

JOSÉ GUIMARÃES MENDES NETO

**EXPERIMENTALISMO
CONSTITUCIONAL NO
DIREITO BRASILEIRO**

APRESENTAÇÃO

Gilmar Ferreira Mendes

PREFÁCIO

Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch

2019

O EXPERIMENTALISMO INSTITUCIONAL SOB O VIÉS DE ROBERTO MANGABEIRA UNGER

2.1. PROPOSTA DO CAPÍTULO

Neste capítulo, dedica-se à análise teórica da base do raciocínio de Roberto Mangabeira Unger sobre o experimentalismo institucional e da importância da mesma para o aprimoramento da democracia e do direito – em especial, do direito constitucional.

Dessa forma, o presente capítulo tem como propósito desentrançar, didaticamente, o raciocínio teórico ungeriano, bem como a forma sobre a qual esta deverá ser adotada para fins de construir um texto constitucional democrático experimentalista combinado com o precípuo fundamento do abandono da forma de análise jurídica dominante.

Assim sendo, o objetivo então perpassa pela explicitação da base filosófica e jurídica que servirá como desígnio para o desenvolvimento do restante do trabalho e que, por consequência, servirá como base argumentativa para responder ao problema de pesquisa elaborado.

Para tanto, a parte inicial do trabalho será dividida em outras três. Na primeira, serão analisados os postulados filosóficos que servem de base para a compreensão do raciocínio experimentalista, que são a ideia da “sociedade como artefato humano” e de que “tudo é política”.

Para o experimentalismo, segundo Mudrovitsch¹, “o principal papel da análise jurídica, deve ser informar a democracia sobre seus

¹ MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrançamento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 63.

possíveis futuros alternativos. A meta é a aceleração democrática a partir do direito [...]”. Em razão disso que, na segunda parte do capítulo, destaque será dado à parte central do raciocínio experimentalista, sobretudo, no que toca a esse raciocínio jurídico, uma vez que serão demonstradas as críticas do autor a forma dominante de pensar o direito, denominado de análise jurídica racionalizadora, bem como demonstrará a proposta por ele defendida, qual seja, a de reforjamento da análise jurídica para que sirva como ferramenta experimentalista direcionada ao fomento de uma acelerada democracia.

Desta feita, a intenção proposta é a de apresentar uma forma de adentrar determinados aspectos que possuem o domínio técnico como objeto prevacente, como é o caso do direito e da análise jurídica. Assim, o questionamento proposto por Mangabeira e que aqui, tentar-se-á explicitar como mudar a análise jurídica dominante para assim ser concebido a esta aquilo que seria seu precípua objetivo dentro de uma sociedade dita por democrática: a de informar a sociedade civil com a expectativa de se imaginar e debater futuros alternativos².

Na terceira parte, no presente capítulo, propõe-se a examinar o tema do experimentalismo institucional/democrático/constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal e isso, por sua vez, dar-se-á em uma única perspectiva, qual seja, a de avaliar em quais temas e sobre quais fundamentos a Corte utilizou-se do tema como argumentação para suas decisões.

Por sua vez, o estudo das decisões selecionadas deu-se por meio de pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se os termos de pesquisa “experimentalismo institucional” e seus sinônimos: “experimentalismo democrático” ou “experimentalismo constitucional”. Desta, resultaram 6 (seis) decisões filtradas.

Destaca-se que a atualização das decisões findou no dia 28 de fevereiro de 2018, termo final da pesquisa, ao passo que o termo inicial foi a promulgação da Constituição Federal vigente, ou seja, desde o dia 05 de outubro de 1988.

² UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 09.

Dessa maneira, as 6 (seis) decisões selecionadas (Apêndice A) foram: a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.356/MS; a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.327/PR; a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.253/BA; a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.835/MS; a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.861/SC e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330/DF.

Isto posto, são esses os contornos que se pretende debruçar no presente capítulo, para assim, consolidar bases suficientes para a continuidade do trabalho proposto.

2.2. PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS DO RACIOCÍNIO EXPERIMENTALISTA UNGERIANO (“SOCIEDADE COMO ARTEFATO HUMANO” E “TUDO É POLÍTICA”)

De acordo com Unger³, a democracia seria um projeto bem mais valioso e que corresponde para além de um pluralismo partidário e de uma responsabilidade dos eleitos perante o eleitorado, isto é, corresponderia para proporcionar uma aliança entre o progresso material (isto é, “não basta ter liberdade para combinar produção, é necessário liberdade para recombinação ou substituir as instituições que definem as relações de troca e de produção” dando, portanto, “armas e asas aos nossos desejos”) e a independência individual (“libertando dos esquemas triturantes de divisão e hierarquia social”).

Todavia, essa aliança dependeria do experimentalismo prático, uma vez que ambos sujeitam as práticas sociais a um ajuste experimental em que haja sempre um avanço constante no sentido daquelas práticas que proporcionem encorajamento para que cada vez mais ocorram ajustes⁴. Ou seja, seria necessária uma ação para fins de emergência de um experimentalismo democrático, de uma política transformadora

³ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 16.

⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 16-7.

da rotina social, pois, uma vez assim não acontecendo, a harmonia entre o progresso material e a independência individual não existiria⁵.

Ocorre que o experimentalismo democrático possui como um de seus empecilhos o fetichismo estrutural e institucional.

Nas palavras de Unger⁶, o fetichismo estrutural seria a negação a possibilidade de mudança da qualidade dos contextos formadores. Logo, um contexto formador de qualidade seria verificado por sua abertura a revisão e esta é avaliada na medida em que a distância entre as atividades reprodutoras de estruturas e as transformadoras de estruturas for reduzida. Isto é, a diminuição desta distância torna possível uma maior aliança do progresso material para com a independência individual, observa-se:

Uma das teses centrais de *Política* é a de que todos os aspectos importantes da autonomia ou da autoafirmação humana dependem do nosso sucesso em reduzir a distância entre as rotinas preservadoras do contexto e os conflitos transformadores do contexto. Baseiam-se na nossa capacidade de inventar instituições e práticas mais propícias àquela liberdade de rever contextos que oferece à visão explicativa de *Política* seus problemas e oportunidades⁷.

O fetichismo institucional, por sua vez, seria a crença de que as instituições abstratamente pensadas teriam unicamente uma só versão. Consiste na “identificação inibidora e injustificada de concepções institucionais abstratas, como a democracia representativa e a economia de mercado, com um conjunto específico e contingente de estruturas

5. GODOY, Arnaldo Moraes. **Notas para uma introdução ao pensamento de Roberto Mangabeira Unger**. Disponível em: <<http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/notas-para-introducao-unger.pdf>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2018. 2017. p. 07-8.

6. UNGER, Roberto Mangabeira. **Política**: os textos centrais. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Editora Argos, 2001. p. 14-5.

7. UNGER, Roberto Mangabeira. **Política**: os textos centrais. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Editora Argos, 2001. p. 29.

institucionais” em que o seu afastamento dependeria de um trabalho conjunto envolvendo cientistas e críticos sociais⁸.

Unger⁹ exemplifica o fetichismo institucional com a “história mítica da democracia” e a “história mítica dos direitos privados”. No primeiro exemplo, por ser contrário a essa história mítica, Unger persiste para que sejam vistos como acidentais “os dispositivos institucionais das democracias representativas contemporâneas e das economias de mercado” (vide, como exemplo, o constitucionalismo liberal). No segundo exemplo, contrário a essa visão mítica dos direitos privados, defende que a “economia de mercado não encerra um conteúdo jurídico e institucional predeterminado”, razão pela qual se dedica para o desenvolvimento de alternativas de sistemas institucionais que não a propriedade e o contrato.

Em consonância, Rodrigo Mudrovitsch¹⁰ discrimina que o fetichismo em seu aspecto institucional, “é definido como crença de que concepções institucionais abstratas teriam expressão natural única”, enquanto que, em seu aspecto estrutural representaria “a negação da possibilidade de que a qualidade das instituições sociais seja alterada”.

Esses fetichismos conduzem para uma noção da tese de convergência em que se busca favorecer um conjunto único de melhores práticas que foram adotadas por todo o mundo. Portanto, a tese da convergência entende que a evolução das instituições no mundo contemporâneo está intimamente ligada à sobrevivência desses pós sucessivos atos de tentativa e erro, de virem conciliar a liberdade política e segurança social com a prosperidade econômica¹¹.

Ou seja, a tese da convergência significaria tendência majoritária de se defender que o progresso do mundo perpassaria pela aproximação, por tentativa e erro, das únicas formas institucionais que se

⁸. UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 17-8.

⁹. UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 15-6.

¹⁰. MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrançamento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24.

¹¹. UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 18-9.

mostraram apropriadas em gerar um sentimento de sucesso¹². Inclusive, seria no fomento a esta tese que se proporcionaria a persuasiva e implicitamente “respeitabilidade pseudocientífica” aos fetichismos¹³.

As teses do fetichismo institucional e estrutural e da convergência produzem consequências “dramáticas” para a democracia por, basicamente, quatro motivos: a) por proporcionar a desaceleração da democracia; b) porque a combinação de ambas faz com que as diferenças entre democracias sejam extintas em busca de uma maior adesão às práticas e instituições projetadas pelos países com maior influência pelo mundo; c) porque ambas direcionam a reinvenção da democracia pela política tão somente quando da ocorrência de momentos de crises; d) porque ao homem é intrínseco um poder de reinventar e refazer a sociedade que transcende a qualquer coisa¹⁴.

Objecções são feitas especialmente quanto à tese da convergência e estas circundam em duas principais, quais sejam: que ininterruptamente se tem meios institucionais alternativos para o implemento de objetivos práticos; que não se pode dissociar “os contornos prático e espiritual da nossa civilização”, uma vez que ao escolhermos determinado conjunto de instituições preterindo outras também estamos escolhendo certa forma de vida e de relacionamento para com as outras pessoas¹⁵.

No mais, a tese da convergência ainda é capaz de reforçar o projeto político com atual influência, sobretudo na parcela do mundo em desenvolvimento, qual seja, o neoliberalismo.

O equívoco do neoliberalismo, por sua vez, reside “na sua racionalização retrospectiva, que também opera sérios efeitos no âmbito da análise jurídica, notadamente no que diz respeito ao direito constitucional”¹⁶. A respeito disso, Mangabeira Unger pontua:

12. MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24.

13. UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 18.

14. MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26.

15. UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 19.

16. MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40.

O neoliberalismo é o programa de estabilização macroeconômica sem prejuízo aos credores internos e externos do Estado; de liberalização, entendida mais estreitamente como a aceitação da concorrência internacional e a integração no sistema de comércio mundial, e mais amplamente como a reprodução do direito tradicional dos contratos e de propriedade do Ocidente; de privatização, significando a retirada do Estado da produção e, no lugar disso, sua dedicação a responsabilidades sociais; e do desenvolvimento de redes de segurança sociais criadas para compensar, retrospectivamente, os efeitos desniveladores e desestabilizadores da atividade de mercado.¹⁷.

Porém, há que se destacar que a crítica do Mangabeira ao neoliberalismo não necessariamente denota que o mesmo adere a uma teoria esquerdista. O próprio define-se como supraliberal, isto é, defende o enfrentamento contra o neoliberalismo, considerando sua ameaça para a consolidação de experimentalismos democráticos. Desse modo, entende que ao neoliberalismo deve ser lançado unicamente um olhar de reconhecimento por ter sido um momento político de relevância, sem, para isso, ser necessário fomentar o apego desmedido ao mesmo, uma vez que assim fazendo nada mais significaria do que um louvor as políticas congeladas¹⁸.

Esse projeto neoliberal possui equivalência ainda nas democracias industriais subdivididas de duas formas: na primeira, há repulsa e hostilidade quanto à atuação estatal nos assuntos de economia ou que envolve direitos sociais dos trabalhadores; na segunda, há uma versão de socialdemocracia que toma proporções cada vez maiores¹⁹.

O pensamento socialdemocrata vem ser representado pela tradição da Constituição de Weimar, e esta, por sua vez, como observado, é uma

17. UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 19-20.

18. MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrinchamento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24-5.

19. UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 20.

das tradições adotadas pelo Brasil e precisa ser abandonada. Esse pensamento não só se preocupa com a constitucionalização de ideias sociais e econômicas, nada, portanto, com a materialização efetiva disso²⁰.

Enquanto característica, tem-se: um compromisso para com um formato estatal que se preocupa com o investimento no ser humano e, por consequência, defende a ideia de um Estado de bem-estar; um anseio por economia de mercado liberta de qualquer regulação em desfavor da inovação econômica – essa característica estaria em conjunto com a participação do povo nos governos e organizações sociais locais – por fim, seria a socialdemocracia adepta de um institucionalismo conservador²¹.

Destarte, essa versão socialdemocrata alimenta a ideia de que as mudanças jurídico-institucional e social apenas ocorreriam em momentos excepcionais advindos, sobretudo, de períodos caóticos. Assim, restaria como propósito do pensamento jurídico e da economia política tão somente a sistematização e a completude para o futuro do que de bom ou criativo fora criado durante esse período²².

Contudo, essa ideia de mudanças em momentos de crise possui defeitos que ajudam a fortalecer o fetichismo estrutural e institucional em desfavor do pensamento democrático. Primeiro porque a relação entre crise e momento reconstutivo altera-se no decorrer da história. Segundo por consistir no fato de que a experiência reconstitutiva não se trata de algo de difícil acesso. Terceiro porque o momento calmo subsequente ao período revolucionário não é tão rotineiro quanto, provavelmente, pode parecer²³.

No caso específico do Brasil, não se pode contar com as crises como propulsoras de mudanças, pois internamente as instituições

²⁰ UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257. p. 57-72, maio/ago. 2011. p. 64-5.

²¹ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 20.

²² UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 32-3.

²³ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 33.

devem fazer esse papel. Assim, estas devem ser reorganizadas para fins de que a transformação tome impulso internamente e, portanto, independa de circunstâncias externas favorecedoras, tais como as crises. Com isso, a transformação experimentalista visa amortecer o vínculo outrora existente entre mudanças e crises²⁴.

O experimentalista democrático não se prende aos momentos de crises para as reconstruções institucionais, é preciso sempre fazer com que essa fase independa cada vez mais dos períodos abruptos aos quais a versão socialdemocrata ajuda a alimentar. Isto é, o abandono e o enfraquecimento da política, das diferenças socioculturais e do experimentalismo democrático representa o aprisionamento do homem para as ideias novas e de tom inovador que estiverem ao seu alcance, independente de momentos abruptos²⁵.

Assim sendo, a saída seria pelo engrandecimento da condição humana para que o homem não se limite às conjunturas institucionais e socioculturais existentes e, assim, possa praticar o pensamento constante da sociedade para fins de inovação e reinvenção da realidade posta. Porém, há que adaptar as instituições e o discurso humano para que sirvam à imaginação e não somente a reprodução de discursos e posturas de autoridade, bem como para sua continuidade ser no sentido de adquirir condições de antecipações das crises²⁶.

O desenvolvimento dessa ideia experimentalista depende, portanto, de práticas constantes de imaginação institucional. Para tanto, duas versões são consideradas essenciais: a economia política e a análise jurídica. Ambas serviriam para o propósito de instrumentalização efetiva do experimentalismo democrático.

Todavia, antes de tratar da análise jurídica e sobre como a mesma serviria em favor do experimentalismo democrático, é imperioso estabelecer especificamente os pressupostos filosóficos primordiais

²⁴. UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257. p. 57-72, maio/ago. 2011. p. 61-2.

²⁵. MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrançamento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26.

²⁶. MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrançamento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26-7.

de sustentação do raciocínio ungeriano, quais sejam: o da “sociedade como artefato humano” e o “tudo é política”.

Na modernidade, o pensamento social originou-se defendendo que a sociedade era feita e imaginada, ou seja, era um artefato humano. Inclusive a doutrina jurídica moderna atua inspirando a sociedade a se transformar em conflito transformador, ou seja, existe em um contexto em que a sociedade passa a ser entendida como feita e imaginada e não como algo meramente dado²⁷.

Portanto, o pressuposto da sociedade como artefato humano advém da concepção de que a sociedade em si não seria produto de vontades divinas, ou seja, de uma “suposta ordem natural oculta”, mas sim das próprias liberdades e arbítrios da sociedade²⁸.

Esse pressuposto inspirou várias doutrinas e estas ficaram diante da promessa a ser cumprida de construção de uma sociedade onde a autonomia individual e coletiva poderia dissociar as relações práticas e de paixão dos papéis e hierarquias rígidos, ou seja, libertar a “experiência subjetiva de um roteiro previamente imposto”. Ocorre que “ninguém ainda levou ao limite a ideia da sociedade como artefato”²⁹.

Dessa forma, a teoria de Unger busca voltar-se sempre para a perspectiva de direcionamento ao futuro olvidando-se de um olhar ao passado, uma vez ser este um apego irrestrito e desnecessário a uma estagnada política.

Ato contínuo, o autor critica a tendência contemporânea de uma ciência da história voltada ao empecilho da ideia de uma sociedade como artefato humano, ou seja, de uma sociedade que, em constância, poderia avançar continuamente³⁰.

Desse modo, podem-se resumir os objetivos de Unger em basicamente dois: 1) o de fazer com que seja considerada fielmente a

²⁷. UNGER, Roberto Mangabeira. **The critical legal studies movement**. Harvard Law Review. v. 96. p. 563-675, jan. 1983. p. 579.

²⁸. MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 20.

²⁹. UNGER, Roberto Mangabeira. **Política: os textos centrais**. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Editora Argos, 2001. p. 25.

³⁰. MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23.