
Cadernos ASLEGIS

ISSN 1677-9010 / www.aslegis.org.br

Dirigismo constitucional e mudanças institucionais: Uma crítica a partir de Unger

Carlos Sávio Gomes Teixeira¹
Vitor Pinto Chaves²

Após a promulgação da Constituição de 1988, a discussão sobre a concretização de direitos sociais ganhou força no direito brasileiro, em especial entre os constitucionalistas. Os temas principais dos debates, que perduram ainda hoje, são os instrumentos e métodos interpretativos dos direitos sociais e o papel da separação de poderes na tarefa de implementação de políticas públicas a partir do disposto no texto constitucional. A perspectiva implícita sempre foi referente à capacidade ou não de a nova Constituição transformar a realidade social brasileira.

Nesses debates pouco ou quase nada é discutido sobre as opções institucionais referentes às políticas públicas relacionadas aos direitos discutidos em abstrato. O raciocínio implicitamente parece ser o seguinte: é possível definirmos as melhores interpretações do texto constitucional, e a partir desse exercício poderemos verificar se uma regulamentação setorial concreta é adequada ou não aos princípios extraídos, explícita ou implicitamente, da Constituição. A questão é vista como um problema semântico. O problema das alternativas institucionais, em nossa avaliação, central, acaba sendo relegado, indiretamente, um tema para outras disciplinas, como a economia e a ciência política. A questão subjacente é saber em que medida a Constituição dirige ou não o País a um modelo de Estado Social.

Passados, porém, mais de 20 anos, apesar de avanços pontuais em algumas áreas, as promessas constitucionais estão ainda muito longe de serem cumpridas. Em razão disso surge uma questão plausível: será que o problema seria ainda a falta de discussão sobre as possibilidades semânticas do texto constitucional? Ou seja, o problema é a necessidade de construção de uma metodologia própria para o Direito brasileiro? Essas questões, todavia, são encaradas de formas distintas por correntes inter-

-
- 1 Professor Adjunto de Ciencia Política da Universidade Federal Fluminense. Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo.
 - 2 Procurador Federal e Professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília.

pretativas que compartilham visões diversas sobre o papel do Estado e da Constituição brasileira, como aqueles que podemos denominar de formalistas, substancialistas e procedimentalistas. Em comum, essas perspectivas compartilham a dificuldade de explicar convincentemente a relação entre direito constitucional e transformação das estruturas sociais.

Entre os juristas progressistas, em geral, considera-se a tese da Constituição Dirigente a perspectiva em que essa relação seria mais bem explicitada. Argumentaremos que não. Debateremos neste artigo, a partir do contexto brasileiro, que o dirigismo constitucional, assentado nas premissas de um Estado Social, não consegue enxergar e enfrentar adequadamente essa relação. A questão central nesse cenário é a seguinte: É possível pensarmos em um projeto constitucional transformador que não se restrinja às incongruências de um dirigismo constitucional ou de um procedimentalismo vazio de ideias institucionais? Essa parece ser uma indagação fundamental para o direito constitucional brasileiro. Para desenvolvermos essa questão, valemo-nos da crítica ao que Roberto Mangabeira Unger (2011) denominou como uma das heranças weimarianas (segundo ele um weimarismo truncado e tardio) da nossa atual Constituição: a constitucionalização de expectativas sociais redistributivas sem a preocupação com a construção dos meios e instrumentos de sua efetivação. Discutimos aqui se a proposta de Unger consegue enfrentá-la adequadamente.

Para levar a termo nossa empreitada, dividimos o texto em três partes. Na primeira apresentaremos a Teoria da Constituição Dirigente, sua relação com a ideia de Estado social, e as limitações dessa proposta e de outras que pretendem ser alternativas. Na segunda parte procuraremos situar as ideias constitucionais de Unger em um quadro conceitual extraído de algumas obras representativas de seu pensamento. E na terceira parte buscaremos refletir sobre se as propostas apresentadas realmente orientam uma perspectiva de análise constitucional adequada aos desafios do direito constitucional brasileiro, em especial, no que se refere à relação entre direitos constitucionais sociais e políticas públicas transformadoras.

1- Dirigismo constitucional: Uma frágil promessa de transformação

A ideia de uma Constituição Dirigente é típica do Estado Social. O dirigismo constitucional pressupõe uma concepção de Estado e de seu modelo de regulação social, econômica e cultural (CANOTILHO, 2005: 145) que busca racionalizar a política e impor-lhe uma direção, uma dimensão material (BERCOVICI, 2003: 116). Uma Constituição Dirigente seria, assim, uma alternativa ao constitucionalismo formalista do Estado Liberal, vinculada a uma proposta de legitimação do paradigma

de Estado Social, que considera os direitos sociais como imposições constitucionais legitimadoras de transformações econômicas e sociais.

No Brasil, a defesa teórica do dirigismo constitucional iniciou-se com a Constituição de 1988. A principal referência para essa defesa foi o constitucionalista Canotilho que, em 1982, publicou “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas”. Nesse livro, o autor procurava fornecer teoricamente as bases para uma fundamentação dos limites materiais-constitucionais vinculativos do legislador, com foco na Constituição portuguesa de 1976. Esse trabalho serviu, e ainda serve, como guia de juristas brasileiros defensores de uma concepção material de Constituição que se posicionam pela necessidade de um Estado Social centrado na implementação de políticas públicas, sobretudo, em prol de uma juridicidade ativa das chamadas normas constitucionais programáticas.

Contudo, já a partir da década de 90, Canotilho passou a publicar textos em que questionava sua posição original. Como ápice desse movimento de mudanças de suas ideias, publicou, em 2001, um segundo prefácio à sua obra seminal sobre o dirigismo constitucional, no qual apresenta a reformulação do seu posicionamento anterior. O autor coloca em dúvida e, em alguns pontos, critica diretamente as próprias bases de seu pensamento anterior. Duas frentes argumentativas são centrais nessa “virada” do pensamento de Canotilho: i) uma de índole filosófico-constitucional, relacionada à “morte” do sujeito histórico transformador e ii) outra referente ao que denomina de “interconstitucionalidade”, que trata das influências dos fenômenos da globalização, especialmente a emergência do Constitucionalismo Europeu³.

Aí se encontra o cerne do que Canotilho denomina de “morte” da Constituição “metanarrativa” e o sumiço do sujeito projetante no âmbito do Direito Constitucional⁴. No entanto, o constitucionalista por-

3 Para Canotilho, a expressão Constituição Dirigente revelou-se um termo equivocado. Um dos motivos foi o fato de que a Constituição Dirigente passou a ser identificada com o dirigismo programático-constitucional (CANOTILHO, 2006: 31). Ela se relacionava diretamente com o desenvolvimento de um determinado projeto de modernidade (CANOTILHO, 2005: 143). Um projeto vinculado, historicamente datado, e, sobretudo, com a forte marca de um sujeito transformador, um sujeito moderno, autocentrado e autoconstitutivo. Daí porque o problema da Constituição Dirigente ser, no fundo, um problema da filosofia do sujeito e de uma teoria da sociedade focada no voluntarismo e na utopia da subjetividade projetante. A frase do autor é interessante para se verificar o que está sendo dito: “Se a Constituição programática fosse tão somente o rosto normativo da utopia daí não adviria grande mal ao mundo” (CANOTILHO, 2006: 106).

4 Canotilho, entretanto, se diz mal compreendido por seus interlocutores. Nesse sentido, asseverou que “Uma boa parte dos nossos interlocutores não compreende o que significa a perda do sujeito na nova problematização do dirigismo constitucional” (CANOTILHO, 2005: 151). Porém, em seguida ele afirma categoricamente: “Morreu a ‘Constituição metanarrativa’ da transição para o socialismo e

tuguês ressalta que o principal problema da Constituição Dirigente não está apenas na utopia do sujeito projetante. Ele destaca que surgiu uma superconfiança no *medium* do direito na tarefa de regular de forma intervencionista a política e outros setores da sociedade. Com isso, o dirigismo constitucional teria arrastado o direito e o Estado para uma crise regulatória (CANOTILHO, 2001: XX). A Constituição Dirigente, em sua leitura, pressupunha uma “autossuficiência normativa” indiscutida. Assentava-se na premissa de que suas imposições adquiririam força normativa por si só: “o texto constitucional deixava de ser uma lei para se transformar numa ‘bíblia de promessas’” (CANOTILHO, 2006: 32)⁵.

O principal argumento dos seguidores de Canotilho no Brasil é o de que as mudanças apresentadas por ele eram relativas e restritas à realidade europeia. Ou seja, não se aplicariam ao Brasil. O Brasil ainda necessitaria de uma Constituição Dirigente “apta a explicitar condições de possibilidade da implementação de políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição” (STRECK, 2002: 3). E, por sua vez, essa teoria não poderia abrir mão de estar ao lado de uma teoria do Estado que corroborasse com tais condições de vinculação. É nesse sentido que, por exemplo, Streck chega a formular a hipótese de uma “Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT)” em contraposição de uma Teoria “Geral” da Constituição, cujo conteúdo seria inadequado à realidade brasileira (STRECK, 2003b: 82).

É bastante questionável se o Brasil teve ou não um modelo de Estado de bem-estar social. Porém, independentemente disso, é também questionável a necessidade de adotarmos o modelo estatal que vigorou nos países desenvolvidos de meados do século passado até mais ou menos a sua década de 1980. A denominada crise do modelo de Estado de bem-estar social afetou também os países periféricos, como o Brasil. O crescimento econômico da década de 1970 que, entre nós, representou otimismo, transformou-se em crise na década de 1980. O cenário era de alta inflação e uma sequência malsucedida de planos monetários. Essa década, inclusive, ficou conhecida, do ponto de vista econômico, como a “década perdida”.

para uma sociedade sem classes. O sujeito capaz de contar a récita e empenhar-se nela também não existe” (CANOTILHO, 2005: 152).

- 5 Tal mudança no pensamento de Canotilho, porém, não foi bem recebida por grande parte dos juristas que se debruçam sobre o tema dos direitos sociais. Para ilustrar essa afirmação, em 2002, foi realizada na Universidade Federal do Paraná, sob a organização do Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, vídeo-conferência que contou com a presença de mais 20 juristas brasileiros. Nessa ocasião, discutiram com Canotilho, que falava de Portugal, o espectro das mudanças das ideias desse autor em sua “Teoria da Constituição Dirigente”. Nesse evento, ficou patente a irrisignação e inconformismo de parcela dos participantes com as mudanças no pensamento do autor (COUTINHO, 2003).

Mesmo num cenário que deveria ser de grande pessimismo, o período não foi de desesperança. Foi justamente na década de 1980 que o Brasil inicia e consolida um processo de (re)democratização que culminou em 1988 na chamada “Constituição Cidadã”. Seria romântico dizer que o processo constituinte dos anos de 1986/1987 contou com a participação plena do “povo” brasileiro. Porém, não é incorreto afirmar que este processo ampliou o significado de participação na tradição político-constitucional nacional. Como resultado desse processo, a Constituição de 1988 constitucionalizou um conjunto de expectativas sociais redistributivistas maior que as Constituições anteriores. Ampliou o leque de direitos sociais e as respectivas obrigações estatais⁶.

Alguns juristas, sobretudo os de inspiração progressista, adotaram, ainda que com diferentes nomenclaturas e inspirações teóricas, o cerne das propostas do que seria a implementação no Brasil de um Estado Social, algo que estaria previsto na Constituição de 1988. Uma das ideias que, por exemplo, permeiam atualmente o debate diz respeito à inauguração no Brasil de um neoconstitucionalismo social. Luis Roberto Barroso (2005), por exemplo, assevera que após a segunda metade do século XX teria se desenvolvido na Europa, a partir do pensamento pós-positivista, um novo direito constitucional - o qual denomina de neoconstitucionalismo. No Brasil, segundo ele, esse movimento apenas teria se concretizado após a Constituição de 1988. Entre os principais elementos desse neoconstitucionalismo estaria o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Todos esses elementos têm em comum o fato de refletirem debates oriundos do Direito Constitucional europeu, especialmente o alemão, entre as décadas de 1960 e 1970. Refletem percepção de que o Brasil seria atrasado em relação a esse debate. Essa compreensão é explicitada, por exemplo, por Andréas Krell:

As condições culturais, políticas e sócio-econômicas vigentes no Brasil no final do século XX não exigem uma exaltação de teorias liberalistas e internacionalistas, mas um desenvolvimento firme e contínuo em direção ao Estado Social, preco-

6 Entretanto, esse ideário constitucional foi limitado na década de 1990. O agravamento da crise e de seus efeitos para os países periféricos resultou em programas de ajuda, capitaneados pelo Fundo Monetário Internacional, cuja contrapartida era a adoção de conjunto de diretrizes formuladas pelo denominado Consenso de Washington. A adoção, ainda que incompleta, desse receituário representou ameaça real aos interesses materializadores presentes na Constituição Federal. O cenário apresentado era o de escolha entre dois caminhos: a incorporação do projeto neoliberal ou a resistência, representada pela defesa de um Estado Social.

nizado pela Carta de 1988, com todas as suas consequências. Nesse processo, o Poder Público tem necessariamente um outro papel do que na Europa unificada, onde o nível de organização e atuação da sociedade civil é incomparavelmente mais alto (KRELL, 1999: 249).

É necessário, todavia, estar claro o sentido de Estado Social para falar que o Brasil não o vivenciou e/ou que precisa vivenciá-lo. Por um lado, se Estado Social significar um modelo normativo de organização do Estado, que constitucionaliza direitos sociais e organiza burocracia racionalizadora e centralizadora voltada para esse fim, é possível identificarmos o seu desenvolvimento, ainda que incompleto, há várias décadas no Brasil. Por outro lado, se Estado Social identificar um conjunto de instituições que promovam efetivamente a redistribuição, como mecanismo de limitar os efeitos dos imperativos econômicos e materializar a igualdade e o gozo efetivo de direitos, é possível dizer que um Estado social no Brasil é um projeto historicamente inexistente ou fracassado.

O processo de transição de um modelo formalista de Estado de Direito para um modelo de Estado materializador não foi, do ponto de vista normativo, exclusivo dos países de economias centrais - basta lembrar que a Constituição Mexicana de 1917 é uma das precursoras do constitucionalismo social. As Constituições brasileiras também incorporaram os novos requisitos de justiça social que justificavam um rol de direitos sociais antes inexistentes. Um sistema de direitos sociais, cuja finalidade seria a de materializar a liberdade e a igualdade, já existe no Brasil desde a Constituição de 1934⁷. Como destaca José Murilo de Carvalho (2007: 123): “apesar de tudo, porém, não se pode negar que o período de 1930 a 1945 foi a era dos direitos sociais. Nele foi implantado o grosso da legislação trabalhista e previdenciária”.

No regime militar, período em que o Brasil viveu um grande crescimento econômico, sobretudo entre o final da década de 1960 e a primeira metade da década de 1970, esse crescimento se traduziu em investimentos voltados a expansão de direitos sociais: “Ao mesmo tempo em que cerceavam os direitos políticos e civis, os governos militares investiam na expansão dos direitos sociais. O que Vargas e Goulart não tinham conse-

7 Nesse sentido, destacam Bonavides e Amaral: “A Constituição de 1934 não assinalava apenas cronologicamente o advento de uma nova República senão que fundava ao menos em bases programáticas um Estado Social, ilustrativo, sem dúvida, da primeira versão nacional desse tipo, cuja consolidação era possível acompanhar no constitucionalismo ocidental da Segunda Guerra Mundial e por toda a segunda metade desse século. A Constituição de 1934 legislou uma forma de Estado Social que veio a incorporar em nosso sistema os direitos da segunda geração, aqueles direitos relativos a matérias de ordem econômica e social, ou referentes a família, educação e cultura, objeto de títulos e capítulos do novo texto, inteiramente desconhecidos à Carta Liberal de 1891.” (BONAVIDES; AMARAL, 2002, v. IV: 127e 128.).

guido fazer, em relação à unificação e universalização da previdência, os militares e tecnocratas fizeram após 1964” (CARVALHO, 2007: 170). A criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), do Fundo de Assistência Rural (Funrural) e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) são construções institucionais desse período que exemplificam a lógica do constitucionalismo social. Lido sob essa ótica, o “desenvolvimento firme e contínuo em direção ao Estado Social” no Brasil já estaria traçado normativamente há mais de 70 anos. Estava traçado na medida em que se enxerga nitidamente na base do constitucionalismo social brasileiro aquilo que Habermas denominou de a faceta substantiva do projeto de Estado Social: “os restos da utopia de uma sociedade do trabalho” (HABERMAS, 1987b: 107). Além dos exemplos de uma regulação do mundo do trabalho, observados em figuras como o INPS, o Funrural e o FGTS, temos a expressão dessa utopia de uma sociedade do trabalho em momento anterior, no corporativismo da era Vargas⁸.

Porém, o ideário de um Estado Social brasileiro seria um projeto inacabado se observarmos o que de fato foi uma singularidade no processo de modernização brasileiro (SOUZA, 2000). O Estado modernizador se consolidou, mas não conseguiu incluir, sob o signo da solidariedade artificial de uma sociedade do trabalho – como ocorreu no início do século XX, sobretudo, em países da Europa Ocidental –, parte significativa da população brasileira. Essa parcela da população compõe-se, ainda que sem a exclusividade do aspecto racial, dos legatários históricos do abandono do escravo liberto que formam um núcleo duro da pobreza que se reproduz socialmente, quase sem ser visto. É o que Jessé Souza (2009) chamou da constituição de uma “ralé” estrutural.

Essa interpretação ajuda a explicar o porquê de a pretensão de um Estado Social materializador, importada sem a correta contextualização, não ter sido suficiente para se enxergar o problema da pobreza e da desigualdade social, gerando um grande contraste aparente entre textos constitucionais que previam liberdade, igualdade e direitos sociais, e a

8 Um exemplo radical do corporativismo do período é o artigo 23 da Constituição de 1934 que previa a eleição, ao lado de representantes do povo de forma geral, de representantes das organizações profissionais, que eram regulamentadas e fiscalizadas pelo Poder Executivo, para o Poder Legislativo. Nesse sentido, é interessante a definição de Wanderley Guilherme dos Santos para a cidadania no período: “Por cidadania regulada entendo o conceito de cidadania cujas raízes encontram-se, não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação ocupacional, e que, ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido por norma legal. Em outras palavras são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas em lei” (SANTOS, 1979: 75).

realidade⁹. Explica também o porquê de a pobreza no Brasil sempre ter possuído uma feição naturalizada, o que impossibilitou a institucionalização adequada de estratégias aptas a enfrentá-la, como a assistência social. É reducionismo, dessa forma, afirmar que esse nível de materialização dos direitos não foi implementado apenas por razão econômica. A visão de Jesse Souza é, mais uma vez, pertinente:

Existe, em países como o Brasil, uma crença ‘fetichista’ no progresso econômico, que faz esperar da expansão do mercado a resolução de todos os nossos problemas sociais. O fato de o Brasil ter sido o país de maior crescimento econômico do globo entre 1930 e 1980 (período no qual deixou de ser uma das mais pobres sociedades do globo para chegar a ser a oitava economia global), sem que as taxas de desigualdade, marginalização e subcidadania jamais fossem alteradas radicalmente, deveria ser um indicativo mais do que evidente do engano dessa pressuposição. (SOUZA, 2009: 59).

O problema do Estado Social no Brasil, portanto, não é (foi) apenas de ordem semântica ou uma questão exclusiva da aplicação do direito, no sentido de que os juízes e juristas poderiam criar categorias interpretativas para resolver os problemas estruturais. O problema é (foi) de democratização de acesso às prioridades de materialização. Portanto, o argumento de que as condições culturais, políticas e socioeconômicas do Brasil exigem outro papel do Poder Público (no sentido da ampliação das atribuições do Poder Judiciário como garantidor e implementador de políticas públicas) em relação à Europa unificada, onde o nível de organização e atuação da sociedade civil seria incomparavelmente mais alto, não faz jus à complexidade da sociedade brasileira. Apesar do grande e principal problema da desigualdade, o Brasil possui uma sociedade tão complexa – e talvez até mais em razão dessa peculiaridade – quanto às outras sociedades ocidentais. Além do mais, o modelo organizacional de um Estado Social centralizador, que oferece produtos padronizados como se fosse uma empresa fordista (SABEL e SIMON, 2011), não consegue dar conta das novas demandas. Daí o porquê de se falar na insuficiência do modelo de Estado Social também no Brasil.

O dirigismo constitucional, neoconstitucionalismo social e as demais interpretações no sentido de que o Brasil precisaria, por força da Constituição de 1988, consolidar um Estado Social como a Europa de décadas

9 Desde a Constituição de 1934, com exceção da Constituição de 1937, os textos constitucionais brasileiros trouxeram a ideia de justiça, ou ainda, a partir de 1946, de justiça social, como um princípio norteador da ordem econômica e social.

atrás relevam um déficit sociológico referente à incompreensão do processo de modernização brasileiro. Acreditam que o problema brasileiro seria o atraso. Não compreendem a relação entre a estrutura social brasileira e as instituições. Adotam, implicitamente, o que Unger denomina de tese da convergência. Ou seja, uma leitura praticamente determinista que implícita ou explicitamente considera que a evolução institucional do mundo moderno ocorreu, por tentativa e erro, rumo às únicas instituições políticas e econômicas que seriam capazes de conciliar prosperidade econômica e liberdade política (UNGER, 2004a: 18-19).

Nessa leitura, para corrigir seu atraso, o Brasil deveria importar formas institucionais concretas que lhe encaminhasse a um trilho de desenvolvimento. A alternativa específica do neoconstitucionalismo brasileiro, por exemplo, nada tem de nova: é o modelo de jurisdição constitucional desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Alemão da década de 1970, cuja ênfase é no papel do judiciário como garantidor da Constituição, entendida como uma ordem concreta de valores. As limitações dessa visão para vida democrática é o risco, descrito por Ingeborg Maus (2000), ao tratar do Tribunal Constitucional Alemão e sua prática que enxergava direitos suprapositivos baseados em valores, de uma posição paternalista do Judiciário em uma sociedade democrática. Em nosso caso, o risco dessa aposta é, em vez de uma “cidadania regulada”, que Santos (1979) identificou nos governos autoritários brasileiros, o surgimento de uma espécie de “cidadania judicializada”, onde as lutas voltadas à materialização de direitos tenha no judiciário a sua principal arena e no juiz o principal protagonista.

É nesse sentido que, por exemplo, a estratégia, compartilhada por vários constitucionalistas brasileiros, de interpretar direitos sociais como expressão da dignidade da pessoa humana é limitada para a implementação efetiva desses direitos. A filtragem dos direitos sociais pelo princípio totalmente abstrato da dignidade da pessoa humana acaba reduzindo a implementação desses direitos a um mínimo de dignidade, um mínimo existencial referente a condições minimamente aceitáveis de fruição material. O grande problema é que a definição sobre quais seriam esses mínimos existenciais não passa, necessariamente, para aqueles que defendem essa visão, por um controle democrático. Em última análise, a definição desses critérios deverá ser feita pelo Judiciário, em caso da não existência de programas políticos ou da existência de programas julgados como insuficientes. Essa interpretação é problemática porque, no fim das contas, em nome da defesa de um “valor” fundamental (dignidade da pessoa humana), acaba transferindo a definição do significado concreto dos direitos

sociais de uma Administração Pública burocratizada para um Judiciário burocratizado.

As alternativas às correntes “substancialistas” do direito constitucional também não parecem ser atrativas. Esse o caso do formalismo e do procedimentalismo. Na perspectiva do formalismo os direitos sociais, ainda que textualmente positivados, não se traduziriam em uma imposição real para os poderes estatais. Estariam limitados aos imperativos do mercado e da política. Seriam, por conseguinte, direitos vazios de qualquer conteúdo, que apenas poderia ser preenchido na arena política, observadas as condições fáticas. Não há, para um formalista, o porquê falar em autoplicabilidade de direitos sociais, já que eles careceriam de aplicabilidade imediata e titularidade subjetiva (FERREIRA FILHO, 1995: 34-38). No fundo, essa perspectiva representa a reação jurídica, de matriz liberal clássica, à socialdemocracia constitucionalizada. O direito constitucional não possui a função de transformar a estrutura social. O Estado deveria ter funções mínimas¹⁰.

A segunda corrente supostamente alternativa é o denominado procedimentalismo. Inspirada, sobretudo, na teoria discursiva do direito do filósofo alemão Jürgen Habermas, essa linha argumenta que os direitos sociais não são fins em si mesmos. Suas funções se referem à necessidade de, sob igualdade de chances, possibilitar o uso de competências comunicativas, já asseguradas do ponto de vista formal (HABERMAS, 2002: 334). Direitos sociais referem-se à viabilização equânime das esferas de autonomia individual, que pode ser subdividida entre autonomia pública e autonomia privada. São, portanto, mecanismos de capacitação para o efetivo exercício de uma cidadania que é expressa por possibilidades de comunicação legítimas. A constitucionalização e a implementação dos direitos sociais a partir de políticas públicas necessitam de um processo de deliberação democrática. Essa não é a tarefa de um Estado social burocratizado, em crise gerada por sua falta de legitimidade democrática. Uma democracia constitucional é livre para tratar da melhor forma institucional cabível em um contexto histórico sobre os limites de sua agenda política, desde que preserve o direito a participação mais ampla dos cidadãos a partir da garantia de suas esferas de autonomia. Não cabe, por exemplo, ao Judiciário, em nome de uma interpretação valorativa da Constituição, definir o conteúdo da agenda política.

10 A alternativa formalista, no entanto, parece não fazer sentido – ainda mais quando o objeto de nossas discussões é um país cujo principal problema é sua enorme desigualdade que acaba se revertendo em uma camisa de força para a maioria de nossa população que não possui oportunidades. Subordinar totalmente a adoção de políticas públicas às contingências político-econômicas, sobretudo se considerarmos as deficiências de nosso sistema político, é um escárnio. Se por muito se discute no mundo inteiro as alternativas ao modelo de Estado social burocratizado, certamente a melhor opção para o Brasil não seria a adoção de um aparelho estatal minimalista desconectado das tarefas de geração de oportunidade.

O papel do juiz, e do jurista em sentido amplo, é o de resguardar, proceduralmente, o lugar do debate democrático¹¹.

O caminho proposto por Unger é bem diferente desses três sinteticamente citados anteriormente. O constitucionalismo experimentalista por ele proposto não apresenta qualquer tensão ou paradoxo com a construção de uma vida democrática ativa. Ao contrário de grande parte das teorias constitucionais que enxergam o constitucionalismo como um limitador necessário aos riscos da democracia, a proposta teórica de Unger acena em sentido bem diferente: o constitucionalismo deve ser um instrumento potencializador das transformações democráticas (TEIXEIRA, 2010). No lugar de um modelo constitucional que reduz a velocidade da política, ajudando a manter a sociedade em um nível relativamente baixo de mobilização política, Unger aposta no que denomina de um “constitucionalismo da política acelerada” (UNGER, 1999: 169-172).

A visão de Unger sobre o direito e sobre o Estado de direito é construída em estreita ligação com uma teoria da democracia, cuja característica definidora está em sua natureza experimentalista. Explicaremos na sequência as bases de seu experimentalismo para depois discutirmos sua alternativa para a análise jurídica.

2- As bases experimentalistas da teoria democrática Ungeriana

No centro do projeto teórico de Unger está a ideia da formulação de alternativas institucionais. O método analítico desenvolvido para pensar a formulação dessas alternativas institucionais consiste em abordar a estrutura de uma sociedade a partir da compreensão do repertório institucional estabelecido. A genealogia das instituições existentes, entendidas como a organização construída da sociedade, deve desembocar na análise das alternativas institucionais.

A questão da democracia surge no pensamento de Unger atrelada ao problema do desenho de instituições que possibilitem a convergência entre as condições de emancipação individual e as condições do progresso material. Nesta perspectiva a democracia tem por objetivo possibilitar o engrandecimento da pessoa comum. E, para se realizar no contexto das sociedades contemporâneas, exige a renovação das suas formas institucio-

11 Essa leitura procedimental, apesar de não ter o inconveniente receio da democracia, tem por deficiência apostar todas as suas fichas em um papel idealizado da participação, minimizando o papel dos constrangimentos econômicos e sociais mais amplos. A ampliação de oportunidades não pode prescindir de uma reconstrução democratizante da economia de mercado, por exemplo. Sem inovações institucionais é muito difícil esperar que os procedimentos democráticos por si só gerem mais inclusão. Assim, a socialdemocracia legitimada por procedimentos democráticos necessita de conteúdos institucionais que, na maioria das vezes, não são derivados desses procedimentos.

nais e discursivas, hoje circunscritas a um repertório muito restritivo¹². No âmbito do que se pode chamar de “teoria democrática” podemos identificar duas perspectivas fortes: de um lado, aquela que se confunde com a Ciência Política norte-americana, cuja defesa do individualismo em oposição ao compartilhamento do mundo coletivo caminha lado a lado às visões que interpretam a política como um assunto de líderes tecnocráticos ou carismáticos ou, ainda, como questões para organizações partidárias que dirigem massas despreparadas e indiferentes; de outro lado, as filosofias políticas normativas que pretendem formular as condições procedimentais para a obtenção de critérios de legitimação da ação política¹³.

Um dos principais temas do projeto intelectual ungeriano, e que lhe empresta interesse teórico além de prático, é o da indefinição institucional do mundo econômico e do mundo político. A premissa é que não se deve identificar a ideia abstrata de uma economia de mercado ou de uma democracia representativa com conjunto específico de instituições, tais como aquelas que vieram a prevalecer nas sociedades ricas da atualidade. Pelo contrário, a ideia de uma economia de mercado ou de uma democracia representativa pode revestir grande variedade de formas institucionais,

12 Quase toda reflexão sobre democracia durante a maior parte do período de surgimento e expansão do sufrágio até hoje tem como um de seus principais eixos o esforço de separar a democracia da luta por igualdade - ou, dito de outra forma, sempre insistiu em conceber liberdade somente ligada à propriedade privada. Primeiro, foram os liberais que a definiram apenas como igualdade perante a lei; em seguida os socialistas que, ao denunciarem o formalismo da igualdade liberal, condenaram também a democracia a um papel secundário; e, em terceiro, o ataque mais frontal, desferido pela teoria das elites. Esta última afirmava que a igualdade (mesmo a formal) é uma quimera e uma impossibilidade e que enquanto os ideais igualitários estiverem associados à democracia esta também será impossível. Num contexto como este não surpreende que a chamada “teoria democrática” acabe incorporando o argumento elitista. Isso se deu com a publicação do livro do economista Joseph Schumpeter Capitalismo, Socialismo e Democracia, em 1942, que passou a partir de então a influenciar os principais autores da visão dominante sobre democracia no Ocidente: “Não se trata apenas de uma tendência, entre outras, da teoria democrática. É a corrente amplamente dominante, que se enraizou no senso comum; é um divisor de águas, já que, a partir dela, qualquer estudioso da democracia tem que se colocar, em primeiro lugar, contra ou a favor, das teses Schumpeterianas” (MIGUEL, 2002: 498-499). O argumento básico de Schumpeter advoga a tese de que democracia é apenas um método ou um procedimento de escolha dos líderes, já que a maioria das pessoas é capaz de, no máximo, optar entre algumas opções selecionadas de uma elite capacitada. A democracia, portanto, não pode ter nenhum valor intrínseco ou normativo.

13 Este é o caso, por exemplo, da abordagem de Habermas. Para esse autor uma ordem democrática é aquela na qual estão presentes as condições potenciais para a produção dos consensos fundados na comunicação entre sujeitos livres. É uma perspectiva onde o debate sobre o conteúdo institucional da democracia está ausente. Este raciocínio, como observou Perry Anderson, fornece subsídios para uma crítica de esquerda a Habermas. Para ele, as sociedades modernas são caracterizadas pelo desacoplamento do mundo da vida, onde se dá a reprodução simbólica, intersubjetiva e comunicativa da sociedade, e os sistemas estatal e econômico, reino da ação estratégica operada pelos meios do dinheiro e do poder, onde se garante sua reprodução material. Esse desacoplamento, tecnicamente incontornável, seria um impeditivo às pretensões de uma reapropriação pelos cidadãos e produtores da ordem política e econômica. Essa demarcação rígida é totalmente rejeitada por Unger. Para ele, as fronteiras entre o mundo vivido e o sistema são mutáveis e disponíveis (ANDERSON, 2002: 189-90).

bastante diferentes daquelas que hoje predominam nos Estados Unidos e nos países centrais da Europa Ocidental.

A idéia de indefinição institucional da economia e da política pode desdobrar-se em várias preocupações mais específicas. Ela é uma das noções chaves do experimentalismo de Unger. Responder, por exemplo, se no Brasil o regime presidencialista será o mesmo dos norte-americanos, desenhado por James Madison, pelo sistema de pesos e contrapesos para acautelar a política ou se será um tipo de presidencialismo com instrumentos que permitam uma espécie de “parlamentarização” das relações entre os poderes, resolvendo de forma rápida muitos de seus impasses rotineiros no presidencialismo clássico, tem enorme significado. Para Unger, é a resposta a indagações institucionais como esta que determina o destino de uma sociedade. E, ao se introduzirem questões como essas, a dimensão institucional e a de suas alternativas assumem papel de destaque no debate público¹⁴.

Dessa forma, o foco na análise institucional é um componente central do projeto intelectual de Unger e de sua reflexão sobre a democracia. Posta em outros termos analíticos a questão é a seguinte: podemos distinguir dois tipos de atividades na experiência social. Há as atividades rotineiras que compõem as ações que realizamos dentro de uma estrutura definida por arranjos e suposições institucionais e ideológicos tomados como naturais e há as atividades extraordinárias por meio das quais se questiona e eventualmente se revê parte dessa estrutura. A questão nevrálgica diz respeito a se saber qual a relação entre esses dois tipos de atividades? No pensamento de Unger a tese é que essa relação em vez de ser encarada como um fato constante e “natural” é um dos objetos em luta no processo histórico. Pode-se querer transformar a relação entre esses dois tipos de atividades de tal modo a diminuir a distância entre elas e fazer com que as atividades que a questionam e a transformam resultem de forma mais

14 Um dos pontos do projeto de reconstrução institucional da democracia defendido por Unger diz respeito à elevação da temperatura da política: não pode haver uma política de conteúdo institucional rico que seja uma política fria, isto é, de baixa mobilização da participação. Há uma tendência no pensamento político hegemônico hoje de aceitar uma escolha binária entre uma política institucional desmobilizadora e uma política anti-institucional ou extra-institucional de alta energia. A versão mais contundente dessa posição é encontrada em Samuel Huntington: “A estabilidade de uma sociedade política depende da relação entre o nível de participação e o nível de institucionalização política. O nível de institucionalização política em uma sociedade com um baixo nível de participação pode ser bem mais baixo do que ele é em uma sociedade com um nível mais alto de participação, e, mesmo assim, a sociedade com níveis mais baixo de ambos pode ser mais estável do que possui o nível mais alto de institucionalização e um nível de participação ainda mais alto. A estabilidade política, como argumentamos, depende da razão entre institucionalização e participação” (HUNTINGTON, 1968: 79). Para Unger é necessário e possível a organização de uma política que seja, ao mesmo tempo, energizada e institucional. E que dessa forma consiga nos livrar da escolha entre “Madison ou Mus-solini”. Para uma comparação detalhada da visão experimentalista de democracia proposta por Unger e as principais correntes do pensamento político, ver TEIXEIRA (2010).

constante das atividades rotineiras realizadas dentro das estruturas. Por isso a construção dos entendimentos, dos interesses e dos ideais ocorre no processo de organização daquela relação. Portanto, somente ao organizá-las é que descobrimos as suas ambigüidades e somos obrigados a fazer as escolhas. Dessas escolhas fazem parte as instituições¹⁵.

O problema é que o exemplo dessa dialética entre ideias e instituições proposta por Unger apareceu na história do pensamento moderno maculada por um conjunto de limitações intelectuais. Ele responde a esta dificuldade classificando-as sob dois grandes rótulos: o “fetichismo institucional” e o “fetichismo estrutural”. O fetichista institucional supõe que os sistemas institucionais como, por exemplo, o capitalismo, é indivisível e que tem uma lógica - ou se aperfeiçoa esse sistema ou se substitui, mas o sistema é o sistema¹⁶.

A sua obra de teoria social e política é toda ela a sustentação de que uma das grandes questões em jogo na história é, de um lado, a nossa relação com esses contextos que construímos e, de outro, que podemos construir ordens institucionais que não são apenas diferentes em seu conteúdo das ordens anteriores, mas são diferentes principalmente na sua qualidade. E que em particular atenuem a distância entre as ações realizadas dentro da estrutura da vida social e as ações realizadas para resistir e reorganizar a estrutura¹⁷.

15 É uma experiência análoga a de um escritor. Ele tem uma ideia, mas quando tenta traduzi-la para o papel descobre ambigüidades que só transparecem quando há o imperativo da explicitação. Portanto, a construção institucional não é extrínseca à formulação das ideias, dos interesses e dos ideais: ao contrário, ele faz parte integral do processo. Essa ideia um tanto óbvia é rejeitada, de formas distintas, por boa parte do pensamento contemporâneo, como no exemplo de John Rawls: “os teóricos supõem que a separação do projeto institucional dos princípios normativos seja necessária para assegurar a transcendência da teoria normativa do contexto histórico”. E isso porque, paradoxalmente, “esses filósofos políticos racionalistas se entregam completamente nas mãos de sua situação histórica. Não é de admirar que sua especulação continue apenas um polimento filosófico das práticas características tanto da redistribuição por meio de impostos e transferências quanto da proteção dos direitos individuais nas democracias industriais do pós-guerra” (UNGER, 1999: 22).

16 A definição desses desvios conceituais por Unger é a seguinte: “O fetichismo institucional é a crença em que conceitos institucionais abstratos, como as ideias de democracia representativa, economia de mercado ou sociedade civil livre, têm uma expressão natural e necessária em um conjunto particular de estruturas legalmente definidas. O fetichismo estrutural é a contraparte de ordem superior do fetichismo institucional: a ideia de que, apesar de podermos ser capazes de revisar uma ordem institucional particular, e até mesmo de substituir, vez por outra, um sistema institucional por outro diferente, não podemos alterar o caráter da relação entre as estruturas institucionais e a liberdade dos agentes que as ocupam de contestar e transcender essas estruturas” (UNGER, 1999: 91).

17 Esse ponto é particularmente interessante porque permite perceber a sutileza da comparação que Unger faz do Brasil com os EUA. Segundo ele, o Brasil é o país do mundo mais parecido como os EUA, mas entre as diferenças uma é especialmente importante e tem a ver com a visão básica sobre as instituições. Os EUA sofrem na sua cultura pública da tentação permanente da idolatria institucional, agravada pela suposição de que descobriram a fórmula definitiva de uma sociedade livre no momento da fundação da república. E, principalmente, que essa fórmula teria apenas de ser ajustada de tempos em tempos sob a pressão das crises – no âmbito das discussões constitucionais,

O conceito fundamental da inovação teórica de Unger no tratamento da questão institucional chama-se “contexto formador”. Ele representa o grau de “susceptibilidade à revisão” de uma ordem social. Um contexto formador é um arranjo institucional e ideológico relativamente acidental que regula as expectativas corriqueiras e as disputas regulares com relação à distribuição dos principais recursos da sociedade. Unger sustenta que embora não possamos evitar completamente que as nossas rotinas sofram as restrições de um “contexto formador”, pode-se desenhá-lo de forma a abri-lo a contestações e revisões. Esse movimento promove a quebra do clássico antagonismo entre reforma e revolução, pois o experimentalismo institucional proposto pode ser radical, a ponto de transformar as estruturas básicas da sociedade. Daí o seu caráter revolucionário. E fazê-lo, lidando com uma parte dessa estrutura por vez, passo a passo, cumulativamente. Daí o seu caráter reformista¹⁸.

Nas discussões sobre casos concretos de contextos contemporâneos, Unger se esforça por revelar o caráter fetichista das análises sobre o seu desenvolvimento. A “história mítica da democracia” talvez seja o exemplo mais revelador de fetichismo institucional. Para Unger o constitucionalismo liberal do século XVIII, por exemplo, se esforçou ao limite para garantir que o governo não saísse das mãos da classe dos notáveis e financeiramente capazes, os únicos em condição de impedir que o mundo da “ralé” e as artimanhas dos “demagogos” pudessem dominar o governo. O liberalismo constitucional esteve, para Unger, desde o seu início separado da democracia. O surgimento do sufrágio universal foi um desafio indesejado a este constitucionalismo, assim como a domesticação do voto da massa é um enigma mal explicado para os defensores da “história mítica da democracia” (UNGER, 2001: 137-145).

Unger combina ao tema geral de sua genealogia da falsidade do fetichismo institucional todo um detalhado programa institucional para

essa visão encontra respaldo na teoria de Ackermann (2006) sobre os momentos constitucionais. Nós, brasileiros, segundo ele, sofremos do defeito inverso: a rendição institucional. A maioria de nossas instituições é importada. Por isso o método da imaginação institucional proposto por Unger procura simultaneamente superar esses dois defeitos, o fetichismo da idolatria e a rendição da cópia, ambas igualmente graves. Graves, entre outros motivos, porque sustentam as sociedades de classe mais desiguais do mundo. Os EUA entre as ricas e o Brasil entre as emergentes.

- 18 Neste ponto em particular a argumentação de Unger sofre várias críticas. A sua tese de que o desenvolvimento histórico de algumas formas institucionais conhecidas evidencia a dinâmica de abertura progressiva do mundo é considerada insustentável. Segundo Unger, as castas hereditárias na Índia Antiga, as corporações da Europa feudal, as classes sociais contemporâneas e os “grupos de opinião” do futuro são expressões da presença de contextos formadores progressivamente mais abertos ou “plásticos” (Unger, 2001: 88-91). Diante dessa visão, alguns chegam a se perguntar como ele explica em sua narrativa da evolução progressista da humanidade o ressurgimento de fenômenos como o Fascismo, ou como se explica que o movimento de plasticidade institucional na história em vez de resultar em formas variadas de organização social alcançou enorme uniformidade (ANDERSON, 2002: 185-186).

inverter a lógica constitucional “preservadora” do liberalismo. O sentido dessa concepção é o de “imbricação” de poderes, ao invés de separação. A ideia é que a partir dessa reorientação as condições de abertura da democracia representativa para a coexistência com formas de democracia direta sejam facilitadas. Um dos instrumentos da progressiva aceleração democrática é o uso de plebiscitos. A inspiração histórica do modelo imaginado por Unger são as chamadas “constituições dualistas” como, por exemplo, a constituição portuguesa de 1976¹⁹.

As maiores implicações teóricas das análises e das críticas de Unger a respeito dos diversos fetichismos que marcam o pensamento sobre as instituições são a possibilidade de uma explicação causal que incorpore o contingente. E que dessa forma “torne estranho o familiar”. Nas suas próprias palavras:

A genealogia institucional mostra que o que se tomou inicialmente por disposições governamentais, econômicas e legais fortemente determinadas por uma combinação de exigências técnicas inexoráveis e influências sociais irresistíveis, revela-se, a um exame mais cuidadoso, ter sido uma série de acordos complicados e precários, resultados de muitas linhas vagamente interligadas de invenção e hábito, acomodação e coerção, percepção e ilusão. Assim que nos libertamos dos dogmas de teóricos liberais, marxistas e modernistas, começamos a reconhecer a variedade impressionante de notas institucionais esquecidas, suprimidas ou subordinadas, silenciadas pela fanfarra da marcha triunfal que nos trouxe até a mistura contemporânea de economia e democracia parlamentar. A fanfarra, tal como o triunfo, sempre foi maior nos livros do que na vida real (UNGER, 2001: 147).

19 Constituições dualistas são aquelas que, num registro genérico, combinam o aspecto plebiscitário do presidencialismo com o elemento consensual e regulador do parlamentarismo. Mas o projeto constitucional de Unger incorpora outros elementos como “a multiplicação de poderes e funções superpostas”, “a formação e resoluções de conflito de poderes”, “o centro de decisão”, “a elaboração de mini-constituições”, “a preocupação com a estabilidade política numa democracia de alta intensidade”, “as formas de descentralização” e “as estruturas de associação voluntárias”. Mas para essa institucionalização funcionar é preciso a economia se transformar, pois “uma democracia como essa não pode se desenvolver se o mundo do trabalho e trocas estiver organizado de formas que não apenas sejam diferentes dos princípios do governo democrático, mas limitem seu alcance, solapem sua influência e rompam seus mecanismos”. Embora observe a necessidade dessa convergência, Unger não estabelece nenhuma prioridade causal entre as mudanças nessas distintas esferas. (UNGER, 2001: 307-337).

3- Direito constitucional e políticas públicas: O método da imaginação institucional

Ao tratar de uma perspectiva experimentalista do direito constitucional, as ideias de Unger não podem ser dissociadas do pano de fundo de seu pensamento teórico sobre a organização institucional das sociedades e a democracia, discutido anteriormente. O direito – e o direito constitucional – não é autônomo no sistema teórico de Unger. O direito, em seu projeto de experimentalismo democrático, é visto como um instrumento para a imaginação de instituições alternativas aptas a alterar as estruturas sociais²⁰.

As reflexões de Unger sobre o direito preocupam-se em desmistificar os métodos contemporâneos de análise jurídica. Para ele, apesar de toda a crítica construída ao longo do século XX ao formalismo jurídico, elas foram limitadas, pois o formalismo, em sua nova versão (a idealização de princípios e políticas públicas) continua vivo nas principais correntes interpretativas do direito²¹. Isso não ocorre sem razão. Tem a ver com o que ele denomina de desenvolvimento interrompido da análise jurídica, ocorrida na passagem do projeto de direito do século XIX para o projeto de direito do século XX e o seu desenvolvimento.

A essência do direito do século XIX foi a sua organização em torno de direitos privados que normativamente pretendiam representar a natureza intrínseca da liberdade. O direito livre tinha conteúdo político pré-determinado e deveria ser neutro do ponto de vista de concepções de redistribuição. Esse projeto foi substituído, ao longo do século XX, por outro que reconhecia que a liberdade para ser efetiva e real deveria observar as condições fáticas e materiais. O direito, em especial o direito constitucional, deveria preocupar-se em materializar a igualdade. Assim as constituições do século passado, a começar pela Constituição Mexicana de 1917 e, principalmente, pela Constituição de Weimar, de 1919, inovaram ao trazer em suas redações rol de direitos sociais que definiam a necessidade de uma ação institucional do Estado. Além disso, no âmbito do direito privado ficaram nítidas as mudanças interpretativas (função social da propriedade e dos contratos, por exemplo, sinalizavam para uma mudança mais profunda do papel do direito).

20 O direito, para Unger, é o instrumento para a tradução de ideais e interesses em instituições. O sentido de direito empregado pelo autor é, explicitamente, de inspiração hegeliana, visto como a “organização da vida de um povo em instituições”. Esse significado institucional guarda relação direta com a vocação não explorada do pensamento jurídico: a imaginação institucional (UNGER, 2004).

21 “Tais conflitos estão muito aquém do cânone hermético de argumentação e de dedução que os formalistas afirmam ser a análise jurídica. Este formalismo considera a combinação de princípios idealizados com objetivos e políticas públicas impessoais como componentes indispensáveis do raciocínio jurídico” [tradução do original em inglês] (UNGER, 1986: 1).

Dessa forma, uma das conquistas teóricas centrais do pensamento jurídico no século XX foi a descoberta gradativa da indeterminação do direito. Entretanto, para Unger, ainda não se compreendeu completamente o significado profundo desta descoberta da análise jurídica nem no campo do Direito nem em áreas vizinhas, como a Economia Política. Embora possa parecer de significado restrito, a tese da indefinição institucional da economia de mercado – ou da democracia representativa – continua a ser incompatível com algumas das ideias mais básicas do pensamento contemporâneo.

No entanto, para Unger, o desenvolvimento do direito do século XX apresentou um enigma, pois esse desenvolvimento não avançou no terreno da construção de suas formas institucionais. Isso porque as condições factuais da liberdade são sempre controvertidas – é sempre possível encontrar diferentes maneiras de interpretá-las. E, também, há diversas formas institucionais de assegurar o gozo efetivo dos direitos. Dessa forma, segundo o autor, o desenvolvimento do direito moderno no século XX deveria ter levado a um experimentalismo institucional. Em síntese, deveria ter levado à busca de formas alternativas de organizar a economia de mercado, o Estado democrático e a sociedade civil.

Unger identifica o motivo para o não desenvolvimento experimental do direito do século passado. Para ele, apesar do reconhecimento da indeterminação do direito, a razão para a interrupção de um desenvolvimento que poderia potencializar a análise jurídica como imaginação institucional tem a ver com a relação entre o projeto de direito do século XX e um grande compromisso de economia política que dominou grande parte do século XX: a socialdemocracia.

Para Unger esse compromisso se dá à custa do avanço rumo a um modelo de ampliação de oportunidades e, por conseguinte, do potencial de engrandecimento das pessoas comuns, oprimidas por estruturas sociais que reproduzem hierarquias rígidas e limitações materiais. Em sua concepção, a tradição constitucional existente nas democracias ocidentais funciona como inibidora das transformações estruturais necessárias. A chave dessa inibição está na rígida separação entre atividades rotineiras e transformadoras. Nesse cenário, as mudanças necessárias requerem crises. A constitucionalização de expectativas por meio de direitos sociais, desacompanhadas de uma reconstrução do modelo econômico e social, tem antes a função de reduzir crises do que servir às tarefas que se propõe discursivamente. Para ele, portanto, não basta discutir normativamente as condições de implementação de políticas e os instrumentos e métodos

jurídicos se não se discutir os modelos institucionais²². A grande questão para este artigo é saber se de fato as críticas e propostas de Unger fazem sentido para a realidade constitucional brasileira. Parece-nos que sim.

Para Unger, seria necessário pensar mecanismos institucionais que visassem a reduzir o papel da crise como elemento necessário para a inovação. O constitucionalismo da política acelerada, em sua visão, é alternativa para resgatar o papel da democracia como procedimento para criar o novo, característica bloqueada pela tradição constitucional liberal (liberalismo protodemocrático) e apenas suavizada pelas promessas não cumpridas de um constitucionalismo social (weimarismo tardio). Teóricos como Cass Sunstein tecem duras críticas à perspectiva de Unger. Para ele o sistema teórico de Unger, ao propor mecanismos institucionais que visam a reduzir ou até mesmo eliminar a dicotomia entre rotina e revolução dos contextos estruturais, subestima os perigos de se colocar tudo para revisão, os riscos de fragmentação da sociedade, as possibilidades da democracia deliberativa, e a função facilitadora do constitucionalismo. Em síntese, Sustain assevera que Unger não consegue compreender a importância da relação entre constitucionalismo e democracia (SUSTEIN, 1987).

Unger, por sua vez, assevera que: “Alguns podem objetar que a mudança estrutural é um subproduto de forças que não podemos esperar dominar ou guiar (...) Dessa ideia surge a visão de que mudança jurídico-institucional, em particular, e mudança social, em geral, ocorrem em momentos excepcionais de renovação frenética e gerada por crises”. Porém, em seguida destaca que “um experimentalista democrático não vai ficar esperando pelo próximo momento mágico. Em vez de nos ver coroados pela história, ele vai insistir que nos coroemos a nós mesmos (...) a experiência reconstrutiva não é um episódio misterioso e impenetrável. Ideias a informam e moldam seu legado. A menos que lutemos por ideias alternativas sobre as formas institucionais práticas de realização de nossos interesses e ideais, nos encontraremos presos às ideias que por acaso estejam à mão no momento da oportunidade transformadora” (UNGER, 2004: 32-33).

4- Conclusão

A metodologia dominante no direito constitucional, que procura, nas mãos da figura de um juiz – ou de juristas que simulam a posição de um magistrado –, extrair “racionalmente” princípios que supostamente refletiriam valores quase que consensuais da sociedade, é mais um problema do que a solução – principalmente em países como o Brasil. A tentativa

22 Para uma abordagem sobre as possibilidades jurídico-institucionais em políticas públicas com inspiração na abordagem proposta por Unger, ver Chaves (2010).

frustrada de reduzir o grau de indeterminação dos direitos constitucionais a partir de exercícios semânticos inibe a tarefa criativa de imaginar formatos institucionais alternativos.

A título de exemplificação propomos uma questão sobre a política pública de saúde a partir de caminho proposto por Unger. O artigo 196 da Constituição Federal descreve a saúde como um direito de todos, cujo acesso deve ser universal e igualitário, e um dever do Estado, em suas várias esferas. Entre suas diretrizes está “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (inciso II do art. 198). Todavia, o que significa atendimento integral em um modelo de saúde pública, que deve ser garantida mediante políticas públicas sociais e econômicas, organizada como um setor da seguridade social? Significa que o Estado deve prover todos os tratamentos cabíveis aos indivíduos que demandam a Administração Pública ou o judiciário independentemente dos custos e das possibilidades reais de universalização? Ou significa que o Estado deve garantir um conjunto de ações básicas para todos, com prioridade para as atividades preventivas, e no caso da ausência de recursos as ações de maior complexidade devem ser sacrificadas?

No lugar de esperarmos que o Poder Judiciário venha amenizar individualmente, caso a caso, as mazelas da saúde pública nacional, talvez fosse o caso de os juristas abandonarem a tentativa de buscar respostas a partir de métodos interpretativos do texto constitucional e enfrentarem o desafio de pensar variações institucionais que apresentem, experimentalmente, modelos mais eficientes e transformadores da realidade do cidadão comum brasileiro. Para tanto, a metodologia de se pensar o direito constitucional e o direito em geral deve ser outra. Deve se preocupar menos com a tentativa de encontrar, à revelia do processo democrático, princípios e valores constitucionais implícitos na ordem constitucional e explorar, sem preconceitos, comparações e analogias entre formas institucionais. Na discussão sobre a integralidade das políticas públicas de saúde, por exemplo, o experimentalismo democrático provavelmente recomendaria ao jurista que não perdesse tempo com a discussão de fórmulas vazias como a definição de mínimos existenciais ou de cálculos de metodologia controversa sobre uma reserva do economicamente possível e se aprofundasse no mapeamento das alternativas, na crítica do modelo atual e na imaginação institucional. No lugar de mínimos existenciais e reservas do possível entrariam a motivação de máximas garantias a partir da experimentação de novas instituições a serem definidas no debate democrático. O jurista em vez de ser um assessor de juízes hipotéticos passaria a ser um assistente técnico da cidadania.

A perspectiva trazida por Unger apresenta alternativa de compreensão do direito constitucional que enfatiza o papel da imaginação institucional – e, por conseguinte, das inúmeras variações institucionais – como estratégia para a mudança estrutural, operada de forma cumulativa. Nesse cenário o foco das discussões deixa de ser a centralidade do Poder Judiciário e os métodos que buscam racionalizar o direito a partir de idealizações normativas em torno do texto constitucional. O tema central passa a ser a crítica da ordem institucional e a imaginação democrática de novas formas institucionais.

Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce (2006). **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey.

ANDERSON, Perry (2002). **Afinidades Seletivas**. São Paulo, Boitempo.

BARROSO, Luis Roberto (2005). *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: n. 240.

BERCOVICI, Gilberto (2003). A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. (org.). **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

BONAVIDES, Paulo (2001). **Curso de Direito Constitucional**. 11^a Ed. São Paulo: Malheiros.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2001). **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 2^a ed.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas** (1994). Coimbra: Coimbra Editora, Limitada.

_____. (2005). **O Estado Adjetivo e a Teoria da Constituição**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey nº 5 – jan/jun.

_____. (2006). **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina.

_____ (2008). *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade* (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 22, fev. Disponível em: < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm > Acesso em: 15 de abril de 2011.

CARVALHO, José Murilo de (2004). **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

CHAVES, Vitor Pinto (2010). *Políticas Públicas e Reconstrução do Federalismo Brasileiro*. In: **Revista Interesse Nacional**, v. 3, p. 38-47.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.) (2003). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (1995). **Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira**. São Paulo: Saraiva.

HABERMAS, Jürgen (2002). **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola.

_____ (1997). **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I e II.

_____ (1987b). *A nova intransparência: A crise do Estado de Bem-Estar Social e o esgotamento das energias utópicas*. **Novos Estudos, CE-BRAP**, n. 18.

HUNTINGTON, Samuel (1968). **Political Order in Changing Societies**. New Haven: Yale University Press.

MAUS, Ingeborg (2000). *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*: **Novos Estudos Cebrap**, n.58, novembro.

MIGUEL, Luis Felipe (2002). *A Democracia Domesticada: Bases Antidemocráticas do Pensamento Democrático Contemporâneo*. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol.45, nº 3.

KRELL, Andreas J (1999). *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa*. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília (DF): v. 144,

- SABEL, Charles e SIMON, Willian H (2011). “Minimalism and Experimentalism in the Administrative State”. **Georgetown Law Journal**, Vol. 100, No. 1, November.
- SANTOS, Wanderley Guilherme (1979). *Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro, Campus.
- SOUZA, Jessé (2000). **A modernização seletiva**: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: Editora UNB.
- SOUZA, Jessé (2009). **A Ralé Brasileira**: Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG.
- STRECK, Lenio Luís (2003). *Intervenções e Perguntas*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar.
- SUNSTEIN, Cass (1990). *Routine and Revolution*, in LOVIN, Robin W. e PERRY, Michael J. (Eds), **Critique and Construction, a Symposium on Roberto Unger’s Politics**. Cambridge: Cambridge University Press.
- TEIXEIRA, Carlos Sávio (2010). Experimentalismo e Democracia em Unger. **Lua Nova**, São Paulo.
- UNGER, Roberto Mangabeira (2004). **O Direito e o Futuro da Democracia**. São Paulo: Boitempo.
- _____ (2001). **Política**: os textos centrais. São Paulo: Boitempo.
- _____ (1999). **Democracia Realizada**: a alternativa progressista. São Paulo: Boitempo.
- _____ (1986). “**The Critical Legal Studies Movement**”. Cambridge: Harvard University Press.
- _____ (2011). A Constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: n. 257.