

O DIREITO E O PROBLEMA DO FETICHISMO INSTITUCIONAL NO PENSAMENTO DE ROBERTO MANGABEIRA UNGER

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy *

RESUMO:

O presente ensaio centra-se em problemas da reflexão jurídica; sintetizando o pensamento de Roberto Mangabeira Unger, no que se refere à experiência do direito, propondo que o direito se afaste de um ensimesmamento de conteúdo idealizante, e que se disponha a finalmente realizar o papel de transformação social.

PALAVRAS-CHAVE: Problemas da Reflexão Jurídica. Ensimesmamento de Conteúdo Idealizante. Transformação Social.

ABSTRACT:

This essay focuses on problems of legal analysis, synthesizing the thought of Roberto Mangabeira Unger, in relation to the experience of law, proposing that law move away from an idealized absorption content, and who is willing to finally make the role of social transformation.

KEYWORDS: Legal Problems of Reflection. Absorption Content idealizing. Social Transformation.

O direito e o fetichismo institucional e estrutural que o paralisam são alguns dos temas que Roberto Mangabeira Unger desenvolve em um de seus livros mais conhecidos, *What should legal analysis become*. A obra foi vertida para o português com o título de *O Direito e o Futuro da Democracia*¹. É publicação da Boitempo Editorial. A tradução é de Caio Farah Rodriguez e de Marcio Soares Gandchamp. Houve consultoria do próprio Mangabeira. Trata-se de texto centrado em problemas da reflexão jurídica; pode-se dizer que se trata do livro que melhor sintetiza o pensamento de Roberto Mangabeira Unger, no que se refere à experiência do direito. Mangabeira propõe que o direito se afaste de um

* Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.

¹ Doravante a versão será citada como *DFD*.

ensimesmamento de conteúdo idealizante, e que se disponha a finalmente realizar o papel de transformação social.

Sugere inicialmente que os especialistas devam ser convencidos, no sentido de que abandonem a obscuridão dos debates internos e particularizados, em favor de discussão que conduza a planos mais elevados de instâncias criativas, ricas em imaginação institucional. Discussões tópicas, endógenas, de filosofia analítica, centradas em problemas de antinomias e lacunas, ou ainda afetas à filosofia da linguagem, marcadas por discurso que se pretende lógico, mas que é substancialmente vazio, são refratários à advertência de Holmes Jr., para quem o direito não é lógica; é experiência. E tem uma função que transborda os debates em torno de si mesmo. Segundo Mangabeira:

Para adquirirmos a liberdade de criar futuros alternativos para a sociedade com clareza e ponderação, devemos ser capazes de imaginá-los e de discutí-los. Para que os imaginemos e discutamos eficazmente, devemos adentrar áreas especializadas do pensamento e da prática. Devemos transformar essas especialidades por dentro, modificando a sua relação com o debate público numa democracia. Devemos convencer os especialistas a renunciar a parte da autoridade superior que eles nunca propriamente possuíram, trocando essa falsa autoridade por um estilo de colaboração entre especialistas técnicas e pessoas comuns.²

Mangabeira sugere que especialistas abram mão de suposta autoridade que provavelmente nunca possuíram propriamente; dos especialistas um projeto genuinamente democrático exigiria um outro estilo de colaboração. O que o direito pode fazer na construção de um mundo novo? Outorga-se novo papel para o direito. A imaginação institucional necessita de ferramentas; despreza ilusão romântica, fomenta a tradução da esperança em visão. O direito tem muito mais a

² UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito e o Futuro da Democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. Tradução do inglês para o português por Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp, p. 9.

dizer e a fazer do que plasmar-se em ficções e em problemas de presunções legais³. O plano do livro dá as linhas gerais da concepção de direito em favor de um projeto democrático:

O intuito deste livro dita sua organização. O livro se inicia pelo desenvolvimento de um ponto de vista experimentalista e democrático a partir do qual se podem julgar as oportunidades intelectuais e políticas da atualidade. Discute por que a imaginação institucional necessita de novas ferramentas e qual trabalho podemos esperar realizar com elas. O livro então se volta para o direito e para o pensamento jurídico como fonte dessas ferramentas. O passo inicial é mostrar como a vocação característica do direito, com seu potencial democratizante não aproveitado, permaneceu presa aos constrangimentos impostos por estruturas e superstições institucionais.⁴

O direito deve explorar possibilidades institucionais. Princípios metafísicos de justiça e fórmulas conhecidas de economia de mercado devem se aproximar, nada obstante ambas representarem dois construídos ideologizantes, da ciência jurídica e da economia aplicada. Mangabeira imagina zona de convergência que avizinhe condições de progresso material e emancipação individual. A reflexão jurídica poderia ser o fio condutor dessa proposta. Um fetichismo institucional obstaculiza a atuação do direito, confinando-o; é o culto ao passado, a ditadura de suposta superioridade dos antigos, a imobilização em face do que arraigado, o medo do futuro, do novo. Para Mangabeira:

Um dos inimigos do experimentalismo democrático é o fetichismo institucional: a crença de que concepções institucionais abstratas, como a democracia política, a economia de mercado e uma sociedade civil livre, têm uma expressão institucional única, natural e necessária. O fetichismo institucional é um tipo de superstição que permeia a cultura contemporânea. Ele penetra cada uma das disciplinas mencionadas anteriormente, e informa a linguagem e os debates da política comum. A idéia de esclarecimento, ora antiquada, seria, hoje, mais bem aplicada a esforços para afastar o fetichismo institucional que vicia doutrinas ortodoxas em cada uma das disciplinas sociais. Afastá-lo seria o trabalho em

³ MARTINEZ, Ernesto Eseverri. **Presunciones Legales y Derecho Tributario**. Madrid: Marcial Pons, 1995.

⁴ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 10.

tempo integral de uma geração de críticos sociais e cientistas sociais.⁵

O referido fetichismo qualifica preconceitos que sugerem que as formulações jurídicas que conhecemos são dadas, e não construídas. Segundo Mangabeira, em outro contexto, *a pobreza das idéias disponíveis é nossa maior inimiga*. Somos escravos de uma teoria social estagnada, marcada por hierarquias muito rígidas, e que relegam pequeno espaço à imaginação. O inconformismo de Mangabeira lembra-nos que os modelos que vivemos podem ser alterados. Democracia representativa e economia de mercado, por exemplo, seriam instâncias que poderiam se organizar por intermédio de modelos distintos; ao direito caberia formular esses novos modelos, e não simplesmente elogiar as fórmulas existentes. Para Mangabeira, o fetichismo institucional é o grande inimigo espiritual do impulso experimentalista. A adesão que o fetichismo institucional recebe decorre da percepção falsa de que se tem de que o direito tal como presentemente conhecido seria o resultado de uma evolução, espelhando e qualificando as melhores instituições que se poderia imaginar. Assim,

O fetichismo institucional adquire hoje uma respeitabilidade pseudocientífica mediante uma idéia em grande medida implícita, mas persuasivamente influente: a noção da convergência para um conjunto único de melhores práticas disponíveis no mundo todo. De acordo com essa idéia, a evolução institucional do mundo moderno é mais bem entendida como uma aproximação, por tentativa e erro, às únicas instituições políticas e econômicas que se provaram capazes de conciliar prosperidade econômica e um cuidado satisfatório com liberdade política e segurança social. Variações nas estruturas institucionais de sociedades contemporâneas bem-sucedidas são reais, porém secundárias; se alguma conclusão é possível, é que elas tendem a se tornar mais limitadas à medida que as lições implacáveis da experiência deixam cada vez menos espaço para a imaginação reconstrutiva⁶

O fetichismo do passado obstaculiza a função criadora do direito. Eventuais

⁵ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 17.

⁶ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 18-19.

modelos de associação entre o governo e as empresas poderiam ser utilizados, nada obstante preceitos rígidos de que não haveria limites para a estabilidade no emprego, bem como para com direitos adquiridos que apenas atendem a grupos privilegiados da força da trabalho. Observa-se conservadorismo institucional que nega todas as fórmulas inovadoras, a exemplo de modelos de educação contínua junto às empresas ou, de um ponto de vista mais radical, de novos modelos de herança, que Mangabeira chama de *herança social*, e que explorou em várias obras que escreveu. Essa *herança social* é definida:

Contas sociais estabelecidas pela sociedade em nome de cada indivíduo deveriam (...) substituir progressivamente a herança privada. Uma parcela dessas contas representaria pretensões incondicionais oponíveis ao Estado para a satisfação de necessidades mínimas e universais. Outra parcela seria adequada à circunstância individual. E ainda outra parcela poderia ser concedida como uma recompensa por potencial comprovado ou realizações. Uma parte poderia consistir na provisão de serviços por um aparato público unitário, no modelo tradicional do Estado de bem-estar. Outra parte poderia resultar em pontos a serem gastos pelo indivíduo, por sua própria vontade ou com a aprovação de curadores, entre prestadores de serviço concorrentes. O propósito principal de tais contas seria a educação, orientada para a aquisição de habilidades práticas e conceituais e que continuasse durante toda uma vida ativa. A escola assumiria a sua missão precípua numa sociedade democrática de resgatar a criança e o adulto de sua família, sua classe, seu país, seu período histórico e mesmo da sua personalidade, e de prover-lhe acesso a experiência desconhecida.⁷

Outro exemplo de fetichismo institucional poderia ser encontrado no culto cívico que o pensamento norte-americano devota à constituição daquele país. O que não está no texto constitucional (ou nas possíveis e plausíveis interpretações que possam ser dadas à constituição) simplesmente não existiria no mundo fático; e se há fórmulas melhores, que não se encontram no texto constitucional norte-americano, é porque realmente não seriam formulações adequadas. De tal modo, ainda segundo Mangabeira:

⁷ Ibidem, p. 26.

Considere, por exemplo, a atitude da doutrina constitucional americana, que representa um exemplo extremo de análise jurídica racionalizadora com relação à interpretação constitucional. Não há lugar nessa atitude para a possibilidade segundo a qual o tipo de democracia de que o país precisa seja tal que as estruturas da Constituição norte-americana não consigam assimilar sem uma ampla revisão. Se um certo tipo de democracia é o melhor, deve ser possível encontrá-lo na Constituição. Se não for possível, de uma maneira ou de outra, encontrá-lo na Constituição, não deve ser tão bom quanto parece. Considere, por exemplo, a atitude da doutrina constitucional americana, que representa um exemplo extremo de análise jurídica racionalizadora com relação à interpretação constitucional. Não há lugar nessa atitude para a possibilidade segundo a qual o tipo de democracia de que o país precisa seja tal que as estruturas da Constituição norte-americana não consigam assimilar sem uma ampla revisão. Se um certo tipo de democracia é o melhor, deve ser possível encontrá-lo na Constituição. Se não for possível, de uma maneira ou de outra, encontrá-lo na Constituição, não deve ser tão bom quanto parece.⁸

Mas há muito mais a se esperar do direito constitucional. Reformas radicais exigem a concepção de um direito constitucional que possibilite a transparência do governante. bem como um conjunto de técnicas organizacionais que dê espaço para a imaginação institucional. Nesse sentido, Mangabeira critica o constitucionalismo que vivemos, que nomina de *constitucionalismo de impasse deliberado*, e que não dá espaço para a causa democrática. O imobilismo é instrumento de defesa, justifica-se em um passado imaginário e idealizado. Apresenta-se como muralha protetora de conquistas históricas. Dirige a atuação presente, ameaçando a imaginação institucional, que reputa de subversiva e de inimiga da democracia. Apoia-se em presunções teóricas de grande efeito retórico, a exemplo de *proibição do retrocesso* ou de *constituição dirigente*⁹, de forte apelo na tradição continental européia, e com grande ressonância na discussão jurídica brasileira contemporânea. Especialmente, Mangabeira critica a formulação dos *freios e contrapesos*, que radica na doutrina da tripartição dos poderes, que

⁸ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 78.

⁹ CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

objetivamente presta-se para *reduzir as funções transformadoras do poder estatal*¹⁰. Mangabeira prega um novo modelo de direito constitucional, totalmente refratário à experiência que conhecemos e com a qual comungamos:

Um direito constitucional favorável ao engajamento do eleitorado universal na resolução rápida de impasse entre órgãos do Estado deve tomar o lugar de um direito constitucional simpático à desaceleração da política. Entre os mecanismos de tal constitucionalismo alternativo podem estar a combinação de formas pessoais plebiscitárias e parlamentares de poder, o recurso a plebiscitos e referendos e a facilidade para convocar eleições antecipadas pela iniciativa de qualquer poder do Estado. Uma estrutura jurídica da política eleitoral favorável a um aumento contínuo do nível de mobilização política popular pode tomar o lugar da que transforma a política eleitoral numa interrupção ocasional e menor da vida prática. Entre seus instrumentos podem estar regras de voto obrigatório, livre acesso de uma gama ampla de partidos políticos e movimentos sociais aos meios de comunicação de massa, o financiamento público de campanhas políticas e o fortalecimento de partidos políticos.¹¹

A recente experiência constitucional brasileira é exemplo muito nítido da preocupação de Roberto Mangabeira para com o fetichismo das instituições. Canonizou-se o texto constitucional de 1988. Deu-se-lhe o epíteto de a *constituição cidadã*. Às emendas constitucionais, necessárias para o funcionamento das instituições, num mundo que se transforma, outorgou-se a perfídia e o assalto à democracia. De uma certa forma, pretende-se o *tombamento* do texto constitucional, condenando-se as gerações presentes e futuras aos erros, acertos e idiosincrasias que marcaram a experiência constituinte que seguiu à queda da ordem militar. Não se pode questionar a originalidade e a origem do texto constitucional presente. Historicismo ingênuo nos faz prisioneiros de um tempo passado.

E Mangabeira, concomitantemente à inovação nas fórmulas de direito

¹⁰ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 28.

¹¹ Idem.

público, propõe também novos modelos institucionais para a sociedade civil, renunciando explicitamente modelos clássicos de direito privado, de feição romana, e de penetração em nossa cultura jurídica por força das influências alemã e francesa, e que instrumentalizam a desigualdade que se quer combater:

Um sociedade desorganizada ou organizada desigualmente não pode se reinventar. Sua discussão de futuros alternativos viria apaticamente de livros, em vez de vigorosamente dos experimentos e debates localizados de movimentos e associações concretos. Abandonar as exigências organizacionais da sociedade civil aos instrumentos tradicionais do direito privado significa resignar-se a organização marcadamente desigual. Os mecanismos facilitadores do contrato e do direito privado serão usados por aqueles que, em certo sentido, já são organizados. Os organizados podem encontrar em sua associação juridicamente sancionada reforço para sua vantagem preexistente.¹²

A reflexão também é válida para desenhos de direito social, a exemplo do direito do trabalho, que Mangabeira exemplifica com os modelos clássicos de sindicalização que conhecemos. A questão sindical, centrada na velha dicotomia das categorias profissionais e econômicas, com a presença do Estado na gerência e no controle, herança das políticas de Vargas, é problema comum, que exige enfrentamento. Para Mangabeira:

Quando a força de trabalho da sociedade permanece segmentada hierarquicamente, a sindicalização tradicional, por exemplo, na forma de um regime contratualista de direito do trabalho, terá, com maior probabilidade, vida ativa nas mãos dos trabalhadores relativamente privilegiados que mantêm empregos na indústria de capital intensivo. Uma vez sindicalizados, esses trabalhadores descobrirão que partilham interesses comuns com seus empregadores contra a maioria desorganizada. Eles podem desenvolver práticas cooperativas com os chefes no local de trabalho que parecerão tornar a sindicalização supérflua. A sindicalização parcial se provará, no final, a transição para um estágio em que trabalhadores relativamente privilegiados não mais desejarão sindicatos, e trabalhadores relativamente desprivilegiados nunca os instituirão.¹³

Ao que parece, Mangabeira insinua um direito social livre dos

¹² Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 29.

¹³ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 29.

constrangimentos do Estado e da iniciativa privada. Tudo é possível. Mangabeira renega e critica veneração fetichista do que é contingencial, tão-somente, e que deve ser visto como arranjo meramente transitório e falível. Seria o caso, por exemplo, da presunção de neutralidade que insiste em marcar alguns setores do pensamento jurídico contemporâneo. A neutralidade, que outro cientista social, Michel Löwy, chama de *neutralidade de enuco*, é, para Mangabeira, uma *neutralidade falsa*:

Nenhuma ordem institucional, contudo, pode ser neutra entre formas de vida; ela pende a balança numa direção ou noutra. A falsa meta da neutralidade obstrui o caminho do objetivo verdadeiro da diversidade experimental por ser dominada pela veneração fetichista do que deveriam ser consideradas estruturas falíveis e transitórias.¹⁴

Deve-se abandonar neutralidade que objetivamente não existe e que subjetivamente nada nos acrescenta. Não se pode ser neutro em um trem que se movimenta¹⁵. Experiências estranhas à nossa podem nos instrumentalizar na concepção de novas fórmulas; para Mangabeira, *as sociedades mais bem-sucedidas são as melhores pilhadoras e recombinadoras*.¹⁶

A avaliação de outros modelos é ferramenta indispensável para que pensemos alternativas. Em nicho estritamente jurídico, prossegue Mangabeira, observa-se interrupção no desenvolvimento do direito, que teve como resultado nossa incapacidade em transformarmos a análise jurídica em imaginação institucional. Mangabeira exemplifica a assertiva com a experiência norte-americana: o experimentalismo seria a feição mais defensável do excepcionalismo que marca a vida política e cultural dos Estados Unidos da América.

¹⁴ Ibidem, p. 31.

¹⁵ ZINN, Howard. **You can't be Neutral on a Moving Train**. Boston: Beacon Press, 2002.

¹⁶ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 34.

Mangabeira lembra-se de Thomas Jefferson e de John Dewey, a quem reputa de os mais importantes pensadores norte-americanos, e que sempre teriam tentado persuadir seus contemporâneos de que havia alternativas¹⁷ (cf. DFD, p. 45). Thomas Jefferson, por exemplo, advogava um permanente regime de revisão constitucional¹⁸. Para o pai da pátria norte-americana, textos constitucionais deveriam ser refeitos a cada nova geração. Incidentalmente, é o que ocorre no modelo norte-americano. É que a revisão constitucional não é resultado de intervenção direta no texto, por meio de emendas, que a estabilidade putativa da *common law* repudia. A revisão constitucional norte-americana faz-se, prioritariamente, por meio de alterações de percepção, de interpretação, e nesse sentido a Suprema Corte daquele país protagoniza importantíssimo papel, especialmente porque fracionada entre o embate entre originalistas e ativistas; aqueles primeiros pretendem um retorno à literalidade e a *rationale* do texto originário; estes últimos pretendem um *aggionamento* da experiência constitucional.

O direito exige mudanças, delas é veículo. Quem levará adiante as reformas que ele exige? Há um agente que falta. Mangabeira parece duvidar do fato de que a sociedade passivamente acompanhe um movimento de reformulação institucional, que tenha como ponto de partida os atores do cotidiano do judiciário. Qual o papel do judiciário numa sociedade democrática? O juiz é mero guardião da lei, como sugere a tradição que radica em Montesquieu? É figura ativa, que impõe nas decisões sentimentos e aversões pessoais, como

¹⁷ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 45.

¹⁸ JEFFERSON, Thomas. **The Essential Jefferson**. New York: Dover, 2008, p. 30.

sugeria o realismo jurídico e a jurisprudência sociológica? Para Mangabeira,

(...) nem mesmo os Estados Unidos, permitirá que uma vanguarda de advogados e juízes reconstrua de pouco em pouco suas instituições, sob o pretexto claro de interpretar o direito. A massa de trabalhadores pode estar adormecida. As classes instruídas e proprietárias não estão. Elas não permitirão que seus destinos sejam determinados por um quadro restrito de reformadores missionários, desprovidos de limites. Elas colocarão esses reformadores em seu lugar, substituindo-os por sucessores que não precisem mais ser colocados em seu lugar. O aprofundamento do alcance e a ampliação do âmbito da execução complexa logo subtrairia do judiciário sua legitimidade política e consumiria seus recursos práticos e cognitivos. Além do mais, em nome da autoridade para intervir de modo a melhor assegurar o efetivo gozo de direitos, os juízes usurpariam uma parte cada vez maior do autêntico poder popular de autogoverno. Então, o que devem fazer os juízes, e o que fazem de fato? Algumas vezes, eles pareceram querer fazer todo o possível para sair ilesos: melhor alguma influência sobre o fundo estrutural da dominação do que nenhuma; melhor organizações sociais marginais do que organização nenhuma.¹⁹

Simplemente, não há quem possa levar adiante as reformas que são necessárias e que traduziriam institucionalmente a imaginação que exige que nos organizemos de outro modo. Pelo menos, à luz das fórmulas institucionais existentes, herdeiras do regime de tripartição dos poderes, e da concepção racional-iluminista de que o poder é o freio do próprio poder. Quem será o agente da mudança, a parteira do novo mundo? Mangabeira propõe que criemos esse novo agente transformador:

A verdade é que nenhum elemento do Estado atual é suficientemente adequado, em virtude de capacidade prática ou de intervenção política, para empreender o trabalho de reconstrução estrutural e episódica. Falta a essa tarefa - como falta a toda missão nova e séria no mundo - seu agente adequado. A melhor solução é, então, forjar o novo agente: um outro órgão do governo, um outro poder do Estado, concebido, eleito e dotado de recursos com o encargo expresso de conduzir essa tarefa inconfundível de garantia de direitos. Essa mudança, contudo, demandaria a própria abertura ao experimentalismo democrático em que o direito contemporâneo e as democracias contemporâneas se provaram tão notavelmente deficientes. Ela exigiria de nós, como advogados e cidadãos, que completássemos a passagem do já realizado primeiro passo, de insistência na efetividade do gozo de direitos, ao segundo e ainda ausente passo de reimaginação e reconstrução

¹⁹ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 49.

institucional.²⁰

Mangabeira incomoda-se também com o papel olímpico que o direito pretende representar. O direito pretende-se responsável por todas as mudanças, mas não as enfrenta com a grandeza que a tarefa exige. Nas palavras de Mangabeira, o direito encontra-se *fascinado por um complexo de Atlas que impõe a si próprio*²¹. No entanto, o direito permanece imóvel, dizendo-se ocupado com uma análise jurídica de encantadores problemas imaginários. Trata-se de modelo de reflexão que também vicejou no modelo norte-americano, que Mangabeira bem conhece. Mangabeira nomina esse modelo de pensamento de *análise jurídica racionalizadora*²². Para Mangabeira:

Não existe tal coisa como o "raciocínio jurídico": uma parte imutável de um corpo imaginário de formas de investigação e discurso, dotado de um núcleo permanente de alcance e método. O que temos são apenas estruturas institucionais historicamente localizadas e discussões historicamente localizadas. Não faz sentido perguntar "Que é a análise jurídica?", como se o discurso (dos profissionais do direito) a respeito do direito tivesse uma essência imutável. Ao lidar com esse discurso, o que podemos corretamente perguntar é "Sob que forma o recebemos e no que devemos transformá-lo?" (...) O discurso generalizante e idealizador das políticas públicas e princípios interpreta o direito como um empreendimento social finalístico que procura alcançar esquemas abrangentes de dever moral e bem-estar. Pela reconstrução racional, penetrando cumulativa e profundamente no conteúdo do direito, acabamos por entender pedaços do direito como fragmentos de um esquema inteligível da vida em sociedade.²³

Esse modelo, que Mangabeira critica, detém muito prestígio. Triunfa, especialmente, nos Estados Unidos da América²⁴. Seria o caso, por exemplo, dos modelos de controle de constitucionalidade, que Mangabeira identifica como indicativo de um *policimento de reserva*. Trata-se de discussão que se localiza

²⁰ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 49.

²¹ Ibidem, p. 66.

²² Ibidem, p. 53.

²³ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 53-54.

²⁴ Ibidem, p. 55-56.

em concepções teóricas ligadas ao formalismo e ao conceitualismo, triunfantes na jurisprudência norte-americana²⁵, bem entendido, até o momento em que o realismo jurídico desafiou os conceitos então dominantes. Para Mangabeira:

O instrumento metodológico dessa visão material do direito é o repertório de técnicas que conhecemos hoje, derrisoriamente, como formalismo e conceitualismo. Não devíamos caracterizá-los como um preconceito dedutivista rudimentar sobre a linguagem e a interpretação, pois eles fazem sentido no contexto da idéia de um conteúdo jurídico predeterminado de uma ordem livre. Assim, o conceitualismo explora os conjuntos de regras e doutrinas inerentes aos conceitos que estruturam o sistema de direitos - conceitos como a própria propriedade -, enquanto o formalismo deduz proposições inferiores de proposições superiores. Práticas discursivas concebidas para vigiar as fronteiras entre o direito distributivamente neutro e bom e o direito redistributivo e ruim complementam esses métodos básicos. A principal dessas práticas de policiamento é a interpretação construtiva, que redescreve e revisa o direito ruim, sempre que possível do ponto de vista persuasivo, como direito bom. A prática de policiamento de reserva é a declaração de inconstitucionalidade, que invalida os casos de redistribuição pelo direito que não podem ser afastados pelo aperfeiçoamento da interpretação. Ao empregar todos esses meios, a ciência jurídica realiza sua tarefa essencial de representar num sistema de regras e noções jurídicas o projeto de liberdade política e econômica, protegendo-o desse modo contra deturpações. Sua tarefa científica corresponde às suas responsabilidades políticas²⁶.

Mangabeira desconfia desse modelo. Essa prática jurídica idealizante *sufocou o conflito social*²⁷. A assepsia de um direito que rejeite a intervenção do Estado, tal como se plasmou na *Era Lochner* da experiência norte-americana, é afastada por noções elementares de interesse público, justificativas da atuação estatal. Do Estado, Mangabeira espera ação prospectiva; e Mangabéria é hoje parte da máquina estatal, na qualidade de Ministro, do atual governo brasileiro. Nas palavras de Mangabeira:

Nenhum elemento do interesse público parece mais importante do que o

²⁵ DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

²⁶ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 60.

²⁷ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 60.

compromisso de garantir às pessoas as condições práticas para gozar efetivamente os direitos de cidadãos livres, agentes econômicos livres e indivíduos livres. A atividade regulatória e redistributiva do Estado ganha legitimidade e prova sua ligação com o interesse público, por ter como sua a missão de satisfazer as condições para o gozo efetivo de direitos.²⁸

Nesse sentido, ao direito (com fundamento na atuação do Estado) caberia também função de redistribuição de recursos, um certo *positivismo de combate*, progressista, que atenderia às vítimas da própria produção do direito. O direito possui uma papel, uma dinâmica, uma função. Pior sem ele. Por isso, segundo Mangabeira:

Desse ponto de vista, o estilo canônico de doutrina jurídica pode ser uma mentira, mas é uma mentira nobre e necessária. Ela protege contra o pior e promete uma modesta porém real melhora na condição daqueles que, sem essa ajuda, perderiam mais.²⁹

Há vários interesses em disputa. Uma sociedade pluralista se vê refletida na multiplicação de pontos de vista, em disputa permanente entre conflito e acordo. Porém, fronteiras de equilíbrio podem ser vagas e imprecisas. Por exemplo, pergunta clássica, que remonta a animado debate alemão do século XIX: por que codificar? De uma lado, a codificação é modelo que se propõe a domar o poder dos juristas; nesse sentido, é esforço legítimo e democrático. Por outro lado, e em sentido totalmente oposto, a codificação é fórmula que transforma em mantra a doutrina desses mesmos juristas. Mangabeira alcança definição de direito, no sentido de que se explicita este como uma expressão episódica de compromisso prático na presença de um conflito real. Visões ideais e interesses materiais eventualmente se enfrentam. Não há como se fugir do truísmo.

Mangabeira recorreu à noção medieval que opunha *gubernaculum* a

²⁸ Ibidem, p. 66.

²⁹ Ibidem, p. 71.

jurisdictio. Aquela primeira propiciaria a intervenção eventual e corretiva que se fazia, à luz da lógica do príncipe, em uma desordem que exigia organização. Numa democracia espera-se que o direito deva ser compreendido como instrumento prático para regulamentação dos conflitos, por intermédio de regras gerais, moderando-se embates previsíveis, nos limites de compromissos nem sempre revelados. O direito é fruto de interesses e de conflitos. Reflete menos princípios do que conexões políticas. De qualquer modo, direito e política dividem o espaço; a produção jurídica é impregnada de pressões. Assim, segundo Mangabeira,

O pluralismo de grupos de interesse, como podemos chamá-lo, representa o direito como o produto de negociação e conflito entre grupos de interesse organizados. Numa democracia, o locus principal, mas certamente não o único, dessa atividade de produção do direito é o processo legislativo, com seu fundamento na política partidária eleitoral. De forma mais silenciosa, a mesma rivalidade e acordo de grupos pode ter lugar nas nomeações para tribunais e agências. De acordo com o pluralismo de grupos de interesse, cada fragmento do direito representa um troféu ou uma trégua num conflito contínuo entre grupos de interesse. Os resultados jurídicos desse conflito permanecem legítimos na medida em que o procedimento do conflito continue a satisfazer dois requisitos. O primeiro requisito é que os grupos em disputa joguem de acordo com as regras básicas estabelecidas no direito, principalmente o direito que define as estruturas da democracia constitucional e da política eleitoral. O segundo requisito é que nenhum dos grupos esteja substancialmente suborganizado ou sub-representado. Se algum grupo está suborganizado, a solução de longo prazo é organizá-lo e dar-lhe representação, garantindo voz aos que não têm. A solução de curto prazo é oferecer proteção ou compensação especial.³⁰

Essa apreensão fática do direito, enquanto instância da política, conta também com a percepção que o explorador do direito terá da matéria que explora. Ele sabe aonde quer chegar. Quando menciono explorador do direito refiro-me a juízes, advogados, promotores, professores. São esses os protagonistas daquilo que Mangabeira nomina de *análise jurídica racionalizadora*. Mangabeira explica

³⁰ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 73.

que há quatro raízes que identificam esse modelo. Tem-se uma restrição contra os usos de recursos analógicos. Defende-se um sistema de direitos que sugere a arbitrariedade como andímodo à própria arbitrariedade. Observa-se um reformismo conservador, pessimista, retrógrado. Centra-se o juiz no debate, o que qualifica uma obsessão. O direito brasileiro parece todo concebido para se desdobrar em âmbito de judiciário. Quanto ao reformismo conservador, Mangabeira escreveu que se trata de uma

(...) família de projetos políticos para a qual a análise jurídica racionalizadora foi aproveitada e da qual recebeu grande parte de sua energia e sentido. Quando não mais pudermos compreender o método generalizante e idealizador do pensamento jurídico como uma exigência do estado de direito, poderemos ainda entendê-lo como a ferramenta indispensável de uma certa maneira para diminuir os males da sociedade pelo aperfeiçoamento dos efeitos do direito. O traço característico do reformismo conservador é a combinação de compromisso com objetivos programáticos e conservadorismo institucional.³¹

O que pretende o reformismo conservador? O discurso reformista é recorrente. Pretende-se mudar tudo, toda hora. Mas não se vai muito longe. É o caso de artigos jurídicos, publicados em revistas especializadas. Segundo Mangabeira, esses artigos são sempre iguais. Partem da lei. Falam mal dela. Entusiasticamente apontam como a lei deve ser mudada. Mas não chegam ao fundo do problema. A valer-me do vocabulário do marxismo ocidental, o reformismo conservador ocupa-se com conjunturas, não se refere a estruturas. Pouco avança. É mero adereço. Segundo Mangabeira:

Os objetivos programáticos no reformismo conservador são os compromissos ideológicos conhecidos que definem as principais posições nos debates políticos e jurídicos contemporâneos. Eles podem ser forjados no vocabulário dos partidos políticos e dos grupos de opinião subjacentes: concorrência econômica e iniciativa individual, distribuição mais ampla e igualitária dos benefícios do crescimento econômico e de oportunidades para expressão política e cultural, maior

³¹ Ibidem, p. 103.

solidariedade social e desenvolvimento da vida associativa. Alternativamente, eles podem aparecer na linguagem das políticas sociais e ideais que os juristas atribuem a conjuntos de leis: parâmetros de anti-subjugação e antidiscriminação, em contextos, por exemplo, em que a legislação conforma a distribuição de benefícios estatais, ou presunções de responsabilidade fiduciária em situações em que o interesse próprio de representantes ou diretores conflita com a responsabilidade para com representados e acionistas ausentes. Não há distinções definidas e inalteráveis entre a expressão desses compromissos ideais na política partidária e no direito, e as distinções entre os próprios ideais permanecem evasivas e frágeis. Todas provêm do mundo de idéias sobre o projeto democrático. Todas, portanto, situam-se na área de coincidência entre as condições de progresso material e as condições de independência individual.³²

O reformismo conservador faz da análise racionalizadora uma *terapia social evasiva*³³. Mangabeira adverte que o modelo triunfante de análise jurídica pode transformar o jurista num mistificador e apólogo. Esse reformismo conservador traduz também reformismo progressista pessimista. Segundo Mangabeira, seria o caso do modelo norte-americano, que outorgou à constituição uma tipologia hierática; tem-se uma religião civil, de uma certa forma aparentada com indicatiso de patriotismo constitucional, tal como formulado por Jürgen Habermas. A constituição norte-americana significa a metáfora máxima de um país governado por leis, e não por homens, exatamente na medida e até o momento que as opiniões se dividem. A partir de então, o romantismo da historiografia oficial cede ao realismo frustrante que dimensiona o mundo institucional. De tal modo, e a opinião é de Mangabeira:

O país em que o trabalho jurídico do reformismo progressista pessimista mais avançou é os Estados Unidos. O caráter sacrossanto vinculado à Constituição americana e, por extensão, a outras partes da ordem institucional, a qualidade antiprogramática e antimobilizadora de grande parte do discurso político americano comum, o famoso hábito de reformular temas políticos como judiciais e a posição dos juristas como coordenadores autoconfiantes das elites políticas e econômicas, em vez de como uma casta distinta e subordinada dentro das elites, uniram-se para

³² Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 103.

³³ Ibidem, p. 107.

deixar a tradução do reformismo conservador em discurso jurídico parecer especialmente plausível. Nos momentos em que juristas progressistas se desencantaram com as possibilidades da política popular ou temeram seus perigos, e encontraram as portas dos órgãos políticos do governo cerradas, eles ficaram especialmente tentados a ver na política através de juizes o substituto providencial para a política através da política. Eles, então, se frustraram repetidamente. E, com a mesma frequência, foram incapazes de extrair de suas decepções as lições corretas.³⁴

Mangabeira ilustra esse reformismo conservador veiculado pela constituição norte-americana (e pelo constitucionalismo que reina naquele país) com as fórmulas de *igualdade perante a lei* lá adotadas. Decididamente, fracassou-se na tentativa de se transformar a análise jurídica em imaginação institucional. Nesse sentido, e contra esse reformismo conservador, a tarefa principal do pensador do direito seria o comprometimento com o desenvolvimento de uma teoria e de um modelo que buscassem a realização de compromissos sociais de forte apelo democrático. Segundo Mangabeira, essa tarefa se desdobraria em dois planos: deve se reconhecer o idealismo que se encontra embutido no direito, buscando-se em seguida a melhora da lei e das fórmulas de recebimento, de compreensão e de implemento dos textos normativos.

Há um *caveat* para com o bonapartismo dos juristas, que atendem a vítimas isoladas, ao invés de acudir às conexões de grupo. É aí que Mangabeira problematiza o papel da magistratura. A questão é complexa. Os inimigos que enfrenta são poderosos. Invoca, assim, o que identifica como o *contexto histórico de uma obsessão*:

As limitações da análise jurídica racionalizadora encontram uma desculpa onipresente nos contrangimentos da função jurisdicional. Como seus antecessores imediatos, a análise jurídica racionalizadora dirigiu-se precipuamente a juízes ou àqueles que, como funcionários públicos ou juristas, se colocam, na prática ou mentalmente, no lugar de juízes. Mesmo quando teorias contemporâneas do

³⁴ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 107.

"processo jurídico" transformaram o judiciário apenas em um sistema de atores jurídicos, ele permaneceu o primeiro entre pares, no cume da pirâmide de "elaboração racional", da mesma forma que o processo legislativo foi relegado a uma condição residual, um instrumento de último recurso para ser usado quando os poderes de ponderação racional não funcionam. A toda proposta para reforma e reorientação da análise jurídica pode-se opor a objeção: o que os juízes poderiam fazer com esse método? A pergunta que sempre interrompe a conversa - "como os juízes devem julgar" - permaneceu a questão fundamental na teoria jurídica. A questão da decisão judicial não merece tal privilégio. O privilégio encobre acertos indefensáveis e antidemocráticos assumidos de antemão, e sua continuidade ajuda a interromper o progresso da teoria jurídica. De forma específica, o privilégio serviu tanto como causa quanto consequência da incapacidade do pensamento jurídico contemporâneo em passar de sua eterna preocupação com o gozo efetivo de direitos para sua pouco desenvolvida compreensão dos caminhos institucionais alternativos de desenvolvimento do exercício de direitos em sociedades livres. A obsessão com o judiciário ajudou a lançar um encanto antiexperimentalista sobre o pensamento jurídico, seduzindo-o a trair sua vocação original numa democracia. Precisamos relegar a questão, "como os juízes devem julgar?", a uma condição especializada e secundária, como uma questão que exige respostas especiais, mas que deixa o campo aberto para práticas de análise jurídica direcionadas a outros fins. O fim precípua é a especificação, no pensamento e na prática, da interação concreta entre ideais ou interesses e instituições ou práticas pelo meio detalhado do direito e do pensamento jurídico(...).³⁵

À tarefa jurisdicional Mangabeira acrescenta proposta de reconstrução racional. Para Mangabeira, o jurista, não mais o juiz imaginário, especialmente o prosaico Hércules da tradição moralista, neocontratual e metafísica de Ronald Dworkin, deve se *tornar o assistente do cidadão (...) o cidadão e não o juiz deve ser o interlocutor primeiro da análise jurídica (...) o alargamento do sentido de possibilidade coletiva deve se tornar a missão precípua do pensamento jurídico*³⁶. Mangabeira coloca a missão jurisdicional em plano mais realista. É mais um quem questiona: como devem os juízes julgar? E ensaia resposta. Prossigo:

Suponha, então, que tratemos a questão "como devem os juízes julgar?" como uma questão especial, que exige uma solução especial. Suponha, ainda, que ao sugerirmos essa resposta especial tomemos cuidado para evitar as ilusões da análise jurídica racionalizadora, suas ilusões sobre a analogia, sobre arbitrariedade

³⁵ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 134-135.

³⁶ Ibidem, p. 141.

e sobre reforma. Devemos definir o método de uma maneira que respeite a realidade humana e as necessidades práticas das pessoas que vão a juízo sem que as subordinemos a um esquema reluzente de aperfeiçoamento do direito. Devemos estar certos de que nossa prática judicial deixa aberto e disponível, na prática e na imaginação, o espaço onde o trabalho real da reforma social pode ocorrer. Devemos evitar o dogma e aceitar fazer concessões na nossa descrição da prática e também no nosso entendimento da sociedade para o qual a prática contribui. Devemos tentar permanecer próximos ao que as decisões judiciais nas democracias contemporâneas realmente são.³⁷

Deve-se tomar cautela para que se evite um direito explicitamente criado por juízes, a exemplo do que se conhece da experiência inglesa. E também nas várias outras experiências constitucionais que há, corre-se o risco de que a magistratura afaste-se dos motivos que a determinaram. Em princípio, a potencialização da voz do judiciário é circunstância que pode suscitar preocupações, na medida em que eventuais deficiências de democracia podem marcar o modelo. É o caso, por exemplo, de tradição constitucional que se desdobra nos Estados Unidos, de alguma forma influenciada pela obra de John Hart Ely³⁸, e em problematizações mais recentes. Refiro-me, especialmente, a Mark Tushnet³⁹, que fora companheiro de Roberto Mangabeira Unger nos tempos do movimento *critical legal studies*, e que propõe constitucionalismo democrático, no sentido de que o controle de constitucionalidade desdobre-se prioritariamente fora das cortes de justiça. No entanto, ainda há, no pensamento de Mangabeira, amplo espaço para a atuação do magistrado:

Há circunstâncias em que os juízes podem e devem exercer um fragmento dessa autoridade a fim de que os órgãos políticos e a cidadania também possam fazê-lo (...) Na maior parte, contudo, tal tarefa está além do que os juízes podem realizar

³⁷ Ibidem, p. 141-142.

³⁸ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust- a Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

³⁹ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

eficaz ou legitimamente. Se eles insistem em realizá-la, correm o risco de ser levados pela necessidade de conciliar ambição e modéstia a um reformismo grosseiro e circunstancial, que produz tanto mal quanto bem. Haverá situações, contudo, em que um grande fosso se abrirá entre direito e costume. O fosso pode não ser propriamente o projeto do direito nem sua consequência previsível. Os juízes podem criar um recurso jurídico ad hoc, deixando a estrutura da sociedade intocada ou sem ameaça. Aqui está a oportunidade para o juízo de equidade. O microexcepcionalismo do ajuste equitativo é a antiga tentativa de reconcepção de direitos no contexto de papéis sociais, o sacrifício anômalo do direito ao costume. É uma tentativa de diminuir a cota de crueldade na experiência cotidiana, e fazê-lo não numa grande escala, mas na dimensão de um evento e de um encontro. A humanidade do juiz responde à humanidade dos litigantes. Tal substituto temporário não gozaria de futuro nem exerceria influência. Constitui uma exceção à prática jurisdicional normal, mas uma exceção corretamente abrangida dentro de uma visão maior da prática.⁴⁰

Mangabeira defende que a judicatura poderia instrumentalizar um autogoverno popular, cortando os nós-górdios do direito, *com suas espadas de interpretação construtiva*⁴¹. No entanto, há constrangimentos, obstáculos, limitações. Mangabeira defende a necessidade de que se cogitem de órgãos separados do Estado, dotados de forte responsabilidade democrática, bem como de (...) *maiores recursos investigativos, técnicos, financeiros e administrativos do que o judiciário tradicional ora goza* (...) ⁴². A proposta, a par de vaga, multiplica instâncias burocráticas, e reproduz em nível mais tímido, embora mais idealista, estruturas que presentemente já existem.

Mangabeira critica a excessiva racionalização que teorias contemporâneas projetam no direito. Critica Kelsen e Hart, e a decorrente tentativa de afastar o direito da ideologia, bem como demais percepções atuais, a exemplo do funcionalismo, do historicismo - e sua feição culturalista, para a qual o direito

⁴⁰ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 145.

⁴¹ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 146.

⁴² Ibidem, p. 147.

seria a representação direta do espírito de uma época e de um povo⁴³. Segundo Mangabeira, *devemos nos desfazer dessas abordagens porque cada uma delas, maculadas por ilusão, nos afastam da descoberta de oportunidade transformadora. Reprimindo o entendimento do possível, todas desviam nosso entendimento do real - das sociedades existentes e seu direito estabelecido, e do que o pensamento jurídico é e do que pode vir a ser*⁴⁴. Especialmente, contra a teoria pura, como exposta por Kelsen:

Um segundo descaminho influente na teoria jurídica é o projeto de produzir uma representação analítica do direito que possa desprender-se tanto de controvérsias normativas sobre qual deve ser o conteúdo do direito e de controvérsias empírico-causais sobre as causas e as consequências de diferentes regras e doutrinas. Embora essa ambição tenha exercido influência de tempos em tempos na história da teoria jurídica, ela encontrou sua expressão mais rígida na "teoria pura do direito" de Kelsen. Deixe de lado a teoria do raciocínio jurídico em Kelsen e seu mais qualificado sucedâneo inglês, H. L. A. Hart, e considere a idéia central de uma descrição analítica do direito dissociada de ideologia e sociologia. Muito do impulso de dissociação veio do desejo de criar um vocabulário de discussão do direito que fosse livre da idealização do direito produzida pela prática de reconstrução racional na doutrina jurídica. Desse impulso de desmitificação surge parte da força que a idéia de análise pura no direito possui ainda hoje. Contudo, a tentativa de desencantamento pela análise pura do direito se tornou estéril devido a sua associação a um preconceito pseudocientífico: a procura pela universalidade e invulnerabilidade intelectual, pela imunidade à controvérsia normativa e empírica. Não dê relevo, ou dê o menos possível, ao compromisso programático e à conjectura empírica, pensam eles, e seremos mais fortes. Dessa forma eles se castraram e privaram sua campanha pela desmitificação do direito e da doutrina jurídica de qualquer resultado produtivo que ela pudesse esperar alcançar.⁴⁵

O funcionalismo evolucionista ligado à tentativas de explicação histórica do direito, imbricadas no marxismo, também não conseguiu alcançar adequadamente os problemas colocados pelo direito, com o objetivo de resolvê-los à luz de um programa real de transformação social. Perdeu-se a oportunidade

⁴³ Ibidem, p. 148.

⁴⁴ Ibidem, p. 149.

⁴⁵ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 149.

de se fixar e de se reproduzir heresias institucionais. Essas últimas são consideradas acidentes. Meros episódios, contingências. Crítica muito parecida é dirigida ao culturalismo. Segundo Mangabeira:

Um quarto descaminho é a abordagem historicista e culturalista do direito como a expressão singular da vida de um povo, a voz de uma tradição nacional. A expressão exemplar dessa abordagem é *O Espírito do Direito Romano*, de Jhering. Sua influência, embora alterada e fragmentária, está por toda parte. Em alguns casos, as abordagens funcionalista e historicista se confundiram, quando, por exemplo, culturas políticas nacionais diferentes e praticamente inalteráveis são responsabilizadas por fazer a corrida pela vantagem funcional se dar em pistas diferentes: um conjunto de formas societárias adequado aos americanos, outro aos japoneses e ainda outro para os alemães. A forma de vida, singular e orgânica, manifesta no detalhe jurídico e desenvolvida como tradição jurídica, torna-se na forte visão historicista o tópico central do estudo jurídico e o protagonista da história jurídica.⁴⁶

A exemplo de Karl Popper⁴⁷, que vinculou o historicismo aos inimigos das sociedades abertas, opondo-o à democracia, e vinculando-o aos projetos de despotismo totalitário, com críticas veementes a Platão, a Hegel e a Marx, embora por outras razões e e em outro contexto, Mangabeira apontou perigos:

O erro do historicismo se tornou, no curso da história recente, ainda mais grave por razões que têm que ver com o ataque crescente ao necessitarismo funcionalista. A imitação de culturas em escala global e a pressão inexorável para pilhar e recombina práticas de todas as partes do mundo em nome do sucesso prático esvaziam cada vez mais o conteúdo costumeiro das identidades nacionais. Essas identidades se tornam abstratas: separadas de qualquer conjunto estável de costumes que trace com clareza os limites entre uma forma de vida e outra. A vontade de diferença supera a diferença real e se torna, pelo enfraquecimento da diferença, ainda mais intransigente. Costumes verdadeiros podem ser conciliados; identidades coletivas abstratas não. O historicismo passa de uma ilusão a ameaça, emprestando prestígio às auto-ilusões do nacionalismo.⁴⁸

O direito é campo amplo para o exercício da imaginação, para a criação

⁴⁶ Ibidem, p. 156.

⁴⁷ POPPER, Karl. **La société ouverte et ses ennemis**. Paris: Seuil, 1979. Tradução do inglês para o francês por Jacqueline Bernard e Philippe Monod.

⁴⁸ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 157.

de modelos de convivência, para o exeperimentalismo⁴⁹, bem entendido, conquanto que (...) *livre da mácula do fetichismo institucional e do fetichismo estrutural*⁵⁰. É nesse passo que Mangabeira define as duas formas de fetichismo, momento conceitual muito importante para a compreensão de seu pensamento:

O fetichismo institucional é a identificação de concepções institucionais abstratas, como a economia de mercado ou a democracia representativa, com um repertório específico de estruturas contingentes. O fetichismo estrutural é sua contrapartida de ordem superior: a incapacidade para reconhecer que as ordens institucionais e imaginativas da vida em sociedade diferem tanto em rigidez ou arraigamento como em conteúdo: quer dizer, com relação à liberdade de ação e entendimento para desafiar e transformar estruturas que elas constroem.⁵¹

Há alternativas possíveis. Alternativas que possam alavancar um compromisso que de *neutralizar a herança de vantagem e desigualdade entre indivíduos*⁵². O ser humano não pode ser condenado a viver nas condições junto às quais foi gerado, nasceu, tomou contato com os problemas da vida. Não se pode escravizar a humanidade às contingências do nascimento. Menos do que raízes, esse ser humano carece de mobilidade, de asas. Mecanismos regulatórios poderiam, em princípio, fixar novos caminhos, apontar opções factíveis. Mais objetivamente, segundo Mangabeira:

Não apenas a transmissão hereditária de propriedade deve ser fortemente limitada, mas deve ser conferida aos indivíduos uma provisão social - um pacote de direitos e recursos - que os proteja da insegurança econômica extrema e lhes garanta os meios com os quais possam criar um caminho próprio no mundo. Parte do montante dessa conta individual pode ser gasta livremente pelo indivíduo, ao passo que outras partes, relativas a sua educação primária, sua aposentadoria e garantias contra desemprego, ou seus planos de saúde, se submetem a regras estritas ou exigem, para que essas regras deixem de incidir, a intervenção de agentes fiduciários sociais.⁵³

⁴⁹ Ibidem, p. 159 e ss.

⁵⁰ Ibidem, p. 159.

⁵¹ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 159.

⁵² Ibidem, p. 150.

⁵³ Idem.

Deve-se fortalecer o indivíduo. O ser humano é o destinatário de toda proposta de mudança social. É o objetivo último e maior de humanismo libertador. Deve ser dotado de capacidades de construção do próprio destino. A socialdemocracia de que fala Mangabeira exige que a hiperdimensão do público propicie espaço para o desenvolvimento do indivíduo:

O espírito da socialdemocracia ampliada é um espírito de individualismo radical. A política deve se tornar menor para que os indivíduos possam se tornar maiores. A busca pelo sublime - a experimentação incansável com as fronteiras da experiência - deveria ter lugar no nível das biografias individuais. Quando transpomos essa busca para a política, assim ensina a doutrina da socialdemocracia ampliada, perigo e desapontamento são o resultado. Grandes projetos de reconstrução e regeneração com frequência acabam em autoritarismos funestos, eliminando oportunidades de inovação econômica e cultural, em benefício de elites autfavorecedoras e dissimuladamente benevolentes.⁵⁴

Essa relação entre política e pessoa, entre público e indivíduo, pode ser vista também de outra forma. A política é instrumento da mudança. É o caminho mais conhecido. O mais seguro. Não se pode diminuir a política por conta de percepção muito singela, reacionária, fundamentalista, que se vê na política o reino do mal, o campo da perversidade, o ambiente de tudo que antropologicamente repudie a humanidade em permanente construção. De acordo com Mangabeira:

(...) O sentimento geral do programa é que a política deve se tornar menor para que os indivíduos possam se tornar maiores. O problema é que, depois que a política diminui, os indivíduos podem acabar diminuindo também. À medida que o Estado se restringe à execução de atribuições residuais de coordenação, supõe-se que o foco de energia deva passar para os indivíduos, e para as atividades por meio das quais eles elaboram e executam seus próprios projetos de vida. As pessoas devem acalantar desejos fortes e originais, e empreender inovações, na prática ou no pensamento, das quais possam derivar benefícios coletivos e irradiar influência exemplar.⁵⁵

⁵⁴ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 174-175.

⁵⁵ Ibidem, p.179.

Essa miríade de idéias encontra forma definitiva na expectativa de um modelo social alternativa e tangível, que Mangabeira nomina de *poliarquia radical*. Menos do que mera locução, de certa inspiração helênica, pelo menos do ponto de vista glotológico, a idéia de *poliarquia radical* sugere instância possível, na construção de uma democracia que não tema os próprios limites:

A radicalização do projeto democrático pode ser conduzida numa segunda direção - a poliarquia radical. A poliarquia radical representa um afastamento mais decisivo da forma de vida em sociedade estabelecida nas democracias industriais contemporâneas do que o da socialdemocracia ampliada. Mesmo assim, não há nada em sua concepção definidora ou em suas técnicas características que não possa se erigir a partir de matérias-primas institucionais e ideológicas já disponíveis.⁵⁶

Retoma-se antiga atitude política, localizada, e de certo motivo pluralista. Afirma-se a prestabilidade da pulverização de instâncias de poder. Flerta-se com ciência política de forte influência rousseauiana, ainda na busca de um homem natural, perfeito, estruturado em comunidades pequenas, e auto-suficientes, no alcance de recursos e nas fórmulas de entendimento:

A idéia básica da poliarquia radical é a transformação da sociedade numa confederação de comunidades. Essas comunidades não devem ser formadas com base primariamente em grupos marcados, de acordo com raça ou religião herdadas. Em vez disso, devem se basear nas forças da experiência e compromisso partilhados. A herança de raça ou religião pode desempenhar um papel na autodefinição em muitos desses grupos - apenas um dogmatismo liberal lançaria guerra contra os poderes definidores de comunidades da religião e da raça. Não obstante, comunidades, nessa perspectiva, devem ser invenções mais do que destinos, casamentos (no sentido moderno, pósromântico) em vez de tribos. Tais comunidades não devem abranger tudo nem excluir rigidamente. Elas não devem nunca abarcar toda a vida de seus membros, que devem, ao contrário, passar de uma comunidade para outra em diferentes aspectos da experiência. Além disso, elas devem, em sua maioria, permanecer abertas a pessoas cujas habilidades, ambições ou compromissos convirjam.⁵⁷

⁵⁶ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 181.

⁵⁷ Idem.

Esta poliarquia radical suscita comunitarismo até a medula. Porém, há forte tempero e componente de comunitarismo convencional, e que matiza insumo de um liberalismo originariamente ingênuo. Sociedades complexas, altamente sofisticadas, de fortíssima referência cibernética, presas a meios de comunicação que subestimam quantidades e distâncias, definitivamente, seriam refretárias a projeto de matiz romântico ao qual se opõe o realismo das concepções presentes.

Segundo Mangabeira:

(...) a poliarquia radical representa um comunitarismo liberal. O ponto de partida dessa doutrina é que, para nós, democratas e modernos, confrontados com os problemas reais das sociedades industriais, apenas um comunitarismo liberal pode ser realista ou atraente. O elemento comunitário reside na convicção de que as coisas mais importantes na sociedade ocorrem em contextos de vidas de grupo em vez de em biografias individuais ou nas histórias de sociedades. A diversidade criativa é, caracteristicamente, diversidade nas formas de vida de grupo; e apenas no pano de fundo de comunidades bem distintas, porém abertas, é que se pode desenvolver a verdadeira individualidade. O elemento liberal resulta da recusa em dar crédito à concepção reacionária e despótica de comunidades que englobam a tudo e a todos, principalmente quando são baseadas em "laços naturais" anteriores a ação e escolha conscientes.⁵⁸

Qual seria o papel do direito na concepção e na realização das instituições desta poliarquia radical? Tentativa de resposta é esforço muito útil para que se contextualize o direito junto a um mundo do qual parece se distanciar. O que fazer? Como se apropriar da ciência jurídica na concepção desse mundo de alternativas factíveis, carentes, e na esperança de formulações normativas. A descentralização do poder seria o *leitmotiv* do projeto. A reacomodação da sociedade civil, reorganizada por intermédio das instituições jurídicas, a meta e o estímulo:

A poliarquia radical opera por técnicas de descentralização de poder e organização da sociedade civil. Ela pretende descentralizar o poder estatal central

⁵⁸ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 181-182.

para comunidades locais ou especializadas. Ela pretende que a sociedade civil seja organizada, ou melhor, se organize, de modo que possa receber e exercitar efetivamente esses poderes que lhe são legados. A ligação entre descentralização e organização é o que mais distingue o programa da poliarquia radical das idéias liberais ou centristas tradicionais com as quais superficialmente se parece. O princípio institucional básico é que a cada etapa na descentralização de poder deve corresponder um avanço na organização da sociedade civil.⁵⁹

Mangabeira em seguida inventaria fórmulas para que se possa operar satisfatoriamente a descentralização do poder, por intermédio de mecanismos de transferências. O fracionamento de contextos de domínio é condição necessária para a engenharia de comunidades centradas no esforço comum de melhora e de refinamento do indivíduo:

A transferência de poder se dá oferecendo oportunidades de iniciativa cada vez maiores para as organizações mais próximas aos locais em que as pessoas vivem e trabalham ou aos contextos em que elas se organizam em torno de preocupações partilhadas. Assim, uma forma de transferência é o impulso para dividir grandes unidades produtivas em partes menores, mais flexíveis e participativas, combinando essas unidades descentralizadas em redes cooperativo-competitivas de empresas. Outra forma de transferência é o desenvolvimento de um sistema de empresas controladas pelos trabalhadores e de propriedade dos trabalhadores. A gestão e a propriedade da empresa pelos empregados, bem como a competição cooperativa, ao tornarem possível uma conciliação maior de unidades produtivas menores e flexibilidade com economias de escala, são dois caminhos distintos em direção à transferência de poder econômico. Embora operem por meio de técnicas parcialmente incompatíveis, eles coincidem em seu sentido político, e suscitam problemas similares.⁶⁰

E há outras fórmulas, todas incompreensíveis para a tradição dominante, todas refratárias para o constitucionalismo triunfante, e todas de pequeníssima utilidade fática, por força do antagonismo para com as formatações normativas que conhecemos. Eventual fixação do programa, em exercícios práticos, e em atitudes prospectivas, suscitaria reações inimagináveis, que inviabilizariam todo o projeto do uso do direito como instrumento agudo de construção de uma

⁵⁹ Ibidem, p. 183.

⁶⁰ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 183.

democracia radical. No entanto, e não obstante tudo isso, para Mangabeira:

Um segundo exemplo de descentralização de poder é o fortalecimento do governo local. À medida que os objetivos da poliarquia radical avançam, locais específicos podem adquirir aspectos cada vez mais específicos. Como resultado, a concepção de governo local pode ultrapassar seu significado territorial. A cidadania local pode ser concedida mesmo a pessoas que estão mais distantes, mas que, por um motivo ou outro, estão em estrita comímhão com os cidadãos do lugar. Além disso, uma estrutura de associações locais ou de vizinhança, tornada possível pelo direito (público), pode ficar paralela à estrutura estatal, criando uma relação mais complexa e deliberadamente pluralista, e mesmo conflituosa, entre o aparato de governos locais e a organização das pessoas na sociedade local. Tanto governos locais quanto organizações sociais na sociedade local podem, por sua vez, ser titulares de direitos de propriedade sobre recursos produtivos. Eles podem também desenvolver estruturas para a recuperação seletiva de empresas em dificuldades ou que necessitem de recursos. Tais estruturas podem facilitar as condições em que o capital se torna disponível para negócios economicamente promissores ou socialmente relevantes, e determinar as circunstâncias pelas quais empresas em crise devem ser socorridas e reconstruídas e quais as maneiras de fazê-lo. E um terceiro exemplo de descentralização transferiria poder para corpos públicos especialmente organizados e com interesses específicos. Entre tais corpos públicos podem estar alianças de pais, professores e governos locais responsáveis por uma confederação de escolas, ou alianças de médicos, hospitais, empresas, um governo local e representantes de pacientes empenhados em supervisionar serviços de saúde.⁶¹

Para Mangabeira, a descentralização do poder daria vida e densidade à vida social⁶²; há necessidade, no entanto, de cautelas. Certo realismo que dá os contornos da ação social transformadora sugere leitura atenta da passagem seguinte, e que invoca imprestabilidade fática, de difícil convencimento, e de feição marcadamente utópica, nada obstante o grandioso efeito retórico. Para Mangabeira:

(...) Transferir poder para empresas, comunidades e associações existentes numa sociedade organizada desigual e hierarquicamente sem reorganizar a sociedade significa simplesmente abdicar do poder em favor daqueles já organizados e privilegiados. A principal objeção a um liberalismo conservador sempre foi sua confiança acrítica na idéia de um espaço pré-político puro que irá se revelar se formos capazes de afastar a mão pesada do intervencionismo estatal. Por

⁶¹ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 183-184.

⁶² Ibidem, p. 184.

oposição, a teoria política e jurídica da poliarquia radical reconhece que qualquer mundo social é controverso, contingente e, acima de tudo, construído pela política (...).⁶³

De tal modo, deve-se pensar em modelos alternativos para a sociedade civil. No entanto, como presentemente cristalizada a teoria social, e sua correspondente linha de prática política, tais propostas caem no vazio, marcam *palavras sem eco*, como Mangabeira expressou-se em outro de seus intrigantes livros. Especificamente, quanto à essa nova sociedade civil que imagina, escreveu Mangabeira, com vistas a um estágio final para a concretização de uma democracia libertadora:

Para que a descentralização avance, a sociedade civil deve ser reorganizada de modo que satisfaça a duas exigências fundamentais: que nenhum grupo esteja persistente e significativamente em desvantagem no seu nível de associação e que a ordem organizacional inteira resista a um impulso recentralizador. É por isso que cada um dos exemplos precedentes de descentralização sugere uma seqüência de reformas nas estruturas que regulam a produção, o governo local e a satisfação de necessidades de bem-estar. Tais reformas não implicam uma virada abrupta e completa para um conjunto novo de instituições. O que elas sugerem é um afrouxamento cumulativo das formas institucionais recebidas em direção a um autogoverno descentralizado na produção e troca, na vida em comunidade e na distribuição de serviços de bem-estar. Tal projeto de reforma enfatiza um tipo de direito produzido de baixo para cima por redes autônomas de grupos, em vez de impostas de cima para baixo por um governo central. Esse tipo de direito se assemelha ao direito público na medida em que proporciona um local para ação coletiva entre agentes coletivos. Contudo, lembra o direito privado, na medida em que permanece aberto à diversidade e à divergência. Entre suas estratégias características estão o desmembramento e o reagrupamento de pacotes de direitos anteriormente unificados e a criação de estruturas paralelas na organização de algum segmento da sociedade.⁶⁴

O projeto desemboca em propaganda de democracia mobilizadora, tal qual um terceiro nível (ou direção) na radicalização do projeto democrático. A democracia mobilizadora seria o mais alto plano. Este sucede à socialdemocracia

⁶³ Idem.

⁶⁴ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 184-185.

ampliada e à poliarquia radical. Em cada um desses níveis haveria um estado de alma que capta e que caracteriza as pessoas:

(...) Para a socialdemocracia ampliada, a verdadeira emoção ocorre na vida do indivíduo; ela quer que a política se torne menor para que os indivíduos possam se tornar maiores. Para a poliarquia radical, a emoção acontece nas comunidades e organizações - as formas originais de vida em grupo para as quais se transfere gradualmente o poder; ela quer que a sociedade se torne uma confederação de comunidades na qual indivíduos possam trabalhar e prosperar como os seres comunitários que eles realmente são. Para a democracia mobilizadora, não há um local privilegiado para emoção verdadeira, ou melhor, o palco preferido é toda a sociedade; ela quer aquecer a política, tanto a macropolítica da mudança institucional quanto a micropolítica das relações pessoais, e afrouxar os estrangulamentos parciais sobre os recursos básicos de construção de sociedade do poder político, capital econômico e autoridade cultural. Ela se recusa a abandonar, ou estreitar, o espaço da política abrangendo toda a sociedade.⁶⁵

A democracia mobilizadora sugere (e exige) três conjuntos de reformas institucionais, segundo Mangabeira. Abomina-se a estrutura que favorece ao impasse, e mesmo que exija o consenso. Necessita-se, assim, de um novo direito constitucional, o que promove resposta a pergunta que Mangabeira se lança, no sentido de se aferir qual o papel do direito na construção de uma sociedade democrática:

No lugar de estruturas que favorecem impasse ou exigem consenso, a democracia mobilizadora coloca técnicas constitucionais que facilitam o uso transformador do poder político e a execução resoluta de experimentos programáticos. Entre tais técnicas pode estar a mistura engenhosa das características de sistemas parlamentares e presidencialistas de maneira que abram caminhos múltiplos para a conquista do poder estatal central; a prioridade conferida a propostas programáticas sobre a legislação episódica; a resolução de impasse sobre a adoção de tais propostas por meio de plebiscitos e referendos nacionais; e a atribuição aos diferentes poderes do Estado do poder para convocar eleições antecipadas simultaneamente para todos os poderes.⁶⁶

Prevendo críticas e senões, Mangabeira adianta-se no argumento de que o programa da democracia radical (nos três níveis propostos) poderia suscitar

⁶⁵ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 198.

⁶⁶ Ibidem, p. 200.

desrespeito ao cardápio dos direitos humanos. Em outras palavras, antepõe-se a suposto dilema, entre experimentalismo social e direitos humanos, e o faz com muito realismo:

Essas inovações institucionais na organização do Estado, economia e sociedade civil reforçam a intensidade e ampliam o alcance do experimentalismo prático em todas as áreas da experiência social. Ameaçam elas, com isso, os direitos humanos? A democracia mobilizadora parece exigir que mais coisas estejam em jogo na política. O respeito aos direitos humanos, contudo, requer que algo - ao menos as garantias que constituem os próprios direitos - seja retirado da política. Para avaliarmos a realidade do perigo às proteções pessoais, devemos olhar para além do vocabulário especulativo dos direitos humanos em direção aos problemas práticos que esse vocabulário oculta (...) Um componente é uma técnica; o outro, um objetivo, em nome do qual empregamos propriamente a técnica. O componente instrumental na idéia de direitos humanos é a retirada de certos assuntos da agenda da política de curto prazo. Nesse sentido, um direito fundamental é apenas um direito que adquiriu um grau de proteção contra perturbação no curso do conflito político e econômico normal. A rigidez constitucional - a necessidade de enfrentar o teste do voto de uma maioria qualificada - é apenas a forma mais conhecida dessa imunidade. A imunidade é sempre relativa: no fim, nada pode impedir que as idéias e estruturas instituidoras de direitos sejam capturadas pelos conflitos práticos e ideológicos da política. O culto à constituição pode aumentar o obstáculo. Também o pode uma doutrina especulativa de direito natural. Eles o fazem, contudo, a um custo muito alto, incluindo o custo relativo às próprias preocupações a que discussões de direitos respondem.⁶⁷

Mais uma vez, eventuais preocupações apenas revelam mera retomada neurótica de fetichismo institucional, que marcou a ciência jurídica do século XIX⁶⁸; e, para Mangabeira, *o pensamento jurídico e político contemporâneo se recusa a abandoná-lo completamente*⁶⁹. Duas pragas imobilizam a imaginação institucional e obstaculizam a busca de mudanças: o culto do direito estatal e a busca por uma ordem moral latente; tem-se uma estatolatria que impede qualquer avanço. Fixou-se no Estado suposta responsabilidade por positivar uma ordem moral. Segundo

⁶⁷ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, op. cit., p. 201-202.

⁶⁸ Ibidem, p. 203.

⁶⁹ Ibidem, p. 204.

Mangabeira,

Os juristas representaram o direito como a razão codificada nos feitos e sonhos do poder assim como economistas viram economias de mercado reais e seu direito como aproximações a um sistema puro de racionalidade e reciprocidade. Eles cantaram para ganhar a vida, cantando acorrentados. Esperança e entendimento podem, não obstante, ter sucesso onde indignação e adoração da história falharam, e arrastar os juristas e economistas para a tarefa de dar olhos e asas à imaginação institucional.⁷⁰

O fetichismo institucional, o apego doentio ao credo de Montesquieu, a percepção de que as fórmulas jurídicas com as quais contamos seriam as únicas alternativas possíveis, e o encastelamento do direito na discussão de questões que não se projetam na reconstrução do meio social seriam, para Mangabeira, os maiores entraves que um projeto comprometido com a democracia deve enfrentar.

Bibliografia

CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust- a Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

JEFFERSON, Thomas. **The Essential Jefferson**. New York: Dover, 2008.

MARTINEZ, Ernesto Eseverri. **Presunciones Legales y Derecho Tributario**. Madrid: Marcial Pons, 1995.

POPPER, Karl. **La société ouverte et ses ennemis**. Paris: Seuil, 1979. Tradução do inglês para o francês por Jacqueline Bernard e Philippe Monod.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito e o Futuro da Democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. Tradução do inglês para o português por Caio Farah Rodriguez e

⁷⁰ Ibidem, p. 227.



Marcio Soares Grandchamp.

ZINN, Howard. **You can't be Neutral on a Moving Train**. Boston: Beacon Press, 2002.