

**A IDENTIDADE NA PLURALIDADE
DOS CRITICAL LEGAL SCHOLARS:
UM DISCURSO DA DIALÉCTICA SOCIETAS/COMMUNITAS?^J**

JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES

Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Professor convidado da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto

Com o propósito de explorar o (*quase*) *diferendo* a que o pensamento jurídico contemporâneo nos expõe —sobretudo quando se trata de enfrentar o problema da *jurisdictio* (e de identificar as *intenções de realização* e os tipos de racionalidade que esta pode ou deve assumir)—, tenho procurado recorrer a um diagnóstico-*mapping* constituído pela sobreposição de três camadas, cada uma delas iluminada por um critério (ou uma *grelha*) de distribuição diferente¹: com a primeira camada (dita *de base*) a opor

^J O texto que agora se publica tem a sua origem num sumário desenvolvido de *Teoria do Direito* («As alternativas da violência mística e da escolha racional – I. A correcção situada das injustiças ou a procura frustrada de uma violência mística?», Coimbra, polic., 2001-2002) e tem sido, no seu núcleo (em termos muito próximos daqueles que aqui correspondem ao nº 2.), recorrentemente mobilizado como texto de apoio das aulas de *Filosofia do direito e Metodologia Jurídica II* do curso de Direito da Universidade Lusófona do Porto. A acentuação deste contexto (e dos leitores-auditórios nele implícitos) é indispensável para esclarecer as intenções da reconstituição proposta e justificar o peso da componente (puramente) *expositiva*, na sua inteligibilidade mais didáctica do que ensaística.

¹ Para uma identificação deste diagnóstico-*mapping* (como núcleo do testemunho que a teoria do direito deverá hoje estar em condições de assumir), remeto-me para o *Relatório com a perspectiva e os conteúdos, o programa e os métodos de ensino da(s) disciplinas de Teoria do direito e (ou) Pensamento jurídico contemporâneo*, polic., Coimbra 2008, e para os *Sumários desenvolvidos de Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo*, Coimbra, polic., 2009, pp. 4-8 (3.), bem como para as reconstituições *in progress* que fui ensaiando em: *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*, Porto, Edição do Instituto da Conferência, 2007; «A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz : o “testemunho” crítico de um “diferendo”?», *Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias*, 12 (2007/2008) 90-109; «Os desafios-feridas da *Allgemeine Rechtslehre*. Um tempo de teoria do direito reconhecido (reencontrado?) pela perspectiva de outro tempo de teoria», in João Lopes Alves et al., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º aniversário*, *Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra: Almedina, 2009, 261-314; «Jurisdição, diferendo e “área aberta”. A caminho de uma “teoria” do direito como moldura?», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. IV, 2010, pp. 443-477; «“Juízo ou decisão?”: uma interrogação condutora no mapa do discurso jurídico contemporâneo»,

*normativismo(s), funcionalismo(s) e jurisprudencialismo(s)*² [α], a segunda a mobilizar o contraponto *discursos da sociedade / discursos da comunidade* (ou *da dialéctica sociedade/comunidade*)[β] e a terceira a distinguir *discursos da área aberta* e *discursos juristas ou juristicistas* [γ]. Volto hoje a estes mapas e aos seus critérios (mas também à possibilidade que nos permite sobrepor-los) com a intenção explícita de *situar* o mundo plural dos *Critical Legal Scholars (Cls)*: um mundo que a primeira e a terceira grelhas inscrevem sem hesitações nos contextos respectivamente dos *funcionalismos materiais* (na sua modalidade *política*) e dos *discursos da área aberta*, mas que a segunda grelha [β]³ nos autoriza a *identificar* na sua *diferença* (estabelecendo assim um

in Fernando Bronze, Aroso Linhares, Reis Marques, Ana Gaudêncio (coordenadores), *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*, edição do IJ, Coimbra 2016, pp. 227-249. Ver ainda *O direito como mundo prático autónomo: “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, polic.*, Coimbra 2013; e *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico. Um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?*, polic., Coimbra 2014 (a publicar em breve).

² O plano de organização principal (constitutivo da base deste *edifício*) mobiliza explicitamente a proposta de diferenciação (e de «explicitação sistemática») das perspectivas (se não «paradigmas») de compreensão da juridicidade com que Castanheira Neves tem procurado corresponder ao desafio de uma *teoria do direito crítico-reflexiva*: uma proposta que nos autoriza a contrapor *normativismo, funcionalismo e jurisprudencialismo*, mas também a distribuir o segundo pelas modalidades principais dos *funcionalismos material* e do *funcionalismo sistémico*, assumindo assim exemplarmente uma preocupação constitutiva com o problema da *autonomia* do direito e com o compromisso prático da sua realização. Para um esclarecimento global das opções que permitem dizer que as perspectivas em causa são aquelas que «no nosso tempo» se mostram «verdadeiramente relevantes» (e «efectivamente convocáveis»), veja-se CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do Direito Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, (versão em A4), 28-31, e também (com um enriquecimento indispensável) os «Preliminares» a «O funcionalismo jurídico – característica fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade», *Digesta*, vol. 3.º, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 199-209. Sem esquecer a síntese proposta em «Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’ – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito», *ibid.*, 161-198.

³ Aquela em que a experiência prioritária deixa de ser a do *jurídico* para passar a ser antes a do horizonte *holístico* (de representação do *colectivo* ou do *commune*) em que este se integra. Com os discursos da *societas* a permanecerem fiéis à narrativa de uma criação *ex nihilo* e ao homem *desvinculado* (livre de toda e qualquer *tradição*) que por ela se responsabiliza, se não às abstracções condutoras da *ratio-voluntas* e dos interesses emancipados (aos «argumentos» de Kant e aos «argumentos» de Bentham e à tensão constitutiva irreduzível que estes geram) — num espectro de possibilidades de racionalização que pode ir

contraponto explícito com os *outros* funcionalismos políticos e com os *outros* discursos da área aberta)⁴. Trata-se de resto uma vez mais de confirmar que a produtividade reflexiva das *grelhas* disponibilizadas (e dos *mapas* que estas permitem traçar) se manifesta menos quando o exercício correlativo nos conduz a uma *corroboração* inequívoca das suas categorias e dinâmicas (e das hipóteses que linearmente as alimentam) do que quando as vozes *a reconhecer* (a *identificar*) nos aparecem a resistir

de um *formalismo ateleológico* a um *teleologismo de puros fins*. E com os discursos da dialéctica *societas/communitas* — na medida precisamente em que re(con)duzem a experiência da *societas* e a identidade colectiva que esta explora (como *totalidade* e como *artifício*) a uma dimensão-modelo (se não a uma «tradição» interpretativa) entre outras possíveis — a exigirem que, para além da pluralidade dos interesses, das ordens de preferência, dos *fins* (*da vontade*) e dos programas ideológicos (e como condição exigível para a poder tratar ou limitar sem recorrer a *meras* decisões!), se considere também, na sua autonomia, a *pluralidade* das situações singulares de escrita e de leitura, dos percursos vitais, dos casos-acontecimentos, das perguntas circunstanciadas, das narrativas (eventualmente também a *particularidade* dos *mores* e das tradições)... abrindo simultaneamente a nossa experiência (e as nossas possibilidades de *practical deliberation*) à consideração de um horizonte de integração justificado pela referência a responsabilidades e compromissos práticos *partilhados*... — o que na realidade significa mais do que revelar a importância de *fins* incomensuráveis, cada um deles prosseguido como um *fim em si mesmo* e a exigir enquanto tal um acervo de especificações plausíveis, porque significa já assumir um dualismo de *objectivos* e de *bens* ou, em termos claramente mais exigentes, defender um teleologismo de *fins* e de *valores*. Como se a resposta ao problema da identidade colectiva assumida pelo cânone do Ocidente passasse a cumprir-se mobilizando dois projectos *culturais* inconfundíveis — duas faces típicas de um certo *teleological turn* (ou da compreensão que este hoje nos exige) —... e o contraponto irreduzível (se não a dialéctica) que estes estabelecem.

⁴No território dos *funcionalismos materiais* manifestam-se na verdade tensões que nem a primeira nem a terceira grelha conseguem esclarecer satisfatoriamente... e que assim mesmo encontram na segunda [β] a sua justificação decisiva (a identificação do tipo de racionalidade privilegiado, a justificação da intenção interdisciplinar dominante). Trata-se de distinguir as propostas que, mais ou menos aproblematicamente, pressupõem um discurso exclusivo de *societas* — nas quais se incluem as apostas na *social engineering* e na *Economic Jurisprudence*, mas também diversas manifestações de neoconstitucionalismo e da teoria crítica de inspiração dialéctica —... de todas aquelas que, sem deixarem de defender a hipótese de um *direito que é* (sempre) *político* e de uma *jurisdição que é* (sempre) *ideologicamente comprometida*, reinventam esta *política* (se não *moralidade política*) procurando superar a exclusividade da racionalidade instrumental-estratégica (e dos pragmatismos que esta legitima) e apostando assim em possíveis reinvenções-regressos da *comunidade* e nos discursos narrativos e ético-estéticos que as tornam possíveis — propostas que responsabilizam os *Critical Legal Scholars* e os movimentos que deles emergem, mas também as *Postmodern Jurisprudences* e algumas vozes do movimento *Law & Literature*.

aos esforços de *arrumação*. Só esta «falsificação» exemplar das *tentative theories* previamente esboçadas nos permite com efeito escapar à vertigem intertextual das formulações (nas suas tendências contrárias para a diferenciação esotérica e para a homogeneização redutora), abrindo-nos enfim a um autêntico (a um implacável) discurso de problemas.

No que diz respeito aos *Cls*, poder-se-á desde já antecipar que a sua localização nos expõe a dois desafios complementares. O primeiro desafio tem a ver com a frente programática em si mesma (*concerned with the relationship of legal scholarship and practice to the struggle to create a more humane, egalitarian, and democratic society*⁵)... ou com a ambição de *identidade* na *pluralidade* que a distingue: convocar esta frente ou a «luta» que a especifica, no seu assumido compromisso *de esquerda* — um compromisso que encontra no activismo estudantil do *american civil rights movement* (das décadas de 60 e 70) a sua experiência fundadora — significa na verdade, desde logo, reconhecer uma forte afirmação (-reivindicação) de *identidade* — alimentada (na sua visibilidade singular) pelos encontros anuais da *Conference on Critical Legal Studies*⁶ e pela sequência de *manifestos* que desta emergem⁷ (*Cls (...)is so far defined mainly by subscription*⁸) —, mas significa sobretudo admitir que essa afirmação-reivindicação só se *institucionaliza* porque se nos dirige desde o início dissociada de uma promessa de unidade ou de *homogeneidade* — antes exigindo (celebrando!) uma pluralidade de abordagens e de perspectivas e o ecletismo discursivo que há-de estar em condições de

⁵ Duncan KENNEDY/ Karl KLARE, «A Bibliography of Critical Legal Studies», *The Yale Law Journal*, vol. 94, 1984, p. 461, nota 1.

⁶ A organização fundada em 1977, nas jornadas de Madison.

⁷ O mais conhecido dos quais é certamente o de UNGER: «The Critical Legal Studies Movement» (*Harvard Law Review*, vol. 96, Jan. 1983, n.º 3), cit. na edição autónoma da Harvard University Press, Cambridge Mass., 1986. Outro importante manifesto colectivo dos primeiros tempos é decerto a colectânea organizada por David KAYRIS (com o indispensável «Legal Education as Training for Hierarchy» de Duncan Kennedy e outros textos fundadores, do próprio Kayris, de Karl Klare, de Morton Horwitz, de Peter Gabel e de Robert Gordon), intitulada precisamente *The Politics of Law. A Progressive Critique* (1982), cit. na 3ª edição (ed. que inclui de resto já contributos novos das chamadas segunda e terceira geração de *critical scholars*), Basic Books, New York, 1998.

⁸ Esta formulação irónica, referindo-se explicitamente às *conferences* (*whose purposes include deciding what the movement is*), deve-se a DWORKIN: *Law's Empire*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1986, p. 271.

lhes corresponder (se não mesmo um efectivo processo de *overlapping*)⁹¹⁰. O segundo desafio, mais específico, corresponde por sua vez à relação com as diferentes possibilidades do *funcionalismo político* (e no limite também do *funcionalismo material*): se é certo que as intenções partilhadas por este *movimento* (e pela *escola* e pela *teoria* que lhe sucederam¹¹) nos expõem, por um lado, sem equívocos, a uma compreensão do direito *como política* — capaz de atribuir à jurisdição um carácter insuperavelmente ideológico¹², bem como de condenar as práticas e os discursos jurídicos a um «uso puramente instrumental» (comprometido com «objectivos de esquerda») ¹³—, não o é menos que a concepção assim proposta se distingue, por outro lado, significativamente, de todas as outras modalidades do *funcionalismo material*. Dir-se-ia com efeito que atingir o cume, conferindo ao reconhecimento da instrumentalização *ideológica* do direito a sua gradação dinâmica extrema — entenda-se, cultivar uma implacável *hermenêutica da suspeita*¹⁴,

⁹ Veja-se o sentido que Duncan KENNEDY atribui expressamente a esta *sobreposição selectiva* no reconhecimento do «projecto» que diz simultaneamente *de esquerda, moderno e pós-moderno* («The left project overlaps — that is, is in part the same thing as and in part different from... (...); *mpm project* both includes and doesn't include...»): *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1997, pp. 5-8 («Critical social theory, leftism, modernism, postmodernism»).

¹⁰ Como se, também desde o início, se tratasse de instalar uma tensão constitutiva insuperável... e de assim mesmo antecipar (justificar?) a fragmentação que virá a ferir o percurso subsequente.

¹¹ O diagnóstico desta *sucessão* é também do próprio KENNEDY: «*Cls* has existed for me in four quite distinct modes. First, there was once a “movement” called *cls* (...), [i.e.], an academic/political project of transforming society by transforming legal education (...); there still exist a *cls* “school” (...),[i.e.], a strictly academic project of developing a network of writers and teachers (...); [there still exist] a “theory” of law called *cls*, [i.e.], a canon, a list of texts that “are” *cls*, along with commentaries and critiques; (...) and there is from time to time a media “factoid” called *cls*, [i.e.], an entity in the “spectacle” that the mass media provide for our amusement and edification...» (*Ibidem*, pp. 8-10). Para uma consideração de algumas destas distinções (inscritas no percurso dos *Cls* e convocando assim outros interlocutores indispensáveis), ver Ana Margarida GAUDÊNCIO, *Entre o centro e a periferia : a perspetivação ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement* (2004), Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, pp. 3-7 (2.1.).

¹² Ver por todos KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, cit., toda a I Parte («Ideological stakes in Adjudication»), pp. 23 e ss. Assumir o carácter ideológico da jurisdição não significa no entanto confundir-la neste plano necessariamente com a legislação: a reflexão detida das diferenças que separam *adjudication* e *legislation* é mesmo um dos temas capitais desta obra maior de Kennedy.

¹³ UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, cit., p. 4.

¹⁴ «In fact, a “hermeneutic of suspicion”, or search for the hidden ideological motives in judicial opinions that present themselves as technical, deductive, objective, impersonal, or neutral, has been for a

levando a sério a herança dos *radical legal realists* (Felix Cohen, Robert Hale)¹⁵ —, significa afinal (paradoxalmente?) ultrapassar as fronteiras de uma compreensão pragmático-funcional — e então e assim expor-nos a concepções da prática e dos discursos práticos (e através destes também a uma experiência do mundo prático enquanto *comunidade*) que já não são compatíveis com aquela compreensão e com o discurso final-racional que a ilumina.

1. Será assim no entanto? A chave para compreender este salto (e o paradoxo aparente que lhe corresponde) encontramos-la decerto na perspectiva com que os *Cls* constroem a sua «teoria» do direito.

1.1. Trata-se, desde logo, de assumir com intensidades e graus de consciencialização ou explicitação diversos) uma *herança* específica e a filosofia prática *sui generis* (se não *antifilosofia*) que lhe corresponde, assimilando assim um percurso reflexivo que, em confronto com as possibilidades da dialéctica materialista e da *teoria crítica* que a mobiliza (ou desta como «impulso ético» para uma *filosofia concreta*), se poderá atribuir às exigências de uma “teoria” crítica filosófico-cultural e aos exercícios de *desvelamento* (mais ou menos radical) que esta permite. Sem prejuízo da heterogeneidade das vozes que nela se afirmam, bastam-nos decerto algumas palavras para reconhecer tal herança [1.1.1.]. Outras tantas se nos imporão depois para caracterizar o seu inconfundível *êthos* reflexivo [1.1.2.].

1.1.1. Podemos dizer — como que *pela negativa* (e para que o contraponto com a *teoria crítico-dialéctica* se torne inequívoco) —, que a procura da nova atitude crítica — enquanto interpelação dos fundamentos que sustentam os diversos mundos da prática (*un*

hundred years the most important characteristic of American debates about adjudication...» KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, cit., p. 55).

¹⁵ Rejeitando a divisa *law is a science* cultivada pelos *progressive legal realists*: para um esclarecimento deste contraponto, ver a síntese proposta por Gary MINDA em *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York/ London, New York University Press, 1995, pp. 25-33. *Infra*, quando tratarmos do *funcionalismo tecnológico-social*, esclareceremos alguns aspectos deste debate, determinado por diversas assimilações da herança de HOLMES (*sociological jurisprudence versus legal realism, progressive legal realism versus radical legal realism*).

*questionnement sur les fondements [qui] n'est ni fondationaliste ni anti-fondationaliste*¹⁶) — se cumpre antes de mais resistindo às metanarrativas de totalidade abertas pelos discursos hegeliano e marxista... e então e assim encontrando nestes discursos — e nos rastos e cicatrizes que os perpetuam, sob as faces renovadas de possíveis *dialécticas abertas* (sempre sob o veio condutor de um *gênero especulativo* e da sua *filosofia do Livro*) — interlocutores-opponentes exemplares. Exemplaridade tanto mais significativa de resto quanto capaz de nos expor sem transições a um *reverso positivo*, mas agora para reconhecer que os estímulos e os recursos de uma tal procura (capazes de corresponder com êxito àquela resistência à *totalidade!*) se determinam invocando em simultâneo Kant e Nietzsche: entenda-se, exigindo que na *geneologia* dos mundos práticos (se não já do *continuum* prático) com que importa hoje responder (continuar a responder!) ao apelo de Nietzsche — e nesta enquanto reconstrução narrativamente plausível de uma *puenda origo* (concentrada nos problemas da proveniência-*Herkunft* e da emergência-*Entstehung*, tão obscuras quanto inconfessáveis, das práticas interpeladas) — se inscreva uma reconstituição autónoma das *condições de possibilidade/impossibilidade* dessas mesmas práticas (ou dos territórios-mundo que as especificam) — uma reconstituição *transcendental* (ou *quase transcendental*) que só uma *leitura* selectiva (se não uma *reescrita*) dos argumentos de Kant (e da sua diferenciação dos *tipos de racionalidade*¹⁷) estará em condições de garantir. Concertação (se não sobreposição) de recursos especialíssima esta, por um lado porque nos autoriza a tratar (recuperar) Kant como um precursor indispensável dos *pensamentos da pluralidade* — e no limite (através do contributo decisivo da *estética do sublime*), também das experiências da *singularidade radical* —, por outro lado porque nos expõe a uma certa assimilação do *perspectivismo* de Nietzsche, tão preocupada com a *experimentação imanente* da *vontade do poder* (e com a cumplicidade reciprocamente constitutiva que a *geneologia* enquanto prática estabelece com as práticas que reconstrói) quanto com uma celebração incondicional da «jovem virtude» da «probidade» ou «seriedade» (*Redlichkeit*)... e do regresso aos textos

¹⁶DERRIDA, *Force de loi. Le "fondement mystique de l'autorité"*, Galilée, Paris, 1994, p. 22.

¹⁷E desta como herdeira de outras diferenciações exemplares, imputáveis ao Livro VI da *Ética a Nicómaco* e aos *Pensées* de Pascal: ver neste sentido Wolfgang WELSCH, *Unsere postmoderne Moderne* (1987), Weinheim, ³1991, pp. 315-318, pp.277-294 («Vielfalt von Rationalitätstypen» – «Einheit der Vernunft, Modelle der Tradition»).

(livres de interpretações pré-determinadas) que esta impõe (celebração do *Text als Text* esta por sua vez reconhecida como precursora do *linguistic turn* «desconstrutivista»)¹⁸.

Compreender tais recursos (ou o seu cruzamento fecundo) como núcleo genético deste novo *êthos* crítico significa, com efeito, desde logo antecipar o desenvolvimento possível e o *território comum* que este engendra: entenda-se, aproximar algumas *mediações construtivas heterogêneas* (e esperar delas uma cumplicidade luminosa)... antes de identificar os *interlocutores* maiores que, com soluções de equilíbrio embora diversas, estão (ou estarão) em condições de mobilizar concertadamente aqueles recursos e de conferir sentido, se não coerência, a estas mediações e às suas cumplicidades — *interlocutores* que assim mesmo nos aparecem como protagonistas inexcedíveis desta “teoria” crítica. Que mediações heterogêneas? Aquelas que reconhecemos invocando a *tese da arbitrariedade do “signo”* de Saussure, o *pluralismo interpretativista* do «segundo» Wittgenstein, o ‘«descentramento» da subjectividade e da vida *conscientes* em Freud, Lacan e Legendre... mas sobretudo, e muito especialmente, aquelas que se nos impõem com o *pensar em círculo* (e a exigência de «pensar contra todos os humanismos conhecidos») de Heidegger e com a superação de todas as ontologias (e a concepção de um *Eu de responsabilidade infinita*) de Levinas. Que *interlocutores* maiores ou que protagonistas? Aqueles que identificamos...

— quando nos concentramos na analítica do poder e na reescrita (arqueológica e genealógica) de *l’Âge de l’homme* (se não também já na *ética-estética da existência*) de Foucault,

— quando levamos a sério a «guerra» dos *gêneros de discurso* e (ou) o *teorema da heterogeneidade* (mas também a comunidade *estética-promessa*) de Lyotard,

— enfim quando assumimos a interpretação *pragmatológica* e a conexão *justiça / desconstrução* (mas também a *economia da violência*) de Derrida¹⁹.

¹⁸ Neste sentido veja-se a exemplar síntese de Thomas-Michael SEIBERT, «Dekonstruktion der Gerechtigkeit...», in Buckel/Christensen /Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, 2006, pp. 29-55., muito especialmente as pp. 32-43 («Die Grundform der Dekonstruktion: Nietzsche»).

¹⁹ Para uma consideração crítica destes três protagonistas (e também uma identificação dos seus textos maiores), ver o meu *Entre a reescrita pós-moderna da juridicidade e o tratamento narrativo da diferença*, Coimbra, 2001, pp. 17 e ss. (o contributo de Foucault), 221 e ss. (a concepção da linguagem e a estética do sublime de Lyotard); e ainda «Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita. Os enigmas de *Force de loi*» (2004), in *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Castanheira Neves* (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número

1.1.2. Identificada a herança e reconhecidos os protagonistas que a mobilizam, importa compreender o *êthos* crítico que ela torna possível (e a dinâmica partilhada que este sustenta). Fá-lo-emos aludindo a três notas caracterizadoras (complementares, embora susceptíveis de corresponderem a centros aglutinadores alternativos).

1.1.2.1. A primeira nota permite-nos evocar um desafio já anunciado: o de uma «teoria» crítica que, não querendo ser *ciência*, culmina numa filosofia prática *sui generis* (numa reflexão sobre os fundamentos que se reconhece a si própria fora e dentro da filosofia, se não mesmo assombrada pelo «duplo» da *antifilosofia*). A especificação deste desafio (conduzida pelos três contributos maiores que acabámos de identificar) permite-nos agora esclarecer que, se se trata de contrapor às pretensões da universalidade científica (e às seduções de uma tradução holística) as expectativas de organização de um *saber* ou de uma trama de *saberes locais* (microscopicamente determinados, quando não explicitamente imputados à experiência de um *intelectual específico*... e então e assim mobilizáveis como frentes de combate capazes de interpelar o nosso presente) [Foucault], não se trata menos de submeter estes *saberes* às possibilidades organizatórias do *género narrativo* (o mais forte e homogéneo de todos os *géneros de discurso*)... e de assim mesmo, mobilizando-os como componentes imprescindíveis da procura (incessante e infinita) de um idioma plausível, os assumir como *condição de possibilidade* (entre outras *condições de possibilidade*) de um *testemunho* logrado (pleno, não violentador) da nossa circunstância (ou do *diferendo* que lhe corresponde) [Lyotard]; como se trata ainda e por fim de, experimentando relações especialíssimas entre a *praxis* e a reflexão (marcadas tanto pela resistência da primeira aos «modos de apropriação» da segunda quanto pela oportunidade de descobrir nesta um «modo-forma de determinação» daquela²⁰), admitir que a referida organização narrativa possa já invocar a pressuposição de uma *justiça sem limites* (levada a sério como *alteridade absoluta*) — o que, no limite, significa submeter a nossa circunstância à promessa (sempre renovada) de uma *economia*

especial), volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 551-667 (a proposta de Derrida) [ver também «O dito do direito e o dizer da justiça. Diálogos com Levinas e Derrida» (2006), in *Themis - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, VIII, nº 14, 2007, pp.5-56].

²⁰Neste sentido ver Andrea KERN / Christoph MENKE, «Einleitung: Dekonstruktion als Philosophie», in Kern (Hrsg.), *Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis*, Frankfurt, 2002, pp. 7 e ss., 10-14.

de violência (*une philosophie de la non-violence qui [choisit] la moindre violence*²¹) [Derrida]. Sendo precisamente este último passo aquele que nos autoriza a perceber que uma reflexão construída como prática discursiva-acontecimento (*événement*) — renunciando enquanto tal às pretensões de totalidade de um horizonte teórico (e à distribuição *sujeito/objecto*, se não à «lógica binária» que a assume) — possa, sem prejuízo desta identidade, satisfazer (e até conciliar) as duas expectativas habitualmente alimentadas por um discurso crítico: aquela que leva a sério o *ideal de emancipação* e aquela que se cumpre reconstituindo *condições transcendentais de possibilidade*.

É que se trata, por um lado, de exigir que à «crítica da ideologia» externa (justificada pelo *holismo dialéctico*) se oponha uma tematização *intrínseca* da violência — iluminada pelas promessas do *perdão* e da *hospitalidade*, da *democracia* e da *responsabilidade* —, tratando-se simultânea e indissociavelmente de, por outro lado, convocar um discurso sobre os fundamentos pragmaticamente «situado» — um discurso que, ao inscrever a «diferença» empírico-transcendental na realidade-mundo, possa enfrentar autonomamente a região da historicidade... e então e assim tematizar as dimensões irreduzíveis da *incondicionalidade* e da *contingência*²². Ora são os esclarecimentos indispensáveis deste desafio que nos conduzem às notas seguintes.

1.1.2.2. A segunda nota caracterizadora leva-nos a considerar directamente a *viragem para a linguagem* assumida por esta «teoria» filosófico-cultural. Para a compreender no seu sentido mais geral — acentuando as diferenças que a separam das outras duas frentes conhecidas do *linguistic turn* (aquelas que a *speech act theory* e a *Nova Hermenêutica* protagonizam²³) —, importa-nos autonomizar duas dimensões e as categorias de inteligibilidade que estas impõem: trata-se por um lado de reconhecer a pretensão de *objectivismo linguístico* e a categoria do *diferendo* (se não o binómio *litigio*

²¹«Nous ne voulons ici que laisser pressentir que toute philosophie de la non-violence ne peut jamais, dans l’histoire, — mais aurait-elle un sens ailleurs?— que choisir la moindre violence en une économie de violence...» (Derrida, *L’écriture et la différence*, Paris, Seuil, 1967, p. 136 nota 1).

²² Para perceber esta «reconciliação» de Kant com Hegel (ou com uma assimilação muito especial de Hegel), ver Richard BEARDSWORTH, *Derrida & the Political*, Routledge, London, 1996, pp. 47-97 («The Political Limit of Logic and the Promise of Democracy: Kant, Hegel, Derrida»).

²³ A propósito destas duas viragens para a linguagem (especialmente da segunda), ver CASTANHEIRA NEVES, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise actual da filosofia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 52 e ss., 58-68.

/diferendo) [1.1.2.2.1.], trata-se por outro lado de invocar a *violência performativamente assimétrica* dos discursos... e com esta as categorias da *indecidibilidade* e da *diferença*, se não da *diferença permanentemente diferida* (que se diz *différance*) [1.1.2.2.2.].

1.1.2.2.1. Invocar uma pretensão de *objectivismo* significa com efeito radicalizar o processo de «crise do sujeito» (e a «humilhação pela linguagem» que constitui um dos núcleos do seu «descentramento») ²⁴: para insistir no «anonimato» das formações discursivas (na «a-subjectividade» das «micropráticas do poder» ou no «nominalismo» dos *pontos de resistência*) [Foucault]... mas sobretudo para exigir que o «antropocentrismo empírico» ainda visível nas *Philosophischen Untersuchungen* de Wittgenstein seja constitutivamente superado por uma submissão ao «acontecer» prioritário (necessário) das *frases*, dos *regimes de frases*, dos *gêneros de discurso*, dos *encadeamentos* [Lyotard]. Mais do que reduzir os sujeitos à condição de destinadores ou destinatários da frase-*ocorrência* (intimados a ocupar o lugar que esta lhes reserva), trata-se, com efeito, de reconhecer que as frases (e todas as suas instâncias) estão condenadas a uma *guerra civil* permanente: uma condição que, resultando da impossibilidade de conceber um metadiscurso integrador (capaz de oferecer aos encadeamentos entre frases o seu *tertium comparationis*), nos autoriza a consagrar (mas também a celebrar prescritivamente!) um explícito *teorema da heterogeneidade* [Lyotard, Welsch]. Sendo este muito simplesmente a pressuposição que nos autoriza a diagnosticar a excepcionalidade dos autênticos *litígios* (aqueles em que as frases, mascaradas de partes e de terceiro-julgador, beneficiam de um «idioma» comum ou pelo menos de um *ensemble* de regimes linguísticos *teleologicamente articulados*)... na mesma medida em que nos ensina a testemunhar a *normalidade* dos diferendos (aqueles em que as frases se disputam como *actualidades* fechadas e irrepetíveis, multiplicando *idiolectos* e *impondo efeitos de silêncio*). O que é também e ainda denunciar a ameaça insidiosa, permanente, das falsas controvérsias (o perigo de reduzir diferendos reais a *pseudo-litígios*) ²⁵.

²⁴ Para o dizermos com Axel HONNETH: assim em «Dezentrierte Autonomie. Moralphilosophische Konsequenzen aus der modernen Subjektkritik» (1993), *Das Andere der Gerechtigkeit. Aufsätze zur praktischen Philosophie*, Frankfurt, Suhrkamp, 2000, pp. 237 e ss.

²⁵ LYOTARD, *Le différend*, Paris, Minuit, 1983, pp. 90-92 (nº 93), 203-204 (nºs 196-198), 226-227 (nºs 227-228), 246-248 (nºs 236-239), 260 (nº 263).

1.1.2.2.2. Invocar a violência das *convenções performativas* significa, por outro lado, concluir que a procura de um qualquer critério *extra-linguístico* (capaz de hierarquizar-demarcas estas convenções e o seu jogo) está irremediavelmente condenada ao fracasso... mas também e muito especialmente esclarecer que a autoreferencialidade linguística assim defendida (*il n'y a pas de hors de texte*) se reconduz ao reconhecimento pleno da inevitabilidade do contexto ou das práticas de contextualização (*there is nothing outside context*)²⁶ [Derrida]. Acentuação que, afastando-nos das pertensões de Austin e de Searle, nos aproximaria da conversação responsável de Gadamer... se não tivéssemos em atenção que se trata assim menos de reconhecer a inevitabilidade do contexto do que de assumir (celebrar) a inevitabilidade da «abertura *indefinida* de todos os contextos»²⁷. Ora o que é que significa assumir esta abertura? Significa antes de mais onerar a decisão responsável não tanto com uma indeterminação sem limites quanto com uma prova-*épreuve* de *indecidibilidade* (enquanto «oscilação» entre possibilidades de «realização do sentido» pragmaticamente determinadas), reconhecendo simultaneamente que todos os contextos se movem numa fronteira ténue de estabilidade /instabilidade. E então e assim experimentar uma circulação-substituição de significantes e significados que não só nos entrega à dinâmica espacial da «repetição» e do «intervalo» (e da «distância» agonisticamente sustentada)... mas também e muito especialmente à dinâmica da temporalização ou da historicidade constitutiva (a um jogo de diferenças permanentemente diferidas)²⁸. Sendo precisamente esta a experiência (se não *interpretação da interpretação*) que só a *Desconstrução como filosofia* vai tornar possível.

²⁶ Ver muito especialmente DERRIDA, «Afterword: Toward an Ethic of Discussion», in Gerald GRAF (ed.), *Limited Inc*, Evanston, Northwestern University Press, p. 136.

²⁷ *Ibidem*, p. 137.

²⁸ Como se sabe, é a conjugação destas duas dinâmicas que DERRIDA procura traduzir no neologismo *différance*: recuperando sentidos que, embora imputáveis ao verbo latino *differe* (diferir, semear, retardar, dilatar), não podem ser hoje já assimilados pelos usos (habituais) do lexema *différence* (este circunscrito a exprimir a qualidade do que é distinto, a diversidade, a falta de igualdade ou de semelhança). Ao ponto de se poder dizer que esta *différance* se nos oferece assim já não como uma palavra ou como um conceito mas como a «condição de possibilidade» de todos os (sistemas de) conceitos e de todos os processos de conceitualização: enquanto «produz» todas as diferenças — inscrevendo-as numa relação espacial e fazendo-as participar numa cadeia temporal insuperável [*La différence*, 1968, cit. cit. na tradução alemã «Die différence», in Peter Engelmann (Hrsg.), *Postmoderne und Dekonstruktion*, Stuttgart, Reclam, 1990, 76 e ss., aqui nas pp. 84 e 88].

1.1.2.3. A última nota é aquela que vincula a presente reflexão crítica a um respeito incondicional pela *singularidade* (enquanto irrepitibilidade), reconhecendo neste respeito a única exigência universalmente sustentável. As especificações oferecidas são uma vez mais distintas: enquanto associam a atenção ao singular a uma *concepção «positiva» e «imane» do poder*²⁹ — à tarefa de descobrir em todas as nossas relações (e nos seus diversos momentos) teias microscópicas, silenciosas, multidireccionais, irrepitíveis de poderes e de resistências [Foucault]; enquanto exigem que esta atenção (reconhecida no momento culminante da «percepção» dos «últimos particulares»)³⁰ se reconduza a uma *celebração prescritiva da pluralidade e da fragmentação* (capaz de denunciar qualquer critério ou exercício de comparação como uma *violência*) [Lyotard]; enfim, enquanto convertem tal respeito numa *ética hiperbólica de alteridade*, prosseguida em nome de uma *justiça sem limites* e alimentada por uma promessa de *hospitalidade* (correspondendo esta a uma entrega incondicional à abertura e instabilidade, à unicidade e incomparabilidade dos contextos) [Derrida]. Importando acrescentar que, se a primeira especificação se mostra capaz de alimentar um exercício plausível de *moralidade política* — preocupado em denunciar (-desestabilizar) as *hierarquias* que se inscrevem nas referidas teias de poder (vê-lo-emos já a seguir, quando considerarmos a assimilação heterodoxa proposta pelos *Critical Legal Studies*) —, as duas últimas (sem excluírem combinações logradas com a primeira), essas abrem-nos caminhos explícitos para uma reinvenção ético-estética da racionalidade prática (preocupada em enfrentar a hipertrofia da funcionalização instrumental-estratégica), na mesma medida em que se oferecem como experiências plausíveis de uma recompreensão da *comunidade* (ou da exigência de questionar a *equivalência* pragmática dos fins): tratando-se por um lado de invocar um *continuum* insuperável entre a *phronêsis* (virtude intelectual da acção e da decisão) e a *poiesis* (virtude intelectual da criação de artefactos e obras) — *continuum* este justificado pela centralidade humanamente significativa da sensação-*aisthesis* (do juízo ao qual só o «particular» é dado) —, tratando-se por outro lado de justificar a experiência

²⁹ Ver muito especialmente FOUCAULT, *La volonté de savoir*, vol. I de *Histoire de la sexualité*, Paris, Gallimard, 1976, pp. 121 e ss.

³⁰ Ver LYOTARD, *Pérégrinations. Loi, forme, évènement*, Paris, Galilée, 1990, pp. 61-79 e WELSCH, *ob. cit.*, p. 281.

microscópica de uma comunidade-*promessa* (aquela que se faz e refaz enquanto assumimos o *por-vir* de uma entrega permanente ao Outro).

1.2. No que à assimilação dos *Cls* diz respeito, trata-se no entanto também de exigir que esta reconstrução crítica — no seu explícito exercício de resistência às metanarrativas da unidade-totalidade e na sua celebração do descentramento linguístico da subjectividade, mas também no seu compromisso ético com a alteridade-singularidade (agora postos ao serviço da experiência da *juridicidade* e da sua «desconstrução») — seja prosseguida sob duas condições-desafios absolutamente indispensáveis: por um lado, sem pôr em causa a militância oposicionista herdada dos *Students for a Democratic Society* (*one connecting thread is oppositionism*³¹); por outro lado, sem renunciar ao «legado» de Holmes³², entenda-se, à *interpretação* selectiva graças à qual o *legal realism* preservou o «empirismo pragmático» (*american progressive pragmatism*³³).

É a conjugação dinâmica destes desafios que nos autoriza desde logo a compreender que o percurso dos *Cls* se distinga por uma assimilação como que parcelar das possibilidades daquela «teoria» crítica (ou da atitude que estas impõem). Parcelar desde logo porque só a um dos três interlocutores maiores que atrás reconhecemos — refiro-me a Foucault e à sua concepção *positiva* e *imanente* do poder — vemos agora, em toda a extensão do referido percurso, confiada uma presença constante (presença decerto indispensável, ainda que frequentemente silenciosa!)³⁴. Parcelar sobretudo porque tanto esta mobilização recorrente da *microfísica do poder* (decisiva, como ainda veremos, para a autonomização da categoria de inteligibilidade *hierarquia*) quanto a assimilação (concentrada em determinadas etapas e em determinadas vozes) da guerra dos *gêneros de discurso* de Lyotard e da *hiper-ética* e *hiperpolítica* de Derrida — para nos referirmos apenas aos interlocutores acima invocados... — se cumpre à custa de concessões muito

³¹ KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, cit., p. 6.

³² Na sua *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World* (vol. 11 de *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*), Dordrecht/ Heidelberg/..., Springer, 2011, Gerald J. POSTEMA inscreve o capítulo dedicado aos *Cls* («Critical Jurisprudence and the Rule of Law», pp. 213-258) numa extensa parte II... à qual atribui este título: «The Holmesian Legacy» (pp.79 e ss.).

³³ KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, cit., pp. 5-6, 73 e ss.

³⁴ Para uma exploração detida desta «presença» foucaultiana, veja-se Ana Margarida GAUDÊNCIO, *ob.cit.*, pp. 34 e ss., 36-38, 51-52, 90-91, 126 e ss., 134 e ss., 149-150.

significativas³⁵: privando aquela *microfísica* e a sua *cratologia* de dimensões constitutivas preciosas (o binómio *política/poder*, a pressuposição de *anonimato*, a superação do «grande paradigma da linguagem»); permitindo que aquela *guerra de discursos* (iluminada pela exemplaridade do *género narrativo*) se nos imponha como uma mera celebração da *heterogeneidade* (privada da auto-referencialidade e do *objectivismo* que distingue a sua compreensão da linguagem); exigindo por fim que a Desconstrução associável à *ética da alteridade* possa ser tratada «instrumentalmente» (menos como uma *filosofia práctico-existencial* do que como um *método* ou uma teia de expedientes retóricos teleológico-pragmaticamente justificados)³⁶...

O que não quer evidentemente dizer que tal percurso crítico seja sempre acompanhado da consideração explícita daqueles desafios (e das cedências recíprocas que estes impõem). As mais reflectidas destas «intensificações da atenção» (para usarmos a feliz expressão de Fish³⁷) encontramos-las, com efeito, primeiro no *linking up the traces* desenvolvido por James Boyle a partir dos legados-fragmentos do realismo, do marxismo e do pós-estruturalismo (e das tensões insuperáveis que estes geram)³⁸, depois muito especialmente na tentativa de Duncan Kennedy de reconstruir *de toutes pièces* o horizonte (globalmente heterogéneo) de um *projecto de esquerda, moderno e pós-moderno (left/mpp project)*... e de inscrever neste tanto o contexto e os recursos do *American Cls* (também como uma interpretação progressista do *pragmatismo*) quanto o seu próprio contributo pessoal (que designa por *pink theory*)³⁹: menos decerto para definir um programa acabado do que para denunciar riscos e evitar erros...

Que riscos? O de reconduzir a assimilação de universos narrativos neomarxistas (e dos seus argumentos antropológicos) — assimilação que o oposicionismo de esquerda

³⁵ «[Including, in] a severely chastened version (...) only a fraction of the totality at which the masters aimed...», como o próprio Kennedy não deixa explicitamente de reconhecer: ver *A Critique of Adjudication*, cit., p. 5.

³⁶ Ver *infra*,

³⁷ «As a heightened degree of attention while performing in the practice...» [«Fish Tales: A Conversation with “The Contemporary Sophist”»] (entrevista concedida por Stanley Fish a Gary Olson), *JAC Online* (12-02-1992), <http://www.cas.usf.edu/JAC/122/olson.html> (extraído em 11-04-2003)].

³⁸ James BOYLE, «The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 133, 1985, pp. 685-780, texto também disponível na grande colectânea organizada pelo próprio BOYLE: *Critical Legal Studies*, Dartmouth, Cambridge University Press, 1992, pp. 505-600.

³⁹ KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, cit., pp. 1-19, 265-296, 339-376.

torna indispensável! — a uma reprodução encoberta do determinismo historicista e da *filosofia da totalização* que os gerou (e que os autorizou a crescer)... mas também à institucionalização acrítica (inspirada pelo dirigismo comunista) de um conservadorismo estético-cultural «hiper-burguês» («realismo socialista», «puritanismo revolucionário»). Também (no pólo oposto!) o de permitir que a mobilização (não menos indispensável) da filosofia da Desconstrução sucumba às seduções de um vanguardismo estético auto-referencial (e ao maximalismo pós-moderno que o consagra)... contribuindo decisivamente para o culto de um *esoterismo* «quietista» (tão incompatível com o *exoterismo* da tradição pragmática quanto inconciliável com a militância *oposicionista*). Também e ainda (cruzando-se decisivamente com os outros dois) o de transformar a exploração da racionalidade narrativa (como componente indissociável da reconstrução da comunidade) num *particularismo* insuperável (um *particularismo* que fragmenta o compromisso prático com a transformação, tornando-o de refém de identidades sociais incomensuráveis)⁴⁰.

Riscos e erros estes aos quais certos momentos do percurso dos *CLs* serão mais vulneráveis? Importa reconhecê-lo. Reconhecimento que nos dá a deixa para introduzir um núcleo temático condutor, um núcleo que uma consideração (sumária embora) do *crits' work* (e deste como movimento e como teoria) não pode deixar de reconstituir: o da autonomização-distribuição das etapas-fases e das respectivas gerações de *scholars*.

2. É ao problema desta distribuição que vamos agora principalmente aludir, respeitando de resto a habitual concentração em três etapas⁴¹. Não decerto para ver nestas compartimentos estanques (facilmente identificáveis). Antes para as tematizar como

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 5-8 («Critical social theory, leftism, modernism, postmodernism»), 11-12 («Leftism and modernism/postmodernism in *CLs*»), pp. 339 e ss. («Conclusion...»). Voltaremos *infra*, a propósito das diversas gerações de *Scholars* à consideração de alguns destes riscos.

⁴¹ Ver por todos Gary MINDA, *Postmodern Legal Movements*. cit., pp. 110-127. Tenha-se no entanto também presente, em alternativa (explorando razões a que não deixaremos de atender), a distribuição em *quatro* tempos desenvolvida por Günter FRANKENBERG em «Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies, etc», in Buckel/Christensen /Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, cit., pp. 96 e ss. Trata-se, com efeito, de autonomizar uma *primeira geração* mais próxima da teoria do direito *neomarxista*, uma *segunda* a superar esta sob a influência de Foucault (mas também já da *crítica feminista*) e uma terceira a assumir o *literary turn* desconstrucionista, sem esquecer depois (como que num *quarto* tempo!) a *fragmentação* e os *Post-Critical Legal Studies* que esta abre...

núcleos responsáveis pela autonomização (por vezes mesmo pela superação) de determinadas *categorias de inteligibilidade* (ou pelo esclarecimento das atitudes e das posições que as tornam pensáveis).

2.1. A primeira etapa, mobilizando (entre muitos outros) os *founding fathers* Duncan Kennedy, Roberto Unger, Peter Gabel, Karl Klare, Mark Tushnet, Morton J. Horwitz, Mark Kelman, Dave Trubek e Robert Gordon, desenvolve-se (estabelece o seu património de recursos-cânones) entre os finais dos anos 70 e a primeira metade da década seguinte... e corresponde a uma inequívoca concentração de forças em torno do compromisso transformador — se quisermos, a uma acentuação privilegiada do que Kennedy virá a dizer *the left element (the left element means radical egalitarianism and participatory democracy*⁴²).

Trata-se, numa palavra, de *denunciar* a concepção tradicional da *rule of law* e do *constitucionalismo liberal* — e esta concepção enquanto assimila a montante uma compreensão global da *societas* e do seu *mega market-place*, mas também enquanto se projecta a jusante numa institucionalização-conformação das práticas juridicamente relevantes (distribuindo papéis distintos à legislação e à jurisdição e confiando ao pensamento dogmático e metadogmático tarefas de legitimação imprescindíveis). De a denunciar em que termos? Reconstruindo-a sob as máscaras (mais unívocas ou mais complexas) do que se poderá dizer um *liberal legalism* ou uma *rationalizing legal analysis*⁴³: o que aqui e agora significa comprometer-la a problemáticamente com um «falso concreto» e com a «conspiração colectiva» («inconsciente» embora) que o

⁴² Socorremo-nos das formulações de KENNEDY, agora na Introdução de *Legal Reasoning. Collected Essays*, Aurora (Colorado), The Davies Group Publishers, 2008, p. 5.

⁴³ A tentativa mais complexa deve-se certamente a UNGER e ao seu esforço de reconstituir a auto-reflexão do pensamento jurídico tradicional enquanto procura incessantemente renovada (com diversos degraus de autoconsciência) de um meta-esquema possível — um meta-esquema teoreticamente concebido, que possa garantir a coerência dos materiais relevantes e justificar assim uma compreensão do *law as reason*. Nesta reconstrução, a *rationalizing legal analysis* corresponde explicitamente a um segundo momento de determinação da «consciência jurídica contemporânea», marcado pela recuperação do teleologismo e pelas duas frentes desta (a que convoca *policies* e a que assume *principles*). Para acompanhar esta reconstrução, veja-se *What Should Legal Analysis Become?*, London/ New York, Verso, 1996, pp. 34-119.

reproduz⁴⁴. Ora um «falso concreto» que se identifica (no seu núcleo) com a crença «reificada» (se não mesmo «fetichizada»⁴⁵) na «necessidade» de um direito e de um pensamento jurídico *livres* da política, como tal iluminados pela possibilidade de um discurso racionalmente determinado (*law as reason*)⁴⁶ — um discurso que «feche» as respostas e evite a abertura infinita das discussões filosóficas e ideológicas (*formalism as (...) a belief in the possibility of a method of legal justification that contrasts with open-ended disputes about the basic terms of social life*⁴⁷), na medida precisamente em que (confessada ou inconfessadamente) pressuponha a representação de uma «ordem inteligível» e a procura (persistentemente recomeçada) de uma «linguagem universal» (*formalism presupposes at least a qualified objectivism*⁴⁸).

Se nos aproximarmos da frente de oposição assim construída — ainda que para considerar apenas, como até agora fizemos, o problema da identificação-delimitação das práticas a rejeitar—, compreenderemos que o *ecletismo* das forças conjugadas não evita tensões. Privilegiemos duas (só aparentemente sobrepostas): em primeiro lugar [2.1.1.] aquela que, na experimentação crítica da *societas* como artefacto (e sem que este pressuposto partilhado seja posto em causa!), opõe representações institucionais macroscópicas (*super-theory*) e minimalismo fenoménico-existencial (*ultra-theory*)⁴⁹ — a possibilidade de uma *teoria geral da estrutura*, reconstituída no seu sentido regulativo e no seu percurso «vital» (*providing a general account of how frameworks are formed, how they hang together, how they can be modified, and how they break down*⁵⁰)... e a rejeição desta possibilidade, iluminada pela experiência inexcedível de um

⁴⁴ Para o dizermos com Peter Gabel e com este enquanto denuncia um efeito de objectivação *referencial* e a correspondente experiência de coisificação (*as the turning of concepts or social roles into things*). Cfr. GABEL, «Reification in Legal Reasoning» (*Research in Law and sociology*, 1980, 3, pp. 25-51), cit. in Boyle (ed.), *Critical Legal Studies*, cit., pp.17-43.

⁴⁵ Veja-se a exemplar síntese de KENNEDY na Introdução de *Legal Reasoning*, cit. pp. 5-6.

⁴⁶ Alude-se aqui às conhecidas críticas de UNGER (*the critique of formalism / the critique of objectivism*), críticas estas que em si mesmas e na sua sobreposição (*the critique of objectivism and formalism related*) asseguram um dos núcleos reflexivos principais do conhecido manifesto de 1983: *The Critical Legal Studies Movement*, cit., pp. 1 e ss., 5-14, 97 e ss.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 1.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 2-3.

⁴⁹ Para uma reconstituição crítica (por vezes hipertrofiada) desta tensão, cfr. Andrew ALTMAN, *Critical Legal Studies. A Liberal Critique*, Princeton, Princeton University Press, 1990, pp.164-181.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 165.

«enquadramento particular» (*particular framework*) e pela exigência de levar até às últimas consequências um postulado de subjectividade intencional (*the social world is entirely constructed (...) [and] every time one thinks about it, the social world dissolves into a set of choices that one has made*⁵¹) ... —, em segundo lugar [2.1.2.] aquela (já nossa conhecida) que confronta argumentos marxistas e foucaultianos — uma concepção *transcendente* do binómio *domínio/repressão* e uma concepção *imane*nte do tecido dos *poderes/resistências*⁵².

2.1.1. A primeira destas tensões impõe-se-nos (com Unger) como uma alternativa entre perspectivas-*programas*, capaz de distribuir os interlocutores envolvidos e de lhes impor prioridades reflexivas distintas. *The claim that everything is politics can be developed in two (...) twin agendas (...). Let me label them ironically super-theory and ultra-theory*⁵³.

Trata-se, com efeito, de mostrar que a sua proposta de experimentação da realidade social — uma proposta que diz orientada por um programa de *super-theory*, decerto porque se preocupa com os processos e os tempos da estabilização e transformação institucionais e com a determinação macroscopicamente objectiva desta dinâmica (também na sua dimensão normativa, referida a critérios, princípios e *policies*) — se distingue claramente de propostas como aquelas a que Tushnet e Gordon, Kennedy e Gabel nos expõem — propostas que diz orientadas por um programa de *ultra-theory*... agora porque, radicalizando a herança do *legal realism*, reconduzem a inteligibilidade do *commune* socialmente construído à projecção, mais ou menos instável (sempre «contingente»), das opções epistemológicas, éticas e políticas dos sujeitos que agem (*the key difference between super-theory and ultra-theory is that ultra-theory rejects the attempt to develop a theoretical system*⁵⁴).

⁵¹ Na exemplar formulação de GABEL, reproduzida por ALTMAN, *ob.cit.*, p. 167.

⁵² Já sabemos que o relevo deste contraponto leva Günter FRANKENBERG a distinguir duas etapas... e duas gerações (dividindo assim o ciclo que estamos a considerar): «Die zweite Generation von CIs löst sich, etwa seit Beginn der 80er Jahre, von marxistischen und klassentheoretischen Kategorien...» («Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies, etc», cit., p.99).

⁵³ UNGER, *Social Theory: Its Situation and Its Task* (vol. 2 of *Politics*), 1987, cit. na ed. em *paperback*, London/New York, Verso, 2004, p.165.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 166.

Mais do que esta divisão entre grupos de *scholars* (uma divisão que está de resto longe de se nos impor sem dificuldades⁵⁵!), importa-nos aqui no entanto o modo como duas abordagens exemplarmente distintas do artefacto *societas* se projectam em prioridades temáticas inconfundíveis, oferecendo ao território dos *Cls* outras tantas vertentes de *experimentação crítica* (e as «agendas» *alternativas* que estas abrem). Concentrando-nos nos exemplos maiores de Unger e de Kennedy, poderemos dizer...

(a)... que a vertente explorada pelo primeiro tem como perspectiva condutora um tratamento filosófico-político da relação *direito/sociedade* e da estrutura institucional macroscopicamente auto-reflexiva (do *programa institucional*) que deverá corresponder-lhe [2.1.1.1.]...

(b)... e que a vertente privilegiada pelo segundo se assume, em contrapartida, como uma especialíssima «teoria» das práticas jurídicas e das lutas políticas que nelas se manifestam (*theory is expressive, rather than determinative of the content of political struggle*⁵⁶) — uma «teoria» que, não certamente por acaso, encontra na exemplaridade microscópica do discurso judicial (se não na fenomenologia da decisão de *casos difíceis*) o seu núcleo decisivo (*critique of adjudication*) [2.1.1.2].

2.1.1.1. É ao responder à primeira *agenda* que, desde a primeira hora, Unger insiste no esforço programático de «imaginar futuros» (*the alternative futures of a free society*⁵⁷). Trata-se desde logo, com efeito, de exigir que a crítica ao *formalismo* (nos termos acima evocados) se converta numa reflexão dogmática «alargada», pluridimensional (*an expanded or deviationist version of legal doctrine*)⁵⁸: reflexão que

⁵⁵ Ver Ana Margarida GAUDÊNCIO, *ob cit.*, pp. 67 e ss., 96 e ss.

⁵⁶ KENNEDY, «The Politics of Hierarchy», in Boyle (ed.), *ob. cit.*, p. 431 (p. 82 do texto original, um dos capítulos de *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*).

⁵⁷ A formulação aparece como epígrafe no mais tardio *What Should Legal Analysis Become?*, cit., pp. 135 e ss.

⁵⁸ *The Critical Legal Studies Movement*, cit., pp. 14-22 («The Constructive Outcome of the Critique of Formalism: Deviationist Doctrine»), 43 e ss. («Two Models of Doctrine»), 88-90 («The Two Models Compared»). Reparemos como este programa se torna explícito no percurso (na *practice of legal analysis as institutional imagination*) que UNGER sintetiza em *What Should Legal Analysis Become?* (cit., pp.129-134): com um primeiro passo (que se diz de «diagnóstico-mapping») capaz de revelar a complexidade (normativa e empírica) das práticas juridicamente relevantes, *maxime*, de se dar conta dos conflitos que separam os «princípios» (tradicionalmente explicitados) dos seus implacáveis «contrapincípios» [*The Critical Legal Studies Movement*, cit., pp. 17 e ss., 60-88]; com um segundo passo

virá de resto a alimentar-se do binómio-estrutura *núcleo/periferia*, para conceber-planificar uma prática que, sem mudanças drásticas, o inverta (movendo «as doutrinas *periféricas* para o centro» e as «doutrinas *centrais* para a periferia», «sem alterações substanciais nos critérios jurídicos, apenas com a deslocação/inversão do seu sentido, da sua posição no quadro da estrutura dogmática»⁵⁹).

Não devemos no entanto esquecer que este é ainda apenas um plano intermédio. O plano decisivo — não menos coerentemente vinculado ao contraponto *centro /periferia* (*between a dominant ideology that puts impersonal law at the center of society and a day-to-day experience for which such law stands at the periphery of social life*⁶⁰) —, esse encontramos-lo só no patamar reflexivo de um *experimentalismo democrático*: trata-se, com efeito, de exigir que a crítica ao *objectivismo* (iluminada por uma *revolutionary reform* e pela *empowered democracy* que esta procura) se converta numa «visão programática da sociedade» e na «redefinição das formas institucionais da democracia e do mercado»⁶¹; como se trata(rá) também e ainda de mobilizar o património de institucionalização disponível (*the established and inherited institutional arrangements*) para distinguir (nas suas aquisições e nos seus riscos) três *futuros* possíveis⁶² e as alternativas de aprofundamento-avanço (se não de radicalização) da democracia que estes anunciam (os da *extended social democracy*, da *radical polyharchy* e da *mobilizacional*

(que se diz de *criticism* ou *critical doctrine*) capaz de iluminar todos estes conflitos conferindo-lhes uma imediata inteligibilidade político-social [«Critical doctrine does this by finding in these disharmonies the elements of broader contexts among prescriptive conceptions of society; (...) criticism [explores] (...) the *interplay* between the detailed institutional arrangements of society as represented in law, and the professed ideals of programs that these arrangements frustrate and make real...» (*What Should Legal Analysis Become?*, cit., pp. 132, 130)]; com um terceiro passo (que se diz de *internal development*) que assume auto-reflexivamente a dialéctica (?) dos dois primeiros e que transforma a dogmática jurídica num território de controvérsias infinitas [«Mapping provides materials for criticism, and criticism sets the perspective and the agenda for mapping...» (*Ibidem*, p. 132)].

⁵⁹ Ana Margarida GAUDÊNCIO, *ob.cit.*, p. 63.

⁶⁰ UNGER, *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social theory*, New York/ London, the Free Press, 1976, p. 44.

⁶¹ *The Critical Legal Studies Movement*, cit., pp. 22 e ss. («The Constructive Outcome of the Critique of Objectivism...»)

⁶² «Each of these paths (...) describes a distinct way of continuing the now arrested development of legal thought...» (*What Should Legal Analysis Become?*, cit., p. 136)

democracy)⁶³. Ora se já sabemos que esta preocupação institucional (*super-theoretical*) distingue (isola?) Unger dos outros *critical scholars*, importa acrescentar que a distância em causa não se torna apenas visível no desenvolvimento a que acabámos de aludir, impõe-se desde o início do seu percurso (logo a partir do projecto exposto em *Knowledge and Politics*)⁶⁴. Insistir na exigência de uma redefinição macroscópica (e na sua transformação paulatina) significa com efeito justificar uma reflexão crítica nuclearmente *assimiladora* (uma «crítica total» do liberalismo que não se confunda com uma «rejeição» deste e do seu *património*)⁶⁵. Ora é esta máscara de *superliberalism*⁶⁶ (sucessivamente reinventada) que autoriza Unger a cultivar um diálogo relevante (difuso embora!) com as posições do comunitarismo liberal⁶⁷; e é sobretudo esta máscara (nos termos em que a afivela) que traz consigo o recurso perturbador da chamada *linguagem dos direitos* (em detrimento frequente da *linguagem do(s) podere(s)*). Como se afinal fosse possível prolongar *directamente a* «lógica» da institucionalização *liberal* (e da sua antecipação *em abstracto*), reconhecendo que uma das soluções possíveis se constrói atribuindo ao sujeito-cidadão (num plano que se quer legislativamente prescrito e jurisdicIONALMENTE efectivo) quatro grandes *novos* tipos de *direitos*⁶⁸: de *imunidade*, de *solidariedade*, de

⁶³*Ibidem*, pp. 138- 170. Cada uma das alternativas em causa se mostrará de resto sucessivamente mais distanciada da circunstância presente e das experiências que esta consagra. Bastando-nos acrescentar que só a última se propõe afinal institucionalizar (na sua reciprocidade constitutiva) dois «atributos potenciais da ordem social»: a «moderação das hierarquias entrencheadas» e a «abertura à mudança» [«the moderation of its entrenched divisions and hierarchies and the realtive availability of its arrangements to challenge and revision» (*Ibidem*, p.163)].

⁶⁴ *Knowledge and Politics*, New York, The Free Press Macmillan Publishing Co., 1975.

⁶⁵ Uma crítica total do *liberalismo* é, para Unger, aquela que o reconstitui *ficcionando* uma unidade («um sistema articulado e mais ou menos complexo de princípios e de postulados antropológicos relativos a conformações psicológicas mas também a opções da moralidade, do direito e da política...»): tudo isto uma tentativa de reconstrução exemplarmente *super-teorética* (acompanhada da pretensão de desvelar a «estrutura profunda do *liberalismo*»)... que os *outros Critical Legal Scholars* não deixam de denunciar (como uma auto-contradição). Ver UNGER, *Knowledge and Politics*, cit., pp. 6-7, 102 e ss. («The Unity of Liberal Thought») e Andrew Altman, *ob. cit.*, p. 17.

⁶⁶ UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, cit., pp. 41 e ss.

⁶⁷ Este diálogo está de resto inequivocamente associado à alternativa da *radical poliarchy*: ver *What Should Legal Analysis Become?*, cit., pp. 135 e ss., pp.148-163.

⁶⁸ *The Critical Legal Studies Movement*, cit., pp. 36-40 («The System of Rights»), 43-57 («From an Institutional Program to a Doctrinal Example: Equal Protection and Destabilization Rights»). Para uma consideração dos quatro tipos de direitos invocados neste manifesto (integrados de resto por um espectro

mercado e de *desestabilização*⁶⁹. Com um último corolário, não menos exemplar: aquele que, rejeitando a centralidade da pergunta «como devem os juízes decidir os casos?» (e os pré-juízos «antidemocráticos» que legitimam esta centralidade), confia ao «cidadão» o papel de «interlocutor primeiro» do discurso jurídico⁷⁰.

2.1.1.2. É, em contrapartida, ao reconhecer a prioridade da segunda «agenda» (e da sua *post-rights perspective*) que Kennedy fixa como território privilegiado (aquele em que importa investir *teoreticamente!*) o da *fenomenologia crítica* da decisão do juiz⁷¹ e o desta como um processo ideologicamente específico de *criação do direito* (*judicial law making (...) is an ideologically oriented legal work (...) different from ideologically oriented legislative work*⁷²).

relevante de outras medidas, pensadas explicitamente para a institucionalização do sistema político e das relações deste com o sistema económico), ver Ana Margarida Gaudêncio, *ob.cit.*, pp. 83-89.

⁶⁹ «...Destabilization rights (...) [:] the most novel and puzzling piece of the system of rights (...). They represent conditional and provisory claims to disrupt established institutions and forms of social practice that have achieved the insulation and have encouraged the entrenchment of social hierarchy and division that the entire constitution wants to avoid.(...). The closest counterpart to equal protection in the institutional and conceptual system of empowered democracy is the law and doctrine of destabilisation rights...» (UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, cit., pp. 39, 52)

⁷⁰ «The conversation-stopping question “how should judges decide cases?” has remained the central question in the theory of law. The query about judicial decision deserves no such privilege. The privilege masks indefensible, antidemocratic pre-commitments, and its persistence helps arrest the progress of legal theory. (...) The central end is the working out, in imagination and in practice, of the interaction between ideals or interests or institutions or practices through the detailed medium of law and legal thought. (...) The jurist, no longer the imaginary judge must become the assistant to the citizen. The citizen rather than the judge must turn into the primary interlocutor of legal analysis. The broadning of the sense of collective possibility must become the controlling mission of legal thought...» (*What Should Legal Analysis Become?*, cit., pp. 107, 113)

⁷¹ O ensaio culminante desta primeira etapa é precisamente «Freedom and Constraint in Adjudication: a Critical Phenomenology», *Journal of Legal Education*, 36, pp. 518-562 (incluído por James BOYLE em *Critical Legal Studies*, cit., pp. 45-89, mas também pelo próprio KENNEDY no já citado *Legal Reasoning*, cit., pp. 11-85). Embora sempre com indicação (entre parêntesis) das páginas da publicação original, este artigo será citado nas notas que se seguem na colectânea proposta por Boyle.

⁷² Esta formulação exemplar aparece-nos já na mais tardia *Critique of Adjudication* (cit., p. 1), sendo certo que a exploração das diferenças consideradas envolverá um afastamento explícito das concepções de «judicial legislation» que se mostrem incapazes de distinguir *rule making* e *rule application* (nas quais Kennedy inclui as de Unger, Peller, Tushnet, Boyle... e Kelsen) [*ibidem*, pp.30-38].

Se estabelecermos um confronto directo com Unger (seguindo assim um traçado paralelo àquele que acabámos de evocar), poderemos dizer que se trata agora de desvincular os critérios da dogmática doutrinal de toda e qualquer presunção de estrutura (flexível embora) que possa impô-los em si mesmos como *centrais* ou *periféricos* (*there is no core*⁷³). Rejeitada esta estabilização (e a dinâmica de *communis opinio* que, confessada ou inconfessadamente a legitima), as significações que correspondem a tais critérios (na sua inteligibilidade semântico-pragmática) passam, com efeito a depender constitutivamente da perspectiva e dos objectivos *políticos* do sujeito que os mobiliza: a depender, mais rigorosamente, do tecido argumentativo (contingentemente casuístico) que esse sujeito, na sua *situação de decisão*, estiver em condições de construir. Reconstituir esta *situação de decisão* significa por sua vez acentuar a experiência irrepetível do problema *sub judice* (e a expectativa dos auditórios reais nele envolvidos)... mas também invocar o peso dos constrangimentos (psicossociológica e semioticamente explicáveis) que «formam» o sujeito decidente. Sem esquecer que destes últimos (nos quais se incluem decerto os que a sua própria *comunidade interpretiva* lhe impõe⁷⁴) se autonomizam enfim aquelas intenções e aqueles recursos (indispensáveis para a escolha dos argumentos decisivos) que explícita ou implicitamente conformam uma autêntica estratégia ideológica: uma visão política do mundo, que há-de por sua vez poder dividir-se, como que *a preto e branco*, pelos núcleos polarizados de um *individualismo conservador* e de um *altruísmo progressista* (*in order to decide cases, the judge will have to allign herself one way or the other(...), there can be no justification for her choice (...)* *other than a circular statement of commitment to one or the other of the conflicting visions*⁷⁵).

Acentuação esta tanto mais exemplar quanto é certo que a *duck-rabbit thesis* assim reproduzida⁷⁶ — ao invocar (com «o» Wittgenstein das *Philosophische Untersuchungen!*) a famosa cabeça do pato e do coelho (*H-E-Kopf*) que, «sem nenhuma alteração dos seus traços, muda a sua aparência global»⁷⁷ em função da perspectiva-

⁷³ KENNEDY, «Form and Substance in Private Law Adjudication», *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976, p. 1766.

⁷⁴ *A Critique of Adjudication*, cit., p. 161.

⁷⁵ «Form and Substance in Private Law Adjudication», cit, p. 1762.

⁷⁶ Ver neste sentido a reconstituição crítica de ALTMAN, *ob. cit.*, pp. 130 e ss. («The Duck-Rabbit Thesis»).

⁷⁷ *Ibidem*, p.130.

sujeito (enquanto «visão contínua» ou «iluminação súbita» de um «aspecto»⁷⁸)! — está longe de poder ser mobilizada analogicamente apenas para compreender a experimentação *subjectivo-casuística* dos critérios dogmáticos, devendo antes estender-se (sem nada perder da sua radicalidade) a todos os «materiais jurídicos» e à sua concretização decisória — «materiais» que, incluindo evidentemente as *rules* das normas legais e dos precedentes (mas também programas-*policies*, padrões-*estereótipos* sociais, «imagens históricas»), podem, *segundo* Kennedy, ser (quase sempre!) produtivamente tratados como uma «massa de barro húmido» (uma «massa» que pelo menos «dois oleiros oponentes» se proponham moldar, antes de endurecer»⁷⁹). Admitido este ponto de partida (apenas embora como ponto de partida, se não a superar, pelo menos a corrigir!), estaremos, com efeito, em condições de, pelo menos a traço grosso, reconhecer uma autêntica reconstituição da *decisão judicial (adjudication)* e do seu *modus operandi*. Uma reconstituição que vai decerto corresponder com toda a clareza ao que vimos poder dizer-se um *paradigma (pragmático-funcional) de decisão*: desde logo porque rejeita expressamente a tentação (que diz «formalista» de uma *perspectiva interna* (e a reflexão metodológica correlativa) — o que aqui e agora significa defender que não há (nem pode conceber-se) nenhuma «forma» de compreensão jurídica que possa ser assumida fora do (abstraindo do) enquadramento psicossociológico e ideológico-político que a constitui (e constrange)! —, depois também, muito especialmente, porque faz corresponder a solução do problema concreto a uma opção (orientada *por efeitos*) entre alternativas permitidas, compossíveis com os materiais e com a sua indeterminação (ou pelo menos incompletude) *em abstracto (the law-making activity of judges takes place in the context of a structure of legal rules, in the face of a particular gap, conflict, or ambiguity in the structure*⁸⁰). Ora uma opção entre alternativas que, nesta primeira etapa do seu *critical work*, Kennedy ilumina com o reconhecimento crítico-reflexivo do «abismo» (maior ou menor) que, num número esmagador dos casos a decidir, separa a solução imediatamente preferida pelo juiz — nos seus resultados-efeitos *ideologicamente justificados* («how I want to come out»: *HIWTCO*) — do sentido que, também à partida, lhe parecem ter (na

⁷⁸ WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*. Tübingen, 1954, Frankfurt am Main, 1971, p. 309.

⁷⁹ KENNEDY, «Freedom and Constraint in Adjudication...», in Boyle (ed.), cit., p. 53 (p. 526 da publicação original).

⁸⁰ *Ibidem*, p.1.

perspectiva da sua comunidade interpretativa ou de um qualquer discurso comum, mais ou menos *reificado*) os materiais jurídicos que previamente seleccionou (*as a conflict(...) or polarity (...) or gap (...) between “the law”(...) or the common perception of “the law” and HIWTCO (...), between my initial impression of the law and my initial sense of “how I want to come out”*⁸¹). O que não significa evidentemente assumir um ponto de partida equidistante ou neutro, porque significa também já defender (recomendar) a estratégia política *altruista* e a inversão ou atenuação das hierarquias sociais que esta garante — depois também o modelo de *constrained activist judge*, orientado pelo «motivo “extrajurídico”» (*an “extrajudicial” motive*) de obter um *resultado (outcome)* politicamente justo⁸².⁸³

⁸¹ KENNEDY, «Freedom and Constraint in Adjudication... », in Boyle (ed.), cit., pp. 45, 46, 86 (pp. 518, 519 e 559 da publicação original).

⁸² Neste modelo muito mais complexo, desenvolvido em *A Critique of Adjudication*, cit., capítulo 8 (pp. 180 e ss.) [aqui a mobilizar fundamentalmente o artigo «Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation», *Utah Law Review*, 1996, pp. 785 e ss.], os pólos passam a ser identificados pelas designações *posição liberal / posição conservadora* (a primeira designação seria impensável na primeira etapa dos *Cls!*)... na mesma medida em que passam a admitir várias gradações-combinações intermédias e três fundamentais tipos de juizes (*the constrained activist judge / the different-splitting judge / the bipolar judge*).

⁸³ Nesta compreensão se inscreve também um tratamento especialíssimo do binómio *casos fáceis/casos difíceis*: «[A]n easy case in the conventional sense is a hard case from the point of view of the ideological strategist. (...) A hard case in terms of the lawyers’ typology is an easy case for the ideological strategist...» [KENNEDY, *A Critique of Adjudication* (fin de siècle), cit., p. 166 («Hard cases and easy cases»)]. Bastará partir do modelo de julgamento que acabámos de expor para solucionar este enigma (dos *casos fáceis que são difíceis* e dos *casos difíceis que são fáceis*), entenda-se, para perceber que a tarefa de argumentação-justificação se nos apresenta significativamente mais *difícil* sempre que, estando disponível um critério-*rule* que «se aplique obviamente aos factos» ou que corresponda à situação de decisão em termos estratégico-tacticamente lineares — o que, de acordo com a tipologia habitual, configura um *caso fácil* (*there is a rule that obviously applies to the facts, given some explicit or implicit combination of deductive and policy arguments*)! —, o julgador concluir que, para chegar a um resultado politicamente (mais) justo, deve construir uma solução diferente (*from the point of view of the person who thinks the rule unjust, this is a hard case in the sense that it will be difficult, it may take a lot of work, and it may be impossible to displace the obvious solution*); sendo certo que este mesmo julgador está, ao fim e cabo, envolvido numa tarefa mais *fácil* se, independentemente da situação de decisão a que quiser chegar, o caso *sub judice* se apresentar como um *caso difícil* — com uma situação de decisão assim mesmo exemplarmente definida pela equivalência em abstracto de diferentes critérios ou de diferentes interpretações desses critérios (*since in a hard case there are two plausible rule choices, rather than only*

2.1.2. Se a acentuação da tensão que acabámos de explorar nos permite reconhecer duas *agendas* temáticas e dois modelos de experimentação crítica significativamente distintos (enquanto caminhos que, longe de se esgotarem nesta primeira etapa, se manterão perfeitamente nítidos, com correcções embora, ao longo de todo o percurso dos *Crits!*), a acentuação do outro foco de *theoretical conflicts* — que vimos poder simplificar-se como um contraponto entre argumentos marxistas e foucaultianos (e respectivas concepções da política-poder) —, essa autoriza-nos, em contrapartida, a invocar uma *dinâmica* de *sobreposição-superação*... e uma dinâmica que diz (nuclearmente) respeito à (ou que podemos dizer fundamentalmente resolvida pela) primeira geração de *Scholars*. Trata-se, com efeito, de identificar um momento fundador de mobilização do legado das teorias crítico-dialécticas — uma mobilização tão explosiva e provocatória quanto aproblemática, justificada pelo vigor da atitude oposicionista, se não explicitamente pela estratégia «anti-autoritária» do *trashing* (*trash the glass of the ruling class!*)⁸⁴ —, como se trata de reconhecer (e acompanhar) depois o *work in progress* que o supera: que *relativiza* os seus elementos-recursos ou que, mais rigorosamente, liberta estes da vertigem holística do seu «código» dialéctico (e da meta-narrativa que o alimenta ou da estrutura que lhe dá sentido)... para (como que selectivamente) os preservar (numa teia de argumentos antropológicos) como fragmentos ou memórias-*espectros* (nem por isso menos indispensáveis, capazes nomeadamente de nos defender

one obvious one) [*Ibidem*, p.166]. Para um esclarecimento mais detido desta «teoria» dos casos difíceis (integrada numa determinada representação da *discricionariedade*), ver o desenvolvimento que propus em *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico. Um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?*, cit., nº 2.1.2. («A “desconstrução” da pragmática fácil /difícil prometida pelos herdeiros do legal realism: a exemplar “fenomenologia crítica” de Duncan Kennedy»). Ver ainda Ana Margarida GAUDÊNCIO, «“The Law” vs. “How-I-want-to-come out: crítica da construção da decisão judicial, como exercício de *determinação* ideológico-política na proposta de Duncan Kennedy», in Bronze, Linhares, Marques, Gaudêncio (coordenadores), *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*, cit., pp. 119 e ss.

⁸⁴ Ver neste sentido Günter FRANKENBERG, «Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies, etc», cit., pp. 98-99. Karl Klare e Mark Tushnet são de resto os únicos dos *founding fathers* a assumir militâncias de inspiração marxista: neste sentido, cfr. Alan HUNT, «The Theory of Critical Legal Studies», *The Oxford Journal of Legal Studies*, 6, 1986, p.10, nota 26.

do «dogmatismo» neo-liberal ou das suas generalizações grosseiras)⁸⁵! O que nos conduz a um repúdio global dos binómios *contrato/opressão*, *domínio/repressão*, *público/privado* — binómios estes associados à emancipação (à descentralização) moderna do *sistema político* (enquanto sistema-Estado, contraposto à sociedade civil)... — e através deste repúdio a um (também progressivo e quase sempre implícito) predomínio da concepção do poder que (com Foucault) deveremos dizer *imane*nte : um predomínio que nos impede de isolar as práticas deste poder num *sistema* e de as atribuir a um motor central, incitando-nos antes a descobri-las (na sua multiplicação estratégica e na sua eficácia multidireccional) em todas as nossas relações (a começar decerto por aquelas que se expõem, enquanto *casos*, ao julgador decidente). O que nos basta para concluir que o referido *work in progress* (exibindo-se ele próprio como *manifesto*, nos imprescindíveis «The City as a Legal Concept» de Jerry Frug e em «The Politics of Hierarchy» de Duncan Kennedy) traz consigo uma representação decisiva da *prática* — tanto da *prática* a transformar quanto da *prática* empenhada na transformação —, representação esta que (privada embora de uma autêntica reelaboração teórica) se cumpre (passa a cumprir-se) pressupondo uma repetição auto-reprodutora e omnipresente de *micropráticas*, entenda-se, uma interrelação capilar (multidireccional e insidiosa) de efeitos-átomos de poder e de outras tantas possibilidades (microscópicas) da resistência. Sendo este decerto um caminho que a assimilação *pós-estruturalista* da segunda geração de *scholars* (associada a um peso crescente das frentes *feministas*) virá, por sua vez, a confirmar.

Para além de nos permitir acentuar esta dinâmica, a alusão a este contraponto oferece-nos ainda a oportunidade para, em duas palavras, esclarecer (nos seus contextos reflexivos) três categorias de inteligibilidade imprescindíveis e as distintas posições que estas ocupam no percurso dos *critical scholars*: referimo-nos às noções de *reificação* [2.1.2.1.], *contradição fundamental* [2.1.2.2.] e *hierarquia* [2.1.2.3.]. Vistas à luz da referida dinâmica, estas aparecem-nos como exemplos claríssimos, permitindo-nos perceber porque é que a primeira e a última se instalam como recursos indispensáveis ao longo de todo este percurso (sendo ainda pressupostas, quando não explicitamente mobilizadas, por todos os interlocutores-opponentes que reconhecemos na última fase)...

⁸⁵ Para uma consideração da relação complexa entre os *Cls* e o marxismo, cfr. *ibidem*, pp.8-32 e Stefan SCIARAFFA, «Critical Legal Studies. A Marxist Rejoinder», *Legal Theory*, volume 5, nº 2, June 1999, pp. 201-219.

enquanto que a categoria intermédia acaba por ter um domínio de vigência excepcionalmente curto (embora intenso), sendo explicitamente abandonada (*et pour cause!*) pelo seu criados (Duncan Kennedy). A justificação destes *éxitos* distintos é muito simples: se a primeira categoria se alimenta directa e exclusivamente da narrativa da dialéctica materialista (sobrevivendo como luminoso fragmento-*rasto*)... e a última (não obstante também as afinidades electivas indiscutíveis com o discurso da primeira Escola de Frankfurt) nos aparece aqui e agora sobretudo a assimilar-domesticar o desafio da *microfísica* do poder (e da sua analítica), a segunda, essa, expõe-se à tarefa difícil de uma sobreposição de argumentos e à debilidade de uma construção híbrida...

2.1.2.1. A categoria da *reificação* ou do *discurso de reificação*, mais ou menos explicitamente reflectida — a identificar no entanto sempre um processo argumentativo capaz de apresentar artefactos contingentes como objectos necessários, produtos culturalmente mutáveis como coisas ou estruturas estáveis (*thing-like*) —, impõe-se, com efeito, como um recurso indissociável do *crits' work*. Socorrendo-nos das formulações (aqui) indispensáveis de Gabel⁸⁶, poder-se-á dizer que o discurso dos *Cls* precisa desta categoria para desmascarar o processo de *interiorização* associado à estabilização societariamente *global* da «consciência jurídica» (*legal domination arises within the consciousness of every person as a sort of legitimating repression, much like what is called a «resistance» in psychoanalysis*⁸⁷), como precisa também dela para muito especialmente denunciar os discursos que protegem as práticas do direito e a sua «consciência profissional»⁸⁸ — os discursos (quase sempre inconfessadamente *metafísicos*) que, mais ou menos logradamente, ocultam a «contingência» deste direito e o seu carácter de artefacto político (*“the law” emerges within our alienated culture as a kind of quasi-religious belief-system which simultaneously compensates for our feelings of loss within these alienated groups and conceals these feelings from us*⁸⁹). Num plano

⁸⁶ É indispensável invocar aqui o estudo fundador de GABEL: o já cit. «Reification in Legal Reasoning», pp. 17 e ss. (25 e ss. da publicação original).

⁸⁷ *Ibidem*, p.18 (p. 26 da publicação original).

⁸⁸ Para compreender o papel do conceito de *consciência jurídica* (e da sua relação com a ideologia), distinguindo precisamente um plano de institucionalização global ou universal (*broad conception*) e um plano profissional (*narrow concept*), ver Alan HUNT, «The Theory of Critical Legal Studies», cit., pp.13-15 («Legal Ideology and Legal Consciousness»)

⁸⁹ GABEL, «Reification in Legal Reasoning», cit., p. 20 (p. 28 da publicação original).

mais rigoroso — nem por isso menos flexível (e neste sentido capaz de superar o «vínculo» *consciência/ classe dominante* justificado pelo seu contexto marxista ou neomarxista) —, podemos dizer que se trata afinal de reconhecer que comunicar *juridicamente* — em nome ou à luz da tradição do *constitucionalismo liberal* e da teia de poderes que a alimentam e perpetuam (não obstante as imagens de renovação e de fragmentação-repúdio com que estes poderes no-la apresentam) — envolve invariavelmente três *tempos* de especificação-projecção e outros tantos momentos analíticos⁹⁰: α) aquele desde logo que se ocupa com a construção arbitrária de um *abstractum* (que se extrai por impulsos de empobrecimento sucessivos de um meio-*milieu* concreto); β) aquele depois que se esforça por apresentar este *cosmos* abstracto como se de um núcleo concreto se tratasse (ao ponto de descobrir a *relevância* do meio concreto apenas *através das dimensões que compõem a cifra-abstractum...* quando não de confundir este meio com a abstracção que o empobrece); γ) aquele enfim que assume *como experiência partilhada* (intersubjectiva) a consciência da arbitrariedade (e no extremo também da falsidade) do processo de *identificação do concreto* na mesma medida em que procura e inventa — e especialmente manipula — meios capazes de mascarar uma tal consciência e de assim encobrir o fosso que separa a realidade comunicada (aparente) da realidade experimentada. Sem esquecer que a *misplaced concreteness* que emerge nesta (e desta) comunicação reificada há-de ser enfim capaz de exceder a «concepção da realidade» e a «representação ideológica» que (heurísticamente) a sustenta... para se converter na expressão por excelência de uma *comunhão alienada* (*a communion in which everyone is other to himself, knows it and can do nothing or almost nothing about it*⁹¹).

2.1.2.2. A segunda categoria de inteligibilidade é a da *contradição fundamental* e corresponde, como já sabemos, a um mundo de *nomes* e *possibilidades* analíticas esboçado por Duncan Kennedy nos seus (também indispensáveis) «Form and Substance in Private Law Adjudication» (1976) e «The Structure of Blackstone's Commentaries» (1979). Simplificando este mundo, concentrê-mo-lo em três degraus exemplares. 1)

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 18-19, 30-34 (26-28, 38-42 da publicação original).

⁹¹ *Ibidem*, p. 19 (p. 27 da publicação original).

Aquele (amplíssimo)⁹² em que o *artefacto* em causa exprime a tensão insuperável entre ipseidade e identidade, auto-determinação e alteridade, subjectividade e transsubjectividade, afirmação individual e integração colectiva (*the self and others*): numa palavra, a «consciência» — experimentada em toda e qualquer forma de *vida em comum* e nos problemas de insociável sociabilidade que lhe correspondem (*the very essence of every problem*) — de que as «relações com os outros são simultaneamente necessárias à liberdade e incompatíveis com esta» (*an aspect of our experience of every form of social life*)⁹³. 2) Aquele (mais restrito)⁹⁴ em que as práticas e os discursos jurídicos, na sua concepção tradicional (*those of law commonly defined*), se vêm iluminados por uma narrativa em dois tempos: a primeira a reproduzir uma dinâmica de confrontos permanentes — entre princípios e contra-princípios, entre prescrições legislativas contingentemente antinómicas, entre critérios jurisdicionais e dogmáticos oponentes (e muito especialmente entre as interpretações e os argumentos que os recriam ou que respondem às suas indeterminações) —, confrontos mais ou menos explicitamente agravados pelo *doing what comes naturally* de alguns binómios categorialmente estruturantes (*privado/ público, subjectivo/objectivo, facilitação/regulação...* mas também *rules /standards*); a segunda a corresponder a uma tentativa (sempre frustrada) de assimilar-domesticar estas contradições, mas também (sem soluções de continuidade) a um exercício (mais ou menos logrado) de esconder este fracasso e de assim mesmo (distorcendo sistematicamente a nossa experiência) negar (ou declarar superados) os conflitos e as incomensurabilidades que se perpetuam⁹⁵. 3) Aquele enfim⁹⁶ (a impor-se-nos como uma especificação determinante do anterior) em que tanto as práticas mistificadores quanto aquelas que assim as denunciam nos aparecem referidas (ainda que

⁹²KENNEDY, «The Structure of Blackstone's Commentaries» (*Buffalo Law Review*, 28, 1979, pp. 209 e ss.), in Boyle (ed.), *Critical Legal Studies*, cit., pp. 3-15.

⁹³ *Ibidem*, p.7 (p. 213 da publicação original).

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 8-13 (pp. 214-217 da publicação original).

⁹⁵ Para uma reconstituição exemplar ver POSTEMA, ob.cit., pp. 231-235 («Patchworks, Political Forces, and Fundamental Contradictions»).

⁹⁶ O ensaio fundamental de KENNEDY é agora o já cit. «Form and Substance in Private Law Adjudication», pp. 1713 e ss. («Altruism and Individualism»).

não linearmente reconduzidas⁹⁷) a dois modelos de interpretação-argumentação alternativos e às atitudes que os geram, entenda-se, a uma ética e a uma contra-ética, tão genuinamente incomensuráveis quanto susceptíveis de serem descobertas e exploradas sob as máscaras polarizadas do *individualismo* e do *altruismo*: a primeira a corresponder à perspectiva de um sujeito *de interesses*, convicto da «legitimidade» da «preferência pelo seu próprio interesse» e a exigir da dimensão normativa apenas a garantia de uma compossibilidade formal (*rules that make it possible to coexist with others similarly self-interested*)⁹⁸, a segunda a corresponder à experiência de um sujeito *de deveres*, convicto de que a «satisfação do *outro*» ou dos outros pode impor-se-nos como preferível⁹⁹, assim mesmo a pressupor-exigir uma articulação comunitariamente integrada de fins e de valores e a tradução normativa que assegure a prioridade dos últimos (*it follows that we can speak meaningful about values, perhaps even that this is the highest form of discourse*¹⁰⁰) — com a ética individualista a determinar uma preferência retórico-argumentativa por critérios-*rules* (ou pela compreensão *formalista* destes critérios)... e a contra-ética altruísta a afirmar a prioridade dos princípios ou pelo menos dos *standards* e outras fórmulas abertas (e a alimentar assim um *não formalismo*)¹⁰¹.

Basta-nos esta acentuação tripartida — concentrada nos núcleos dinâmicos da categoria em causa — para compreender que a renúncia de Kennedy (*I renounce the fundamental contradiction (...) [,] I recant it, and I also recant the whole idea of individualism and altruism, and the idea of legal consciousness*¹⁰²), explorada embora com grande ruído, tem afinal menos significado do que parece. Esta renúncia não corresponde, com efeito, a uma rejeição dos argumentos invocados (e dos caminhos que estes abrem), corresponde antes a uma rejeição do papel binominal estruturante destes argumentos e, muito especialmente, a uma denúncia da simplificação «reificadora» a que

⁹⁷ O quadro institucional do *Welfare state* é um dos factores que perturba decisivamente esta linearidade: assim em *Form and Substance in Private Law Adjudication*», cit., pp. 1776 e ss. («Conclusions»)

⁹⁸ *Ibidem*, p. 1713.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 1717.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 1772.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 1776.

¹⁰² GABEL & KENNEDY, «Roll Over Beethoven», *Stanford Law Review*, vol. 36, 1, January 1984, pp. 1-55 (o passo citado aparece na p.19).

uma assimilação incorrecta (ou uma mobilização liniarmente acrítica, quando não abusiva) deste papel poderá dar origem...

Rejeição-denúncia que no entanto nos interessa também... porque põe termo à tentativa de conciliação (sobreposição) teórica presente no desenho dos referidos degraus (presente pelo menos nos dois últimos). Não podemos, com efeito, esquecer que o desenho destes recorre explicitamente à metanarrativa da dialéctica materialista (ao exemplo discursivo dos contrapontos *ideologia/ contra-ideologia, hegemonia/ contra-hegemonia*¹⁰³), ou pelo menos, ao esforço de «providenciar» uma «conexão» entre recursos críticos heterogéneos («between the more Marxian elements (...) and elements of interpretive or phenomenological sociology»¹⁰⁴). Admitida esta identidade reflexivamente híbrida, o reconhecimento de que a categoria da *fundamental contradiction* perdeu a sua utilidade (e se converteu num *lifeless slogan*) passa directamente a corresponder a uma purificação do campo temático da *ultra-theory*... mas também a um triunfo da *microfísica* e da filosofia prática que a explora... se não a um peso crescente de *modernist/postmodernist aims*...

2.1.2.3. Falta apenas uma alusão à última e mais consensualmente partilhada das categorias de inteligibilidade (comum a *super-* e *ultra-theorists*, unindo ainda as diferentes gerações de *scholars*): a de *hierarquia* (ou a de *hierarquia entrincheirada*, entenda-se, *estabilizada, protegida*, se não mesmo *reificada* e apresentada como «natural» ou «insuperável»)... e esta enquanto se distingue inequivocamente da *classe* e da estrutura que a sustenta (*this means renouncing the characteristic theoretical claims both of orthodox marxism and of left liberal critics of hierarchy, since neither the organized working class nor the state has a privileged position in the totality*¹⁰⁵). Poder-se-á dizer que a origem é ainda a *teoria crítico-dialéctica* (heterodoxamente reinventada através da categoria da alienação e da atenção à reprodução das diferenças de género e de

¹⁰³ FRANKENBERG vai mesmo ao ponto de nos falar da «Marxnähe *fundamental contradiction*...» para identificar uma primeira etapa dos *Cls* («Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies, etc», cit., p.99)

¹⁰⁴ HUNT, «The Theory of Critical Legal Studies», cit, p. 22.

¹⁰⁵ KENNEDY, «The Politics of Hierarchy», in Boyle (ed.), *ob. cit.*, p. 435 (p. 86 da publicação original).

raça, para além das diferenças de classe)¹⁰⁶; o desenvolvimento, esse cumpre-se porém, como já sabemos, como uma assimilação-domesticação especialmente lograda de uma concepção microscopicamente imanente das relações de poder (e dos *saberes locais* que interferem nestas ou na sua analítica). Para perceber que assim é basta-nos acentuar os termos constitutivamente relacionais que distinguem o recurso categorial *hierarquia* e (ou) a identificação de desigualdades ou clivagens que este autoriza (*it's a relational concept*¹⁰⁷). É este carácter relacional *por um lado*, que, rejeitando a pressuposição de uma estrutura dicotómica ou piramidal — como rejeita afinal o contraponto entre dimensões-partes *materiais* e *super-estruturais* (*there are no primary or fundamental parts of this structure, no part that is material as opposed to superestrutural*) —, convoca decisivamente o desenho de um diamante (*with more people in the middle than at the top or the bottom*) e a interdependência polimórfica (e a capacidade reflectora) das suas células (*corporate cells*)— habitadas por pessoas de diferentes estratos e com distintas tarefas, nem por isso menos geradoras de fortes experiências de identidade (*to some extent people identify with their corporate cell rather than with some class position*)¹⁰⁸. É ainda sobretudo este carácter relacional que, *por outro lado*, nos remete para a dimensão *microscópica* e através desta para a necessidade de «trazer para o tribunal a metodologia de Foucault»¹⁰⁹: trata-se, na verdade, de confirmar que os processos de reconhecimento das hierarquias e do grau da sua institucionalização (do seu *entrincheiramento*), bem como das possibilidades da sua *inversão-correcção*, são por assim dizer incompatíveis com uma pré-determinação estereotipada *em abstracto* (como aquela, ao fim e ao cabo, que o conceito de *classe dominante* favorece), exigindo antes (e em contrapartida) sempre uma objectivação-problematização *em concreto* — uma determinação à luz (ou em função) de certos *efeitos empíricos*, que tanto a construção hipotética do problema quanto a previsão das alternativas de decisão (que o eliminam como tal) permitem reconhecer.

Que efeitos empíricos? Aqueles em que o «uso ou a ameaça da força» e a «cooptação ideológica» correlativa se nos expõem numa trama manifesta de poderes e de

¹⁰⁶ Ver muito especialmente Peter GABEL e Paul HARRIS, «Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law» (*Review of Law and Social Change*, 11, 1982-83, p. 369-411), in Boyle (ed.), *Critical Legal Studies*, cit., pp. 363 e ss.

¹⁰⁷ KENNEDY, «The Politics of Hierarchy», cit., p. 431 (p. 82 da publicação original).

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 434 (p.85 da publicação original).

¹⁰⁹ KENNEDY, *Sexy Dressing, Etc. – Essays on the Power and Politics of Cultural Identity*, Harvard, Harvard University Press, 1993, pp.121-122.

resistências multidireccionais, na mesma medida em que produzem ou estabilizam «clivagens», «desequilíbrios», «processos de discriminação», «desigualdades», «diferenças». Será de resto o reconhecimento e a determinação destes efeitos — com ou sem o apoio o apoio normativo de uma *linguagem de direitos* (e sem prejuízo decerto do controle *intersubjectivo*, se não mesmo conversacional, que há-de presidir à sua selecção ou ao juízo de relevância correspondente) — que ao fim e ao cabo se espera do jurista em geral e do juiz em particular, como será de resto o programa ético-político de denúncia, inversão e desestabilização das hierarquias *ilegítimas* ou *intoleráveis* (ou pelo menos de atenuação-preversão do seu desentrincheiramento) aquele que identifica e legitima o contributo transformador (com maior ou menor protagonismo embora) do juiz progressista...

2.2. É tempo de aludir à segunda etapa, uma etapa que domina os últimos cinco anos da década de 80 e os primeiros anos da década seguinte e que é marcada pela emergência da (chamada) segunda geração de *scholars* (a de Clare Dalton, Gerald Frug e Jack Balkin) e pelos confrontos mais ou menos explícitos que esta passa a travar com a primeira geração — enquanto transforma o património de recursos críticos nesta adquiridos. Uma etapa também que, no limite, se caracteriza pelo reconhecimento de um caminho possível de assimilação-integração *bilateralmente* conduzido, capaz de reconciliar *Crits* de primeira e segunda geração e de superar o perigo de esoterismo apolítico (de maximalismo pós-moderno e de conservadorismo prático) inoculado pela segunda — um caminho assim mesmo saudado-«programado» por Duncan Kennedy como um efectivo *overlapping* de linhas *progressistas* e *pós-modernas*¹¹⁰.

Já sabemos que se trata de abrir a perspectiva da experimentação crítica à dinâmica da *guerra dos géneros* e às possibilidades da *Desconstrução* (com o alcance que evocámos *supra*¹¹¹): privilegiando o exemplo maior de Balkin, duas palavras nos bastam agora para perceber em que termos é que esta *filosofia*, se não *antifilosofia*, com a sua inconfundível *viragem para a linguagem* — tão inseparável de um autêntico diagnóstico de *heterogeneidade* quanto de uma ética e de uma política da *singularidade* radical (mas nem por isso menos capaz de filtrar-convertir as heranças de Lyotard e de Derrida... ou

¹¹⁰ *Supra*, nota 39. O próprio «Roll over Beethoven» é apresentado por Minda como um exemplo logrado dessa assimilação: MINDA, *ob. cit.*, p. 122.

¹¹¹ Ver *supra*, 1.1.

de as preservar com infidelidades deliberadas!) — se projecta no património de recursos adquirido pelos *pais fundadores* dos *Cls* e na intenção (se não atitude) que os mobiliza. São duas as notas indispensáveis, todas elas relativas a processos de especificação relevantes — capazes de reduzir a abertura (ou de corrigir a equivocidade) que, sob o fogo da atitude *oposicionista*, moldam (ou tinham moldado) a afirmação inicial daqueles recursos-meios.

2.2.1. A primeira das especificações a ter em conta é aquela que se refere ao núcleo relacional *indeterminação / desconstrução*. Todo o percurso crítico anterior construíra este núcleo contentando-se com uma radicalização indrisciminada da herança realista...

Em que termos? 1) Acentuando primeiro um postulado de *cepticismo* relativo às regras e aos métodos ditos jurídicos, entenda-se, diagnosticando a *indeterminação* (tendencialmente) *global*¹¹² dos materiais jurídicos vinculantes (*constitution, statutory law, binding precedents*) e a incapacidade dos métodos da *legal reasoning* (e da perspectiva *interna* que estes reivindicam) vencerem enquanto tais esta *indeterminação* (*legal materials and methods are insufficient to yield a unique and conclusive solution to the issue*¹¹³). 2) Mostrando depois que uma tal indeterminabilidade retira «legitimidade» (na perspectiva da *rule of law*) às decisões judiciais (*the decision is not based on, or determined by, legal reasoning*¹¹⁴). 3) Admitindo ainda que esta mesma denúncia de uma indeterminação interna possa conviver aproblematicamente com o legado de Holmes (e da sua *prediction theory*), entenda-se, com um diagnóstico de previsibilidade-

¹¹² A maior ou menor extensão atribuída à indeterminação (coincidindo aproblematicamente quer com o *número* dos casos difíceis quer com a identificação dos territórios ou ramos do direito especialmente favoráveis à multiplicação destes) poderá quando muito determinar diagnósticos críticos mais radicais ou mais moderados — os primeiros a reconhecerem o peso esmagador daqueles casos e destes territórios, se não mesmo a inexistência de casos fáceis, os segundos a distinguirem entre domínios mais ou menos infectados por tal multiplicação. É precisamente para acentuar esta diferença de grau que, na sua análise da *indeterminacy critique* proposta pelos *Cls*, Postema mobiliza a distinção entre *indeterminação ilimitada ou global* («if the indeterminacy infects all or nearly all the law») e *indeterminação limitada ou local* («if only some portion or domain of law is characterized by indeterminacy»): ver neste sentido POSTEMA, «Critical Jurisprudence», cit., pp. 226-240.

¹¹³ *Ibidem*, p. 226.

¹¹⁴ KAYRIS, apud POSTEMA, *ibidem*, p. 224.

explicabilidade¹¹⁵ das decisões judiciais integralmente baseado em factores *externos* (*maxime*, ideológicos). 4) Reconhecendo enfim que toda a reflexão criticamente alternativa deva passar por uma atitude desconstrutiva (*trashing*¹¹⁶), atitude esta sempre dependente de uma opção ideológica ou da *moralidade política* que a sustenta (mesmo quando estas se nos expõem sob as máscaras auto-reflectidas de possíveis “teorias” da decisão).

A assimilação deliberada dos recursos oferecidos pela analítica dos *regimes de frases* (e *géneros de discurso*) e, muito especialmente, pelo desconstrutivismo «pós-estruturalista» (la *Déconstruction, the Deconstruction with a capital “D”*¹¹⁷), vai traduzir-se numa especificação-correcção explícita deste horizonte — entenda-se, numa possibilidade de o reproduzir com outros meios ou com uma auto-reflexão (se não «interpretação da interpretação») significativamente mais rigorosa.

Não se trata, com efeito, apenas de acrescentar um novo (e decisivo) argumento de rejeição da *contradição fundamental* — mostrando, com toda a clareza, que tal categoria se alimenta de binómios *desconstruíveis* («Deconstructionists argue that all hierarchies in legal thought, even those proclaiming the existence of fundamental contradiction, can be undermined and reversed by a deconstructive reading»¹¹⁸) —, trata-se também de permitir que o apelo a uma desconstrução-*trashing*, com o seu *pathos* de *anything goes* (aberto a um espectro ilimitado de possibilidades e incapaz enquanto tal de as seleccionar ou controlar), seja substituído ou superado por um modo específico (inconfundível) de leitura e de escrita de textos¹¹⁹, modo este directamente alimentado (se

¹¹⁵ Para uma exploração exemplar deste contraponto entre *indeterminacy* e *predictability* (entre incerteza e certeza, assumidas precisamente em planos e com perspectivas distintas), ver ainda POSTEMA, *ob. cit.*, pp. 225-226. Ver também o meu *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade* sistema jurídico, cit, nº 3.1. [«A pragmática da *indeterminação* e as propostas de substituição (*subdeterminação, incerteza e indecidibilidade*)»].

¹¹⁶ Para um esclarecimento do significado de *trashing* (*deconstruction in a irreverent mood*), ver Christine A. D. HUSSON, «Expanding the Legal Vocabulary: The challenge Posed by the deconstruction and defense of Law», *The Yale Law Journal*, vol. 95, 1986, p. 970, nota 8.

¹¹⁷ DERRIDA, «Lettre à un ami japonais» (já assim incluída em *Psyché: Invention de l'autre*, Paris, 1987), cit. na tradução inglesa «Letter to a Japanese Friend», in Wood /Bernasconi (ed.), *Derrida and Difference*, Warwick, 1985, pp. 1 e ss.

¹¹⁸ MINDA, *ob. cit.*, p.117.

¹¹⁹ «Many persons who use the word “deconstruction” regard it as no more than another expression for “trashing” that is, showing why legal doctrines are self-contradictory, ideologically biased, or

não constitutivamente orientado) por um elenco, relativamente restrito, de «argumentos» ou de «estratégias retóricas» (*a series of repeatable rhetorical devices or tropes*¹²⁰)...

Que argumentos ou que oportunidades argumentativas? Aqueles que nos ensinam a reconhecer todas as hierarquias conceituais juridicamente relevantes (também aquelas, decisivas, que opõem *subjectividade* e *objectividade*, *interior* e *exterior*, *ordinário* e *excepcional*, *normal* e *anormal*, *literal* e *não literal*, *suum* e *commune*, *direito* e *justiça*) — ou que nos ajudam a problematizar a ordem ou o movimento da *suplementaridade* que as alimenta¹²¹ —, exigindo sempre que tais hierarquias sejam convertidas e expostas (e sobretudo experimentadas *em concreto*) como autênticas *oposições em ninho* (*nested oppositions*), entenda-se, como núcleos de oposição categorial cujos termos se nos apresentam por assim dizer contidos um no outro, num tecido inextricável de relações de dependência e de diferenciação mútuas que só os distintos contextos pragmáticos poderão esclarecer (*every conceptual opposition can be reinterpreted as some form of nested opposition / a nested opposition is a conceptual opposition where the opposed terms «contain each other» /to deconstruct a conceptual opposition is to show that the conceptual opposition is a nested opposition*)¹²².

Trata-se ainda e por fim de exigir que todas as práticas-discursos a ter em conta (tanto as que se identificam com o pensamento jurídico tradicional quanto as que procuram uma alternativa crítica) se nos exponham coerentemente submetidas a uma mesma condição de possibilidade (e à experiência da linguagem que a traduz) — condição que se traduz menos logradamente pelas categorias da *indeterminação* ou da *incerteza* (e pela pluralidade dos sentidos e modalidades que assim se abrem) do que pela da *indecidibilidade* ou por esta enquanto dimensão pragmaticamente constitutiva de toda e

indeterminate. By the term “deconstruction”, however, I do not have in mind merely stinging criticism, but specific techniques and philosophical ideas that Derrida and his followers have applied to various texts...» (BALKIN, «Deconstructive Practice and Legal Theory», *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, pp. 743-744)

¹²⁰ BALKIN, «Deconstruction’s Legal Career», *Cardozo Law Review*, vol.27, 2005, p. 722.

¹²¹ Recorde-se, pelo seu uso exemplar da categoria *suplemento*, o estudo fundador de Gerald FRUG, «The Ideology of Bureaucracy in American Law», *Harvard Law Review*, vol 97, nº 6, 1984, pp. 1276-1388 (muito justamente privilegiado pelo comentário de MINDA, *ob.cit.*, pp.118-120).

¹²² BALKIN, «Nested Oppositions», *Yale Law Journal*, vol. 99, 1990, pp. 1669 e ss., 1683-1687 («Nested Oppositions in Legal Doctrine»), *Cultural Software. A Theory of Ideology*, Yale, Yale University Press, 1998, pp. 221-222 («Mediation, Subcategorization and Nesting»), 226 e ss. («The Economy of Oppositional Logic»), 230 e ss. («Nested Privileging»), 234–235 («Categories As Nested Oppositions»), 235 e ss. («Suppression and Projecting»).

qualquer decisão responsável (*there can be no moral or political responsibility without this trial and this passage by way of the undecidable*¹²³): importando acrescentar que esta indecidibilidade se nos oferece por sua vez menos como uma hesitação-oscilação entre sentidos virtualmente possíveis (que de alguma forma pudessemos antecipar em abstracto) do que como uma promessa de determinação contextual desses mesmos sentidos — se não mesmo como uma discriminação de possibilidades de «realização» *pragmático-ideologicamente determinadas* (rigorosamente determinadas, porque assumidas na perspectiva-enquadramento de uma situação singular).

Ora é a concertação exemplar destas exigências que nos autoriza a distinguir a proposta de Balkin, como é também esta que nos permite perceber uma primeira e fundamental infidelidade do seu discurso à concepção filosófico-existencial de Derrida. Trata-se, como já sabemos, de defender uma compreensão (ou pelo menos um «tratamento») «instrumental» da *desconstrução* — por uma vez assumida como «método»¹²⁴. *Como método*, entenda-se, como um processo retórico susceptível de (enquanto meio-instrumento) ser convocado para fins ideologicamente diversos, se não opostos, cujos argumentos (enquanto elementos decisivos de uma prática, comunitariamente reconhecida) possam e devem eles próprios ser desconstruídos. Só que *como método* também e ainda enquanto identifica uma atitude interpretativa: atitude que importará relacionar dialecticamente com o pólo-*alternativa* da reconstrução racional e com as exigências dos discursos jurídicos de que este nos dá testemunho (*rational reconstruction and rational deconstruction (...) [as] (...) interpretive attitudes we have*

¹²³ DERRIDA, «Afterword: Toward an Ethic of Discussion», *Limited Inc*, cit., p. 116.

¹²⁴ Um contributo que se nos impõe na «série» (já atrás parcialmente citada) constituída por «Deconstructive Practice and Legal Theory», *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, pp. 743 e ss., «The Domestication of Law and Literature», *Law and Social Inquiry*, 1989, vol. 14, pp. 787 e ss., «Tradition, Betrayal and the Politics of Deconstruction», *Cardozo Law Review*, vol. 11, 1990, pp. 1623 e ss., «Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice», *Michigan Law Review*, vol. 92, 1994, pp. 1131 e ss., «Being Just With Deconstruction», *Social and Legal Studies*, vol. 3, 1994, pp. 393 e ss., «Deconstruction», in D. Patterson (ed.), *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, London, 1996, «Deconstruction's Legal Career», *Cardozo Law Review*, vol.27, 2005, pp. 719-740 [o primeiro e os cinco últimos disponíveis na *Jack Balkin Home Page*, <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/>].

about the legal system ¹²⁵)¹²⁶, antes de a mobilizar *normativamente*, agora como parte integrante de uma «teoria crítica do direito e da sociedade»... e de assim abrir as portas para considerar uma autêntica «desconstrução transcendental».

2.2.2. É o reconhecimento deste caminho, aberto pela conexão *indecidibilidade/responsabilidade* e pela exigência de combinar a *indecidibilidade* com uma dimensão regulativa (se não mesmo pela necessidade de escapar ao «abismo» do niilismo normativo), que nos leva a uma segunda vertente de «correção» do património crítico, mais uma vez exemplarmente cultivada por Balkin (*deconstructive practice can escape the abyss of normative nihilism if it becomes transcendental deconstruction; so conceived, it can assist us in the pursuit of the just*¹²⁷). As categorias enriquecidas e transformadas são agora claramente a de *moralidade política* e a de *hierarquia entrincheirada* — e com infidelidades que se manifestam, não menos claramente, nas duas frentes (*contra* o mainstream oposicionista da primeira geração... e *contra* uma projecção meramente assimiladora da *pragmatologia* de Derrida): trata-se, com efeito, de *por um lado* apostar numa compreensão da *comunidade-promessa* comprometida com a celebração da singularidade e da diferença, capaz de combater a exclusividade e unilateralidade do projecto da *societas* moderno-iluminista) e de *por outro lado* conferir à inversão-atenuação das hierarquias um sentido *eticamente* explícito (justificado pela atenção privilegiada ao sofrimento do Outro); como se trata ainda de reconhecer que a resposta comum para estas duas exigências se encontra nas possibilidades de um certo *discurso humanista*. Ora um discurso que, explorando caminhos possíveis abertos pelo movimento *direito e literatura* — se não pela superação produtiva deste, iluminada pela analogia com a realização-*performance* (Balkin/

¹²⁵ Ver BALKIN, «Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence», *Yale Law Journal*, vol. 103, 1993, 105 e ss.

¹²⁶ «(...) I believe that a transformation of deconstruction becomes inevitable when deconstructionists begin to confront real questions of justice and injustice. If deconstruction can have salutary effects for the study of legal theory, there are equally salutary effects that law can have for deconstruction...» («Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice», cit. na paginação do *pdf* disponível na *Jack Balkin Home Page*, p. 1136)

¹²⁷ «Being Just With Deconstruction», *Jack Balkin Home Page*, cit. (extraído em 18-07-2001), p. web 9.

Levinson)¹²⁸ —, culmina (ou pelo menos encontra o seu sentido e a sua orientação) numa reinvenção *sui generis* da ética da alteridade. Para que o contexto-correlato da procura da *relação singular* (na unicidade e incomparabilidade do seu *dizer*) se descubra enfim na *perspectiva* (determinante) de um *Eu de responsabilidade*...

O que, no que diz respeito ao contributo específico de Balkin, significa partir explicitamente de uma interpelação da validade comunitária e da *autotranscendentalidade* que a distingue... — entenda-se, de uma representação (*retoricamente* desconstrutiva) do «fosso» ou da solução de continuidade «normativamente» relevante (*as a normative chasm or gap*) que separa (que distingue) «valores humanos» (*as transcendent values in an inchoate sense*) e «convenções culturais» (*as immanent cultural articulations*)¹²⁹...

Trata-se, com efeito, de reconhecer que o «argumento» que defende a «existência de valores *transcendentes*» (e destes enquanto «exigências» ou «aspirações indeterminadas») se nos impõe como uma «condição-pressuposto *transcendental*» (*a necessary transcendental precondition*) da possibilidade (prática) da compreensão *moral* e *política* e da retórica discursiva que a tematiza (ou que justifica o seu *continuum*) — mas então também da *análise ideológica* em que esta tematização culmina (*the analysis of ideology as a special case of the dialogic encounter*)¹³⁰...

Ora esta experiência só se torna possível (na sua concertação com o experimentalismo crítico) se se introduzir uma segunda frente (explícita) de correcção-domesticação do legado de Derrida. O que para Balkin significa recusar o apelo de uma responsabilidade infinita ou a possibilidade de o testemunhar (*as an infinite duty toward the Other*), para assumir a pressuposição constitutivamente transcendental de uma

¹²⁸ Ver a reconstituição crítica que propus em «O *logos* da juridicidade sob o fogo cruzado do *êthos* e do *pathos*. Da convergência com a literatura (*law as literature, literature as law*) à analogia com uma *poiesis-techné* de realização (*law as performance*)», *Boletim da Faculdade de Direito LXXX*, Coimbra, 2004, pp. 84-135 e em «Recht als dramatische und musikalische Aufführung: eine fruchtbare Analogie?», in Schweighofer/ Liebwald / Drachsler, Geist (Hrsg.), *E-Staat und e-Wirtschaft aus rechtlicher Sicht. Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik*, Tagungsband des 9. Internationalen Rechtsinformatik Symposions Iris Wien 2006, Stuttgart/ München, Richard Boorberg Verlag, 2006, pp. 468-475.

¹²⁹ É este problema que ilumina «Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice», cit., [ver muito especialmente a Introdução e o cap. V («Deconstruction as a Normative Chasm»), pp. 1-15, 56-66], antes de justificar um dos capítulos centrais de *Cultural Software*, cit., pp. 142 e ss. («Transcendence»).

¹³⁰ *Cultural Software*..., cit., pp. 144 e ss.

*exigência indeterminada de justiça (as an indefinite, but not infinite, demand for justice)*¹³¹ e, com esta, o caminho privilegiado de uma *political morality* (se não do *continuum* prático-comunitário que a traduz). Uma *political morality* que possa combater a hipertrofia da *Zweckrationalität* — mas também o isolamento *individualista* das direitos e dos arbítrios (dos direitos *sem deveres* e dos arbítrios *sem liberdade*)¹³² — enquanto e na medida em que assume a representação condutora de uma *responsabilidade indeterminada*¹³³ (*as an indefinite duty towards the Other (...), which is neither infinite nor nonexistent, but dependent on facts and circumstances that are never fully clear, and whose precise contours cannot fully be determined in advance*¹³⁴). Promessa enfim que se especifica numa compreensão da controvérsia juridicamente relevante (*in a situation where each part is an Other to the other, and each is an Other to the judge who must decide the case*); mas então também (*et pour cause!*) numa compreensão da controvérsia em que as categorias de inteligibilidade (se não *tools of understanding*) são afinal as dos papéis reversíveis (de *agressor* ou de *vítima*, de *opressor* ou de *oprimido*) que as partes ocupam na «hierarquia» (naquela «hierarquia» que só pode ser reconstituída *em concreto*)¹³⁵.

O que é ainda e no limite justificar a relação *direito/justiça* como uma das nossas já conhecidas «oposições em ninho»! *Lawyers are merchants of faith: they trade on faith, they trade in faith. Without law, they tell us, there can be no justice; with law, justice is at least possible. Law offers us the promise of justice without ever making good on that promise in full*¹³⁶.

¹³¹ «Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice», cit., pp. 23-29 [II, A. («The Infinite and the Indefinite»)], *Cultural Software*, cit., toda a parte II, pp. 99 e ss. («Ideology»).

¹³² Cfr. neste sentido a reconstituição das *individualist and communalist directions or orientations* proposta por BALKIN em «The Crystalline Structure of Legal Thought», *Rutgers Law Review*, vol. 39 n°1, 1986, 13 e ss. («Individualism and Communalism»).

¹³³ Para BALKIN trata-se, com efeito, de estabelecer um confronto decisivo com «o *niilismo normativo*» de Derrida e com a concepção de *responsabilidade infinita* que o sustenta. Ver muito especialmente «Transcendental Deconstruction...», cit., pp. 33-50 [parte II (III, «Speaking in the Language of the Other»)].

¹³⁴ *Ibidem*, p. 47.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 47-48. Ver ainda *Cultural Software*, cit., pp. 216 e ss. («Homologies and Associations»).

¹³⁶ BALKIN, «Idolatry and Faith: The Jurisprudence of Sanford Levinson», *Tulsa Law Review*, vol. 38, 2003, pp. 553 e ss. — texto escrito para um volume de homenagem a Levinson, cit. na paginação

2.3. A terceira etapa, explodindo na década de 90¹³⁷ e prolongando-se até ao presente, introduz um novo e difícil desafio. Trata-se, numa palavra, de interpelar a perspectiva-*sujeito* responsável pelo património crítico das duas gerações anteriores (e o *mainstream* que a reconciliação destas nos permite reconhecer), para discutir (problematizar) directamente o *universalismo* que a sustenta — entenda-se, para denunciar os paradoxos de um oposicionismo militante e de uma celebração da singularidade que, a despeito das suas promessas (reforçadas pela ética desconstrutivista), perpetuam a representação acrítica de um *sujeito jurídico autónomo*, na mesma medida em que permanecem indiferentes à incomensurabilidade gerada pelas identidades (de género, raça ou opção sexual) e pela construção social destas ou pelas narrativas que as estabilizam.

O desenvolvimento deste debate entre *particularismo* e *universalismo* — entre perspectivas críticas que se exprimem insuperavelmente como vozes heterogéneas (inseparáveis de outras tantas «consciências» incomunicáveis) e uma perspectiva crítica que assume explicitamente uma vocação global (independente daquelas identidades e das suas narrativas) —, longe de favorecer uma assimilação recíproca¹³⁸, consuma-se implacavelmente numa multiplicação de movimentos — movimentos como as *Feminist Jurisprudence(s)*, a *Critical Race Theory*, os *Lesbian, Gay and Transgender Legal Studies* (mas também a *Internal Network for Labor Law*, a *Postcolonial Law Theory*, as *Third World Approaches of International Legal Studies*), os quais, construindo uma trama complexa de *outsider jurisprudences* («speaking in the name of (...) excluded and marginalized groups»), acabam por romper com o tronco principal (aquele onde continuam a militar Unger, Kennedy e Balkin)... e por se mostrar tão «críticos» dos contributos do *Cls* (tão críticos do machismo, do racismo, da homofobia e do etnocentrismo que neles se reproduz) quanto dos do pensamento jurídico tradicional (e do próprio «direito vigente»)¹³⁹. Não vamos explorar este debate e as complexas

proposta na Jack Balkin Home Page, cit., <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/idolatryandfaith1.pdf> (extraído em 15-04-2004), pp. 101 e ss. [o fragmento citado aparece na pág. 124].

¹³⁷ Com diversas antecipações precursoras embora.

¹³⁸ Esta assimilação tem sido de resto apenas tentada pelo tronco dito *universalista* (em particular pela incorporação de elementos das *FemCrits* exemplarmente ensaiada por Kennedy e Balkin).

¹³⁹ As formulações são de POSTEMA, *ob cit.*, p. 213.

ramificações a que deu (e continua a dar) origem¹⁴⁰. Não podemos esquecer, com efeito, que cada um dos novos movimentos reivindica um percurso próprio... e que este está por sua vez longe de corresponder a um discurso unívoco (impondo antes divisões e sobreposições relativamente complexas)¹⁴¹. Concentremo-nos por agora no tronco principal, reconhecendo que a vigorosa sobrevivência deste tronco, nesta terceira etapa (sob o fogo explícito das diversas *secessões* e como uma reacção possível à pulverização que estas impõem), tem passado menos por uma reprodução-repetição acrítica das posições anteriores do que por um crescendo de auto-reflexão — bastará invocar os exemplos maiores de *What Should Legal Analysis Become?* (1996), *A Critique of Adjudication* (1998) e *Cultural Software* (1998)! —... e com um preço evidente (inconfessado embora), que é o da perda da sua radicalidade (se não mesmo da sua pulsão oposicionista). Perda de radicalidade que não só se manifesta num tratamento polifacetado da ideologia (com dimensões que, sem romperem com o *continuum* prático de base, apontam explicitamente para a pressuposição de uma validade comunitariamente integrante), como também implica, no plano específico da teoria da *adjudication* (sem que se renuncie embora à marca de água de um juiz *as ideologist*), algumas aproximações perturbadoras com o *interpretativism* de Dworkin (e com a concepção do *político* associada à exigência de integridade e à comunidade dos princípios). Reconhecimento que não nos permite decerto concluir que a «dinâmica crítica» dos *Cls* se «extinguiu em larga medida no início do século»¹⁴² — ou que se transferiu por inteiro para as *outsiders jurisprudences* (condenando à morte o tronco principal)¹⁴³ —, mas que nos autoriza já a insistir num progressivo afastamento dos pressupostos e das categorias de inteligibilidade do *funcionalismo material*. E então e assim na possibilidade de falarmos de um *movimento de fronteira*¹⁴⁴...

¹⁴⁰ Ver as introduções propostas por MINDA, *ob cit.*, pp.128-148, 167-185.

¹⁴¹ Exploro mais detidamente este universo em «The Pluralism of *Identities* as a Challenge to Law's and Legal Theory's Claim to *Comparability*» (a publicar em breve).

¹⁴² Assim POSTEMA, *ob cit.*, p. 258.

¹⁴³ «Die *Cls* sind tot? Es leben: *FemCrits*, *RaceCrits*, *LatCrits*...» (FRANKENBERG, «Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies, etc», *cit.*, p.101).

¹⁴⁴ Ver Juan Pérez LLEDÓ, «“Critical Legal Studies” y el comunitarismo», *Doxa*, 17-18, 1995, pp.137 e ss.

3. A atenção a este mundo complexo e à diversidade e riqueza dos seus contributos — distribuídos pelo processo evolutivo, se não *work in progress*, a que acabámos de aludir — não exclui no entanto a possibilidade de um juízo global. Trata-se muito claramente de concluir o seguinte: que não há nenhum momento deste percurso (nem mesmo aquele que corresponde à difícil terceira etapa e ao esforço de «moderação» e de subtilidade reflexiva que a distingue) em que as concepções do direito *as politics* e do juiz *as ideologist* oferecidas pelos *Crits* (tanto na sua pragmática de denúncia quanto na sua pragmática reconstrutiva) consigam ultrapassar os limites de uma «teoria» *assimiladora*. É certo que os pensamentos mobilizados (os pensamentos *a assimilar* ou *a aplicar*) — combinando e sobrepondo (mas também impondo tensões dialécticas ousadas) entre patrimónios reflexivos heterogéneos (conjugando informações da sociologia interpretativa e da psicanálise, opções neomarxistas e cratológicas, modelos da semiótica estrutural e da fenomenologia, filosofias pragmáticas e desconstrutivistas, discursos retóricos-estratégicos e éticas da singularidade e alteridade) — nos aparecem com uma diversidade sem precedentes. Tal diversidade não impede no entanto (antes potencia) um problema recorrente (que o *crits' work* não enfrenta nem supera, porque não o reconhece enquanto tal). Que problema? Não decerto o de encontrar-inventar para a *prática* e para o *mundo prático* (e para o pensamento de imanência reflexiva que os assume) uma *perspectiva crítica unitária*, vencendo assim a ameaça de ecletismo e o risco de uma assimilação superficial¹⁴⁵ — problema que, ao longo das três etapas que percorremos, foi encontrando respostas mais ou menos eloquentes e reflectidas —, mas antes um outro, que decorre da projecção por assim dizer *unilateral* de tal perspectiva (ou acervo de perspectivas) na prática e no mundo prático do direito — o problema de uma dialéctica de *desconstrução/reconstrução* (não certamente por acaso com um peso muito maior na desconstrução *lato sensu* do que de reconstrução!) que se nos dirige como se tivesse necessariamente que abstrair de uma perspectiva jurídica (ou como se importasse desmistificar a possibilidade de autonomizar ou distinguir esta perspectiva nas suas intenções materiais)¹⁴⁶. O problema da *ausência do direito* ou da impossibilidade de

¹⁴⁵ Problemas que a reconstituição de Alan HUNT explicitamente considera: ver «The Theory of Critical Legal Studies», cit., pp. 23-24 (e nota 69).

¹⁴⁶ Como se se tratasse de invocar o *prius* de uma compreensão global da praxis (ou do seu êthos) e de exigir que esta sustente (unilateralmente) também uma recompreensão das práticas e discursos juridicamente relevantes.

descobrir neste um interlocutor autónomo (que é também a de associar á juridicidade uma genuína perspectiva interna)? Importa acentuá-lo. Sem esquecer que tal impossibilidade se nos impõe tanto com a convocação acrítica do legado dos *radical realists* quanto com a absorção (neste plano não menos passiva) da *Desconstrução* — combinadas estas com a auto-inteligibilidade (metódico-epistemológica) das informações empírico-explicativas e com a experiência-lição de contingência determinada pelas escolhas ideológicas e pelos seus *artefacta*. O que nos permite acrescentar que o problema desta ausência resulta afinal, sem surpresa, de uma redução da pretensão de autonomia juridicamente relevante à sua tradução *formalista* (da confusão dessa autonomia com o isolamento normativístico)... e da conseqüente pressuposição-tratamento do jurídico como um mero estabilizador-instrumento (compossível com toda e qualquer decidida institucionalização social)¹⁴⁷. Mas sem esquecer também e ainda que o *crits' work* se distingue aqui e agora

¹⁴⁷ Significa isto que a desconstrução (lato sensu) se ocupa com um certo direito-lei (materialmente contingente) e com uma certa concepção da normatividade (iluminada pela universalidade da *normatio*)... ou com o ciclo de concepções (macroscópicas) da legalidade que estes inauguram — se quisermos também com um certo *paradigma da aplicação* (e com o isolamento *formalista* de um certo pensamento jurídico) —... como se ao fim e ao cabo estivesse a interpelar o direito *tout court* e as condições de institucionalização-positivação (e de realização, mas também de racionalização dogmática) que o distinguem — numa palavra, como se não fosse concebível uma outra compreensão-experiência do jurídico. *Misinterpretation* que determina reduções insustentáveis (partilhadas de resto por algumas das abordagens da teoria crítico-dialéctica)... mas que é de certo modo apenas o primeiro passo. É que, para a teoria crítica que nos ocupa, projectar-se (unilateralmente) no território do direito significa certamente também sublinhar que os materiais autoritariamente oferecidos por esse direito (nas normas legais e nos precedentes) se mostram claramente insuficientes para responder ao problema das controvérsias práticas (ou pelo menos para enfrentar a disseminação dos contextos a que estas nos expõem)... e então e assim exigir (poder e dever exigir!) uma intervenção de intenções suplementares — intenções que só a filosofia, a ética, a microfísica do poder, a estética do sublime, a crítica literária, a psicanálise (e no limite também a política ou um certa política) estarão em condições de assegurar. Sem ficarmos por aqui. Porque significa ainda (e muito especialmente) — diagnosticar a superação irreversível do *homo humanus* concebido pelo jurídico (seja qual for o contexto em que ele se expôs ou se expõe)... e então e assim reconhecer que só recorrendo àquelas intenções suplementares — agora iluminadas pela celebração da singularidade e reconstruídas-articuladas como uma verdadeira alternativa — estaremos afinal em condições de experimentar a demarcação *humano / inumano* de que a nossa circunstância precisa. Pressuposição que nos condena a procurar a justiça numa espécie de exterior-*dehors* (alimentado pela hiper-ética ou pela hiper-política da autenticidade, da inversão das hierarquias e da responsabilidade infinita)? Importa acentuá-lo. Como importa por fim acentuar que se trata assim de, sem remissão (e sem dar oportunidade a uma problematização alternativa!), renunciar à procura humanamente plausível de um padrão de

(de outras projecções igualmente assimiladoras) enquanto exige que os contributos heterogéneos concertados na invenção da perspectiva crítica sejam invariavelmente mobilizados para confirmar uma hipótese pré-determinada e para esclarecer (ainda que com respostas diferenciadas) o pré-juízo (não falsificável) que a ilumina — a hipótese de um *direito que é* (sempre) *política* e de uma *jurisdição que é* (sempre) *ideologicamente comprometida*. Com uma consequência notável: a de submeter a esta pré-determinação (ou à exigência regulativa de a confirmar ou de a seguir) — sem prejuízo de respostas mais unidimensionalmente militantes ou mais reflectidas! — não apenas os discursos *sobre o direito* (nas diversas instâncias de desconstrução e reconstrução metadogmática, se não «teorética», que lhe são acessíveis), mas também todos os discursos e práticas que jurisprudencialmente (dogmática ou jurisdicionalmente) interpretam e concretizam-realizam os seus materiais. O que poderemos sublinhar com a ajuda das formulações de Dworkin, reconhecendo que... se é certo que à primeira vista os *Crits* privam estes discursos de interpretação-realização da inteligibilidade de uma interpretação colaborativa (*collaborative interpretation*) e da perspectiva *interna* que esta exige¹⁴⁸ — subordinando-os antes ao *continuum* sem soluções de uma interpretação (dita) explanatória (*explanatory interpretation*)¹⁴⁹, que nos mostre a prática jurídica prisioneira de «contradições» e «hierarquias» socialmente produzidas —, não é menos certo que a prossecução de um desígnio emancipatório de «desmistificação» (desenvolvido contra a perspectiva tradicional, dita *liberal legalism*) logo os obriga a misturar as águas, impondo (legitimando) um combate que confunde irremediavelmente as duas modalidades de interpretação (*if the proper goal of a demystifying explanatory interpretation is radically*

comparabilidade (de um padrão que se possa dizer intrinsecamente compossível com uma experiência de dignidade humana)... e com esta procura também à possibilidade de reconhecer (de descobrir, de reinventar!) um direito materialmente autónomo.

¹⁴⁸ «Collaborative interpretation assumes that the object of interpretation has an author or a creator and that the author has begun a project that the interpreter tries to advance. (...) Law is (...) collaborative: a judge takes himself to aim at the same goal justice as the stateman who made the laws he interprets...» (DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge Mass./ London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp. 135-136).

¹⁴⁹ «Explanatory interpretation presupposes something different: not that interpreters are in partnership with those who created some object or event, but that an event has some particular significance for the audience the interpreter addresses...» (*Ibidem*, p.136).

*to change opinion and practice, then it might best achieve this by wearing collaborative clothing*¹⁵⁰).

Acentuação que enfim nos restitui ao núcleo do problema-desafio partilhado por todas as imagens do *juiz político* que apostam numa «desmistificação» da estratégia legislativa (e que assim mesmo rompem com a linearidade da cadeia *legislador estratega/ juiz tático*)¹⁵¹. Que problema-desafio? O de ter que reconhecer — com maior ou menor flexibilidade (com um espectro maior ou menor de configurações) — as possibilidades de uma estratégia alternativa (distinta da estratégia dominante ou hegemónica ou pelo menos daquela que é protegida pela máscara *formalista*). Numa palavra, o problema-desafio de conceber um juiz tático dividido entre (pelo menos) duas estratégias... e então e assim condenado a optar ideologicamente por uma delas ou pelo caminho que esta favorece. O que invariavelmente significa também, como já sabemos, escolher os efeitos previsíveis que mais logradamente correspondam a uma posição *conservadora* ou a uma posição *progressista* (ou pelo menos aqueles que menos significativamente se afastem da posição escolhida). Como se o apelo-promessa de reivenção da *comunidade* se mostrasse afinal insuficiente para superar os limites de um *paradigma de decisão* e do esquema final-racional que o torna possível...

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 144.

¹⁵¹ Escapa a este problema-desafio apenas o *juiz político da Constituição* explorado por CASTANHEIRA NEVES: ver *Teoria do Direito. Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, policopiado, Coimbra 1998, pp. 227-234, (versão em A4) pp.121-124 e «A redução política do pensamento metodológico-jurídico», *Digesta*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, volume II, pp. 404-409.