

O direito no fortalecimento da democracia no pensamento de Roberto Mangabeira Unger

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy*

O papel do Direito no fortalecimento da democracia é um dos principais eixos temáticos das propostas de libertação da imaginação institucional defendidas por Roberto Mangabeira Unger. Esse eixo conceitual também foi tema de intervenção de Mangabeira em aula magna proferida no Instituto Brasiliense de Direito Público, ministrada em 18 de fevereiro de 2008. A palestra foi reproduzida recorrentemente pela TV-Justiça. Suscita a polêmica e o debate. Mangabeira rompe com o imobilismo e com o sonambulismo que marcam o pensamento jurídico brasileiro contemporâneo, acostumado a enfrentar problemas onde não os há. O jurista brasileiro convencional é treinado para a justificação do existente, como se o contingencial fosse o perene. Glosa. Comenta. E não passa disso. É com os pontos principais que Mangabeira tratou na referida palestra que sigo o presente ensaio, bem entendido, com visão muito pessoal, que não responsabiliza o palestrante, e que marca mais uma vez a idiossincrasia que a presente leitura promove.

Livre dos salamaleques que marcam o imaginário dos juristas convencionais, especialistas em palestras açucaradas, onde todos falam bem de todos, e todos se citam mutuamente, Mangabeira anunciou proposta direta: concebe um projeto de reconstrução do Direito, marcado por revolução no pensamento jurídico. Explicitou quatro idéias básicas que modulam a discussão contemporânea, nomeadamente: a indispensabilidade da imaginação criadora junto aos experimentos institucionais, o experimentalismo como instrumento de sobrevivência nacional, a crítica à sistematização idealizante do direito, bem como a insistência em grupo de alternativas possíveis. À época da palestra, já Ministro de Estado, Mangabeira insistiu que falava em nome próprio, e não como membro do governo. A herança de muitos anos de docência em Harvard conferiu o tom e a confiança da palestra. Mangabeira começou observando que vivemos em contexto rico de possibilidades, que precisamos explorar. Assim,

(...) o conflito ideológico no mundo está mudando de forma. Está morto ou morrendo o conflito entre o Estado e o mercado e o estatismo e o privatismo. Hoje, no mundo, uma nova controvérsia a respeito das formas institucionais alternativas da economia de mercado, da democracia política e da sociedade civil livre. As formas institucionais alternativas do pluralismo econômico, político e social estabelecidas nas democracias ricas do Atlântico Norte representam um segmento, uma parcela, um

fragmento de um universo muito mais amplo de possibilidades institucionais (MANGABEIRA, Palestra IDP).

Observou, em seguida, que há dois grandes focos nas democracias ricas do Atlântico Norte, nos quais há alternativas desconhecidas, e que precisamos explorar. Há muitas coisas que desconhecemos. Porém, não podemos ser prisioneiros de um destino imaginário, que nos rouba a dignidade pessoal. Substancialmente, temos de ser originais (cf. TINDER, 1984, p. 3). Há novos mundos e possibilidades que esperam por descoberta (cf. SPINOSA et alli, 1997); tem-se uma esperança nas possibilidades de mudanças (cf. REICH, 1970). Assim, e textualmente:

O primeiro foco é o desejo de dar realidade ao compromisso universalmente afirmado de construir um crescimento econômico socialmente inclusivo. A questão que se põe, mesmo diante das democracias mais livres e prósperas do mundo, é se só uma pequena minoria da humanidade será admitida nos setores avançados da produção e do ensino ou se conseguiremos abrir as portas para parcelas grandes da economia e da sociedade, admitindo-lhes a este universo de experimentalismo avançado que caracteriza as formas avançadas de produção e de aprendizado. Os meios tradicionais para atenuar as desigualdades - as políticas compensatórias universalizantes de um lado e a promoção pelos governos da pequena propriedade - revelaram-se ambos insuficientes para alcançar este objetivo.

A segunda idéia (...) é que, se esse experimentalismo é importante para todos os países, para o nosso País, é uma questão de sobrevivência nacional. O que mais quer a Nação agora é construir um modelo de desenvolvimento baseado em ampliação de oportunidades econômicas e educativas e em participação popular. Não será possível construir este modelo dentro do formulário institucional que, há muitas décadas, os nossos quadros dirigentes insistiram em portar e em copiar. (MANGABEIRA, Palestra IDP).

Mangabeira afirmou que no Brasil sobram partidos políticos, porém faltam alternativas. A passagem lembra-nos o modelo político do Segundo Reinado, quando liberais e conservadores alternavam-se no poder, sem que apresentassem alternativas ou programas objetivamente distintos. Rivalizavam-se em questões de pormenor. Buscavam realizar no Brasil o embate que tories e whigs viviam na Inglaterra vitoriana e eduardiana. Entre nós havia os luzias e os saquaremas (cf. MOTTA, 1999, pp. 21 e ss.). Motejava-se que não havia nada tão liberal quanto um conservador no poder, e nada tão conservador quanto um liberal na oposição. Mais do que mero jogo de palavras, pois a figura pode ser invertida, a imagem bem identificava a falta de opção que havia. Dizia-se que no dia da posse, havia mera troca de programas; a oposição passava a fazer o discurso da situação, porque lá estava; a situação, que passara para a oposição, desenvolvia o discurso oposicionista.

E a situação permaneceu idêntica ao longo da República Velha, momento em que predominavam as oligarquias do café, especialmente dos estados de São Paulo e de Minas Gerais, em época batizada de República do Café com Leite. Durante a primeira parte da década de 1930 manteve-se o mesmo modelo, não obstante condimentado

pelo conflito entre integralistas e comunistas, do qual aproveitou-se Getúlio Vargas, sobremodo a partir do golpe de 1937. A República Populista não avançou na multiplicação de ideários, embora muitos partidos houvesse; exemplifico com as contradições e ambigüidades da UDN (cf. SKIDMORE, 1989, pp. 39 e ss.). O bipartidarismo que marcou a Era Militar nada acrescentou a esse estado de coisas. A reforma política da década de 1990, e tudo o que seguiu, apenas confirmam tese de Mangabeira, para quem:

A verdade é que, há muito tempo, embora sobrem partidos na política brasileira, faltam alternativas. Há só uma idéia forte estabelecida em nossa vida política. Uma idéia que se poderia chamar a Suécia tropical. Segundo essa idéia, todas as grandes alternativas ideológicas e institucionais aventadas no curso do século 20 foram desacreditadas. Sobrou apenas um modelo no mundo: o modelo institucional consolidado do Atlântico Norte. A nós caberia adaptar esse modelo a nossas circunstâncias e, sobretudo, humanizá-lo por meio de políticas sociais. (MANGABEIRA, Palestra IDP).

O que fizemos da expectativa dessa Suécia Tropical? Segundo Mangabeira, a esquerda avocou o projeto da direita e do centro, anunciando medidas de compensação, sob roupagens de retórica de reconstrução, a exemplo de miragens de terceira via. Refiro-me, especialmente, a Anthony Giddens que, no que se refere às idéias de Mangabeira, aproxima-se, tão-somente, quando defende que os governos devem ter contato mais direto com os cidadãos, mediante a experimentalização do processo democrático, o que se daria por meio de referendos, entre outros (cf. GIDDENS, 2000, p. 75). Seria o caso, por exemplo, dos rumos do trabalhismo inglês, amalgamado às políticas conservadoras e recessivas do neoconservadorismo da década de 1980, sob o guarda-chuva de uma terceira via (cf. HARVEY, 2007).

Em artigo publicado na Folha de São Paulo, com o título de Morte e Legado da Terceira Via, Mangabeira mais uma vez havia manifestado desconforto e desconfiança para com essas ilusões de um terceiro caminho. Sigo com excertos do aludido texto de jornal:

A "terceira via" é um dos rótulos que descrevem a suposta modernização da social-democracia no Atlântico norte. Reconciliaria a flexibilidade econômica dos americanos com a proteção social dos europeus. Os partidos e os governos que a abraçaram vem sendo derrotados em toda a parte. Por quê? Que legado deixarão? E o que tem isso a ver com o Brasil? (...) A terceira via não foi avanço. Foi retirada -- motivada por imperativos de eficiência e de justiça. De eficiência, porque era preciso reformular os direitos sociais de maneira que facilitasse a renovação econômica, estimulasse a auto-ajuda individual e limitasse o crescimento do gasto público. De justiça, para impedir que esses direitos beneficiassem alguns -- os trabalhadores relativamente privilegiados -- à custa de excluir outros. O resultado, porém, foi menos a síntese da flexibilidade econômica com a proteção social do que a generalização da insegurança social e econômica. Relativamente seguras ficaram apenas as elites internacionalizadas. Contra a insegurança generalizada rebelam-se agora esses civilizados prósperos, desiludidos e temerosos que são os europeus de hoje. Para fazer

diferente, não basta flexibilizar os direitos sociais, como quiseram os governos da terceira via. É preciso atenuar as divisões entre setores adiantados e atrasados da economia. Capacitar todos os cidadãos. E obrigar cada um a combinar responsabilidades produtivas com responsabilidades sociais: sustentar-se e cuidar dos outros. Só acontecerá sob a pressão de novas instituições políticas que engajem as pessoas, sem a provocação de crises ou de guerras, no encaminhamento coletivo dos problemas coletivos. Para chegar a isso, os social-democratas teriam de retomar a tarefa que abandonaram no início do século 20, quando trocaram o esforço de reorganizar a economia e a política pelo compromisso de regular o mercado e de diminuir, por via compensatória, as desigualdades (...) Não precisávamos ter assistido ao desmanche da terceira via na Europa para saber que não humanizaremos o Brasil sem reorganizá-lo. Não executaremos, porém, a obra reorganizadora sem avançar naquilo que os militantes da terceira via vislumbraram: a possibilidade de construir um Estado inovador e provocador de inovações. Não é luxo de país rico. É, para nós, exigência de soerguimento nacional. (MANGABEIRA, FSP, s.d.).

Em outro texto, também publicado na Folha de São Paulo, com o título de Novo Debate do Mundo, Mangabeira invocou e defendeu a riqueza de possibilidades que vivemos, prognosticando mais uma vez a falta de sentido da chamada terceira via:

Desde o fim da Segunda Guerra não vive o mundo momento tão rico de possibilidades como agora. Difundira-se a idéia de que a história teria acabado. Foi a época da "terceira via". Nada teríamos a fazer senão aceitar o inevitável -- a convergência de todos os países para as mesmas práticas e instituições -- e humanizar o inevitável com o recurso às políticas sociais. Era uma apologia da subserviência. Descartava como "voluntarismo" toda tentativa de lutar contra o suposto destino global enquanto entoava uma ladainha de lamentação impotente. Mais depressa do que todos supunham está virando um discurso rejeitado pelos centros vitais de energia e pensamento no mundo. A discussão muda de foco, tanto nas universidades dos países ricos quanto entre as lideranças emergentes dos maiores nações periféricas, como a China, a Índia e a Rússia. O eixo do novo debate é o conflito entre duas maneiras de substituir o ideário reinante: as muitas vias e a segunda via. Segundo a idéia das muitas vias, cada país deve combinar elementos da ortodoxia atual com heresias locais, de acordo com suas circunstâncias. Há as heresias locais por cálculo prático, como no exemplo do Chile, com seu já abandonado esquema de controle dos movimentos do capital. Tais dissidências interesseiras e pontuais não resistem à força gravitacional das soluções dominantes. E há as heresias locais inspiradas por uma busca de identidade cultural e religiosa, como no Irã. Resistem, mas só a preço de afundar num nacionalismo antidemocrático ou num dogmatismo clerical. Se é universal a ortodoxia, não precisa, também, ser universal a heresia que se contraponha a ela? Desta indagação começa a nascer, como rival da idéia das muitas vias, o projeto de uma segunda via. Seria a porta estreita das mesmas inovações por que teriam de passar os países para poderem reconciliar a reinvenção do desenvolvimento com o aprofundamento da democracia e com a reafirmação das diferenças nacionais. Da segunda via surgiriam depois muitas vias, aí sim com potencial de resistência. Em que direção vai a segunda via? A construção de um Estado que conte com os meios para capacitar as pessoas. A mobilização dos recursos do país para torná-lo menos

dependente da confiança dos endinheirados. A democratização do mercado, descentralizando o acesso às oportunidades produtivas, para aproveitar melhor a energia de todos. A invenção de uma democracia que engaje a cidadania na vida pública e fortaleça o poder transformador da política. De todos os países continentais marginalizados, nenhum reúne melhores condições políticas e econômicas para desbravar a segunda via do que o Brasil. Paradoxalmente, nenhum carece mais do que o Brasil da autoconfiança que esta tarefa exige. Por isso, trabalhar para que os brasileiros reconheçam e usem sua capacidade criadora coletiva passou a ser a obra mais importante de um cidadão (MANGABEIRA, FSP, s.d.).

Mangabeira não se submete ao conformismo da referida terceira via. Mangabeira parece ter repugnância para com essa herança maldita, essa fixação com o destino da imaginária Suécia Tropical. Aceitamos a condição que herdamos como inevitável; luta-se, apenas, para um gerenciamento da situação:

A humanização do inevitável virou o leitmotiv penoso da política brasileira. No Brasil, como em grande parte do mundo, o projeto da esquerda virou o projeto de seus adversários conservadores com um desconto – o desconto do açúcar das políticas sociais compensatórias. O destino do País depende da tenacidade com que travarmos guerra contra esta idéia da Suécia tropical e demonstrarmos, no pensamento e na prática, uma alternativa - uma alternativa consistindo em instituições políticas e econômicas que, de fato, dêem mais oportunidade a mais gente de mais maneiras. (MANGABEIRA, Palestra IDP).

Mangabeira também criticou as fórmulas idealizantes que o pensamento jurídico brasileiro usa para referir-se a si próprio. Persiste uma noção arcaica de Direito, informada por políticas impessoais, supostamente arejada pelo bafejo de princípios imaginários. Mangabeira propõe que repudiemos esse modelo, que se diz plasmado na modernidade, mas que é refratário ao que se deve buscar efetivamente.

Leitura acurada de textos jurídicos contemporâneos, supostamente de problematização, indica subserviência cega à onda de princípios e de regras abstratas que animam as discussões. Opõem-se princípios a regras (cf. ALEXY, 2007, pp. 63 e ss.); formulam-se cânones de interpretação (cf. DWORKIN, 1999); desenham-se modelos abstratos de soluções de problemas. Os referidos textos propõem assepsias conceituais. Concretamente, apenas fomentam a subjetividade dos intérpretes da lei, prestando-se para veicular ideário justificador do existente. Em nome da revolução jurídica essa fixação contemporânea com princípios pode prestar-se para os projetos da reação. Na palestra aqui estudada, continuou Mangabeira:

A terceira idéia que inspira a minha argumentação é a de que um estilo de pensamento jurídico de análise política que agora irradia para todo o mundo, das nações que nos acostumamos a tomar como referência, como Estados Unidos e Alemanha, um estilo de pensamento político caracterizado pela sistematização idealizante de direito, pela representação do direito como um conjunto de princípios e de políticas públicas impessoais - essa forma de pensamento jurídico, longe de ser uma parte da solução é uma parte do problema. E ela conspira contra o nosso esforço de

escapar do repertório institucional estabelecido. E em vez de abraçá-la como a expressão da modernidade, devemos pelo contrário, repudiá-la e construir uma alternativa a ela. (MANGABEIRA, Palestra IDP).

Mangabeira não se conforma com a falta de alternativas. Ao contrário de eventual repulsa aos juristas, Mangabeira segue a tradição de Rui Barbosa, a quem, a propósito, seu tio-avô João Mangabeira muito admirava. Defende a retomada do centro da discussão, por parte dos juristas, na busca de um espaço perdido. O pensamento jurídico, na percepção de Mangabeira, deve servir à humanidade, deve se colocar à disposição de causas mais nobres. Por isso, e Mangabeira prosseguiu na exposição:

(...) os juristas brasileiros, há muitas décadas marginalizados, reduzidos a meros executores de um ideário que empobreceu e humilhou o País, precisam agora voltar para o centro do debate nacional (...) essa tarefa de reorientação do pensamento jurídico, movida por nossas emergências, pode ter significado universal. É precisamente ao insistir no caminho original que serviremos à humanidade, no pensamento jurídico como em tudo. E aí tocamos no que seja, talvez, ao mesmo tempo, a maior oportunidade e o maior obstáculo para o avanço dessa proposta: o nosso desconforto com a afirmação de nossa originalidade coletiva. (MANGABEIRA, Palestra IDP).

A análise de Mangabeira atingiu comparações entre concepções de Direito no século XIX e no século XX. Aquele primeiro, organizado em torno de um sistema de direitos privados e públicos que pretendia representar a natureza intrínseca e necessária da autodeterminação individual e coletiva, nas próprias palavras de Mangabeira, na exposição aqui lembrada. No século XIX, segundo o palestrante, temia-se a politização do Direito. No século XIX, pensadores alemães como Puchta, Jhering e Windscheid, disputavam em torno de uma jurisprudência dos conceitos, e à luz de uma teoria e metodologia jurídicas muito influenciadas pelo conceito positivista de ciência (cf. LARENZ, 1983). Comparando os modelos desses dois séculos que nos antecedem, seguiu Mangabeira:

A diferença fundamental entre essa concepção do século XIX e o ideário que veio a organizar o direito do século 20 está na convicção de que a autodeterminação individual ou coletiva depende, para ser real, de condições factuais. Anatole France disse que os pobres que dormem embaixo das pontes também têm direito de fazer qualquer coisa. Agora, no século 20, o direito passou a ser organizado dialeticamente em duas partes: uma parte que organizava a autodeterminação individual e coletiva no mercado e na democracia e outra parte destinada a criar a realidade, a eficácia dessas promessas de autodeterminação. Essa reorganização dialética do direito ocorreu em todas as dimensões. Assim, da forma mais geral, seria possível dizer que o direito público como um todo se destinou a assegurar a realidade das promessas de autodeterminação do direito privado. Disciplinas inteiras, como o direito do trabalho, surgiram para assegurar a realidade do contrato em situações de desigualdade econômica e mesmo dentro de uma determinada disciplina, como o direito dos contratos, surgiu uma contraposição de regras e doutrinas, algumas organizando a

liberdade contratual e outras assegurando as condições de sua realidade. (MANGABEIRA, Palestra IDP).

Mangabeira parece ressentir-se que o avanço que anunciou é complexo e enigmático. Há mistério no ar. Não se chegou ao necessário experimentalismo institucional. Entra aí a social-democracia, especialmente como formulada no New Deal da experiência norte-americana. Com frequência, Mangabeira se refere ao experimentalismo de Franklyn Delano Roosevelt. Explica-se, assim, o papel que ao Estado se impôs:

Uma maneira simples de interpretar a natureza desse conflito é dizer que as forças que pretendiam reorganizar a produção e o poder abandonaram a sua tentativa de fazê-lo e, em troca desse abandono, o Estado adquiriu uma posição forte na esfera da distribuição ou da redistribuição. A esquerda, os contestadores, os movimentos de transformação em geral se retraíram da tentativa transformadora e aceitaram como horizonte a humanização do mundo existente por meio de políticas de redistribuição e de transferência (...) (MANGABEIRA, Palestra IDP).

Vinculando esse paradoxo com as fórmulas normativas dominantes, a exemplo das culturas jurídicas dos Estados Unidos da América e da Alemanha, Mangabeira plasmou o Direito como refém dos avanços e recuos do chamado pacto social-democrático. Atacou-se o formalismo, sistematicamente; e o formalismo renasce, como o Fênix renasceu das cinzas, na imagem de Mangabeira. E assim,

Esse convívio suspeito entre uma realidade doutrinária não transformada e uma crítica teórica impotente terminou no curso do século 20 e ascendeu à primazia uma forma de raciocínio político, de análise política, que nós agora, cada vez mais, em todo mundo consideramos exemplo. É uma forma de pensamento que tem os seguintes atributos: em primeiro lugar, aborda o direito de maneira teleológica ou funcional, à luz dos objetivos atribuídos a uma parte do direito; em segundo lugar, é um pensamento sistemático, procura organizar o direito como um sistema e, em terceiro lugar, e sobretudo, é um método idealizante, imagina o direito como um repertório de princípios gerais e de políticas públicas impessoais, que consultam o interesse coletivo ou as idéias abstratas de direito. (MANGABEIRA, Palestra IDP).

O discurso jurídico ortodoxo canoniza o Direito. Transforma-o em liturgia. Legitima-o como religião civil. Centra-o em imaginário pacto fundante. Sob roupagem retórica supostamente estimulante, anuncia-se como condutor moral de uma nova época, que se diz neopositivista ou neoconstitucionalista. Prega-se um patriotismo constitucional (cf. HABERMAS, 1997, pp. 279 e ss.), que se insinua em suposto pacto reformista, que nada mais é do que uma versão reelaborada de um neocontratualismo de sabor kantiano. Para Mangabeira:

Uma das implicações dessa maneira de pensar o direito é estabelecer um contraste chocante entre duas genealogias de direito: uma genealogia prospectiva e uma genealogia retrospectiva. Prospectivamente, imaginamos o direito o produto do conflito, conflito entre interesses e entre visões. Não há nada de errado nisso. Essa é a própria natureza da democracia - organizar esse conflito. Mas, depois,

retrospectivamente, nas mãos dos juristas, imaginamos o direito não como um retrato de um conjunto efêmero de composições entre interesses e visões contrastantes, mas como um sistema ideal de evolução que pode ser representado na linguagem dos princípios e das políticas públicas impessoais. (MANGABEIRA, Palestra IDP).

O Direito precisa ser repensado. Deve ser adaptado às condições políticas pelas quais presentemente passamos. Deve deixar a ante-sala das curiosidades. Deve afastar-se do campo minado das sutilezas da argumentação. Para Mangabeira, ainda na palestra aqui esquadrihada:

Esta maneira de pensar o direito só faz sentido à luz desse pacto social democrata que eu descrevi e dessa realidade paradoxal de avanço e de recuo do direito do século 20. Esse é o pensamento jurídico característico de uma civilização que não acredita mais na possibilidade ou na necessidade de reconstruir as coisas e que se satisfaz em humanizá-las, em redistribuir recursos e direitos em nome de idealizações do direito. É um método de pensamento jurídico que serve a quem aceita os limites deste mundo, mas que é inaceitável para quem quer transpor esses limites. (MANGABEIRA, Palestra, IDP).

O Direito que se diz hegemônico seria mera expressão do fracasso. O Direito não teria realizado sua missão, e nem cumprido suas promessas. É dissimulado. Diz-se arauto do que é novo e do que segue, porém regurgita o passado que diz repudiar. Por isso,

(...) essa forma dominante de pensamento jurídico, esse pós-formalismo teleológico, sistemático e idealizante que é agora apresentado em todo o mundo como a onda do futuro do pensamento jurídico é, na realidade, a transcrição, no pensamento jurídico de uma limitação ou de uma derrota política casada com uma mistificação intelectual. (MANGABEIRA, Palestra, IDP).

A palestra seguiu densa, em tom de denúncia, angustiada, em passo de realismo impressionante, explicitando-se os porquês da desconfiança:

Mistificação porque passa magicamente da genealogia prospectiva de direito como produto de conflito para a genealogia retrospectiva do direito nas mãos dos juristas como o fragmento de um sistema ideal. Mistificação a serviço do vanguardismo antidemocrático dos juristas e dos juizes, seduzidos pela idéia de uma tarefa importante de melhorar as coisas idealizando o direito de uma maneira que parece quase irreconciliável com os pressupostos da democracia. Mistificação incompatível com o imperativo do experimentalismo institucional. (MANGABEIRA, Palestra, IDP).

E fora também em artigo de jornal, publicado na Folha de São Paulo, em 18 de abril de 2005, com o título de A justiça como base de desenvolvimento, que Mangabeira continuava com percepção menos metafísica do papel do Direito. Essa linha de raciocínio parece ser muita clara em Mangabeira, desde os tempos do texto clássico que redigiu sobre a teoria crítica, e que se impôs como verdadeiro manifesto do movimento critical legal studies. No artigo em seguida reproduzido, Mangabeira mais

uma vez falava em Justiça, fazendo-o no plano concreto, com ênfase no trabalhador, na qualidade do ensino e na influência da plutocracia:

Como podem iniciativas sóbrias, tomadas com meios disponíveis, melhorar a vida de dezenas de milhões de pessoas no Brasil? Exemplifico nas três áreas em que o país mais requer mudança de rumo: a situação do trabalhador, a qualidade do ensino e a influência do dinheiro na política (...). É o compromisso de transformar exigências de justiça em condições de progresso prático. No passado, o conceito foi crescer para ter, depois, os meios com que fazer justiça. Agora, o princípio deve ser fazer justiça para poder crescer. Transformar a democratização das oportunidades de trabalho e de ensino e o saneamento da vida pública em motores de desenvolvimento. A utopia realista que convém ao Brasil, aquela que a nação continua, com espasmos de descrença e de frustração, a buscar, é a da energia construtiva, manifesta no esforço de equipar os que não têm como e os que não sabem como. Um país que cultiva a pujança e venera a ternura não reconciliará os dois lados de sua consciência coletiva sem refundar o desenvolvimento sobre a base da justiça. (MANGABEIRA, FSP, 18 de abril de 2005).

O Direito é vínculo de energia que transforma o Estado, a economia, a vida das pessoas. Não é simulação, abstração, instrumento de problematização de vazios discursivos. De acordo com Mangabeira, a linha de pensamento jurídico que nos tentam impor, norte-americana ou alemã, remonta a pactos de social-democracia que concretamente desconhecemos. Segundo Mangabeira, a referida fórmula - - imprestável para os países ricos - - para nós, seria calamidade. Trata-se de uma impostura, que não se pode aceitar. Mangabeira continua na denúncia, e o fez incisivamente:

As nossas prisões são lotadas de pessoas sem dinheiro, sobretudo pretas e mestiças, que representam uma seleção quase arbitrária de um número muito maior que cometeu várias transgressões. Os nossos altos tribunais, atravancados por gente com dinheiro tentando não pagar impostos cobrados pelo Estado. O que tem toda essa realidade a ver com as idealizações mentirosas dessa forma de pensamento jurídico supostamente moderna? É necessário buscar alternativas, portanto, passo para a segunda parte da argumentação, a tarefa. Existe alternativa. Descreverei essa alternativa como a combinação e um regime de desmistificações, de um regime de exceções e de um regime de construções, sobretudo de construções institucionais. Regime de desmistificações, sobretudo na área jurisdicional: representar o direito como ele de fato é - uma composição efêmera e pontual de conflito, de interesses e de visões; registrar quem ganhou e quem perdeu; exigir limites de quem ganhou e quem ganhou tem o preço de adaptar-se aos constrangimentos da generalidade na lei e na aplicação da lei; mas resistir a toda tentativa de combinar o elemento finalístico ou teleológico na interpretação do direito com o impulso da sistematização idealizante, que só serve para suprimir a imaginação do possível. (MANGABEIRA, Palestra, IDP).

É justamente essa a realidade do Judiciário. A situação contempla exceções; o judicialismo incrusta-se no Estado, para onde seguem os conflitos da vida comum, e que de lá não se descolam satisfatoriamente. Números divulgados pelo próprio

Judiciário dão conta do crescimento exponencial da litigiosidade. Por exemplo, o Conselho da Justiça Federal informou (dados de agosto de 2006) que havia 6.704.357 (seis milhões, setecentos e quatro mil e trezentos e cinquenta e sete mil) processos, apenas de execução fiscal. Bem entendido, trata-se de processos de execução fiscal, apenas de interesse federal. Para Mangabeira:

(...) Há duas exceções práticas para essa prática realista e contida do direito. Vou chamá-las a exceção da equidade e a exceção do estadismo judicial. A exceção da equidade surge quando se reúnem duas condições. Em primeiro lugar, há uma divergência clara entre o resultado que o direito formal parece exigir e as concepções comuns de justiça, de que as pessoas devem umas às outras em virtude de papéis que desempenham em relação às outras. A segunda condição é a de que o juiz consegue consertar esse desvio entre o direito e o sentimento comum de justiça sem desafiar a estrutura básica da economia e do poder. Portanto, a equidade como algo individualizado, não como algo estrutural. A segunda exceção muito mais importante é a exceção do estadismo judicial. Juízes, sobretudo nos altos tribunais e sobretudo na corte constitucional, estão dispostos, em casos extraordinários, a cortar os nós górdios sem mistificar essa prática em nome de uma interpretação idealizante do direito. O estadismo judicial nos altos tribunais justifica-se quando se reúnem três condições: a primeira condição é uma crise não resolvida, um desejo forte perseguido no País de resolver um problema considerado intolerável; a segunda condição é um impasse entre os dois poderes políticos do Estado, o Executivo e o Legislativo, inibidos na solução desse problema e a terceira condição é a disposição desses juízes de fazer um apelo que é, ao mesmo tempo, uma aposta. Um apelo e uma aposta de que serão apoiados, no final das contas, pela maioria da Nação e, por conseguinte, também, pelos outros dois poderes. Esse exercício excepcional de estadismo - estadismo judicial - ganha cores dramáticas na nossa situação. No Brasil, a crise constitucional permanente está instalada no coração do Estado brasileiro. O Executivo não consegue governar sem medidas provisórias e a prática das medidas provisórias dentro da realidade constitucional existente cria uma guerra interminável com os outros poderes, esbulha o Congresso das suas responsabilidades legislativas. O Congresso, por sua vez, não consegue legislar senão episodicamente e, desviado de suas funções, passa ao a investigar. Se o objetivo for parlamentarizar o presidencialismo, a maneira de fazê-lo é no plano da responsabilidade política, não no plano da criação de uma confusão de repartição de competências, como ocorre hoje no Brasil. Nestas circunstâncias, os tribunais superiores e, sobretudo, o tribunal mais alto, estará sempre tentado a apresentar-se como um superlegislador e falar em nome de (...). Deve resistir a essa tentação desastrosa e ineficaz, mas deve persistir na prática cautelosa de atos de estadismo judicial, cortando, de vez em quando, os nós gordos e ajudando a empurrar na Nação para a superação desta crise constitucional permanente. (MANGABEIRA, Palestra, IDP).

Mangabeira captou a crise institucional que presentemente se vive. A acalorada discussão que se processa no Supremo Tribunal Federal, a propósito do uso de algemas, e que redundou na Súmula Vinculante nº 11, é desse processo exemplo muito eloqüente. Discute-se o limite para a atuação da Polícia Federal e do Ministério Público, apoiados pela opinião pública, em contraposição a suposta pose de

superioridade olímpica que pode caracterizar o Judiciário. O Legislativo pode ver-se diminuído, constringido por ativismo judicial que presentemente presenciamos, e que se desdobra em nome de pureza institucional romanticizada pela discurso dominante.

Mangabeira pretende ir além. Percebe o Direito como oportunidade para o grandioso ideal do que nomina de construção institucional. Ensino público, federalismo educativo, modelos de avaliação escolar, redistribuição razoável de vagas, são exigências que não podem submeter-se ao constringimento de noções imprecisas de bloco constitucionais sensíveis, de cláusulas pétreas, ou de mecanismos de escravização ao passado, embora concebidos como fórmulas garantidoras da democracia. Não há mais espaço para a idealização da proibição do retrocesso ou de percepções não menos metafísicas de constituições dirigentes. Exemplificando, Mangabeira observou que:

Seria necessário flexibilizar o federalismo, associando a União federal, os estados federados e os municípios em órgãos conjuntos capazes de intervir de forma corretiva e temporária para assegurar ao cidadão a sua condição de capacitação mínima. E os cidadãos deveriam ter recurso ao judiciário enquanto este mecanismo transfederal malograr em suas responsabilidades. E o juiz, portanto, poderes para seqüestrar recursos orçamentários e nomear gestores independentes do sistema escolar local. É um pequeno exemplo de uma primeira etapa da reconstrução institucional do federalismo para resolver um problema prático do país. (MANGABEIRA, Palestra, IDP).

O Direito, nesse sentido, é instrumento para a realização das grandes tarefas institucionais que o momento nos impõe. Deve instrumentalizar a democratização do mercado e a verticalização da democracia. O Direito tem função indiscutivelmente reguladora. Mangabeira conclama à luta. Sabe que o aprofundamento democrático não nascerá da boa disposição de grupos dominantes:

A segunda grande tarefa é a tarefa do aprofundamento da democracia. Alternativas econômicas como essa não surgirão como dádiva de uma elite esclarecida e desprendida à população passiva. Surgirão só nas condições de uma democracia de alta energia que consiga fazer com que a mudança não dependa, necessariamente, da crise. Para isso, teremos, no futuro, de organizar uma democracia com cinco grandes atributos. O primeiro atributo é organizar, de forma elevada e institucional, a participação cívica, a mobilização política do cidadão. O segundo é conter rapidamente os impasses entre os poderes do Estado, inclusive por eleições antecipadas. O terceiro é radicalizar o sentido experimental do federalismo, permitindo a setores ou a lugares dentro do País sair do regime geral e construir, com outros modelos, as soluções dominantes. O quarto é assegurar que todo mundo tenha uma herança social básica em que exista um procedimento para resgatar as pessoas de situação de exclusão ou de subjugação da qual não possam escapar pelos próprios meios. E o quinto é, gradativamente, enriquecer a democracia representativa com aspectos de democracia direta e participativa. (MANGABEIRA, Palestra, IDP).

O Direito, assim, é veículo do aprofundamento da democracia, de mecanismos de fácil resolução de técnicas de impasse (a exemplo de regime permanente de antecipação de eleições), de experimentalismo federativo, de fomento de heranças sociais, bem como de desenvolvimento de fórmulas de democracia participativa. Essa a tarefa do Direito contemporâneo, no pensamento de Mangabeira. Mas há obstáculos. Segundo Mangabeira:

O primeiro obstáculo é que toda essa tarefa parece um devaneio sem base social prática, mas há uma base, embora ela não esteja aparente na organização da política brasileira. Há, além da classe média tradicional, hoje, um novo agente social no Brasil. Surge uma nova classe média, de baixo, escura, que luta para abrir pequenos negócios, que estuda de noite, que inaugura no País uma nova cultura de auto-ajuda e iniciativa. Essa vanguarda de batalhadores e de emergentes já está no comando do imaginário popular. Para a maioria do nosso povo, ela representa a vanguarda que essa maioria quer seguir e não tem como (...). O segundo obstáculo é de natureza intelectual. Tudo na organização da alta cultura do mundo e do Brasil conspira contra uma transformação como esta. Na alta cultura acadêmica dos países ricos do Atlântico Norte, tivemos o domínio de tendências de racionalização, humanização e escapismo. Nas ciências sociais positivas, nas ciências (...) do mundo social, como a economia, a racionalização – entender o existente é imaginar as condições de sua transformação. Nas disciplinas normativas da filosofia política e da teoria jurídica, a humanização, uma espécie de glosa filosófica para justificar as práticas compensatórias da economia e a idealização do direito. E, nas humanidades, uma aventura no labirinto da subjetividade, inteiramente desconectada da reorganização prática da vida social. São três tendências que se imaginam adversárias, mas que, na realidade, estão aliadas pra nos desarmar do nosso poder de reimaginar e de reconstruir o mundo existente. (MANGABEIRA, Palestra, IDP).

Há uma mistificação do Direito que nos limita. Mangabeira propõe que não aceitemos esse estado de coisas. Anunciando o terceiro obstáculo que se deve enfrentar, Mangabeira fecha a palestra com um ato de fé e de esperança:

O terceiro obstáculo é o menos palpável, mas talvez seja o mais importante. Está no plano das emoções, das atitudes, das esperanças e desesperanças. Nada mais incomoda no Brasil, hoje, do que a idéia da grandeza. Nós nos sentimos pequenos. A proposta que fiz aqui implica o Brasil desbravar um caminho, não seguir o caminho primeiro autorizado pelos outros. Desbravar um caminho próprio para poder, com isso, melhor dar luz e alento à humanidade. Como é que nós vamos conseguir escapar da nossa experiência de "apequenamento"? É necessário que um número pequeno de brasileiros e brasileiras se disponham a trocar o cômodo pelo incômodo e a credenciar o ardor, o sacrifício. Teremos uma república de cidadãos uniformes, uma nação de profetas. O inconformismo, porém, é condição necessária, mas não suficiente. Não basta nos rebelarmos contra a falta de justiça se não nos rebelarmos também contra a falta de imaginação. É ela, a imaginação, a sócia indispensável da esperança, o que nos salvará. Ela nos salvará ao abrir os olhos da rebeldia. (MANGABEIRA, Palestra, IDP).

Mangabeira dissolve o Direito, decompondo-o, para resgatá-lo da mediocridade e do mero papel de reprodutor de uma realidade sufocante. Faz a desconstrução de um Direito ingenuamente imaginado, perdido em discussões estéreis relativas a um ideário metafísico e desprovido de energias. Entendo que Mangabeira propõe, em troca, que alguns juristas deixem as verdadeiras mansardas em que se encontram, não obstante pensem que sejam hóspedes de templos dourados, onde só há calma, disfarçada de conflito, e que desçam para a planície da vida real, onde há conflito, em busca de calma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Tradução para o espanhol de Carlos Bernal Pulido.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press.

GIDDENS, Anthony. The Third Way- The Renewal of Social Democracy. Cambridge: Polity Press, 2000.

HABERMAS, Jürgen, Direito e Democracia- entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler.

HARVEY, David. A Brief History of Neoliberalism. New York: Oxford University Press, 2005.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983. Tradução de José Lamego.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. Introdução à História dos Partidos Políticos Brasileiros. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

REICH, Charles A. Reich. The Greening of America. New York: Crown Trade Paperbacks, 1970.

SKIDMORE, Thomas E. The Politics of Military Rule in Brazil- 1964-1985. Oxford: Oxford University Press, 1988.

SPINOSA, Charles, FLORES, Fernando e DREYFUS, Hubert L. Entrepreneurship, Democratic Action, and the Cultivation of Solidarity- Disclosing New Worlds. Cambridge: MIT Press, 1997.

TINDER, Glenn. Against Fate- An Essay on Personal Dignity. Notre Dame: University of Indiana Press, 1984.

REGISTRO DE PALESTRA

MANGABEIRA UNGER, Roberto. Palestra no Instituto Brasiliense de Direito Público. 12 de abril de 2008.

ARTIGOS DE JORNAL

MANGABEIRA UNGER, Roberto. Morte e Legado da Terceira Via. Folha de São Paulo, s.d.

MANGABEIRA UNGER, Roberto. Novo Debate no Mundo. Folha de São Paulo, s.d.

MANGABEIRA UNGER, Roberto. A Justiça como Base de Desenvolvimento. Folha de São Paulo, 18 de abril de 2005.

* Professor universitário em Brasília (DF). Pós-doutor pela Universidade de Boston. Doutor e mestre em Direito pela PUC/SP. Procurador da Fazenda Nacional.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11770>> Acesso em: 29 set. 2008.