



Dissonância

revista de teoria crítica

ISSN: 2594-5025

Instituto de Filosofia e Ciências Humanas

Universidade Estadual de Campinas

www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/teoriacritica

Título	A teoria crítica frankfurtiana recente: Aversa ao direito?
Autor	William E. Scheuerman
Tradutora	Bianca Tavorari
Fonte	<i>Dissonância: Revista de Teoria Crítica</i> , v. 3 n. 1, Dossiê Desobediência Civil, Campinas, 1º Semestre de 2019.
Link	https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/teoriacritica/article/view/3342

Formato de citação sugerido:

SCHEUERMAN, William E. “A teoria crítica frankfurtiana recente: Aversa ao direito?”. Trad. Bianca Tavorari. *Dissonância: Revista de Teoria Crítica*, v. 3 n. 1, Dossiê Desobediência Civil, Campinas, 1º Semestre de 2019, p. 384-436.

A TEORIA CRÍTICA FRANKFURTIANA RECENTE

Avessa ao direito?¹

William E. Scheuerman

Tradução de Bianca Tavolari

Numa entrevista dada em 2014, ao comentar sobre tendências no interior da teoria crítica frankfurtiana, Nancy Fraser se preocupa com o fato de que

“[uma] grande quantidade das correntes pós-habermasianas de teoria crítica entraram num tipo de especialização disciplinar: gente fazendo filosofia moral, filosofia do direito, teoria política desconectada da teoria social... [É] um tipo de ênfase no político [*politicism*] ou de moralismo ou legalismo – um foco obstinado na teoria constitucional. Eu compreendo que ninguém consegue fazer tudo e que a especialização acadêmica existe, mas eu acho que esse é um resultado triste para a teoria crítica: ela perdeu o esforço de pensar sobre a totalidade social, o que Habermas, numa fase inicial, de fato tentou fazer, por bem ou por mal” (Fraser 2014).

¹ Agradeço a Seyla Benhabib, Maeve Cook, Peter Niesen, dois revisores anônimos e os editores da *Constellations* pelas críticas a versões anteriores, bem como a Sandro Ferrara e a Michael Morgan pelo encorajamento oportuno. Qualquer estupidez remanescente é, obviamente, de responsabilidade exclusiva do autor.

Por muitos anos, Fraser enfrentou produtivamente a tarefa de repensar as bases da crítica social de inspiração frankfurtiana. Simpática à versão interdisciplinar original de teoria crítica da Escola de Frankfurt e, ao mesmo tempo, ciente de suas limitações, ela se preocupa há muito tempo com a aparente desradicalização e com a fragmentação intelectual da teoria crítica recente. No entanto, o tom polêmico de Fraser é um pouco mais surpreendente: aparentemente ela acredita agora que a teoria crítica está abandonando uma teoria social de esquerda em favor de uma “ênfase no político ou [de um] moralismo” estreitos, de um “legalismo” obstinado e da teoria constitucional que o acompanha.

Talvez nós não devêssemos dar grande importância para comentários improvisados em uma entrevista autobiográfica. No entanto, Fraser parece ter colocado o dedo na ferida. Axel Honneth, sucessor de Habermas em Frankfurt e um defensor de longa data de uma versão de teoria crítica enraizada num hegelianismo de esquerda atualizado, observa em seu recente *O direito da liberdade*:

“É certo que com isso se contradiz a tendência de desenvolver os fundamentos de uma teoria da justiça tendo por base apenas figuras jurídicas de pensamento [*juristischer Denkfiguren*]. Nos últimos anos, nada teve um efeito mais fatal nos esforços para desenvolver um conceito de justiça social do que a inclinação de deixar, de antemão, todas as relações sociais se dissolverem em relações jurídicas, para em seguida poder, de maneira mais fácil, apreendê-las como categorias de

regras formais [...]” (Honneth 2014: 66-67; Honneth 2011: 126).*

Com ecos do que disse Fraser, seu último livro constitui um ataque direto ao “moralismo” e a versões neo-kantianas recentes da teoria crítica. Um segundo alvo principal são abordagens falhas e legalistas da justiça e as armadilhas do esforço (supostamente) ubíquo de imaginar a sociedade moderna antes de tudo em termos jurídicos. Como veremos adiante, Honneth delineia muitas razões para essa posição. Por enquanto, apenas aponto que ele aparentemente compartilha da apreensão de Fraser de que a teoria crítica contemporânea estaria sucumbindo a preocupações legalistas ou jurídicas que distorcem a natureza da realidade social ao mesmo tempo em que traem os fundamentos hegelianos e marxistas da Escola de Frankfurt inicial, fundamentos que ambos os pensadores trabalharam de maneira bastante impressionante para reconstruir.

Tanto Fraser quanto Honneth são educados demais para citar nomes. No pequenino mundo da teoria crítica frankfurtiana, seus alvos são colegas estimados, antigos mentores (e também pupilos) e bons amigos. Ainda assim, é fácil imaginar quem eles têm em mente. De maneira mais proeminente, é claro, está provavelmente Habermas, cujo *Facticidade e validade* (Habermas 1996) – a contribuição individual mais impressionante da teoria crítica frankfurtiana recente à teoria política e jurídica – sintetizou de maneira ambiciosa a ética do discurso

* Como há diferenças substantivas entre a tradução para o inglês e o original de *Das Recht der Freiheit*, optei por traduzir algumas das passagens citadas diretamente do alemão, indicando, após a referência da versão inglesa (Honneth 2014), a paginação do original (Honneth 2011). [N.T.]

neo-kantiana com a teoria do direito e literatura jurídica de alto nível. À sombra de Habermas, muitos teóricos críticos sentiram-se inspirados a se engajar, de maneira muito mais rigorosa e sistemática do que seus antecessores, com a teoria política e moral anglófona – e especialmente com a obra de John Rawls –, em que uma das tendências é o que podemos descrever livremente como uma virada moral ou, ao menos, como uma virada moral-filosófica.² Mas também entre outros que trabalham na tradição frankfurtiana, nós podemos identificar uma virada jurídica com muitos teóricos críticos acompanhando Habermas, nas décadas recentes, em direção aos terrenos um tanto bagunçados da literatura jurídica e constitucional.³

No entanto, se nós acreditarmos em Fraser e Honneth, então aparentemente essas tendências se esgotaram. Em parte por limitações de espaço e em parte porque me sinto obrigado a responder (na condição de um alvo implícito), aqui eu foco exclusivamente nas preocupações deles sobre o “legalismo” excessivo da teoria crítica. Uma resposta adequada à acusação

² O trabalho de Rainer Forst vem à mente de maneira imediata. Para uma contribuição inicial importante (e ainda vital) a este gênero, ver Baynes 1992. Sobre a relação Habermas-Rawls de maneira mais geral, ver o excelente livro organizado por James Gordon Finalyson e Fabian Freyenhagen (2011).

³ Ver, por exemplo, os escritos de Andrew Arato, Hugh Baxter, Seyla Benhabib, Hauke Brunkhorst, Jean L. Cohen, Sandro Ferrara, Günther Frankenberg, Klaus Gunther e David Rasmussen (obviamente, eles são teoricamente divergentes de Habermas em outros aspectos). Outros que tentaram empregar os recursos da teoria crítica para interrogar questões jurídicas e constitucionais incluem Simone Chambers, Todd Hendrik, Peter Niesen, Chris Zurn e eu mesmo. Na seção final do artigo, falo um pouco mais sobre esse amplo e crescente conjunto de trabalhos. Por fim, devemos mencionar alguns juristas cujos trabalhos inspiraram Habermas e com quem ele participou, periodicamente, de intercâmbios teóricos importantes: Ingeborg Maus, Frank Michelman e Ulrich Preuss.

de “moralismo” terá que esperar um outro dia (e também um respondente mais adequado). De maneira crucial, nem Fraser e nem Honneth negam que um modelo adequado de teoria crítica precisa dizer alguma coisa significativa sobre o direito. Honneth, em particular, discute extensamente sobre questões jurídicas em *O direito da liberdade* e em outros escritos-chave. Como indiquei, a preocupação deles se direciona, em vez disso, ao *legalismo* (supostamente) exagerado da teoria crítica recente, uma tendência que eles entendem que engendra uma redução problemática da análise social crítica a teorias da justiça indevidamente legalistas ou à “teoria constitucional”.

O compromisso que eles partilham de levar o direito a sério é vigorosamente expresso num intercâmbio animado que aconteceu há quase quinze anos, um intercâmbio em que, reconhecidamente, o direito não figurou de maneira proeminente, mas que veio à tona de forma iluminadora em momentos cruciais. Revisito o que Fraser e Honneth tinham a dizer naquele debate não apenas para enfatizar sua estima compartilhada pelo direito, mas também para refletir se eles conseguem analisá-lo com sucesso ou não. Apoio uma versão da preocupação de Honneth de que Fraser falha em fornecer uma base satisfatória para teorizar o direito ou seu lugar adequado na teoria crítica. Apesar da fidelidade expressa de Fraser à teoria crítica entendida como um esforço interdisciplinar, em última análise, o status do direito permanece pouco claro no interior daquele projeto (I).

Não obstante, Fraser também marca pontos críticos importantes contra Honneth. Eu me valho desses pontos para

oferecer uma reflexão detalhada da discussão sobre o direito feita por Honneth em *O direito da liberdade* (II). Em parte porque suas preocupações sobre os excessos de legalismo estão embasadas em afirmações problemáticas a respeito da assim chamada “juridificação” (*Verrechtlichung*) – afirmações introduzidas por Habermas, mas abandonadas desde então –, o pensamento de Honneth a respeito do direito também se mostra falho. Do meu ponto de vista, Honneth nunca justifica de maneira satisfatória sua hostilidade ao legalismo ou às teorias legalistas (III). Por fim, reflito brevemente sobre quais lições construtivas podem ser retiradas das intervenções de Fraser e Honneth para a teoria crítica frankfurtiana.

I

Em seu amplo intercâmbio de 2003, Fraser e Honneth se esforçam para ressaltar as vantagens analíticas e políticas de suas abordagens que competem entre si, ao mesmo tempo em que enfatizam as desvantagens correspondentes de seu oponente. Honneth, é claro, defende ali sua posição de que uma reinterpretação hegeliana de esquerda do conceito de reconhecimento é capaz de guiar a teoria crítica e contribuir da melhor maneira para o entendimento da sociedade moderna, que ele imagina como tendo institucionalizado três esferas distintas de reconhecimento (amor, direito e estima ou solidariedade; Honneth 1996). De acordo com sua perspectiva, a crítica de esquerda ao capitalismo não consegue ser efetivamente reformulada se a economia for concebida como um “sistema” autô-

nomo aliviado das tarefas de justificação normativa: recorrendo à linguagem da teoria social, ele insiste mesmo lá numa “certa primazia da integração social em oposição à integração sistêmica” (Fraser e Honneth 2003: 250). Quando adequadamente concebida, uma reformulação da teoria crítica nos termos da teoria do reconhecimento pode nos permitir compreender o capitalismo e suas patologias.

Em contraste, Fraser delinea o que ela descreve como dualismo perspectivo, segundo o qual a crítica social só consegue prosperar na base de um quadro teórico dualista em que as lógicas independentes da redistribuição e do reconhecimento são ambas levadas a sério. A redistribuição diz respeito a questões socioeconômicas e a injustiças baseadas na economia (capitalista) enquanto o reconhecimento se relaciona a questões de justiça cultural ou simbólica. Classe social é a categoria crucial no primeiro âmbito, enquanto que, nas lutas por reconhecimento, “as vítimas da injustiça são mais como grupos weberianos de status do que classes marxistas” (Fraser e Honneth 2003: 14). Uma teoria da justiça permanece no núcleo de sua posição, em parte porque, se comparada a Honneth, ela é menos uma hegeliana e mais algo como uma kantiana (e também mais algo como uma marxista) (ibid.: 28).

Para Fraser, a teoria monista e centrada no reconhecimento de Honneth ofusca as operações do capitalismo e oferece uma leitura “culturalista” enganosa das lutas políticas recentes. Em contraste, Honneth duvida que Fraser consiga fundamentar seu dualismo – que ele acha insatisfatório – de maneira adequada.

Ao apontar que Fraser negligencia o direito em sua longa contribuição inicial (102 páginas) ao intercâmbio entre os dois, Honneth é o primeiro a formular a questão do direito: Fraser o exclui “completamente de seu diagnóstico crítico de tempo” (Fraser e Honneth 2003: 151). Nós podemos descrever essa ressalva de abertura como a *tese da negligência*. Ressaltando as implicações mais amplas da desconsideração de Fraser, Honneth enfatiza sua visão concorrente do reconhecimento jurídico como indispensável à integridade pessoal e à modernidade. Dentro de seu quadro teórico mais geral, o direito não só possui um status analítico independente, mas também é fundamental para um conjunto vital de lutas sociais. Como ele tinha delineado anteriormente em *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, a batalha por direitos é essencial ao progresso moral e à conquista do auto-respeito. Da perspectiva de Honneth, o fato de Fraser negligenciar o direito necessariamente evidencia uma grande lacuna. Como ele comenta, “parecem ter sido sobretudo processos de legalização – expandindo o princípio do tratamento jurídico” que foram cruciais para garantir “as pré-condições mínimas de identidade” em muitas áreas da vida social na modernidade (ibid.: 188).

Honneth sugere que as lacunas jurídicas de Fraser apontam para alguns problemas mais profundos. Mais diretamente, isso mostra que foi *ela* quem, na verdade, teria sucumbido a uma visão culturalista unidimensional do reconhecimento, já que sua abordagem obstrui o papel fundamental do reconhecimento *jurídico* (Fraser e Honneth 2003: 152). É apenas enfatizando os traços culturais e simbólicos do reconhecimento de

maneira desproporcional que Fraser consegue construir o problemático contraste dualista entre redistribuição e reconhecimento, do qual depende todo seu quadro de análise. Honneth acredita que esse dualismo é falho por muitas razões, mas uma delas está diretamente relacionada aos descuidos jurídicos de Fraser. Sua negligência em relação ao direito gera uma certa tendência de subestima “elementos normativos da esfera econômica” que são decisivos, uma “dialética moral” inscrita de maneira profunda no interior do capitalismo (ibid.: 251; 152). Uma dialética como essa opera, por exemplo, em batalhas no ambiente de trabalho, quando empregados lutam não só por uma “salvaguarda funcional de sua capacidade de trabalhar”, mas por “uma garantia moral do reconhecimento social de sua dignidade e de seu *status*” (ibid.: 251). De maneira significativa, as lutas relevantes são comumente travadas no terreno jurídico, culminando em “restrições sócio-legais apropriadas do contrato de trabalho” (ibid.). Na visão de Honneth, o “*medium* através do qual esse tipo de luta social se desenrola é o direito moderno, que promete, a todos os membros da sociedade, respeito igualitário em relação a sua autonomia individual” (ibid.: 152).

Numa tréplica poderosa, Fraser insiste que sua abordagem não só consegue tratar do papel adequado do direito na teoria crítica, mas que conseguiria fazer isso de maneira mais efetiva. Ela contesta que o dualismo perspectivista

“concebe o direito como pertencente a ambas as dimensões da justiça – distribuição e reconhecimento –, onde ele está sujeito a servir, de uma só vez, como veículo e como remédio para a subordinação. Do lado do reconhecimento, algumas lutas jurídicas têm por

objetivo desfazer subordinações de *status* expressamente juridificadas – como testemunham campanhas para legalizar o casamento gay; outros recorrem ao direito para reparar subordinações de *status não-juridificadas* – como testemunham campanhas de para tornar a discriminação racial ilegal ou para exigir acesso a deficientes físicos” (Fraser e Honneth 2003: 220-221).

Ela acrescenta que seu quadro teórico alternativo reconhece melhor a centralidade do direito e dos direitos para as lutas políticas e sociais, a qualquer momento em que elas ocorram, o que inclui situações em que a mudança ou reforma jurídica pode ter “normas impeditivas da paridade” (Fraser e Honneth 2003: 221) como alvo.

Para Fraser, Honneth concebe o reconhecimento jurídico de maneira estreita, localizado no interior de uma esfera social diferenciada institucionalmente, concebido como fundamentalmente separado de tipos alternativos de reconhecimento intersubjetivo (amor e estima ou solidariedade) e de suas práticas sociais correspondentes. Em síntese, Fraser responde com o que nós podemos chamar de a *tese da compartimentalização*: a abordagem de Honneth está baseada numa estrutura conceitual tripartite (por exemplo, amor, direito e estima ou solidariedade) que, de maneira enganosa, coloca o direito em quarentena e que, portanto, potencialmente ofusca seu papel fundamental em várias áreas da experiência social. Mesmo que, ocasionalmente, Honneth reconheça que a legalização molda as lutas sociais em arenas sociais variadas, a rígida estrutura tripartite de sua teoria indica que ela distorce o papel do direito naquelas esferas de reconhecimento concebidas como distintas do reco-

nhecimento jurídico: “*Contra Honneth...* o casamento nunca foi regulado pelo princípio do cuidado [*care*]. Antes disso, na maior parte da história, ele foi uma relação econômica regulada pela lei” (Fraser e Honneth 2003: 219-220). O direito molda as relações íntimas de forma decisiva, de maneiras que são obscuras pela tentativa de Honneth de parcelá-lo numa esfera de reconhecimento separada.

Na minha opinião, Fraser identificou uma tensão real no pensamento jurídico de Honneth; falo mais sobre essa tensão adiante. Por um lado, o direito é concebido como algo que constitui uma esfera de reconhecimento distinta – e uma esfera que, ao menos na modernidade, resultou num sistema de direitos correspondente, diferenciado de práticas sociais baseadas em tipos alternativos de reconhecimento (Fraser e Honneth 2003: 138-140).⁴ O direito não constitui apenas uma forma de reconhecimento, mas uma esfera social específica, ocupando um lugar social separado e, em aspectos cruciais, um lugar qualitativamente distinguível de esferas sociais alternativas, que, ao menos em princípio, seriam mal atendidas se, de alguma maneira, a legalização invadisse essas esferas ou suas lógicas autônomas independentes. Em outras palavras, o reconhecimento jurídico (e os direitos fundamentais) é indispensável à realização de estruturas “ótimas” de reconhecimento na sociedade moderna. Ao mesmo tempo, nós precisamos resguardar a autonomia das esferas sociais e dos tipos de reconhecimento não-jurídicos contra invasões “legalistas” potencialmente perigosas e inapropriadas. Em sincronia com essa intuição, Hon-

⁴ Ver também Honneth 1996: 168-170.

neth por vezes se vale de um imaginário espacial e mesmo geográfico, descrevendo o progresso moral na modernidade como, por exemplo, “conquistado por meio do traçado de novas fronteiras entre as distintas esferas de reconhecimento” (ibid.: 188).

Por outro lado, Honneth observa com regularidade como batalhas políticas em várias arenas sociais frequentemente envolvem, direta e fecundamente, o direito e os direitos. Por vezes ele infere que o direito, ao menos sob condições modernas, possui atributos que, em princípio, justificam o papel muitas vezes decisivo que ele desempenha em incontáveis áreas da existência social:

“Como o princípio normativo do direito moderno, entendido como o princípio do respeito mútuo entre pessoas autônomas, tem um caráter inerentemente incondicional, aqueles afetados podem invocá-lo no momento em que vejam que as condições para a autonomia individual não estão mais protegidas adequadamente em outras esferas da sociedade. Exemplos de processos de legalização como esses, desencadeados ‘a partir de baixo’, não incluem apenas lutas pela realização de direitos sociais, mas também os debates complexos que têm lugar hoje em torno da garantia legal de tratamento igualitário no interior do casamento e da família” (Fraser e Honneth 2003: 188-189).

Nessa abordagem concorrente, a “legalização” de longo alcance não representa uma violação do amor como um modo distinto de reconhecimento, por exemplo, mas, em vez disso, potencialmente representa um meio legítimo e mesmo necessário para assegurar que o reconhecimento tome uma forma normativamente aceitável na esfera da intimidade. O direito não

desativa, mas, pelo contrário, ativa “estruturas de reconhecimento” mesmo fora da esfera (jurídica) dos direitos.

Eu acredito que essa ambiguidade teórica continua a afligir o pensamento de Honneth em *O direito da liberdade*: podemos nos basear, de maneira produtiva, na crítica de Fraser para apontar algumas das tensões em seus escritos mais recentes. No entanto, nós também devemos dar os créditos a Honneth por identificar uma fraqueza no pensamento jurídico de sua interlocutora. Ele insiste que, para Fraser, o direito

“meramente assume a forma de um garantidor secundário de reivindicações conquistadas em outro lugar. Fraser ainda não quer conceder qualquer significado independente aos direitos subjetivos – que conformam o núcleo dos sistemas jurídicos modernos igualitários – em seu programa teórico. Ao invés disso, direitos [*rights*] sancionados pelo Estado devem ter apenas a função puramente instrumental de equipar, após o fato e com certos poderes de obrigatoriedade [*enforcement*], direitos [*entitlements*] ao reconhecimento cultural ou à redistribuição econômica já alcançados. No entanto, esse instrumentalismo não me parece nem um pouco convincente porque ele esquece que direitos governam relações entre atores de maneiras fundamentais e, por isso, seu significado para a interação social não é somente funcional. Em vez disso, os direitos subjetivos que nós concedemos uns para os outros em virtude da legitimação do estado constitucional refletem quais reivindicações nós defendemos em conjunto para exigir garantias estatais a fim de proteger a autonomia de cada indivíduo. Esse caráter interativo dos direitos também nos permite explicar por que eles devem ser entendidos como fontes independentes e originárias de reconhecimento social nas sociedades modernas” (Fraser e Honneth 2003: 251-252).

Nessa leitura, Fraser não consegue ir além de uma visão “instrumentalista” e limitada do direito, de acordo com a qual ele serve “como um veículo da e como um remédio para a subordinação”, como um dispositivo usado alternadamente pelos poderosos ou pelos sem poder, em sua própria vantagem (Fraser e Honneth 2003: 220). Nós podemos descrever isso como a *tese instrumentalista*. De acordo com Honneth, a visão de Fraser ignora como o direito moderno e os direitos subjetivos modernos estão intimamente ligados a estruturas intersubjetivas básicas de reconhecimento, estruturas que não apenas servem mais do que propósitos instrumentais ou funcionais, mas, sem as quais, em última análise a autonomia individual e o Estado constitucional moderno seriam impensáveis.

Não é preciso endossar completamente a reformulação teórica que Honneth faz da teoria crítica a partir do reconhecimento para dar valor a suas preocupações. De fato, os breves comentários de Fraser sobre o direito tendem a enfatizar seu caráter instrumental. Apesar de haver um forte traço kantiano em seu pensamento, ele nunca a leva – como acontece com tantos outros influenciados por Kant – ⁵ a pensar seriamente sobre os direitos, sobre o *rule of law* ou sobre constitucionalismo. Em vez disso, o marxismo de Fraser – ou ao menos alguns vestígios remanescentes de um instrumentalismo jurídico do marxismo tradicional – provavelmente tende a se sobressair aqui.

⁵ Isso inclui algumas formulações na tradição frankfurtiana com fortes tendências neo-marxistas, como, por exemplo, Maus 1992. Sobre Maus e Habermas, ver Niesen e Eberl 2006: 23-28.

De maneira mais fundamental, ainda não está claro que o quadro teórico de Fraser forneça uma base suficientemente complexa para pensar, de maneira fecunda, o direito, seu lugar na sociedade contemporânea ou como uma teoria crítica do direito deveria ser. O padrão normativo que abrange sua teoria dualista é o que ela chama de “paridade participativa”, definida em sua interlocução com Honneth como uma norma de justiça que requer que os arranjos sociais necessariamente permitam que todos os membros (adultos) a interajam entre si como pares – e que deve ser “aplicada dialogicamente e discursivamente por meio de processos democráticos de debate público” (Fraser e Honneth 2003: 36; 43). Talvez não seja surpreendente que os fundamentos normativos de sua teoria tenham provocado uma resposta animada de muitos interlocutores (Oslo 2008).

Sou cético de que a “paridade participativa” conseguiria nos levar longe o suficiente para lidar com as nuances teóricas do direito moderno ou dos direitos. Como um ponto de partida para entender – e talvez para justificar – os direitos políticos modernos (e talvez os sociais), o conceito pode fazer parte do trabalho necessário. Seu espírito certamente parece estar em consonância com muitas teorias jurídicas republicanas, democráticas radicais e socialistas tradicionais. Mas, no momento em que começamos a operar com um quadro mais complexo (e, falando francamente, também mais liberal) do direito moderno, como precisamos fazer, suas limitações emergem. Poderíamos, por exemplo, contar, de maneira útil, com a ideia de paridade participativa para desenvolver uma defesa sofisticada de liberdades negativas ou “liberais”? Quão longe a paridade participa-

tiva pode nos levar a compreender o direito privado moderno (propriedade, contratos) ou mesmo o direito internacional – uma arena jurídica em que muitos princípios-chave e práticas parecem estar desconectados, para o bem ou para o mal, do ponto de partida normativo democrático-radical de Fraser? Um ponto de partida teórico mais apropriado – porque menos unilateral – seria talvez uma versão do que Habermas descreveu apropriadamente como a *cooriginariedade* da autonomia pública e da autonomia privada ou da democracia e dos direitos fundamentais (Habermas 1996: 82-131). Em contraste com Habermas, Fraser pode ser entendida como alguém que faz a sugestão problemática de que a paridade participativa (democrática-radical) seria capaz de fazer o complexo trabalho que Habermas atribui sensatamente a uma mistura mais rica e mais complexa de intuições democráticas e liberais.

Fraser tem pouco a dizer sobre o direito em parte porque, apesar de suas muitas virtudes, as bases de sua teoria provavelmente não fornecem a ela espaço suficiente para dizer mais sobre o direito. Essas limitações ajudam a explicar por que agora ela aparentemente tem poucos receios em acusar alguns de seus colegas de reduzir a teoria crítica ao legalismo. Como o status da literatura constitucional e jurídica ainda não é claro no interior de seu quadro teórico, a virada jurídica na teoria crítica recente provavelmente deve lhe parecer como algo peculiar e potencialmente contraproducente.

Apesar de algumas fragilidades, em sua interlocução com Fraser, Honneth ao menos *parece* oferecer ferramentas normativas e analíticas potencialmente fecundas para entender o

direito. Para ver se ele teve sucesso ao usar essas ferramentas posteriormente, precisamos nos voltar para o seu recente *O direito da liberdade*.

II

Não obstante as mudanças tanto em sua perspectiva filosófica básica quanto em sua terminologia conceitual, *O direito da liberdade* de Honneth, assim como seus escritos anteriores, vê o direito como expressão de “um componente social original da subjetividade humana” (Loick 2014: 765). Com o objetivo de atualizar e, assim, inevitavelmente também de revisar os *Princípios da Filosofia do Direito* de Hegel, Honneth fala agora em *liberdade* jurídica, que ele concebe, tal como ele encarava anteriormente o reconhecimento jurídico, como um componente indispensável e necessário de uma sociedade livre e decente. A mais recente interpretação que Honneth faz da teoria crítica parece ao menos oferecer, inicialmente, espaço analítico substantivo para uma avaliação apropriada das conquistas do direito moderno.

Apesar disso, *O direito da liberdade* traz evidências de uma mudança sutil, mas decisiva, no pensamento de Honneth sobre o direito. Agora se baseando também em alguns dos primeiros *insights* controversos de Habermas sobre “juridificação”, Honneth está mais inflexível – ou, pelo menos, está muito mais claro – do que em seus escritos anteriores sobre “patologias jurídicas” que resultam do que ele vê como os potenciais perigos ou como a “absolutização” da liberdade jurídica (Honneth

2014: 86-94). Nessa análise atualizada, a teoria crítica precisa prestar muita atenção aos aparentes excessos do legalismo, excessos que levam muitos a escolher caminhos errados, de tal maneira que a filosofia social com orientação crítica é reduzida a teorias da justiça patológicas (legalistas) correspondentes. Ainda mais importante é o fato de que esses excessos constituem as principais patologias na sociedade contemporânea e precisam ser combatidos.

Da minha perspectiva, as preocupações de Honneth não são suficientemente defendidas. Para começar a entender por quê, nós precisamos primeiro compreender como os dilemas da *compartimentalização* voltam novamente à tona.

Por um lado, frequentemente *O direito da liberdade* parece estar devidamente ciente das diversas maneiras pelas quais o direito e os direitos contribuem para assegurar a liberdade moderna. A longa seção final do livro, onde encontramos a discussão feita por Honneth sobre a manifestação mais elevada ou mais completa de liberdade (“liberdade social”), inclui numerosas alusões ao papel fundamentalmente positivo que o direito desempenha tanto no mercado quanto no Estado democrático.⁶ Como qualquer observador atencioso certamente deve fazer, Honneth compreende que várias das grandes reformas políticas e sociais que parcialmente humanizaram a modernidade foram codificadas no direito e também entende que vários dos esforços para introduzir reformas não só culminaram em

⁶ Por exemplo, onde Honneth descreve a luta por direitos fundamentais “como a preparação institucional para uma terceira esfera de liberdade social” (Honneth 2014: 260) e onde ele parece louvar a Declaração de Direitos Humanos da ONU (ibid.: 279-280).

demandas por legalização, mas foram em parte bem-sucedidos tendo por base demandas legais e constitucionais.

Por outro lado, Honneth continua a associar o direito a um conjunto específico de práticas sociais e instituições circunscritas, no qual o ideal ou princípio da liberdade jurídica está ordenadamente inscrito e a partir do qual ele espera distinguir formas alternativas (e supostamente mais desenvolvidas) de liberdade junto com suas instâncias institucionais correspondentes. Os contornos aparentemente bem arrumados da estrutura arquitetônica de sua teoria se complicam, de maneira reveladora, pelo fato de que o direito e os direitos emergem, como indicado, em momentos decisivos mesmo nas esferas “mais elevadas” de liberdade social, ou seja, na economia de mercado e também na democracia. Como veremos, mesmo na discussão sobre o direito feita ali, Honneth infelizmente evidencia uma propensão a enfatizar suas limitações congênitas. Mais uma vez, a razão analítica subjacente é uma tendência teórica embutida de ver o direito como um “componente social da subjetividade humana” crucial, mas necessariamente compartimentalizado, como uma característica vital da liberdade e, portanto, essencial para as instituições modernas. Mas, se lhe for permitido colonizar ou suplantar formas alternativas de liberdade e suas bases institucionais, corre o risco de se tornar contraproducente. Como *O direito da liberdade* parece mais preocupado com as falhas irreprimíveis do direito do que os trabalhos anteriores do autor, seu mais novo livro tende a destacar, de maneira correspondente, seus potenciais perigos.

É certo que há razões legítimas para que alguém possa se preocupar com a aplicação inapropriada de modos legalistas ou judiciais de análise e de raciocínio a certos âmbitos políticos e sociais, como o último livro de Judith Shklar (1986) observou incisivamente, numa famosa discussão sobre o assunto. O tipo de raciocínio encontrado no tribunal entre juristas, apenas para mencionar um exemplo, é melhor concebido como sendo diferente do discurso entre ativistas políticos populares que operam na sociedade civil. Um modelo excessivamente jurídico de discurso político pode, conseqüentemente, prestar um desserviço real à política democrática. Como o teórico do direito do início da Escola de Frankfurt, Franz L. Neumann, observou de maneira similar num ensaio muito atencioso (1953), a liberdade jurídica ou legal é indispensável, mais ainda assim insuficiente para uma sociedade decente e livre e, por isso, necessita ser complementada com o que Neumann denominou de liberdade “cognitiva” e também “volitiva”, em que ambas dependem de sua abordagem sobre liberdade jurídica ao mesmo tempo em que a suplantam (Neumann 1996b: 195-230). Em síntese, sociedades livres politicamente e decentes socialmente requerem mais do que direitos fundamentais liberais, constitucionalismo e o *rule of law*; regimes autoritários (como, por exemplo, a Prússia do século dezenove ou a Cingapura contemporânea) podem por vezes alcançar um mínimo de segurança jurídica ou de liberdade jurídica. À primeira vista, a tese de Honneth de

que a liberdade precisa ser vista como algo que contém muito mais do que a “mera” liberdade jurídica parece incontroversa.⁷

Não obstante, a versão de Honneth dessa intuição, que antes parecia potencialmente razoável, engendra dificuldades; dificuldades que parecem originar da estrutura básica de sua teoria. Honneth não se preocupa simplesmente, como Shklar e outros, com aplicações problemáticas ou extensões indevidas da racionalidade ou dos modos de ação jurídicos ou judiciais. Apesar de alguns comentários ocasionais em sua interlocução com Fraser sugerirem o contrário, Honneth acredita que o papel do direito precisa ser precisamente e de fato fundamentalmente circunscrito naquelas arenas sociais que, em sua visão, são instâncias de tipos alternativos de reconhecimento e liberdade sociais.⁸ Esse impulso por *compartimentalizar* o direito o leva a lamentar suas “patologias” quando provavel-

⁷ Talvez essa seja a razão para explicar por que a literatura de comentário sobre Honneth, que em outros casos é valiosa, não disse muito sobre suas visões sobre o direito ou sobre suas vulnerabilidades. Ver, por exemplo, Brink e Owen (orgs.) 2013; Zurn 2015.

⁸ Como deve se tornar claro a seguir, as preocupações de Honneth com o legalismo são complicadas e multifacetadas. Sua abordagem não as desembaraça suficientemente, mas espero que a minha exegese crítica possa ajudar a fazer isso. Em primeiro lugar, ele se preocupa com as limitações ou com a inadequação da liberdade jurídica, concebida como um sistema de direitos subjetivos, e, assim, surge a necessidade de uma concepção mais ampla de liberdade. Em segundo lugar, ele está preocupado com a extensão do direito a contextos sociais em que ele julga que essa extensão é inapropriada e potencialmente contraproducente. Essa segunda vertente contém às vezes uma ansiedade quase psicológica a respeito do impacto do legalismo na personalidade humana. De maneira mais abrangente, a crítica de legalismo está embasada, em última análise, numa preferência metodológica (hegeliana) por ver a normatividade como algo localizado no interior da prática social e histórica, uma posição que obviamente o distingue dos kantianos “legalistas” (e de outros). Apesar de sua importância, sou obrigado a negligenciar esse último aspecto de sua crítica neste artigo. (Agradeço a Maeve Cook por grande parte desta formulação.)

mente existem poucas razões para fazê-lo. E, em última análise, esse impulso o encoraja a, em *O direito da liberdade*, a minimizar um ponto que ele reconheceu diretamente em seu debate com Fraser: nas sociedades modernas, o *medium* do direito é, em princípio, essencial para a liberdade e para o reconhecimento em *toda* sociedade. Poderíamos debater as razões específicas de por que isso é assim,⁹ mas permanece o fato de que a legalização é *central* para a liberdade não simplesmente numa esfera social limitada de “reconhecimento jurídico” ou de “liberdade jurídica”, mas também potencialmente em outras esferas de reconhecimento e em outros tipos de liberdade.

Apesar de modelar seu livro com base na *Filosofia do direito* de Hegel, a discussão de Honneth sobre o direito de fato difere, de maneira reveladora, da de seu predecessor.

Em primeiro lugar, a análise jurídica de Honneth é decididamente mais truncada do que aquela encontrada na *Filosofia do direito* de Hegel, onde uma atenção significativa foi dada não apenas ao “direito abstrato” (personalidade jurídica, propriedade, contratos etc.), mas também à “administração da justiça” (ao judiciário, por exemplo), ao constitucionalismo, ao direito penal, ao *rule of law*, à separação de poderes, à burocracia estatal (e a sua relação com o *rule of law*) e até mesmo ao direito internacional (Hegel 1991). De maneira impressionante, Hegel era versado tanto nos grandes debates da teoria do direito de sua época quanto na empiria e nas tecnicidades jurídicas.

⁹ Eu diria que o pluralismo moderno é a razão mais fundamental para por que o direito e a legalização são essenciais para a liberdade na família, na economia e assim por diante.

Honneth oferece uma abordagem mais limitada; ele tende a focar suas energias analíticas em reafirmar os comentários críticos de Hegel sobre o direito abstrato (Honneth 2014: 73-76; 81-82). É certo que Honneth empreende uma discussão abrangente sobre direitos fundamentais modernos (liberais, políticos e sociais) e ele tem muitas coisas interessantes a dizer sobre eles. Mas sua preocupação com o direito entendido como um sistema de relações horizontais entre portadores de direitos fundamentais significa que ele negligencia componentes centrais do direito moderno. Esses componentes – o *Rechtsstaat* (ou *rule of law*) vem imediatamente à mente – podem, em algumas abordagens teóricas, estar intimamente relacionados com os direitos fundamentais, mas ainda assim seria equivocado interpretá-los como nada mais do que auxiliares conceituais e institucionais aos direitos.¹⁰ Não é surpreendente que mesmo leitores simpáticos ao livro vão se sentir desconfortáveis para postular que Honneth está à altura da exposição nuançada do direito moderno que nós encontramos na *Filosofia do direito*. Na análise de Honneth do Estado democrático-constitucional moderno, por exemplo, os leitores procurarão em vão por mais do que uma análise superficial de vários assuntos jurídicos e institucionais familiares, que são tipicamente vistos como pertencentes a esta rubrica (ibid.: 304-328).¹¹

¹⁰ Um ponto que, a propósito, é levantado por uma ampla gama de teóricos do direito, desde Joseph Raz e Jeremy Waldron até Lon Fuller e Franz L. Neumann.

¹¹ Compare também o tratamento superficial dado por Honneth com a discussão impressionante feita por Habermas em *Between Facts and Norms*. Falo mais sobre o significado desse contraste adiante.

Talvez Honneth acredite que essa negligência é justificada uma vez que, aparentemente, a sociologia e a historiografia oferecem recursos mais ricos para analisar a democracia constitucional do que o “paradigma jurídico” da filosofia política contemporânea (Honneth 2014: 329). No entanto, as lacunas que resultam disso continuam sendo impressionantes e, em última instância, problemáticas.

É claro que um dos objetivos centrais de Honneth é superar as preocupações jurídicas ou legalistas inapropriadas da filosofia política contemporânea. Mas, Honneth quer simultaneamente defender algumas afirmações bastante robustas acerca dos limites do direito moderno e de suas patologias, não obstante a base estreita de sua discussão jurídica. De maneira reveladora, numa seção crucial em que Honneth se encarrega de atualizar a tese habermasiana da juridificação, seus principais exemplos de apoio são um filme de Hollywood, *Kramer v. Kramer*, e um romance recente, *Indecisão*, de Benjamin Kunkel (Honneth 2014: 88-94). Com exceção de alguns escritos (controversos) de Philip Howard, um escritor popular cujas polêmicas sobre os perigos do legalismo lhe deram repercussão e seguidores, principalmente entre conservadores norte-americanos e outros que reivindicam a assim chamada “reforma da responsabilidade civil”, Honneth parece ser relativamente não versado nas literaturas acadêmicas relevantes da teoria do direito e da sociologia jurídica.¹²

¹² Ele também cita uma fonte acadêmica alemã um tanto defasada (1980). Para uma pesquisa recente da literatura massiva sobre juridificação, ver Lars Chr. Blichner e Anders Molander 2008: 36-54.

Em segundo lugar, a versão de Hegel retrabalhada por Honneth não é apenas limitada, mas também altamente seletiva. Ele se apoia nas ideias de Hegel sobre os limites necessários do direito abstrato que, na *Filosofia do direito*, representavam uma “esfera de imediatidade do direito”, uma realização institucional da faceta menos desenvolvida da liberdade moderna, da personalidade jurídica moderna, da propriedade e dos contratos (Hegel 1991: 130).¹³ Honneth postula, corajosamente, que a compreensão de Hegel sobre as limitações do direito abstrato “nos dá uma ferramenta essencial para reconstruir normativamente o desenvolvimento dos direitos subjetivos até o presente”, e, de fato, o “inteiro espectro de direitos liberais” (Honneth 2014: 76; 86). Ao nos apoiarmos na crítica de Hegel ao direito abstrato, conseguimos compreender as limitações fundamentais dos direitos liberais modernos (e também, ele afirma, dos direitos sociais) (ibid.: 76-80). Contrastando nitidamente com os “direitos políticos de participação”, que “se referem a uma atividade que só é possível de ser exercida em cooperação”, os direitos liberais e sociais meramente “asseguram aos sujeitos um espaço protegido para ações ego-cêntricas e liberadas da pressão da responsabilidade” (ibid.: 79; 23; Honneth 2011: 144; 47). Eles estão baseados “no direito do indivíduo moderno a um desenvolvimento puramente privado

¹³ Acredito que a tendência de se voltar às ideias de Hegel sobre os limites do direito abstrato para fazer algumas reivindicações bastante gerais sobre o direito moderno (e seus limites) já ocorria em duas conferências de 1999, publicadas por Honneth como livro em *The Pathologies of Individual Freedom: Hegel's Social Theory* (Honneth 2010: 28-34). Lá, ele lê a discussão de Hegel sobre o direito abstrato como se já aponhasse para “o caráter negativo do direito formal” (ibid.: 36).

de sua própria vontade” (Honneth 2014: 73; Honneth 2011: 132).

Ainda que o espírito subjacente ao movimento feito por Honneth aqui seja certamente semelhante àquele do original hegeliano, algumas divergências programáticas são reveladoras. É claro que Hegel também enfatizou os limites do direito abstrato na seção de abertura da *Filosofia do direito*. Mas ele o fez para demonstrar por que e como *características mais desenvolvidas do direito moderno* (como, por exemplo, o *rule of law*) poderiam ser entendidas, sensatamente, como representantes correspondentes às instâncias mais maduras da liberdade. Muito da análise impressionante da *Filosofia do direito* sobre assuntos jurídicos é encontrada em sua discussão detalhada da “vida ética”, que, para Hegel, representava a liberdade moderna em suas variedades mais avançadas. Com base na reconstrução de Honneth, pode-se facilmente deixar escapar o fato de que, por exemplo, Hegel foi um defensor ardoroso do direito formal codificado e do *rule of law*, um conceito que só aparece de passagem na análise de Honneth e a respeito do qual ele às vezes parece demonstrar preocupação ou ao menos sentimentos conflitantes.¹⁴ Visto de uma posição hegeliana ortodoxa, Honneth dedica uma atenção desproporcional à discussão crítica de abertura da *Filosofia do direito* sobre o direito abstrato enquanto que negligencia a análise de Hegel sobre o direito em suas manifestações mais desenvolvidas. Isso é, claro, uma estratégia

¹⁴ Ao menos se nós associarmos parcialmente, como fez Hegel, o *rule of law* com o direito codificado. Para as preocupações de Honneth com a codificação, ver Honneth 2014: 89-90. Sobre Hegel e o *rule of law*, ver, por exemplo, Avineri 1972: 190-193 e Smith 1991: 145-148.

conveniente: os supostos limites do direito abstrato servem, para Honneth, como uma plataforma para enfatizar aquelas que são as supostas limitações fundamentais de conquistas vitais da modernidade jurídica, a saber, os direitos liberais e sociais modernos, como se fosse possível aplicar a análise de Hegel sobre as bases jurídicas do sujeito burguês moderno diretamente a toda uma gama de direitos subjetivos modernos. Não é uma surpresa que mais da metade do capítulo de Honneth sobre a liberdade jurídica seja dedicado a expor sua estreiteza, uma consequência que não é consonante com a abordagem geral – e decididamente mais “legalista” – de Hegel sobre a liberdade. A conclusão um tanto não-hegeliana que Honneth tira é a de que precisamos “ir além da esfera do direito” para realizar a liberdade plenamente e não só, como acreditava Hegel, ir além dos limites de um *componente* limitado e incompleto do direito moderno (Honneth 2014: 83).

Em terceiro lugar – e de alguma maneira algo previsível à luz da discussão anterior –, Honneth também oferece uma leitura um tanto unilateral dos direitos subjetivos modernos e, por vezes, do direito moderno de maneira geral. “[A] constituição de uma esfera de liberdade individual forma o núcleo da liberdade jurídica” em que “atores solitários apenas com objetivos estratégicos superficiais” perseguem seus interesses privados (Honneth 2014: 81; 83; Honneth 2011: 147; 151). Nessa perspectiva, os direitos liberais e sociais criam “um espaço puramente privado, aproveitável apenas de maneira monológica”, dando direito a cada sujeito de “retirada da rede da ação comunicativa e, assim, ser liberado da imposição de obrigações normativas”

(Honneth 2014: 83-84; Honneth 2011: 152). O direito do trabalho moderno, por exemplo, é aparentemente atormentado pela estreiteza congênita da liberdade jurídica. Os direitos sociais no local de trabalho extraem os trabalhadores, de maneira inapropriada,

“de suas comunidades formadas nesse meio-tempo. Aqui se revela mais uma vez o que nós já tínhamos descoberto sobre o efeito dessocializador dos direitos subjetivos: na medida em que eles garantem ao indivíduo a proteção jurídica à sua esfera privada do e, com isso, lhe entrega a possibilidade de se defender de expectativas e fardos irrazoáveis, eles tendem também a ‘alienar’ o indivíduo de seu ambiente comunicativo, deixando-o para trás como sujeito de direito ‘monológico’ ensimesmado” (Honneth 2014: 231; Honneth 2011: 427).

Infelizmente, Honneth oferece pouca evidência para essa reivindicação empírica controversa. De uma perspectiva hegeliana convencional, a confusão da liberdade jurídica com o direito de “se retirar de todas as obrigações e vínculos sociais” parece estranha.¹⁵ Hegel, é claro, associava formas rudimentares de direito abstrato com a instituição social da propriedade privada (Honneth 2014: 81). A tese exegética de que a *Filosofia do direito* via o direito como garantia de “que os sujeitos podem se retirar de vínculos e obrigações dadas” parece surpreendente, uma vez que, na versão original de Hegel, mesmo o direito abstrato estava diretamente incorporado nas práticas sociais vividas (ibid.: 126).

¹⁵ Ver também Honneth 2010: 36.

Mais importante para os nossos propósitos aqui, esse movimento analítico ajuda Honneth a, mais uma vez, enfatizar as (supostas) limitações necessárias do direito. Se, de fato, as liberdades fundamentais básicas representarem nada mais do que a liberdade da mônada isolada e autocentrada (burguesa ou ao menos proprietária), quem poderia negar que, na melhor das hipóteses, essas liberdades dão uma contribuição estreita à liberdade?¹⁶

O que Honneth oferece em sua defesa central da ideia dos limites da liberdade jurídica é, essencialmente, uma fenomenologia do sujeito jurídico moderno. Infelizmente, sua análise parece um tanto assimétrica. Ele provavelmente está certo quando diz que a subjetividade jurídica moderna requer implicitamente dos agentes jurídicos que eles “se encontrem sob a abstração] dos motivos pessoais e das orientações de valor”, que, como participantes numa comunidade jurídica, os indivíduos sigam as regras gerais e respeitem os direitos abstratos dos outros, independentemente do que eles pensem sobre suas crenças ou saibam sobre suas intenções (Honneth 2014: 82). No entanto, isso dificilmente sustenta a conclusão de que “o direito promove atitudes e práticas comportamentais que ficam justamente no caminho de um exercício da liberdade que ele mesmo cria” (Honneth 2014: 83; Honneth 2011: 151). Isso se segue apenas em razão da leitura hiper-privatista feita por Honneth do

¹⁶ Honneth critica vigorosamente o reducionismo marxista ortodoxo na compreensão dos direitos fundamentais. Mas a leitura problemática feita por Marx das liberdades civis modernas (como os direitos do burguês) assombra Honneth da mesma maneira que o contraste excessivamente agudo entre direitos democráticos-participativos e direitos civis liberais de Marx. Ver Honneth 2014: 74.

direito subjetivo. Segundo é alegado, os contornos básicos des-socializadores, monológicos e estratégicos do direito moderno impedem o sujeito jurídico moderno – concebido principalmente como um portador de direitos liberais e sociais – de enxergar os outros como sujeitos éticos concretos, com os quais precisamos nos comunicar e, potencialmente, perseguir projetos comuns. Eles nos forçam a ver as outras pessoas não como parceiros dialógicos e práticos, inevitavelmente envolvidos num sistema mais amplo de cooperação social, mas, pelo contrário, a vê-las como competidores “estrangeiros” cujos projetos e ideias não são apenas distintos, mas estrategicamente opostos aos nossos próprios. Apesar de estar embasado numa forma de reconhecimento, aparentemente o direito moderno favorece o “distanciamento egocêntrico” que conflita com formas mais desenvolvidas de reconhecimento (Honneth 2014: 124-125). Ainda que todo sistema jurídico seja parasitário da confiança mútua, a liberdade jurídica “torna impossível o acesso ao mundo dos vínculos e das responsabilidades intersubjetivas” uma vez que ela distorce e, até mesmo, nega laços intersubjetivos indispensáveis a uma formação bem-sucedida da identidade e aos tipos de liberdade mais desenvolvidos (Honneth 2014: 84; Honneth 2011: 151). A liberdade jurídica promete autonomia privada, mas não consegue apoiar a reflexão ética e a cooperação social de que necessariamente dependem aqueles que a exercem.

No que diz respeito à análise sobre o direito de propriedade ou contratual, é provável que algo possa ser dito em favor dessa leitura. No entanto, é preciso ter em mente que Honneth

tem um alvo maior em mente: ele quer estender as preocupações de Hegel sobre o direito abstrato para arenas em que elas não mais se aplicam sem ambiguidades. A consequência mais imediata é que Honneth minimiza até mesmo como os direitos fundamentais liberais necessariamente representam mais do que os direitos do ator estratégico isolado, objetificado e egoísta. Ele também traça um contraste excessivamente agudo e provavelmente enganoso entre direitos democráticos e direitos participativos que, em sua perspectiva, garantem “autonomia coletiva para cidadãos e cidadãs socializados, na medida em que debatem em meio à cooperação da sociedade civil”, por um lado, e direitos civis e sociais, do outro (Honneth 2014: 72; Honneth 2011: 131). No entanto, mesmo direitos básicos como à segurança jurídica e ao devido processo podem ser interpretados, de maneira plausível, como ativadores de formas de intersubjetividade ricamente desenvolvidas, convidando os indivíduos a explorar possíveis vínculos e responsabilidades intersubjetivas, em conjunto com formas de cooperação social que os acompanham. É difícil de ver por que eles necessariamente exigem que nós tratemos os “parceiros de interação sempre apenas como atores com interesses estratégicos”, ao invés de serem tratados como possíveis parceiros cooperativos e dialógicos (Honneth 2014: 85; Honneth 2011: 155). De maneira semelhante, é difícil sondar como formas desejáveis de intersubjetividade social poderiam prosperar em meio à insegurança e ao poder arbitrário, condições deploráveis que os direitos civis liberais e as proteções jurídicas fundamentais têm corretamente como alvo.

A sugestão de Honneth relacionada à questão de que os direitos sociais modernos são atormentados de forma análoga pelo núcleo (supostamente) atomizado e estratégico da personalidade jurídica moderna parece ser unilateral de maneira semelhante. Por que não, ao invés disso, ver os direitos sociais como indispensáveis à participação plena numa comunidade política e social compartilhada, como essenciais à autonomia de “cidadãos plenamente socializados” envolvidos diretamente na cooperação social, tal como famosamente o fez T. H. Marshall? Por que postular que a legalização de demandas sociais na forma de direitos abstratos significa que eles também constituem, em última análise, “uma relação meramente negativa e interruptiva de um contexto ético de práxis” (Honneth 2014: 86; Honneth 2011: 156)? Honneth sustenta essa tese com exemplos concretos, observando que

“Se alguém invoca seu direito de liberdade de expressão garantido pelo Estado, então esta pessoa obrigatoriamente se refere aos terceiros que contestam seu direito de uma tal maneira que torna-lhe impossível compreendê-los como destinatários do discurso pretendido; quem se vale do direito individual ao divórcio para se separar de seu cônjuge, destruiu com isso, definitivamente, qualquer chance de discutir, de maneira conjunta e à luz das experiências até então compartilhadas, os caminhos de vida que passam a correr em separado a partir daquele momento; e, por fim, aquele que reivindica seu direito de liberdade de opinião judicialmente não vai conseguir começar a fazer valer suas convicções no espaço público da formação da vontade da mesma maneira como anteriormente. Aqui, a reivindicação de um direito subjetivo cria sempre apenas um tipo de estado de exceção temporário, em que aquilo que trataria propriamente de uma conformação

autônoma da vida fica, de certa maneira, ocultado ou entre parênteses” (Honneth 2014: 85; Honneth 2011: 154-155).

As observações feitas aqui potencialmente representam hipóteses empíricas fecundas e pontos de partida em potencial para uma fenomenologia ou talvez para uma psicologia social da experiência jurídica. No entanto, eles dificilmente parecem auto-evidentes. Na verdade, eles provavelmente só são plausíveis se nós aceitarmos a visão não-convincente de Honneth de que os direitos subjetivos modernos são, fundamentalmente, egocêntricos, objetificadores e estratégicos. Mas por que fazer isso?

Também é importante notar que, aqui, Honneth vai longe o suficiente para sugerir que os direitos *políticos* fundamentais estão sujeitos aos limites da liberdade jurídica concebida como fundamentalmente estratégica e egocêntrica. Apesar de ele traçar uma linha entre os direitos democráticos e os direitos liberais e sociais, geralmente contrastando o caráter privatista dos últimos com os contornos cooperativos e mais plenamente intersubjetivos dos primeiros, aqui – e talvez isso seja revelador – eles são tratados conjuntamente como se fossem um feixe. Em uma leitura plausível, as preocupações de Honneth em relação aos excessos do legalismo estão focadas principalmente no direito *privado*, não no direito *público*.¹⁷ Mas, em momentos cruciais, eu me preocupo com o fato de que a divisão entre eles possa ficar borrada e, então, a crítica de legalismo talvez seja

¹⁷ Agradeço a um dos revisores anônimos por me encorajar a esclarecer este ponto.

diretamente estendida a direitos fundamentais democráticos, como a livre expressão.

Quando *O direito da liberdade* trata de formas desenvolvidas de liberdade social como fundamentadas na democracia moderna, nós nos deparamos com a mesma tendência de verificar o que Honneth aparentemente considera ser um entusiasmo inapropriado pelo direito e pelos direitos:

“em retrospectiva histórica, foi mostrado quão poucas as condições nas outras esferas institucionais se deixaram simplesmente influenciar por meios do Estado de direito: seja no âmbito institucional das relações pessoais, seja no das trocas econômicas no mercado, em que as normas autorreferenciais de cada âmbito estão sujeitas a uma forma autônoma de liberdade social, as chances de realização dos princípios subjacentes foram, no curso da história, melhoradas decisivamente por meio de intervenções político-jurídicas; mas, como foi possível ver, na maioria das vezes esses avanços resultaram antes de mudanças, mediadas por conflitos, na percepção e na mobilização coletivas dos respectivos princípios de liberdade. Frequentemente, o direito teve aqui – e se é que teve – apenas a função de uma legalização retrospectiva de melhoras que já haviam sido conquistadas pela luta, mas em que ocasionalmente uma fixação estatal desse tipo ou não era possível ou não era necessária e os avanços conquistados se expressaram apenas em costumes e práticas modificados. O motor e o *medium* dos processos históricos de realização de princípios institucionalizados de liberdade não é, em primeiro lugar, o direito, mas as lutas sociais em torno de sua compreensão apropriada e as modificações comportamentais que resultam disso” (Honneth 2014: 329; Honneth 2011: 613-614).

Novamente, observamos uma tendência a *compartimentalizar* o direito de modo a minimizar o papel direto e não-mediado de dar suporte à liberdade que ele produtivamente desempenha em vários contextos sociais, o que inclui a economia e a família. Honneth se vale implicitamente de contrastes conceituais agudos (“direito *versus* luta social”, “direito *versus* hábitos e *mores*”) para enfatizar a estreiteza do direito. Mas esses contrastes são provavelmente exagerados. Na verdade, sua própria abordagem histórica pode ser lida a contrapelo como uma perspectiva que enfatiza as maneiras pelas quais, ao menos na modernidade, as lutas sociais são sempre simultaneamente lutas sobre o direito e os direitos, um argumento que foi desenvolvido pelo próprio Honneth ao criticar Fraser na interlocução de 2003:

“[P]arece que, acima de tudo, são os processos de legalização – que expandem o princípio de tratamento jurídico – que têm o potencial inerente de intervir de maneira corretiva no interior de outras esferas de reconhecimento, garantindo a proteção das pré-condições mínimas da identidade” (Fraser e Honneth 2003: 188).

Infelizmente, esse *insight* decisivo é deixado de lado de maneira muito frequente em *O direito da liberdade*.

É certo que, por exemplo, *mores* e costumes igualitários na família ou na economia não são de forma alguma tipicamente “produzidos” pela ação estatal de cima para baixo ou pela intervenção jurídica. Mas ainda continua sendo verdade que a reforma política e jurídica está entrelaçada a essas mudanças “culturais” e que é difícil imaginar as últimas sem a primeira. Honneth realmente tem a intenção de afirmar que

mudanças jurídicas progressistas na família ou nas relações de gênero, por exemplo, *seguiram* temporalmente mudanças culturais ou sociais anteriores ou mesmo que as mudanças em questão poderiam ter ocorrido sem reformas políticas e jurídicas de longo alcance? É claro, lutas sociais geralmente precedem mudanças jurídicas. Mas essas lutas são comumente travadas sob a bandeira da reforma jurídica e dos direitos humanos. O direito não simplesmente as codifica “depois do fato”, mas oferece um ponto de partida fértil para que elas possam ser lutadas e também para que possam surgir lutas futuras.

Em alguns momentos, o alvo de Honneth não é nada mais do que a ideia estatista e simplista (e descreditada com razão) de que é possível legislar ou regular mudanças sociais profundas “de cima”, via “iniciativa da legislação democrática”, sem atenção adequada ao contexto social e cultural mais amplo (Honneth 2014: 330). Essa preocupação é, é claro, perfeitamente legítima. Mas vê-la como algo que oferece evidência para os perigos do legalismo e das teorias legalistas da justiça em geral é um exagero. Em momentos demais de *O direito da liberdade*, qualquer que seja o caso, agora Honneth prefere ver o direito como periférico, secundário e, aparentemente, até mesmo contraproducente para a liberdade moderna. Infelizmente, ele falhou em tirar vantagem dos *insights* potencialmente fecundos sobre o direito que ele esboçou em sua interlocução com Fraser. Em vez disso, *O direito da liberdade* corrobora as preocupações de Fraser a respeito da *compartimentalização*.

III

Para tornar suas preocupações sobre os excessos do legalismo compreensíveis, Honneth revisita as ideias de Habermas sobre *Verrechtlichung* (juridificação), tal como originalmente formuladas nas seções que concluem a *Teoria da ação comunicativa* (Habermas 1987). Lá, Habermas contava com uma literatura empírica substantiva para postular que a regulação jurídica em geral às vezes servia, de maneira contraproducente, como um canal por meio do qual os “subsistemas da economia e do Estado, controlados pela mídia, intervinham com meios monetários e burocráticos”, de maneiras que enfraqueciam a autonomia, ao invés de lhe dar sustentação (ibid.: 356). Modos inapropriados de regulação jurídica permitiam a “colonização” do mundo da vida, particularmente naquelas esferas de atividade social – seus exemplos incluíam a família e as escolas – em que as estruturas comunicativas eram relativamente robustas e as organizações formais eram escassas.

Por mais que Honneth abandone a divisão sócio-teórica binária e controversa entre sistema e mundo da vida feita por Habermas, ele ecoa Habermas diretamente ao diagnosticar a existência de evidência substantiva de uma tendência perturbadoramente generalizada “de insistir tanto no nosso papel de portadores de direitos [subjetivos]” que “o potencial para arbitragem da ação comunicativa [...] precisa recair no esquecimento” (Honneth 2014: 88; Honneth 2011: 160). A liberdade jurídica é perigosamente “autonomizada” quando seus limites inevitáveis são ignorados. É muito frequente que, hoje, uma

preocupação com direitos abstratos e regras jurídicas formais se prove contraproducente e potencialmente patológica.

Honneth não parece estar interessado nas razões pelas quais Habermas abandonou sua versão original do argumento, que passou por um *face-lift* extensivo e apropriado em *Facticidade e validade* (Scheuerman 2013: 571-586). Como Daniel Loick notou, Honneth reproduz a propensão inicial e infeliz de Habermas de “minimizar as relações de subordinação e de violência nas esferas da família e da escola” (Loick 2014: 768).¹⁸ No processo, ele abraça o antigo e falho diagnóstico de Habermas de maneira demasiadamente acrítica, descrevendo, de maneira semelhante, a legalização como um ataque inapropriado às esferas sociais em que, supostamente, o acordo consensual e deliberativo pode ser principalmente alcançado “recorrendo a valores, normas e costumes compartilhados” (Honneth 2014: 89-90). De acordo com Honneth, o direito formal está sendo desastrosamente autorizado a invadir a lógica independente de esferas sociais mais ricamente intersubjetivas.

Muitas décadas atrás, Fraser criticou corretamente Habermas por implicitamente postular uma visão romantizada e fundamentalmente sexista de relações sociais consensuais e “virgens” na família (Habermas 1989: 111-143). De maneira decepcionante, *O direito da liberdade* se arrisca a reproduzir a mesma visão. Essa imagem ilusória das escolas e da família como arenas comunicativas potencialmente imaculadas, agora

¹⁸ É provável que a virada de Loick em direção a Judith Butler para obter um antídoto mate o paciente ao invés de curá-lo: o anti-legalismo de Butler é muito mais pronunciado e problemático do que o de Honneth.

sujeitas a incursões estrangeiras por meio do direito codificado, se encaixa ordenadamente ao quadro teórico de Honneth e a sua tendência a compartimentalizar o direito, não obstante seus muitos problemas empíricos. E, portanto, ele aparentemente precisa salvar essa imagem. Infelizmente, a versão reciclada não é mais sólida que a original.

Honneth também reproduz um segundo elemento preocupante da abordagem de Habermas. Ele acredita que o direito formal codificado e abstrato (ou geral) resulta em violência às esferas sociais em questão, forçando os sujeitos “a desconsiderar as experiências concretas dos participantes e apenas fazer valer suas necessidades na medida em que elas se encaixam no esquema de interesses passíveis de tipificação geral, desfazendo, assim, os contextos comunicativos de vida como um todo” (Honneth 2014: 90; Honneth 2011: 163). No entanto, como Ingeborg Maus apontou em outra réplica antiga a Habermas, essa tese é empiricamente suspeita pela simples razão de que ela interpreta mal como a legalização *de fato* opera nas esferas sociais relevantes, onde nós encontramos, ao invés disso, o que Max Weber famosamente descreveu como uma *materialização* jurídica de longo alcance: hoje, a intervenção regulatória na educação e na família, assim como em várias outras arenas, está frequentemente baseada em normas vagas (e às vezes moralistas), em medidas individualizadas e em outras tendências jurídicas anti-formais e não em regras jurídicas gerais codificadas ou em modos convencionais de tomada de decisão judicial ou administrativa baseados em regras. As patologias que Habermas atribuiu erroneamente ao direito for-

mal poderiam, ao invés disso, ser atribuídas de maneira mais persuasiva a sua ausência, uma ausência que havia aberto a porta para a discricionariedade administrativa e judicial não controlada (Maus 1986: 300-323).

Este último ponto tem mais do que uma mera importância empírica. Desde *Luta por reconhecimento*, um tema duradouro nas reflexões de Honneth sobre os limites do direito é o de que seu caráter geral e abstrato implica sua *Aufhebung* (superação) necessária se quisermos alcançar formas de reconhecimento mais elevadas e mais complexas, em que os sujeitos se relacionam não apenas com outros gerais ou “abstratos”, mas com outros específicos ou “concretos”, em maneiras de autorrealização mútua:

“Diferentemente do reconhecimento jurídico em sua forma moderna, a estima social se aplica às propriedades particulares que caracterizam os seres humanos em suas diferenças pessoais: por isso, enquanto o direito moderno representa um *medium* de reconhecimento que expressa propriedades universais de sujeitos humanos de maneira diferenciadora, aquela segunda forma de reconhecimento requer um *medium* social que deve expressar as diferenças de propriedades entre sujeitos humanos de maneira universal [...]” (Honneth 1996: 122, ver também p. 128; Honneth 2003: 199).⁷

Nessa perspectiva, “uma pessoa só pode se sentir ‘valiosa’ quando se sabe reconhecida em realizações que ela justamente não partilha de maneira indistinta com todos os demais” (Honneth 1996: 125; Honneth 2003: 204). Ao ver os sujeitos moder-

⁷ A tradução dos trechos citados de *Luta por reconhecimento* para o português foi extraída de Honneth 2003. [N.T.]

nos principalmente como pessoas abstratas e “indiferenciadas”, aparentemente o direito moderno falha em vincular mais do que o reconhecimento mútuo circunscrito.

Muitas coisas poderiam ser ditas sobre essa afirmação. Por agora, eu me limito a uma única observação: Honneth minimiza como o direito moderno *sempre* foi tanto geral quanto respeitoso de particularidades “concretas” e específicas a determinadas situações, em parte precisamente em razão das tendências jurídicas anti-formais amplamente discutidas por pensadores proeminentes desde Weber, incluindo representantes-chave da teoria crítica de Frankfurt (isto é, Neumann e Kirchheimer). Qualquer tentativa de reduzir o direito moderno “abstrato” à noção de um reconhecimento jurídico “homogeneizador” necessariamente limitado e potencialmente patológico simplesmente não se sustenta. Também é importante notar que tendências que se afastam do direito abstrato e geral não são apenas muitas vezes ambíguas nos termos de suas consequências políticas, como Maus notou (seguindo Neumann) em sua resposta a Habermas, mas também, em alguns contextos, elas se mostram claramente decisivas para ataques regressivos brutais ao pluralismo e à diferença modernos.¹⁹ Nessa leitura alternativa, o direito abstrato moderno *protege* o pluralismo e continua sendo indispensável para formas de reconhecimento social entre outros não só abstratos, mas também “concretos”.

Honneth radicaliza a abordagem de Habermas ao dar a ela um novo toque sócio-psicológico: a intervenção jurídica

¹⁹ Ver, por exemplo, Neumann 1996a: 101-141. Para uma tentativa recente de atualizar as intuições de Neumann, ver Scheuerman 2008.

geral inapropriada contribui com a formação de tipos de personalidade atormentados pela indecisão e pela recusa em se comprometer com obrigações duradouras. Infelizmente, a evidência fornecida para dar suporte a esta tese, o livro *Indecisão*, de Kunkel (2005), parece ser mais anedótica do que sistemática. Na parte mais especulativa de sua exposição, aqui, a afirmação de Honneth está novamente embasada numa interpretação parcial da liberdade jurídica como sendo congenitamente privatista e, portanto, “interruptora” das obrigações intersubjetivas. Assim como a subjetividade jurídica implica uma suspensão ou um distanciamento das obrigações sociais, aparentemente Honneth acredita que o mesmo acontece com as personalidades moldadas indevidamente por uma orientação jurídica ou legalista, que se mostram incapazes que formar compromissos vinculantes (Honneth 2014: 92-95).

IV

Por mais que, inicialmente, Fraser e Honneth pareçam possuir plataformas bem posicionadas para analisar o direito moderno, em última análise, nenhum dos dois tem sucesso ao fazê-lo. É certo que ambos devem ser elogiados por enfrentar a fragmentação da teoria crítica: eles estão certos ao afirmarem que alguns de nós que estamos envolvidos com a literatura jurídica e constitucional de inspiração na teoria crítica ocasionalmente perdemos de vista algumas das aspirações mais amplas da tradição. Mesmo no pensamento jurídico altamente sofisticado de Habermas, por vezes conseguimos identificar

uma vertente problemática de argumentação que trabalha de forma imanente para suplantar a crítica de esquerda ao capitalismo por uma crítica ao direito ou à “juridificação” (Scheuerman 2013). A teoria crítica precisa tanto de uma análise rica e multifacetada do capitalismo quanto de uma análise suficientemente sofisticada (e orientada criticamente) do direito moderno.

É claro que a minha discussão gera questões difíceis acerca da estrutura adequada que uma teoria do direito de inspiração frankfurtiana *deveria* ter. Seus contornos básicos devem ser neo-kantianos, hegelianos ou marxistas? Qual seria a melhor maneira para uma teoria do direito como essa se relacionar com a jurisprudência e/ou sociologia jurídica que fazem parte do *mainstream*? Felizmente, um conjunto crescente de literatura já está começando a esboçar algumas respostas preliminares. É certo que essas respostas variam consideravelmente; nenhum consenso fácil emergiu entre aqueles que acreditam que os teóricos críticos devem dedicar energia substantiva para uma análise adequada do direito. No entanto, o fermento intelectual e o desacordo que resultaram disso representam uma consequência tanto inevitável quanto – na minha opinião – fundamentalmente saudável de qualquer tentativa séria de impedir que uma grande tradição intelectual se torne mais uma “escola” ossificada cujos representantes parecem estar mais

preocupados em patrulhar fronteiras (intelectuais) do que em ganhar novos *insights*.²⁰

Nas últimas duas décadas, aqueles que trabalham dentro da tradição frankfurtiana – ou que ao menos são inspirados por ela – têm tentado integrar contribuições-chave da literatura jurídica e constitucional para investigar uma gama de questões vitais. Quais modelos de constitucionalismo parecem ser mais consoantes com noções viáveis de sociedade civil e/ou de democracia deliberativa?²¹ Como os teóricos anteriores da Escola de Frankfurt nos permitem compreender tendências problemáticas no direito do Estado de Bem-Estar e/ou a subestrutura jurídica da globalização econômica?²² Qual a melhor maneira de entender a importância crescente dos direitos humanos no interior da nossa ordem jurídica pós-nacional emergente?²³ Qual a melhor maneira de reconceituar o constitucionalismo e a soberania em meio à globalização intensificada?²⁴ Parte desta literatura é descaradamente ambiciosa, mirando nada menos do que uma reformulação fundamental da teoria crítica social.²⁵ Outras contribuições são decididamente

²⁰ Esse é um argumento defendido vigorosamente por grande parte do trabalho da própria Fraser. Por exemplo, sua tentativa de longa data (e antes um pouco fora de moda) de fazer com que os teóricos críticos frankfurtianos se engajassem de maneira produtiva – e não com desdém – com o feminismo, com a teoria francesa e assim por diante.

²¹ Entre muitas outras publicações, ver Arato 2000; Zurn 2009; Frankenberg 1997. A respeito da interpretação jurídica e constitucional, ver Günther 1993.

²² Scheuerman 1994; Scheuerman 2008.

²³ Por exemplo, Benhabib 2011; Maus 2015.

²⁴ Por exemplo, Cohen 2012.

²⁵ Ver, por exemplo, o monumental *Critical Theory of Legal Revolutions: Evolutionary Perspectives* de Hauke Brunkhorst (2014).

mais modestas, preocupadas principalmente em pegar *insights* emprestados da tradição frankfurtiana para, com um espírito muitas vezes pragmático, tratar de desafios ou questões políticas específicas.²⁶

Ainda que eu não consiga documentar este ponto aqui de maneira suficiente, nenhuma dessas contribuições constituem “legalismo” no sentido estreito utilizado por Fraser ou por Honneth. Os pensadores em questão simpatizam com movimentos políticos progressistas, com a política democrática vibrante e alguns deles seguem uma orientação abertamente anticapitalista. Eu me preocupo que a crítica atual ao legalismo encoraje recusas descuidadas do que é hoje – e que esperamos que continue a ser – um conjunto importante da literatura crítica, uma literatura que tem profundas raízes no trabalho de pensadores da política e do direito da primeira e da segunda gerações da Escola de Frankfurt, como Neumann, Kirchheimer e Habermas. Qualquer tentativa bem-sucedida de superar as limitações desse legado precisa fazê-lo, à boa moda hegeliana, sem simplesmente negar abstratamente, mas, ao invés disso, superar produtivamente as contribuições anteriores à literatura jurídica e, assim, integrar suas realizações e *insights* vitais. Temo que a atual preocupação com os perigos do “legalismo” impeça a busca contínua dessa agenda valiosa, mas ainda incompleta.

Dois últimos pontos precisam ser mencionados. Primeiro – e isto já estava implícito na minha análise anterior –, nem

²⁶ Basta pensar, por exemplo, nos vários ensaios publicados nessa revista que tratam dos desafios jurídicos e institucionais da “regra de emergência” do pós 11 de setembro.

Fraser e nem Honneth equipararam a abordagem rica e multifacetada do direito moderno que nós encontramos no maciço *Facticidade e validade* de Habermas, um livro em que Habermas se engajou, de maneira ambiciosa, com as vozes mais importantes da literatura jurídica e constitucional moderna e em que não foram apenas os direitos fundamentais modernos, mas também o constitucionalismo, o judiciário, o *rule of law*, o direito regulatório e muitos outros assuntos jurídicos vitais foram mais ricamente discutidos dentro da tradição frankfurtiana. Apesar das profundas diferenças filosóficas e metodológicas, o livro de Habermas, nos termos de sua aspiração de fornecer uma abordagem exaustiva das complexidades do direito moderno, está indiscutivelmente mais perto da *Filosofia do direito* de Hegel do que *O direito da liberdade* de Honneth. Acredito que o mesmo poderia ser dito sobre *The Governance of the Rule of Law*, de Franz Neumann (1986), uma análise similar da teoria e da práxis jurídicas modernas, com múltiplas abordagens, cujas realizações teóricas lamentavelmente permanecem subvalorizadas, mesmo nos círculos de teoria crítica dos dias de hoje.²⁷

Sem uma perspectiva apropriadamente multilateral sobre o direito, tenho dificuldade para ver como a crítica de “legalismo” poderia ter sucesso. Particularmente para aqueles com uma inclinação hegeliana, que veem a normatividade enraizada

²⁷ O livro de Neumann foi publicado em inglês sob o título revisado *The Rule of Law under Siege: Political Theory and the Legal System in Modern Society* (Neumann 1986). Honneth se engajou ocasionalmente com a obra de Neumann (ver, por exemplo, Honneth 2003), mas na qualidade de um teórico e psicólogo social e não como um sociólogo ou teórico do direito.

na história – ou ao menos intimamente interligada a ela –, esta lacuna parece ser particularmente problemática. Sem uma análise suficientemente completa do direito moderno, como vamos conseguir compreender tanto seu “núcleo racional” quanto suas potenciais patologias? Quaisquer que sejam as limitações da abordagem original de Hegel, ele certamente entendia esta questão.

Em segundo lugar, de Kirchheimer e Neumann até Habermas, os teóricos frankfurtianos desafiaram poderosamente o anti-legalismo instintivo e o senso comum de orientação anti-direitos da esquerda radical e, especialmente, marxista.²⁸ Críticos de modelos liberais convencionais do direito, eles romperam de maneira decisiva com o instrumentalismo marxista ao mesmo tempo em que ofereciam uma avaliação complexa e uma valorização apropriada das realizações do direito. Em contraste com aqueles que faziam críticas pesadas, tanto à esquerda quanto à direita (como Carl Schmitt, por exemplo), eles ressaltaram as funções protetivas do direito juntamente com suas virtudes normativas fundamentais. É claro, eles se preocupavam com a “desformalização” jurídica (Neumann) ou com a “juridificação” (Habermas) no contexto da sociedade contemporânea. Ainda assim, suas ansiedades permaneceram situadas num quadro teórico mais amplo que os permitia reconhecer as contribuições indispensáveis à autono-

²⁸ Ainda que frequentemente passe despercebido, o interesse de Habermas no direito é de longa data e caracteriza até mesmo seus primeiros escritos declaradamente marxistas (Specter 2010).

mia feitas por uma série de práticas e instituições jurídicas modernas.

É certo que tanto Fraser quanto Honneth tentam apontar na direção de uma avaliação do direito moderno equilibrada de maneira semelhante. Infelizmente, essas tendências teóricas produtivas não coexistem facilmente com momentos menos fecundos, isto é, com o instrumentalismo jurídico neo-marxista (ocasional) de Fraser e com o hegelianismo retrabalhado (e surpreendentemente comunitarista) de Honneth, em que a defesa enfática feita por Hegel de tantas características do direito e dos direitos modernos desaparece no pano de fundo.²⁹ Se agora descartamos uma visão suficientemente complexa e nuançada do direito moderno em favor de preocupações provavelmente exageradas em relação ao “legalismo”, a teoria crítica corre o risco de cometer erros teóricos e políticos que ela havia contornado antes. Nós potencialmente borramos a divisão vis-à-vis abordagens concorrentes (comunitaristas, pós-estruturalistas, pós-marxistas ou outras) para as quais o direito e os direitos permanecem, muitas vezes, um impedimento fundamental à autonomia ao invés de algo indispensável à sua realização. Por razões que espero estarem claras agora, acredito que isso seria um erro.

Nós realmente acreditamos que os excessos de “legalismo” atrapalham a mudança social progressista nos dias de hoje? Talvez nós deveríamos perguntar os muitos detentos

²⁹ A crítica comunitarista moderna do direito foi antecipada pelo teórico crítico do direito Roberto Mangabeira Unger (1976). Em seu favor, na minha opinião, os escritos mais recentes de Unger se distanciaram espertamente dessas primeiras rejeições comunitaristas dos direitos e do *rule of law*.

ainda mantidos presos pelo meu país na baía de Guantánamo ou em “campos” de repressão similares, operados por outros países, em que liberdades fundamentais são negadas de maneira sistemática. Ou àqueles enfurecidos pela supervisão da Agência de Segurança Nacional e suas muitas violações flagrantes de liberdades civis. Ou a mulheres e crianças, praticamente em qualquer lugar, que ainda estão sujeitas ao poder patriarcal arbitrário e que precisam muito de mais direitos e de mais proteções jurídicas. Ou a pessoas da classe trabalhadora – com exceção daqueles que vivem em uns poucos países ricos do norte da Europa – que tem seus direitos sociais fundamentais negados praticamente de maneira universal. Ou, de maneira muito mais dramática, aos milhares de refugiados que fogem agora dos horrores da guerra civil na Síria e em outras partes do mundo. Suspeito que a menor de suas preocupações são os excessos de legalismo. Vamos primeiro criar um planeta em que os direitos fundamentais, o *rule of law* e o constitucionalismo estejam assegurados. Depois podemos ter uma conversa mais produtiva sobre suas possíveis patologias.

Recebido em 13/02/2018, aprovado em 09/08/2018 e publicado em 15/11/2018.

Original: SCHEUERMAN, William. “Recent Frankfurt Critical Theory: Down on Law?”. *Constellations* 24 (1), p. 113-125, 2017. Tradução para o português com a autorização

expressa do autor e da revista Constellations (John Wiley & Sons Ltd.), titular dos direitos autorais.

Referências

- ARATO, Andrew. *Civil Society, Constitutionalism, and Legitimacy*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2000.
- AVINIERI, Shlomo. *Hegel's Theory of the Modern State*. Cambridge: Cambridge University Press, 1972.
- BAYNES, Kenneth. *The Normative Grounds of Social Criticism: Kant, Rawls, and Habermas*. Albany: SUNY Press, 1992.
- BENHABIB, Seyla. *Dignity in Adversity: Human Rights in Troubled Times*. Cambridge: Polity Press, 2011.
- BILCHNER, Lars Chr.; MOLANDER, Anders. "Mapping Juridification". *European Law Journal* 14 (1), p. 36-54, 2008.
- BRINK, Bert; Owen, David (orgs.) *Recognition and Power: Axel Honneth and the Tradition of Critical Social Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- BRUNKHORST, Hauke. *Critical Theory of Legal Revolutions: Evolutionary Perspectives*. Londres: Bloomsbury, 2014.
- COHEN, Jean L. *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- FINALYSON, Gordon; FREYENHAGEN, Fabian. *Habermas and Rawls: Disputing the Political*. Londres: Routledge, 2011.
- FRANKERNBERG, Günter. *Die Verfassung der Republik*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1997.

FRASER, Nancy. “An Astonishing Time of Great Boldness: On the Politics of Recognition and Redistribution”. 2014. Acessado em 15 de agosto de 2015, <http://www.eurozine.com>.

_____. “What’s critical about critical theory?”. In: *Unruly Practices: Power, Discourse, and Gender in Contemporary Social Theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989 [1985].

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition: A Political-Philosophical Debate*. London: Verso, 2003.

GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law*. Albany: SUNY Press, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996 [1992].

_____. *The Theory of Communicative Action*, vol. II. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1987 [1981], Seção VIII (3).

HEGEL, G. W. F. *Elements of the Philosophy of Right*. Org. Allen Wood. Cambridge: Cambridge University Press, 1991 [1820].

HONNETH, Axel. *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*. Trad. Joel Anderson. Cambridge: MIT Press, 1996 [1992].

_____. “Anxiety and Politics: the Strengths and Weaknesses of Franz Neumann’s Diagnosis of a Social Psychology”. *Constellations* 10 (2), p. 247-255, 2003.

- _____. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003 [1992].
- _____. *The Pathologies of Individual Freedom: Hegel's Social Theory*. Trad. Ladislaus Löb. Princeton: Princeton University Press, 2010 [2001].
- _____. *Das Recht der Freiheit*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 2011.
- _____. *Freedom's Right: The Social Foundations of Democratic Life*. Trad. Joseph Ganahl. Cambridge: Polity Press, 2014 [2011].
- LOICK, Daniel. "Juridification and Politics: From the Dilemma of Juridification to the Paradoxes of Rights". *Philosophy and Social Criticism* 40, 2014.
- MAUS, Ingeborg. *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*. Munique: Wilhelm Fink, 1986.
- _____. *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1992.
- _____. *Menschenrechte, Demokratie und Frieden: Perspektiven globaler Organisation*. Frankfurt: Suhrkamp, 2015.
- NEUMANN, Franz L. "The Change in the Function of Law in Modern Society". In: William E. Scheuerman (org.), *The Rule of Law under Siege: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. Berkley, Los Angeles, London: University of California Press, 1996a [1937].
- _____. "The Concept of Political Freedom". In: William E. Scheuerman (org.), *The Rule of Law under Siege: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. Berkeley: University of California Press, 1996b [1953].

- NISSEN, Peter; EBERL, Oliver. “Demokratischer Positivismus: Habermas und Maus”. In: S. Buckel, R. Christensen e A. Fischer-Lescano (orgs.), *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006.
- OLSON, Keven (org.). *Adding Insult to Injury: Nancy Fraser Debates Her Critics*. Nova York: Verso: 2008.
- PETHERBRIDGE, Danielle. *The Critical Theory of Axel Honneth*. Lanham: Lexington Books, 2013.
- SCHEUERMAN, William E. *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law*. Cambridge: MIT Press, 1994.
- _____. *Frankfurt School Perspectives on Globalization, Democracy, and the Law*. Nova York: Routledge, 2008.
- _____. “Capitalism, Law, and Social Criticism”. *Constellations* 20 (4), p. 571-586, 2013.
- SHKLAR, Judith N. *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*. Cambridge: Harvard University Press, 1986 [1964].
- SMITH, Steven B. *Hegel’s Critique of Liberalism*. New Haven: Yale University Press, 1991.
- SPECTER, Matthew. *Habermas: An Intellectual Biography*. Nova York: Cambridge University Press, 2010.
- UNGER, Roberto M. *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*. Nova York: Free Press, 1976.
- ZURN, Christopher. *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- _____. *Axel Honneth*. Cambridge: Polity Press, 2015.