

Entre ideias e instituições: considerações sobre Mangabeira Unger e a “situação constitucional” do Brasil*

Between ideas and institutions: Roberto Mangabeira Unger and the Brazilian “constitutional situation”

*Diego Werneck Arguelhes***

RESUMO

A proposta maior de Roberto Mangabeira Unger no campo do direito consiste em reorientar o pensamento jurídico rumo ao que chama de imaginação institucional: um processo de identificação e exploração de futuros institucionais alternativos implícitos nas ambiguidades e contradições de nossas instituições e aspirações coletivas. No texto “A constituição do experimentalismo democrático”, apresenta razões para justificar a necessidade de reorientarmos, sob a forma de imaginação institucional, o pensamento sobre o direito constitucional no Brasil e sugere aplicações desse tipo de raciocínio a alguns aspectos centrais de nossa “situação constitucional”.

* Artigo recebido em maio de 2011 e aprovado em junho de 2011.

** Professor da FGV Direito Rio. Gostaria de agradecer a Joaquim Falcão, Marcio Grandchamp e Pedro Jimenez Cantisano pela leitura e comentários a versões anteriores do texto e a Caio Farah Rodriguez pelas várias e esclarecedoras conversas durante a elaboração deste comentário. A responsabilidade pelos erros remanescentes é exclusivamente minha.

Neste comentário ao texto de Unger, procuro (a) inserir essa dúplici abordagem da situação constitucional do Brasil — defesa de um método de pensamento e aplicação desse método a alguns temas e estruturas do direito constitucional brasileiro — na perspectiva mais ampla do pensamento ungeriano sobre o direito; (b) levantar, a partir de critérios extraídos do método que Unger propõe, algumas perplexidades quanto às propostas de reforma via imaginação institucional esboçadas no texto. Mais especificamente, discuto algumas dificuldades em se compatibilizar, com o próprio procedimento de análise proposto por Unger, sua proposta de se resolver impasses entre o presidente e o Congresso com a convocação de eleições antecipadas para ambos os poderes. A meta é contribuir para explicitar algumas características centrais do método de pensamento ungeriano e ilustrar sua operação, ao mesmo tempo que aponto possíveis dificuldades em sua aplicação em casos específicos de redesenho institucional.

PALAVRAS-CHAVE

Roberto Mangabeira Unger — imaginação institucional — análise jurídica racionalizadora — constitucionalismo — reforma constitucional

ABSTRACT

Roberto Mangabeira Unger's ultimate project for the legal sphere aims at re-orienting legal analysis towards what he labels institutional imagination. Institutional imagination requires identifying and exploring alternative institutional futures that are already implicit in the ambiguities and contradictions of our current institutions and collective aspirations. In his paper "A constituição do experimentalismo democrático", Unger seeks to justify the need to re-orient as institutional imagination the core features of our "constitutional situation". My goal in this brief comment is twofold. First, I try to contextualize Unger's approach to the Brazilian "constitutional situation" — defending a method of legal analysis and applying this method to a set of core features and problems of Brazilian constitutional law — in the broader context of his ideas about law. Second, using standards extracted from a reconstruction of Unger's own method, I try to raise some perplexities regarding the specific suggestions of institutional reform presented in the text. More specifically, I point to the difficulties of reconciling, with Unger's preferred method for legal analysis, the proposal of allowing either the president or Congress to call for immediate elections,

for both branches of government, in case of a deadlock. My broader goal is to contribute to make explicit some central aspects of the ungerian method of reasoning, while also raising possible problems with its operation in specific instances of institutional re-design.

KEY-WORDS

Roberto Mangabeira Unger — institutional imagination — rationalizing legal analysis — constitutionalism — constitutional reform

I

O projeto intelectual de Roberto Mangabeira Unger para o pensamento social e jurídico vem sendo construído há mais de três décadas e é imenso em escopo e ambições. Unger procura identificar, colocar em perspectiva e afinal rejeitar um conjunto de impulsos do pensamento social e jurídico consolidado nas democracias ocidentais que tem estruturado nossas teorias e práticas políticas desde a primeira metade do século XX. Entre os vários fios condutores desse projeto, encontramos a ideia de que as principais vertentes do pensamento social contemporâneo, qualquer que seja seu conteúdo específico, são fundadas em premissas conservadoras quanto às instituições existentes. Tratamos nossas instituições e os ideais que as inspiraram como pontos fixos não porque seu valor seja direta e recorrentemente confirmado por questões práticas ou teóricas, mas porque nossas práticas e teorias foram suprimindo nossa capacidade de imaginar instituições e ideais alternativos. Nesse ambiente intelectual, consolidou-se um estilo de pensamento jurídico que contribui para congelar no tempo nossos ideais e instituições. A prática do direito e o pensamento sobre o direito se contentam em humanizar pontualmente as instituições jurídicas vigentes, abrindo mão de seu potencial experimentalista e transformador. A proposta maior de Unger no campo do direito consiste em reorientar o pensamento jurídico rumo ao que chama de imaginação institucional: um processo de identificação e exploração de futuros institucionais alternativos implícitos nas ambiguidades e contradições de nossas instituições e aspirações coletivas.

No texto “A constituição do experimentalismo democrático”, Unger faz avançar esse projeto intelectual em dois níveis diferentes. Primeiro, apresenta razões para justificar a necessidade de reorientarmos, sob a forma de ima-

ginação institucional, o pensamento sobre o direito constitucional no Brasil. Segundo, nos dá exemplos concretos de aplicações desse exercício de imaginação institucional quanto a alguns aspectos centrais de nossa “situação constitucional”. Neste comentário, não tenho a pretensão de fazer críticas gerais ao projeto ungeriano de reorientação do pensamento jurídico ou da teoria social. Meus objetivos são bem mais modestos. Primeiro, tentarei inserir essa dúplice abordagem que Unger faz da “situação constitucional” do Brasil — defesa de um método de pensamento e aplicação desse método a alguns temas e estruturas do direito constitucional brasileiro — na perspectiva mais ampla de seu pensamento sobre o direito. Segundo, a partir de critérios extraídos do método que Unger propõe como alternativa à modalidade dominante de pensamento jurídico, procurarei levantar algumas perplexidades quanto às propostas de reforma de imaginação institucional esboçadas no texto. A meta, portanto, é contribuir para explicitar algumas características centrais do método de pensamento proposto por Unger e ilustrar sua operação, ao mesmo tempo que aponto possíveis dificuldades em sua aplicação em casos específicos de redesenho institucional.

II

Em trabalhos anteriores, Unger procura mostrar que as transformações pelas quais o pensamento ocidental sobre instituições passou do século XIX até os dias de hoje têm ocorrido por supressão, e não exploração, de futuros alternativos. Assim, ao mesmo tempo que nosso pensamento sobre nossas instituições se transforma, o espaço para transformações nessas mesmas instituições diminuiu. Essa restrição do leque de possibilidades de transformação institucional se dá por uma série de premissas que, embora originalmente contestadas, foram se naturalizando com o passar do tempo. Para Unger, a mais central dessas premissas é a afirmação de que um determinado conjunto de arranjos políticos (a democracia representativa) e econômicos (o mercado livre) teria sido validado pela história e/ou seria o único capaz de atender a ideais de justiça e igualdade compartilhados por sociedades do Ocidente. Essa crença expressa o que Unger chama de “fetichismo institucional” e dá origem a diversas formas de se pensar as instituições existentes e suas possibilidades de reforma. Essas diferentes formas de pensar, porém, acabam sendo variações de um mesmo tema “reformista-pessimista”: se já sabemos quais são nossos ideais e aspirações, e se sabemos que nenhum outro arranjo ins-

titucional é tão ou mais capaz de atender a esses ideais e aspirações quanto à democracia representativa e à economia de mercado, então toda reforma radical é desnecessária, inviável e/ou perigosa.

Nesse cenário, a convergência entre instituições em diferentes sociedades contemporâneas se torna uma profecia autorrealizável. Como nossas ideias são incompatíveis com mudanças profundas — tanto em nossos ideais, quanto em nossas instituições —, essas grandes transformações tendem a se tornar cada vez mais raras. Na melhor das hipóteses, ocorrem apenas em momentos de crise. É nesse sentido que, segundo Unger, a crise se torna “parteira da mudança”. Como resultado, nossas instituições refletem um repertório cada vez menor de variação, reforçando assim a ideia de que sucessivos movimentos históricos, com repetidas tentativas, erros e correções de rumo, teriam “selecionado” os arranjos institucionais existentes como os mais aptos a promover ideais coletivos como justiça social, eficiência, desenvolvimento e legitimidade.

O pensamento jurídico não tem sido exceção nesse estado de ideias anti-experimentalista. Dentro desse discurso geral de convergência, e partindo das mesmas premissas institucionais “fetichistas”, consolida-se como forma dominante de pensamento jurídico no século XX o que Unger chama de “análise jurídica racionalizadora”.¹ Essa prática resulta da combinação das aspirações humanas por progresso e justiça social (que exigem mudança) com o “fetichismo institucional” descrito acima (que considera nocivas ou inviáveis mudanças radicais nos arranjos políticos e econômicos existentes). A análise jurídica racionalizadora opera por meio da neutralização das contradições políticas nos materiais jurídicos existentes — ainda que estes sejam o resultado de conflitos e negociações políticas e, portanto, necessariamente contraditórios e, em larga medida, indeterminados.

Quando atuam nessa perspectiva, os juristas reforçam o clima intelectual dominante de aversão ao experimentalismo. Investem suas energias na busca da “melhor interpretação possível” do direito que temos, com vistas a torná-lo marginalmente mais palatável aos ideais contemporâneos de justiça e progresso social.² Esse tipo de atuação tem certos benefícios. Humaniza o

¹ As considerações sobre a análise jurídica racionalizadora feitas nesta seção se baseiam em larga medida na obra *What should legal analysis become?* (Verso, 1996), de Roberto Mangabeira Unger. Há tradução para o português: *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004 (traduzido por Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp).

² A teoria do direito de Ronald Dworkin é, provavelmente, o mais influente e famoso exemplo de análise jurídica racionalizadora nos termos de Unger. Ver, por exemplo, *Law's Empire* (Harvard University Press, 1986).

direito vigente e, ao fazê-lo, pode inclusive apontar caminhos para um relativo aprimoramento de nossas instituições. Mas há também riscos envolvidos. O preço dessa operação de racionalização/humanização do direito vigente é a progressiva eliminação de oportunidades de efetiva transformação, já que qualquer desvio ou contradição é visto como ameaça. Na verdade, propostas de transformações radicais são um corpo estranho em um tipo de empreendimento intelectual que, para ganhar o poder de propor pequenas humanizações, precisa se comprometer com a permanência do contexto institucional maior em que está inserido. Nesse sentido, em vez de contribuir para alargar nossa percepção sobre o que é ou não possível em termos institucionais, o pensamento jurídico dominante tem sido apenas uma ferramenta para gerenciar e conter os impulsos humanos de transformação e mudança. Ao mesmo tempo que é sustentado pelo “fetichismo institucional”, o pensamento jurídico em sua forma racionalizadora reforça essa premissa conservadora sobre a possibilidade e deseabilidade de mudança.

No lugar do “fetichismo institucional”, Unger propõe um fundamento diferente para o pensamento sobre instituições — incluindo o pensamento jurídico. Trata-se da ideia de que há uma relação “dialética” entre ideais e instituições. O termo “dialético” é aqui usado em um sentido específico. Para Unger, instituições são criadas para organizar e concretizar ideais e aspirações coletivas, mas seu próprio processo de concretização nos revela implicações de nossos ideais e aspirações até então ignoradas. No desenho e implementação de instituições políticas para atender a um vago ideal abstrato de “soberania popular”, por exemplo, podemos perceber contradições entre soberania popular — na concretização institucional que temos diante de nós — e certos aspectos da ideia de igualdade, ou de justiça social, ou de proteção a determinadas formas de expressão cultural. Assim, por nunca atenderem completamente a todos os nossos ideais, nossas instituições nos forçam a refinar nossas aspirações e a relação entre elas, podendo inclusive gerar ideais totalmente novos. Nesse processo, não há um ponto final; não se chega a um estado de equilíbrio definitivo entre uma lista taxativa de ideais e aspirações, de um lado, e as melhores instituições possíveis para realizá-los, de outro. Com o passar do tempo, a tentativa de eternizar nossos ideais em instituições necessariamente nos levará a adaptar e mudar nossos ideais.³

³ Ver também UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 451-452: “Each step forward in the application of an ideal to social life reveals new ambiguities in its content and new dis-

Esta relação sempre incompleta entre nossos ideais e as instituições que criamos para concretizá-los (e que acabam nos colocando diante da necessidade — ou oportunidade — de redefini-los) parece ser o recurso mais poderoso e importante da proposta ungeriana para o pensamento jurídico. Quando essa relação “dialética” ou “interna” entre instituições e aspirações humanas passa despercebida, há uma reação em cadeia que elimina de nosso campo de visão, ação e pensamento variações institucionais. Uma vez instalada, essa cegueira institucional cria terreno fértil para o desenvolvimento de metodologias de análise que irão sistematicamente conduzir a resultados substancialmente conservadores, por serem incapazes de dar conta de propostas de mudanças estruturais em nossas instituições *e em nossos ideais*.

Exemplos desse problema podem ser encontrados no que Unger chama de “metodologias reconstrutivas”, frequentemente empregadas na teoria política e no pensamento jurídico.⁴ Uma “metodologia reconstrutiva” é uma abordagem de um dado problema jurídico, político, filosófico ou histórico que tenta identificar os compromissos centrais da prática social em exame para, a partir daí, construir critérios para decidir quando e como nossas instituições se desviam das aspirações e promessas que supostamente justificariam sua criação. De maneira geral, essas abordagens são unilaterais: descartam a influência de transformações institucionais sobre nossos próprios ideais, que ficam assim congelados no tempo. Mais ainda, quando análises reconstrutivas se tornam dominantes como orientação à tomada de decisões práticas, fossilizam também nossas instituições. O que aparece, sob lentes reconstrutivas, como desvio da implementação de ideais com uma forma fixa, estável e previamente dada seria visto por Unger como uma oportunidade de mudar nossos ideais e, com isso, perseguir futuros alternativos — com ideais e instituições igualmente abertos à reinterpretção e transformação.

A análise jurídica racionalizadora, forma dominante de pensamento jurídico, é um tipo de metodologia reconstrutiva. Ela vê o direito como resultado de duas genealogias distintas. De um lado, “*organized partisan and factional fighting within the ground rules of democracy*”; de outro, “*a system of practical requirements or of normative conceptions*”, “*in the spirit of rational reconstruction*”.⁵

harmonies between it and established social practice. Even a well-defined and seemingly limited reconstructive project never ends: each new occasion for its realization reveals both new ambiguities in its meaning and new requirements”.

⁴ Id., *What should legal analysis become?*, op. cit., p. 182.

⁵ Ibid., p. 178-179.

Diante dessas genealogias radicalmente divergentes, a tarefa/impulso fundamental que a análise jurídica racionalizadora se coloca é a de neutralizar as contradições políticas fundamentais resultantes dos conflitos que levaram à criação de instituições jurídicas, bem como a de domesticar ou eliminar as ambiguidades deixadas em aberto por ideais abrangentes como “igualdade perante a lei” e “soberania popular”.⁶ Essa forma de pensamento jurídico encara as estruturas básicas do direito vigente como se fossem expressão de um plano — um conjunto predeterminado, coerente e intocável de promessas que podem e devem ser cumpridas, ainda que de forma gradual. Por sua vez, o pensamento jurídico organizado como imaginação institucional — um empreendimento intelectual fundado na indeterminação essencial da relação entre aspirações e instituições humanas — enxerga no direito vigente tão somente os resíduos ou passos iniciais de múltiplos e conflitantes planos, nenhum dos quais é necessário.⁷ Assim, na perspectiva ungeriana, o estilo de pensamento jurídico dominante nos dias de hoje congela simultaneamente nossos ideais e nosso direito, imunizando-os contra o que poderia ser uma relação dinâmica.

III

O núcleo da perspectiva ungeriana sobre o pensamento jurídico está, portanto, na relação entre dois níveis da nossa experiência: o nível das instituições e da prática institucional, de um lado, e o nível das ideias e dos ideais sobre as instituições, de outro. As instituições corporificam um conjunto de ideais; mas, como vimos, essa correspondência é, na melhor das hipóteses, imperfeita. Os ideais humanos são indeterminados e inerentemente ambíguos. Não podem ser capturados de uma vez por todas, em definitivo, em uma dada tentativa de institucionalização. Ao contrário, esse processo de institucionalização força nossos ideais a se apresentarem em um nível de detalhamento que não

⁶ É por este motivo que, na concepção de Unger, o medo da mobilização popular é um dos “segredos sujos” da análise jurídica racionalizadora. Esforços de mobilização política em larga escala não têm resultados predeterminados, nem estão necessariamente limitados por qualquer concepção específica e consensual de propriedade, separação de poderes ou igualdade. Nesse cenário, o impulso da análise jurídica racionalizadora é o de transformar os debates sobre reforma institucional em tarefas “técnicas”, que, convenientemente, só podem ser enfrentadas por uma elite profissional treinada em métodos jurídicos de cunho reconstrutivo. Dessa forma, elimina-se da arena política a indeterminação radical que, para Unger, deveria ser característica da democracia.

⁷ *Ibid.*, p. 178.

estava predeterminado no ideal ou na aspiração que levou à adoção de uma dada instituição. Quando prestamos atenção nos detalhes de uma instituição jurídica aparentemente monolítica e que supostamente concretiza alguns de nossos ideais, encontramos falhas, ambiguidades, contradições e possibilidades até então desconhecidas. Às vezes, procuramos ajustar a instituição tendo em vista os ideais com que a abordamos. Mas, em outros momentos, o que muda diante dessa discrepância é o ideal, e não a instituição. Quando se institucionalizam certos ideais, ambiguidades e contradições até então ocultas, nos colocam diante da possibilidade (e, às vezes, da necessidade) de reinterpretar, refinar ou até transformar completamente nossos próprios ideais.

Justamente por trabalhar com um nível de detalhamento institucional muito maior do que disciplinas como a filosofia política, o pensamento jurídico tem um grande potencial de transformar esse ambiente intelectual conservador, em vez de ser mero instrumento de propagação e reforço do fetichismo institucional. Juristas lidam diariamente com os muitos exemplos de discrepâncias e conflitos entre nossas práticas e os conceitos que supostamente deveriam descrevê-las e justificá-las. Se, diante dessas tensões, juristas se voltassem para apontar e explorar os futuros institucionais sugeridos por essas contradições e incompletudes, contribuiriam de forma decisiva para substituir o fetichismo institucional pelo compromisso com o experimentalismo democrático. Dar esse passo — da neutralização de contradições via humanização do direito vigente à promoção das condições para inovação institucional — significa reorientar nossas práticas e ideias sobre o direito no sentido do que Unger chama de “imaginação institucional”.

Apesar de seu tom deliberadamente radical e da inequívoca intenção de ruptura com nossas práticas de pensamento, a proposta ungeriana de imaginação institucional não implica mudanças radicais nas instituições vigentes, por pelo menos dois motivos. Primeiro, o experimentalismo democrático defendido por Unger exige abertura para a *possibilidade* de mudança radical, mas não determina o horizonte de tempo em que essas mudanças devem acontecer. Imagem institucional consiste em identificar e propor, a partir de contradições e ambiguidades na relação entre as instituições e os ideais que temos, medidas factíveis de alteração no desenho institucional que nos permitam caminhar rumo a futuros alternativos. O ritmo, a direção e a intensidade dessas transformações institucionais nunca estarão a mais que alguns passos de distância dos ideais que temos hoje — que são, ao menos em parte, moldados pelas instituições existentes. O contexto intelectual e institucional em que estamos inseridos necessariamente integra a matéria-prima da imagi-

nação institucional.⁸ Há, portanto, certos limites para o quanto um dado arranjo institucional pode estar aberto a se transformar em algo completamente diferente. Pelo simples fato de existir, um dado desenho institucional torna impossível vislumbrar de forma imediata todas as possibilidades de aspiração e formas de associação humanas. Por essa razão, como reconhece Unger, nenhum sistema constitucional pode ser perfeitamente elástico em relação a todas as formas possíveis de organização da vida em sociedade.⁹ Entretanto, cada passo possível dentro do sistema vigente pode levar à transformação de nossos próprios ideais e, com isso, abrir caminho para novas mudanças. Embora seja certo que cada transformação será progressivamente mais diferente do ponto em que nos encontramos, nenhuma delas é necessariamente radical em relação ao desenho institucional imediatamente anterior. O radicalismo da proposta de Unger é antes de qualquer coisa intelectual: diz respeito apenas à afirmação da possibilidade permanente de mudança, não ao conteúdo em si das propostas de reforma.

Além disso, mesmo que essas pequenas adaptações e reorientações institucionais acabem levando, no tempo de vida de uma única geração, a mudanças profundas em relação às instituições que temos hoje, há certos limites para o experimentalismo democrático. Mais precisamente, há condições necessárias para que esse experimentalismo seja expressão de liberdade, e não de opressão. Todo arranjo institucional, por mais aberto que seja à possibilidade de mudança, deve assegurar um conjunto básico de direitos e prerrogativas sem os quais as pessoas temerão pelo seu futuro.¹⁰ Ao protegerem da deliberação política de curto prazo uma esfera mínima de segurança individual, esses direitos fundamentais tornam os membros da comunidade minimamente independentes uns dos outros e, portanto, aptos a se envolverem em esforços de transformação social.¹¹ A liberdade para participar abertamente desse projeto de reconstrução requer que os indivíduos tenham certeza de que os conflitos

⁸ Essa é, na verdade, uma propriedade geral do pensamento de Unger sobre instituições. Nesse sentido, ver Id. *False necessity*, op. cit., p. 469 (“*New solutions must begin as attempts to extend an already existing deviant principle or organization or imagination — we can usually translate even the boldest vision into proposals that work with familiar and intelligible materials*”).

⁹ Ibid., p. 461. De forma mais geral, para além dos arranjos constitucionais, todo pensamento sobre instituições precisa levar em conta o que o autor chama de “imperativo da contextualidade”: “*We must in the end inhabit a particular social world, and we can never perform the act of denial often or quickly enough to prevent individual and social experience from being largely, though not entirely or ultimately, governed by the practices and assumptions of the world we live in*” (p. 510).

¹⁰ Para uma discussão detalhada do papel de um sistema de direitos em um regime de experimentalismo democrático, ver Ibid., p. 464 e segs. e p. 513 e segs.

¹¹ Ibid., p. 513.

políticos sobre a forma institucional da comunidade não colocarão em risco sua segurança física, seu acesso a recursos materiais básicos, ou sua autonomia em relação a quaisquer poderes públicos ou privados.¹²

Fica claro, portanto, que nem toda proposta de reforma institucional é um exercício de imaginação institucional nos termos de Unger. Não se trata simplesmente de propor alterações no desenho institucional vigente, atribuir um valor positivo à mudança e/ou reconhecer que é sempre possível mudar nossas instituições. A prática da imaginação institucional deve se caracterizar pela atenção a algumas condições, entre as quais já destaquei duas. Primeiro, cada proposta de reforma deve ser apresentada como um passo em uma direção que, de alguma forma, já pode ser vislumbrada nos ideais e nas instituições vigentes. A direção pode apontar para um estado de coisas futuro radicalmente diferente do cenário institucional atual, mas o caminho até lá precisa ser um desdobramento de passos já indicados nas aspirações de hoje e já viabilizados pelas instituições que temos. Aliás, a contribuição fundamental do jurista nesse projeto é precisamente a de perceber e explicitar esses caminhos alternativos já contidos, ao menos em parte, nas instituições existentes. Segundo, toda proposta do gênero deve explicitar sua própria compatibilidade com a necessidade de garantir um mínimo de segurança individual, nos termos descritos acima.

Por fim, há um terceiro elemento a ser enfatizado. Toda proposta que se pretenda um exercício de “imaginação institucional” deve manter aberta — não apenas conceitualmente, mas sobretudo em termos práticos — a possibilidade de sua própria revisão como uma tarefa possível no curto prazo e a qualquer momento. Como observa Unger no texto em análise, “temos de organizar todas as instituições, em particular as instituições constitucionais, para que a transformação se torne impulso endógeno, interno, e deixe de depender das crises como sua circunstância favorecedora”. A propriedade mais importante que essas estruturas institucionais precisam ter é a capacidade de facilitar as inovações, inclusive a sua própria, sem depender das crises.

IV

Nas seções anteriores, discutiu-se o método que Unger defende e procura aplicar no texto “A constituição do experimentalismo democrático”. Tendo em

¹² Nas palavras de Unger, “*security requires that the individual feel assured that overwhelming practical need will not periodically threaten him with poverty or force him to submit to a superior power*” (Ibid., p. 513-514).

vista as dimensões e ambições da obra do autor, as considerações feitas até aqui são, na melhor das hipóteses, um simples resumo dos principais componentes da imaginação institucional. Entretanto, no texto em análise, Unger não apenas defende em tese o pensamento jurídico como imaginação institucional, como também o pratica. Nesta seção, procurarei discutir se e como algumas das propostas concretas de reforma institucional mencionadas por Unger no texto atendem a expectativas geradas pelo método que descreve, defende e procura empregar. Ainda que o método em si seja defensável, é perfeitamente possível que um dado esforço de imaginação institucional (a) seja radical demais, no sentido de não estar totalmente justificado em termos de possibilidades já existentes nos ideais e nas instituições que temos hoje; e/ou (b) diminua, em vez de potencializar, as possibilidades de sua própria revisão e experimentação; e/ou (c) ameace um conjunto mínimo de direitos individuais e expectativas sociais que são condições necessárias do experimentalismo democrático.

Entre as várias ideias presentes no texto, meu foco será uma sugestão apresentada por Unger para promover o engajamento da cidadania na resolução rápida de impasses entre os poderes do Estado. Unger sugere que esse duplo objetivo (superação imediata de impasses políticos por meio de mobilização política do cidadão) seja atingido com uma reforma nos seguintes termos:

[Quando] houver impasse entre o presidente e o Congresso, ambos os poderes poderiam convocar eleições antecipadas. As eleições, porém, seriam sempre bilaterais para ambos os poderes. Por conseguinte, o poder que exercesse a prerrogativa teria de pagar o preço do risco eleitoral. Por meios relativamente simples como este, a lógica do presidencialismo madisoniano, desenhada para desacelerar a política, poderia ser invertida. Transformar-se-ia em máquina para acelerar a política, sem diluição das garantias individuais.

Esta proposta de reforma fornece uma excelente oportunidade para vermos a imaginação institucional em ação. Para começar, a trajetória da Presidência no sistema constitucional dos EUA é um bom exemplo da relação dialética entre ideais e instituições que sustenta o projeto do experimentalismo democrático. Em mais de 200 anos desde sua criação, houve poucas, mas significativas mudanças nas competências e no funcionamento da instituição. Entre as alterações mais importantes, proibiu-se a reeleição; a eleição passou

a ser direta; e reconheceram-se certos poderes normativos da Presidência da República que não estavam na pauta dos *founding fathers*.¹³ Mas houve transformação muito maior nas *ideias e aspirações* relativas à instituição da Presidência. Unger observa que, embora essa instituição tenha sido originalmente desenhada para dificultar tentativas de transformar a sociedade por meio da política, um(a) presidente eleito(a) pelo voto direto possui um grande “potencial plebiscitário”. A ideia original do regime de separação de poderes ligava dois elementos que não precisam coexistir: fragmentação do poder e desaceleração da política. Com vistas a reorientar a “situação constitucional” do Brasil no sentido do experimentalismo democrático, Unger quer manter apenas o primeiro desses elementos. No cenário proposto pelo autor, o poder ainda estaria dividido por instituições diferentes, dificultando assim o uso opressivo do aparato estatal, mas possibilidade de eleições antecipadas em caso de impasse reduziria ao mínimo o componente de desaceleração da política.

Trata-se de um engenhoso exercício de reorientação de ideais e instituições que, em alguma medida, já são familiares. A ideia de que a Presidência da República no sistema dos EUA pode “facultar marcha direta ao centro do poder” assustaria os membros da convenção que formulou o texto constitucional de 1787.¹⁴ Hoje, porém, essa expectativa transformadora é parte corrente das aspirações coletivas em relação à Presidência. Conforme vai se consolidando, esse novo ideal “plebiscitário” alimenta, justifica e estimula novas alterações na instituição da Presidência no sentido de intensificar seu potencial plebiscitário e transformador. Unger considera fundamental manter, em nosso sistema constitucional, um presidente eleito diretamente devido ao potencial transformador que a instituição vem consolidando desde sua concepção original. Esse mesmo potencial, porém, faz surgir certas perplexidades quanto tentamos compatibilizar a proposta de eleições antecipadas com os contornos maiores do método da imaginação institucional.

Imaginemos o seguinte cenário, que é basicamente compatível com a política e com as instituições que temos hoje no Brasil. Um presidente é eleito e apresenta um programa político transformador, de significativos efeitos redistributivos. Uma maioria de membros do Congresso não vê a medida com

¹³ Para um modelo explicativo geral quanto a esse processo de incremento de poder presidencial ao longo da história dos EUA, ver MOE, Terry; HOWELL, William. The presidential power of unilateral action. *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 115, n. 1, 1999.

¹⁴ Sobre o tema, ver ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2005.

bons olhos. Entretanto, receosos de perder seus cargos caso novas eleições sejam convocadas — uma possibilidade real, já que o presidente em questão acabou de ser eleito por mais da metade da população do país —, esses parlamentares preferem aprovar o projeto do presidente, em troca de algumas concessões pontuais, a pagar o preço do risco eleitoral. Nesse cenário, que está longe de ser improvável, a alteração imaginada por Unger ficaria exposta a problemas que pareciam estar resolvidos na descrição *em tese* do pensamento jurídico como imaginação institucional como método.

Primeiro, fortalecido pela deliberada e estratégica omissão do Congresso, o presidente possivelmente avançará sobre as competências dos outros entes federativos. Como a experiência do *New Deal* nos EUA na década de 1930 sugere, um forte ímpeto transformador no nível federal não é facilmente compatibilizado com um alto grau de autonomia legislativa no nível estadual. Em sua análise do *New Deal*, Unger reconhece um momento de grande potencial transformador, ainda que as mudanças afinal implementadas tenham ficado aquém das possibilidades originais daquela mobilização política. Por outro lado, Unger lamenta que o potencial experimentalista do federalismo seja cada vez mais contido por uma crescentemente rígida repartição de competências. Na verdade, a redução do espaço de experimentação dos estados dos EUA em relação à União foi um dos resultados *deliberados* do movimento de inovação institucional do *New Deal*. Ou seja, a abertura intelectual e a abertura à revisão de ideais e de instituições foi utilizada pela coalizão do *New Deal* para construir um arranjo institucional que é potencialmente menos aberto ao experimentalismo, por suprimir a liberdade de variação e experimentação no nível estadual. Trata-se de um interessante exemplo de como propostas experimentalistas podem levar a arranjos institucionais mais “conservadores” do que o esperado ou desejado. Da maneira semelhante, no cenário que descrevi acima (em que o presidente é fortalecido por uma omissão estratégica do Congresso em convocar eleições antecipadas), o potencial experimentalista concretizado na figura do presidente transformador pode ser predatório do experimentalismo no âmbito estadual. Embora Unger defenda mudanças pró-experimentalismo em *ambas* as esferas, não está inteiramente claro de que forma se pode compatibilizar um presidente transformador com uma grande liberdade legislativa nas esferas estaduais. O cobertor parece ser curto demais para abranger simultaneamente esses dois *fronts* de experimentalismo.

Em segundo lugar, precisaríamos saber em detalhes porque esse presidente hiperlegitimado não seria uma ameaça para direitos e garantias individuais. Como já observado, Unger afirma que, em sua proposta, a Presidência

seria transformada em um mecanismo de aceleração da política, mas “sem diluição das garantias individuais”. No contexto do artigo, porém, essa ressalva soa mais como uma aspiração ou uma expectativa. Não vem acompanhada de uma explicação mínima de como exatamente esses direitos e garantias não estariam ameaçados. Não é evidente que, no caso dessa proposta, o desenho institucional resultante vá “acelerar” a política sem prejuízo da fragmentação de poder e, conseqüentemente, da proteção a direitos fundamentais. Se o Congresso estrategicamente preferir não se arriscar a passar por novas eleições em caso de impasse, o que impediria o presidente de avançar contra o conjunto de liberdades e garantias materiais essenciais para o projeto do experimentalismo democrático?

Em uma obra anterior, Unger sugere que, sempre que uma instituição tenta ampliar seu poder, é possível autorizar esta expansão sem prejuízo da integridade da ordem constitucional desde que o pedido ou tentativa de ampliação de poder venha acompanhado de uma proposta detalhada de uma estrutura capaz de monitorar e supervisionar esse poder. Assim, paralelamente a cada incremento no poder da Presidência, por exemplo, deveríamos imaginar estruturas — que Unger chama de “poderes-sombra” — capazes de controlar o uso desses poderes ampliados.¹⁵ Seria possível, em princípio, pensar no Supremo Tribunal Federal como um possível poder-sombra desse presidente fortalecido pela aquiescência do Congresso. Na verdade, essa possibilidade está na *mainstream* do ideário constitucional global dos anos 1950 para cá. A solução institucional típica para colocar certas garantias fundamentais fora da deliberação política de curto prazo tem sido alguma espécie de instituição judicial ou quase-judicial com o poder de declarar inconstitucionais atos dos outros poderes que violem esses direitos. Hoje, de modo geral, o vocabulário da proteção a direitos fundamentais é quase indissociável da figura do tribunal constitucional que força a política a encarar a constituição e a se adaptar às suas normas.¹⁶

Entretanto, atribuir um papel relevante às instituições judiciais no âmbito da proposta de reforma institucional de Unger não é tarefa simples. Nos poucos momentos do texto em que dialoga com instituições e ideais relativos

¹⁵ Nas palavras de Unger, “*thus every special power, under the exceptional constitutional regime, has a shadow power in its pursuit. The shadow power grows longer in proportion to the dimensions of the special power it follows*” (Unger, *False necessity*, op. cit., p. 462).

¹⁶ Ver, por exemplo, SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

à função judicial, Unger expressa ceticismo quanto à desejabilidade e viabilidade de tribunais enfrentarem problemas políticos complexos em um regime democrático. É certo que, no cenário maior do projeto do experimentalismo democrático, diminuir expectativas em relação ao potencial político transformador do Judiciário é um necessário antídoto contra a influência da análise jurídica racionalizadora. Mas esse antídoto traz dois problemas significativos para a proposta de eleições antecipadas. Primeiro, tendo em vista que há dúvidas quanto à capacidade judicial de resistência a movimentos políticos intensamente organizados, que conquistaram a Presidência e têm o apoio da opinião pública, o Supremo Tribunal Federal só teria chance de ser um “poder-sombra” efetivo em uma comunidade que apoiasse a participação de tribunais no processo decisório político. Ocorre, porém, que esse tipo de discurso judicializante é exatamente um dos elementos que Unger deseja remover do centro do imaginário constitucional contemporâneo.

Além disso, essa tentativa de se distanciar radicalmente de um pensamento institucional “judicializante” gera dúvidas sobre o quanto este silêncio de Unger não expressaria um afastamento excessivo de nossos ideais e instituições vigentes. Afinal, parece ser um fato do mundo contemporâneo — e também no Brasil — que a jurisdição constitucional é cada vez mais uma peça fundamental do processo político decisório. Podemos gostar ou não dessa tendência, é claro. Mais ainda, no contexto do projeto do experimentalismo democrático, Unger certamente tem bons motivos para propor mudanças na visão contemporânea sobre o papel político dos tribunais. Mas a importância das instituições judiciais no conjunto de ideais e arranjos que efetivamente temos no Brasil de hoje não pode ser ignorada em um exercício de imaginação institucional. Afinal, segundo a leitura da obra de Unger que procurei desenvolver neste comentário, o método da imaginação institucional precisa ocorrer, em larga medida, em diálogo com as instituições e ideais de hoje. Caso contrário, corre o risco de se tornar apenas um discurso político normativo sobre quais instituições deveríamos ter em um mundo ideal.

V

Como procedimento para o pensamento jurídico, a imaginação institucional se apresenta como um poderoso rival da análise jurídica racionalizadora que é dominante nos dias de hoje. Entretanto, para que não seja simplesmente um tipo genérico de discurso normativo sobre reforma institucional, a

imaginação institucional precisa atender a algumas condições. As propostas de reforma precisam dialogar de forma significativa com ideais e instituições que existem hoje. Devem também preservar um alto grau de possibilidade de revisão institucional e de contínuo experimentalismo. Por fim, não podem ameaçar o conjunto básico de liberdades e garantias materiais necessárias ao engajamento individual em um projeto de reconstrução coletiva. Neste comentário, procurei mostrar que, ao menos no contexto do artigo em exame, não é evidente que todas as propostas mencionadas por Unger atendam a esses requisitos. Essa conclusão, porém, não deve ser interpretada como indicativa de problemas no projeto ungeriano de reorientação do pensamento jurídico. Ao contrário, a possibilidade de se usarem critérios gerados pela própria teoria de Unger para criticar sua aplicação reforça a solidez da imaginação institucional como método de pensamento, além de enfatizar a distância existente entre esse pensamento jurídico e discursos políticos genéricos sobre reforma das instituições.

Referências

ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap/Harvard, 1986.

MOE, Terry; HOWELL, William. The presidential power of unilateral action. *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 115, n. 1, p. 132-179, 1999.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

_____. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

_____. *What should legal analysis become?* London: Verso, 1996.