: Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC*, Florianópolis, v. 4, n. 6, p.122-135, maio, 1982, p. 130. Nesse mesmo sentido, veja-se: HESPANHA. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro, cit., p. 21. BORGES, Guilherme Roman. *O direito erotizado – por um discurso jurídico transgressional*. Curitiba: Instituto de filosofia do direito e direitos humanos, 2014. p. 64; LUDWIG. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*, cit., p. 161.

profundidade analítica, auxilia a identificá-lo como tal. Raymond Geuss oferece as categorias para tanto.

Geuss alega que uma teoria crítica, para que se configure como tal, deve: (i) clarificar, teoricamente, a viabilidade da passagem de um estado de coisas inicial para um estado final por ela almejado; (ii) demonstrar que a transição em (i) é necessária, evidenciando, no estado inicial, que determinados grupos encontram-se em estado de dependência, ignorância ou frustração; (iii) justificar que a proposta teórica apresentada dá as condições para o mencionado processo de transição; e (iv) demonstrar que o *status quo* atual é, de fato, aquele apresentado como merecedor de reformas⁶³.

A teoria ungeriana adequa-se a essas etapas. Identifica a condição de dominação e dependência de indivíduos a hierarquias e estruturas de pensamento/relação que impedem mobilidade ou transcendência daqueles em relação a estas (segundo e quarto requisitos); aponta as causas dessa dominação: específicas estruturas socioeconômicas, jurídicas e políticas; e, oferece, para resgatar da hierarquização o indivíduo (para emancipá-lo⁶⁴), um programa de ação político incorporado institucionalmente⁶⁵ (primeiro e terceiro requisitos).

A identificação do entrincheiramento – que, no vocabulário de Unger, significa proteção contra a revisão – dos arranjos institucionais e dogmas da cultura⁶⁶, como causas do aprisionamento do indivíduo e alvos da revisibilidade a ser instituída, evidenciam a repulsa, na teoria ungeriana, à conservação das ideias, experiências e formas de subjugação. Modelos de experiência e relação humana, assim como as ideias que as informam, são objetos do Direito – e este tende à conservação.

Contra esta última característica levantaram-se, motivadas politicamente, as teorias críticas do Direito. Todavia, elas foram acusadas de perpetuar o déficit emancipatório das correntes contra as quais se insurgiram. Ou seja, acusadas de incapacidade em enfrentar a

⁶³ GEUSS, Raymond. *Teoria Crítica: Habermas e a Escola de Frankfurt*. Campinas: Papyrus, 1988, p. 125-126.

⁶⁴ “*There is, in Unger’s work, an urgent emancipatory message. For him, no social constraint is inescapable. For him ‘it’s all politics’ because society is an artifact and all that is social is contingent, challengeable, changeable. There is no aspect of social arrangements not open to revision*”: CHRISTODOULIDIS, Emílios A. The inertia of institutional imagination: a reply to Roberto Unger. *The Modern Law Review*, London, vol. 59, n. 3, 1996, p. 396.

⁶⁵ A arquitetura institucional no experimentalismo não deve derivar de modelos abstratos de descentralização econômica e soberania popular, pois a remodelação da sociedade, conforme essa teoria, não pode ser atingida por meio de asserções filosóficas isoladas: “*no philosophical sleight of hand exempts us from the need to understand, to confront, and to change the real structure of society*”: UNGER. *The critical legal studies movement: another time, a greater task, cit.*, p. 192.

⁶⁶ UNGER, Roberto Mangabeira. *The Self Awakened – Pragmatism Unbound*. Harvard University Press, 2007, p. 122.

conservação. Sugere-se aqui, no entanto, que a teoria ungeriana escapa a essas limitações das teorias críticas. A proposta de Unger é a antítese eficiente do conservadorismo a elas imputado.

As teorias críticas do Direito, a despeito de seu conteúdo humanitário e proposta teórica emancipatória, sofreram ataques teóricos severos. No auge da crítica jurídica no Brasil (anos 80 e 90, portanto) Leonel Severo Rocha, por exemplo, tratou de imputar a ela a “tentativa sofisticada” de obter, para si, o controle político velado atribuível – conforme a crítica – à epistemologia positivista. Para Rocha, ao fazê-lo, a crítica recupera o positivismo, pretendendo uma “neutralidade de segundo-grau”, pois ao mesmo tempo que se assume política, “julga-se competente para decretar os novos rumos da ciência do direito”⁶⁷. Além disso, o autor aduz que

a teoria crítica do direito se caracteriza por um profundo conceitualismo, o que constitui um exemplar paradoxo, devido às suas próprias denúncias a respeito dos aspectos político-sociais do direito e das insuficiências do positivismo. Na verdade, o saber jurídico é político-ideológico desde a sua constituição histórica e, assim, a denúncia de tais aspectos não é suficiente à proposição de um novo saber alternativo (...) não existe oposição, a não ser teórica, entre saber jurídico dito ideológico ou não. O direito sempre foi político; é falsa a afirmativa de que o direito se torna crítico devido à descoberta realizada pela teoria crítica deste aspecto inerente à sua materialidade.⁶⁸

Por seus “sofisticados conceitualismos”⁶⁹, Rocha quer dizer que as teorias críticas do Direito encerraram sua contestação politicamente aberta no âmbito do discurso e do conceito. Por esse motivo, não alcançaram o que, na leitura do autor, seria a verdadeira meta: a formulação de “soluções materiais” efetivas no campo da práxis. Para Rocha, A materialização deve se incorporar aos mecanismos do próprio Direito, sendo insuficiente a mera denúncia dos componentes ideológicos e da conservação de um dado *status quo*.

Defeito similar fora atribuído por Luis Alberto Warat e Albano Pêpe à crítica jurídica. Para os autores, o movimento, além de desagregado, padeceu da falta de coerência e precisão⁷⁰. Haveria nas teorias críticas do Direito o paradoxo que, conforme Warat, encerra-se no apelo a uma “gramática totalitária” e estereotipada⁷¹, que pretende empoderar o sujeito contra as violências simbólicas e, “longe de consegui-lo, opera de um modo

⁶⁷ ROCHA. *Crítica da "Teoria Crítica do Direito"*, cit., p. 133.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 134.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 135.

⁷⁰ WARAT; PÊPE. *Filosofia do Direito - uma introdução crítica*, cit., p. 64-65.

⁷¹ Por “estereotipada” Warat se refere a discursos fundados nos estereótipos, recursos linguísticos cujo significado de base é vazio e, por esse motivo, configura um termo impreciso que, por este motivo, pode ser manipulado: WARAT. *Introdução geral ao direito – a epistemologia jurídica da modernidade*. cit., p. 70-72.

finalmente cúmplice”⁷². Essa hipótese põe em dúvida a própria possibilidade de existência das teorias críticas, que então se sabotaria ao se estruturar por uma tal gramática definitiva⁷³.

De modo semelhante, Guilherme Roman Borges, na esteira desses autores, descreve que as frentes da crítica jurídica procuraram escapar ao formalismo jurídico atribuído ao positivismo. Buscaram, assim, aproximar Direito, valor e realidade, assim como revelar o maniqueísmo por trás da expectativa de neutralidade axiológica no saber jurídico⁷⁴. Todavia, permaneceram adstritas à lógica da sistematicidade e da normatividade: “seus horizontes continuam a ser os mesmos: a *Erhaltung*⁷⁵. Não se procura experimentar o novo, não se aceita o discurso do fora (...) e não se inebria com a lógica do impensado (...)”⁷⁶. Por esse motivo, prossegue vinculada a um discurso de conservação⁷⁷.

Conforme Borges, é necessário que o discurso jurídico, ao invés de buscar incansavelmente a fixação de conceitos, entregue-se ao acaso, fazendo-se permeável ou suscetível a uma imaginação que procure pelo impensado. Ao fazê-lo, caminhará no sentido oposto ao da pura reconceitualização dos institutos disponíveis⁷⁸. Para fugir da tendência à conservação, o discurso jurídico precisa negar a condição de definitividade, entregando-se ao incerto exterior⁷⁹. Dito de outra forma, exige-se que “o discurso jurídico também aprenda a esquecer para poder se renovar”⁸⁰.

4 Considerações finais: experimentalismo institucional como negação ao conservadorismo

Note-se, portanto, que os defeitos identificados por Rocha, Warat e Borges no conjunto da crítica jurídica são especificamente contornados no experimentalismo ungeriano. Em primeiro lugar, na hipótese de Rocha, identifica-se na crítica jurídica um excesso conceitualista e a ausência de mecanismos materializadores de uma ética defendida

⁷² WARAT. *Introdução geral ao direito – a epistemologia jurídica da modernidade*, cit., p. 349.

⁷³ A alternativa vislumbrada por Warat para esse impasse é a *carnevalização do discurso*, em que ao sentido do discurso se conforma de modo democratizado, deslocando-se o sentido da verdade, o centro gravitacional do discurso (a explicação do direito pelo direito, para cuja superação a mera interdisciplinaridade não é suficiente, aduz o autor), criando-se a condição para a produção permanente de significados, assim evitando que estes se tornem totalitários: WARAT. *Introdução geral ao direito – a epistemologia jurídica da modernidade*, cit., p. 355-363.

⁷⁴ BORGES. *O direito erotizado – por um discurso jurídico transgressional*, cit., p. 65.

⁷⁵ Do alemão: conservação ou preservação.

⁷⁶ BORGES. *O direito erotizado – por um discurso jurídico transgressional*, cit., p. 77.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 78.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 31-33.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 39.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 40.

no plano do conceito. A obra Unger, por outro lado, dá concretude institucional à ética emancipatória.

Quanto a Warat e Pêpe, para os quais a colocação de uma gramática definitiva é, em última instância, cúmplice da conservação, tem-se em Unger a razão oposta consubstanciada na proposição de assegurar a revisibilidade das instituições sob o propósito de impedir o enclausuramento hierárquico do indivíduo e dos valores institucionalizados.

Finalmente, na hipótese levantada por Borges, identifica-se a necessidade de que o Direito se abra à sua diferença – a submissão do dogma à contestabilidade. Se o dogma não oferece soluções satisfatórias (a partir de um *ethos* humanista), então será ele alvo dos ataques que se lhe possam desferir a partir do que se apresenta externamente a ele. A mesma preocupação se faz presente na teoria de Unger, precisamente no que diz respeito à exigência de revisibilidade dos conteúdos juridicamente institucionalizados. Se as práticas assim exigirem, as instituições são colocadas à prova e substituíveis à medida em que se modificam os valores. Há, dessa forma, uma relação dialética entre o dogma (a instituição) e a indagação zetética (a revisão), uma intercomplementaridade produtiva de sentidos e reformas.

Se a maior falha das teorias críticas do Direito, com seu conceitualismo normativista, está em permanecer abraçada à conservação, parece prudente afirmar que, para além de uma refundação dos pilares epistemológicos, é preciso pensar em ferramentas concretas, expressadas institucionalmente, que traduzam adequadamente (e juridicamente) essas preocupações e lhes deem concretude. Assim, é necessária a concepção de um programa institucional que leve a cabo a fuga aos discursos de conservação apontados por Borges. Pode-se então aduzir que Mangabeira Unger verticaliza no plano analítico o combate à *Erhaltung* e, mais do que isso, sana a deficiência mais elementar da crítica jurídica.

Orientada pela imaginação institucional, a reflexão jurídica, sob o experimentalismo ungeriano, deve se encarregar de afastar do Direito o fetichismo institucional. Para tanto, deve guiar-se pelo ideal democrático, sendo sensível à relação entre os interesses em jogo, instituições ou práticas correspondentes e o respectivo detalhamento jurídico⁸¹.

Ampara essa imaginação institucional, na proposta do autor, o método do mapeamento (*mapping*) e crítica (*criticism*), dois momentos de reflexão conectados dialeticamente⁸². O mapeamento opera como uma avaliação das estruturas formativas

⁸¹ UNGER. *What should legal analysis become?*, cit., p. 129-130.

⁸² *Ibidem*, p. 130.

institucionais incorporadas legalmente e fornece substrato à crítica, sobretudo ao mostrar que o Direito estabelecido, em seu caráter fragmentado, pode se submeter ao ideal de revisibilidade de maneira pontual, também fragmentada.

Por meio do método de mapeamento e crítica, o jurista deve investigar as ambiguidades intrínsecas ao Direito, as faculdades juridicamente garantidas e suas exceções, que evidenciam seus traços contraditórios⁸³. Desde essa característica o método se mostra como anti-racionalizador⁸⁴, no sentido de que não justifica ou preserva a estrutura contraditória no Direito, mas procura afirmá-la e reformá-la. Identificando essa estrutura, o mapeamento deve clarificar as instituições extraíveis do Direito, em uma tarefa de cunho comparativo: identifica, de um lado, o conjunto de ideais e expectativas políticas ou programáticas e, de outro, o modo com que sua forma institucionalizada frustra sua realização ou empobrece seus sentidos⁸⁵.

Diante desse quadro, o jurista “*must imitate the artist who makes the familiar strange*”⁸⁶; ao imitar o artista, deve evitar atribuir caráter mitológico às instituições disponíveis⁸⁷; igualmente, ao exercer a crítica, assume uma postura profética⁸⁸ própria ao ideal da imaginação institucional.

Assim, pode-se inferir, então, que no universo da crítica jurídica Unger oferece propostas concretas que vão de encontro às duas principais necessidades daquela: em primeiro lugar, uma reformulação no plano epistemológico e, em segundo, a elaboração de um programa institucional para a concretização de seu *ethos* emancipatório.

Isto é, tendo em vista: (i) os argumentos de Rocha, Warat e Borges de que a crítica jurídica falhou do ponto de vista de suas finalidades emancipatórias, já que fundada em conceitualismos elaborados sob uma gramática totalitária, conservadora em seu senso discursivo, porquanto normativista e, finalmente, porque carente de uma proposta institucional destinada à concretização de seu substrato ético; e (b) que Mangabeira Unger, conforme as razões expostas ao longo do texto, (b.1) rejeita a solidificação dos sentidos, ideais e instituições ao privilegiar o princípio de revisibilidade que informa o experimentalismo, (b.2) além de oferecer um programa institucional que materializa a

⁸³ *Ibidem*, p. 132.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 133-134.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 179.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 133.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 134.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 179.

aspiração emancipatória; tem-se que (c) o experimentalismo institucional e democrático de Unger escapa dos impasses atribuídos às teorias críticas do Direito, sanando-os.

Referências Bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. *The new separation of powers*. Harvard Law Review, v. 113, p. 633-725, 2000. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>. Acesso em: 03/09/2021
- ALMEIDA, Philippe Oliveira de. O neoliberalismo e a crise dos Critical Legal Studies. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/download/27420/22657>. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/7420. Acesso em: 03/09/2021.
- AMATO, Lucas Fucci. *A propriedade desagregada: dimensões, função e exemplos*. In: Anais do IX Congresso da AbraSD: trabalhos completos. Sociedades Pós-Constitucionais: a sociologia do direito após 30 anos de constituição cidadã (homenagem a José Eduardo Faria). ISSN 2358-4270. São Paulo: USP, 2018b.
- AMATO, Lucas Fucci. *Inovações Constitucionais: direitos e poderes*. Apresentação de Roberto Mangabeira Unger. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2018a.
- BORGES, Guilherme Roman. *O direito erotizado – por um discurso jurídico transgressional*. Curitiba: Instituto de filosofia do direito e direitos humanos, 2014.
- CHRISTODOULIDIS, Emilios A. The inertia of institutional imagination: a reply to Roberto Unger. *The Modern Law Review*, London, vol. 59, n. 3, pp. 377-397, 1996.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os Direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. Curitiba: Scientia et labor, 1988.
- DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- GAMEIRO, Ian Pimentel. Deverá o direito ser emancipatório? Da redução político-ideológica do jurídico à recuperação do seu sentido. *Quaestio Iuris* Vol. 09, nº. 04, pp. 2335 -2372, Rio de Janeiro, 2016.
- GEUSS, Raymond. *Teoria Crítica: Habermas e a Escola de Frankfurt*. Campinas: Papyrus, 1988.
- HESPANHA, António Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 56, p. 13-21, 2012.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*. 2ª ed. São Paulo, Conceito Editorial, 2011.
- PAZELLO, Ricardo Prestes. *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, 2014.
- PUCEIRO, Enrique Zuleta. *Critical Legal Studies y la Renovación de la Teoría Jurídica norteamericana*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.
- ROCHA, Leonel Severo. Crítica da "Teoria Crítica do Direito". *Seqüencia: Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC*, Florianópolis, v. 4, n. 6, p.122-135, maio, 1982.
- TEIXEIRA, Carlos Sávio G. *A Esquerda Experimentalista: análise da teoria política de Unger*. Tese de doutoramento – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.
- TEIXEIRA, Carlos Sávio G; CHAVES, Vitor Pinto. Transformação Estrutural e Direito Constitucional. *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 91-

- 109, maio/agosto de 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8587>. Acesso em: 03/09/2021.
- TEIXEIRA, Carlos Sávio. Experimentalismo e democracia em Unger. *Lua Nova*, São Paulo, n. 80, p. 45-69, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452010000200003&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 03/09/2021.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy Realized: the progressive alternative*. New York: Verso, 1998.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*. New York: Verso, 2001.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Politics: The Central Texts – Theory against Fate*. Verso, 1997.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*. Verso, 2015.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *The Self Awakened – Pragmatism Unbound*. Harvard University Press, 2007.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* New York: Verso, 1996.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito – a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- WARAT, Luis Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do Direito - uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

Como citar este artigo: LARA, Gustavo Dalpupo de. Experimentalismo institucional como antítese ao conservadorismo da crítica jurídica. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 1–21, 2021.

Recebido em 05.09.2021

Publicado em 28.10.2021



Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional