

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito – Curso de Mestrado

DESENTRINCHEIRAMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Autor: Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch
Orientador: Professor Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Dissertação de mestrado em Direito.

Março
2013

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Composição da Banca:

Professor Dr. Gilmar Ferreira Mendes (orientador) – Universidade de Brasília

Professor Titular Marcelo Neves – Universidade de Brasília

Professor Titular Tércio Sampaio Ferraz Júnior – Universidade de São Paulo

Professor Dr. Juliano Zaiden Benvindo – Universidade de Brasília (suplente)

Para Mariana, os meus pais e Júlia.

Agradecimentos

Esta dissertação resulta de extenso trabalho de pesquisa que contou com o auxílio de diversas pessoas.

Inicialmente, devo agradecer à minha noiva Mariana, pelo fundamental apoio em todas as esferas da minha vida. Sem a sua companhia eu jamais teria conseguido ultrapassar as dificuldades de conciliar o meu interesse acadêmico com o exercício da advocacia. Com segurança, foi a sua presença durante todo o processo de produção do trabalho, de forma paciente, amorosa e companheira, o principal alicerce de sustentação do resultado final.

À minha mãe, devo agradecer primeiramente pela inspiração para o surgimento da minha paixão pelos estudos. O privilégio de acompanhar a sua notável carreira acadêmica, marcada por extrema seriedade e dedicação à pesquisa, foi a razão do meu interesse pela pós-graduação. Além disso, jamais poderei retribuir à altura todo o suporte que recebi para a condução dos meus estudos.

Agradeço também ao meu pai, que sempre esteve perto de mim, independentemente da distância física. O seu incentivo também foi essencial para a elaboração do trabalho.

À minha irmã Júlia, eu agradeço pela simples razão da sua existência.

Ao meu orientador, Professor Gilmar Ferreira Mendes, agradeço profundamente por todo o apoio concedido. Todas as qualidades acadêmicas que esse trabalho eventualmente tenha decorrem diretamente do aprendizado que tive como seu aluno.

Devo agradecer também ao Professor Henrique Fagundes Filho, que foi o primeiro responsável, na minha época de graduação perante a Universidade de Brasília, pelo surgimento do meu interesse pelo aprofundamento teórico. Serei sempre grato pelo auxílio recebido nessa fase.

Agradeço, ainda, aos meus amigos-irmãos Raphael Marcelino de Almeida Nunes, Alexandre Vitorino Silva e Francisco Schertel Mendes, pela parceria que foi decisiva para a conclusão do trabalho.

Agradeço, também, às sugestões dos colegas Rodrigo Kaufmann, Jorge Octávio Lavocat Galvão e Gustavo Teixeira Gonet Branco.

Por fim, devo agradecer à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília pelo espaço concedido ao meu trabalho de pesquisa. Agradeço ao corpo docente pelas valiosas lições de direito constitucional, em especial aos Professores Marcelo Neves, Ana Frazão, Marcus Faro de Castro e Juliano Zaiden Benvindo. Agradeço, também, a todos os integrantes dos grupos

de pesquisa sobre “Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais” e “Experimentalismo Institucional”. As discussões nos encontros das manhãs de sábado foram decisivas para a formação da opinião que hoje possuo sobre o direito constitucional.

Resumo

O problema real que a presente dissertação objetiva enfrentar é o sufocamento imaginativo do direito constitucional brasileiro atual. A partir de leitura própria da teoria do experimentalismo institucional, que representa o produto mais valioso da obra de Roberto Mangabeira Unger, será defendido que é insuficiente afirmar, como é a regra no Brasil, que a ausência de legitimidade política das Cortes Constitucionais pode ser suprida apenas argumentativamente. Será afirmada, assim, a ingenuidade da crença dominante no direito constitucional brasileiro de que é possível superar a tensão entre constitucionalismo e democracia apenas a partir de sofisticações intermináveis de teorias de interpretação normativa. Nesse sentido, a dissertação proporrá o desentrançamento por completo da jurisdição constitucional, para que o instituto ganhe plasticidade imaginativa contextualizada. Com isso, será possível compreender que não existem regras gerais de funcionamento das Cortes Constitucionais e de interpretação de normas. Além disso, ficará claro que é necessário substituir o critério da racionalidade pelo da utilidade no debate relacionado aos limites democráticos da jurisdição constitucional. Por fim, no que diz respeito à democracia brasileira, será defendido que a agenda atual da teoria constitucional não tem desempenhado papel relevante para propiciar os avanços democráticos necessários ao país. O foco será a demonstração de que constitui problema relevante da democracia brasileira atual a ausência de arenas de dissenso na sociedade civil. A peculiaridade dessa patologia social é que o seu enfrentamento depende de efetivos experimentalismos democráticos que não podem ser realizados a partir da jurisdição constitucional ou por exclusivo intermédio dela. O caminho que será proposto passa pela revisão da política brasileira atual de *laissez-faire* com relação à promoção social da cidadania.

Palavras-chave: Pragmatismo radical. Experimentalismo institucional. Política. Jurisdição constitucional.

Abstract

This dissertation confronts the lack of imagination on the current Brazilian constitutional law. From a particular way of understanding Unger's theory of the institutional experimentalism, the dissertation affirms the insufficiency of the statement that the democratic legitimacy of Constitutional Courts can be acquired simply by legal argumentation. It argues the insufficiency of that the dominant belief of the current Brazilian constitutional law on the possibility of overcoming the conflict between democracy and constitutionalism exclusively by the sophistication of normative theories. It proposes the complete disentanglement of the institute of judicial review, in search of conceptualized imaginative plasticity. Therewith, the dissertation suggests the conclusion that it is not possible to establish general rules for Constitutional Courts and interpretation of constitutional norms. Furthermore, the dissertation proposes the necessity of substituting the criteria of rationality for the criteria of utility on the debate of the democratic legitimacy of judicial review. Finally, regarding the Brazilian democracy, the dissertation argues that the current Brazilian constitutional theory has not been able to create the conditions for the democratic development of the country. In this sense, it demonstrates that the absence of dissent arenas on the Brazilian civil society is an important democratic pathology which cannot be overcome exclusively by the exercise of judicial review. The dissertation proposes a solution based upon the overcoming of the current Brazilian *laissez-faire* policy regarding the promotion of the democratic citizenship.

Keywords: Radical pragmatism. Institutional experimentalism. Politics. Judicial review.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1. - As bases do experimentalismo institucional.....	13
1.1 - Apresentação.....	13
1.2 - A sociedade é artefato humano.....	16
1.3 - Tudo é política.....	23
1.4 - Guinada contra a análise jurídica racionalizadora.....	28
1.5 - Análise jurídica como instrumento de experimentalismo institucional.....	39
1.6 - Fecho.....	48
2. - Desentrançamento da jurisdição constitucional.....	51
2.1 - Apresentação.....	51
2.2 - Pensar a jurisdição constitucional significa não pensar apenas na jurisdição constitucional.....	53
2.3 - Pensar a jurisdição constitucional significa desentrançará-la por completo....	59
2.4 - Há padrões gerais de conduta para Cortes Constitucionais?.....	66
2.5 - Fecho.....	77

3. - Retrato do Brasil: ausência de arenas de dissenso moral na sociedade civil.....	80
3.1 - Apresentação.....	80
3.2 - Ponto de partida.....	82
3.3 - Esferas públicas políticas como arenas do dissenso moral.....	84
3.4 - O caso brasileiro.....	86
3.5 - Da solidariedade espontânea para a solidariedade forçada: superação da política de <i>laissez-faire</i> estatal quanto à cidadania democrática.....	97
3.6 - Fecho.....	102
Conclusão.....	104

INTRODUÇÃO

O fascinante projeto radical apresentado por Roberto Mangabeira Unger na obra “*Politics*”¹ objetiva reduzir o contraste que existe entre a natureza humana e as suas condições extrínsecas. Esse é o ponto de partida não apenas de “*Politics*”, como de todas as obras subsequentes de Unger. O autor deixa claro que o seu propósito, diferentemente de atingir qualquer meta filosófica de resgate da intersubjetividade, é efetivamente tornar as sociedades “*mais sensíveis ao que dentro de nós rejeita decididamente esses experimentos limitados em humanidade e afirma que eles não são suficientes*” (2001, p. 37).

A presente dissertação deve ser lida como parte integrante dessa empreitada intelectual. Evidentemente que de maneira modesta, busca-se participar da “*campanha teórica*” iniciada em “*Politics*”, em atenção ao chamado feito pelo próprio Unger na parte introdutória da obra² (2001, p. 31).

A partir de leitura própria da teoria do experimentalismo institucional desenvolvida por Unger, o problema real que a dissertação procurará enfrentar é o sufocamento do constitucionalismo brasileiro decorrente da sua obsessão com o papel dos juízes. Será defendido que representa verdadeiro bloqueio para o avanço da análise jurídica no país o fato de a doutrina constitucional brasileira dominante ter depositado nas mãos do Supremo Tribunal Federal todas as suas esperanças para obtenção de progresso democrático. Será visto, a esse respeito, que é insuficiente (a) singelamente afirmar que os magistrados adquirem legitimidade política através da argumentação e (b) acreditar que a tensão entre constitucionalismo e democracia será superada apenas com base em sofisticações incessantes de teorias de interpretação de normas.

Será defendida, nesse sentido, a necessidade de desentrinchamento da jurisdição constitucional. Essa proposta almeja atingir dois objetivos suplementares: (a) conferir ao instituto do *judicial review* plasticidade imaginativa contextualizada e (b) propiciar o

¹ Obra principal do autor que é composta por três volumes: “*False Necessity – Anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*”, “*Social Theory - Its situation and its task*” e “*Plasticity into Power – Comparative-historical studies on the institutional conditions of economic and military success*”.

² A motivação teórica da presente dissertação é o seguinte trecho de “*Politics*”: “*O ultimo objetivo desta introdução é convocar o leitor a participar da campanha teórica que este trabalho inicia. Política se propõe a executar um programa para o qual não existe modelo pronto de discurso. Muda o sentido de termos e problemas retirados de outros corpos de pensamento inspirado por outras intenções. Pesquisa muitas disciplinas, mas impõe à sua pesquisa uma ordem que nenhuma linguagem reconhece como sua. À medida que avança, vai desenvolvendo uma linguagem ajustada à sua visão. Quando a argumentação se tornar confusa ou obscura, quando eu tropeçar, ajudem-me. Examinem o objetivo descrito neste livro e revisem o que afirmo à luz do que quero*” (2001, p. 31).

surgimento de nova agenda no direito constitucional brasileiro dedicada ao estudo do que existe fora do âmbito daquilo que pode ser produzido pelos magistrados.

O trabalho está dividido em três partes, em conformidade com a delimitação temática acima apresentada.

A primeira parte cuidará da explicitação do sentido do experimentalismo institucional e do enfrentamento das principais críticas dirigidas a essa teoria no âmbito do direito constitucional. A intenção, assim, será delinear claramente quais são os pressupostos jurídicos e filosóficos que sustentam as análises conduzidas nas partes subsequentes do trabalho. Para tanto, a parte inaugural do estudo:

- (a) apresentará os postulados filosóficos do pensamento de Unger, que podem ser resumidos ao reconhecimento de que, se a sociedade é artefato humano, inescapavelmente tudo é política;
- (b) explicitará os fundamentos da crítica dirigida pelo experimentalismo institucional ao método dominante de pensamento do direito constitucional na atualidade; e
- (c) delineará os contornos da proposta de reforjamento da análise jurídica como instrumento de experimentalismo institucional.

A partir da visão da análise jurídica construída na primeira parte, será desenvolvido, na segunda etapa do trabalho, o sentido da afirmação de que é necessário desentrincheirar o instituto da jurisdição constitucional. Será defendido, assim, que:

- (a) é relevante que a análise jurídica abandone a sua fixação com a jurisdição constitucional e compreenda que o direito pode se tornar uma ferramenta muito mais poderosa quando supera o pensamento de que o magistrado é o seu agente primário;
- (b) Cortes Constitucionais não são inerentes às democracias, de modo que a sua conformação deve sempre ser pautada a partir das necessidades políticas reais de determinada sociedade; e
- (c) inexistem regras gerais de conduta para as Cortes Constitucionais em relação aos seus métodos de funcionamento, às suas estratégias políticas de sobrevivência e às técnicas de decisão e de interpretação de normas utilizadas no exercício da jurisdição constitucional.

Uma vez delimitados os significados da temática que motivou a investigação, a parte final do trabalho será voltada à apresentação de perspectiva de análise do estágio atual da

democracia brasileira que exemplifica a relevância da proposta teórica do trabalho. O foco será a defesa de que:

- (a) a ausência de arenas de dissenso na sociedade civil se transformou em patologia democrática relevante no Brasil após o encerramento das crises econômicas e políticas que marcaram as décadas de 1980 e 1990;
- (b) o enfrentamento desse problema depende de experimentalismos institucionais completamente alheios à jurisdição constitucional; e
- (c) o abandono da atual política estatal brasileira de *laissez-faire* com relação à promoção de cidadania constitui caminho eficaz para o surgimento de maior interesse da população brasileira pela política cotidiana.

A partir desse estudo, a parte derradeira do trabalho objetivará não apenas sugerir nova agenda de pensamento para o direito constitucional no que diz respeito ao problema do arrefecimento da atividade política transformativa no Brasil recente, como também reforçar a importância do desentrinchamento da jurisdição constitucional.

1. - As bases do experimentalismo institucional

1.1 - Apresentação

A primeira parte da dissertação será dedicada à explicitação das bases teóricas do experimentalismo institucional, que representa o mais valioso produto da extensa obra de Unger. Serão abordadas, com grau de detalhamento inexistente na doutrina brasileira³, as bases filosóficas da teoria e as suas consequências para o direito constitucional. Além disso, com o escopo de justificar também comparativamente a visão escolhida como adequada para sustentar teoricamente o trabalho, serão (a) rebatidas as críticas mais relevantes realizadas ao experimentalismo institucional e, ainda, (b) apresentadas visões próprias a respeito do principal elemento faltante para que a energização democrática proposta pela teoria não aparente ser apenas distante ilusão imaginada. Ficará claro, assim, que a adesão da dissertação aos pressupostos teóricos do experimentalismo institucional é quase irrestrita, o que não significa que o pensamento crítico a respeito da matéria não tenha sido exaustivo.

Não será objeto de análise, tanto na primeira parte como ao longo de todo o trabalho, o conteúdo das propostas de novos arranjos institucionais e democráticos que Unger apresenta em obras como “*Politics*”, “*Democracia realizada*”, “*A Reinvenção do Livre-comércio*”, “*O que a Esquerda Deve Propor*” e “*O Direito e o Futuro da Democracia*”. Isso porque não interessa à dissertação o mérito, mas, paradoxalmente, o pressuposto teórico⁴ dos futuros alternativos imaginados por Unger.

Conforme ficará claro, a ausência de foco nas hipóteses de futuro imaginadas por Unger não deve ser vista, em hipótese alguma, como concordância com a conhecida crítica de Jeremy Waldron no sentido de que “*quando Unger se volta à imaginação institucional de alternativas sociais, a discussão se torna aérea e bastante desconectada com o que, ainda*

³ No Brasil, a análise crítica da obra de Unger é escassa. Merecem destaque: (i) o estudo do significado democrático do experimentalismo institucional realizado por Carlos Sávio Teixeira, no artigo “*Experimentalismo e Democracia em Unger*”, (2010, pp. 45-69); e (ii) a análise das teses concebidas por Unger a partir das premissas do experimentalismo institucional apresentada por Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, na obra “*Democracia Radical e Experimentalismo Institucional*” (2008).

⁴ É equivocado dizer que não há teoria sustentando o experimentalismo institucional. Unger assumidamente se diz contra e a favor da teoria. Utiliza, ao mesmo tempo, “*a teorização excessiva e o seu oposto*”. Faz, aliás, questão de deixar bem claro que não é possível prescindir da teoria. O arsenal teórico, contudo, “*deve abrir o espaço conceitual dentro do qual nós podemos desenvolver práticas libertadoras enquanto resistimos à tentação de diminuí-las ou desviá-las*”. Isso porque, segundo Unger, “*se nós não tivermos ideias gerais sobre o que o pragmatismo radical requer, continuaremos a nos apoiar, implicitamente, sobre o resíduo de algumas ideias gerais que o pragmatismo, na verdade, busca subverter*”. Para Unger, assim, a utilização de teoria representa “*uma concessão inevitável, porém perigosa*”, uma vez que “*pode fazer o estranho parecer natural, mesmo quando for feita para fazer o natural parecer estranho, limitando o desejo que ela buscava fortalecer*” (2004b, pp. lvii-lviii).

que plausivelmente, pode ser visto como habilidades legais diferenciadas” (1998, pp. 521-523). Na parte final do ensaio em que essa afirmação foi apresentada, Waldron afirmou ser inconvincente a proposta *ungeriana* de que a análise jurídica seja catalisadora da mudança institucional na sociedade, repetindo crítica que havia sido feita anteriormente por Cass Sunstein ao conteúdo de “*Politics*” (1990). Para ambos os autores, o máximo que poderia se esperar da análise jurídica em termos de experimentalismo institucional seria o constitucionalismo cosmopolita tímido (Waldron, 1998, p. 527; Sunstein, 2009, pp. 188-209). Será defendido, ao final da parte inaugural da dissertação, que a análise comparada defendida por Waldron e Sunstein, além de sequer constituir verdadeiro cosmopolitismo constitucional, já que despreza a verdadeira superação de fronteiras no pensamento jurídico, representa apenas afirmação da tese da convergência que aniquila a imaginação institucional.

Assim, a ausência de enfrentamento crítico dos futuros hipotéticos criados por Unger deve ser vista como consequência direta de uma razão apenas: o atendimento à convocação feita pelo próprio autor para a participação em campanha teórica que não possui discurso pré-modelado e que, justamente por isso, deve dar origem a propostas radicalmente distintas.

O objetivo da primeira parte, como dito, é explicitar, nos campos filosófico e jurídico, as bases teóricas do experimentalismo institucional, que é pressuposto para o desenvolvimento das partes subsequentes da dissertação. No percurso, os motivos da escolha do experimentalismo institucional como ponto de apoio serão naturalmente explicitados. Neste momento, cabe apenas antecipar que, aplicado ao direito constitucional, o experimentalismo institucional possui resultados avassaladores. A mudança ocorre desde os objetivos iniciais do jurista. Abandona-se a busca pela serenidade decorrente do papel de terapeuta social auto-atribuído. Em contrapartida, adota-se, como pontos de partida da análise jurídica, (a) a incontinência imaginativa propiciada pela visão romântica do direito preconizada pela teoria do pragmatismo radical, (b) a percepção de que é errada a tentativa de analisar retrospectivamente políticas congeladas em busca de únicas respostas corretas supostamente inerentes a uma ordem latente transcendental ao contexto em que todos os intérpretes fatalmente se inserem, e (c) o inconformismo com a tendência do ser humano à apatia.

A primeira parte da dissertação está dividida em quatro itens. Nos dois primeiros, serão analisados os postulados filosóficos básicos do experimentalismo institucional, que são: (a) a sociedade é artefato humano e (b) tudo é política. Nos itens finais, serão apresentadas (a) as principais críticas do experimentalismo institucional ao método dominante de pensamento

do direito na atualidade, denominado de análise jurídica racionalizadora, e (b) a proposta de reforjamento da análise jurídica como instrumento de experimentalismo institucional voltado à aceleração democrática.

1.2 - A sociedade é artefato humano

Na multicitada e arrojada obra "*Politics*", Unger defende a realização de projetos de democracia radical, a partir do desenvolvimento de teorias sociais construtivas. O autor leva ao extremo a ideia de que a sociedade é artefato humano e não o resultado de suposta ordem natural oculta. Para Unger, assim, a história humana não está sujeita a mandamentos divinos e as pessoas podem imaginar e criar a sociedade conforme o seu livre arbítrio (2001, p. 17-25).

Nesse tocante, o pensamento de Unger não é original. Conforme reconhece Richard Rorty, há mais de duzentos anos se generalizou a percepção de que a verdade não podia ser descoberta, mas produzida. A Revolução Francesa deixou clara a prescindibilidade de todas as instituições até então tidas como inerentes às sociedades da época. Generalizou-se a percepção de que as questões mais relevantes da natureza humana não seriam mais respondidas pela filosofia ou pela ciência, mas pela arte e pela política. O foco dos teóricos se tornou o alinhamento com a utopia e a inovação. A contingência, assim, passou a ser regra tanto para a linguagem⁵, como para identidade⁶ e para comunidade⁷ (2007a, p. 25).

⁵ A contingência da linguagem é assim definida por Rorty: “Dizer que a verdade não está dada é simplesmente dizer que, onde não há frases, não há verdade, que as frases são componentes das línguas humanas, e que as línguas humanas são criações humanas. A verdade não pode estar dada – não pode existir independentemente da mente humana – porque as frases não podem existir dessa maneira, ou estar aí. O mundo existe, mas não as descrições do mundo. Só as descrições do mundo podem ser verdadeiras ou falsas. (...) Assim como não devemos buscar dentro de nós critérios de decisão sobre essas questões, não devemos buscá-los no mundo. (...) A tentação de procurar critérios é uma espécie da tentação mais geral de pensar no mundo, ou no eu humano, como possuidor de uma natureza intrínseca, uma essência. (...) Enquanto acharmos que existe uma relação chamada de ‘adaptação ao mundo’ ou ‘expressão da verdadeira natureza do eu’, da qual os vocabulários-como-totalidades possam ser dotados ou carentes, continuaremos na busca filosófica de um critério que nos diga que vocabulários têm essa característica desejável”. A saída, para Rorty, é evitar o reducionismo e o expansionismo. Os vocabulários devem ser tratados como “ferramentas alternativas” e não como “peças de um quebra-cabeça” (2007a, pp. 28-38).

⁶ Friedrich Nietzsche foi o primeiro a sugerir explicitamente que a ideia de conhecer a verdade fosse abandonada (1954). A verdade, para Nietzsche, seria apenas um exército móvel de metáforas, de modo que “a ideia inteira de ‘representar a realidade por meio da linguagem e, portanto, de descobrir um contexto único para todas as vidas humanas, devia ser abandonada”. Nietzsche esperava que “ao nos apercebermos de que o ‘mundo verdadeiro’ de Platão era apenas uma fábula, buscaríamos consolo, na hora da morte, não no haveremos transcendido a condição de animais, porém no sermos o tipo peculiar de animal agonizante que, por ter-se descrito em seus próprios termos, havia criado a si mesmo. Mais exatamente, esse animal teria criado a única parte importante dele mesmo, por construir sua própria mente” (2007a, p. 63). Para Rorty, “ao abandonar a concepção tradicional de verdade, Nietzsche não abandonou a ideia de descobrir as causas de sermos o que somos”. Nietzsche rejeitou apenas a ideia de que “esse rastreamento fosse um processo de descoberta”, uma vez que, “ao chegarmos a esse tipo de autoconhecimento, não passamos a conhecer uma verdade que existiu ali (ou aqui) desde sempre. Assim, o processo de autoconhecimento (ou autocriação) se torna “idêntico ao processo de inventar uma nova linguagem – isto é, de elaborar novas metáforas” (2007a, p. 64). Rorty não admite, contudo, que tenha sido Nietzsche o ponto de partida para a criação do pragmatismo pelos norte-americanos (2007b, p. 915). Para Rorty, Nietzsche não foi o inspirador das propostas de William James e John Dewey e, além disso, foi extremamente vacilante em relação ao seu próprio projeto de rompimento com a metafísica. Segundo Rorty, “todos os três [autores] queriam a interrupção do pensamento metafísico a respeito de questões como a natureza da realidade e a natureza dos seres humanos. Contudo, James e Dewey se saíram melhor do que Nietzsche na formulação de uma perspectiva antimetafísica coerente”. Rorty, aliás, é bastante taxativo ao afirmar que “os pragmatistas americanos fizeram consistentemente aquilo que Nietzsche fez apenas ocasional e parcialmente: eles abandonaram o propósito positivista de elevar a ciência a patamar superior ao restante da cultura humana” (2007b, p. 916).

É exatamente a contingência que Unger aplica às instituições sociais a partir de “Politics”. Unger radicaliza a afirmação de Rorty de que “*é preciso ver as constelações de forças causais que produziram o discurso sobre o DNA ou o Big Bang como consentâneas às forças causais que produziram o discurso sobre a ‘secularização’ ou o ‘capitalismo tardio’*”, uma vez que “*essas várias constelações são os fatores aleatórios que transformaram algumas coisas – e não outras – em temas de conversa para nós, que tornaram possíveis e importantes alguns projetos – e não outros*” (2007a, p. 46-47).

É extremamente elogiosa, por conseguinte, a afirmação de Rorty de que Unger se enquadra na categoria dos poetas românticos⁸ (1991, p. 282). Para Rorty, Unger vive na fantasia, que é o local em que os “*românticos deveriam viver; o seu viver aí é a razão porque eles e os seus confusos, utópicos, não científicos e pequeno-burgueses seguidores podem, ocasionalmente, tornar o futuro atual melhor para o resto de nós*” (1991, p. 286). Com essa descrição, Rorty objetivou diferenciar Unger daquilo que denominou de escola do ressentimento, a qual, na sua visão, seria formada por serenos desconstrutivistas profissionais de teorias sociais com aversão à imaginação.

A preferência de Rorty pelos romancistas decorre do seu repúdio aos filósofos profissionais. Rorty acredita que a contingência somente pode ser apreciada e enfrentada pelos poetas. Aos filósofos, restaria o fardo da busca pela inexistente única descrição verdadeira da condição humana (2007a, p. 65). Não soa estranha, portanto, a afirmação de Rorty de que a esperança da sociedade se apoia na imaginação romântica de autores como Unger, que mostra que “*os ricos, gordos e cansados Norte-americanos [devem] voltar atrás aos tempos em que a [sua] democracia era mais nova e mais fraca – quando Pittsburgh era tão nova, promissora e problemática como São Paulo é hoje*”⁹ (1991, p. 279).

De fato, Unger faz exatamente o que Rorty constata e elogia: orienta a sua teoria em direção ao futuro e não ao passado que representa mera política congelada. Reside aí a

⁷ Segundo Rorty, “*o vocabulário do racionalismo iluminista, apesar de ter sido essencial nos primórdios da democracia liberal, tornou-se um empecilho à preservação e ao progresso das sociedades democráticas (...), o vocabulário (...) que gira em torno de ideias de metáfora e autocriação e não de verdade, racionalidade e obrigação moral, presta-se melhor para esse fim*”. Rorty não pretende dizer, com isso, que as visões contingenciais da linguagem e da identidade podem fornecer os fundamentos da filosofia. Para o autor, é a própria ideia de “*fundamento filosófico [que] desaparece quando desaparece o fundamento do Iluminismo*”. As esperanças da comunidade, portanto, devem ser “*reformuladas (...) de um modo não racionalista e não universalista*”, o qual “*assemelha-se mais a remobiliar uma casa do que a escorá-la ou pôr barricadas a seu redor*” (2007a, p. 90).

⁸ Outros autores utilizaram a mesma expressão, de maneira negativa, para descrever a obra de Unger. Stephen Holmes, em forte (e equivocada) crítica, também descreve Unger como “*romancista político*” (1983).

⁹ São ainda mais irônicas, nos dias atuais, as afirmações feitas por Rorty na década de 1980 de que os filósofos norte-americanos deveriam voltar os olhos para o Brasil ou para outras economias semelhantes e que “*se existe esperança, ela reside no Terceiro Mundo*”, pois “*o Hemisfério Sul poderá concebivelmente, daqui a uma geração, vir em socorro do Hemisfério Norte*” (1991, p. 279-284).

diferença principal entre Unger e outros autores que se intitulam pragmatistas. Unger critica a tendência moderna dos cientistas sociais de construir uma ciência da história e de bloquear o avanço contínuo inerente à ideia de que a sociedade é artefato humano. Para o autor, “*grande parte da filosofia política especulativa de hoje acaba, em retrospecto, por dar um brilho metafísico às práticas fiscais compensatórias da socialdemocracia estabelecida*” através de “*um reformismo pessimista, cético quanto a alternativas institucionais e resignado a medidas compensatórias*” (2004a, p. 14).

A proposta de Unger, na contramão dessa tendência, retira das instituições sociais a sua falsa aura de necessidade¹⁰. Unger busca demonstrar a existência de falsas necessidades das sociedades em relação aos seus contextos formadores, objetivando desentrincheirá-los e conferir-lhes plasticidade (2004b, pp. xxxi e xxxvii). Assim, os focos de Unger, especificamente a partir de “*Politics*”, são (a) levar ao extremo a ideia de que a sociedade é produto da imaginação humana, de modo que tudo, nesse sentido, é política e (b) apresentar propostas de energização da democracia e de fortalecimento da humanidade.

Surgem como adversários naturais desse projeto os contramovimentos que Unger denomina de (a) fetichismo estrutural e institucional e (b) tese da convergência. O primeiro, no seu aspecto institucional, é definido como crença de que concepções institucionais abstratas teriam expressão natural única. Na sua faceta estrutural, representa a negação da possibilidade de que a qualidade das instituições sociais seja alterada. A tese da convergência, por seu turno, significa a tendência majoritária de se afirmar que a evolução do mundo deve ser entendida como a aproximação, por tentativa e erro, às únicas formas institucionais que se mostraram capazes de gerar prosperidade. É a difusão da noção de convergência, segundo Unger, que dá respeitabilidade pseudocientífica ao fetichismo estrutural e institucional (2004a, pp. 17-19).

A tese da convergência representa, assim, a interrupção do pensamento social e histórico inaugurado com a Revolução Francesa. É a inversão de tudo aquilo que representou o reconhecimento de que a verdade era produzida. Assim, para Unger, e aqui reside o ponto em relação ao qual a sua obra realmente adquire contornos de originalidade, é necessário que se prossiga com a compreensão de sociedade como artefato que foi interrompida com o

¹⁰ A descrição de Zhiyuan Cui é precisa a respeito desse aspecto da obra de Unger: “*Unger rejeita a ‘teoria social de estrutura profunda’ e a ‘ciência social positivista’, mas não é um nihilista. Preserva o primeiro momento da teoria de estrutura profunda – a distinção entre ‘contexto formador’ e ‘rotinas formadas’ – mas rejeita os outros dois movimentos – a classificação de cada contexto formador sob um tipo reproduzível e indivisível e a busca de leis gerais que governem esses tipos*” (2001, p. 13).

projeto neoliberal¹¹. O neoliberalismo representa, na compreensão de Unger, além de uma ideia abstrata de convergência, “*o empecilho mais ameaçador ao experimentalismo democrático*” (2004a, p. 19).

A crítica de Unger ao neoliberalismo não significa que a sua teoria seja esquerdista. O próprio autor se define como supraliberal. A sua oposição ao Consenso de Washington é exatamente em razão da percepção de que se trataria de um consenso imutável. O autor não admite, portanto, a assunção corriqueira de que o neoliberalismo representou o ápice da convergência às melhores práticas possíveis nas diversas democracias mundiais. A sua visão é mais simples: o neoliberalismo representou apenas mais um acontecimento político envolvendo compromissos, concessões e reações. Não haveria, assim, motivos para “*racionalizá-lo retrospectivamente*”, mas apenas para “*reconhecer a sua singularidade, a sua contingência, a sua estranheza e, acima de tudo, a sua suscetibilidade à reinvenção*” (2004b, p. xl). O apego messiânico ao neoliberalismo seria, assim, mero louvor a políticas congeladas.

A mesma ideia é aplicada por Unger a diversas outras instituições sociais¹² e ao próprio texto constitucional norte-americano, o qual, segundo o autor, seria tratado como espécie de arranjo permanente e imutável. Exemplo disso, para Unger, seria o fato de que os americanos, sempre que desejam modificar o seu texto constitucional, preferem fazê-lo a partir de teorias interpretativas do que por intermédio da política (2004b, p. xli).

As consequências das teses da convergência e do fetichismo institucional e estrutural são dramáticas para a democracia¹³. Primeiro, porque trabalham com a meta conservadora de desacelerar a atividade política. Segundo, porque a aplicação irrestrita de ambas faria com que diferenças entre democracias fossem esvaziadas e identidades coletivas de cada nação anuladas por práticas e instituições desenhadas para os países mais influentes. Terceiro, porque essas teses relegam a momentos mágicos de crise a ocasional reinvenção da

¹¹ Unger assim define o projeto neoliberal: “*O neoliberalismo é o programa de estabilização macroeconômica sem prejuízo dos credores internos e externos do Estado; de liberalização, entendida mais estreitamente como a aceitação da concorrência internacional e a integração no sistema de comércio mundial, e mais amplamente como a reprodução do direito tradicional dos contratos e de propriedade do Ocidente; de privatização, significando a retirada do Estado da produção e, no lugar disso, sua dedicação a responsabilidades sociais; e do desenvolvimento de redes de segurança sociais criadas para compensar, retrospectivamente, os efeitos desniveladores e desestabilizadores da atividade de mercado*” (2004a, p. 19-20).

¹² A definição de Unger para o conjunto das instituições sociais que formam as democracias modernas, como não poderia ser diferente, é a seguinte: “*O que nós temos ao redor de nós não é um sistema fundado de acordo com um plano racional. Não é uma máquina construída de acordo com um projeto em relação ao qual tivemos acesso apenas por providência divina. É apenas um arranjo institucional e ideológico, uma parcial e temporária interrupção da disputa, um compromisso não apenas entre grupos de interesse mas também entre grupos de interesse e possibilidades coletivas, seguido de uma série de pequenas crises e ajustes menores, e repleto de contradições escondidas e oportunidades transformadoras*” (2004a, pp. 19-20).

¹³ Segundo Unger, em afirmação forte, a convergência institucional mundial representa, ao mesmo tempo, “*um erro e um mal*”. Isso porque, para o autor, “*a humanidade deve continuar a experimentar diferentes formas de vida, vestindo cada uma delas com diferentes arranjos institucionais*” (2004a, p. 20).

democracia através da política. Por fim, e principalmente, porque o poder do homem de refazer as sociedades sempre vai além de tudo o já que existiu anteriormente no mundo (2001, p. 41; 2004a, pp. 32-33; 2004b, pp. xli-lxx).

Por consequência, fica bastante claro que o resultado do enfraquecimento da política, do aniquilamento das diferenças socioculturais e do abandono do experimentalismo democrático é a prisão do homem às ideias inovadoras que eventualmente estiverem ao seu alcance no momento da oportunidade transformadora.

A saída, segundo o experimentalismo institucional proposto por Unger, é, ao mesmo tempo, (a) compreender que o homem não se esgota em seus contextos institucional e sociocultural; e (b) exercitar o pensamento contínuo da sociedade como mecanismo de busca pela superação dos limites da realidade atual. O ponto de partida escolhido por Unger é a luta pelo engrandecimento da condição humana¹⁴. Para isso, é necessário moldar as instituições sociais e os discursos do homem para que representem convites à imaginação, ao invés de fortalezas naturais de autoridade. É sobre esse ponto, aliás, que gira o eixo central do projeto de democracia radical do experimentalismo institucional: combinar a ausência de limites da mente humana com a contínua reforma da sociedade, das instituições, das práticas e dos discursos. A busca é pela redução do contraste inerente à coexistência da natureza infinita da mente com a condição finita da existência humana. A imaginação institucional, nesse sentido, precisa ser contínua para que tenha condições de antecipar as crises (2004b, pp. xlvi-lvi).

Diminuir o intervalo entre as rotinas que reproduzem a vida social e as revoluções através das quais as inovações ocorrem, conseqüentemente, aparece como meta clara da proposta de aceleração democrática do experimentalismo institucional (2001, p. 29, 2004a, p. 32 e 2004b, p. xxi). Segundo esse propósito, a meta de desentrançamento dos contextos formadores da vida social é diretamente vinculada ao aumento da autonomia do ser humano. O abandono do fetichismo, que torna inquestionáveis as instituições sociais, permite que a vida em sociedade ocorra sem que as limitações naturais do contexto tornem o ser humano completamente finito.

A pecha niilista costuma ser impingida à teoria do experimentalismo institucional. No âmbito do direito, Holmes (1983), Sunstein (1990) e Waldron (1998) se manifestaram nesse

¹⁴ Ao longo da sua obra, Unger identifica quatro falhas na condição humana: a mortalidade, a impossibilidade de resolução do enigma da existência do homem e do universo – segundo Unger, o fundamento do pensamento humano é desprovido de fundamento e inteiramente assentado em pressuposições –, a insaciabilidade – pois o homem, para Unger, demanda o infinito do finito – e a tendência humana ao próprio rebaixamento – o ser humano, segundo Unger, desperdiça a sua vida com compromissos insignificantes; a rotina faz com que o homem morra diariamente inúmeras pequenas mortes. A quarta falha da natureza humana difere das demais por ser, em certa medida, passível de superação. Esse fato é o ponto de partida de todas as teorias imaginadas por Unger (2011).

sentido. Todos, conforme será abordado em tópico subsequente destinado exclusivamente às consequências do experimentalismo institucional para a análise jurídica, formularam críticas claramente equivocadas, pautadas em compreensões limitadas da teoria. A tese do experimentalismo institucional, proposta por Unger a partir de “*Politics*”, embora seja assumidamente incompatível com a ciência social positivista e com as teorias sociais clássicas, não pode ser taxada de niilista. Como bom pragmatista, Unger não rejeita totalmente o contexto e reconhece claramente que, “*de acordo com a concepção de história intelectual empregada [pelo experimentalismo institucional], os materiais para uma visão alternativa – métodos, ideias e observações interpretadas – já estão disponíveis, apesar de em forma bruta, fragmentada e distorcida*” (2001, pp. 27-30).

A rotina de imaginação proposta pelo experimentalismo institucional não permite, assim, que, tendo quebrado o arcabouço sociocultural em que estão inseridas, as pessoas simplesmente continuem fora de qualquer outro contexto. Unger reconhece que isso seria um paradoxo e que, portanto, a quebra de contextos sempre será excepcional e transitória (2001, p. 41). Nesse sentido, em momento algum Unger propõe a transcendência total do ser humano ou da teoria em relação ao ambiente. A proposta do experimentalismo institucional é, apenas, reduzir a dependência da sociedade em relação aos contextos formadores.

Unger se autodefine, assim, como pragmatista-radical que rejeita a ideia domesticada de pragmatismo que domina a filosofia política atual. Três princípios, segundo Unger, são compartilhados pelas versões domesticada e radicalizada do pragmatismo: (a) a impossibilidade de determinação da compreensão social a partir da representação individualizada e desinteressada dos fatos sociais, uma vez que a experiência humana é multifacetada e as ideias do homem são naturalmente recheadas de pressuposições que impedem a existência de um superespaço de auto-observação; (b) a impossibilidade de distinção entre o método pelo qual o homem organiza as suas ideias e o conteúdo dessas ideias propriamente ditas; e (c) a noção de que a sociedade é criada pela história coletiva humana, de modo que não existe possibilidade de elaboração de julgamentos isentos sobre a realidade (2004b, p. xlix-li).

O primeiro e o terceiro princípios, conjugados, trazem consigo o seguinte difícil questionamento: como o homem pode corrigir e melhorar o seu contexto deliberadamente e com alguma certeza a respeito da correção das suas escolhas? A partir da resposta dada à pergunta, Unger diferencia as versões relativista e objetivista do pragmatismo domesticado. A primeira nega que seja possível a criação de bases contrafactuais que permitam ao homem

criticar e refazer as formas institucionais da sociedade. O máximo que o homem poderia fazer seria torcer para ter sorte nos momentos de crise em que as escolhas se tornam imperiosas. A segunda versão acredita que todo contexto é aberto a correções graduais, que levarão à convergência, por tentativa e erro, às melhores práticas institucionais possíveis. A tese de convergência representa, para Unger, a principal variante da versão objetivista do pragmatismo domesticado (2004b, p. 1-li).

A principal diferença entre as versões domesticada e radical do pragmatismo é a presença, na última, de conexão entre a condição infinita da natureza humana e a necessidade de contínuo pensamento sobre a reforma das instituições sociais e dos seus discursos. Através da imaginação, o pragmatismo radical vê a possibilidade de sempre examinar o atual segundo a perspectiva do possível.

Dessa maneira, a resposta dada pelo pragmatismo radical ao questionamento “*como o homem pode corrigir e melhorar o seu contexto deliberadamente e com alguma certeza a respeito da correção das suas escolhas?*” difere significativamente das anteriores. Para o pragmatista radical, a resposta é:

“Nós não podemos saber com certeza. Tudo o que nós podemos fazer é (...) continuar avançando enquanto nada do que nós encontrarmos a respeito das ciências naturais ou sociais deixar claro que: não, isso não pode ser” (2004b, p. 1v).

1.3 - Tudo é política

A compreensão da proposta do experimentalismo institucional de radicalização da ideia de sociedade como artefato faz com que fique bastante simples a aquiescência com o segundo postulado da teoria: tudo é política (2004c, pp. 151-169). Como visto no tópico anterior, a empreitada intelectual lançada por Unger a partir de “*Politics*” traduz teoria social anti-necessitária que rejeita as tradições sociais da(s) (a) ciência social positivista, a qual assume como irrelevante o contraste entre estruturas institucionais e rotina e (b) teorias sociais de estrutura profunda (especialmente o marxismo), as quais aceitam essa distinção, mas submetem-na a premissas metafísicas que restringem em demasia a possibilidade de mudanças. O experimentalismo institucional, ao mesmo tempo em que busca preservar o instante da distinção entre estrutura e rotina, generaliza radicalmente o momento da mudança. Assim, quando se depara com a alegação de que determinadas instituições sociais refletem o alcance de ordens transcendentais inflexíveis, o experimentalismo institucional reconhece que “*não, isso não passa de política*”¹⁵ (2001, pp. 31-57).

O slogan tudo é política, nesse sentido, atesta a compreensão de que a atividade de concepção da sociedade não segue manuais previamente redigidos. Fica claro, com isso, que o experimentalismo institucional rejeita o caminho comumente aceito pelas teorias sociais clássicas de tentar racionalizar o compromisso passado através da prática de congelamento da política. O experimentalismo institucional de Unger, como reconhecido por Rorty, tem os seus olhos no futuro e foca a sua teoria na criação de novas formas de vida social, ciente de que “*mais tarde haverá tempo suficiente para os teóricos explicarem como esta criação foi possível e porque foi uma coisa boa*” (1991, pp. 290-291).

Por evidente, ao mirar o futuro, Unger assume que criações oriundas de exercícios de experimentalismo institucional também representarão mera política e não a última palavra em termos de arcabouço social.

A aceleração democrática proposta pelo experimentalismo institucional representa, assim, a energização das atividades políticas cotidianas em sentido amplo e a superação das

¹⁵ Em “*Politics*”, Unger utiliza duas acepções do termo política: uma mais estreita e outra mais ampla. A primeira representa “*o conflito pelo domínio e uso do poder governamental*”. O sentido mais amplo significa “*o conflito em torno dos termos das nossas relações práticas e de paixão de uns com os outros e em torno de todos os recursos e premissas que possam influenciar esses termos*”, sendo que “*a política de governo é apenas um caso especial de política nesse sentido mais amplo*”. O slogan “*tudo é política*” opera com a acepção mais ampla de política, que “*se funde no conceito de feitura da sociedade*”. (2001, p. 32). Nesse sentido, a política, conforme Marcus Faro de Castro, “*ao contrário da filosofia, sempre pertenceu ao domínio da prática, do particular, do variável e do contingente (...) sempre foi prudencial, ligada ao mundo do efêmero, do circunstancialmente condicionado, do particular e acidental, permanecendo distante do mundo filosófico das verdades eternas e abstratas, do mundo do universal e do absoluto*” (2004, p. 17).

tentativas teóricas de transformar contingência em razão. O slogan tudo é política possui vieses prospectivo e retrospectivo. Consiste, ao mesmo tempo, em (a) não transcendentalizar o passado e (b) mover para o futuro os olhares teóricos do presente.

Não é todo tipo de política em sentido lato, contudo, que interessa à meta de aceleração democrática. Dois tipos são claramente diferenciados por Unger em “*Politics*”: (a) a política excepcional e revolucionária que gera mudanças institucionais e é geralmente conduzida por líderes que conseguem energizar maiorias em momentos especiais de crise democrática; e (b) a política normal e marginal de ajustes redistributivos entre políticos profissionais e grupos de interesse geralmente representativos de parcelas minoritárias das populações. O experimentalismo institucional almeja a criação de um terceiro tipo de política, que seria transformativa e livre da ilusão de que qualquer transformação profunda na sociedade demandaria a substituição do capitalismo pelo socialismo. A política transformativa dispensaria o desastre como pressuposto da mudança e objetivaria reorganizar, gradualmente, as instituições e os discursos sociais. A imaginação institucional, assim, seria a chave da transformação (2004b, pp. xxv-xxviii).

Com isso, é possível dizer que, ao defender a familiarização da sociedade com a política transformativa, o experimentalismo institucional efetivamente justifica o seu slogan de que qualquer ordem institucionalizada em determinada organização social (a) representa mera política, (b) nunca significa o resultado inevitável das forças da natureza ou a transcendência em relação ao contexto que a perpassa, e, principalmente (c) sempre pode ser repaginada.

A aplicação do slogan tudo é política pressupõe, portanto, a energização da atividade política que atualmente se encontra adormecida na maioria das democracias¹⁶. O caminho incontornável para que isso ocorra, segundo o experimentalismo institucional, é a criação de elevados níveis de engajamento político e de organização nas sociedades civis (2004b, pp. xciii e lix-lx).

Antes de abordar as consequências da aplicação dos pressupostos teóricos da presente dissertação ao direito, é necessário explicitar dois pontos relacionados ao experimentalismo institucional que ainda não foram delineados e que podem ser sintetizados a partir dos seguintes questionamentos:

- (a) Já que, como visto na parte anterior do presente item, a resposta proposta pelo pragmatismo radical à pergunta “*como o homem pode*

¹⁶ Será visto na terceira parte da dissertação que esse é exatamente o caso da democracia brasileira.

corrigir e melhorar o seu contexto deliberadamente e com alguma certeza a respeito da correção das suas escolhas?” é “nós não podemos saber com certeza”, seria possível obter alguma segurança de que a adesão ao experimentalismo institucional não daria ensejo a surpresas políticas desagradáveis?

(b) Quais seriam os caminhos propostos pelo experimentalismo institucional para a transição do estado de dormência atual das democracias mundiais para estágio de plena aceleração democrática imaginativa no qual os futuros alternativos imaginados em “*Politics*” e “*O Direito e o Futuro da Democracia*” seriam realizáveis?

A primeira indagação é a mais crítica, embora o seu enfrentamento, segundo a visão do presente trabalho, demande apenas repetir resposta bastante singela já dada por Rorty. De fato, é bastante comum encontrar críticas à obra de Unger, tais como as feitas por Holmes (1983) e Sunstein (1990), no sentido de que o slogan tudo é política possui repercussões perigosas decorrentes do abandono de qualquer pretensão racionalista. Nesse sentido, é fundamental que se perceba, conforme destaca Rorty, que “*a noção de métodos argumentativos não é relevante para a situação na qual nada de conhecido resulta e na qual as pessoas estão desesperadamente (...) à procura de algo*” (1991, pp. 296-297). O slogan tudo é política significa, assim, que o filósofo profissional não possui o condão de antecipar a história. Não será a teorização pela teorização que permitirá à sociedade separar os bons dos maus futuros.

A segunda pergunta exige explicação mais detalhada. Em introdução feita por ocasião do lançamento de nova edição de “*Politics*”, Unger reconheceu que dois desenvolvimentos relevantes a respeito da sua teoria ainda precisavam ser feitos. O primeiro diz respeito à explicitação de que as propostas contidas em “*Politics*” (a) não representam a última palavra em termos de futuro alternativo e, portanto, (b) demandam conexão com as especificidades de cada sociedade. Isso porque “*Politics*” representa conjunto de propostas alternativas para a humanidade que necessariamente precisa ser reinventado à luz das realidades nacionais (2004b, p. cix). O segundo desenvolvimento é relacionado à ausência, na edição inicial de “*Politics*”, de programa transicional entre o estágio das sociedades atuais e o momento da democracia energizada preconizado pelo experimentalismo institucional. Unger admitiu que “*Politics*” não trouxe esse roteiro. Tentou justificar-se, contudo, afirmando singelamente que “*pensamento programático é música e não arquitetura*” (2004, pp. lxxv/lxxii).

Ainda assim, Unger optou por esboçar programa de transição da dormência democrática rumo à aceleração imaginativa do experimentalismo institucional. Esse roteiro funcionaria de maneira limitada por não levar em consideração peculiaridades locais de sociedades particulares. Ainda assim, ao menos genericamente, o programa buscou conferir norte de trabalho à maioria das democracias atuais.

Cinco plataformas do programa de transição foram apresentadas: (i) a garantia de que governos possuam elementos humanos e financeiros aptos a permitir a emancipação econômica e intelectual dos cidadãos comuns¹⁷; (ii) o comprometimento desses governos (e de toda a sociedade) com o fortalecimento das dotações econômicas e intelectuais dos cidadãos comuns¹⁸; (iii) a democratização da economia de mercado¹⁹; (iv) o comprometimento maior do governo com democracia energizada que conte com mais expressão política popular e encoraje a prática mais frequente de reformas institucionais²⁰; e (v) a organização da sociedade civil²¹.

¹⁷ Segundo Unger, o papel do governo na primeira plataforma do programa de transição seria “*conceder à população educação e meios econômicos que permitam o autodesenvolvimento independente e a cooperação entre as pessoas. (...) Esse governo faz mais do que investir nas garantias econômicas e nas capacidades educacionais do seu povo. Ele também serve como parceiro ocasional de uma multidão de aspirantes a empresários. (...) Esse governo gozaria de elevado nível de tributação e investiria em fazer com que pessoas se tornem pessoas*” (2004b, pp. lxxix/lxxx).

¹⁸ As dotações econômicas dos cidadãos seriam garantidas através de contas sociais, que seriam compostas de recursos que poderiam ser sacados pelo indivíduo em momentos relevantes da sua vida, tais como: início da educação superior, matrimônio, aquisição de moradia ou início de projeto empresarial. Com isso, os indivíduos poderiam, para Unger, sair de posições de conjugação e submissão. A emancipação intelectual daria complemento às dotações financeiras. Para tanto, seria necessário, segundo Unger, revisitar completamente o conteúdo e o propósito do ensino. A tarefa da escola deveria passar a ser “*resgatar a criança do seu mundo, dando a ele os meios intelectuais para compreender e julgar o mundo*”. Desde o começo, o ensino deveria ser guiado de acordo com o “*princípio central da imaginação, que consiste em penetrar no atual reinventando-o à luz do possível*” (2004b, pp. lxxxii-lxxxv).

¹⁹ A fundamentação dessa terceira plataforma transicional é a compreensão de que “*nós podemos e devemos reorganizar a economia de mercado, ao invés de meramente regular ou compensar os seus resultados desiguais através de distribuições retrospectivas*” (2004b, p. lxxxvi).

²⁰ Segundo Unger, após o fracasso verificado pelas democracias europeias no século XX, que “*dedicaram a primeira metade do século a se exterminarem mutuamente e a segunda metade a afogarem as suas mágoas com gastos e consumo*”, essas mesmas democracias se colocaram aos cuidados de “*políticas burocratas que ensinaram a doutrina perigosa de que a política deve se tornar pequena para que os indivíduos se tornem grandes*”. Nesse mundo, segundo Unger, “*tudo o que possui potencial para a mudança está trancafiado na imaginação individual*”. A superação desse momento de dormência democrática, assim, depende do aumento de temperatura da política, que pode ocorrer mediante o “*engajamento de grandes massas de pessoas em preocupações cívicas e atividades políticas*”. Isso porque a energização democrática – e política –, para Unger, depende da “*manutenção da sociedade em um elevado nível de organização cívica*”. O programa transicional, portanto, deve incluir iniciativas que aumentem o engajamento político das populações, tais como o voto obrigatório (como praticado no Brasil), o financiamento público de campanhas (que, ao contrário do que costumam pregar, já existe na prática no Brasil); o livre acesso dos partidos e das entidades de classe aos meios de comunicação, eleições antecipadas que poderiam ser convocadas por qualquer dos poderes e mais hipóteses de plebiscitos e referendos. Com isso, segundo Unger, seria possível “*reverter a lógica política do sistema presidencialista, de modo a torná-lo em caminho para a aceleração da política e não para a sua diminuição*” (2004b, pp. xci-xcvi).

²¹ Para Unger, a intensificação do engajamento cívico das populações e o surgimento de novas formas de participação direta da sociedade civil na política são insuficientes se “*a sociedade civil continuar desorganizada ou organizada de maneira muito desigual*” (2004b, p. xcvi). Consoante Unger, “*abandonar as exigências organizacionais da sociedade civil aos instrumentos tradicionais do direito privado significa resignar-se à organização marcadamente desigual*”, já que “*os mecanismos facilitadores do contrato serão usados por aqueles que, em certo sentido, já são organizados*”. Uma das possíveis soluções, conforme Unger, seria que a sociedade civil adquirisse “*elementos de uma organização de direito público*”, criando “*normas e redes de vida em grupo fora do Estado, paralelas ao Estado e inteiramente livres de influência ou tutela estatal*” (2004a, pp. 29-30).

O projeto transicional acima sintetizado é visto por Unger como um dos possíveis primeiros passos rumo ao que poderia se transformar em caminho de cumulativas reformas institucionais nos arranjos entrincheirados em diversas democracias atuais. O pressuposto da transição, segundo Unger, seria a improvável aliança entre três classes de pessoas que hoje desempenham importantes papéis nas democracias: (a) a classe pobre, geralmente estigmatizada; (b) a classe média trabalhadora; e (c) os profissionais dos setores de vanguarda da economia (2004b, p. ci). Essa aliança é improvável justamente porque depende de elemento que dificilmente poderá ser imposto por qualquer arranjo institucional: a solidariedade²².

Independentemente dessa constatação, é interessante notar que não há qualquer menção, nesse programa transicional, às Cortes Constitucionais ou ao Poder Judiciário como um todo. Em nenhum momento é dito por Unger que os pilares da plataforma de transição seriam robustecidos mediante a efetivação jurisdicional de direitos fundamentais. Ao revés, Unger é radicalmente contrário à definição abstrata de conteúdos de direitos fundamentais que poderiam ser titularizados por todos de maneira transcendental ao contexto (2004b, p. cv; 2001, p. 355-382). Além disso, Unger também não demonstra qualquer esperança de que Cortes Constitucionais poderiam ser as responsáveis por criar o engajamento político faltante à sociedade civil desorganizada ou, principalmente, o sentimento de solidariedade que é necessário para a organização e subsequente energização social.

Qual é, então, a visão do experimentalismo institucional sobre o papel do direito nesse caminho de aceleração democrática? Os dois próximos tópicos do primeiro capítulo da dissertação serão exclusivamente dedicados a responder essa pergunta. No primeiro, serão apresentadas as críticas de Unger às teorias constitucionais dominantes. No segundo, será delineada a proposta de reforjamento da análise jurídica como ferramenta de experimentalismo institucional.

²² Possíveis alternativas institucionais para o surgimento de solidariedade forçada serão discutidas com maior detalhamento no item 3.2.3 da dissertação. No presente momento, é necessário mencionar, apenas, que seria extremamente relevante que as ciências sociais focassem as suas energias na criação de formas institucionais de educação sentimental massificada dos indivíduos. Por educação sentimental, deve-se entender, conforme preconizado por Rorty, o “*tipo de educação [que] deixa as pessoas diferentes suficientemente familiarizadas umas com as outras, de modo que elas se sentem menos tentadas a pensar que aquelas que são diferentes delas são apenas semi-humanas*”. O objetivo da educação sentimental, nesse sentido, é “*expandir a referência dos termos ‘nosso tipo de gente’ e ‘gente como nós’*” (2005, p. 211).

1.4 - Guinada contra a análise jurídica racionalizadora

Como visto anteriormente, diferentemente do que fazem alguns autores da escola do pragmatismo domesticado, como Richard Posner (1998)²³, Unger não ataca a teoria em si mesma. Ao contrário, reconhece a indispensabilidade da teorização, ao mesmo tempo em que admite os riscos de enfraquecimento imaginativo que dela decorrem. Assim, especificamente no direito, a guinada contra a teoria proposta por autores da linhagem de Posner dá lugar, na obra de Unger, ao que se pode chamar de virada contra a análise jurídica racionalizadora²⁴. Unger propõe que a análise jurídica seja reforjada como instrumento de experimentalismo institucional (2004a, pp. 159-160). Com isso, encontra lugar inovador para a teoria, fugindo aos extremos equivocadamente defendidos na pouco enriquecedora discussão travada entre Ronald Dworkin e Posner (1997; 1998) sobre a questão.

Na obra “*O Direito e o Futuro da Democracia*”, Unger traz para o campo jurídico o seu conceito de sociedade é artefato humano e o seu slogan de que tudo é política, objetivando fazer com que a análise jurídica se torne poderosa ferramenta de experimentalismo institucional. As consequências dessa proposta são avassaladoras em relação a diversos lugares-comuns da teoria jurídica contemporânea, notadamente no âmbito do direito constitucional. Unger faz com que se torne impossível evadir-se à conclusão de que os fetichismos estrutural e institucional e a tese da convergência operam restritivamente de maneira cotidiana em relação ao desenvolvimento da atividade jurídica atual.

A análise do direito – especialmente a teoria constitucional –, segundo Unger, encontra-se hoje limitada à estratégia superficial de enfrentamento do problema relacionado ao modo de assegurar as condições práticas do gozo efetivo de direitos, consistente exclusivamente na manutenção das estruturas institucionais atuais e no estudo das suas consequências práticas. A análise jurídica não trabalha com uma possível segunda estratégia, que operaria segundo a lógica de pensamento imaginativo das estruturas institucionais em direções alternativas, por intermédio de experimentalismo (2004a, pp. 41-44).

²³ A menção negativa ao pensamento de Posner, no presente trecho da dissertação, não deve ser lida como manifestação de desprestígio à valiosa obra do autor como um todo. Pelo contrário, a obra de Posner é extremamente relevante para o pensamento do direito constitucional, a despeito de muito pouco estudada no Brasil. É absolutamente correto o elogio de Rorty no sentido de que Posner representa para o direito constitucional o que John Dewey significa para a filosofia. Também são corretas, contudo, as fortes críticas realizadas por Rorty a Posner em seguida ao elogio (2007b).

²⁴ Por racionalismo, Unger entende: “*ideia de que podemos ter um fundamento de justificação e crítica das formas de vida em sociedade, e que desenvolvemos esse fundamento por ponderação, que produz critérios de julgamento que atravessam tradições, culturas e sociedades*” (2004a, p. 207).

Para que se possa falar em completude da análise jurídica, para Unger, esses dois momentos estratégicos devem ser necessariamente cumulativos, no seguinte sentido:

“Assim, o avanço em direção ao reconhecimento da essência empírica e revogável dos direitos de escolha deve ser apenas o primeiro passo num movimento constituído de dois passos. O segundo passo, seguido de perto pelo primeiro, seria a imaginação jurídica de pluralismos alternativos: a exploração, pela discussão programática ou pela reforma experimental, de uma sequencia ou outra de mudança estrutural. Cada sequencia redefiniria os direitos e os interesses e ideais a que eles servem, ao mesmo tempo em que os realizaria mais efetivamente (2004a, p. 44)”.

O desenvolvimento interrompido da análise jurídica, verificado por Unger em todo o pensamento do direito na atualidade, seria marcado pela limitação da teoria e da doutrina ao primeiro passo.

Inicialmente, cumpre destacar que fica claro, a partir da análise do trecho acima transcrito da obra “*O Direito e o Futuro da Democracia*”, que, semelhantemente ao que fez com a teoria política, Unger não opera em bases niilistas em relação ao direito. Novamente, o experimentalismo institucional aplicado por Unger ao direito não rejeita totalmente o contexto e não permite que a análise jurídica, tendo quebrado o ambiente em que se insere, livremente permaneça fora de qualquer outra espécie de amarra. Assim como em “*Politics*”, Unger não propõe a transcendência total ao ambiente. Sua proposta limita-se a reduzir a dependência em relação aos contextos formadores. Não é por outro motivo, aliás, que Unger encerra a obra “*O Direito e o Futuro a Democracia*” da seguinte maneira:

“Nossos interesses permanecem pregados à cruz de nossas estruturas. Não podemos realizar nossos interesses e ideais mais plenamente, nem redefini-los mais profundamente, até que aprendamos a refazer e a reimaginar nossas estruturas mais livremente. A história não nos dará essa liberdade. Devemos conquistá-la no aqui e agora do detalhe jurídico, do constrangimento econômico e das preconceções que anestesiaram. Não a conquistaremos se continuarmos a professar uma ciência da sociedade que reduz o possível ao real e um discurso sobre o direito que unge o poder com piedade. É verdade que não podemos ser visionários até que nos tornemos realistas. É verdade também que para nos tornamos realistas devemos nos transformar em visionários (2004a, p. 228)”.

Unger aplica ao contexto, nesse trecho, o mesmo raciocínio que emprega em relação à teoria. Como visto anteriormente, Unger utiliza ao mesmo tempo a teorização excessiva e o seu oposto para que o arsenal teórico não faça o “*estranho parecer natural*”, mas o “*natural*

parecer estranho” (2004b, pp. lvii-lviii). Exatamente o mesmo raciocínio é empregado por Unger em relação à análise jurídica.

O principal exemplo do desenvolvimento interrompido da análise jurídica apontado por Unger é relacionado às discussões travadas a respeito da jurisdicionalização de políticas públicas. O problema fundamental nessa discussão é a dificuldade de entender os limites da sua aplicação. Isso porque, de acordo com Unger, em passagem que, embora destinada à análise do problema nos Estados Unidos, é perfeitamente aplicável ao Brasil, “*a partir do momento em que começamos a mexer com organizações relativamente periféricas, como prisões e hospícios, (...) por que não continuar até alcançar empresas e organizações burocráticas, famílias e governos locais?*”. De toda sorte, ainda que não se considere essa discussão e que se admita a limitação do alcance da intervenção judicial em políticas públicas aos campos periféricos atualmente discutidos, a percepção que falta na análise jurídica desse problema é justamente a de que, assim como os juízes, “*nenhum outro elemento do Estado atual é suficientemente adequado, em virtude de capacidade prática ou de intervenção política, para empreender o trabalho de reconstrução estrutural ou episódica*” (2004a, p. 49).

A melhor solução, assim, seria que a análise jurídica se abrisse para o experimentalismo institucional. O caminho imaginado por Unger, nesse sentido, seria a criação de novo agente: “*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*” (2004a, p. 49). Para isso, contudo, conforme já destacado, seria necessário que a análise jurídica completasse a passagem do primeiro (“*insistência na efetividade do gozo de direitos*”) para o segundo passo (“*reimaginação e reconstrução institucional*”)²⁵.

A pobreza do pensamento jurídico atual, que não se limita a esse exemplo episódico, é atribuída por Unger a um específico momento especial da história política moderna: o acerto socialdemocrata que definiu as condições e os limites dentro dos quais seria admissível a defesa dos interesses de grupos organizados representativos de maiorias ou minorias (2004a, p. 52). Mais uma vez, cabe destacar que essa afirmação não revela visão negativista de Unger em relação à solução proposta pelo chamado Consenso de Washington e muito menos

²⁵ No campo do controle jurisdicional de políticas públicas, é justamente a circunscrição da análise jurídica ao primeiro passo que impede o surgimento de novas propostas de enfrentamento estrutural do assunto e que faz com que o pensamento jurídico fique adstrito aos pobres, embora não completamente desnecessários, conceitos de reserva do possível, mínimo existencial, núcleo essencial, entre outros. Embora não seja objeto da presente dissertação analisar detidamente o problema da jurisdicionalização de políticas públicas, cabe destacar, a respeito da crítica ora apresentada, que constitui bom exemplo de análise a obra “*Weak Courts, Strong Rights*”, de Mark Tushnet (2008), justamente por apresentar sugestões de alteração institucional e não simplesmente sofisticações teóricas de conceitos estáticos.

representa indício de que o experimentalismo institucional seja esquerdista. Como visto, a teoria de Unger é supraliberal. A crítica ao fenômeno histórico em questão é voltada à equivocada percepção geral de que se trataria de *consenso* imutável. Novamente, vale dizer que, para Unger, o neoliberalismo significou simples acontecimento político contingente. O erro reside na sua racionalização retrospectiva, que também opera sérios efeitos no âmbito da análise jurídica, notadamente no que diz respeito ao direito constitucional²⁶.

A consequência do acerto socialdemocrata para o direito constitucional, portanto, seria a incapacidade de a análise jurídica passar do primeiro momento (cuidado com o gozo dos direitos) para a etapa do experimentalismo institucional. Unger denomina essa análise jurídica empobrecida de análise jurídica racionalizadora (2004a, p. 53)²⁷, a qual, segundo o autor, gozaria atualmente de “*grande e crescente influência [n]o espaço imaginativo em que as elites do judiciário e as elites acadêmicas e profissionais do direito discutem o direito e desenvolvem seu conhecimento prático e aplicado*” (2004a, p. 55). A sua principal característica seria a busca por representar “*grandes pedaços do direito como expressões, conquanto expressões imperfeitas, de conjuntos ligados de políticas públicas e princípios*” (2004a, p. 54). O principal diferencial da análise jurídica racionalizadora seria a ingênua suposição de que os ideais de políticas públicas e princípios, independentemente do seu conteúdo, seriam inerentes ao direito e deveriam apenas ser explicitados por intérpretes devidamente capacitados e motivados.

²⁶ Essa crítica fica bastante clara a partir da análise do seguinte trecho da obra “*O Direito e o Futuro da Democracia*”: “*As razões mais importantes para a interrupção do desenvolvimento do pensamento jurídico se encontram na história política moderna. Não obstante, a simples atribuição dos limites do pensamento jurídico contemporâneo aos constrangimentos sobre a transformação política dos contextos sociais é insuficiente, como explicação, por vários motivos. (...) É não obstante verdade que, como qualquer arranjo institucional, o acerto socialdemocrata importou a renúncia a um campo maior de conflito e controvérsia. Os governos nacionais conquistaram o poder e a autoridade para administrar a economia em sentido contrário ao dos ciclos econômicos, para reequilibrar, mediante políticas fiscais de transferência, os efeitos desniveladores do crescimento econômico e para tomar as iniciativas de investimento que pareciam necessárias à lucratividade. Por outro lado, contudo, tiveram que renunciar à ameaça de reorganizar radicalmente o sistema de produção e troca e de, por esse meio, reformular a distribuição primária da riqueza e da renda na sociedade. A recusa da análise jurídica em passar da preocupação com o gozo de direitos para a perseguição de mudança institucional pode simplesmente parecer a contrapartida jurídica da recusa do acordo socialdemocrata a um conflito mais amplo. O papel do reformador jurídico prático seria o de continuar e terminar o trabalho inacabado da reforma socialdemocrata. A tarefa do pensador do direito seria a de desenvolver uma teoria do direito que, mais livre da devoção do século XIX a um sistema de direito predeterminado, fizesse justiça às promessas socialdemocratas. Desse ângulo, a renúncia em passar do tema do gozo efetivo de direitos para a prática da crítica institucional parece ser uma consequência da renúncia a um experimentalismo institucional mais amplo. Tal renúncia constituiu uma condição essencial do acerto socialdemocrata.*” (2004a, pp. 51-52).

²⁷ Para Unger, em clara aplicação ao âmbito do direito dos seus postulados de que a sociedade é artefato humano e que tudo é política, “*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 recebemos e no que devemos transformá-lo?*”. Neste livro, sustento que hoje podemos e devemos transformá-lo num diálogo continuado sobre nossas estruturas”. (2004a, pp. 53-54).

O método mais importante utilizado pela análise jurídica racionalizadora para interromper o pensamento do direito é, segundo Unger, a resignação ao já mencionado fenômeno do fetichismo institucional. No âmbito jurídico, o fenômeno em questão descreve as instituições, os discursos e as práticas atuais como as únicas formas possíveis após o crivo da história. A prática da análise jurídica racionalizadora consiste, portanto, justamente em racionalizar retrospectivamente políticas congeladas. O exercício contínuo desse método gera a inibição do direito para atividades de experimentalismo institucional. Assim como ocorre em relação à política, consoante já mencionado anteriormente, a imaginação democrática somente teria espaço no âmbito do direito, segundo o método da análise jurídica racionalizadora, em momentos mágicos e especiais de crise.

A análise jurídica racionalizadora ignora, contudo, que, mesmo no primeiro momento do pensamento do direito – como é o caso da ausência de concretização dos direitos sociais no Brasil – as principais razões de frustração do gozo pleno de direitos positivados podem residir justamente na impossibilidade de concretização de práticas que não podem ser alcançadas segundo as regras do arcabouço institucional e normativo vigente.

Quatro raízes negativas principais, assim, são identificadas por Unger como fundamentos da análise jurídica racionalizadora: (a) o preconceito contra a analogia irrefletida; (b) a crença na necessidade de defesa de determinado sistema de direitos; (c) o projeto político do reformismo progressista pessimista e (iv) a obsessão com o papel dominante do juiz (2004a, pp. 80-147).

O preconceito contra a analogia revela a pressuposição, da análise jurídica racionalizadora, de que existiria um modo coerente e claro de se pensar sobre o direito que poderia ser alcançado se o jurista apenas se dispusesse a refletir longamente. O seu inimigo principal, portanto, seria o exercício irrefletido da analogia por parte do jurista²⁸. A necessidade de clareza do pensamento sobre o direito imporia, segundo a análise jurídica racionalizadora, a obrigatoriedade de abandono da analogia. A analogia seria, para a análise jurídica racionalizadora, mera forma incipiente de raciocínio, “*o que o engatinhar representa para o andar*” (2004a, p. 81).

Para Unger, esse preconceito contra a analogia revela a equivocada presunção de racionalidade dos padrões da análise jurídica. Representa, assim, a completa e equivocada desconsideração de que os postulados a sociedade é artefato humano e tudo é política se

²⁸ O método da analogia é assim descrito por Unger: “*grande parte dos raciocínios de advogados em muitas tradições jurídicas confere um papel central à comparação e à distinção analógicas, prendendo-se ao fundo de costume e de precedente e se recusando a subir a escada da abstração, da generalização e do sistema*” (2004a, p. 80)

aplicam totalmente ao direito. Além disso, segundo Unger, o desmerecimento da analogia significa clara ignorância histórica dos defensores da análise jurídica racionalizadora, uma vez que:

“Mesmo na história mundial da doutrina jurídica, as formas analógicas ou glossatorias de raciocínio exerceram muito mais influência, e em períodos mais contínuos, do que as abstrações em busca de princípios dos juristas sistemáticos ou racionalistas. Com frequência, o grupo da analogia teve um sentimento seguro de sua superioridade no embate com o grupo da racionalização. Assim, por exemplo, os últimos defensores da jurisprudência republicana romana menosprezaram a racionalização jurídica como a corrupção, pela força dupla do racionalismo grego e da dominação burocrática, de um ofício elevado e mais sutil. Os realistas e os pós-realistas jurídicos americanos fizeram o mesmo quando idealizaram o common law como produto de um raciocínio contextualizado e experimental que fez a abstração jurídica parecer intelectualmente fechada.(...) A incongruência do desprezo pela analogia se torna ainda mais evidente quando lembramos que o estilo analógico de pensamento serviu como veículo mais influente na história de ideias sobre espírito e personalidade no Ocidente: o entendimento, nas religiões semitas monoteístas do judaísmo, do cristianismo e islamismo, da relação entre Deus e a humanidade por analogia às relações entre as pessoas (2004a, p. 83)”.

Unger vai mais além e afirma que, além de não representar método constante na experiência histórica mundial, a repressão contra o juízo analógico no pensamento jurídico desembocaria, “se conseguisse ser alcançada, numa desumanização radical do direito: um método para as pessoas e outro para as regras” (2004a, p. 84).

A justificativa comumente empregada pelos defensores da análise jurídica racionalizadora para justificar o banimento do raciocínio analógico é o já mencionado receio de que o abandono da abstração possa permitir a abolição de valores relevantes, geralmente identificados com os compromissos de manter o Estado de Direito e determinado sistema de direitos. Conforme já visto anteriormente, esse argumento é o mesmo utilizado por aqueles que criticam a resposta proposta pelo pragmatismo radical à pergunta “como o homem pode corrigir e melhorar o seu contexto deliberadamente e com alguma certeza a respeito da correção das suas escolhas?”.

O argumento de que o slogan tudo é política possui repercussões perigosas decorrentes do abandono de qualquer pretensão racionalista, como já mencionado, não resiste à constatação de Rorty no sentido de que “o que a história política não pode ensinar, a filosofia também não” (1991, pp. 296-297). Isso porque, como já mencionado, não possuem os

filósofos profissionais e os especialistas em análise jurídica racionalizadora o poder de antever a história. Não é por outro motivo, aliás, que os pragmatistas não aceitam a ingênua ideia de que seria a evolução da teoria jurídica o caminho apto a evitar que Cortes Constitucionais proferissem novas decisões catastróficas como Dred Scott (Rorty, 1989-1990, p. 1.818).

De toda sorte, é justamente a hipotética necessidade de que a sociedade se autoimunize racionalisticamente contra futuros indesejados que fundamenta, consoante Unger, a segunda raiz da análise jurídica racionalizadora, qual seja: a defesa do Estado de Direito e de determinado sistema de direitos. Supõe a análise jurídica racionalizadora que a adesão ao método analógico não teria a capacidade de manter as pessoas seguras em relação aos seus direitos, uma vez que, *“se a lista de fins pertinentes é aberta, e se o método de raciocínio é não-cumulativo, o fundamento para a crítica de qualquer comparação ou distinção analógica permanecerá sempre frágil”*, de modo que *“o analogista será capaz de escapar ileso fazendo tudo o que quiser fazer”* (2004a, p. 85).

Repetindo o que Rorty disse em relação aos limites da filosofia e também explicitando o que naturalmente decorre dos seus postulados a sociedade é artefato humano e tudo é política, Unger combate o medo contra o resultado da analogia afirmando que, *“se a analogia não é capaz de conter a arbitrariedade, também não o é, por outro lado, a disposição de considerar o raciocínio jurídico como um substituto para o conflito ideológico contínuo na sociedade”* (2004a, p. 86). Aliás, caso a crença da análise jurídica racionalizadora no sistema de direitos realmente significasse o que os seus defensores imaginam, a consequência seria a inadmissível a ideologização do direito. Isso porque independentemente do conteúdo das leis editadas pelas Casas Legislativas, os especialistas em análise jurídica racionalizadora seriam capazes de livremente reinventá-las, sob o pretexto de reinterpretá-las. Com efeito, se realmente o sentido da democracia fosse descobrir a forma transcendental racional ideal de vida, conforme preconiza a análise jurídica racionalizadora, o papel das instituições representativas atuais seria extremamente reduzido, quase irrelevante.

Para Unger, o conflito ideológico contínuo na sociedade deve ser reconhecido pela análise jurídica e precisa ser estimulado através da aceleração da política. Assim, a discricionariedade do intérprete ou do julgador que decorre da adoção do método analógico pragmatista deve ser entendida como inevitável. Aliás, representaria ingenuidade esperar que a aplicação da análise jurídica racionalizadora neutralizasse as arbitrariedades no direito, uma vez que toda prática de análise jurídica concede alguma espécie de liberdade ao intérprete. A

pretensão do jurista, contudo, não deve ser a racionalização retrospectiva dos conflitos políticos permanentes na forma de princípios e políticas públicas. A saída não é ancorar por cima a análise jurídica a partir de abstrações contrafactuais pretensamente universais. O experimentalismo institucional proposto por Unger prefere o atrelamento do direito por baixo, a analogias contextualizadas. A voz da razão, nesse sentido, não deve ser vista como mecanismo apto a permitir a reordenação da confusão política pelo direito. O risco decorrente dessa racionalização jurídica seria exatamente travestir o aperfeiçoamento reconstutivo ideologizado sob a forma interpretação fiel (2004a, pp. 90-91)²⁹.

Nesse tocante, as consequências da análise jurídica racionalizadora e da sua crença na defesa de um sistema de direitos são devastadoras para a democracia. O limite da pretensão democrática, segundo a aplicação sem subterfúgios da análise jurídica racionalizadora, seria a imposição de condições de vida em sociedade por elites interpretativas – segundo Unger – ou filósofos profissionais – conforme Rorty – a partir de forças ocultas que revelariam um esquema racional transcendental. São explicitados nessa conclusão, para Unger, os dois “*segredinhos sujos da teoria do direito contemporânea*”, quais sejam, (a) a “*sua dependência sob uma perspectiva hegeliana de direita da história jurídica e social*”; e (b) o “*seu desconforto com relação à democracia: a adoração do triunfo histórico e o medo da atividade popular*” (2004a, p. 95)³⁰.

O reformismo progressista pessimista, que representa a terceira raiz negativa da análise jurídica racionalizadora identificada por Unger, constitui a família de projetos políticos para a qual a análise jurídica foi aproveitada. O traço característico desses projetos políticos é a combinação entre conservadorismo institucional e compromisso com objetivos

²⁹ Conquanto haja diferenças entre o pragmatismo jurídico e o pragmatismo filosófico, não há como deixar de destacar que a linha argumentativa utilizada por Unger para criticar a crença da análise jurídica racionalizadora no sistema de direitos coincide totalmente com o pilar principal do pragmatismo filosófico, segundo o qual “*a verdade não é a espécie de coisa sobre a qual deveríamos esperar produzir teorias filosóficas interessantes*”. Para os pragmatistas em geral, conforme leciona Rorty, “*verdade é apenas o nome de uma qualidade compartilhada por todos os argumentos verdadeiros. (...) não é crível esperar que exista algo geral e útil que possa qualificar como boas as ações*” (2011, p. xiii). No âmbito do direito a desconfiança de Unger em relação à razão é calcada exatamente nessa perspectiva.

³⁰ De acordo com Unger, o desconforto da análise jurídica racionalizadora com a democracia é revelado em diversos traços da cultura jurídica contemporânea: “*na identificação incessante de limitações à regra da maioria, em vez de restrições ao poder de minorias dominantes, como a responsabilidade principal de juristas e magistrados; na consequente hipertrofia de práticas e estruturas contrárias à regra da maioria; na oposição a toda reforma institucional, principalmente aquelas concebidas para elevar o nível de engajamento político popular, como ameaças ao sistema de direitos; na identificação de direitos de propriedade como direitos de divergir; no esforço para obter de juízes, sob pretexto de aperfeiçoar a interpretação, os avanços que a política popular não consegue produzir; no abandono da reconstrução institucional a momentos raros e mágicos de recriação nacional; na atenção concentrada em juízes superiores e no seu critério de seleção como a parte mais importante da política democrática; num ideal de democracia deliberativa que se torna mais aceitável quanto mais próximo fica, em estilo, de uma conversa cortês entre cavalheiros numa sala de visitas do século XVIII; e, às vezes, no tratamento explícito da política partidária como uma fonte subsidiária e derradeira da evolução jurídica, a ser tolerada quando nenhum dos métodos mais sofisticados de resolução jurídica de controvérsias se aplica*” (2004a, pp. 95-96).

programáticos³¹. Esses objetivos devem sempre ser executados dentro dos limites impostos pelas instituições estabelecidas. Mudanças institucionais serão sempre ocasionais e localizadas, justificadas como medidas necessárias à retomada do rumo perdido (2004a, pp. 103-104).

O argumento do experimentalismo institucional de Unger contra o reformismo progressista pessimista é perceptivelmente fundado nos seus postulados a sociedade é artefato humano e tudo é política e consiste na tese de que faz diferença se o foco principal da energia imaginativa é focado (a) na tentativa de melhorar ao máximo a ordem institucional vigente ou (b) no experimentalismo institucional. A consequência do apego ao real, nesse sentido, é exatamente o distanciamento em relação aos objetivos programáticos estabelecidos pelas sociedades, uma vez que o conservadorismo institucional e o compromisso com promessas de futuro são claramente pilares conflitantes entre si.

Unger identifica o acerto socialdemocrata e a prática de reconstrução racional na análise jurídica como os dois exemplos mais importantes de reformismo progressista pessimista. Isso porque, segundo o autor, *“muito do trabalho político e intelectual mais ambicioso da análise jurídica racionalizadora consistiu no desenvolvimento de categorias e doutrinas que conciliam o direito regulatório e redistributivo do acerto socialdemocrata com o corpus de doutrina jurídica preexistente”* (2004a, p. 105). Segundo essa perspectiva, a análise jurídica racionalizadora funciona como espécie de terapia social evasiva para os males das democracias, *“lutando para moderar a desvantagem e a exclusão, ainda que incapaz por seu método e visão de identificar ou atacar as fontes desses males nas estruturas da sociedade”* (2004a, p. 107).

Portanto, segundo o experimentalismo institucional, a análise jurídica racionalizadora é defeituosa como mecanismo de ação política, haja vista que, em razão do seu compromisso com o imobilismo institucional, não possui mecanismos para enfrentar as fontes mais profundas que impedem a concretização de objetivos programáticos.

A última raiz negativa da análise jurídica racionalizadora é a obsessão com o papel dominante do juiz. De acordo com Unger, qualquer proposta que objetive reorientar a análise jurídica para limites que superem o arcabouço institucional estabelecido esbarra na alegação de que essa reorientação pode exigir providências que ultrapassam os limites daquilo que os juízes podem efetuar de maneira legítima e eficaz. Para o autor, todavia, não é possível

³¹ São exemplos de objetivos programáticos: *“concorrência econômica e iniciativa individual, distribuição mais ampla e igualitária dos benefícios do crescimento econômico e de oportunidades para expressão política e cultural, maior solidariedade social e desenvolvimento da vida associativa”* (2004a, p. 103).

progredir na compreensão do potencial da análise jurídica sem que se abandone a pressuposição de que os juízes seriam os agentes primários do pensamento do direito. O experimentalismo institucional de Unger defende o rebaixamento do papel do juiz, para que a sociedade civil ocupe o seu lugar e o jurista se transforme em assistente técnico do cidadão (2004a, p. 133).

O experimentalismo institucional, nesse tocante, faz crítica bastante semelhante à formulada por Sunstein e Adrian Vermeule (2002-2003, p. 886) no sentido de que o ponto de partida das teorias constitucionais não deve ser a pergunta “*como os juízes devem julgar?*”. Para o experimentalismo institucional, “*a questão da decisão judicial não merece esse privilégio*” (2004a, p. 134). O fato de essa pergunta representar o ponto de partida de todas as mais representativas teorias constitucionais contemporâneas representa justamente a consagração do fracasso da análise jurídica em passar do primeiro passo – preocupação com o gozo dos direitos – para o segundo passo – experimentalismo institucional.

O experimentalismo institucional analisa, assim, o papel do juiz segundo os seus postulados a sociedade é artefato humano e tudo é política. Nesse sentido, conclui que “*ser juiz é um papel conformado institucionalmente, e não uma atividade social com um núcleo permanente e com limites constantes*” (2004a, p. 138). Com isso, dando aplicabilidade aos seus postulados pragmatistas no âmbito do direito, o experimentalismo institucional prega a ideia de que é inconcebível que qualquer instituição, como é o caso do juiz, ou programa metodológico de interpretação constitucional permaneça indiferente ao contexto institucional no âmbito do qual se opera a sua execução. Dessa maneira, ao tratar o jurista como o seu agente primário inescapável, a análise jurídica racionalizadora acaba subordinando indevidamente os resultados que o direito pode produzir aos resultados que os juízes podem produzir. O custo dessa subordinação – ou redução – é a interrupção do avanço democrático.

Além do constrangimento democrático, o experimentalismo institucional de Unger aponta outra consequência indesejada da obsessão da análise jurídica com o papel do juiz: o constrangimento paralisante sobre a própria reinvenção da análise jurídica, uma vez que qualquer proposta mais ambiciosa de pensamento do direito parecerá apenas uma tentativa de aumento dos poderes dos magistrados. A esse respeito, seria ingenuidade imaginar que é possível tratar fora do discurso jurídico a relação interna entre interesses e ideais com instituições e práticas, uma vez que é o direito que seleciona as estruturas a partir das quais

esses interesses e ideais terão andamento³². Portanto, é necessário que o direito não sirva como instrumento para retirar espaço da agenda política, como pretendem fazer os defensores da análise jurídica racionalizadora. O direito, como ficará claro no próximo tópico, deve devolver, de maneira enriquecida, a agenda que subtraiu da democracia. Para o experimentalismo institucional, assim, o jurista deve se tornar assistente do cidadão com o objetivo de alargar as possibilidades coletivas da sociedade (2004a, pp. 140-141). O caminho para que essa mudança ocorra passa pela reorientação da análise jurídica, nos termos do que será exposto no tópico seguinte.

³² Nesse ponto, aliás, Unger chega a afirmar enfaticamente que “*em nenhum lugar a especificidade institucional encontra as concepções imaginativas mais completamente, e em nenhum lugar o seu encontro tem mais importância para os poderes e as impotências das pessoas do que no direito e no pensamento jurídico*” (2004a, pp. 140-141).

1.5 - Análise jurídica reforjada como instrumento de experimentalismo institucional

Segundo a teoria proposta por Unger, o caminho para a reorientação da análise jurídica não demanda apenas (a) o afastamento do preconceito contra a analogia, (b) a superação da tentação antidemocrática que fundamenta as crenças em sistemas herméticos de direitos, (c) o distanciamento em relação ao reformismo progressista pessimista que transforma o aplicador do direito em terapeuta social evasivo e (d) a mudança do ponto de partida das teorias constitucionais que são exclusivamente focadas na definição de métodos para que os juízes julguem. A análise jurídica reforjada também deve refletir com plenitude os postulados a sociedade é artefato humano e tudo é política, transformando-se em instrumento poderoso de experimentalismo institucional. Nesse sentido, a principal ambição do jurista, para Unger, deve ser “*informar a discussão na democracia sobre o presente coletivo e os futuros coletivos alternativos, aprofundando o sentido de realidade pela ampliação do sentido de possibilidade*” (2004a, p. 107).

A preferência de Unger pela análise jurídica como mecanismo forte de experimentalismo institucional e, por consequência, de aceleração democrática decorre diretamente do especial papel vislumbrado pelo autor para o direito dentro da política, qual seja: selecionar as pretensões ideológicas que terão prosseguimento (2004a, p. 140). Desse modo, mantendo-se fiel ao seu ponto de partida tudo é política, Unger justifica a sua predileção pelo direito como instrumento de imaginação institucional para criação de futuros alternativos nas democracias.

Exatamente por compreender a sociedade como mero artefato humano, a proposta de transformação da análise jurídica em atos contínuos de imaginação de futuros alternativos carrega consigo (a) o repúdio a qualquer forma de fetichismo institucional e, principalmente, (b) o completo abandono de metas ambiciosas de isolamento contextual de programas metodológicos de argumentação jurídica. Para o experimentalismo institucional, o direito deve esquecer as quatro raízes da análise jurídica racionalizadora e escolher a sociedade civil como sua interlocutora fundamental.

A prática de análise jurídica como imaginação institucional é dividida em dois momentos dialeticamente ligados: o mapeamento e a crítica. O primeiro é descrito por Unger como a “*versão adequadamente revista da atividade analógica de pequena escala e sem energia, a forma de análise jurídica que deixa o direito como uma massa inalterada*”. O

segundo é a “*versão revista do que o jurista racionalista menospreza como sendo a transformação da análise jurídica em conflito ideológico*” (2004a, p. 160).

Conjuntamente, tais práticas devem propiciar o desenvolvimento do experimentalismo institucional, segundo a ideia de que o mapeamento subsidia a crítica com matéria-prima e a crítica fomenta o mapeamento com perspectivas e agendas de futuro. O mapeamento, contudo, não deve montar o entendimento da situação institucional existente a partir de abstrações. As instituições devem ser mapeadas de acordo com a realidade e sem tentativas de racionalização das suas complexidades e contradições naturais. Isso porque a visão que o mapeamento busca é radicalmente antagônica à perspectiva racionalizadora. O objeto da crítica, por seu turno, é exclusivamente radicalizar os objetivos programáticos, levando-os além dos seus constrangimentos institucionais e alterando os seus significados continuamente (2004a, pp. 163-164).

O propósito da análise jurídica como imaginação institucional é solucionar continuamente, através da combinação entre crítica e mapeamento, o conflito entre os compromissos programáticos e os arcabouços institucionais que frustram a realização desses ideais.

No plano teórico, o experimentalismo institucional busca combater o que Unger denomina de “campanha para alcançar um meio termo entre racionalismo e historicismo” (2004a, p. 207)³³, hoje predominante tanto no direito como na filosofia. Como pragmatista radical, Unger claramente rejeita qualquer projeto teórico racionalista que almeje construir fundamentos contrafactuais de justiça. A inflação do historicismo, por seu turno, também não se enquadra no projeto do experimentalismo institucional, uma vez que Unger não admite que se extraia do reconhecimento de que inexistente racionalidade de ordem superior a conclusão de que haveria justificativa para o compromisso “*defensivo e irônico*”³⁴ com a tradição

³³ Historicismo, para Unger, representa “*a ideia de que não dispomos de critérios de julgamento com um valor que transcenda formas de vida e universos de discurso específicos e historicamente localizados*” (2004a, p. 207).

³⁴ Ao criticar a postura irônica dos historicistas, Unger claramente objetiva atacar a visão de Rorty no campo filosófico e a antiteoria de Posner no âmbito do direito. Unger defende, nesse tocante, o seu pragmatismo radical. A diferença entre o pragmatismo radical e as demais formas de pragmatismo (versões relativista e objetivista) – ambas abarcadas pelo conceito de historicismo empregado por Unger – é exatamente o repúdio aos fetichismos institucional e estrutural. Nesse sentido, não é difícil antever que a crítica de Unger ao historicismo jurídico e filosófico é justamente no sentido de que “*ele pressupõe a inevitabilidade de um dilema do qual a história individual e coletiva da experiência moral frequentemente escapou: a suposta necessidade de escolher entre um diálogo moral e político, que é vivo precisamente porque completamente incrustado numa tradição particular, e um diálogo que é pálido porque tenta transcender todas as tradições específicas*” (2004a, p. 212). Com efeito, Unger vê a inflação do historicismo, presente nas versões domesticadas do pragmatismo, exatamente como o tratamento das “*tradições e instituições políticas das democracias industriais do Ocidente contemporâneo como merecedoras de respeito especial como fonte de orientação moral e política: não apenas porque são nossas, mas porque, de alguma forma, elas incorporam ou encarnam uma afirmação de imparcialidade entre indivíduos e seus interesses e ideais*” (2004a, p. 212). Tendo em vista que a presente dissertação assumidamente se diz motivada pela

estabelecida (2004a, p. 211). Superados os extremismos racionalistas (no âmbito qual o neoconstitucionalismo brasileiro claramente se insere) e historicistas domesticados (do qual Posner representa o melhor exemplo), Unger dedica a sua crítica justamente à empreitada filosófica e jurídica realizada com o escopo de alcançar meio-termo entre racionalismo e historicismo. No campo filosófico, Habermas e Rawls são os exemplos citados por Unger. No direito, Dworkin claramente representa um dos principais destinatários da crítica. Na filosofia, segundo Unger, o principal defeito das abordagens de Habermas e Rawls, que objetivam localizar o ponto ótimo entre racionalismo e historicismo, é “*sua incapacidade para questionar a autoridade com que a organização estabelecida do governo, da economia e da sociedade civil representa a concepção ideal de sociedade voluntária*” (2004a, p. 214). No direito, Unger aponta a análise jurídica racionalizadora como o exemplo mais importante da busca pelo meio termo entre racionalismo e historicismo.

A fuga a esse meio-termo demanda, de acordo com Unger, a reorientação da análise jurídica como mecanismo de experimentalismo institucional mediante a utilização da prática unificada de mapeamento e crítica. Nesse cenário de abandono da meta de otimização convergente – inequivocamente transcendental –, a nova disciplina jurídica que deve surgir é a análise pautada no “*detalhamento e (...) especificação na imaginação e na prática, de variações institucionais sobre a realização e a reformulação de nossos interesses e ideais*” (2004, p. 219). A teoria do experimentalismo institucional, consoante essa nova perspectiva, aparece segundo a dupla perspectiva já mencionada anteriormente: o jurista reconhece a indispensabilidade da teorização, ao mesmo tempo em que admite os riscos de enfraquecimento institucional que dela decorrem. É exatamente isso o que Unger almeja dizer quando afirma que, na análise jurídica, “*devemos desenvolver um diálogo sobre o ajuste, até*

empreitada intelectual lançada por Unger em “*Politics*” (2001, p. 31), convém explicitar que, especialmente ao se analisar a forte crítica feita por Rorty a Posner em relação aos limites do contextualismo (2007b), não há como manifestar concordância em relação à visão de Unger sobre a ironia defendida por Rorty. Isso porque, desde os robustos elogios que fez a Unger no ensaio “*Unger, Castoriadis e o Romance de um Futuro Nacional*” (1991, pp. 277-300), Rorty afirmou (a) a sua admiração por autores romancistas que orientam seus olhares para o futuro; e (b) o seu repúdio ao fetichismo institucional e estrutural que é defendido pelos autores integrantes do que Rorty denomina de “*escola do ressentimento*”. Essas características de Rorty, somadas à (a) sua crença na possibilidade de existência de progresso moral mesmo segundo a visão pragmatista e (b) sua crítica ao relativismo exagerado de Posner, que desconsidera o papel da experiência como mecanismo de aprendizado (2007b), deixam claro que Rorty não pode ser taxado de pragmatista domesticado. Ainda que a sua crítica não contenha a mesma valorização dada por Unger ao experimentalismo institucional, Rorty claramente reconhece a importância da adoção da atitude que Unger define como “*crítica em relação ao arcabouço institucional da sociedade existente e estabelecido*” (2004a, p. 219). A crítica feita por Unger, portanto, aos ironistas pragmatistas aplica-se unicamente a Posner (1999, pp. 19-23), sendo perfeitamente possível, portanto, conciliar o pragmatismo radical de Unger com a ironia liberal defendida por Rorty.

que, por força de falarmos e pensarmos como ajustadores motivados, gradualmente nos tornemos tanto realistas quanto profetas” (2004a, p. 223).

Conforme já mencionado anteriormente, não é incomum encontrar críticas à proposta de Unger de reforjamento da análise jurídica como mecanismo de experimentalismo institucional. Holmes (1983), Sunstein (1990) e Waldron (1998) já se manifestaram nesse sentido. Para os fins da presente dissertação, a crítica de Waldron é a mais interessante, notadamente para explicitar a pobreza da compreensão generalizada a respeito do que significa dizer que a função primeira da análise jurídica é representar mecanismo auxiliar na imaginação de futuros alternativos.

Ao analisar a parte propositiva da obra *“O Direito e o Futuro da Democracia”*, Waldron afirma que, *“considerado em si mesmo, o cenário positivo apresentado no livro como ‘uma prática revisitada da análise jurídica’ é muito menos convincente, porque ele é muito mais vago do que o cenário negativo apresentado”*. Waldron assevera que as propostas de imaginação institucional formuladas por Unger na parte final da obra em questão seriam *“aéreas”* e *“desconectadas daquilo que, ainda que plausivelmente, pode ser visto como habilidades legais diferenciadas”*. Waldron é bastante incisivo em sua crítica, chegando a qualificar de *“frustrantes”* os experimentos sugeridos por Unger. A conclusão de Waldron é taxativa no sentido de que a melhor contribuição do experimentalismo institucional seria mostrar que a *“contribuição do acadêmico de direito depende, para ser eficaz, da sua transformação em cientista social ou em teórico cultural”* (1998, pp. 510-530).

No lugar da análise jurídica reforjada, Waldron propõe espécie de cosmopolitismo constitucional clara e assumidamente fetichista. Argumenta que a imaginação deveria dar espaço à observação da experiência de outros países, para que o jurista veja *“quais deles trazem ideias que se provaram resistentes segundo as condições da vida real”*. Waldron vê como desnecessário e prejudicial para a análise jurídica o interesse de Unger em *“se divertir com possibilidades institucionais que não possuem sustentação”* (1998, p. 527).

A forte crítica de Waldron revela, contudo, dois graves equívocos, sendo que o principal deles também significa relevante contradição do autor com o melhor significado da sua própria obra.

O primeiro erro de Waldron diz respeito ao seu foco racionalista nas propostas de Unger. Especialmente no que diz respeito a *“O Direito e o Futuro da Democracia”*, a maior falha que se pode cometer é desqualificar a importância da mensagem teórica da obra com base apenas na discordância com a plausibilidade dos futuros alternativos imaginados por

Unger. Com esse livro, Unger objetivou superar todas as espécies de fronteiras ao desenvolvimento do pensamento jurídico. Nesse sentido, é evidente que, para conferir legitimidade teórica ao seu principal argumento, precisou fugir radicalmente da realidade posta, inclusive para deixar claro que fetichismos institucionais apenas restringem o âmbito de atuação transformativa do direito. Portanto, a eventual – e natural – discordância com os protótipos de futuro criados por Unger não deve dar ensejo à tentativa de desconstrução das suas proposições teóricas. Ao contrário, o dissenso deve servir como combustível para a formulação de outros projetos de futuro radicalmente distintos.

O segundo e principal equívoco de Waldron representa, como dito, a negação das contribuições mais relevantes da sua obra para a teoria constitucional. Isso porque, no livro *“Law and Disagreement”*, ponto alto da sua carreira acadêmica, Waldron fundamentou a sua crítica ao fenômeno da obsessão da análise jurídica com a jurisdição constitucional e com o papel do juiz a partir das seguintes constatações:

- (a) *“O estudo jurídico está apoiado sobre uma filosofia do direito que faz tudo o que está ao seu alcance para questionar as credenciais e a capacidade do Poder Legislativo e para sugerir que, de um ponto de vista racional, a legitimação do Poder Legislativo é ou deve ser mais limitada do que a das Cortes Constitucionais”* (1998, p. 518);
- (b) Dentre os três elementos que compõem o entendimento moderno sobre o controle de constitucionalidade (direitos fundamentais, Cortes Constitucionais e Casas Legislativas), *“o terceiro é o tópico em relação ao qual os filósofos do direito têm dedicado a menor atenção”* (1999, p. 20); e
- (c) *“Os positivistas legais modernos acabaram se tornando muito mais interessados no resultado das decisões do que nas estruturas e nos procedimentos legislativos”* (1999, p. 34).

Nesse sentido, aliás, convém lembrar que, segundo o próprio Waldron, foi exatamente a constatação de Unger de que as teorias constitucionais contemporâneas possuem aversão à democracia que representou ponto de partida para as principais ideias trazidas na obra *“Law and Disagreement”* (1999, pp. 08-10). Soam incongruentes, portanto, com a própria inspiração da sua obra, as críticas de Waldron à proposta do experimentalismo institucional.

De toda sorte, convém explicitar, uma vez que a crítica do Waldron foi escolhida exatamente para deixar claro como não deve ser lida a obra de Unger, que a afirmação de que “*tudo o que Unger consegue (...) é mostrar que a contribuição do acadêmico de direito depende, para ser eficaz, da sua transformação em teórico social ou cientista cultural*” (1999, p. 529) revela exatamente a manifestação da quarta raiz negativa da análise jurídica racionalizadora, que é a crença no papel dominante do juiz (2004a, p. 133). Embora, como visto, não faça isso ao longo de toda a sua obra, Waldron se equivoca, nessa crítica específica, em relação ao ponto de questionamento inicial das teorias constitucionais, o qual não deve ser a busca pela resposta à pergunta sobre como devem os juízes julgar. Com esse posicionamento fetichista, Waldron fez exatamente aquilo que o experimentalismo institucional repudia. Acabou por subordinar indevidamente os resultados que a análise jurídica pode construir àquilo que pode ser legitimamente realizado pelos juízes, afirmando, de maneira equivocada, que o restante não é direito.

Fica claro, portanto, a partir da exemplificação acima, que a perfeita compreensão a respeito da amplitude do projeto de Unger no âmbito do direito depende, inexoravelmente, do completo abandono das quatro raízes da análise jurídica racionalizadora. Sem isso, mesmo autores como Waldron, cuja obra possui características extremamente úteis para a finalidade da presente dissertação, não conseguem compreender com plenitude o que significa reforjar a análise jurídica como mecanismo de experimentalismo institucional.

A esse respeito, conquanto não seja o foco do trabalho abordar o problema relacionado à busca pela inexistente única resposta correta ao questionamento sobre como devem os juízes julgar, convém, apenas para deixar respondidas algumas críticas infundadas a pontos da obra de Unger que servem de pressuposto para o que será dito adiante, abordar o que o autor diz a respeito do método de julgamento pelos juízes.

Em síntese, para Unger, é necessário que a teoria da argumentação jurídica defina o seu método de “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” (2004a, p. 141). Unger defende, assim, que a análise jurídica seja modesta dentro do fenômeno da interpretação das regras no momento do julgamento pelos juízes e ambiciosa fora dele. A aplicação do direito deve ser realizada, assim, conforme prática de “*raciocínio analógico orientado contextualmente na interpretação de leis e decisões judiciais passadas*” (2004a, p. 142).

A modéstia empregada por Unger na definição de critérios para que os juízes possam julgar deixa evidente que são equivocadas as críticas comumente dirigidas à sua obra no sentido de que, no âmbito da análise jurídica, a aplicação dos postulados a sociedade é artefato humano e tudo é política permitiria completa confusão entre direito e política³⁵.

Conforme reconhecido por Rorty (2002), ainda que tenha sido inicialmente bastante comprometido com o movimento dos *Critical Legal Studies* (1986), Unger se distancia de autores como Duncan Kennedy (1997) e Mark Tushnet (1991 e 1999) a partir de “*Politics*”. A partir de então, o segundo Unger supera o foco exclusivo na desconstrução do passado e assume a postura de pragmatista radical – ou de romancista que possui os olhos voltados ao futuro, segundo Rorty (1991) –. O reflexo do novo Unger é bastante significativo em relação ao direito e se revela no reconhecimento, por parte do autor, de que: “*a visão da análise jurídica num cenário de aplicação do direito que eu agora sugiro esvazia as vastas esperanças políticas e intelectuais da doutrina jurídica*” (2004a, p. 142).

Se essa nova postura, assumidamente mais modesta em relação à aplicação do direito, não permite mais que se visualize completa indiferenciação entre direito e política na obra de Unger, a conclusão não pode caminhar no sentido de que, para o experimentalismo institucional, a atuação dos magistrados jamais poderia ser ativista. Unger, nesse tocante, adota postura pragmatista bastante semelhante à manifestada por Habermas³⁶ ao analisar o mesmo fenômeno. Ao afirmar que a discussão sobre a legitimidade do ativismo judicial não pode ser travada em abstrato (2003a, p. 346), Habermas deixa claro que as réguas de medição da qualidade do fenômeno são o contexto político-social em que o juiz se insere e as consequências da intervenção judicial específica³⁷. Unger se posiciona no mesmo sentido ao afirmar que:

³⁵ Apenas a título de exemplo, cabe mencionar a crítica de Luís Roberto Barroso direcionada indiscriminadamente a autores como Unger, oriundo da escola dos *Critical Legal Studies*: “*Em linha análoga, mas dando proeminência absoluta ao elemento político, a teoria crítica, no mundo romano-germânico, e os critical legal studies, nos Estados Unidos, sustentaram que decisões judiciais não passam de escolhas políticas, encobertas por um discurso que procura exibir neutralidade. Tanto o realismo quanto a teoria crítica refluíram drasticamente nas últimas décadas, mas deixaram uma marca indelével no pensamento jurídico contemporâneo*” (2012, pp. 30-31).

³⁶ Não se pretende dizer com essa afirmação, por evidente, que Habermas é um autor pragmatista. Há diferenças notórias que afastam Habermas e a sua teoria do discurso da vertente pragmatista, conforme fica claro na obra “*Habermas and Pragmatism*”, organizada por Mitchell Aboulafia, Myra Bookman e Catherine Kemp (2002). Existem, contudo, consoante reconhecido pelo próprio Habermas na mesma obra, inúmeros pontos de contato entre a teoria do discurso e a visão pragmatista, os quais permitem que se faça, na presente dissertação, o uso de diversos pontos da teoria habermasiana segundo o ponto de vista do pragmatismo radical. A aproximação entre as ideias de Habermas e Unger ficará mais clara a partir do próximo capítulo da dissertação, no qual serão debatidas as consequências do experimentalismo institucional radical em relação ao pensamento crítico sobre a legitimidade da jurisdição constitucional.

³⁷ Sunstein, como será visto na segunda parte da dissertação, também adota visão semelhante na fase mais recente da sua obra (2009, pp. 19-32), desdizendo expressamente as equivocadas conclusões a que chegou em obra anterior (2001).

“O Juiz logra êxito em fazer com que expectativas morais estabelecidas nos mundos sociais dos litigantes se imprimam sobre a prática finalística de juízos analógicos. Por vezes, o direito o convidará abertamente a fazê-lo pelo uso de princípios abertos, como razoabilidade, diligência e boa-fé, ou pela prática do comércio e usos comerciais. (...) Há circunstâncias em que os juízes podem e devem exercitar um fragmento dessa autoridade a fim de que os órgãos políticos e a cidadania também possa fazê-lo; (...). Na maior parte, contudo, tal tarefa está além do que os juízes podem realizar 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 como 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 confronto. (...) Melhor um agente pouco apropriado, contudo, do que absolutamente nenhum. Os juízes podem ser muitas vezes os melhores agentes disponíveis. Pelo menos, eles podem ser os únicos agentes dispostos (2004a, pp. 144-145)”.

O experimentalismo institucional de Unger, com efeito, é bastante claro na compreensão de que (a) a qualidade do ativismo judicial deve ser aferida pelas suas consequências dentro do contexto em que a postura se insere, (b) a aceitação do ativismo circunstancial não pode revelar preconceito da análise jurídica em relação à democracia, e principalmente, (c) a ocupação do espaço político vazio por parte do juiz é preferível à manutenção do vácuo, notadamente quando a atuação judicial puder gerar aceleração democrática ou diminuição de crueldade³⁸ na experiência cotidiana.

Assim, reconhecendo que é mais modesto em relação à resposta ao questionamento sobre como devem julgar os magistrados, exatamente por entender que esse não deve ser o ponto de partida das teorias jurídicas constitucionais, o experimentalismo institucional defende a prática do raciocínio analógico orientado contextualmente na interpretação da lei, rechaçando (a) impulsos à abstração e ao fechamento cognitivo; e (b) contrastes muito rigorosos entre “*o direito como ele parece aos que contendem, na política e na opinião*

³⁸ Embora não seja reconhecido expressamente pelo autor, é lícito afirmar que os motivos que permitem a utilização, por parte de Unger, do conceito de crueldade dentro de perspectiva pragmatista, sem que isso represente universalismo, são rigorosamente os mesmos apresentados por Rorty para defender a possibilidade de, a partir da experiência, averiguar a existência de progresso moral nas sociedades (2007b). Essa questão será retomada com maior detalhamento da segunda parte da dissertação.

pública, sobre a sua criação e o direito como ele parece após o fato aos intérpretes profissionais e judiciais” (2004a, p. 142).

1.6 - Fecho

A primeira parte da dissertação foi dedicada à explicitação das bases do experimentalismo institucional, que é a teoria constitucional adotada como pressuposto das análises que serão desenvolvidas nas partes subsequentes da dissertação.

Foi demonstrado, ao longo da primeira parte do trabalho, que o experimentalismo institucional, principal contribuição da fase mais recente da obra de Unger, representa a inédita radicalização de dois postulados: a sociedade é artefato humano e tudo é política. O experimentalismo institucional, assim, mira o futuro e não se apega em demasia a políticas congeladas. Os contextos formadores das instituições sociais e da rotina humana são desentrancheados em busca da plasticidade imaginativa conferida pelo constante exercício imaginativo. O objetivo é fugir dos fenômenos da convergência e dos fetichismos estrutural e institucional que relegam os momentos de transformação social aos raros momentos de crise, deixando o homem preso apenas às ideias que eventualmente surgirem na ocasião em que a imaginação for imperiosa. O experimentalismo institucional, assim, não vê lados: é supraliberal. Luta contra a racionalização retrospectiva de acordos políticos contingentes e toma como ponto de partida a possibilidade de superação da tendência humana à preguiça criativa.

Dessa maneira, no que diz respeito à sociedade, o experimentalismo institucional dirige sua energia à superação da relação de dependência existente entre a imaginação de futuros alternativos e os falsos limites dos contextos formadores. Com relação à democracia, fomenta a proliferação da política transformativa e a energização da sociedade civil. No tocante à natureza humana, foca sua força contestadora na superação da tendência do homem à busca pela apatia oriunda da serenidade.

Falar em experimentalismo institucional como consagração dos postulados sociedade é artefato humano e tudo é política, portanto, significa abandonar a preguiça imaginativa e adotar como rotina única a prática exercícios contínuos de futurologia.

Foi visto, nesse sentido, que o experimentalismo institucional é a teoria que traduz a visão romântica do pragmatista radical. A proposta, nessa linha, é olhar de maneira despreziosa para a complexa pergunta “*como o homem pode corrigir e melhorar o seu contexto deliberadamente e com alguma certeza a respeito das suas escolhas?*”. O pragmatista radical não pretende saber a resposta. Compreende o postulado tudo é política

com a consciência de que não é dado ao homem superar o seu próprio contexto e assumir as rédeas da história.

Ainda na primeira parte da dissertação, a tentativa de elaboração de resposta aos principais questionamentos dirigidos à teoria do experimentalismo institucional levou ao enfrentamento da complexa questão relacionada à clara desconexão entre os futuros alternativos concebidos por Unger em “*Politics*” e “*O Direito e Futuro da Democracia*” e qualquer outra realidade já vivida pelas sociedades conhecidas. Foi afirmado que, segundo a própria lógica teórica na qual se sustenta o experimentalismo institucional, as criações *ungerianas* não podem ser vistas como a representação da única possibilidade de futuro alternativo possível, inclusive porque os arranjos concebidos por Unger assumidamente não possuem conexão com as especificidades de cada sociedade. O próprio autor, como visto, expressamente pede que as suas propostas alternativas para a humanidade sejam reforçadas imaginativamente à luz das realidades nacionais.

A maior dificuldade de implantação plena dos pressupostos sociais e filosóficos do experimentalismo institucional, como visto ao longo da primeira parte, é a necessidade de confecção de complexo programa transicional entre o estágio de dormência cívica das sociedades atuais e o momento da democracia energizada. Nesse sentido, ainda que eventualmente se reconheça que Unger está correto ao diagnosticar o ponto de partida – a tendência humana à preguiça e à submissão a rotinas que diminuem o tamanho do homem –, é impossível não perceber que, em última instância, tudo depende da criação de solidariedade, a qual dificilmente poderá ser imposta institucionalmente. Não é exagero afirmar, aliás, que a possibilidade de criação de mecanismos geradores de solidariedade representa o maior desafio atual das teorias sociais.

No âmbito da análise jurídica, foi visto que o experimentalismo não dedica espaço significativo ao pensamento sobre os direitos fundamentais e a jurisdição constitucional no seu roteiro de aceleração democrática. O foco primário do experimentalismo institucional aplicado ao direito é desconstruir a análise jurídica racionalizadora. Os caminhos escolhidos não são o niilismo consistente na negação da possibilidade de teoria e muito menos a busca pela profissionalização do papel do teórico. O experimentalismo institucional aplica ao direito os postulados tudo é política e sociedade é artefato humano, almejando reforçar a análise jurídica como poderoso instrumento de imaginação de futuros alternativos. Nesse sentido, combate a influência dos contramovimentos da teoria de convergência e dos fetichismos institucional e estrutural, sugerindo que a análise jurídica esqueça a estratégia de

enfrentamento dos problemas jurídicos mediante a mera sofisticação abstrata das técnicas de aplicação dos direitos sem o necessário questionamento constante da estrutura institucional vigente. O experimentalismo institucional sugere estratégia diferenciada ao jurista, consistente no exercício de pensamento imaginativo das instituições em sentidos alternativos.

Nesse sentido, o experimentalismo institucional não se volta jamais contra a teoria em si mesma. O arsenal teórico deve ser utilizado para que o natural pareça estranho ao jurista. O caminho proposto é a superação das quatro raízes negativas da análise jurídica racionalizadora, que são: (a) o preconceito contra a analogia; (b) a crença na existência de sistemas abstratos de direitos; (c) o reformismo pessimista progressista; e (d) a obsessão com o papel dominante dos juízes. O experimentalismo institucional, com essa crítica, deixa claro que enxerga forte desconforto da análise jurídica dominante com a democracia.

Para o experimentalismo institucional, portanto, o principal papel da análise jurídica, deve ser informar a democracia sobre os seus possíveis futuros alternativos. A meta é a aceleração democrática a partir do direito, mas fora do âmbito da busca pela resposta à pergunta sobre como devem os juízes julgar. A sociedade civil deve se tornar a principal interlocutora do jurista. Para tanto, o experimentalismo institucional propõe que a análise jurídica como atividade de imaginação institucional seja dividida em dois momentos dialeticamente conectados: o mapeamento e a crítica.

Além disso, especificamente em relação ao problema da interpretação das normas pelos juízes, que representa questão menor para o experimentalismo institucional, propõe que a teoria do direito defina seu método de maneira respeitosa com a realidade humana. Sugere o experimentalismo institucional, nesse tocante, a prática de raciocínio analógico orientado contextualmente pelas leis e decisões judiciais passadas. Isso não significa dizer, contudo, que o experimentalismo institucional não tolere o ativismo judicial. O que não é admitido é o casamento ou divórcio com o ativismo judicial em abstrato. A qualidade da intervenção judicial é medida pela consequência social, sendo preferível que a política extraordinária ocorra por intermédio de juízes a manter-se o vácuo imaginativo ocasionado pela apatia democrática. Nesse sentido, todavia, a atividade política judicial extraordinária não pode ser vista como esperada ou desejável e os objetivos das intervenções circunstanciais devem ser a própria aceleração democrática e, quando possível, a diminuição da crueldade.

2. - Desentrancheamento da jurisdição constitucional

2.1 - Apresentação

A segunda parte da dissertação será dedicada à aplicação, ao pensamento crítico sobre a jurisdição constitucional, da proposta de reforjamento da análise jurídica como instrumento de experimentalismo institucional. O eixo de sustentação da segunda parte do trabalho será a necessidade de que o instituto da jurisdição constitucional seja desentrancheado por completo e ganhe plasticidade imaginativa contextualizada.

Antes, porém, será defendido que o próprio ato de pensar criticamente a jurisdição constitucional representa, em primeiro lugar, não pensar apenas na jurisdição constitucional. O enriquecimento da análise jurídica depende do abandono da obsessão doutrinária com o papel dos juízes. A compreensão de que o direito se resume àquilo que pode ser legitimamente produzido pelos magistrados reduz a abrangência da análise jurídica de maneira drástica. O experimentalismo institucional, nesse sentido, representa mudança no ponto de partida teórico. Traduz, ao mesmo tempo, (a) diminuição da expectativa em relação ao que efetivamente pode ser desempenhado pelos juízes, e (b) percepção de que a análise jurídica pode ser muito mais ambiciosa fora desse cenário.

Após a defesa do argumento de que, segundo a perspectiva do experimentalismo institucional, (a) pensar criticamente a jurisdição constitucional significa, primeiramente, não pensar apenas na jurisdição constitucional, será sustentado que (b) pensar criticamente a jurisdição constitucional também significa desentrancheá-la por completo, para que o instituto ganhe plasticidade imaginativa contextualizada.

As referidas conclusões sintetizam as três consequências diretas da aplicação, ao pensamento crítico da jurisdição constitucional, da proposta de reforjamento da análise jurídica como instrumento de experimentalismo institucional, quais sejam:

- (a) a compreensão de que a análise jurídica como ferramenta de experimentalismo institucional deve superar a obsessão com a jurisdição constitucional e se tornar mais ambiciosa na imaginação de futuros alternativos fora da perspectiva adstrita exclusivamente àquilo que legitimamente pode ser realizado pelos juízes;
- (b) a percepção de que Cortes Constitucionais não são autoevidentes nas democracias e, portanto, devem sempre ser imaginadas com desapego ao

fetichismo institucional e conformadas a partir da realidade político-social de cada cultura, sendo extremamente saudáveis iniciativas como a de Tushnet, de propor, mesmo que a partir de exercício de cosmopolitismo constitucional, formas alternativas de *judicial review* (2008, pp. 13-42); e

- (c) a conscientização de que Cortes Constitucionais não possuem regras gerais de conduta em relação ao controle de constitucionalidade de leis e no tocante à interpretação das normas constitucionais, o que faz com que não se possa admitir como válidas propostas que se ocupem exclusivamente da definição abstrata de métodos de postura ou de argumentação e que ignorem a necessária abertura cognitiva da análise jurídica.

2.2 - Pensar a jurisdição constitucional significa não pensar apenas na jurisdição constitucional

A análise jurídica como ferramenta de experimentalismo institucional deve superar a obsessão com a jurisdição constitucional e se tornar mais ousada na imaginação de futuros alternativos fora da perspectiva adstrita àquilo que legitimamente pode ser produzido pelos juízes. É esse o propósito da mencionada crítica de Unger à quarta raiz negativa da análise jurídica racionalizadora.

Como visto anteriormente, o fascínio dos juristas com a jurisdição constitucional é responsável pela limitação da formulação de novas sugestões de reorientação institucional pelo direito. Em geral, propostas fundamentadas em parâmetros que superem o arranjo institucional estabelecido sempre acabam rejeitadas com amparo na ideia de que providências que ultrapassem o espectro de medidas que podem ser adotadas eficaz e legitimamente pelos magistrados não devem ser cogitadas. Para o experimentalismo institucional, como mencionado na primeira parte da dissertação, os juízes não devem ser vistos como agentes primários do pensamento jurídico. Esse papel deve ser ocupado pela sociedade civil.

Nesse sentido, uma vez compreendidas as premissas do experimentalismo institucional, fica claro que a predominância do papel relevante atribuído à pergunta “*como os juízes devem julgar?*” evidencia que significativa parcela da análise jurídica, notadamente no Brasil, não consegue caminhar do momento da preocupação fetichista com o gozo dos direitos em direção ao passo da imaginação de diferentes realidades.

De fato, grande parte da doutrina constitucional brasileira efetivamente busca hoje no Supremo Tribunal Federal verdadeira espécie de fiel depositário para o processo democrático³⁹ ou, o que é ainda pior, terapeuta social evasivo para os males da democracia, incapaz de resolver o problema que em suas mãos é depositado⁴⁰. Isso representa inequívoco desconforto com o processo democrático no Brasil.

Há, de fato, enorme diferença entre (a) admitir sem conformismo, conforme o experimentalismo institucional propõe, que muitas vezes os juízes podem, mesmo não sendo os agentes ideais, representar os únicos agentes interessados a literalmente fazer política

³⁹ Expressão empregada por Habermas (2003a, p. 347) em análise direcionada à democracia alemã. Em sentido semelhante, embora com proposições institucionais distintas, se manifesta Ingeborg Maus, definindo criticamente o Poder Judiciário do mesmo país como superego da sociedade (2010, pp. 15-40).

⁴⁰ Definição criada por Unger (2004a, p. 105).

extraordinária; e (b) aceitar passivamente que o Supremo Tribunal Federal representa o cidadão de maneira argumentativa⁴¹.

No primeiro caso, o objetivo continua sendo a aceleração democrática. Na segunda hipótese, não há foco algum. Há, sim, conforto total com a situação de paternalismo judiciário exatamente porque a compreensão é a de que o direito se limita àquilo que os juízes podem legitimamente produzir a partir de critérios pretensamente racionais. A primeira alternativa reflete o pensamento do experimentalismo institucional. A segunda retrata o eixo de sustentação de uma das ideologias constitucionais hoje mais propagadas pela doutrina no Brasil, que é o neoconstitucionalismo⁴².

Com efeito, o neoconstitucionalismo aceita sem desconfortos a ideia de que, em momentos de crise do parlamento, basta que o juiz não se beneficie do “*distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar*”, e reconheça que efetivamente “*precisa operar em meio à fumaça e à espuma*” (Barroso, 2006, pp. 137-138). Nesse sentido, a distinção entre “*ativismo do bom e do ruim*”⁴³ depende meramente de se averiguar

⁴¹ No Brasil, esse entendimento remonta à reprodução irrefletida da seguinte lição de Robert Alexy: “*O princípio fundamental: ‘Todo poder estatal origina-se do povo’ exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirija contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados” (2007, p. 179).*

⁴² Conforme Daniel Sarmiento, “*a palavra ‘neoconstitucionalismo’ não é empregada no debate constitucional norteamericano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada Neoconstitucionalismo (s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003*” (2009, p. 113). Na mesma linha, entende Luís Roberto Barroso que “*o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento da força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração de diferentes categorias da nova interpretação constitucional*” (2006, p. 179). A proposta se resume, segundo Prieto Sanchís, a que o direito seja visto como algo composto por: “*mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção, onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores*” (2003, p. 117).

⁴³ Expressão utilizada por Eduardo Mendonça no artigo “*A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excesso*” (2010).

tecnicamente, no caso concreto, se o magistrado efetivamente seguiu a melhor linha racional – claramente metafísica – de argumentação com “*pretensão de universalidade*” (Barroso, 2006, p. 148).

É impossível não identificar nesse raciocínio a ambição de que o jurista exerça função de agente racionalizador retrospectivo de política congelada mediante a reconstrução dos conflitos ideológicos permanentes da sociedade sob a forma de princípios e políticas públicas descolados da realidade empírica. O intérprete jurídico, para o neoconstitucionalismo – que nada mais é do que a forma mais aceita atualmente de análise jurídica racionalizadora no Brasil –, representa o agente apto a ancorar por cima a análise jurídica a partir de abstrações contrafactuais pretensamente universais. Com isso, o operador do direito utiliza a voz da razão para permitir a reordenação da confusão política pelo direito, travestindo o aperfeiçoamento reconstrutivo ideologizado dos textos sob a forma de interpretação fiel⁴⁴. O único critério para a limitação dessa atividade é a contínua sofisticação de teorias argumentativas e a criação de novos conceitos técnicos vazios.

Em sentido diametralmente contrário, o experimentalismo institucional aplicado ao direito obriga que o conflito ideológico contínuo na sociedade seja reconhecido pela análise jurídica. Nesse caminho, ainda que seja assumidamente inevitável a discricionariedade do juiz decorrente da adoção do método analógico defendido pelo pragmatismo radical – assim como de qualquer outro método –, o foco é substancialmente modificado. Isso porque, especialmente no âmbito de teorias como o neoconstitucionalismo, a análise jurídica é circunscrita à estratégia superficial de enfrentamento do problema relacionado ao modo de assegurar as condições práticas do gozo efetivo de direitos, sem qualquer questionamento a respeito das estruturas institucionais. O segundo passo proposto pelo experimentalismo institucional não é dado. A teoria, nesse sentido, é utilizada para tornar o estranho natural e não o contrário.

Assim, o excesso de atenção da teoria constitucional contemporânea dominante na jurisdição constitucional faz com que o único foco doutrinário atual, no Brasil, seja a busca por fechamentos abstratos teóricos que revelem teorias transcendentais de justiça ou, no mínimo, a possibilidade de se “*alcançar um meio-termo entre racionalismo e historicismo*” (Unger, 2004a, p. 214). As consequências dessa linha de pensamento jurídico são devastadoras para o Brasil, haja vista que o limite das pretensões democráticas do país,

⁴⁴ Não se pretende dizer aqui que é factível cogitar-se de formas interpretativas que não confirmam alguma margem de liberdade ao intérprete. O problema é claramente o foco da análise jurídica que não pode ser limitado à análise do que pode ser legitimamente realizado dentro desse espectro.

segundo o neoconstitucionalismo desnudado, se consubstancia exatamente na imposição de condições de vida em sociedade por elites interpretativas ou filósofos profissionais a partir de forças ocultas que revelariam o único esquema racional ideal com pretensão de universalidade possível.

Em rumo drasticamente oposto, a origem pragmatista-radical do experimentalismo institucional aplicado à análise jurídica carrega consigo o reconhecimento da impossibilidade de (a) determinação da compreensão social a partir da representação individualizada e desinteressada dos fatos sociais; (b) distinção entre o método de organização das ideias e o conteúdo das ideias em si mesmas; e (c) existência de superespaços privativos dos juristas para elaboração de julgamentos puramente técnicos da realidade.

Dessa maneira, o experimentalismo institucional aplicado à análise jurídica incorpora os postulados de que a sociedade é artefato humano e tudo é política e obriga o jurista, dentro ou fora do contexto da discussão relacionada à interpretação de normas constitucionais, a pensar, ao mesmo tempo, de maneira contextual e criativa. Não é por outro motivo, portanto, que o jurista que segue o experimentalismo institucional dedica menos tempo à busca pela resposta à pergunta sobre como os juízes devem julgar, sendo mais conservador em relação àquilo que encontra, e se revela extremamente ambicioso em relação ao que a análise jurídica pode produzir fora desses limites.

Nesse sentido, diferentemente da perspectiva neoconstitucionalista que analisa decisões aditivas do Supremo Tribunal Federal como progressivamente positivas para a evolução racional da sociedade, a visão pragmatista-radical a respeito de decisões controversas como as proferidas na ADPF n. 123/ADI n. 4.277 (união homoafetiva), na ADPF n. 54 (aborto de fetos anencefálicos) e na ADPF n. 186/DF (cotas raciais para ingresso no ensino superior) é extremamente mais singela, quase banal⁴⁵. O critério sugerido para a tomada de decisões não é meramente técnico-argumentativo, mas primordialmente consequencial.

⁴⁵ O pensamento sugerido pelo experimentalismo institucional pode ser exemplificado conforme a seguinte análise de Rorty a respeito de decisões também inovadoras da Suprema Corte dos Estados Unidos: “*Nos termos utilizados por Radin, essa convicção pode ser reafirmada como a exigência de que uma mudança de paradigma se faz necessária para o rompimento da ‘coerência negativa’.* Essa mudança pode ser iniciada quando juízes visionários conspiram para evitar que o seu irmão Hercules, o ‘juiz pragmático complacente’ descrito por Radin, perpetue tais coerências. A torcida que nós igualitaristas engrossamos nesses avanços em direção ao romance – em tais exemplos de poesia da justiça – é, creio, o que justifica a afirmação de Posner de que embora ‘não fosse um bom voto’, a divergência de Holmes no caso *Lochner* foi ‘o melhor voto dos últimos cem anos’. Eu leio essa divergência como dizendo, em parte, ‘goste ou não, senhores, organizações sindicais também são parte de nosso País. Eu vejo Brown dizendo que, goste ou não, crianças negras também são crianças. Eu vejo *Roe* como dizendo, goste ou não, mulheres também podem tomar decisões difíceis, e uma futura reversão hipotética de *Bowers v. Hardwick* dizendo que, goste ou não, homossexuais também são adultos” (1989-1990, p. 1.818)..

A importância do reforjamento da análise jurídica racionalizadora sob a forma de instrumento de experimentalismo institucional ganha ainda mais relevância no Brasil quando se verifica, conforme será abordado de maneira mais detalhada na terceira parte da dissertação, que a situação político-institucional do país não é historicamente estável. Ao contrário, em pouco mais de cento e vinte anos de República, o Brasil possui seis diferentes Constituições, sendo que, apenas sob a égide da Constituição de 1988, setenta e uma emendas constitucionais foram realizadas e milhares de leis foram promulgadas. O Brasil é literalmente a “*Amendiana*”⁴⁶ descrita ironicamente por Sunstein na obra “*A Constitution of Many Minds*” (2009, p. 138). O problema, que ainda será apreciado com maior detalhamento no item 3.4 da dissertação, é que o Brasil atual tem excesso de política ordinária e ausência de política transformativa. Ainda assim, ao mesmo tempo em que essa situação seja retrato da ausência de arenas de dissenso na sociedade civil brasileira atual, conforme será defendido na parte final do trabalho, trata-se de problema não pode ser resolvido exclusivamente a partir da jurisdição constitucional brasileira.

Quando o jurista se conscientiza da necessidade de mudança do ponto de partida das teorias constitucionais, a proposta de diminuição do pensamento da análise jurídica a respeito do papel dos magistrados se torna menos assustadora. Isso porque o fato de não ser a jurisdição constitucional o motor para superação do problema da ausência de esfera pública política no Brasil não faz com que o direito se torne inútil nessa empreitada. Conforme reconhecido por Unger, a análise jurídica e a política econômica são “*as disciplinas irmãs da imaginação institucional*” (2004a, p. 223). Nesse sentido, o experimentalismo institucional aplicado à análise jurídica possui metas ambiciosas fora do âmbito limitado das medidas que podem ser legitimamente incorporadas à rotina dos juízes.

Ademais, a utilização da jurisdição constitucional com esperanças progressistas condicionadas apenas argumentativamente revela, além de (a) profundo equívoco em relação ao que representam as instituições humanas e (b) enorme desconforto com o processo democrático, (c) inequívoca ignorância em relação ao que efetivamente podem representar as Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. Conforme há muito destacou Robert Dahl (1957) e, mais recentemente, apontaram Tushnet (1999, pp. 134-153) e Waldron (1998,

⁴⁶ A “*Amediana*” é uma nação imaginária, utilizada apenas exemplificativamente por Sunstein na obra “*A Constitution of Many Minds*”, na qual “*a Constituição permite que maiorias populares rejeitem decisões judiciais ou façam emendas constitucionais sempre que quiserem*”. Nesse país imaginário, “*os juízes não precisam se preocupar muito com o clamor público na hora de decidir, uma vez que os riscos inerentes a uma decisão equivocada são menores. Se os juízes errarem, ou se o clamor público for muito forte, o mecanismo de correção está disponível*” (2009, p. 138).

pp. 282-132; 2006, pp. 1.395-1.400), é ingênuo imaginar que seja efetivamente possível que a jurisdição constitucional represente barreira intransponível contra a tirania da maioria. Decisões efetivamente contramajoritárias de Cortes Constitucionais na defesa de minorias tópicas são raríssimas e *Dred Scott v. Sandford*⁴⁷ talvez seja, ironicamente, o melhor exemplo nesse sentido. O fato de os juízes algumas vezes se apresentarem como os únicos agentes dispostos a enfrentar determinados assuntos não pode fazer com que se chegue à conclusão de que esse enfrentamento é natural e privativo deles. A raiz do problema está em outro lugar e não é possível alcançá-la quando se pensa exclusivamente na jurisdição constitucional.

Fica claro, assim, o sentido da afirmação de que pensar criticamente a jurisdição constitucional significa não pensar apenas na jurisdição constitucional. A proposta é modificar o ponto de partida das teorias constitucionais contemporâneas através da compreensão de que é possível diminuir a ambição dos juristas em relação ao que pode ser feito pelos juízes e aumentar essa expectativa em relação ao que existe no direito além da jurisdição constitucional.

⁴⁷ Julgamento da Suprema Corte Norte-Americana de 1857, que afirmou que indivíduos de ascendência africana, trazidos para os Estados Unidos e aprisionados na condição de escravos, assim como seus descendentes, não estavam protegidos pela Constituição e não poderiam ser emancipados. Nesse julgamento, a Suprema Corte consignou que o Congresso dos Estados Unidos não tinha autoridade para proibir a escravidão nos territórios federais e, além disso, que, como os escravos não possuíam cidadania, não deveriam ser apreciados os pedidos por eles formulados perante o Poder Judiciário.

2.3 - Pensar a jurisdição constitucional significa desentrançar-la por completo

O propósito do presente item da dissertação será explicar o que significa a afirmação de que pensar criticamente a jurisdição constitucional significa desentrançar-la por completo, para que o instituto adquira plasticidade imaginativa contextualizada.

Segundo a linha de tudo o que já foi dito a respeito do experimentalismo institucional, é quase intuitivo imaginar que a definição que Unger apresenta para o conjunto das instituições humanas não poderia ser diferente da seguinte:

“O que nós temos ao redor de nós não é um sistema fundado de acordo com um plano racional. Não é uma máquina construída de acordo com um projeto em relação ao qual tivemos acesso apenas por providência divina. É apenas um arranjo institucional e ideológico, uma parcial e temporária interrupção da disputa, um compromisso não apenas entre grupos de interesse mas também entre grupos de interesse e possibilidades coletivas, seguido de uma série de pequenas crises e ajustes menores, e repleto de contradições escondidas e oportunidades transformadoras” (2004a, p. 19-20).

Assim, soa natural a conclusão de que pensar a jurisdição constitucional segundo a perspectiva do experimentalismo institucional significa, obrigatoriamente, reconhecer que a própria existência de “*tribunais constitucionais não é autoevidente*” (Habermas, 2003a, p. 298)⁴⁸.

As consequências desse ponto de partida não são irrelevantes mesmo para quem não pretende, como é o caso da presente dissertação, questionar a existência da jurisdição constitucional no Brasil. Compreender que o instituto do *judicial review* nada mais é do que um “*grande experimento*” (Tushnet, 1999, p. 154) representa, ao mesmo tempo:

- (a) não idealizar que discussões como as travadas entre Hans Kelsen (2007) e Carl Schmitt (2007) em relação ao melhor guardião para a Constituição na República de Weimar são atemporais e que a vitória, ainda que tardia, de Kelsen sobre Schmitt representa o triunfo transcendental da jurisdição constitucional;
- (b) não imaginar, como Carlos Santiago Nino (1996, pp. 189-196), que a formulação de críticas consistentes aos sistemas atuais de controle de constitucionalidade depende, para ganhar respeitabilidade, de demonstrações

⁴⁸ Conforme já explicitado na nota de rodapé n. 36 do trabalho, é necessário reiterar que a associação de trechos da obra de Habermas com as ideias trazidas pelo experimentalismo institucional não é realizada com o escopo de defender que o referido autor se enquadra na categoria dos defensores do pragmatismo filosófico ou jurídico.

científicas de erros nas estratégias empreendidas por John Marshall, no julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison*⁴⁹, ou por Kelsen, no desenvolvimento do modelo europeu de controle de constitucionalidade;

- (c) compreender que a crítica a determinado modelo de controle de constitucionalidade somente pode ser realizada de maneira contextualizada e imaginativa, uma vez que, conforme reconhecido por Waldron (1999, p. 287, 281, 290-291, 296 e 306), é impossível discernir em abstrato a respeito de quem possui as melhores capacidades morais para realizar o aferição da compatibilidade entre normas editadas pelo legislador e o texto constitucional; e, principalmente,
- (d) perceber, como somente na segunda fase da sua obra entendeu Waldron (2006, p. 1.353), que não é possível construir linha argumentativa incondicional contrária ou favorável ao controle de constitucionalidade.

Além de Habermas e Unger, não são incomuns os doutrinadores que efetivamente reconhecem, ainda que de maneira indireta – como é o caso do próprio Unger⁵⁰, uma vez que, para o autor, há pontos mais importantes para serem debatidos dentro da análise jurídica do que a jurisdição constitucional –, que o instituto do *judicial review* não é decorrência lógica de toda e qualquer democracia. Christopher Zurn⁵¹ e Dieter Grimm⁵² já se posicionaram nesse sentido.

Paradoxalmente, contudo, a principal contribuição recente para essa percepção condicional do controle de constitucionalidade veio com o argumento apresentado na fase mais recente da obra de Waldron, no sentido de que a sua crítica à essência do “*judicial review não é incondicional e depende da presença de certas características institucionais e políticas presentes nas democracias liberais modernas*” (2006, p. 1.353). Embora não assumisse expressamente, o autor modifica o seu posicionamento anterior ao formular essa tese no artigo

⁴⁹ Nesse sentido, aliás, convém destacar que a própria concepção de que *Marbury v. Madison* representaria a origem do *judicial review* é equivocada. Conforme afirmam Tushnet e Suzanna Sherry, nas décadas anteriores à decisão capitaneada por John Marshall, as Cortes Estaduais já praticavam o *judicial review* nos Estados Unidos (2005, p. 01; 2005, pp. 47-58).

⁵⁰ Nesse sentido, para Unger, em análise que se amolda perfeitamente ao instituto do *judicial review*, “*ser juiz é um papel conformado institucionalmente, e não uma atividade social com um núcleo permanente e com limites constantes. É um papel cujos contornos variam de uma sociedade e de uma época para outra*” (2004a, p. 138).

⁵¹ Em relação ao *judicial review*, Zurn critica o que denomina de patologia do “*pinglossianismo institucional*”, que seria um otimismo ilusório de que “*as instituições e práticas estabelecidas no sistema político dos Estados Unidos deveriam ser aceitas como fatos sociais inalteráveis*” (2007, p. 09).

⁵² Segundo Grimm, “*a jurisdição constitucional não é nem incompatível nem indispensável à democracia. (...) [Há] suficientes provas históricas de que um estado democrático pode dispensar o controle de constitucionalidade. (...) Ninguém duvidaria do caráter democrático de Estados como o Reino Unido e a Holanda, que não adotam o controle de constitucionalidade*” (2006, p. 09).

“*The Core of the Case Against Judicial Review*”. Diferentemente do que defendeu de maneira absoluta no livro “*Law and Disagreement*”, reconhece que os seus argumentos contrários ao *judicial review* dependem de uma série de requisitos que pode ou não estar presente em determinada sociedade (2006, p. 1.346). Ao fazer essa afirmação, Waldron se aproxima um pouco do posicionamento habermasiano – embora as premissas teóricas de ambos os autores sejam bastante distintas⁵³ – no sentido de que a existência do instituto *judicial review* não é decorrência natural da democracia e necessita de “*fundamentação complexa*” baseada em dados de cada realidade social (Habermas, 2003a, pp. 298-301). Sem querer, ou ao menos sem assumir expressamente, Waldron comprova no artigo “*The Core of the Case Against Judicial Review*” que a existência de Cortes Constitucionais não pode ser justificada e nem questionada apenas com base em princípios morais ou concepções metafísicas com pretensão de universalidade.

Isso fica claro quando, de maneira claramente equivocada, Waldron procura estabelecer de maneira apriorística quais seriam as condições para que a sua tese contrária ao controle de constitucionalidade se tornasse verdadeira. O autor apresenta requisitos que claramente são utópicos em relação ao que se percebe, ainda que superficialmente, nas democracias contemporâneas⁵⁴.

Waldron erra ao pretender antecipar, de maneira pretensamente transcendental, quais seriam as condições segundo as quais o instituto do *judicial review* não seria necessário. Na prática, assim, o que autor faz é tornar absoluta a sua tese condicional, afastando dela justamente a sua maior virtude. Além disso, de maneira ainda pior, acaba dando ensejo a argumentos também equivocados, mas que fazem sentido segundo a sua tese condicional de exceções absolutas, no sentido de que, justamente por serem os requisitos claramente

⁵³ Waldron, vale dizer, é forte crítico de Habermas, especialmente por entender que a persistência de forte desacordo moral nas sociedades contemporâneas faz com que não seja possível, ainda que de maneira contrafactual, se falar em pretensão de consenso (1999, pp. 91-93). Nesse sentido, aliás, a crítica de Waldron é semelhante à proposta de releitura da teoria do discurso proposta por Marcelo Neves na obra “*Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*”. Marcelo Neves afirma, de maneira semelhante a Waldron, que “*Habermas sobrecarrega, com sua pretensão consensualista, o mundo da vida enquanto horizonte dos agentes comunicativos ou da construção da intersubjetividade*”. De maneira propositiva, Marcelo Neves prega a releitura do paradigma habermasiano, à luz da teoria de Niklas Luhmann, argumentando que “*a hipercomplexidade da sociedade moderna, com uma diversidade incontrolável e contraditória de valores e interesses, torna praticamente impossível uma reconstrução racional do mundo da vida a partir da ação comunicativa em sentido estrito*” (2009, pp. 125-127).

⁵⁴ Ao elencar quatro requisitos, Waldron expressamente fala em sociedade imaginária. Os requisitos são: “(1) a presença de instituições democráticas em razoável funcionamento, incluindo um legislativo representativo que tenha sido eleito em sufrágio adulto universal; (2) um conjunto de instituições judiciais, também com funcionamento razoável, instituídas conforme critério não representativo para receber demandas individuais, resolver disputas e garantir o estado de direito; (3) o comprometimento da maioria dos membros da sociedade e dos representantes da sociedade com a ideia de direitos individuais e de defesa das minorias; e (4) a existência de desacordo persistente, substancial e de boa-fé sobre direitos (por exemplo, sobre o que o comprometimento com determinado direito realmente significa e quais são as suas implicações) entre os membros de uma sociedade que efetivamente estejam comprometidos com a ideia de direitos” (2006, p. 1.360).

utópicos, a obrigatoriedade da existência do *judicial review* em todas as democracias contemporâneas estaria racionalmente evidenciada⁵⁵.

A melhor resposta que poderia ser dada, segundo a perspectiva assumida por Waldron com a sua tese condicional de exceções absolutas, é apenas timidamente ensaiada na seguinte afirmação:

“o que acontece com a tese contra o judicial review quando essas condições não estão presentes? Nos casos em que as condições falharem, a tese contra o judicial review apresentada no presente ensaio falhará. Contudo, disso não podemos concluir que o judicial review é defensável sempre que essas condições falharem. Podem existir outros argumentos bons contra o judicial review que não são condicionados a condições semelhantes às minhas. Ou, então, pode ser que o judicial review não ofereça esperança para melhorar a situação.” (2006, p. 1.402).

Waldron contidamente admite, assim, que depositar na jurisdição constitucional as expectativas de enfrentamento dos problemas que levam à descaracterização das suas pré-condições pode não ser frutífero. Segundo essa perspectiva, se o propósito do controle de constitucionalidade fosse trazer determinada sociedade para dentro do espectro do cumprimento de tais pré-requisitos necessários ao bom funcionamento da democracia, realmente não existiria esperança e, em abstrato, o argumento contrário ao *judicial review* triunfaria.

A resposta mais adequada para esse questionamento, contudo, reside na percepção de que, ainda que (a) não se possa depositar nas Cortes Constitucionais as rédeas de condução de qualquer processo democrático, e (b) seja necessário que a análise jurídica não pense apenas na jurisdição constitucional, pode haver utilidade em termos de diminuição de crueldade ou de desbloqueio de canais de aceleração política a utilização politicamente criativa do controle de constitucionalidade de normas pelo Poder Judiciário. É isso o que Unger almeja dizer

⁵⁵ Waldron até tenta rebater esse argumento, ao afirmar que: “*Em síntese, apoiadores da prática dirão que o judicial review é necessário no mundo real e não no mundo ideal definido pelas minhas condições. Diversas coisas precisam ser ditas em relação a essa objeção (...). Primeiro, as condições em relação aos quais eu estou raciocinando não são irrealis. A terceira condição, por exemplo, - um comprometimento geral em relação ao respeito de direitos em determinada sociedade - é perfeitamente realizável, uma vez que o judicial review via de regra assume que, de alguma maneira, a sociedade para a qual o judicial review é previsto possui uma Carta de Direitos que possui alguma relação com a visão dos cidadãos. A primeira condição era relacionada às estruturas legislativas e eleitorais estarem em razoável boa forma, levando em consideração que até em nome da igualdade política nós não podemos demandar perfeição no funcionamento. Além disso, (...) quando eu falei a respeito da legitimação do legislativo e das Cortes Constitucionais, eu enfatizei que não era necessário que houvesse perfeita resposta às demandas individuais por voz e participação. A tese relacionada à supremacia do legislativo não depende de nenhuma condição utópica de funcionamento das instituições legislativas, assim como também não depende da incorporação, pelo Poder Legislativo, do princípio da igualdade política nos seus aspectos eleitorais e procedimentais. O que eu quis dizer foi que essas instituições devem ser explicitamente orientadas segundo esse princípio, organizadas de modo a satisfazer as suas exigências e razoavelmente empenhadas em trabalhar nesse sentido*” (2006, p. 1.402)

quando afirma que “*os juízes podem muitas vezes ser os melhores agentes disponíveis*” ou “*os únicos agentes dispostos*”, sendo certo que é “*melhor um agente pouco apropriado (...) do que absolutamente nenhum*” (2004a, p. 147).

Habermas também se manifesta de maneira semelhante quando, mesmo reconhecendo que não se pode qualificar em abstrato o ativismo judicial, assevera que o controle abstrato de normas deveria ser primariamente voltado a preservar a gênese democrática das leis. Para Habermas, o ativismo judicial seria até desejável, sempre que estivesse em disputa a abertura de canais de comunicação entre as instituições e a esfera pública política (2003a, pp. 327-328). Haveria espaço, assim, segundo o autor, para verdadeira jurisprudência ofensiva por parte das Cortes Constitucionais nessas situações específicas.

Nesse sentido, a principal contribuição de Waldron para o pensamento crítico sobre a jurisdição constitucional é a percepção de que não é possível estabelecer uma tese contrária ao instituto do *judicial review* com base em argumentos pretensamente universais e transcendentais. Ainda que seja necessário descartar as exceções absolutas apresentadas por Waldron à sua tese condicional, e o próprio autor acaba fazendo isso ao afirmar que “*podem existir outros argumentos bons contra o judicial review que não são condicionados a condições semelhantes às minhas*”, é impossível evadir-se à conclusão de que essa percepção serve muito bem aos propósitos do experimentalismo institucional. Isso porque, a partir da perspectiva trazida por Waldron, a discussão a respeito da jurisdição constitucional, que nada mais é do que mais um experimento humano historicamente contingente, deixa de ser transcendental e passa a ser real. Com isso, o critério de decisão a respeito da manutenção ou não do experimento deixa de ser a concordância com um plano racional literalmente messiânico e passa a ser a utilidade efetiva do instituto para determinada sociedade. Especificamente em relação ao Brasil atual, conforme ficará claro na terceira parte do trabalho, é difícil questionar essa utilidade.

A esse respeito, aliás, é necessário lembrar que dois parâmetros são apresentados pelo experimentalismo institucional para a tomada de decisões expansivas no âmbito da jurisdição constitucional, quais sejam: (a) a ocupação de espaços políticos vazios com vistas à diminuição episódica de crueldade, a qual não deve ser lida em termos metafísicos, mas em sentido de respeito à acumulação de experiência⁵⁶; (b) o desbloqueio episódico de canais de

⁵⁶ É fácil imaginar que a apresentação de critérios como a busca pela diminuição de crueldade pode trazer a metafísica para dentro do experimentalismo institucional. Não é essa a ideia, uma vez que a crueldade é conformada pela experiência e o que se espera da jurisdição constitucional não é muito. Para melhor compreensão acerca do argumento, vale conferir já mencionado raciocínio empreendido por Rorty em relação à possibilidade de aferição da existência de progresso moral

comunicação que permitam a aceleração democrática. Nada impede que outros parâmetros sejam imaginados. O diferencial, segundo a perspectiva do experimentalismo institucional, é não buscar o aumento de racionalidade. A procura é pelo aumento de utilidade da jurisdição constitucional com vistas à aceleração das democracias e à diminuição do sofrimento humano mediante, por exemplo, o incremento das possibilidades de realização prática dos direitos fundamentais.

Conforme já mencionado, o desentrincheamento da jurisdição constitucional, segundo a perspectiva abordada, obrigatoriamente faz com que o instituto ganhe plasticidade imaginativa contextualizada. Essa afirmação deve ser compreendida no sentido de que reconhecer o caráter condicional da jurisdição constitucional representa submetê-la a constantes exercícios imaginativos de experimentalismo destinados ao enfrentamento de problemas reais. São extremamente positivos, nesse sentido, os exercícios de cosmopolitismo constitucional feitos por Tushnet⁵⁷ para tentar imaginar solução de enfrentamento do problema da judicialização de políticas públicas relacionadas a direitos sociais a partir de formas alternativas de *judicial review* que estimulem o diálogo institucional.

Atribuir plasticidade imaginativa contextualizada à jurisdição constitucional significa, também, deixar de veicular crítica à atuação das Cortes Constitucionais fundamentada apenas em argumentos pretensamente racionais contrários a uma forma de controle de constitucionalidade e favoráveis a outra⁵⁸. Primeiramente, porque é bastante comum na doutrina constitucional contemporânea o reconhecimento da obsolescência da diferenciação teórica entre os modelos abstrato e concreto ou incidental e concentrado de jurisdição constitucional⁵⁹. Ademais, as críticas direcionadas a determinada forma de controle de

segundo perspectiva pragmatista (2007b). Além disso, é importante notar que, a rigor, somente será possível mensurar se determinada decisão judicial foi relevante para diminuição de crueldade muito tempo depois do momento em que a decisão é efetivamente tomada. Não é factível admitir que o magistrado tenha condições de saber, no momento da formatação da sua decisão, qual é o melhor caminho para a evolução moral de determinada sociedade. Dessa maneira, o que é defendido no presente trabalho é que, ciente dessa limitação e dos riscos decorrentes da adoção da via racionalizadora defendida pelo neoconstitucionalismo, o magistrado tome a sua decisão de maneira mais sincera, explicitando a sua opção moral e fundamentando-a a partir de elementos reais.

⁵⁷ Diferentemente do que propuseram Waldron (1998) e Sunstein (2009), o cosmopolitismo constitucional empregado por Tushnet nessa obra possui clara inspiração *ungeriana* e surge como mecanismo de identificação de falsas necessidades institucionais e de atribuição de plasticidade ao controle de constitucionalidade (2008, pp. 03-17).

⁵⁸ Análise dessa natureza é feita por Menelick de Carvalho Netto, para quem o controle abstrato de constitucionalidade representa a quebra de “*tradição muitíssimo mais antiga e também melhor em termos de experiência e de vivência constitucional do que a alemã, extremamente mais sofisticada e muito mais efetiva como garantia da ideia de liberdade e de igualdade concretas*” (Carvalho Netto, 2003, p. 163).

⁵⁹ Especificamente em relação ao que chamam de completa “*mistura entre controles abstrato e concreto de constitucionalidade*” nos Estados Unidos, Alec Stone Sweet e Martin Shapiro chegam ao ponto de afirmar que, “*enquanto os juízes souberem que a solução de um caso concreto inevitavelmente influenciará na solução de inúmeros casos futuros, eles irão considerar essas consequências ao tomar a sua decisão. Como todo arquiteto sabe, o concreto e o abstrato são inseparáveis*” (2006, p. 375). No mesmo sentido, essa junção entre os exames concreto e abstrato que decorre diretamente do mecanismo do *stare decisis* é assim examinada de maneira reveladora por Frederick Schauer: “*um argumento em favor do*

constitucionalidade de normas pelo Poder Judiciário também devem se pautar em critérios de utilidade segundo a experiência de determinada sociedade. Assim como em relação à própria existência de Cortes Constitucionais, não faz sentido algum pretender discutir racionalmente qual seria o melhor modelo teórico de controle de constitucionalidade. É necessário, com efeito, que se debata a possibilidade de realização contínua de ajustes nas formas de *judicial review*, de modo a que se possa garantir, com maior plenitude, o gozo dos direitos humanos. São igualmente equivocadas, dessa maneira, tanto a análise jurídica interrompida no primeiro passo, como a discussão institucional efetivada em abstrato com pretensões universalistas.

Encerrada a análise das conseqüências para a discussão sobre a legitimidade do *judicial review* decorrentes da compreensão de que pensar a jurisdição constitucional significa desentrincheirá-la por completo, em busca de plasticidade imaginativa contextualizada, é necessário explicitar o significado do experimentalismo institucional para o debate sobre as estratégias políticas de atuação das Cortes Constitucionais e os seus critérios de julgamento. O item subsequente da dissertação tratará dessa questão.

precedente geralmente gira em torno da visão retrospectiva. A perspectiva tradicional do precedente (...) tem geralmente sido direcionada na utilização dos precedentes de ontem nas decisões de hoje. Contudo, uma visão igualmente ou talvez até mais importante do precedente possui uma visão prospectiva também, chamando a nossa atenção para ver a decisão de hoje como um precedente para as decisões que serão tomadas amanhã. Hoje não é apenas o dia posterior a ontem, mas também o dia anterior a amanhã” (1986-1987, pp. 572-573). Francisco Fernández Segado, indo mais além ao examinar as versões europeias atuais do modelo de origem kelseniana, prega a “*obsolescência da bipolaridade tradicional (modelo americano – modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de jurisdição constitucional*” (2003, p. 55).

2.4 - Há padrões gerais de conduta para as Cortes Constitucionais?

No exercício do *judicial review*, a teoria constitucional comumente atribui as seguintes funções principais às Cortes Constitucionais: proteção dos direitos fundamentais, realização de *accountability* horizontal dos demais poderes e garantia de pactos federativos⁶⁰. A respeito desses três papéis, é rotineiro encontrar na doutrina propostas de regras gerais de conduta para o exercício do controle de constitucionalidade de normas, tais como:

- (a) Habermas: *“Os tribunais constitucionais preenchem normalmente várias funções ao mesmo tempo. E, mesmo que as suas diferentes competências convirjam na tarefa de decidir autoritariamente questões de interpretação da constituição e, desta maneira, de proteger a coerência da ordem jurídica, o enfeixamento destas competências no quadro de uma instituição, sob pontos de vista de uma teoria constitucional, não é puramente e simplesmente cogente. Se tomarmos como exemplo o Tribunal Federal Constitucional, poderemos distinguir três esferas de competência: as disputas entre órgãos (inclusive as controvérsias entre a União e os Estados), o controle de constitucionalidade das normas jurídicas (nosso interesse está dirigido especialmente às leis) e os recursos constitucionais. A competência para recursos constitucionais e para o controle concreto de normas (portanto para casos nos quais os tribunais inferiores interrompem um processo a fim de consultar sobre a constitucionalidade de uma norma a ser aplicada, levando em conta o caso concreto) é problemática, ao menos sob o ponto de vista da divisão de poderes. (...) o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador”* (2003a, pp. 299-301).
- (b) Sunstein: *“Uma Corte minimalista decide o caso que foi posto perante ela, mas deixa muitas coisas não decididas. A Corte não ignora a existência de razoável dissenso em uma sociedade heterogênea. A Corte sabe que há muito conhecimento que ela não possui e a Corte é extremamente ciente das suas próprias limitações. Ela procura decidir casos de maneira mais estreita e evita definir regras claras e soluções definitivas”* (2001, p. ix).
- (c) Martin Shapiro: *“Se as Cortes Constitucionais de democracias em evolução começarem as suas atividades dando mais ênfase a uma jurisprudência tímida*

⁶⁰ Por todos, Roberto Gargarella (2004).

– uma jurisprudência as coloque a serviço do governo –, elas então poderão esperar por taxas maiores de sucesso na criação de accountability horizontal e na proteção dos direitos fundamentais, enquanto estabelece sólidas fundações para construir uma jurisprudência de confronto mais tarde” (2004, p. 24).

- (d) Ely: “Numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto. O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se negue explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria (...) a [minha] teoria geral restringe o controle de constitucionalidade (sob os dispositivos de interpretação aberta da Constituição) na medida em que insiste que esse controle só pode tratar de questões de participação, e não do mérito substantivo das decisões políticas impugnadas” (2010, pp. 137 e 243).

Especificamente em relação a cada uma das propostas exemplificativas acima apresentadas, não é necessário o exame mais acurado da realidade fática de qualquer Corte Constitucional para se perceber que:

- (a) a ideia habermasiana de que a fundamentação complexa está presente com maior intensidade apenas do controle de constitucionalidade de normas realizado em questões que envolvem direitos fundamentais não é factível. Os riscos de afronta à separação de poderes ou de enfraquecimento de garantias individuais são inerentes a todas as demais funções exercidas pelas Cortes Constitucionais, as quais também demandam complexas fundamentações. A crítica de Waldron, a partir do exemplo da virada federalista conduzida com maestria pela Corte Rehnquist nos Estados Unidos, é irretocável:

“muitos dos desafios que são colocados ao modo de controle de constitucionalidade orientado por direitos fundamentais também podem ser impostos às demais formas de controle de constitucionalidade. Recentemente, por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos derrubou diversos estatutos por entender que eles conflitavam com a visão da Suprema Corte sobre federalismo. Embora, no que diz respeito à relação entre Estado e União, todos concordem que o país deva ser governado de maneira diferente daquela que era praticada no final do

século XVIII, quando o texto constitucional foi modificado pela última vez nesse aspecto, as opiniões diferem sobre qual deveria ser o critério para a relação entre Estado e Federação” (2006, p. 1.358).

- (b) conquanto seja bastante interessante, a proposta de minimalismo racional das Cortes Constitucionais em questões ética ou tecnicamente complexas, apresentada por Sunstein na obra “*One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*”, também não resiste a generalizações. Aliás, ainda no primeiro momento em que desenvolveu o seu pensamento sobre o assunto, o próprio Sunstein já reconheceu isso (2001, pp. 46-57 e 212-213). Ademais, a crítica de Dworkin, pautada na negativa experiência decorrente da tímida postura adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Hamdi v. Rumsfeld*⁶¹, é mais do que suficiente para evidenciar que posturas minimalistas podem não ser as mais adequadas em todas as situações eticamente complexas:

“A decisão da Juíza Sandra O’Connor em 2004, no caso Hamdi v. Rumsfeld, cuidadosamente limitou a garantia de direitos constitucionais aos presos norte-americanos. Muitas manobras legislativas sem sentido e muito sofrimento injusto poderia ter sido evitado se a Corte tivesse antecipado a decisão que apenas tomou quatro anos mais tarde no caso Boumediene, quando disse que os presos estrangeiros de Guantánamo também possuíam direitos fundamentais” (2009, p. 06).

- (c) a proposta de Shapiro de que Cortes Constitucionais ajam de maneira inicialmente tímida em democracias recentes aparenta ter sido seguida de maneira estrita no Chile (Couso, 2004). Contudo, há relevantes experiências diametralmente opostas em outras democracias jovens que são talvez até mais exitosas do que a chilena. São os casos da Colômbia, com a revisão jurisdicional dos fatos que davam origem aos constantes decretos presidenciais de estado de sítio, e da África do Sul, na garantia de melhores políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais que demandam prestações estatais positivas (Uprimny, 2004; Roux, 2004).
- (d) a teoria procedimental mista de Ely também é claramente insuficiente. Habermas aponta com precisão que os próprios princípios procedimentais

⁶¹ Julgamento do ano de 2004 em que a Suprema Corte Norte-Americana reverteu a negativa de conhecimento de *habeas corpus* impetrado em favor de Yaser Esam Hamdi, cidadão norte-americano detido indefinidamente em Guantánamo na qualidade de “*combatente inimigo*”. A Suprema Corte, em decisão claramente minimalista, admitiu o poder do Governo dos Estados Unidos de deter indefinidamente os chamados “*combatentes inimigos*”, mas permitiu que os presos norte-americanos questionassem a sua classificação como “*combatente inimigo*” perante o Poder Judiciário.

escolhidos por Ely possuem caráter normativo e precisam ser “*completados a partir de uma teoria substancial de direitos*” (2003, p. 329).

Com essas observações, evidentemente que não se pretende advogar em favor da mencionada tese de Posner de que teorias constitucionais, especialmente aquelas direcionadas ao controle de constitucionalidade, são indesejáveis. O experimentalismo institucional, como já aludido na primeira parte da dissertação, se posiciona concomitantemente de maneira favorável e contrária à teorização. O que deve ser evitado, nesse sentido, é formular generalizações teóricas que façam o arranjo contingente da jurisdição constitucional soar natural. Assim como não será a teoria pela teoria que definirá se é adequada ou não a prática da jurisdição constitucional em determinada sociedade, não será a sofisticação abstrata de critérios e métodos de conduta que solucionará de maneira definitiva o confronto naturalmente inerente à coexistência do constitucionalismo com a democracia.

Nesse sentido, a conclusão de que pensar a jurisdição constitucional significa desentrincheirá-la por completo, em busca de plasticidade imaginativa contextualizada, também se aplica plenamente à discussão sobre: (a) como devem se portar politicamente as Cortes Constitucionais⁶²; e (b) quais métodos de interpretação de normas devem ser adotados na solução das controvérsias constitucionais.

Não é possível, conseqüentemente, realizar recomendação genérica de boa conduta aplicável a toda e qualquer sociedade que adote o instituto do *judicial review*. São incompletas, justamente por pretenderem resolver o problema de maneira racional e universal, as sugestões no sentido de que as Cortes Constitucionais devem sempre agir de maneira minimalista em casos ética ou tecnicamente complexos ou, então, de que em democracias recentes não há espaço para o exercício rotineiro de funções contramajoritárias no âmbito da jurisdição constitucional. Não é possível diagnosticar em abstrato as origens de eventual ilegitimidade de determinado modelo de exercício de jurisdição constitucional e prognosticar soluções sem examinar detidamente os contextos histórico, social e político que o permeiam.

Não é por outra razão, aliás, que é possível dizer que os modelos contemporâneos de controle de constitucionalidade representam, no conflito indissolúvel entre democracia e constitucionalismo, as principais vítimas do fenômeno da convergência atacado pelo experimentalismo institucional. A doutrina constitucional dominante efetivamente acredita,

⁶² É pressuposto dessa afirmação que Cortes Constitucionais, conforme já alertado por Dahl há mais de cinquenta anos, são efetivamente instituições políticas (1957).

em sua maioria⁶³, que foi possível alcançar, por tentativa e erro, o modelo ideal de controle de constitucionalidade que hoje deve ser aplicado indistintamente a qualquer sociedade, independentemente de cada contexto. A partir disso, com a exceção de raros autores como Waldron (1999 e 2006) e Tushnet (1999 e 2003), o *judicial review* se tornou refém do fetichismo institucional, ou, pior, do subjetivismo inerente a fórmulas prontas que não levam em consideração a realidade social que condiciona qualquer instituição jurídica.

Nesse sentido, com relação à postura política que deve ser adotada pelas Cortes Constitucionais, é ingênuo propor, como fez Shapiro, que o exemplo da Suprema Corte dos Estados Unidos permitiria a extração da conclusão transcendental de que, em democracias recentes, a única conduta racional adequada a ser inicialmente tomada no exercício da jurisdição constitucional seria a autocontenção. É até razoável o argumento apresentado pelo autor para fundamentar a sua proposta, no sentido de que o exame da história norte-americana revela que “a Suprema Corte se tornou ativista na defesa dos direitos das minorias apenas após processo histórico extremamente longo de desenvolvimento da sua própria legitimidade através da proteção dos direitos dos detentores do poder” (2004, p. 13). Ainda assim, mesmo sem abordar a falha no argumento de Shapiro decorrente da absoluta ausência de enfrentamento do problema consistente no significado do caso *Dred Scott v. Sandford* para o pensamento crítico a respeito do sentido democrático da Suprema Corte Norte-Americana na qualidade de instituição política, é perfeitamente possível imaginar que o oposto da sua proposta pode muitas vezes ser mais recomendado.

De fato, é difícil imaginar espaço para criticar a postura literalmente ativista adotada pela Corte Constitucional da África do Sul como instituição legitimadora do projeto pós-apartheid de transformação social do país. Os conhecidos casos *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*⁶⁴ e *Premier, Mpumalanga v. Executive Comittee, Association of State-aided Schools, Eastern Transvaal*⁶⁵ são exemplos reais de que, na África do Sul, a postura política inicialmente ofensiva da Corte Constitucional gerou resultados positivos em termos de redução de crueldade e de garantia mais efetiva de direitos humanos. Aliás, foi justamente em função do sucesso das decisões inicialmente tomadas pela Corte Constitucional Sul-Africana que Sunstein louvou os resultados obtidos através da jurisdição constitucional

⁶³ No Brasil, os adeptos do neoconstitucionalismo são os principais defensores dessa ideia.

⁶⁴ Primeiro caso relevante em que a Corte Constitucional da África do Sul precisou se posicionar a respeito da efetividade de direitos sociais de natureza prestacional previstos no texto constitucional do país, invocados por comunidade de indivíduos sem moradia para questionar a recusa do Estado em fornecê-los abrigo temporário.

⁶⁵ Julgamento em que a Corte Constitucional da África do Sul apreciou, segundo assumido (e, de certa maneira, questionável) critério de justiça em matéria de implementação de direitos sociais, constitucionalidade de política pública estatal que cancelava bolsas de estudo em escolas públicas segundo critérios alegadamente racistas.

no país (2004, pp. 209-229) e recomendou que o exemplo sul-africano fosse examinado de perto por outras democracias jovens (2009, pp. 187-209).

Na mesma linha, não é empiricamente aceitável a argumentação desenvolvida por Habermas no sentido de que a competência das Cortes Constitucionais para realizar o controle abstrato de constitucionalidade de normas jurídicas afeta mais a separação de poderes e a democracia do que a resolução de conflitos federativos normativos.

O mencionado exemplo da virada federalista realizada pela Corte Rehnquist, iniciada a partir de 1986 nos Estados Unidos, é mais do que suficiente para mostrar que é possível haver afetação à democracia (não necessariamente de maneira ilegítima) a partir de outras competências das Cortes Constitucionais além do controle abstrato de constitucionalidade de normas. Como é sabido, inicialmente, mesmo contra as expectativas de grande parte dos teóricos constitucionais norte-americanos, a essência das principais e mais polêmicas decisões das Cortes Warren e Burger, como *Roe v. Wade*, foi mantida pela nova composição da Suprema Corte. Consoante reconhecido por Martin Belsky, a modificação mais radical realizada pela Corte Rehnquist em relação às concepções das duas Cortes anteriores ocorreu exclusivamente no campo do federalismo, com a reversão de pilares relevantes do *New Deal* e da chamada Segunda Carta de Direitos dos Estados Unidos (2002, p. 05). Abriu-se espaço, com segurança, para nova (e mais restrita) compreensão dos direitos civis a partir da criação de nova interpretação para a regra constitucional que disciplinava os poderes legislativos dos Estados e da União. As principais decisões nesse sentido foram *United States v. Lopez*⁶⁶ e *United States v. Morrison*⁶⁷. A mutação conteudística do texto constitucional norte-americano ocorreu por intermédio de competência da Suprema Corte que não envolvia, ao menos segundo a concepção *habermasiana*⁶⁸, possibilidade de afronta à separação de poderes e à democracia.

Aliás, é importante destacar que a virada federalista da Corte Rehnquist não representa, no âmbito da jurisdição constitucional, experiência isolada de afetação da democracia por intermédio de competência tida como pouco intrusiva por Habermas. Nesse sentido, é mais do que conhecido o fato de que, no Brasil, a representação interventiva

⁶⁶ Julgamento em que a Suprema Corte Norte-Americana, por maioria simples, julgou inconstitucional legislação federal que estabelecia a proibição do porte de armas de fogo nas áreas próximas às escolas, segundo nova e estrita interpretação da regra que estabelecia a competência legislativa do Congresso.

⁶⁷ Caso em que a Suprema Corte Norte-Americana, pela mesma maioria simples do caso anterior, julgou inconstitucional, por abuso no exercício da competência legislativa do Congresso, legislação que permitia que mulheres submetidas a violência sexual pudessem ajuizar ações de indenização contra os Estados que falhassem na apuração do crime.

⁶⁸ Foi visto no item anterior da dissertação que a linha de separação entre as modalidades de controle abstrato e de controle concreto de constitucionalidade são bem mais tênues do que Habermas reconhece.

significou o embrião do controle abstrato de constitucionalidade de normas a partir da previsão do §2º do artigo 12 da Constituição Federal de 1934. Desde o início da experiência de resolução de conflitos federativos normativos a partir de representações diretas ao Supremo Tribunal Federal questões extremamente relevantes relacionadas à natureza da democracia brasileira foram apreciadas. O caso de maior impacto, segundo esse critério, foi o julgamento da Representação Interventiva n. 94/RS, ocasião em que foi debatida a constitucionalidade da implantação do regime parlamentarista no Estado do Rio Grande do Sul⁶⁹.

Fica claro, por consequência, que o mesmo argumento apresentado por Habermas em relação ao ativismo de determinada Corte Constitucional, que é a impossibilidade de qualificação da postura em abstrato a partir de critérios apriorísticos, também se aplica claramente à natureza das competências exercidas pelo mesmo órgão. Compreender que a jurisdição constitucional deve ser desentrincheirada por completo também significa, por conseguinte, não pretender estabelecer, de maneira transcendental, o melhor método de controle de constitucionalidade para todas as democracias. Novamente, como enfatizado ao final do tópico anterior, as críticas direcionadas a determinada forma de atuação das Cortes Constitucionais devem se pautar em critérios de utilidade segundo a experiência de determinada sociedade. É necessário que se compreenda, portanto, que (a) a jurisdição constitucional desentrincheirada ganha plasticidade imaginativa; e (b) cada experimentalismo que vier a gerar modelo alternativo de *judicial review* precisa ser preenchido a partir de uma relação antitética com o contexto.

Essa linha de raciocínio, por evidente, não pode valer apenas para a discussão acerca da legitimidade da existência da jurisdição constitucional. Deve, com efeito, evoluir para (a) os métodos de funcionamento das Cortes Constitucionais, (b) as suas competências constitucionalmente previstas, (c) a sua estratégia política de sobrevivência e, principalmente, (d) as suas regras de interpretação de normas.

⁶⁹ “Questões preliminares: declaração de inconstitucionalidade em tese - decisão, e não parecer - Que atos abrange - só alcança a matéria que puder ser relacionada com algum dos princípios enumerados no inciso VII do art. 7º da Constituição - Como deve ser entendida essa limitação - Decisão executável mediante a sanção política da intervenção - Caráter excepcional da nova atribuição confiada ao Supremo Tribunal. Termos de arguição: - o parlamentarismo no estatuto Sul Riograndense - o secretariado como órgão do governo articulado com a assembléia no plano da confiança política - Exame dos diversos dispositivos apresentados pela Procuradoria Geral da República - Poder executivo uni-pessoal no governo presidencial - Cisão do poder executivo no governo parlamentar - Poder executivo nominal, formal ou apenas 'de jure' reservado ao chefe de estado, no sistema parlamentar - O governo parlamentar só se concilia com o princípio dos poderes separados mediante o expediente daquela cisão incompatível com as instituições federais - Montesquieu e o advento do parlamentarismo na Grã-Bretanha - O mecanismo dos poderes e governado por freios e contrapesos, que são somente os admitidos na Const. Federal - A dissolução da assembléia seria um contrapeso não cogitado e incompatível com o mandato legislativo de duração prefixada - Termos em que a constituição permite a penetração dos poderes executivo e legislativo-outros aspectos” (STF, RP n. 94/RS, rel. Min. Castro Nunes, 17.7.1947).

A respeito do fenômeno que poderia ser chamado de desentrincheiramento do instituto da interpretação constitucional, a excepcional evolução da obra de Sunstein é a melhor ilustração que pode ser apresentada. No livro “*One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*”, Sunstein apresentou a sugestão, mencionada na parte inicial do presente item, de que as Cortes Constitucionais sempre se portassem de maneira minimalista no julgamento de questões ética, política ou socialmente complexas. O autor preconizou que, nessas hipóteses, o melhor a fazer seria julgar o caso sem necessariamente encerrar de maneira definitiva o debate a respeito da matéria. O caminho seria evitar as abstrações inerentes à formulação de teorias gerais e adotar a técnica de decidir um caso de cada vez. Com isso, segundo Sunstein, as Cortes Constitucionais não apenas prestariam homenagem ao profundo dissenso que existe nas sociedades a respeito de questões morais, como, principalmente, fomentariam a aceleração democrática e catalisariam deliberações no âmbito da sociedade civil e do parlamento.

Seguindo raciocínio parecido com o de Ely, ainda que com fundamento em teoria de justiça significativamente mais substantiva, Sunstein apresentou o ponto de partida para o minimalismo, composto por espécie de rol de questões essenciais para que a sua regra de conduta efetivamente pudesse funcionar sem acarretar riscos à democracia. A “*substância do minimalismo*” demandaria, para o autor, postura necessariamente maximalista das Cortes Constitucionais com relação a qualquer ato público que envolvesse: (a) a restrição indevida da liberdade de locomoção, (b) o desrespeito à possibilidade de existência de diferentes projetos políticos; (c) a limitação do direito ao voto; (d) o desrespeito à liberdade religiosa; (e) a invasão da propriedade; (f) abusos físicos das pessoas; (g) a negação da “*essência do Estado de Direito*”, que seria constituída, ao menos, pela formulação de regras claras e anteriores aos fatos, pela existência de pouco contraste entre o direito positivo e a realidade fática e o direito de petição aos órgãos públicos; (h) a tortura física ou psicológica, assim como extermínio; (i) a escravidão ou discriminação com base na raça ou no sexo; e (j) a violação indevida do corpo humano (1999, pp. 61-67). Segundo Sunstein, esse rol de princípios representaria espécie de reprodução positiva de consenso supostamente disseminado na sociedade norte-americana a respeito dos “*pressupostos filosóficos exigidos pela Justiça*” (1999, p. 67).

Não é necessário maior esforço crítico para compreender que o ponto de partida do minimalismo proposto pelo autor é metafísico. A representação supostamente consensual do entendimento ético da sociedade norte-americana é claramente o resultado liberal que Sunstein atingiu após longa reflexão teórica. Com segurança, se fosse outro o autor a refletir

longamente sobre o mesmo tema, os pressupostos filosóficos exigidos por uma teoria da justiça pretensamente universal seriam distintos.

Ao caminhar nesse sentido, Sunstein cometeu exatamente o mesmo equívoco que maculou a teoria procedimental mista de Ely. A diferença é que o primeiro optou por formular a teoria substancial de justiça que o segundo preferiu esconder. Ainda assim, se a crítica que pode ser feita a Ely é que a sua proposta de restrição do *judicial review* demanda necessariamente uma teoria de justiça para fazer sentido, a constatação que pode ser feita em relação ao minimalismo proposto Sunstein é a de que a sua empreitada teórica é inquestionavelmente metafísica. Nesse sentido, o experimentalismo institucional busca formular via alternativa de pensamento que permita ao teórico profissional fugir do círculo metafísico. As propostas, como visto na primeira parte da dissertação, são (a) mudar o ponto de partida da teoria constitucional, abandonando a obsessão com o papel dos magistrados e adotando expectativas mais modestas em relação à jurisdição constitucional; (b) admitir que não serão os filósofos ou os teóricos do direito constitucional que permitirão ao homem assumir as rédeas da história; e (c) trazer para o direito a compreensão de que, se a sociedade é artefato humano, inescapavelmente, tudo é política.

Assim, a consequência básica da aplicação do experimentalismo institucional ao problema das melhores regras gerais de conduta para as Cortes Constitucionais é a percepção de que qualquer teoria que pretenda responder essa questão em abstrato e com pretensões universalistas será metafísica. É inteiramente aderente a essa afirmativa, por consequência, a mencionada conclusão habermasiana no sentido de que a discussão sobre o ativismo ou *self-restraint* das Cortes Constitucionais não pode ser conduzida em abstrato (2003a, p. 346)⁷⁰. O melhor, nesse sentido, é olhar também para o contexto, como o próprio Sunstein fez quando, em momento mais recente da sua obra, reconheceu que a interpretação também é uma instituição humana e que, portanto, não representa nada por si só (2009, pp. 19-32).

De fato, entre os livros “*One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*” e “*A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn’t Mean What It Meant Before*”, Sunstein mudou radicalmente de ideia em relação à possibilidade de criação de uma regra geral de conduta para as Cortes Constitucionais. O autor deixou de ser entusiasta apenas do minimalismo racional e reconheceu que outras teorias de interpretação, como o

⁷⁰ É interessante notar, nesse sentido, que Habermas vacila em relação à postura que adota a respeito do problema da jurisdição constitucional (2003a, pp. 297-354). Ao mesmo em que adota visão pragmatista sobre a qualificação apriorística do ativismo (2003a, pp. 346-347), o autor apresenta regras claramente transcendentais e normativas a respeito dos modos de realização do controle de constitucionalidade (2003a, pp. 299-301) e da interpretação das normas pelos juízes (2003a, pp. 289-291).

maximalismo, o originalismo, o populismo e o cosmopolitismo constitucional, poderiam ser mais adequadas em algumas situações. Em última instância, Sunstein reconheceu que nenhuma escolha a respeito de regras de interpretação poderia ser determinada pela qualidade da regra em si mesma. Ao admitir que “*a interpretação não representa nada por si só*” (2009, p. 32), compreendeu que será sempre o contexto que definirá a escolha da regra interpretativa e substituiu o critério da racionalidade pelo da utilidade.

Assim, em resumo, o que pode ser depreendido a partir do exemplo da virada teórica vivenciada por Sunstein é que desentrincheirar a jurisdição constitucional em busca de plasticidade imaginativa contextualizada representa objetivo que se aplica concomitantemente (a) ao debate a respeito da legitimidade democrática do instituto do *judicial review* em si; (b) às competências normalmente exercitadas pelas Cortes Constitucionais; (c) aos modelos de controle de constitucionalidade; (d) às técnicas de decisão empregadas no julgamento dos casos; (e) à estratégia política de afirmação da jurisdição constitucional nas democracias; e (f) à própria interpretação das normas constitucionais. Nesse sentido, é possível concluir que pensar criticamente a jurisdição constitucional conforme o experimentalismo institucional também é reconhecer que não podem existir regras transcendentais de funcionamento das Cortes Constitucionais e de interpretação das normas constitucionais por parte dos juízes. O empírico sempre desempenhará o papel final no momento do fechamento dessas regras.

Isso não significa dizer, por evidente, que o experimentalismo institucional opera com bases niilistas com relação ao problema. Em síntese, como já mencionado na primeira parte do trabalho, o experimentalismo institucional afirma a necessidade de que a teoria constitucional escolha o seu método de maneira respeitosa com a realidade humana, sem subordinar os indivíduos que buscam o Poder Judiciário a sistemas supostamente latentes de únicas respostas corretas (Unger, 2004a, p. 11). A proposta é que a análise jurídica se torne modesta dentro do fenômeno da interpretação das regras para se tornar ambiciosa em outros campos. O raciocínio analógico orientado contextualmente e nas leis vigentes e decisões pretéritas é o método geral sugerido pelo experimentalismo institucional (2004a, p. 142).

Mesmo assim, ainda que “*modestamente*” seja, de fato, a resposta geral à pergunta “*como devem julgar os juízes?*”, o experimentalismo institucional não despreza por completo a possibilidade de que mudanças políticas ocorram por intermédio da jurisdição constitucional. Mesmo esvaziando as esperanças de obtenção de progresso moral cotidiano pelas mãos dos magistrados, o experimentalismo institucional admite que a realização de política transformativa pelas Cortes Constitucionais, a depender do contexto, pode ser

positiva. A qualidade da intervenção judicial ofensiva, nesse sentido, sempre será aferida consequencialmente. Com relação ao magistrado, a busca será pela aceleração democrática e, eventualmente, pela geração de solidariedade ou pela diminuição da crueldade.

2.5 - Fecho

A segunda parte da dissertação foi dedicada à explicação das consequências da aplicação da teoria do experimentalismo institucional ao estudo da jurisdição constitucional. Foi sustentado, principalmente, que o *judicial review* não difere de outras instituições humanas historicamente contingentes. Nesse sentido, ainda que represente experimento bem sucedido em termos de difusão nas democracias mundiais, o controle de constitucionalidade de normas por Cortes Constitucionais não pode ser erigido ao patamar de elemento intrínseco ao núcleo essencial de todo e qualquer projeto de vida em sociedade. Há democracia sem jurisdição constitucional, ainda que não seja essa a regra disseminada nas sociedades atuais.

Foi defendido, assim, que a desmistificação do instituto do *judicial review* e a superação do excesso de atenção atualmente conferido pelas teorias constitucionais contemporâneas à figura dos magistrados é primordial para (a) o reforjamento da análise jurídica como instrumento de experimentalismo institucional, e (b) o próprio incremento da utilidade prática da jurisdição constitucional nas democracias de hoje.

Nesse sentido, dois objetivos principais foram defendidos para o constitucionalismo brasileiro atual: (a) a conscientização de que pensar criticamente a jurisdição constitucional significa, primeiramente, não pensar apenas na jurisdição constitucional; e (ii) a percepção de que a jurisdição constitucional se tornará mais útil se for desentrincheirada do seu local atual de completa imunidade a questionamentos teóricos, para ganhar plasticidade imaginativa contextualizada.

Com relação ao primeiro objetivo, foi sustentado que as doutrinas constitucionais atuais dominantes no Brasil literalmente depositaram nas mãos do Supremo Tribunal Federal as suas esperanças de progresso democrático, com base no singelo argumento de que é possível ao juiz suprir argumentativamente o seu déficit de legitimidade política. Foi afirmado que as consequências desse literal desconforto dos constitucionalistas brasileiros com a democracia são extremamente graves para o avanço do país. Isso porque, mantida a atual fixação teórica com o papel dos magistrados, o máximo que se poderá esperar da democracia brasileira será a imposição à sociedade de agendas ideológicas – travestidas juridicamente – por teóricos profissionais que não conseguem fazer mais do que terapias sociais evasivas. Foi sustentada, assim, a necessidade de mudança do ponto de partida das teorias constitucionais produzidas no Brasil, para que fique em segundo plano a busca pela inexistente única resposta apriorística correta à pergunta sobre como os magistrados devem julgar.

A alteração na pergunta inicial das teorias constitucionais foi justificada também segundo a lógica recente do Brasil de existência de excesso de política ordinária em confronto com a absoluta ausência de política transformativa. Foi defendido que não é consistente discutir apenas teorias de argumentação em país que possui enormes facilidades de alteração do texto constitucional. É mais relevante, com segurança, estudar, a partir da realidade brasileira, alternativas institucionais possíveis para a alteração da qualidade da política atualmente praticada no país.

No que diz respeito ao segundo objetivo, foi sustentado que não é possível elaborar argumentos abstratos aptos a justificar incondicionalmente a presença do *judicial review* nas democracias modernas. A partir da virada teórica vivenciada por Waldron, foi defendido que, quando se compreende o instituto da jurisdição constitucional como mais um experimento humano contingente, o critério de decisão para a sua manutenção em determinada democracia deixa de ser pautado em argumentos pretensamente racionais e passa a se fundamentar exclusivamente na sua utilidade prática para a garantia mais efetiva dos direitos humanos.

Nesse sentido, o desentrançamento do controle de constitucionalidade de normas pelo Poder Judiciário faz com que se torne necessário atribuir plasticidade imaginativa ao instituto, para que, no contexto específico de cada sociedade, dele seja possível extrair as melhores consequências possíveis. Foi defendido, ainda, que a visão da jurisdição constitucional segundo o critério da utilidade faz com que também se torne necessário abandonar qualquer tentativa de elaboração abstrata de regras gerais de conduta política e de interpretação de normas por parte das Cortes Constitucionais. Se a jurisdição constitucional não é experimento que se justifica por si só, também não o é o instituto da interpretação de normas. A utilidade prática também deve ser o critério de escolha da técnica de decisão empregada.

Logo, foi sustentado que o desentrançamento do instituto do *judicial review* em busca de plasticidade imaginativa contextualizada constitui meta aplicável, ao mesmo tempo, (a) às discussões relacionadas ao indissociável conflito existente entre constitucionalismo e democracia; (b) às competências comumente atribuídas às Cortes Constitucionais; (c) aos diferentes modelos de controle de constitucionalidade; (d) às técnicas de decisão existentes para julgamento dos casos constitucionais; (e) às estratégias das Cortes Constitucionais para aquisição de espaço político nas democracias; e (f) à leitura do texto constitucional.

Foi esclarecido, por fim, que a conjugação dos dois objetivos acima narrados à prática constitucional brasileira não possui o condão de gerar perigoso relativismo moral decorrente

do abandono de qualquer régua apriorística de medida de racionalidade do instituto da jurisdição constitucional e do seu método de funcionamento. O experimentalismo institucional defende que o método de julgamento pelos magistrados seja sempre respeitoso com a realidade humana e, na esmagadora maioria das vezes, modesto em relação aos seus objetivos. A realização de política transformativa pelo Poder Judiciário deve ser vista como necessariamente episódica, quando for necessário (a) destravar canais de comunicação entre a sociedade civil e as instituições; (b) desbloquear amarras institucionais impeditivas à plena aceleração democrática; e (c) diminuir experiências reais de crueldade e de desrespeito aos direitos humanos.

3. - Retrato do Brasil: ausência de arenas de dissenso na sociedade civil

3.1 - Apresentação

Na primeira parte do trabalho, foi defendida a necessidade de mudança no ponto de partida das teorias constitucionais dominantes na atualidade. Foi sustentado que a obsessão com a pergunta “*como os juízes devem julgar?*” revela o fracasso da doutrina constitucional em passar do momento da preocupação com o gozo dos direitos para o passo do experimentalismo institucional. Nesse sentido, foi afirmado que, quando visualiza o jurista como o seu agente primário, a teoria constitucional subordina indevidamente o direito aos resultados que os juízes podem produzir. O preço desse equívoco é a interrupção do avanço democrático, uma vez que o direito acaba se tornando prioritário sobre a política.

Por tal motivo, foi sustentado que é necessário reorientar a análise jurídica, para que o direito incorpore os postulados de que a sociedade é artefato humano e tudo é política e se transforme em poderoso instrumento de experimentalismo institucional. O propósito da análise jurídica reforjada deve ser solucionar, de maneira ininterrupta, o conflito entre os compromissos programáticos das sociedades e os arranjos institucionais que constroem a realização plena desses objetivos. Para tanto, foi afirmada a necessidade de que a análise jurídica se torne modesta com relação ao que espera da atuação dos juízes.

Com amparo nessas premissas teóricas, foi defendida, na segunda parte do trabalho, a necessidade de desentrançamento da jurisdição constitucional, para que o instituto adquira plasticidade imaginativa contextualizada. Duas consequências principais foram almejadas: (a) a fixação da ideia de que a teoria constitucional deve abandonar a sua obsessão com o papel dos magistrados; e (b) o reconhecimento de que, por serem meros arranjos contingentes, as Cortes Constitucionais e as suas regras de conduta devem sempre ser analisadas conforme a realidade político-social de cada cultura, segundo critérios de utilidade e consequência.

A parte final da dissertação apresentará uma perspectiva de visão do estágio atual da democracia brasileira que é relevante para a demonstração da importância do abandono da visão, pela teoria constitucional, do Supremo Tribunal Federal como agente primário do progresso social no país. Embora não exaustiva, essa análise demonstrará que (a) constitui problema relevante da democracia brasileira atual a ausência de arenas de dissenso na sociedade civil; (b) diferentemente do que ocorre com outras patologias sociais, como a privatização dos interesses do Estado, a criação de autêntico canal de comunicação entre as

instituições e a sociedade civil brasileira depende de efetivos experimentalismos democráticos que não podem ser realizados a partir da jurisdição constitucional ou por exclusivo intermédio dela; e (c) não tem se revelado eficaz no Brasil a política de *laissez-faire* estatal em relação à promoção social da cidadania.

3.2 - Ponto de partida

A análise do estágio atual da democracia brasileira realizada por Marcelo Neves, na parte final da obra *“Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil”*, serviu de ponto de partida para o estudo que será desenvolvido adiante.

Após qualificar as experiências de 1937-45 e 1965-84 como negações diretas e expressas do Estado de Direito, o autor afirmou que os momentos democráticos do Brasil representariam *“caso[s] típico[s] de modernidade periférica”*, em que *“a crescente complexidade e o desaparecimento do moralismo tradicional não têm sido acompanhados de maneira satisfatória pela diferenciação funcional e pelo surgimento de uma esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania”* (2008, p. 244).

O retrato de Marcelo Neves foi primeiramente direcionado ao diagnóstico da ausência de efetiva concretização do Estado de Direito institucionalizado no Brasil. O problema principal apontado pelo autor foi o insuficiente fechamento normativo do subsistema social do direito decorrente da injunção de fatores sociais negativos diversos. O Brasil atual, nesse sentido, foi qualificado como democracia moderna periférica em comparação às democracias europeias. O caminho proposto pelo autor para enfrentamento da questão dispensa experimentalismos institucionais. Resume-se ao abandono de relações de *“privatização do Estado que contrapõem-se restritivamente à concretização constitucional dos direitos humanos e da soberania do povo como procedimento”* (2008, p. 247).

Por isso, a presente dissertação dará preferência ao segundo problema também diagnosticado por Marcelo Neves: a ausência de esfera pública política, fundada na universalização da cidadania, na sociedade civil brasileira.

O motivo principal da escolha é a constatação de que o enfrentamento da segunda questão suscitada por Marcelo Neves não pode ser realizado com base no arcabouço institucional atualmente vigente no Brasil. Trata-se de patologia democrática que exige políticas estatais literalmente intervencionistas e alheias à jurisdição constitucional. Conforme será abordado nos itens 3.4 e 3.5, a política de total ausência estatal em relação à promoção de consciência cívica nos indivíduos não tem funcionado no Brasil atual, ainda que resultados positivos pontuais tenham sido obtidos através da jurisdição constitucional no que diz respeito à maior realização prática dos objetivos programáticos assumidos por ocasião da Constituição Federal de 1988. Assim, conforme será defendido no item 3.4 do trabalho, os resultados dessa

política estatal liberal têm sido o distanciamento irresponsável entre representantes e representados e o desaparecimento da política transformativa no país.

Antes, porém, será necessário explicitar, no item subsequente, o que se entende por esfera pública política.

3.3 - Esferas públicas políticas como arenas de dissenso moral

No modelo teórico habermasiano de democracia procedimental, a sociedade civil é apresentada como “*espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral*”. O significado do termo, para Habermas, engloba todos os “*movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política*”⁷¹. Nesse cenário, segundo Habermas, mesmo emitindo sinais e impulsos insuficientes para despertar processos de curto prazo de aprendizagem democrática nos Parlamentos e nas Cortes Constitucionais, a sociedade civil pode efetivamente reorientar o poder oficial através de suas opiniões políticas próprias (2003b, pp. 99-106).

A proposta habermasiana de reconhecimento de uma sociedade civil que utiliza linguagem comum “*situada abaixo do limiar de diferenciação dos códigos especializados*” (2003b, p. 84) foi incorporada no modelo de Estado Democrático de Direito proposto na obra “*Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*”. Marcelo Neves, nesse sentido, adotou criticamente a teoria do discurso ao afirmar que, “*embora a contribuição habermasiana sobre o mundo da vida e a ação comunicativa não seja imprestável no que concerne à consideração das esferas de comunicação não estruturadas sistemicamente, afigura-se-me imprescindível a sua releitura à luz da teoria dos sistemas*”. Para o autor, portanto, o mundo da vida, sobre o qual se ancora a sociedade civil, representa a “*base para a construção sistêmica*” e, principalmente, o “*espaço para a reprodução do dissenso intersubjetivo*” (2008, pp. 125-126).

A releitura da teoria do discurso proposta por Marcelo Neves, além de objetivar descarregar a pretensão consensualista do mundo da vida imposta por Habermas, retira corretamente o apoio da prática cotidiana do mundo da vida em inexistentes certezas intuitivamente compartilhadas. Com isso, o conceito habermasiano de esfera pública política como ambiente de reconstrução consensual do mundo da vida dentro de horizontes racionais dá espaço a uma proposta mais modesta: “*campo complexo de tensão entre direito e política*

⁷¹ O núcleo da sociedade civil, para Habermas, é necessariamente formado “*por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas*”, as quais, mesmo integrantes de “*uma esfera pública dominada pelos meios de comunicação de massa e pelas grandes agências, observada pelas instituições encarregadas das pesquisas de opinião e do mercado, e sobrecarregada com o trabalho de publicidade e propaganda dos partidos e organizações políticas*”, ainda representam o “*substrato organizatório do público de pessoas privadas, que buscam interpretações públicas para suas experiências e interesses sociais, exercendo influência sobre a formação institucionalizada da opinião e da vontade*” (2003b, pp. 99-100).

como sistemas acoplados estruturalmente pela Constituição, de um lado, e mundo da vida e outros subsistemas funcionalmente diferenciados da sociedade” (2008, p. 131).

A esfera pública política surge, assim, como a arena do dissenso. A tarefa de estruturação pluralista, aberta e universal da esfera pública é erigida por Marcelo Neves ao patamar de “*desafio fundamental do Estado Democrático de Direito*” (2008, p. 135).

A partir do detalhamento da releitura das teorias do discurso e dos sistemas proposta por Marcelo Neves, é fácil perceber que o seu diagnóstico a respeito da ausência de arenas de dissenso moral na sociedade civil brasileira traduz a conclusão de que não há: (a) efetivos canais de comunicação entre as opiniões políticas próprias da sociedade brasileira e as decisões tomadas no âmbito do Parlamento e dos Tribunais; (b) efetivas opiniões políticas próprias da sociedade civil brasileira; e (c) real abertura cognitiva dos procedimentos judicial, executivo e legislativo em relação ao mundo da vida e aos anseios das associações não estatais e não econômicas que integram a sociedade civil.

A importância atribuída por Marcelo Neves à existência de arenas de dissenso na sociedade civil brasileira é compartilhada pela teoria do experimentalismo institucional. Em termos gerais, como visto na primeira parte da dissertação, a sociedade civil organizada e aquecida possui importância significativa para a transição do estágio de dormência generalizada das democracias mundiais para o momento da aceleração democrática plena que representa o objetivo último e assumidamente inalcançável do experimentalismo institucional. A existência de arenas de dissenso, nesse sentido, é pressuposto para a produção de políticas transformativas, as quais, como visto no item 1.3 da dissertação, dispensam o desastre como pressuposto da mudança institucional.

Nesse sentido, assim como Marcelo Neves, a teoria do experimentalismo institucional, segundo a visão adotada no presente trabalho, também é menos pretensiosa, em termos de consensualidade, com relação às esferas públicas políticas. A ideia, na essência, é apenas que exista nas sociedades civis um grupo de pessoas ou organizações paraestatais que efetivamente dedique atenção à política praticada fora dos chamados momentos constitucionais⁷².

⁷² O conceito de momento constitucional empregado na dissertação é o criado por Ackerman em seu modelo de democracia dualista (1991, pp. 03-34), conforme será exposto com maior detalhamento no item 3.5.

3.4 - O caso brasileiro

No que diz respeito à democracia brasileira, Unger visualizou, em texto que escreveu no momento em que se desenrolavam os eventos imediatamente antecedentes à Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, “*momento especial de indefinição [que] poderia ser encarado tanto como a voz da oportunidade transformativa, como um sinal da confusão paralisante*”. Unger, assim, definiu o último período fundacional brasileiro como “*exemplo mágico*” de momento constitucional em que toda a nação podia distinguir claramente entre o possível e o impossível na política (2004c, pp. 67-79).

Para o autor, o peculiar ambiente político prévio à convocação da Assembleia Nacional Constituinte, decorrente do encerramento de “*um longo período de uma mal disfarçada ditadura militar*”, formou o contexto necessário para que, a partir de uma esfera pública política realmente aquecida, o Brasil se tornasse base de testes para todas as opções disponíveis de projetos políticos para a humanidade. Unger, assim, definiu a situação brasileira durante o período constituinte como momento mágico de união entre grupos política, econômica e socialmente distintos em favor da criação de algo novo (2004c, pp. 67-79).

A partir dos pilares do experimentalismo institucional explicitados na primeira parte da dissertação, é possível perceber que Unger encontrou, no último momento constituinte do Brasil, o exemplo ideal da improvável aliança entre a classe pobre estigmatizada, a classe média trabalhadora e os detentores dos meios de produção, criada em decorrência das experiências vivenciadas coletivamente pela sociedade brasileira durante o período do governo militar. Nesse momento mágico de oportunidades transformadoras, segundo Unger, o principal objetivo político da sociedade civil brasileira deveria ser a criação de mecanismos institucionais que “*garantissem um elevado patamar de militância cívica*” no Brasil (2004c, p. 76).

Sem ingressar no mérito da visão política acima apresentada, por entender desnecessário para a argumentação que será desenvolvida a seguir, a leitura que a presente dissertação faz da proposta de Unger é a de que os arranjos acima mencionados funcionariam como instrumentos garantidores de solidariedade forçada em substituição à solidariedade

espontânea⁷³ que certamente cessaria assim que o momento fundacional brasileiro se encerrasse.

Não é necessário admitir que a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 e os seus antecedentes tenham representado especial momento de mobilização democrática brasileira e de efetivo surgimento autônomo de esfera pública política na sociedade civil para reconhecer que, a despeito do inequívoco progresso moral gerado a partir da Constituição Federal de 1988, a quantidade de política transformativa gerada no Brasil tem diminuído nos anos recentes. Essa conclusão, com efeito, independe da escolha pela versão (a) daqueles que defendem que o último período constituinte brasileiro teria representado o meritório resultado do efeito totalmente desorganizador dos projetos das elites detentoras do poder decorrente de amplo e inédito processo de mobilização popular (Barbosa, 2009)⁷⁴ ou (b) dos autores que enxergam o referido momento fundacional como o fruto de mero acordo firmado entre líderes parlamentares (Jobim, 2004)⁷⁵.

É suficiente apenas constatar que, ainda que o referido momento eventualmente tenha representado situação especial de solidariedade espontânea que uniu a população brasileira, o arrefecimento do engajamento cívico não demorou a ocorrer⁷⁶. Para tanto, bastou que

⁷³ É necessário explicar, para que seja possível a compreensão mais precisa da mensagem que a dissertação procura passar, que a oposição entre os conceitos de solidariedade forçada e solidariedade espontânea diz respeito exclusivamente ao papel do Estado em relação ao desenvolvimento da consciência cívica dos cidadãos. No primeiro caso, há uma política estatal literalmente indutiva, enquanto no segundo a postura pública é liberal. A diferença, portanto, é a presença de uma “agenda de cidadania” (Ackerman, 2012) por parte do Estado.

⁷⁴ O seguinte exemplo da maciça participação popular no último processo constituinte brasileiro é dado por Leonardo Barbosa: “Os organizadores do relatório ‘Cidadão constituinte: a saga das emendas populares’ consideraram a possibilidade de apresentação de emendas desse tipo como ‘a primeira mudança no quadro político institucional brasileiro obtida pelo longo esforço que vinha sendo desenvolvido, desde o início de 1985, pelos plenários, comitês e movimentos pró-participação popular na Constituinte’ (MICHILES, 1989, p. 54). A proposição de emendas consistia em mecanismo mais avançado que a participação em audiências ou oferecimento de sugestões e correspondia a um avanço qualitativo da Constituinte em termos de abertura à sociedade (1989, p. 55). Enquanto as sugestões encaminhadas às Comissões e Subcomissões temáticas constituíam apenas subsídios aos trabalhos dos constituintes, as emendas que contassem com pelo menos trinta mil assinaturas de eleitores e apoio de, no mínimo, três entidades associativas legalmente constituídas integravam o processo de elaboração da nova Constituição, e só poderiam ser excluídas dele pela manifestação unânime da Comissão de Sistematização. (...) No total foram apresentadas 122 emendas populares, reunindo mais de doze milhões de assinaturas. Considerando as regras regimentais para a apresentação das propostas das emendas (que permitiam ao cidadão assinar no máximo três propostas), a lógica da coleta das assinaturas (que mesclava campanhas solicitando a assinatura em três propostas com outras que preferiam priorizar apenas uma iniciativa) e o universo do colégio eleitoral de 1987 (então com praticamente setenta milhões de eleitores), estima-se que entre dez e doze por cento dos cidadãos brasileiros participaram diretamente do processo constituinte (MICHILES, 1989, p. 104-105). Igualmente impressionante é o número de entidades envolvidas na coleta das assinaturas: quase trezentas entidades dos mais diferentes perfis foram mobilizadas. As entidades sindicais, profissionais e técnico-científicas responderam por 42% desse total, com destaque também para as entidades civis (30%) e religiosas (9%)” (2009, pp. 201-202).

⁷⁵ Segundo Nelson Jobim, em depoimento à Comissão Especial destinada a proferir parecer sobre a Proposta de Emenda Constitucional n. 157/2003, na audiência pública n. 100/2006, “todas as Constituições brasileiras foram sempre processos de transição, ou seja, não tivemos rompimentos na história brasileira. quando o regime anterior se esboroava, logo a seguir apresentava-se uma solução à situação anterior. Portanto, é difícil, na história política brasileira, utilizar-se de instrumento ou de linguagem importadas de outros países, como, por exemplo, os conceitos de Constituinte originário e Constituinte derivado”.

⁷⁶ Essa conclusão independe de investigação mais detalhada a respeito de quem eram os detentores das rédeas reais de condução do processo constituinte brasileiro. A esse respeito, ainda que seja relevante investigar (a) a dimensão da efetiva

cessassem as circunstâncias político-econômicas que tornavam literalmente imperioso o interesse cívico da população brasileira.

A peculiaridade democrática do Brasil recente é que a diminuição da participação social na política, decorrente do desaparecimento do último momento constitucional brasileiro, não gerou diminuição na quantidade de política constitucional realizada no país. O melhor exemplo disso é o fato de que, no curto período de tempo que se passou desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram efetuadas setenta e uma emendas constitucionais. A peculiaridade brasileira, conforme já defendido na segunda parte da dissertação, é a irrelevância democrática do conteúdo da significativa maioria dessas emendas, notadamente as mais recentes⁷⁷, o que faz com que não seja exagero algum rotular o Brasil atual de Amendiana da política pequena⁷⁸.

Inicialmente, todavia, é mais do que forçoso reconhecer que a Constituição Federal de 1988 teve o mérito de apresentar os fundamentos que permitiram ao Brasil obter a confiança democrática necessária para integrar-se definitivamente à ordem global, atingindo inquestionável progresso econômico e social.

Não é possível, ainda assim, atribuir exclusivamente ao próprio texto constitucional brasileiro os méritos dessa conquista. Conforme reconhecido por Fernando Henrique Cardoso, foi necessário que os sucessivos governos eleitos a partir de 1989 experimentassem institucionalmente alternativas que permitissem ao país superar o principal defeito do texto constitucional: o fato de o “*seu vigor democrático, capaz de desenhar um futuro social-democrático nas áreas da previdência, da saúde, da reforma agrária e da educação*” não ter sido acompanhado pelas “*condições institucionais propícias para gerar a riqueza necessária*

influência social nos trabalhos dos parlamentares constituintes, e (b) o real peso dos trabalhos desempenhados pela Comissão Afonso Arinos no que diz respeito à formatação do texto da Constituição de 1988, não há como não se reconhecer que a população apoiou a convocação da Assembleia Nacional Constituinte e referendou tacitamente o resultado final dos seus trabalhos.

⁷⁷ Merecem destaque, a esse respeito, as seguintes emendas constitucionais: (a) EC n. 61/2009, que alterou os parâmetros de idade para ingresso no Conselho Nacional de Justiça; (b) EC n. 50/2006, que alterou o artigo 57 da Constituição Federal para modificar as datas das reuniões do Congresso Nacional e modificou os critérios para convocação extraordinária; e (c) EC n. 69/2012, que transferiu da União para o Distrito Federal as atribuições para organização e manutenção da Defensoria Pública do Distrito Federal.

⁷⁸ A esse respeito, é necessário pontuar que o fato de o Brasil possuir excesso de política não pode ser desconsiderado pela teoria constitucional. Trata-se de elemento que permite que se alcance a conclusão de que o trabalho jurídico do reformismo progressista pessimista não avançou tanto assim no Brasil. Com efeito, diferentemente de países de imobilidade constitucional institucionalizada como os Estados Unidos (Unger, 2004a, p. 107), não é difícil fazer política constitucional no Brasil. Assim, conquanto a política pelo jurista também tenha substituído a política pela política na democracia brasileira atual, é primordial que se reconheça a diferença institucionalizada para a mudança constitucional no Brasil e nos Estados Unidos. A consequência é a desnecessidade de contínua sofisticação técnica de teorias de interpretação constitucional no Brasil. É mais eficiente – e significativamente mais relevante – discutir juridicamente maneiras de melhorar o nível da agenda política brasileira.

ao custeio de tão altos propósitos” (2010, p. 176)⁷⁹. A Constituição Federal de 1988, nesse sentido, apenas esboçou o plano do Estado Social, sem indicar, contudo, as suas fontes de financiamento.

De maneira apenas aparentemente paradoxal⁸⁰, o evento que propiciou o surgimento das condições políticas necessárias para o desenvolvimento dos necessários rearranjos institucionais profundos no Brasil pós-constituinte foi o respeito ao rito constitucional que marcou tanto o *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello como a sua substituição pelo Vice-presidente Itamar Franco⁸¹. Foi exatamente a obediência às previsões constitucionais no momento da mudança presidencial que revigorou a confiança social no processo democrático brasileiro e permitiu a criação de coalizção partidária ampla para a realização de reformas que eram necessárias para o enfrentamento dos graves problemas econômicos que marcavam o Brasil no início da década de 1990⁸².

⁷⁹ Segundo Fernando Henrique Cardoso, a Constituição Federal de 1988 “manteve o viés, que se justificava nas décadas anteriores, de um controle estatal forte da produção, de inibição ao capital externo e uma estrutura tributária que ou deixaria o Estado à míngua ou as empresas e a população à morte” (2010, p. 176). Para o autor, “extensa e detalhada ao extremo, a Constituição de 1988 era – em larga medida ainda é – uma peça contraditória. Avançada no reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, generosa na antevisão dos direitos sociais, nela também se entrincheiraram interesses especiais ligados às estruturas do Estado varguista, além do patrimônio arraigado na cultura política brasileira” (2010, p. 148-149).

⁸⁰ Foi explicitado na primeira parte do trabalho que aquele que adota a teoria do experimentalismo institucional não se torna necessariamente um niilista que objetiva apenas a mudança pela mudança. Segundo as bases do experimentalismo institucional, as alterações institucionais profundas serão sempre raras e jamais poderão ser implementadas de maneira alheia ao contexto político-social de determinada democracia. Além disso, um dos objetivos do experimentalismo institucional indicados por Unger para o caso brasileiro nos anos que marcaram a última Assembleia Nacional Constituinte foi exatamente a criação de artifícios institucionais que permitissem aliar estabilidade social com ajustes institucionais permanentes voltados à concretização do vigor democrático do texto constitucional. Por isso, não há paradoxo algum em se afirmar a importância do respeito ao rito constitucional no caso do *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello, mesmo segundo a perspectiva do experimentalismo institucional.

⁸¹ Outra consequência favorável à criação de política transformativa decorrente do *impeachment* do Presidente Fernando Collor foi a seguinte: a “passagem meteórica [de Fernando Collor] sacudiu o mundo político e ampliou o espaço na mídia para discussão sobre reformas. Ao levar o paroxismo a intervenção presidencial na cena política e na vida econômica, é possível que ele tenha deixado na sociedade a demanda por uma liderança que, sem retroceder à visão do passado, pudesse restabelecer a confiança numa agenda não traumática de mudanças. Quando o agravamento da crise depois do *impeachment* bateu no limite da tolerância da sociedade à superinflação e baixou as resistências à mudança no Congresso, havia uma alternativa suficientemente amadurecida para se oferecer ao país” (2010, p. 148-149).

⁸² A esse respeito, Fernando Henrique Cardoso apresenta verdadeiro testemunho pessoal das dificuldades enfrentadas à época em que assumiu o Ministério da Fazenda no governo do Presidente Itamar Franco: “Em maio de 1993, quando assumi o Ministério da Fazenda, três ministros haviam me antecedido em apenas sete meses e a inflação chegava aos 30% ao mês. Como se isso não bastasse, a tensão política estava de volta, agora com foco no Congresso, às voltas com um escândalo de corrupção na distribuição de recursos orçamentários que levaria à cassação de vários deputados, incluindo alguns de grande projeção. Compreende-se, nessas condições, que o propósito de atacar de frente os ‘três grandes problemas do país: a inflação, a inflação e a inflação’, como enfatizei em meu discurso de posse como ministro, tenha sido recebido com ceticismo, apesar da boa vontade da mídia, dos empresários, da maioria do Congresso e do público em geral. Com um presidente legalmente investido mas sem respaldo direto nas urnas (no Brasil, como nos Estados Unidos, o candidato a vice-presidente não é votado) e o Congresso mergulhado numa penosa autodepuração, não se acreditava que houvesse condições políticas para dar essa batalha. Nem tempo para vencê-la, já que haveria eleições gerais no fim de 1994 e a eleição presidencial seria antecipada para a mesma data por uma emenda constitucional. Restava pouco mais de um ano antes de a campanha eleitoral reter os congressistas em suas bases, impossibilitando a aprovação de qualquer medida legislativa complexa, que exigisse a presença de maioria em plenário. Contudo, mesmo no prazo apertado deixado pelo calendário eleitoral, foi possível reunir uma equipe técnica competente no Ministério da Fazenda – requisito vital para um Ministro que não era economista – formular uma estratégia inovadora de estabilização, combinando medidas ortodoxas e heterodoxas, e conseguir apoio político para implementá-la – no que a experiência anterior do ministro como congressista mostrou-se

Profundas alterações institucionais foram conduzidas pelo Congresso Nacional, consubstanciadas em emendas constitucionais voltadas à alteração do serviço público, da previdência social, dos monopólios estatais e da definição do conceito de empresa nacional. Além disso, no âmbito empresarial, (a) foi criado, em fevereiro de 1995, novo regime legal para a concessão e permissão da prestação de serviços públicos; e (b) foram inventadas as agências reguladoras. No campo fiscal, foi aprovada, em maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal, com critérios cogentes para endividamento nos três níveis de governo. Nas esferas social, da saúde e da educação, também por emendas constitucionais, foram redesenhadas as formas de participação dos entes federativos no financiamento do ensino fundamental e da saúde, bem como inventado o Fundo de Combate à Pobreza. No próprio domínio da jurisdição constitucional, por intermédio das Leis n. 9.868/98 e 9.882/98, foi reinventado por completo o método de atuação do Supremo Tribunal Federal.

Nesse período, a Constituição Federal foi literalmente reinventada institucionalmente através de trinta e cinco emendas e mais de quinhentas leis complementares, leis ordinárias e medidas provisórias com conteúdo relevante (Cardoso, 2010, pp. 152-153). A peculiaridade desse período democrático do Brasil é que o experimentalismo institucional profundo ocorreu dentro das regras constitucionais procedimentais em vigor e mediante deliberações legislativas.

O resultado do experimentalismo institucional brasileiro realizado em conformidade com as regras democráticas⁸³, com segurança, foi a criação de condições sólidas para que o país obtivesse o expressivo progresso econômico vivenciado na última década⁸⁴.

Ainda assim, a despeito das notáveis conquistas obtidas mais recentemente em termos de inclusão social, o ritmo das reformas institucionais diminuiu drasticamente a partir do

valiosa. O êxito do Plano Real e o ciclo de mudanças por ele inaugurado pareceram desmentir ou pelo menos relativizar os diagnósticos que enfatizavam os obstáculos políticos para a estabilização da economia e a realização de reformas” (2010, pp. 144-145).

⁸³ Deve ser mencionada, como exceção relevante à regra de ausência de alteração na disciplina de funcionamento do poder político no Brasil da época, a Emenda Constitucional n. 16/1997, que permitiu a reeleição do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal e dos Prefeitos.

⁸⁴ O testemunho de Fernando Henrique Cardoso a respeito dessa questão é bastante esclarecedor: “*Nem todas as reformas foram completadas em toda a extensão proposta. Não serei eu o melhor juiz de seu acerto, nem posso garantir que tenham alcançado o ponto de não retorno. Parece-me inegável, de todo modo, que elas avançaram o bastante para sustentar a estabilidade da economia nos últimos dez anos. E, se não assentaram sobre alicerces inabaláveis um novo modelo de desenvolvimento, pelo menos redefiniram os seus contornos. (...) Em nenhum outro país da América Latina, que eu saiba, as reformas envolveram um esforço parecido de reconstrução de consenso no Legislativo. No Chile, as reformas de Pinochet dispensaram a chancela do Congresso. Na Argentina, a privatização, a desregulamentação e o que houve de enxugamento da máquina estatal foram feitos em grande parte por delegação legislativa ao Executivo. Em retrospecto, talvez isso tenha sido vantajoso para o Brasil. O atalho argentino para as reformas, ao que parece, deu em instituições mais débeis e não mais fortes. O tortuoso caminho brasileiro levou-nos a uma situação mais sólida desse ponto de vista. Toda a pauta legislativa mencionada acima tramitou dentro de um quadro político-institucional bastante inalterado, com os mesmos atores e as mesmas regras do jogo, ou quase as mesmas, que se supunha colocar obstáculos praticamente intransponíveis para as reformas” (2010, pp. 152-153).*

momento em que o Brasil alcançou estabilidade econômica. Há duas maneiras de se analisar esse fenômeno: a partir da visão otimista do método fetichista pautado pela tese da convergência ou conforme a perspectiva negativa sugerida pelo experimentalismo institucional.

A primeira sugere que, por tentativa e erro, o Brasil alcançou seu ponto ótimo institucional através da reinvenção constitucional desenhada na década de 1990, de modo que, a partir de então, bastaria ao país se esforçar para concretizar os seus compromissos programáticos segundo os critérios e arranjos então existentes. A política extraordinária seria relegada, então, a outro distante mágico momento especial de crise e a política transformativa seria substituída pela política ordinária. A mensagem implícita é a de que seria perigoso alterar a dinâmica dos arranjos desenvolvida anteriormente, seja pela perfeição do desenho institucional vigente, ou pela inaptidão dos agentes políticos atuais de propor bons experimentos.

A segunda visão, conforme amplamente demonstrado na primeira parte do trabalho, recomenda que se substitua a política ordinária pela política transformativa, com contínua e incessante preocupação com a redefinição dos mecanismos institucionais brasileiros para que, independentemente do aparecimento de crises, haja incremento na realização prática dos compromissos programáticos assumidos por ocasião da Constituição Federal de 1988.

O caminho apartidário sugerido, logo, não é a perpetuação ordinária do momento constituinte, o que levaria a inaceitável modelo niilista de busca pela impossível transcendência ao contexto. A proposta é mais apenas retomar o experimentalismo institucional segundo as regras do jogo, prática que marcou o país após o *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello. O objetivo, portanto, é apenas a recuperação da agenda política pelos agentes políticos, em substituição à agenda política conduzida pelo jurista que se tornou a regra recentemente no Brasil.

A esse respeito, ainda que existam bons exemplos de avanços institucionais recentes no Brasil obtidos através do Poder Executivo e Legislativo, como é o caso das cotas raciais sociais nas universidades públicas⁸⁵, bem como das leis da Ficha Limpa e de Acesso à Informação, é inquestionável que a qualidade da política praticada pelos agentes políticos caiu

⁸⁵ A esse respeito, a presente dissertação comunga integralmente da visão do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, manifesta em voto proferido no julgamento da ADPF n. 186/DF e da ADI n. 3.330-1/DF, no sentido de que (a) a instituição de cotas raciais para ingresso dos interessados em cursar os cursos de graduação da Universidade de Brasília e (b) a instituição do Programa Universidade para Todos, através de Medida Provisória n. 213/2004, posteriormente convertida na Lei n. 11.096/05, representaram notáveis exemplos de experimentalismo institucional. O capítulo 07 do voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da ADI n. 3.330-1/DF, intitulado “*Uma palavra sobre experimentalismo institucional*”, é bastante claro quanto a essa questão.

sensivelmente nos anos mais recentes. Os mais relevantes exemplos de política transformativa praticados nos últimos anos no país:

- (a) ocorreram a partir da jurisdição constitucional, como a regulamentação da união homoafetiva (ADI n. 4277 e ADPF n. 132), a autorização da realização de aborto de fetos anencefálicos (ADPF n. 54) e a permissão da realização da chamada “*marcha da maconha*” (ADPF n. 187); ou
- (b) somente ganharam força após o referendo do Supremo Tribunal Federal, como foi o caso das cotas das universidades – com o surgimento da Lei Federal n. 12.711/2012 e do “*Programa de Inclusão com Mérito no Ensino Superior Público Paulista*” – e das próprias Lei da Ficha Limpa e de Acesso à Informação.

O melhor retrato recente da dormência cívica que domina o Brasil atual e da pequena relevância atual do Poder Legislativo no cenário político veio do caso da regulamentação do Fundo de Participação dos Estados. Como é sabido, em 24 de fevereiro de 2010, ao julgar as ADIs n. 875/DF, 1.987/DF, 2.727/DF e 3.243/MT, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade⁸⁶, do artigo 2º, incisos I e II, § 1º, 2º e 3º, bem como do Anexo Único, da Lei Complementar n. 62/1989, assegurando a aplicação dos referidos textos até 31 de dezembro de 2012.

O argumento fundamental do julgamento foi o fato de que o Poder Legislativo não havia cumprido adequadamente o seu dever constitucional de legislar quando criou políticas de divisão de receita que desrespeitavam a diretriz prevista no artigo 161 da Constituição Federal de promoção de equilíbrio socioeconômico entre os Estados da Federação. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a legislação que então regulamentava o Fundo de Participação dos Estados decorria exclusivamente de acordos políticos e não levava em consideração critérios objetivos e variáveis, como população e produto interno bruto dos municípios.

Durante o extenso prazo estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal para que a norma inconstitucional vigorasse, não foi possível alcançar, no âmbito do Congresso

⁸⁶ Deve ser louvada, nesse sentido, não apenas a inovadora iniciativa conduzida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes na elaboração do voto condutor do julgamento do caso do Fundo de Participação dos Estados, como também a evolução que representou para a jurisdição constitucional brasileira a previsão contida no artigo 27 da Lei n. 9.868/98. Referido dispositivo permitiu ao Supremo Tribunal Federal, ao menos em tese, escolher as técnicas de decisão que emprega na jurisdição constitucional exatamente a partir de critério consequencial defendido na segunda parte da dissertação.

Nacional, consenso relacionado à criação de nova forma de rateio do fundo constitucional⁸⁷. Encerrado o prazo de vigência da norma declarada inconstitucional, o resultado foi um constrangedor manifesto assinado por membros do Senado Federal, intitulado “*Uma nova presidência e um novo rumo para o Senado*”⁸⁸. O documento destaca a percepção de parte relevante dos integrantes do Senado Federal de que “*nos últimos anos o Parlamento tem sido um poder menor*” na democracia brasileira.

Três fatores principais são apontados para fundamentar esse diagnóstico: (a) a submissão do Parlamento às medidas provisórias, que estariam sendo utilizadas “*em assuntos sem emergência*” e aprovadas “*sem debate e em prazos vergonhosamente curtos*”; (b) a “*judicialização da política, com a clara intervenção da Justiça, impondo legislações e contestando decisões tomadas no Parlamento, muitas vezes respondendo a iniciativas dos próprios parlamentares descontentes com o resultado das votações*”; e (c) o comportamento ineficiente dos próprios integrantes das Casas Legislativas.

Com relação à dormência política dos membros do Congresso Nacional, os seguintes recentes exemplos foram apresentados no manifesto em questão: (a) a existência de 3.060 vetos presidenciais sem análise ao longo de quase duas décadas⁸⁹; (b) a “*ridícula tentativa de*

⁸⁷ É necessário reconhecer que houve manifestações por parte do Congresso Nacional no sentido de promover a realização de discussões relacionadas à criação de novo normativo que disciplinasse o assunto. A principal delas foi a tardia criação, pelo então Presidente do Senado Federal José Sarney, de uma comissão destinada a estudar o assunto e a propor possíveis soluções para os principais problemas federativos atualmente existentes no Brasil.

⁸⁸ Disponível em http://www.cristovam.org.br/portal3/index.php?option=com_content&view=article&id=5211:manifesto-de-senadores-por-uma-nova-presidencia-e-um-novo-rumo-para-o-senado&catid=170:super-manchete&Itemid=100003. Último acesso em 9.2.2013.

⁸⁹ A questão da ausência de deliberação do Congresso Nacional acerca de 3.060 vetos presidenciais foi utilizada como argumento pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, para deferir questionável medida liminar nos autos do mandado de segurança n. 31.816/DF. O conteúdo da ementa da referida decisão monocrática foi o seguinte: “*DIREITO CONSTITUCIONAL. DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO. CONTROLE JUDICIAL. CABIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM EXCLUSIVA DO PARLAMENTAR EM EXERCÍCIO. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO. LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE DELIBERAÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DO VETO PRESIDENCIAL. ART. 66, §§ 4º E 6º, DA CF/88. SOBRESTAMENTO DAS DEMAIS PROPOSIÇÕES ATÉ A DELIBERAÇÃO DO VETO PENDENTE. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE MAIS DE 3.000 VETOS AINDA NÃO APRECIADOS. INERTIA DELIBERANDI CONFIGURADORA DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA ORDEM CRONOLÓGICA DE COMUNICAÇÃO DOS VETOS PARA FINS DE DELIBERAÇÃO. OFENSA AO PODER DE AGENDA POLÍTICA DO LEGISLATIVO NÃO CONFIGURADA. REVISITAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE QUESTÕES INTERNA CORPORIS. ESTADO DE DIREITO E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A NORMAS REGIMENTAIS. CONHECIMENTO. DELIBERAÇÃO ACERCA DE MATÉRIA NÃO CONSTANTE DA ORDEM DO DIA. OFENSA À PREVISIBILIDADE E À CONFIANÇA RECÍPROCA NO FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR. AUSÊNCIA DE RELATÓRIO PRÉVIO DE COMISSÃO MISTA. OFENSA AOS ARTS. 104 E 105 DO REGIMENTO COMUM DO CONGRESSO NACIONAL. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA CONFIGURADOS. LIMINAR DEFERIDA.*

1. O parlamentar no pleno exercício do mandato eletivo ostenta legitimidade ativa ad causam para impetrar mandado de segurança com a finalidade de prevenir atos no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizem com o processo legislativo constitucional. Precedentes do STF: MS nº 20.257, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 08/10/1980, DJ de 27.02.1981; MS nº 21.642, rel. Min. Celso de Mello, RDA 191/200; MS nº 21.303, Min. Octavio Galloti; MS nº 24.356, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 13/02/2003, DJ 12.09.2003; e MS nº 24.642, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 18/02/2004, DJ 18.06.2004. 2. O veto apostado pelo Presidente da República, na dinâmica da sua rejeição pelo Poder Legislativo, se sujeita aos limites jurídicos delineados no art. 66, §§ 4º e 6º, da Constituição Federal; vale dizer, a deliberação legislativa acerca do agir presidencial deve ser imediata, competindo ao

organizar a votação de todos esses vetos em uma tarde, como forma de passar por cima de decisão do Supremo” Tribunal Federal; (c) o encerramento das atividades legislativas do ano de 2012 sem a votação do orçamento para o ano fiscal de 2013; (d) o “*fim melancólico da CPMI [do Cachoeira], com um relatório de duas laudas e nenhum indiciamento*”; (e) “*o constrangimento de que a Administração do Senado passou anos cometendo o equívoco de não descontar Imposto de Renda de parte do salário dos senadores e, ao ser surpreendida pela Receita Federal, decidiu pagar com recursos públicos, o que era dívida pessoal de cada senador, embora provocada por erro da Administração da Casa*”; (f) os “*plenários vazios, (...) discursos apenas para a televisão, a falta de debates de ideias e de propostas mesmo nas Comissões, o voto com o corpo (...) sem o compromisso de pronunciamento ou com a cobertura do voto secreto*”; (g) a existência de simulacro de eleição para a presidência do Senado Federal no biênio 2013-2014⁹⁰; e, por fim, (h) “*depois de três anos de prazo dado pelo Supremo, [a ausência de definição] (...) do funcionamento do Fundo de Participação dos Estados, jogando as finanças dos Estados em um abismo*”⁹¹.

Especificamente com relação ao caso do Fundo de Participação dos Estados, após manobra técnica do Tribunal de Contas da União que permitiu que alguns pagamentos fossem realizados no início do ano de 2013 à míngua de autorização legal específica⁹², o assunto foi

Poder Judiciário a sindicabilidade do comando constitucional acaso violado. 3. É inconstitucional a deliberação aleatória dos vetos presidenciais pendentes de análise legislativa, cuja simples existência subtrai do Poder Legislativo a autonomia para definição da respectiva pauta política, ex vi do 66, §6º, da CF/88. 4. É que resta necessária a deliberação dos vetos presidenciais na sua ordem cronológica de comunicação ao Congresso Nacional, o que importa na apreciação do veto parcial nº 38/2012, aposto pela Presidente da República ao Projeto de Lei nº 2.565/2011, somente após a análise de todos aqueles cujo prazo constitucional de apreciação já tenha expirado. 5. São cognoscíveis em sede mandamental as alegações de ofensa à disciplina das regras dos regimentos das Casas Legislativas, sendo certo que pela sua qualidade de normas jurídicas reclamam instrumentos jurisdicionais idôneos a resguardar-lhes a efetividade. Rejeição da doutrina das questões interna corporis ante sua manifesta contrariedade ao Estado de Direito (art. 1º, caput, CF/88) e à proteção das minorias parlamentares. 6. A leitura do veto parcial nº 38/2012, em regime de urgência, na sessão legislativa de 12.12.2012, violou as disposições regimentais que impedem (a) a discussão de matéria estranha à ordem do dia e (b) a deliberação do veto sem prévio relatório da comissão mista. 7. Fumus boni iuris e periculum in mora configurados. Medida liminar deferida.”

⁹⁰ O texto do manifesto é bastante duro com relação a esse ponto: “*Tudo isso exige que a eleição de um novo presidente seja feita com debates entre nós senadores para, antes da eleição sabermos quais as propostas do novo presidente para recuperar a eficiência e a credibilidade do Senado, ajudando a recuperar a de todo o Parlamento. Mas não é isso que se vê. Ao contrário, saímos para o recesso, cada um em seu Estado, sem saber quais seriam os candidatos (diferentemente dos Deputados que há meses estão no processo eleitoral para escolha de seu próximo presidente). Voltaremos apenas para ratificar o nome, nomeado sem apresentar qualquer proposta que mude o nosso funcionamento. Votaremos como os eleitores que iam às urnas na Primeira República, levando a cédula sem conhecer o nome do candidato escrito nela pelos antigos Coronéis de Interior. Diante disto, o mínimo que nós, como eleitores, podemos fazer é apresentar sugestões para serem debatidas e, se aprovadas, postas em prática no Senado, sob a coordenação do novo presidente*”.

⁹¹ O documento também apresenta críticas fortes com relação à ausência de definição, pelo Congresso Nacional, das regras de funcionamento do Fundo de Participação dos Estados dentro do prazo fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIs n. 875/DF, 1.987/DF, 2.727/DF e 3.243/MT: “*Este fato se reveste da maior gravidade quando lembramos a essência da existência de um Senado em nossa República, ou seja, mostramos falta de zelo com o federalismo cooperativo inscrito na Carta Magna e penalizamos as unidades federadas mais frágeis, contribuindo para a permanência de enormes desigualdades territoriais*”.

⁹² Decisão Normativa n. 123/2012, segundo a qual: “*Diante desse quadro de indefinição e considerando que o parágrafo único do art. 616 da Constituição Federal atribui ao TCU a responsabilidade pelo cálculo das quotas referentes aos fundos de participação, e mais, considerando, ainda, a exigência contida no art. 92 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código*

embaraçosamente devolvido à apreciação do Supremo Tribunal Federal, por intermédio da ADO n. 23, proposta pelos Estados da Bahia, do Maranhão, de Minas Gerais e de Pernambuco⁹³. Em decisão monocrática proferida poucos dias depois, o Ministro Ricardo Lewandowski, exercendo interinamente a presidência do Supremo Tribunal Federal, deferiu parcialmente o pedido formulado pelos autores, permitindo que o repasse das verbas do Fundo de Participação dos Estados continuasse sendo realizada conforme as regras da Lei Complementar n. 62/1989, pelo prazo adicional de cento e cinquenta dias⁹⁴.

Mesmo assim, é forçoso concluir que a total passividade do Congresso Nacional em relação a esse tema sensível, que interfere drasticamente no equilíbrio federativo do país, representa claro exemplo de que existe pouco espaço para a realização de política transformativa no Brasil atual, em contraste ao período de intensa atividade criativa que marcou as Casas Legislativas nos anos seguintes ao *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello. O texto do manifesto mencionado anteriormente elenca diversos fatos que podem sustentar essa conclusão. O mais relevante deles, com segurança, é a percepção de que o importante desenvolvimento econômico recente do Brasil gerou certa acomodação social e a percepção política de que a inovação institucional não é mais necessária no Brasil. O fetichismo institucional, portanto, dominou a percepção política na democracia brasileira.

Nesse cenário, é fundamental perceber, em primeiro lugar, a literal impossibilidade de que jurisdição constitucional sozinha coloque combustível na agenda parlamentar de debates, seja através de técnicas de decisão que efetivamente gerem um diálogo institucional apto a permitir a superação de entraves políticos, ou por intermédio da efetiva influência dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal na dormência democrática brasileira recente.

Tributário Nacional), no sentido de esta Corte de Contas encaminhar os coeficientes ao Banco do Brasil até o último dia útil de cada exercício, determinei à Secretaria de Macroavaliação Governamental a imediata realização do cálculo dos coeficientes de FPE. (...) Ao ordenar a instrução definitiva do feito, ponderei o fato de a União não poder reter os aludidos recursos, os quais pertencem constitucionalmente aos Estados e ao Distrito Federal e pautei-me, sobretudo, nos princípios da segurança jurídica e da prudência por entender que os dispositivos da LC 62/1989 questionados pelo STF ainda estarão em vigor até 31/12/2012. Dessa forma, até que sobrevenha nova disciplina legal, devem ser mantidos os coeficientes para o exercício de 2013 com base no Anexo Único da LC 62/1989.”

⁹³ O pedido formulado pelos autores da ADO foi o seguinte: “Desse modo, considerando-se que o artigo 12-F, § 1º, da Lei n. 9.868/99 confere a essa Suprema Corte competência para determinar qualquer providência que se revele necessária para assegurar a efetividade das decisões cautelares que profira em sede de ação direta por omissão, afigura-se devida a fixação de novo prazo para a atuação dos órgãos legislativos competentes, prorrogando-se, durante esse período, a vigência das normas declaradas inconstitucionais no julgamento das referidas ações diretas”.

⁹⁴ Em manifestação apresentada anteriormente à apreciação do pedido liminar, o Congresso Nacional se defendeu no seguinte sentido: “Contudo, não há omissão inconstitucional do Congresso Nacional como apontam os Requerentes, já que têm curso regular nas Casas Legislativas Projetos de Lei Complementar destinados a disciplinar a forma de distribuição dos recursos do FPE, não havendo, portanto, inércia do Poder Legislativo, a justificar qualquer intervenção do Poder Judiciário em suas atividades típicas, em atenção ao princípio da separação dos poderes. A realidade fática demonstrou que o prazo de manutenção da vigência da norma (até 31/12/2012), fixado pelo STF, foi exíguo para debate, aprovação, vigência e eficácia de uma nova Lei Complementar que substituísse os critérios adotados desde 1989, ante as inúmeras atividades desenvolvidas pelo Congresso Nacional nos últimos dois anos, associada ao fato de que em 2010 ocorreram eleições federais, conforme expressamente mencionado no acórdão do STF.”

De fato, ultrapassados (a) o momento fundacional de política extraordinária que marcou a inauguração de uma nova ordem constituinte e (b) o período de graves crises econômicas que manteve o interesse social pela política transformativa no início da década de 1990⁹⁵, tornou-se necessária a criação de instrumento distinto da jurisdição constitucional para o surgimento de solidariedade forçada no âmbito da sociedade civil brasileira.

O item subsequente do trabalho será voltado à apresentação de sugestão de caminho para o enfrentamento da questão.

⁹⁵ É curioso notar, nesse cenário de profundas alterações institucionais que marcou o Brasil desde os eventos que antecederam a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, especialmente a campanha pelas diretas-já em 1984, até mais recentemente, o relevante peso atribuído por Fernando Henrique Cardoso ao papel da opinião pública: “*O Brasil é um país com proporcionalmente poucos eleitores mas com uma quantidade de telespectadores e radiouvintes que cobre praticamente a totalidade da população. A oferta de informação pelos dois veículos, rádio e televisão, é razoavelmente pluralista e independente. A força política das massas informadas pela mídia eletrônica se fez sentir pela primeira vez na campanha por ‘eleições diretas-já’ em 1984, que marcou o ocaso do regime militar. Todos os acontecimentos políticos importantes desde então trazem a sua marca, da eleição indireta de Tancredo Neves ao impeachment de Collor, do Plano Cruzado ao Real, passando pelas eleições periódicas. A presença desse ator difuso altera profundamente as formas de exercício democrático do poder. Não basta ser votado, ainda que por dezenas de milhares, nem estar revestido de autoridade legal. A legitimação das decisões requer o esforço incessante de explicar suas razões e convencer a opinião pública*” (2010, pp. 160-161).

3.5 - Da solidariedade espontânea para a solidariedade forçada: superação da política de *laissez-faire* estatal quanto à cidadania democrática

No item 1.3 da dissertação foi debatido um dos principais defeitos que costuma ser atribuído a “*Politics*”, consistente na ausência de sugestão de caminho de transição do estado de dormência atual das democracias mundiais para o inalcançável estágio de plena aceleração democrática imaginativa almejada pelo experimentalismo institucional. Foi mencionado que o próprio Unger, em introdução feita por ocasião do lançamento de nova edição da obra (2004b), reconheceu que essa preocupação não foi retratada no livro. Para suprir a lacuna, o autor tentou, no corpo da própria introdução, rascunhar programa que pudesse fornecer agenda de trabalho às democracias atuais.

Como mencionado, o pressuposto da transição, segundo Unger, seria a aliança entre as diferentes classes que compõem a sociedade civil. Em sentido crítico, foi dito na dissertação que essa união seria altamente improvável, por depender do surgimento espontâneo de solidariedade coletiva. Foi sustentado no presente trabalho que o elemento da solidariedade dificilmente poderia ser imposto por arranjos institucionais.

No item 3.4, foi visto que, segundo Unger, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 representou o encerramento do último momento brasileiro de solidariedade espontânea. Para o autor, como mencionado anteriormente, o ambiente sócio-político que circundou a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 gerou verdadeiro momento constitucional mágico de união entre grupos política, econômica e socialmente distintos no Brasil. De maneira implícita, Unger identificou, nesse momento brasileiro, a improvável solidariedade espontânea que é necessária para o aquecimento democrático.

O problema da solidariedade espontânea é que ela desaparece no exato momento em que o ambiente mágico de mobilização popular que marca os momentos constitucionais perde a sua razão motivadora ou alcança, total ou parcialmente, o seu objetivo. A dificuldade, quando se esvai a solidariedade espontânea, é justamente imaginar mecanismos para que ocorra o surgimento da solidariedade forçada.

No caso brasileiro, como visto anteriormente, o interesse da população pela política apenas se manteve aceso após o encerramento da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 em decorrência (a) do significado democrático que representou o *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello e (b) do profundo incômodo social causado pela crise

econômica que atingiu o Brasil ainda no início da década de 1990⁹⁶. Nesse sentido, a arena do dissenso formada na sociedade civil brasileira – entendida como a opinião pública com as suas atenções realmente voltadas à política – somente se dissipou com a estabilização econômica⁹⁷. O último momento constitucional brasileiro, assim, prolongou-se para além do período constituinte.

A evolução recente da teoria constitucional criada por Ackerman é bastante relevante para explicar tanto essa conclusão como a proposta que será apresentada em seguida.

Segundo o modelo dualista de democracia inicialmente desenvolvido pelo autor⁹⁸, existiriam dois momentos distintos para a tomada de decisões políticas: (a) os momentos constitucionais em que o povo decide e (b) os momentos ordinários em que os detentores do poder político decidem. Apenas os primeiros, extremamente raros, possuiriam o condão de definir a identidade coletiva de cada nação. Além disso, somente nos momentos constitucionais é que os detentores do poder adquiririam legitimidade para tomar decisões realmente constitucionais. As decisões ordinárias tomadas diariamente pelos detentores do poder não se enquadrariam na categoria de momentos constitucionais (1991, p. 06).

Para Ackerman, as seguintes condições devem estar necessariamente presentes para que determinado momento político possa ser qualificado de constitucional: (a) o líder político (ou partido político) autor da proposta deve lograr convencer número extraordinário de cidadãos a levarem a iniciativa com a seriedade que normalmente não conferida à política ordinária cotidiana; (b) os oponentes do líder político (ou partido político) devem receber justa oportunidade para organizar suas próprias forças; (c) o líder político (ou partido político)

⁹⁶ A esse respeito, vale mencionar novamente o testemunho de Fernando Henrique Cardoso: “Ao enfraquecimento momentâneo das forças políticas tradicionais somava-se outro fator decisivo: a saturação da sociedade depois de anos de convivência com os efeitos desagregadores da superinflação. Com preços subindo quase todo dia e acumulando aumentos médios acima de 20% ao mês, praticamente não havia setores e camadas imunes. Todos eram de algum modo impactados: os assalariados, aposentados e pensionistas, pela corrosão acelerada do poder de compra de seus rendimentos fixos; os trabalhadores por conta própria e microempresários sem acesso ao sistema bancário, pela desvalorização de seus escassos ativos em dinheiro; a alta classe média e os empresários, pelas imensas dificuldades de planejar e investir no ambiente superinflacionário, mesmo tendo acesso a aplicações financeiras indexadas. Qualquer proposta crível de ataque à inflação tenderia a obter, nessas circunstâncias, consenso amplo na sociedade, deixando em segundo plano outros interesses eventualmente divergentes e até conflitantes. Consenso que, uma vez repercutido pelos meios de comunicação de massa, terminaria por influenciar os que tomavam decisões no governo e no Congresso. Nossos esforços para ‘vender’ o Plano Real voltaram-se, por isso, tanto para dentro do governo e do Congresso quanto para fora do sistema político, para o convencimento da sociedade. A ambas tarefas me dediquei obsessivamente, primeiro como ministro, depois como candidato a presidente” (2010, p. 154).

⁹⁷ Com bastante franqueza, Fernando Henrique Cardoso assume que foi exatamente a saturação social com a crise econômica que gerou o ambiente político necessário para que reformas profundas institucionais fossem realizadas sob o pretexto de “segurar o real” (2010, p. 155).

⁹⁸ Referido modelo foi desenvolvido pelo autor com o objetivo de criar uma teoria constitucional realmente norte-americana alheia a importações conceituais irrefletidas (1991, p. 06).

deve conseguir apoio da maioria dos integrantes da sociedade ao final de processo no qual o conteúdo da proposta é repetidamente discutido⁹⁹.

Na fase mais recente da sua obra, especialmente nos livros “*The Stakeholder Society*” (1999, escrito conjuntamente com Anne Alstot)¹⁰⁰, “*Voting With Dollars*” (2002, escrito conjuntamente com Ian Ayres)¹⁰¹, “*Deliberation Day*” (2004, escrito conjuntamente com James Fishkin)¹⁰² e “*Decline and Fall of The American Republic*” (2010)¹⁰³, Ackerman objetivou interferir na agenda dualista do modelo de democracia que desenhou para os Estados Unidos. Nesse sentido, aproximando-se muito das premissas do pensamento de Unger, Ackerman buscou confeccionar experimentos destinados a tornar mais frequente a ocorrência de momentos de interesse social na política assemelhado ao verificado nos momentos constitucionais. O caminho encontrado pelo autor foi reinventar mecanismos cívicos com o objetivo de fazer com que o maior número de cidadãos possível dedicasse à cidadania a quantidade de atenção que não emprega na política ordinária cotidiana.

A visão de Ackerman, assumida mais explicitamente em recente artigo intitulado “*Reviving Democratic Citizenship?*” (2012), é no sentido de que a significativa maioria das instituições cívicas herdadas pela atual geração norte-americana está morta ou em fase de inanição, sendo que “*além do ato formal do voto, o ato mais significante de cidadania [do norte-americano] é mostrar o seu passaporte nas fronteiras*” (2012, p. 01). Assim, em avanço à fase inicial mais descritiva da sua obra, o autor passou a produzir textos de cunho propositivo, geralmente sobre temas de ciência política, voltados à criação de espécie de

⁹⁹ A divisão descritiva dos momentos democráticos realizada por Ackerman é semelhante à realizada por Unger entre os conceitos de política extraordinária e ordinária. Como visto no item 1.3, Unger adota, em “*Politics*”, duas acepções do termo política: (a) uma mais estreita, que representa a disputa pelo domínio do poder governamental; e (b) uma mais ampla que diz respeito à própria feitura da sociedade. O experimentalismo institucional objetiva aumentar ao máximo a prática do conceito mais amplo de política.

¹⁰⁰ A proposta inovadora contida nessa obra é a atribuição de uma quota social de US\$ 80.000,00 (oitenta mil dólares norte-americanos) para todos os cidadãos do país que atingissem a fase inicial da sua vida adulta. As quotas sociais seriam financiadas através da criação de um novo imposto e os beneficiados seriam livres para usar a quantia para o propósito que escolhessem. O objetivo é conferir à população que ingressará no mercado de trabalho certo grau de independência para tomar as suas decisões pessoais e profissionais. A aposta de Ackerman e Alstot é que haverá significativa diminuição no número de jovens literalmente fracassados na sociedade norte-americana (1999, pp. 04-05).

¹⁰¹ Em linhas gerais, a proposta apresentada nesse livro almeja redefinir a lógica de funcionamento das campanhas eleitorais através da atribuição de diferentes quotas políticas (“*patriot dollars*”) para todos os cidadãos com capacidade eleitoral, de modo a que cada um pudesse escolher em qual político ou partido político investir durante as campanhas (2002, pp. 182-221).

¹⁰² Esse livro, conforme já mencionado no item 1.3 da dissertação, apresenta proposta de criação de feriado nacional financiado pelo Estado que antecederia as eleições presidenciais e teria como objetivo criar espaços destinados exclusivamente à deliberação da sociedade civil acerca das plataformas de campanha dos candidatos (2004, pp. 75-96).

¹⁰³ Nessa obra, Ackerman propõe a criação de um *voucher* de notícias jornalísticas na internet. De acordo com a proposta, os usuários da internet seriam sempre convidados a indicar os textos jornalísticos que contribuíssem para o incremento da sua compreensão da vida política. Os votos dos usuários da internet seriam transmitidos a uma espécie de agenda reguladora que compensaria financeiramente as organizações de imprensa responsáveis pelos artigos mais votados. A ideia, segundo Ackerman, é semelhante à do dia da deliberação: criar microespaços de discussão política na sociedade civil (2010, pp. 133-134).

“*agenda de cidadania*” destinada à criação de instituições sociais voltadas ao “*exercício da democracia na vida ordinária*” dos norte-americanos (2012, p. 01).

Basicamente, o objetivo de Ackerman tem sido gerar não apenas o incremento da consciência cívica das populações, mas, principalmente, o surgimento de “*ciclos de virtude*” que teriam impacto direto em todas as instituições políticas (2002, pp. 75-96). Em última instância, a sua agenda de cidadania almeja criar verdadeira esfera pública política/arena do dissenso na sociedade civil norte-americana. Através da elaboração imaginativa de distintos canais institucionais de comunicação entre a sociedade civil e as instituições detentoras do poder político, Ackerman tenciona claramente alcançar o objetivo máximo do experimentalismo institucional: aumentar a quantidade de política transformativa produzida cotidianamente.

Através criação de solidariedade forçada, as inovações institucionais propostas por Ackerman poderão gerar incremento de política transformativa e a própria “*revitalização da cidadania democrática*” (2012, p. 01). Isso porque, conforme corretamente percebeu o autor, nos momentos de pouco engajamento social na política, é imprescindível o envolvimento direto do Estado no financiamento da cidadania. O *laissez-faire* estatal com relação à questão tem sido o responsável pelo baixo engajamento da sociedade civil após o desaparecimento dos raros momentos de solidariedade espontânea. O resultado dessa política liberal tem sido o frequente surgimento de esferas públicas políticas fantasmas nas democracias atuais (2004, pp. 193-198).

É difícil fugir à percepção de que o referido raciocínio se amolda perfeitamente à realidade atual da democracia brasileira. Conquanto o voto obrigatório represente importante política de exercício forçado da cidadania no Brasil, é inegável que outros experimentalismos institucionais realizados fora da jurisdição constitucional, como a reinvenção dos serviços sociais forçados, a rediscussão dos mecanismos de financiamento de campanha e de funcionamento dos partidos políticos, assim como o pensamento de novas formas de educação sentimental massificada, poderiam facilitar sobremaneira a aceleração da democracia brasileira atual.

Nesse sentido, embora sejam direcionados à democracia norte-americana, os experimentos sugeridos por Ackerman nas obras anteriormente citadas poderiam ser adaptados à realidade brasileira. Algo assemelhado às quotas sociais, por exemplo, poderia ser estudado no Brasil, assim como a utilização de mecanismo inspirado no “*Deliberation Day*” para as eleições municipais. A própria alteração da lógica de financiamento de campanhas

atualmente empregada no Brasil é questão que justifica estudo mais aprofundado. A proposta de Ackerman de permitir à população interferir diretamente no mecanismo de divisão das receitas públicas de financiamento das campanhas eleitorais é também bastante interessante como mecanismo de criação de maior identidade ideológica para os partidos políticos no Brasil. Na mesma linha, as facilidades da comunicação por intermédio da internet poderiam ser aproveitadas na criação de arenas cibernéticas institucionalizadas, financiadas e estimuladas pelo Estado, para debates de questões da política cotidiana pelos cidadãos. Seria relevante, ainda, desenvolver tanto mecanismos que estimulassem financeiramente o surgimento de mais projetos de leis de iniciativa popular, como agendas estatais sérias de promoção da cidadania durante os feriados nacionais.

Assim, quando se deseja utilizar o direito constitucional para enfrentar o problema da ausência de arenas de dissenso moral na democracia brasileira, o pressuposto que a presente dissertação sugere para o pensamento crítico é o reconhecimento de que, se o aparecimento de momentos de solidariedade espontânea é raro, cabe ao Estado propiciar mecanismos institucionais voltados ao surgimento frequente da solidariedade forçada nos cidadãos. O caminho proposto para a criação desses novos mecanismos é o experimentalismo institucional fora da jurisdição constitucional.

3.6 - Fecho

A parte final do trabalho foi dedicada à apresentação de perspectiva de visualização da democracia brasileira que revela a importância da superação da obsessão que a teoria constitucional atualmente possui com o papel do Supremo Tribunal Federal.

A partir de releitura do conceito habermasiano de esfera pública política, foi defendido que é relevante para o aquecimento democrático a existência de pessoas ou organizações paraestatais que dediquem atenção à política praticada fora dos momentos constitucionais. Nesse sentido, foi afirmado que a existência de arenas de dissenso moral é pressuposto para o aparecimento da política transformativa.

Com relação ao Brasil, foi defendido ser desnecessário escolher entre as diferentes visões existentes na doutrina sobre o significado democrático da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. Afirmou-se, assim, ser suficiente perceber que, ainda que eventualmente o referido momento fundacional tenha representado verdadeiro momento de solidariedade espontânea que se prolongou até o encerramento das crises políticas e econômicas que marcaram a década de 1990, o fato é que, pacificada a situação, não demorou muito para que o arrefecimento do interesse cívico pela política ordinária ocorresse. Ainda assim, foi sustentado que o desaparecimento da arena de dissenso na sociedade civil brasileira não levou à diminuição da política constitucional realizada no país. A partir de exemplos concretos, o Brasil recente foi rotulado de Amediana da política pequena.

Assim, a partir de casos atuais como o da ausência de regulamentação do Fundo de Participação dos Estados, objetivou-se demonstrar que (a) democracia brasileira de hoje é marcada pela existência de pouco interesse social pela política, e (b) o Supremo Tribunal Federal não tem condições de desempenhar relevante papel na solução dessa patologia. Concluiu-se, então, tratar-se de problema que somente pode ser enfrentado eficazmente a partir de experimentalismos institucionais que não envolvam a jurisdição constitucional.

O pressuposto teórico apresentado para a formulação de sugestões institucionais de enfrentamento da questão foi a necessidade de superação da política de *laissez-faire* estatal atualmente existente no Brasil com relação à cidadania democrática. Foi afirmado que o caminho para a superação desse problema necessariamente envolve a criação de institutos destinados ao exercício da democracia nos momentos ordinários da vida dos cidadãos. O objetivo é superar o conformismo que marca o modelo teórico de democracia dualista, através da incorporação da meta de surgimento de políticas transformativas cotidianas.

A conclusão final, portanto, foi a de que, por serem raros os momentos em que surge a solidariedade espontânea que caracteriza os momentos constitucionais, é necessário que o Estado desenvolva arranjos institucionais direcionados à aparição da solidariedade forçada necessária para a prática da política transformativa.

Nesse sentido, como dito inicialmente, o objetivo da terceira parte do trabalho foi apenas demonstrar patologia democrática relevante brasileira, cujo enfrentamento pelo direito constitucional inquestionavelmente demanda (a) o reforjamento da análise jurídica como instrumento de experimentalismo institucional e (b) o desentrincheiramento da jurisdição constitucional.

CONCLUSÃO

Conclusões parciais foram detalhadamente apresentadas ao final de cada uma das partes estruturantes do trabalho. Essa opção metodológica foi adotada com o escopo de facilitar a transição entre as três mensagens principais que o estudo almejou transmitir, quais sejam: (a) o significado que deve ser atribuído à teoria do experimentalismo institucional no âmbito da análise jurídica, (b) o sentido da proposta de desentrincheiramento da jurisdição constitucional, e (c) um modo de análise do estágio atual da democracia brasileira capaz de justificar a necessidade de mudança rumo na teoria constitucional.

O momento de encerramento da dissertação, portanto, dispensa revisão minuciosa da argumentação que fundamentou os referidos eixos de argumentação. É necessário apenas reforçar a mensagem principal que o estudo pretendeu transmitir.

A ênfase da proposta do trabalho, nesse sentido, foi sugerir agenda ao pensamento do direito constitucional que seja modesta quanto ao que espera dos magistrados e ambiciosa no que concerne à imaginação de novos arranjos institucionais voltados à concretização das opções políticas assumidas por ocasião da Constituição Federal de 1988. A análise jurídica como instrumento de experimentalismo institucional foi apresentada como caminho para que o jurista dê menos atenção à racionalização retrospectiva de políticas congeladas e perceba que é necessário olhar para o futuro.

O desentrincheiramento da jurisdição constitucional foi defendido, assim, a partir das premissas de que:

- (a) o controle de constitucionalidade de normas por Cortes Constitucionais representa apenas mais uma instituição humana historicamente contingente;
- (b) existe democracia sem jurisdição constitucional, ainda que não seja essa a regra disseminada nas democracias modernas;
- (c) o *judicial review* se tornará mais útil para as democracias quando a doutrina constitucional perceber que é necessário retirá-lo do seu local atual de imunidade a questionamento teóricos;
- (d) a tese de que os magistrados adquirem argumentativamente a sua legitimidade política é absolutamente insuficiente para admitir que se deposite das Cortes Constitucionais, da maneira como vindo sendo feito no Brasil atualmente, as rédeas de condução da democracia;

- (e) não é possível formular argumentos abstratos favoráveis ou não à manutenção da jurisdição constitucional, assim como direcionados à escolha das técnicas de decisão adotadas pelas Cortes Constitucionais e das suas regras de conduta política;
- (f) o critério de escolha do melhor arranjo institucional da jurisdição constitucional para determinada democracia deverá sempre ser consequencial e contextualizada;
- (g) o método de julgamento pelos magistrados deve ser definido de maneira deferente à realidade humana e, via de regra, modesta no que concerne aos seus propósitos; e
- (h) deve ser vista como excepcional a hipótese de realização de política transformativa pelo Poder Judiciário.

No que diz respeito ao Brasil, o objetivo principal do trabalho foi demonstrar que a agenda atual da teoria constitucional não tem sido relevante para propiciar os avanços democráticos necessários ao país. A patologia democrática da ausência de arenas de dissenso na sociedade civil brasileira se tornou mais grave a partir do momento em que se dissipou a solidariedade espontânea gerada por ocasião dos eventos políticos e crises econômicas ocorridas nas décadas de 1980 e 1990. Tornou-se imperiosa, assim, a retomada do experimentalismo institucional que substitui a política ordinária pela política transformativa e dispensa o desastre como pressuposto da mudança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABOULAFIA, Mitchel; BOOKMAN, Myra; KEMP, Catherine. *Habermas and pragmatism*. London and New York: Routledge, 2002.

ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge & London: Harvard University Press, 1991.

_____ ; STOLT, Anne. *The Stakeholder Society*. New Haven & London: Yale University Press, 1999.

_____ ; AYRES, Ian. *Voting with Dollars: A New Paradigm for Campaign Finance*. New Haven & London: Yale University Press, 2002.

_____ ; FISHKIN, James S. *Deliberation Day*. New Haven & London: Yale University Press, 2004.

_____. *The Decline and Fall of The American Republic*. Cambridge & London: Harvard University Press, 2010.

_____. *Reviving Democratic Citizenship?* Artigo apresentado na sessão de 18.12.2012 da American Sociological Association.

ALEXY, Robert. _____. *The Special Case Thesis*, in: Revista Ratio Juris, Vol. 12, n. 4, p. 374-384, dez. 1999.

_____. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad.: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed., Tradução: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2009.

ANDERSON, Perry. *A política do engrandecimento*, in: *Afinidades seletivas*. Tradução: Paulo Cesar Castanheira, São Paulo: Boitempo, 2002.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Tese de doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília em 2009. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/handle/10482/4075>.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), *Revista de Direito Processual*, Rio de Janeiro, nº 60, 2006.

BELSKY, Martin H. The Rehnquist Court – a Review at the End of the Millenium. In: BELSKY, M. (org.). *The rehnquist court: a retrospective*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Xadrez internacional e social-democracia*. Editora Paz e Terra, 2010.

CARVALHO NETTO, Menelick. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*, in: SAMPAIO, José Adércio Leite (Ed.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CASTRO, Marcus Faro de. *Política e Relações Internacionais*. Editora UnB, 2004.

COUSO, Javier. *The politics of judicial review in Chile in the era of domestic transition, 1990-2002*, in: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto e SKAAR, Elin (ed.). *Democratization and the Judiciary – The Accountability Function of Courts in New Democracies*. Frank Cass Publishers, New York, 2004.

CUI, Zhiyuan. *Prefácio*. In: UNGER, Roberto Mangabeira. *Política: os textos centrais*. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Boitempo, 2001.

DAHL, Robert A. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*”, 6 J. Pub. L. 279, 1953.

DWORKIN, Ronald. *Looking for Cass Sunstein*, in: *The New York Review of Books*, volume 56, n. 7, abril-2009.

_____. *In praise of theory*. Arizona State Law Journal, 427, 1997.

_____. *Levando os direitos a sério*. 3ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança. Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*, 1ª Ed., Tradução: Juliana Lemos, São Paulo: Martins Fontes, 2010

FARIA, Cristiano Ferri Soares de. *O Parlamento aberto na era da internet. Pode o povo colaborar com o Legislativo na elaboração das leis?* 2012. Disponível em http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/7867/parlamento_aberto_faria.pdf?sequence=1. Último acesso em 26.1.2013.

GARGARELLA, Roberto. *What courts should not do: Argentina, 1983-2002*, in: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto e SKAAR, Elin (ed.). *Democratization and the Judiciary – The Accountability Function of Courts in New Democracies*. Frank Cass Publishers, New York, 2004.

GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constituição e Democracia*, in: *Revista de Direito do Estado*, 2006,

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Democracia radical & Experimentalismo institucional*. São Paulo: Manole, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II, 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HOLMES, Stephen. *The Professor of Smashing: The Preposterous Political Romanticism of Roberto Unger*. The New Republic, 19.10.1983.

JOBIM, Nelson. *A Constituinte vista por dentro – vicissitudes, superação e efetividade de uma história real*, in: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Quinze anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 917.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excesso*. Artigo não publicado, apresentado por ocasião da disciplina “Tópicos especiais de jurisdição constitucional”, no primeiro semestre de 2012.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NIETZSCHE, Fredrich. *On Truth and Lie in an Extra-Moral Sense*, in: *The Viking Portable Nietzsche*, ed. e trad. Walter Kaufmann, Nova Iorque: Tiking Press, 1954.

NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. Yale University Press, 1996.

NEHAMAS, Alexander. *Nietzsche: life as literature*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.

POSNER, Richard. *Against constitutional theory*. New York University Law Review, volume 73, abril-1998, n. 01.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ROUX, Theunis. *Legitimizing transformation: political resource allocation in the South African constitutional Court*, in: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto e SKAAR, Elin (ed.). *Democratization and the Judiciary – The Accountability Function of Courts in New Democracies*. Frank Cass Publishers, New York, 2004.

RORTY, Richard. *The banality of pragmatism and the poetry of justice*. Southern California Law Review, Volume 63, pp. 1.811-1.819, 1989/1990.

_____. *Ensaios sobre Heidegger e outros*. 1ª Ed., Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

_____. *Objetivismo, relativismo e verdade*. Volume I, 2ª edição, Relume Dumará: Rio de Janeiro, 2002.

_____. *Direitos humanos, racionalidade e sentimentalidade*. In: *Verdade e Progresso*. Trad. Denise R. Sales. Barueri, SP: Manole, 2005.

_____. *Contingência, ironia e solidariedade*. 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

_____. *Dewey and Posner on Pragmatism and moral progress*. University of Chicago Law Review, n. 74, pp. 915-928, 2007b.

_____. *Consequences of pragmatism*. 12^a Ed., Minneapolis: University of Minnesota Press, 2011.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: Daniel Sarmento (coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, 2009, pp. 113-46. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review, 571, 1986-1987.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. 1^a Ed., Del Rey: Belo Horizonte, 2007.

SEGADO, Francisco Fernández Segado. *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelsiano) de los Sistemas de Justicia Constitucional*, in Revista de Direito Público, n. 2, p. 55-82, out./dez. 2003

SHAPIRO, Martin. *Judicial Review in Developed Democracies*, in: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto e SKAAR, Elin (ed.). *Democratization and the Judiciary – The Accountability Function of Courts in New Democracies*. Frank Cass Publishers, New York, 2004.

SHERRY, Suzanna. *The Intellectual Background of Marbury v. Madison*, in: *Arguing Marbury v. Madison*. Stanford University Press, 2005.

SILVA, José Afonso da. *O Constitucionalismo Brasileiro. (Evolução Institucional)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SWEET, Alec Stone e SHAPIRO, Martin. *Abstract and Concrete Review in the United States*, Oxford University Press: On Law, Politics, and Judicialization, vol. 1, no. 9, pp. 347-417, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretations and institutions*. Michigan Law Review, 885, 2002-2003

SUNSTEIN, Cass R. *Routine and Revolution*, in LOVIN, Robin W. e PERRY, Michael J., *Critique and Construction, a Symposium on Roberto Unger's Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. 2^a Ed., Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*. New York: Basic Books, 2004.

_____. *A Constitution of Many Minds*. Princeton University Press, 2009.

TEIXEIRA, Carlos Sávio. *Experimentalismo e democracia em Unger*. Lua Nova, São Paulo, 80: 45-69, 2010.

TUSHNET, Mark. *Critical legal studies: a political history*. Yale Law Journal, 1991

_____. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. *Arguing Marbury v. Madison*. Stanford University Press, 2005.

_____. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008

UNGER, Roberto Mangabeira. *Knowledge and Politics*. Nova Iorque: The Free Press, 1974.

_____. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986.

_____. *Politics: the central texts*. 1ª Ed., New York: Verso, 1997.

_____. *Política: os textos centrais*. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Boitempo, 2001.

_____. *O direito e o futuro da democracia*. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Boitempo, 2004a.

_____. *False necessity: Anti-necessitarian social theory in te servisse of radical democracy – Volume 1 of Politics*. New Edition, New York: Verso, 2004b.

_____. *Social theory: its situation and its task – Volume 2 of Politics*. New Edition, New York: Verso, 2004c.

_____. *Plasticity into power: comparative-historical studies on the institutional conditions of economic and military success – Volume 3 of Politics*. New Edition, New York: Verso, 2004d.

_____. *Beyond nihilism: flaws in the human condition (part II of VII)*. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=yA9SwXdj3fA>.

UPRIMNY, Rodrigo. *The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia*, in: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto e SKAAR, Elin (ed.). *Democratization and the Judiciary – The Accountability Function of Courts in New Democracies*. Frank Cass Publishers, New York, 2004.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, 1999.

_____. *Dirty little secret*. Columbia Law Review, 510, 1998.

_____. *The core of the case against judicial review*. 115, *Yale Law Journal*, pp. 1.346-1.406, 2005-2006.

ZURN, Christopher F. *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. Cambridge University Press, 2007