

Roberto Mangabeira Unger

O DIREITO E O FUTURO
DA DEMOCRACIA

Tradução
Caio Farah Rodriguez
Marcio Soares Grandchamp
com consultoria do autor

BOITEMPO
EDITORIAL

Copyright © 1996 Roberto Mangabeira Unger
Copyright © 2004 da tradução, Boitempo Editorial

Título original: *What Should Legal Analysis Become?*

Tradução	<i>Caio Farah Rodriguez</i> <i>Marcio Soares Grandchamp</i> (com consultoria do autor)
Revisão	<i>Daniela Jinkings</i> <i>Leticia Braun</i>
Coordenação editorial	<i>Ivana Jinkings</i> <i>Ana Paula Castellani</i>
Coordenação de produção	<i>Daniel Tupinambá</i>
Capa	<i>Antonio Carlos Kehl</i>
Diagramação	<i>Antonio Carlos Kehl</i>
Fotolitos	<i>Oesp</i>
Impressão e acabamento	<i>Alaúde</i>

CIP-BRASIL – CATALOGAÇÃO NA FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

U48d

Unger, Roberto Mangabeira

O direito e o futuro da democracia / Roberto Mangabeira Unger ;
tradução de Caio Farah Rodriguez, Marcio Soares Grandchamp, com
consultoria do autor. - São Paulo : Boitempo, 2004.

ISBN 85-7559-005-7

1. Hermenêutica (Direito). 2. Direito - Metodologia. 3. Direito -
Filosofia. I. Título.

04-1138

CDU 340.1

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada
ou reproduzida sem a autorização da editora.

1ª edição: maio de 2004

Jinkings Editores Associados Ltda.
Rua Euclides de Andrade, 27 Perdizes
05030-030 São Paulo - SP
Tel./fax: (11) 3875-7285/3872-6869
site: www.boitempo.com
contato: editora@boitempo.com

O PLURALISMO DE GRUPOS DE INTERESSE E A ANÁLISE JURÍDICA RACIONALIZADORA

Dois vocabulários incompatíveis sobre o direito

Antes de examinarmos mais de perto as raízes e os limites da análise jurídica racionalizadora, imagine como o vocabulário racionalizador das políticas públicas e princípios se relaciona com seu maior rival e complemento na cultura jurídica e política contemporânea: o vocabulário de interesses e grupos de interesse. Podemos concluir que a linguagem de políticas públicas e princípios não é o único meio de representar o direito a partir do uso corrente de pelo menos uma linguagem alternativa. Os pressupostos desses dois vocabulários de discussão sobre o direito são incompatíveis. Os limites da sua aplicação legítima são discutíveis em teoria e deslocáveis de fato. Faz diferença se usamos um ou outro e em que circunstância os usamos.

Estranhamente, contudo, as duas abordagens do direito coexistem mais ou menos pacificamente na cultura jurídica e política contemporânea. Ambas as abordagens, de outra forma tão diferentes em conteúdo e consequência, convergem na dissociação da análise jurídica da imaginação institucional. Essa convergência torna possível sua coexistência pacífica.

O pluralismo de grupos de interesse, como podemos chamá-lo, representa o direito como o produto de negociação e conflito entre grupos de interesse organizados. Numa democracia, o *locus* principal, mas certamente não o único, dessa atividade de produção do direito é o processo legislativo, com seu fundamento na política partidária eleitoral. De forma mais silenciosa, a mesma rivalidade e acordo de grupos pode ter lugar nas nomeações para tribunais e agências. De acordo com o pluralismo de grupos de interesse, cada fragmento do direito representa um troféu ou uma trégua num conflito contínuo entre grupos de interesse. Os resultados jurídicos desse conflito permanecem legítimos na medida em que o procedimento do conflito continue a satisfazer dois requisitos. O primeiro requisito é

que os grupos em disputa joguem de acordo com as regras básicas estabelecidas no direito, principalmente o direito que define as estruturas da democracia constitucional e da política eleitoral. O segundo requisito é que nenhum dos grupos esteja substancialmente suborganizado ou sub-representado. Se algum grupo está suborganizado, a solução de longo prazo é organizá-lo e dar-lhe representação, garantindo voz aos que não têm. A solução de curto prazo é oferecer proteção ou compensação especial.

Nesse vocabulário alternativo, devemos interpretar o direito identificando a negociação gravada em cada pedaço do direito. Uma compreensão do equilíbrio de forças que produziu o direito, dos objetivos das forças preponderantes e das transigências que elas podem ter feito para assegurar seus objetivos, tudo isso pode ajudar. Em vez de reconstrução retrospectiva e racionalista na linguagem de políticas públicas e princípios idealizados, temos a tentativa de compreender o direito como a expressão episódica de acordos práticos em face de conflito real: conflito de visões ideais e também de interesses materiais.

O pluralismo de grupos de interesse, assim descrito, não é uma sociologia da produção do direito. É, como a própria análise jurídica racionalizadora, um discurso prescritivo, que fornece uma história de como o direito se torna legítimo e de como ele deveria ser representado. Não diz respeito a algo diferente da análise jurídica racionalizadora; diz respeito à mesma coisa. Não é uma heresia; é um dos dois discursos convencionais sobre o direito na atualidade. Como, então, podem coexistir esses vocabulários aparentemente incompatíveis?

Normalmente, eles coexistem porque se aplicam a domínios distintos. A linguagem de interesses e grupos de interesse foi tradicionalmente reservada ao domínio do processo legislativo e da política eleitoral. A linguagem de políticas públicas e objetivos foi empregada no domínio da interpretação profissional do direito, principalmente no contexto da aplicação do direito, mas também por qualquer intérprete ou autoridade que assume a perspectiva de um juiz. Assim, o modo tradicional de administrar a dualidade de linguagens sobre o direito é passando de uma para a outra de acordo com o contexto em que o discurso se dá.

As fronteiras móveis entre os vocabulários

Mas por que, pode-se muito bem perguntar, deve a fronteira entre essas duas abordagens do direito ser traçada num lugar e não em outro? Por que não, por exemplo, projetar as palavras e métodos do pluralismo de grupos de interesse sobre o contexto da aplicação do direito, usando-o como um modo de decidir litígios, tanto como um modo de descrever a produção do direito? Considere três objeções a tal projeção.

Uma primeira objeção é que o acordo, e o equilíbrio de forças a ele subjacente, pode ser vago demais. Pode ser difícil dizer, por exemplo, exatamente quão vitoriosos foram os produtores e distribuidores de leite integral sobre os consumidores na criação de leis e regulamentos administrativos que limitam a distribuição, ou o preço, dos substitutos em leite em pó ao leite integral. Pode ser difícil dizer o quanto os sindicatos tiveram que transigir aos empresários para assegurar a edição de leis que limitam ou desaceleram o fechamento de indústrias em face da concorrência externa. Pode ser difícil, com efeito, identificar o exato acordo ou pesar o poder efetivo dos interesses em movimento. Mas a questão permanece: em comparação a quê? Não importa quão vago o jogo entre conflito e acordo, e as identidades de vencedores e perdedores: eles têm raízes numa realidade social tangível. Em oposição, falta aos objetivos e políticas públicas idealizados da análise jurídica racionalizadora uma posição certa na vida real da sociedade. Eles podem ser invocados em debates eleitorais e legislativos. Na maioria dos casos, contudo, eles têm uma natureza variável até que sejam apreendidos, refinados e desenvolvidos pelo discurso sistemático do intérprete do direito.

Uma segunda objeção reside no fato de que a própria contraposição das duas abordagens não faz muito sentido. Políticas públicas e princípios têm um papel formativo no conflito da política partidária e legislativa sobre a produção do direito. Visões ajudam a moldar interesses. Políticos disputam concepções concorrentes do bem comum. O analista jurídico racionalizador apenas se aproveita desse elemento de atenção com a sociedade nos conteúdos do direito e realiza seu trabalho purificando-o e desenvolvendo-o, separando-o dos resíduos de autofavorecimento a que ele possa estar atrelado. Essa objeção, contudo, não leva corretamente em consideração a força do contraste entre essas duas abordagens do direito. Não precisamos entender o pluralismo de grupos de interesse como uma doutrina que afirma e aceita a superioridade de interesses materiais sobre posições ideológicas. Ao seu traço

distintivo importa, antes, afirmar a centralidade e a legitimidade do conflito, sobre interesses tanto espirituais como materiais, ou melhor, sobre o que resulte da combinação dos dois, e então sugerir como o direito numa democracia pode ser entendido como a regulação de conflito por regras básicas e como a moderação de conflito por acordos com concessões mútuas.

A visão resultante vê cada pedaço do direito como um pouquinho disso e um pouquinho daquilo. Não precisamos discernir no direito um esquema racional incipiente e em desenvolvimento para reconhecermos sua legitimidade e entender seu significado. Podemos reconhecer conflito e acordo entre pretensões ideológicas, bem como entre disputas grosseiras por dinheiro e privilégio. A análise jurídica racionalizadora se rebela contra essa submissão à desordem do conflito e do acordo. Ela olha para cada pedaço maior do direito, retrospectivamente, como um fragmento possível numa organização abrangente e racional da vida em sociedade. Aqui temos uma distinção real, tanto em espírito como em palavras.

Quando afastamos essas duas objeções, ambas maculadas por erro, à projeção da abordagem de interesses de grupo sobre o contexto da aplicação do direito, alcançamos uma terceira e mais sutil objeção. Pela insistência na interpretação do direito como a corporificação de políticas públicas e objetivos no contexto da aplicação do direito, impomos um constrangimento vital à busca egoísta de interesses de grupo na política de produção do direito. Os agentes políticos de uma coalizão de interesses poderosos saberão que, a partir do momento em que as leis que eles conseguirem editar passarem à mão dos juízes e dos juristas, essas leis serão interpretadas como esforços na promoção de um interesse público. A interpretação construtiva buscará, sempre que possível, resgatar o direito do egoísmo de interesses parciais. Quando o resgate é muito difícil e o egoísmo muito rematado, a revisão judicial, numa democracia de direito, pode invalidar as leis que foi incapaz de reconstruir.

Assim, para realizar seus objetivos, os interesses prevalentes terão que fazer concessões, dando a seus projetos jurídicos a aparência de conformidade ao interesse público e os descrevendo numa linguagem que deixe essa conformidade plausível. No mínimo, o recurso a objetivos ideais na análise jurídica racionalizadora teria o papel para o qual a teoria marxista elege a ideologia. A ideologia legitima os interesses dominantes ao universalizá-los, apresentando-os como instrumentos de um bem coletivo maior. Essa universalização legitimadora não funciona a não ser que adquira uma medida de força real, que abrande o cuidado dos interesses dominantes consigo próprios.

A dificuldade com essa justificação pragmática da surpreendente passagem de um vocabulário sobre o direito para outro é que ela se apóia sobre um pressuposto fático que pode muitas vezes se provar falso. A busca de vantagens e a conduta sectária, disfarçadas em dedicação ao interesse público, podem ser muito mais perigosas e bem-sucedidas se puderem viver sob disfarce. Só precisamos examinar os registros de debates legislativos e eleitorais para ver o quão elástica e ambígua pode ser a linguagem do interesse público. Às vezes, o egoísmo de grupo pode ser abrandado quando obrigado a pronunciar a retórica magnânima da preocupação social. Se a hipocrisia é o tributo que o vício paga à virtude, essa retórica pode ser utilizável como o instrumento de uma moralidade política minimalista porém realista. Com a mesma frequência, contudo, o autofavorecimento pelo direito pode ser mais eficazmente controlado quando reconhecido pelo que é.

Essa não é apenas uma controvérsia de teoria política abstrata. Tem implicações práticas para o raciocínio jurídico. O direito visto como um contrato entre grupos de interesse pode ser interpretado restritivamente. O direito visto como uma corporificação de princípios e políticas públicas impessoais pode servir de ponto de partida para analogias ampliáveis. Quando o direito é representado no vocabulário de interesse, as causas processuais podem ficar restritas. Quando discutido no vocabulário de políticas públicas e princípios, a disposição para ampliar as causas processuais e multiplicar as medidas judiciais pode avançar na esteira da interpretação construtiva e de analogias ampliáveis.

Mesmo aqueles que são hostis à crítica das instituições e ideais estabelecidos e permanecem dentro do mundo imaginativo da cultura jurídica e política de hoje terão dificuldade para justificar o estabelecimento da fronteira de aplicação desses dois vocabulários jurídicos tradicionais na divisão entre processo legislativo e aplicação do direito. Uma evolução recente no pensamento jurídico norte-americano confirma essa assertiva. Vinte anos atrás, um grupo de pensadores jurídicos norte-americanos de direita, instruídos em economia ortodoxa, começou a questionar o paralelismo entre as duas abordagens do direito e os dois contextos institucionais. Eles traçaram uma distinção entre dois tipos de direito: o direito da busca de vantagens e o direito do interesse coletivo. (Em princípio, uma distinção semelhante poderia ser feita dentro do direito criado por juízes, embora a oportunidade para a busca de vantagens seja maior no processo legislativo.) Eles propuseram, com efeito, que a interpretação jurídica, incluindo a interpretação judicial, adotasse o método da preservação dos contratos para o primeiro

tipo e o método das políticas públicas finalísticas para o segundo. Eles apresentaram listas de sinais práticos característicos pelos quais é possível discernir as duas variantes do direito: o quanto de detalhes particularísticos um corpo normativo possui; o quão ricos os registros legislativos se mostram na expressão clara de interesses e acordos de grupo; e, sobretudo, o quão prontamente podemos encontrar na lei indícios da busca de vantagens, tais como obstáculos à entrada no mercado. Eles sustentaram que a vantagem de reconhecer o processo legislativo de busca de vantagens pelo que ele realmente era residia na esperança de isolá-lo, impedindo sua extensão analógica e contendo seu avanço processual. Alguns desses estudiosos se tornaram, mais tarde, juízes e, como juízes, começaram a praticar o que haviam professado. Internalizaram na aplicação do direito, de fato, uma distinção que havia sido anteriormente concebida como respeitando a fronteira entre processo legislativo e a aplicação do direito.

Implicações perturbadoras

Podemos extrair duas conclusões desses argumentos e acontecimentos. A primeira conclusão é a de que a análise jurídica racionalizadora e o pluralismo de grupos de interesse podem coexistir apesar da diferença de descrição e direção porque partilham de um atributo negativo fundamental. Esse atributo é a aversão ao ajuste institucional, a capacidade para dissociar a representação do direito da imaginação – e da investigação – do seu fundo estrutural. Para o pluralismo de grupos de interesse, o direito é conflito e compromisso de grupos realizado sob um fundo institucional que pode permanecer sem ameaça e mesmo sem exame. As estruturas da democracia representativa e da economia de mercado são os resíduos incontroversos de conflitos e acordos passados. Implicitamente, contudo, o pluralismo de grupos de interesse deve avançar um argumento ainda mais forte em nome das estruturas institucionais: que, por tentativa e erro, elas se aproximam da forma de uma máquina de escolha moto-perpétua. Elas fornecem um arcabouço que não discrimina entre interesses e que, portanto, permanece igualmente aberto a quaisquer acordos. A contraparte dessa visão na economia política é o tipo de história institucional e análise institucional (“novo institucionalismo”) que tenta explicar a origem e a difusão de estruturas econômicas institucionais por mera extensão do mesmo estilo de racionalidade que marca decisões econômicas dentro de um sistema econômico

estabelecido. Assim, por exemplo, as instituições da economia de mercado européia moderna seriam a resposta racional (necessária) aos problemas e oportunidades produzidos por fatores como o crescimento populacional e o desenvolvimento tecnológico. Se o próprio arcabouço fosse imperfeito e autorreprodutor, se fosse apenas uma das muitas formas possíveis da democracia e do mercado e se cada uma dessas formas tivesse conseqüências diferentes para os acordos que os grupos poderiam concluir, o pluralismo de grupos de interesse seria uma prática radicalmente incompleta. Precisaria ser suplementada por alguma outra forma de descrição e produção do direito, que poderia alterar completamente seu significado.

A análise jurídica racionalizadora resulta numa prática semelhante e depende de pressuposições semelhantes. Seu discurso de políticas públicas e princípios permanece centrado na redistribuição de direitos e recursos dentro da ordem institucional atual. Seu método de aperfeiçoamento por interpretação construtiva exige que coloquemos a melhor aparência no direito e, por conseguinte, nas práticas e instituições definidas pelo direito. Considere, por exemplo, a atitude da doutrina constitucional americana, que representa um exemplo extremo de análise jurídica racionalizadora com relação à interpretação constitucional. Não há lugar nessa atitude para a possibilidade segundo a qual o tipo de democracia de que o país precisa seja tal que as estruturas da Constituição norte-americana não consigam assimilar sem uma ampla revisão. Se um certo tipo de democracia é o melhor, deve ser possível encontrá-lo na Constituição. Se não for possível, de uma maneira ou de outra, encontrá-lo na Constituição, não deve ser tão bom quanto parece. A pressão sobre a racionalização reconstrutiva que resulta do culto à Constituição pode ser um caso extremo da repressão à crítica e ao ajuste institucionais, mas é apenas o exemplo extremo de algo que permeia todas as crenças e métodos do estilo ora dominante de doutrina jurídica.

A segunda conclusão que se deve extrair da comparação das duas abordagens do direito é ainda mais clara. Se há dois vocabulários de representação do direito, e se suas fronteiras de aplicação são móveis e controversas, por que não deveria haver cinco vocabulários, ou um vocabulário diferente desses? Estudar a coexistência dessas duas linguagens sobre o direito na cultura jurídica e política atual significa adquirir uma inquietante sensação de sua contingência.

Agora proponho fazer valer esse sentimento de contingência explorando quatro perspectivas complementares sobre os fundamentos e limites da análise jurídica racionalizadora. Cada uma dessas perspectivas representa

tanto uma versão parcial da missão que impulsiona a análise jurídica racionalizadora como uma visão de suas fragilidades. Ligando a crítica desse discurso a um entendimento de sua tarefa a partir do seu próprio ponto de vista, podemos esperar ganhar acesso ao seu mundo imaginativo interno. Se nossos defeitos são a quinta-coluna de Deus dentro do coração humano, as falhas numa prática discursiva geram sua capacidade de auto-subversão. Devemos estudar a análise jurídica racionalizadora em profundidade porque ela está se tornando o estilo mais influente de discurso jurídico no mundo inteiro. Devemos estudá-la, ademais, porque ela pode fornecer, pela sua auto-subversão, os meios pelos quais podemos transformar o pensamento jurídico num instrumento de imaginação institucional.

A CAMPANHA PARA ALCANÇAR UM MEIO-TERMO ENTRE RACIONALISMO E HISTORICISMO

A deflação do racionalismo

Os problemas e oportunidades explorados neste redirecionamento da análise jurídica e nesta exploração dos futuros alternativos da democracia pertencem a um contexto maior do pensamento em nosso tempo. O estilo prestigioso de doutrina jurídica criticado sob o nome de análise jurídica racionalizadora exemplifica um movimento teórico que intelectuais contemporâneos conduzem em muitos campos do pensamento. Chame-a de campanha para alcançar um meio-termo entre o racionalismo e o historicismo pela deflação do racionalismo e inflação do historicismo.

Por racionalismo quero dizer a idéia de que podemos ter um fundamento de justificação e crítica das formas de vida em sociedade, e que desenvolvemos esse fundamento por ponderação, que produz critérios de julgamento que atravessam tradições, culturas e sociedades. O ceñe do historicismo é a idéia de que não dispomos de critérios de julgamento com um valor que transcenda formas de vida e universos de discurso específicos e historicamente localizados. As falhas na análise jurídica racionalizadora acabam por ilustrar a fraqueza fundamental nesse movimento filosófico maior de deflação do racionalismo, inflação do historicismo e busca pelo ponto médio entre eles.

A análise jurídica como imaginação institucional representa o caso especial de uma alternativa mais geral a racionalismo e historicismo. A resposta geral, assim como aquela mais específica que ela generaliza, envolve também uma revisão da própria questão. A campanha para alcançar um meio-termo entre o racionalismo e o historicismo somente pode ter êxito mudando radicalmente o rumo nos métodos que emprega e os resultados que justifica.

O esforço teórico difundido de se encontrar o ponto médio entre racionalismo e historicismo muitas vezes serve para justificar um projeto político específico – o projeto do liberalismo progressista, ou da social-

democracia institucionalmente conservadora. Não é claro inicialmente se existe um vínculo mais do que acidental entre a empresa metodológica e o projeto político. A ligação, assim sugere a discussão que segue, é real porém complexa. Meu raciocínio se desenvolve em três partes. Primeiro, exploro a estrutura desse esforço para alcançar um meio-termo entre racionalismo e historicismo, indicando as contrapartidas jurídicas de suas ocorrências principais. Examino então a maneira em que teríamos que reorientar esse movimento teórico para dar-lhe sentido e permitir-lhe alcançar os objetivos que proclama. Depois, considero as motivações, tanto impessoais ou programáticas quanto pessoais ou existenciais, que poderiam levar alguém hoje, num contexto como o nosso, a seguir o caminho que defendo.

Começemos situando a campanha para alcançar um meio-termo entre o racionalismo e o historicismo num contexto histórico imperfeito. Tome o racionalismo, de início, como significando uma tentativa de encontrar um fundamento para crítica e justificação numa prática de ponderação que produz critérios válidos universalmente e que transcendem contextos específicos de discussão e formas de vida em sociedade. A forma moderna característica desse racionalismo busca identificar um tipo de organização social que permaneça neutro em relação aos projetos de vida de indivíduos e às perspectivas de grupos específicos. Podemos também redefinir esse racionalismo moderno afirmativamente como a tentativa de deduzir um plano de organização social a partir da idéia abstrata de sociedade voluntária; quer dizer, da idéia de uma associação escolhida entre indivíduos livres e iguais. Esse racionalismo moderno parece, em cada respeito, ou permanecer indeterminado demais para proporcionar a orientação que promete, ou se tornar determinado apenas ao abandonar a neutralidade que reivindica.

Há um racionalismo pré-moderno. Contudo, é muito difícil dizer com segurança precisamente o que ele é. Às vezes, as pessoas falam de uma doutrina do valor objetivo. Em que textos e em que autores encontramos realmente essa doutrina? A princípio não parece haver nada em comum entre, digamos, a tentativa aristotélica de revelar uma estrutura racional latente em nossa experiência de juízo moral, sob a orientação de uma teoria da realização humana, e o esforço, exemplificado pela filosofia do Platão do segundo e do terceiro período, de se afastar abruptamente da opinião moral comum, por respeito a concepções ideais que se apresentam à imaginação com autoridade irresistível.

O racionalismo pré-moderno, não obstante, possui uma forma característica. Essa forma repousa precisamente na oscilação entre a tentativa de

imputar uma estrutura racional à ordem social estabelecida e ao universo disponível de juízo moral; e o esforço contrário de desafiar juízo e ordem a partir de uma perspectiva externa e que transcende os costumes. O problema característico do racionalista pré-moderno é um dilema conhecido. A atribuição de estrutura e autoridade racional ao juízo moral comum sempre parece privilegiar injustificadamente as idéias e experiências de grupos e culturas específicos. O esforço contrário de romper com esse mundo do juízo comum sempre parece ter um fundamento muito discutível para nos persuadir de fato a nos voltarmos contra as instituições estabelecidas e dogmas aceitos da sociedade.

Eis duas histórias complementares ligando o racionalismo moderno e pré-moderno. Uma história é sobre a evolução das idéias. Ela encontra o defeito fundamental do racionalismo pré-moderno em sua incapacidade para manter uma distância crítica de nossa cultura e suas pré-concepções, ao mesmo tempo que continua de alguma forma sensível aos nossos pontos de partida dados, em relação à crença aceita e à experiência comum. O racionalismo moderno, com seu impulso característico para a imparcialidade de perspectiva, começa na tentativa de desenvolver um método menos parcial de julgamento político e moral, fundado em pressupostos menos controversos.

Contudo, os racionalismos dos dias mais recentes acabam por se revelar ou não-neutros ou indeterminados. Eles chegam a conclusões específicas apenas porque perdem sua pretensão à neutralidade. Às vezes, por exemplo, eles a perdem ao aceitar versões atuais da economia de mercado ou da democracia representativa como aproximações confiáveis a um sistema que consolida as escolhas de indivíduos; quer dizer, como uma corporificação prática da perspectiva da imparcialidade. Outras vezes, eles a perdem ao reduzir drasticamente a complexidade da matéria-prima – intuições morais e quereres pessoais – com que trabalham. Em especial, eles desconsideram o modo pelo qual desejo e crença se adaptam a estruturas práticas e dogmas prestigiados que, como aspiração e fantasia, eles também desafiam.

Essa história interna sobre a evolução das idéias precisa ser complementada por uma história externa, uma história sobre a experiência social real. De acordo com essa história externa, a força motriz na evolução do racionalismo é a experiência real de agitação, recombinação e reinvenção das formas de vida em sociedade, tornando-nos cada vez mais conscientes do quão nossas concepções ideais têm raízes em estruturas práticas historicamente localizadas. Essa experiência de fervilhamento e recombinação

produz uma consciência mais aguda do vínculo frágil e decisivo entre concepções ideais da vida em sociedade e estruturas práticas que constriam a realização mais completa daquelas concepções ao mesmo tempo em que lhes conferem grande parte de seu significado. O que começa sugerindo modos diferentes de realizar os mesmos ideais acaba expondo os significados complexos e parcialmente incompatíveis que emprestamos àqueles ideais. O resultado dessa ação de investigar, forçar e romper é tanto confirmar quanto desacreditar a sensibilidade de nossos ideais às aspirações incipientes e desejos vigorosos dos quais eles tiram sua vida e para os quais dão forma.

O efeito de inovação institucional sobre o nosso entendimento do conteúdo e autoridade de ideais sociais aceitos mina a tentativa pré-racionalista de romper com o juízo moral comum em nome de entendimento ou intuição moral inquestionável. Os mesmos fervilhamento e recombinação minam a pretensão de qualquer versão particular de uma economia de mercado ou de uma democracia representativa para encarnar uma versão confiável da idéia de sociedade voluntária. Toda essa decepção e descoberta, reprimida porém não totalmente afastada, incentiva o esforço de deflacionar constantemente as pretensões do racionalismo e enfrentar as pressões descritas pelas histórias interna e externa que contei.

Um modo de caracterizar a contrapartida a essa deflação do racionalismo na história das concepções jurídicas é distinguir dois tipos de racionalismo comparados anteriormente: a ciência jurídica do século XIX e a análise racionalizadora contemporânea. A abordagem firme do século XIX distinguia um direito verdadeiro ou pré-político – o direito da ordem privada do contrato ou propriedade e de sua relação adequada aos limites da ação estatal – e um direito fraco, falso ou politizado, o direito criado pelos governos para intervir, com fins redistributivos, no sistema puro de direitos públicos e privados. A forma mais fraca, deflacionada e contemporânea desse racionalismo jurídico abandona essa distinção entre direito político e pré-político. Não obstante, ela tenta manter o contraste entre um direito que é apenas o produto de uma luta entre grupos e um direito encarnando uma moral pública ou um interesse público.

Na medida em que essa idéia de um direito suprafacções revela, por sua vez, ser não-neutra ou indeterminada, muitos juristas recuam para uma visão mais desencantada, porém também mais tangível, de sua tarefa. Eles adotam o reformismo pessimista, e reinterpretem a análise jurídica racionalizadora como uma mentira nobre e necessária. Eles tentam impor

restrições sobre a negociação entre grupos, para seu próprio benefício, que ocorre pela política majoritária. Eles buscam proteger os grupos que parecem incapazes de se proteger. Pouco a pouco, o impulso para restringir essa intervenção corretiva e purificadora ao que possa ser considerado, de modo plausível, como interpretação do direito e para se ajustar à estrutura institucional estabelecida na sociedade muda seu sentido. O desejo de reitterar fé na necessidade e autoridade das estruturas atuais agora enfraquece. O que gradualmente tomou seu lugar é um reconhecimento franco dos constrangimentos, de poder e legitimidade, sobre os papéis institucionais que o analista do direito pode esperar ocupar e o trabalho reconstrutivo que ele pode efetivamente empreender. Assim, os juristas acrescentam um ceticismo involuntário a uma benevolência resignada.

A inflação do historicismo

Imagine agora a transformação do historicismo, o outro pólo de onde o movimento filosófico contemporâneo característico começa. No centro do historicismo está a tese de que critérios capazes de justificar ou criticar uma forma de vida em sociedade são os critérios que essa mesma forma de vida em sociedade produz. Nenhum critério de julgamento atravessa tradições ou culturas. Se é que podemos de alguma forma passar através de tradições ou culturas, só podemos fazê-lo escolhendo ser pessoas diferentes e viver uma vida diferente; não há uma racionalidade de ordem superior. Na cultura contemporânea, o historicismo assume uma forma conservadora e irônica, recorrente em muitas áreas de pensamento. Com efeito, ele afirma: tudo o que existe no mundo são formas de vida e conjuntos de discussões historicamente localizados; nada mais existe. As únicas justificações disponíveis são aquelas que emergem da tomada de posição numa dessas formas de vida ou tradições de debate. Devem-se julgar cada um desses contextos por seus critérios internos, ou, se, excepcionalmente, está-se disposto a correr o risco de consequências autoritárias e desconcertantes, pelos critérios importados de algum outro contexto; não há nenhuma outra opção disponível. Desse modo, o historicista irônico e conservador inverte a afirmação da falta de fundamento último de todas as sociedades e culturas. Ele transforma essa afirmação numa justificação para recompromisso com a tradição estabelecida, com uma condição defensiva e irônica.

Uma objeção a tal historicismo é que ele pressupõe a inevitabilidade de um dilema do qual a história individual e coletiva da experiência moral freqüentemente escapou: a suposta necessidade de escolher entre um diálogo moral e político, que é vivo precisamente porque completamente incrustado numa tradição particular, e um diálogo que é pálido porque tenta transcender todas as tradições específicas. A crença em tal dilema deixa de dar conta de um dos fatos mais arrebatadores sobre essa história de crença e sentimento: as revoluções esporádicas na percepção política e moral. O exemplo mais surpreendente de tais rupturas é a ascensão e a propagação das religiões mundiais, como o cristianismo e o budismo, propondo visões de como viver que contradisseram violentamente a sabedoria moral dominante das sociedades em que se difundiram.

Uma segunda objeção a esse historicismo passivo e conservador é quanto ao fato de que ele parece ir de encontro a muitas características de nossa situação contemporânea. O que torna a busca por justificação premente é exatamente a percepção de que não dispomos de tradições fechadas e incontroversas em que possamos nos basear. Se as possuíssemos, não precisaríamos de racionalismo ou historicismo. É precisamente a atenuação dessas tradições, sua recombinação, sua reconstrução, seu desmantelamento e mistura que inspira a busca por justificação e crítica, e provoca, como resposta, a invenção de tradições fictícias e a vontade de diferença coletiva. Se as tradições retivessem a originalidade que esse historicismo conservador supõe, o debate sobre racionalismo e historicismo perderia o sentido.

Uma terceira objeção a esse historicismo é que ele atribui força persuasiva a fatos que parecem incapazes de exercer qualquer autoridade normativa: os fatos da continuidade e do consenso que o historicista toma como algo intermediário entre um horizonte insuperável de justificação ou crítica e uma fonte de entendimento de uma ordem moral trans-histórica. Assim, o historicista conservador deve tentar, por sua própria característica, inflacionar o historicismo da mesma forma como o racionalista deflaciona o racionalismo. A forma mais comum de inflação do historicismo é tratar as tradições e instituições políticas das democracias industriais do Ocidente contemporâneo como merecedoras de respeito especial como fonte de orientação moral e política: não apenas porque são nossas, mas porque, de alguma forma, elas incorporam ou encarnam uma afirmação de imparcialidade entre indivíduos e seus interesses e ideais. A reivindicação de privilégio pode se estender às instituições, preferências e crenças aptas a se desenvolver nessas sociedades.

Para identificar a forma jurídica típica dessa inflação do historicismo, imagine primeiro uma forma bruta e não desenvolvida de historicismo não inflacionado. Não é mais do que um caso-limite, uma posição extrema no pensamento jurídico contemporâneo, mas ela exerce influência muito maior no pensamento diário de advogados do que sobre a teoria jurídica. Ela ensina que o direito deve ser interpretado contra um pano de fundo das concepções morais e políticas dominantes na sociedade. Há uma cultura comum, proporcionando todos os instrumentos de que precisamos para interpretar e desenvolver o direito quando a inferência lógica se esgota.

Assim, podemos representar a relação entre o analista do direito e seu objeto como sendo incontroversa em um de dois modos opostos. Ela pode ser incontroversa porque o concebemos como um tipo de etnógrafo jurídico, descrevendo uma cultura comum à qual ele não precisa se submeter. Ou podemos supor que a relação seja incontroversa porque pensamos no intérprete do direito como alguém que cita sua própria consciência; ele participa sem conflitos de uma cultura e a fala como alguém falaria uma língua natural. O problema surge quando confrontamos a fragmentação real dessa cultura hipotética: sua incapacidade para existir numa forma unitária. Ela permanece presa nas perspectivas conflitantes de classes e comunidades específicas. Além disso, as pessoas experimentam ambivalência entre desejos ou intuições que tomam a estrutura existente como dada, e aspirações ou fantasias que pressupõem sua superação. A inflação jurídica do historicismo é um modo de negar essa fragmentação ou contornar suas conseqüências. Essa inflação freqüentemente se inicia como um esforço para destacar a parte reconhecida da cultura compartilhada, a parte que conta mais porque é, de alguma forma, mais imparcial, ou incorpora mais completamente a idéia de uma sociedade voluntária.

Podemos agora começar a avaliar o caráter geral da campanha para alcançar um meio-termo entre o racionalismo e o historicismo. Quando filósofos e teóricos do direito buscam esse ponto médio imaginário entre racionalismo e historicismo, eles procuram algo que retenha parte da autoridade, distância crítica e impulso do racionalismo, sem reivindicar suas pretensões a transcendência de contexto. Isso é o que eles querem, e eles o querem, no mais das vezes, para justificar uma versão do projeto liberal progressista e socialdemocrata. Isso é o que eles querem, mas podem eles consegui-lo?

*Alcançando um meio-termo entre o racionalismo e o historicismo
na filosofia e na teoria social*

Uma forma filosófica ou socioteórica em que encontramos essa campanha para alcançar um meio-termo entre o racionalismo e o historicismo é exemplificada por idéias como a concepção de um consenso abrangente numa sociedade democrática do filósofo americano Rawls ou pela noção de uma estrutura de diálogo não-distorcido do filósofo alemão Habermas. O fator historicista nessas concepções é a convicção de que certas crenças têm autoridade apenas porque são as crenças mais capazes de prosperar numa democracia moderna. O elemento racionalista correspondente é a concepção de que uma democracia moderna não é apenas uma sociedade qualquer, mas uma sociedade cuja estrutura faz valer a promessa de associação voluntária, de associação entre indivíduos livres e iguais. A autoridade da estrutura se comunica para a autoridade das crenças que florescem em seu interior.

O defeito central nessa abordagem é sua incapacidade para questionar a autoridade com que a organização estabelecida do governo, da economia e da sociedade civil representa a concepção ideal de sociedade voluntária. Qual parte da estrutura devemos tomar como dada e que parte devemos desafiar? Até que sejamos capazes de formar essa questão e respondê-la, não podemos saber realmente de que grau de autoridade as crenças que florescem dentro dessa estrutura devem desfrutar.

*Alcançando um meio-termo entre o racionalismo e o historicismo
na análise jurídica*

O exemplo mais importante e detalhado da campanha para alcançar um meio-termo entre o racionalismo e o historicismo na cultura contemporânea não será encontrado, contudo, nos escritos de filósofos. É a própria análise jurídica racionalizadora. O elemento racionalista nessa abordagem predominante de análise jurídica é a alegação de que podemos reconstruir racionalmente o direito como a expressão parcial de um plano inteligível e justificável da vida em sociedade. Esse plano pode se conformar a exigências funcionais e práticas ou pode dar testemunho da progressiva evolução de concepções morais e políticas. O elemento historicista é duplice: primeiro, o reconhecimento da especificidade e do caráter histórico de cada tradição jurídica; segundo, a convocação feita aos juristas para prestar atenção às

circunstâncias de seu tempo e lugar enquanto contemplam o plano implícito no direito, por meio do trabalho aprimorador da reconstrução racional.

A análise jurídica racionalizadora confere um sentido mais profundo à busca por um meio-termo entre o racionalismo e o historicismo. Ela empresta uma autoridade especial ao direito enquanto cumpre seu trabalho de elaboração racional e retrospectiva. Ela confere o sentido mais profundo e empresta a autoridade especial ao representar as estruturas sociais, políticas e econômicas no direito como aproximações rudimentares ao ideal de uma sociedade civil livre, de uma economia de mercado livre e de uma democracia representativa livre – ou seja, a uma ordem social em que todos contam como iguais. As estruturas institucionais de tal sociedade resultam do exercício de autodeterminação individual e coletiva. Tal tradição é mais do que uma tradição. Tal contexto é mais do que um contexto. Embora particular, ele dispõe dos meios práticos e conceituais para escapar de sua própria particularidade e corrigi-la.

Uma coisa é lutar por tal resultado por meio da política e do pensamento. Outra é pressupor que ele já está disponível. Uma parte muito importante do meu propósito foi explorar o custo desse pressuposto e uma forma de evitar suportá-lo.

Ao entender a análise jurídica racionalizadora e suas teorias de apoio como um certo modo de alcançar um meio-termo entre o racionalismo e o historicismo podemos generalizar nosso entendimento dos fracassos dessa abordagem do direito. O direito, como vimos, surge para o jurista como o resultado de duas linhagens. Por um lado, existe a linhagem da luta organizada de partidos e grupos dentro das regras básicas da democracia. Por outro, no espírito da reconstrução racional, existe a linhagem de um sistema de exigências práticas ou de concepções normativas. Uma vez adequadamente reinterpretado, o direito quase parece ter sido elaborado de acordo com um plano. Se o direito é realmente o produto de tal luta entre grupos, e se a política democrática é para valer e não opera como o instrumento inconsciente ou involuntário de imperativos práticos ou morais preestabelecidos, não podemos esperar de maneira razoável que o direito mostre qualquer plano funcional ou ideal coerente. Na melhor das hipóteses, ele pode conter, em proporções variáveis, os inícios e resíduos de muitos desses planos. Os notáveis devem intervir para completar histórias meramente sugeridas pelo material que interpretam e desenvolvem. Eles precisarão exagerar drasticamente à medida que o direito deixa clara tais histórias, sob pena de que seu trabalho pareça uma usurpação intolerável.

Quando consideramos apenas a forma jurídica dessa tentativa de alcançar um meio-termo entre o racionalismo e o historicismo – a forma assumida pela análise jurídica racionalizadora e pelas teorias que a sustentam e se propõem a aperfeiçoá-la –, os vícios desse movimento parecem ser a manipulação e o vanguardismo. Contudo, uma vez que reconheçamos o projeto jurídico como o caso especial de um empreendimento mais geral, comparando suas formas jurídicas e filosóficas, descobrimos que existe um problema mais essencial. A forma contemporânea dominante da campanha para alcançar um meio-termo entre o racionalismo e o historicismo condiciona nosso interesse prático na reatribuição progressiva de direitos e recursos a uma idealização da ordem institucional da sociedade. Ela nos desarma imaginativamente na crítica daquela ordem. Não obstante, nossos programas políticos e nossos ideais espirituais permanecem inevitavelmente presos nas estruturas práticas da sociedade.

*Reorientando a campanha para alcançar um meio-termo
entre o racionalismo e o historicismo*

À luz dessa crítica, como deve ser reorientada a campanha para alcançar um meio-termo entre o racionalismo e o historicismo? Que métodos diferentes teríamos para empregar e que resultados diferentes ele teria que produzir para superar essas objeções? O começo de uma resposta a essas questões é uma percepção de que o que descrevi como a prática unificada de mapeamento e crítica é apenas um caso especial de tal reorientação da campanha para alcançar um meio-termo entre o racionalismo e o historicismo. Essa prática começa a partir do meio do material, investigando e explorando as incongruências entre programas partidários ou concepções ideais professadas e as estruturas institucionais que tanto constroem sua realização quanto empobrecem seu significado.

Reconsidere sob essa luz o lado da crítica dessa prática de mapeamento e crítica. Comece pela idéia de que a matéria-prima da crítica é uma série de promessas de felicidade. Criticar é tratar de promessas de felicidade. Promessas de felicidade são rotas para a realização, reconciliação e correção de nossas aspirações mais fortes, de acordo com concepções que evocam fé e não são inequivocamente desconfirmadas pela experiência. Essas promessas de felicidade assumem duas formas principais. Uma delas é um projeto existencial, uma biografia típica, um modelo de como viver no mundo. Outra forma que elas assumem é

uma tradução da idéia abstrata e indeterminada de sociedade numa série de imagens detalhadas de associação humana; concepções de como as pessoas podem e devem lidar umas com as outras em diferentes áreas da prática social.

Em condições de estabilidade, os momentos silenciosos da história, cada uma dessas concepções de associação humana aparece unida a estruturas que a representam na prática e incrustada num domínio incontroverso da existência social. Assim, um ideal específico de comunidade privada pode ser exemplificado por práticas de vida familiar, enraizadas num mundo específico de família e amizade. Se qualquer parte dessa estrutura sai do lugar, se começamos a aplicar certos ideais da vida em sociedade a áreas da prática de que eles haviam sido anteriormente excluídos, ou a escolher entre efetivações práticas alternativas daquelas concepções herdadas, começamos a descobrir ambigüidades ocultas nos ideais. Devemos então decidir como esclarecer as ambigüidades e reinterpretar os ideais.

Pode-se muito bem perguntar: onde está a energia para a transformação, e onde está a legitimidade para tanto? O racionalista tipicamente supõe que essas duas questões são diferentes. O historicista é mais propenso a pensar que elas na verdade são exatamente a mesma. Cada uma dessas duas visões contém parte da verdade.

Em circunstâncias de estabilidade, a lógica dos interesses de grupo, identidades coletivas e idéias aceitas sobre a possibilidade social goza de uma aparência de transparência e necessidade. Contudo, essa aparência resulta da ausência de desafio real ao contexto que a envolve: as estruturas institucionais básicas e as imagens reconhecidas de associação humana. Em tal situação, a energia vem das definições de interesses individuais e de grupo, das identidades coletivas, das concepções de possibilidade social perseguidas dentro dos constrangimentos definidos imprecisamente pelas estruturas e crenças estabelecidas.

Imagine, contudo, que comecemos a perturbar esse contexto. Ele sempre pode começar a mudar, nem que seja porque uma ambigüidade táctica característica subsiste em nossos modos de defender definições atuais de interesses. Sempre temos tácticas para a defesa de interesses que mantêm a estrutura em seu lugar e outras tácticas que arriscam e transformam a estrutura. Então, à medida que essa estrutura pressuposta começa a ser desafiada, a confiança das pessoas nas definições estabelecidas de interesse, identidade e possibilidade também diminui. Em tais momentos de desafio e agitação, ideais não mais parecem ser constrangimentos pesados aos interesses. Ao contrário, as concepções das pessoas sobre o que são seus interesses começam a depender

cada vez mais explicitamente de histórias que elas contam para si mesmas acerca dos mundos sociais alternativos para os quais elas poderiam se mudar. Essas histórias fornecem visões alternativas sobre as direções em que elas podem desenvolver seus ideais e seus interesses.

De acordo com uma visão difundida, a tarefa precípua do juízo político e da teoria política é discernir – a partir de um ponto de vista imparcial ou, de algum outro modo, com autoridade – entre os muitos projetos e ideologias conflitantes com que nos defrontamos na política contemporânea. Um tema implícito neste livro é que o nosso problema é menos o fato de que temos projetos demais do que o fato de que temos apenas um projeto: o único projeto político com autoridade no mundo moderno, o programa do experimentalismo democrático do século XVIII até hoje, o projeto que liberais partilham com socialistas. Seu compromisso central é levantar a grade de divisão e hierarquia social que pesa sobre nossos relacionamentos práticos, emocionais e cognitivos uns com os outros.

Temos dois motivos principais para perseguir esse projeto: primeiro, para aumentar as capacidades práticas produtivas da sociedade; e, segundo, para diminuir o grau em que participação na vida em grupo nos prende a mecanismos de dependência e despersonalização, e assim desmerece a auto-afirmação, o esforço para desenvolver e manter uma presença individual no mundo. A grande aposta que esse projeto político realiza é que podemos projetar e estabelecer instituições que nos capacitem a explorar a área de coincidência potencial entre as condições desses bens morais e práticos: entre o desenvolvimento das capacidades práticas produtivas da sociedade e a criação de condições em que indivíduos conquistem independência das circunstâncias de dependência e despersonalização. Nossas concepções herdadas das divisões entre versões esquerdistas e direitistas, ou liberais e socialistas desse projeto político moderno, permanecem emaranhadas num denso feixe de superstição sobre as formas institucionais de pluralismo político e econômico. Uma tarefa da crítica é ir além de distinções falsas ou superficiais entre, por exemplo, compromissos pró-governo ou antigoverno, de modo que conflitos ideológicos novos e mais significativos possam surgir.

Neste livro, ofereci dois exemplos principais de tal prática de crítica. Esses exemplos se ligam de uma forma que esclarece tanto a vocação quanto os limites do direito contemporâneo nas democracias industriais. O primeiro exemplo é a discussão dos constrangimentos que o conservadorismo institucional impõe sobre a principal idéia animadora do direito e do pensamento jurídico contemporâneos: o compromisso de garantir o gozo efeti-

vo dos direitos, e em particular daqueles direitos que sustentam a liberdade individual e o autogoverno popular. O segundo exemplo é a investigação dos futuros alternativos da democracia, cada um dos quais carrega nossos interesses e ideais para além do horizonte institucional dentro do qual os mantemos agora.

O espírito dessa prática crítica se torna claro por comparação à atual tentativa filosófica de alcançar um meio-termo entre o historicismo e o racionalismo. Ao contrário daquela tentativa, ele implica uma atitude crítica em relação ao arcabouço institucional da sociedade existente e estabelecido. Exige também uma abordagem crítica aos fatos de vontades e intuições. Primeiro, uma estrutura institucional frágil e substituível ajuda a moldar essas vontades e intuições. Segundo, elas sofrem de uma ambivalência característica. Elas se situam entre desejos ou pré-concepções que preservam a ordem institucional e a tomam como dada, e aspirações e fantasias que buscam escapar dessa ordem. Por fim, ao contrário da atual campanha para alcançar o meio-termo entre o racionalismo e o historicismo, essa prática de imaginação institucional sugere como podemos chegar a conclusões mais controversas e inquietadoras, saindo de pontos de partida relativamente menos controversos: os compromissos estabelecidos do direito contemporâneo ou os credos dos grandes grupos de opinião na política.

O hábito da racionalização retrospectiva – do direito, política, produção e história; a busca por um simulacro especulativo de imparcialidade de julgamento, ensinando-nos como negociar a distribuição de recursos e direitos numa estrutura deixada sem desafio; e o abandono dessa busca em favor de uma adoção conservadora do progressivismo de outrora não nos ajudarão a seguir esse caminho. O detalhamento e a especificação, na imaginação e na prática, de variações institucionais sobre a realização e a reformulação de nossos interesses e ideais é a disciplina de que necessitamos. Ela seria uma disciplina sem vida se não fosse animada pela esperança de continuar vivendo na história como uma história de grandes alternativas práticas e espirituais.