

A Constituição do experimentalismo democrático¹

The Constitution of Democratic Experimentalism

Fernando Longo Filho²

Resumo

A Constituição do experimentalismo democrático de Mangabeira Unger é uma formulação que estabelece uma relação distinta entre democracia e constitucionalismo que não se situa nos modelos mais canônicos de democracia liberal, republicana e deliberativa. A compreensão do conceito de Constituição do experimentalismo democrático depende do conhecimento do arcabouço teórico de Mangabeira Unger. Para tanto, será explorado o slogan de Mangabeira Unger de que “Tudo é política”. Em seguida, será desenvolvida a relação entre Direito e o conceito de experimentalismo democrático. Após, serão analisadas as relações entre democracia e constitucionalismo. Ao final, se revisitará o ensaio “A constituição do experimentalismo democrático” para uma (re)leitura mediante os recursos teóricos do próprio autor.

Palavras-chaves: Constitucionalismo; Democracia; Experimentalismo.

Abstract

Mangabeira Unger's Constitution of democratic experimentalism is a formulation that establishes a distinct relationship between democracy and constitutionalism that is not situated in the more canonical models of liberal, republican and deliberative democracy. Understanding the concept of Constitution of democratic experimentalism depends on knowledge of Mangabeira Unger's theoretical framework. To this end, Mangabeira Unger's slogan that “Everything is politics” will be explored. Next, the relationship between Law and the concept of democratic experimentalism will be developed. Afterwards, the relationship between democracy and constitutionalism will be presented. At the end, the essay “The constitution of democratic experimentalism” will be revisited for a (re)reading using the author's own theoretical resources.

Key-words: Constitutionalism; Democracy; Experimentalism.

¹ Recebido: 07.04.2024. Aceito: 27.04.2024.

² Doutor em Direito pelo UniCEUB. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP. Especialista em Direitos Humanos pelo IDP. Bacharel em Direito pela UFBA. Procurador do Distrito Federal. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0993777779108015>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6347-9317>.

Introdução

Contemporaneamente, a Constituição tem sido compreendida como acoplamento estrutural entre o Direito e a Política³, comunidade de princípios⁴ e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia pública e privada⁵, para mencionar algumas das concepções mais recorrentes. Tratam-se todos de conceitos desenvolvidos para outras realidades e cenários históricos alheios ao contexto nacional, motivo pelo qual não têm, muitas vezes, identificação com os problemas e dilemas que o constitucionalismo brasileiro enfrenta.

De outro modo, Mangabeira Unger, no ensaio “A constituição do experimentalismo democrático”⁶, propõe um experimento constitucional para a realidade brasileira extremamente desafiador e calcado em nossos problemas, a partir de 2 (duas) teses. A primeira tese é de que se deve reconstruir o projeto democrático. A segunda tese, da qual é subsidiária da primeira, é de que os problemas constitucionais brasileiros guardam relação com 2 (dois) componentes de nossa trajetória constitucional. O primeiro componente é o constitucionalismo liberal importado nos Estados Unidos com presidencialismo madisoniano e federalismo clássico. O segundo componente é a variante truncada do constitucionalismo de Weimar⁷.

Os fundamentos teóricos dessa constituição do experimentalismo democrático são pincelados do seguinte modo⁸:

A prática do direito — inclusive do direito constitucional — trocaria a idealização das normas vigentes (o discurso dos princípios e das políticas públicas) pela imaginação das instituições alternativas. O vínculo entre a ideia da democracia e a prática do direito é claro e simples. Devemos conceber a democracia hoje como, antes de qualquer coisa, processo de descoberta e de aprendizagem coletivas. Ao direito, a começar pelo direito constitucional, cabe organizar este processo e tomar como suas as aspirações do projeto democrático. O

³ LUHMANN, Niklas. Constituição como aquisição evolutiva. Tradução de Menelick Carvalho Netto. *Rechtshistorisches Journal* 9. 1990, p. 4.

⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pág. 120.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 1997, p. 346-347.

⁶ UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, ano 2011, n. 257, maio/ago. 2011.

⁷ UNGER, Roberto Mangabeira. *A constituição do experimentalismo democrático*. p. 1.

⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. *A constituição do experimentalismo democrático*. p. 2.

aprofundamento do experimentalismo democrático é, ao mesmo tempo, para o direito, assim como para a democracia, método e alvo.

Para forjar a sua compreensão de constituição, Mangabeira reconstrói o próprio conceito de direito, introduz uma outra noção do que seja democracia e apresenta a categoria do experimentalismo democrático. Conforme se verifica, vale-se de um repertório conceitual ainda bastante desconhecido para os operadores jurídicos nacionais, embora grande parte de sua obra esteja disponível em português gratuitamente⁹.

A Constituição do experimentalismo democrático de Mangabeira é uma formulação que estabelece uma relação distinta entre democracia e constitucionalismo que não se situa nos modelos mais canônicos, por assim dizer, de democracia liberal, republicana e deliberativa¹⁰. A compreensão do conceito de Constituição do experimentalismo democrático depende, assim, do conhecimento do arcabouço teórico de Mangabeira.

Para tanto, será explorado o slogan de Mangabeira de que “Tudo é política”. Em seguida, será desenvolvida a relação entre Direito e o conceito de experimentalismo democrático. Após, serão analisadas as relações entre democracia e constitucionalismo. Ao final, se revisitará o ensaio “A constituição do experimentalismo democrático” para uma (re)leitura mediante os recursos teóricos do próprio autor.

1. O slogan “Tudo é Política”

O slogan “Tudo é Política” expõe toda a radicalidade do projeto de teoria social de Mangabeira, no qual está determinado a levar ao extremo a ideia de sociedade como artefato¹¹. Mediante as categorias contexto formador e rotinas formadas, explica que os contextos formadores “fornecem a base sobre a qual as pessoas definem e compõem interesses, identificam e solucionam

⁹ Obras disponíveis em: <https://www.robertounger.com/pt>.

¹⁰ GARGARELLA, Roberto. Em nome da Constituição. In: BORON, Atilio A. CLASCO. **Filosofia Política Moderna. De Hobbes à Marx**. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. DCP-FFLCH. Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo, 2006.

¹¹ UNGER, Roberto Mangabeira. **Política: Os textos centrais, a teoria contra o destino**. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Editora Argos, 2001, p. 23.

problemas”¹². Os contextos formadores são essas estruturas sociais profundas, sob as quais os acordos e composição de interesses ocorrem – as rotinas formadas.

Para Mangabeira, os contextos formadores são criações sociais tanto quanto as rotinas e, por esse motivo, podem ser reimaginados e recriados. Rejeita expressamente a ideia de que exista um número limitado de tipos de organização social¹³. Por essa razão, a teoria social de Mangabeira é “um esforço de desenvolvimento de ideias que deem sentido à vocação transformadora”¹⁴.

Ainda de acordo com Mangabeira, os contextos formadores são diferentes no grau de entricheiramento, isto é, “protegidos contra a contestação e revisão em meio a conflitos e acordos”¹⁵. O desentricheiramento é a desnaturalização de contextos formadores, a qual não deve ser compreendida como um movimento no sentido da anarquia, na medida em o desentricheiramento de contextos formadores é tão rico em detalhes em seu conteúdo quanto contextos formadores entricheirados. O que muda com o desentricheiramento é a consciência de que os contextos formadores são artefatos¹⁶.

Esse refazer ou reimaginar, Mangabeira denomina de pensamento programático em oposição à ciência social positivista e as teorias sociais profundas. O pensamento programático baseia-se justamente na aptidão para reimaginar os contextos formadores, não sendo o resultado um dado *a priori*. Distingue-se então da ciência social positivista por admitir a possibilidade de reconstrução de contextos formadores. Afasta-se das teorias sociais profundas, em que o resultado esperado já está predeterminado, semelhantemente à perspectiva marxista¹⁷.

O pensamento programático de Mangabeira formula um projeto de reforma revolucionária que consiste “na substituição de qualquer uma das

¹² UNGER, Roberto Mangabeira. **Política**: Os textos centrais, a teoria contra o destino. p. 25

¹³ UNGER, Roberto Mangabeira. **Política**: Os textos centrais, a teoria contra o destino. p. 26.

¹⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. **Política**: Os textos centrais, a teoria contra o destino. p. 31.

¹⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. **Política**: Os textos centrais, a teoria contra o destino. p. 68.

¹⁶ UNGER, Roberto Mangabeira. **Política**: Os textos centrais, a teoria contra o destino. p. 88.

¹⁷ UNGER, Roberto Mangabeira. **Política**: Os textos centrais, a teoria contra o destino. p. 92.

disposições e crenças desigual e frouxamente interligadas que participam da criação de um contexto formador”¹⁸. É reforma porque não ocorre de maneira abrupta como uma revolução. É revolucionária por implicar a ampla reconstrução dos contextos formadores¹⁹.

Perry Anderson²⁰, a fim de evidenciar toda a radicalidade da teoria social de Mangabeira, o compara com Habermas, pensador extremamente cultuado nos dias de hoje. A teoria habermasiana tem como propósito a construção de fronteiras entre o mundo da vida e os sistemas do dinheiro e do poder, preservando o mundo da vida da colonização pelos sistemas do dinheiro e do poder político. O mundo da vida é onde se constrói o valor e o significado dos sentidos intersubjetivos e a transmissão cultural. A economia e o Estado tendem a ocupar o mundo da vida. Nesse cenário, a teoria habermasiana limita-se apenas a formular um projeto de preservação desse mundo da vida. O projeto de Mangabeira é mais ousado, uma vez que rejeita a ideia de existência entre o que pode e o que não pode ser reconstruído. Para Mangabeira, as relações de poder político e econômico também estão sujeitas a terem seus contextos formadores transformados²¹. Anderson então conclui que “intelectualmente muito mais distanciado de Marx do que Habermas, Unger, sob este aspecto, está politicamente muito mais próximo dele”²².

A abrangência da proposta de vocação transformadora de Mangabeira é sem limites, na medida em que nada escaparia ao âmbito da revisão de contextos formadores. Daí o slogan “Tudo é Política”, ou seja, todos os contextos formadores estão sujeitos a desnaturalização e crítica, sendo passíveis de revisão. Explica assim a abrangência de sua proposta²³:

(...) A partir do momento em que começamos a mexer com organizações relativamente periféricas, como prisões e hospícios, e a reorganizá-las de acordo com a imagem dos ideais atribuídos ao direito material, por que não continuar até alcançar empresas e organizações burocráticas, famílias e governos locais? À medida que

¹⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. **Política. Os textos centrais, a teoria contra o destino**, p. 96.

¹⁹ UNGER, Roberto Mangabeira. **Política. Os textos centrais, a teoria contra o destino**, p. 97

²⁰ ANDERSON, Perry. **Afinidades Seletivas**. São Paulo: Boitempo editorial, 2002, p. 188-189.

²¹ ANDERSON, Perry. **Afinidades Seletivas**. São Paulo: Boitempo editorial, 2002, p. 188-189.

²² ANDERSON, Perry. **Afinidades Seletivas**, p. 189.

²³ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Editora Boitempo, 2004, p. 47.

aprofundássemos o alcance e ampliássemos o âmbito da intervenção, as atividades reconstitutivas da execução complexa tornar-se-iam cada vez mais ambiciosas, exercendo poderes maiores, empregando mais pessoal e absorvendo recursos mais intensos.

E esse refazer de contextos formadores, combinado com pensamento programático e reforma revolucionária ainda se constituem em uma teoria social explicativa da realidade? Ou não passa de um projeto puramente político ancorado em pretensões metafísicas? O caráter científico da teoria social não estaria em perigo quando se mistura política e metafísica? E Mangabeira não estaria se contradizendo ao ser tão radical quanto ao caráter político de sua teoria social com pretensões metafísicas quando formula a sua concepção de contextos formadores e rotinas, indicando sempre a possibilidade de revisão dos contextos formadores, caracterizando-se, assim como uma teoria de desfundamentação? Como conciliar a metafísica de Mangabeira com a ausência de fundamento último?

Mangabeira responde de frente a esses questionamentos. Afirma que a teoria social “deve voltar a ser, em certo sentido, ao mesmo tempo metafísica e política”²⁴. Prossegue asseverando que não há qualquer critério científico que explique as escolhas sobre o que a sociedade é e o que deveria ser. Não são arbitrárias e tampouco passíveis de demonstrações lógicas ou empíricas. Essas escolhas essenciais sobre a natureza humana fundamentam-se nos “conceitos especulativos das necessidades de ordem social e das imposições da natureza humana, conceitos que são informados pelo conhecimento histórico”²⁵. De acordo com Mangabeira, na sua teoria social, assim, existem Política e Metafísica²⁶. Não há como fugir dessa dimensão, embora existam os perigos da fantasia e da paixão, existe promessa nessa união. E o Direito, que papel ocupa no âmbito dessa teoria social que tem como slogan “Tudo é Política” e repleta de metafísica?

²⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**: Contribuição à crítica da teoria social. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1979, p. 277.

²⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**, p. 277.

²⁶ UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**, p. 277.

2. O Direito e o experimentalismo democrático

Mangabeira já atacava a concepção formalista de Direito no famoso ensaio “The Critical Legal Studies Movement”, desdobrando o seu slogan “Tudo é Política” para o âmbito do Direito. Afirmava que o formalismo tem a esperança de contrastar raciocínio jurídico e ideologia, filosofia e profecia política, mas que sucumbe, tornando-se uma coleção improvisada de desculpas²⁷.

É interessante notar como Mangabeira ataca tanto a denominada Análise Econômica do Direito quanto a Escola de Direitos e Princípios com o mesmo argumento: a pretensão de objetividade e formalismo. Essa pretensão é falsa porque a subjetividade é um componente onipresente no Direito, não podendo ser excluída a dimensão Política. Argumenta que ambas as Escolas almejam a descoberta de uma forma canônica de vida social e personalidade que não poderiam ser refeitas ou reimaginadas²⁸.

Dworkin responde a essas críticas, analisando as objeções suscitadas pelo Critical Legal Studies – CLS, qualificando o movimento como cético ao insistir na impossibilidade de uma solução jurídica objetiva para um *hard case*. Afirmava que o trabalho de Hércules é tentar “impor ordem à doutrina em vez de descobrir a ordem nas forças que a criaram”²⁹. Entretanto, Mangabeira insiste na crítica, afirmando que³⁰

(...) Em vez de reconstrução retrospectiva e racionalista na linguagem de políticas públicas e princípios idealizados, temos a tentativa de compreender o direito como a expressão episódica de acordos práticos em face de conflito real: conflito de visões ideais e também de interesses materiais.

É o slogan de Mangabeira de que “Tudo é Política”, o que, no âmbito do Direito, gera angústia e perplexidade em razão da inexistência de um fundamento normativo último, já que todos os contextos formadores são passíveis de revisão, provocando a crítica a Mangabeira de ser um relativista³¹.

²⁷ UNGER, Roberto Mangabeira. **The critical legal studies movement**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1986, p. 11.

²⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. **The critical legal studies movement**. p. 14.

²⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 325.

³⁰ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. p. 73.

³¹ GOLDSTEIN, Howard. The limits of politics: a deep ecological critique of Roberto Unger. **McGill Law Journal**.1989, p. 166-167.

Entretanto, Mangabeira não separa a metafísica da Política e do Direito. Pelo contrário, afirma que a metafísica é inseparável do Direito, encontrando seus valores na prática histórica, conforme já registrado. De qualquer sorte, é importante compreender que Mangabeira não pretende eliminar a dogmática jurídica que se centra na pergunta “Como os juízes devem decidir?”, mas apenas rebaixá-la para um campo secundário. A pergunta a ser respondida é “Como as instituições podem ser reconstruídas”, sendo o jurista, nessa perspectiva, um assistente técnico do cidadão³².

Sobre esse ponto, Waldron tece crítica contundente ao discordar de que essa seria a tarefa essencial do jurista, afirmando que caberia àqueles com treinamento em história, sociologia, política e cultura a tarefa de promover a reconstrução das instituições³³. Provavelmente, especula-se que a resposta de Mangabeira seria com seu slogan “Tudo é Política”. O fazer Direito é fazer Política. Daí que não há como separar a tarefa de aplicador do Direito da de reconstrutor das instituições sociais. Por esse motivo, o operador do Direito deve-se converter em um assistente técnico do cidadão. Ademais, para Mangabeira, o Direito é o meio pelo qual as formas institucionais alternativas são forjadas e construídas³⁴.

Nesse cenário, a primeira tarefa do jurista é ser um agente desnaturalizador de categorias ou, na terminologia de Mangabeira, desentricheirador de categorias. Dessa maneira, o operador do Direito ao desnaturalizar as categorias tem o propósito de promoção tanto de soluções mais eficientes quanto mais democráticas³⁵. Segundo Mangabeira, é necessário romper os limites que o feitichismo institucional e estrutural impõem a nossa imaginação em pensar em instituições alternativas³⁶.

³² UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. p. 133.

³³ WALDRON, Jeremy. Dirty Little Secret. **Columbia Law Review**. v. 98, n. 2, mar. 1998, p. 525.

³⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. **The critical legal studies movement**. p. 22.

³⁵ RODRIGUEZ, José Roberto. Para uma pedagogia da incerteza: a dogmática jurídica como experimento e como imaginação. In RODRIGUEZ, José Rodrigo. PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 62-63.

³⁶ UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia realizada: a alternativa progressista**. São Paulo: Boitempo Editorial, 1998, p. 24.

A segunda tarefa do operador do Direito é imaginar arranjos institucionais alternativos, isto é, “pôr-se a imaginar modelos de sociedade problema a problema (solução dogmática a solução dogmática, órgão estatal por órgão estatal), sempre em função das necessidades de eficiência e legitimidade das instituições”³⁷.

É importante assinalar que esse imaginar ou recriar as instituições não passa pela formulação de princípios normativos de um lado e constatação das necessidades e intuições do outro a fim de transcender o contexto histórico. De acordo com Mangabeira, é imprescindível nos libertamos do contexto por meio do experimentalismo democrático, na medida em que “os debates institucionais e os experimentos não constituem um exercício separado e subsidiário; representam o meio mais importante de definir e redefinir o conteúdo de nossos ideias e interesses”³⁸. O experimentalismo democrático é o método de superação das contingências históricas e do constrangimento funcional, mediante a ampliação do estoque disponível de instituições e ideias³⁹.

E a relação entre Direito e experimentalismo democrático não é a de promoção de anarquia, mas de ordenar o experimentalismo democrático. E, nesse aspecto, Mangabeira expõe uma dificuldade da concepção convencional de Direito que exige generalidade e o método do experimentalismo democrático que passa pela singularidade. Argumenta que o Estado deveria testar soluções para os problemas antes de generalizá-las. Entretanto, reconhece que esse testar de soluções pode permitir favorecimentos e castigos a determinadas categorias. Nesse contexto, o Direito deve ser repensado para ordenar o experimentalismo democrático, superando o dilema da generalidade do Direito e a especificidade do experimentalismo democrático⁴⁰.

Esse arsenal teórico vocacionado a realizações práticas sofre críticas por ser abstrato e vago, carente de arranjos institucionais concretos e específicos

³⁷ RODRIGUEZ, José Roberto. **Para uma pedagogia da incerteza: a dogmática jurídica como experimento e como imaginação**. p. 64

³⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia realizada**: a alternativa progressista, p. 18.

³⁹ UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia realizada**: a alternativa progressista. p. 23.

⁴⁰ SELIGMAN, Felipe. Crítica ao pensamento jurídico brasileiro, segundo Mangabeira Unger. **JOTA**. 13 jul. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/critica-ao-pensamento-juridico-brasileiro-segundo-mangabeira-unger-13072015>. Acesso em: 02 fev. 2024.

que seriam próprios do experimentalismo democrático que formula⁴¹. O modo como Mangabeira concebe as relações entre Democracia e Constitucionalismo auxilia a refletir sobre essa crítica ao enfrentar um debate jurídico extremamente atual.

3. Democracia e Constitucionalismo

A relação entre Democracia e Constitucionalismo é a controvérsia no cenário do direito constitucional. Para entendê-la em Mangabeira, é importante antes dar um passo atrás e entender como o Direito é um produto da modernidade. Para Mangabeira, existem três tipos de Direito. A primeira noção de Direito é a consuetudinária. A segunda é denominada de administrativa, pois é oriunda da regulação administrativa, sujeita ao arbítrio do Príncipe. No Ocidente, no choque do Direito consuetudinário, encarnado nos costumes e leis sacerdotais, com o Direito Administrativo sob o jugo do arbítrio real, surgiu uma terceira noção de Direito, a que Mangabeira nomeia de ordem jurídica ou sistema legal que sobrevive somente em condições muito especiais⁴².

O Direito como ordem jurídica almeja ser geral, autônomo, público e positivo. O que merece uma análise mais atenta é a característica da autonomia que, segundo Mangabeira, tem quatro aspectos: substantivo, institucional, metodológico e ocupacional⁴³. O Direito como ordem jurídica é autônomo sob a perspectiva substantiva porque já não se assenta mais em bases metafísicas. É institucionalmente autônomo, uma vez que as normas são produzidas por uma instância – Poder Legislativo – e aplicados por outras – Poder Executivo e Poder Judiciário. Do ponto de vista metodológico, o Direito é autônomo, pois desenvolve uma linguagem própria de raciocinar juridicamente que o distingue dos demais saberes. E, a autonomia ocupacional significa a existência de um grupo especial de pessoas treinadas e preparadas para ocupar os cargos das instituições jurídicas mediante a aplicação do raciocínio jurídico⁴⁴.

⁴¹ TEIXEIRA, Carlos Sávio. Uma filosofia política para transformação. **Revista de Estudos Políticos**. n. 4, 2011/02, p. 30.

⁴² UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**. p. 62.

⁴³ UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**. p. 62.

⁴⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**. p.62-63.

Mangabeira afirma que o Direito como ordem jurídica surgiu com a moderna sociedade liberal, sendo que a “diferença entre política e administração, de um lado, e jurisdição, de outro, é a pedra fundamental do constitucionalismo e o princípio orientador do pensamento político”⁴⁵, o que não se constitui em um mero simulacro ideológico, ainda que a igualdade formal, a especialização de tarefas e o discurso jurídico possam ser precários e limitados⁴⁶.

Nesse cenário, Mangabeira afirma que a ordem jurídica ou Estado de Direito é um fenômeno raro, cujo surgimento é explicado pela existência de um pluralismo de interesses e, historicamente, na fundamentação no direito natural que servia para justificar ou criticar a lei positiva do Estado⁴⁷, cujo processo é descrito por Mangabeira da seguinte maneira:

O pluralismo de grupos e a noção de sociedade que o acompanha impossibilitavam a livre afirmação do direito administrativo. Foi esse pluralismo que contribuiu, em primeiro lugar, para a persistente, embora quase sempre mal-sucedida, defesa das prerrogativas estamentais e, em seguida, para o moderno clamor de igualdade formal e de justiça imparcial sob a lei. A crença numa ordem natural estabelecida por Deus, associada ou não a um clero independente, forneceu a base cósmica para a limitação do poder estatal pelo direito fundamental do Ständestaat ou pelo constitucionalismo liberal. O moderno Estado de Direito emergiu no processo ambivalente mediante o qual o direito dos éditos adquiriu os atributos de generalidade e autonomia, e o direito dos privilégios estamentais se tornou público e positivo.

O Estado de Direito, para Mangabeira, emerge, assim, no processo de desintegração da sociedade e de separação entre Estado e Sociedade, em que nenhum grupo é apto a impor uma ordem de valores, e inexiste consenso sobre qual norma se aplicar. É a autonomia e generalidade do Estado de Direito que propiciam o surgimento de um direito positivo apto a conciliar os interesses⁴⁸. Essa concepção de que o Estado de Direito surge quando ocorre o estranhamento entre sociedade e Estado, bem como com a desintegração da

⁴⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**. p.64.

⁴⁶ UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**. p. 66.

⁴⁷ UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**. p. 76.

⁴⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**. p. 78.

comunidade é contrária ao pensamento cotidiano de que a ordem jurídica tem a sua base na união entre Estado e sociedade⁴⁹.

Nesse ponto, a hipótese de que o Estado de Direito é o resultado do estranhamento entre Estado e sociedade e desintegração da comunidade guarda semelhança com a hipótese de Luhmann de que a Constituição é “uma reação à diferenciação entre direito e política, ou, dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas e funções e à consequente necessidade de uma religação entre eles”⁵⁰. Na visão de Luhmann, a evolução da sociedade passa pela diferenciação dos sistemas sociais, cada um, no caso o Direito e a Política, operando autonomamente com um código binário próprio. A Constituição é o acoplamento estrutural entre o Direito e a Política que surgiu da necessidade de religar os sistemas do Direito e da Política. Verifica-se, assim, que o Estado de Direito para Mangabeira e a Constituição para Luhmann são compreendidos como resultado da dissolução social ou diferenciação social típica da modernidade. O Direito como ordem jurídica constitui-se autonomamente.

E o interessante na comparação entre esses autores é de que, para Mangabeira, o Estado de Direito é um produto da moderna sociedade liberal europeia⁵¹ e precário e limitado⁵², e para Luhmann, a Constituição não é um resultado intencional, mas uma aquisição produzida por uma evolução cega, “que resulta da elaboração de motivos, de fatores vinculados ao caso, ocasionais”⁵³. A identidade é a afirmação de ser o Estado de Direito/Constituição um artefato extremamente precário.

Entretanto, de acordo com Mangabeira, é possível a coexistência de autoritarismo e Estado de Direito, afirmando que “o mero compromisso com a generalidade e a autonomia da lei e com a distinção entre legislação, administração e jurisdição não tem qualquer significado democrático inerente”⁵⁴.

⁴⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & Utopia em Roberto Mangabeira Unger**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010, pág. 124.

⁵⁰ LUHMANN, Niklas. **Constituição como aquisição evolutiva**. p. 4.

⁵¹ UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**. p. 64.

⁵² UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**, p. 66.

⁵³ LUHMANN, Niklas. **Constituição como aquisição evolutiva**. p. 1.

⁵⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**. p. 201.

Luhmann rechaça esse tipo de crítica ao asseverar que a inexistência de um fundamento último fora da ordem jurídica não torna o Direito arbitrário, uma vez que a Constituição constitui e torna invisível o acoplamento estrutural entre Direito e Política, operando de maneira autônoma, porém não arbitrária. Reconhece, contudo, que normas constitucionais que refletem um interesse ideológico de maneira excessivamente direta – tal qual normas de Estados socialistas ou normas que afirmam a predominância de interesses de segurança militar de Israel – representam um perigo ao permitirem reconhecer qualquer conduta como constitucional. Esse perigo seria contido pelos direitos humanos que seriam formas dotadas de complexidade suficiente para terem uma vida jurídica própria⁵⁵.

De acordo com Mangabeira, essa ordem jurídica moderna cristalizada na noção de constitucionalismo liberal é um arranjo institucional precário e provisório, cuja finalidade é a manutenção dos papéis sociais e hierarquias, tornando-se refém das facções. Por essa razão, argumenta que somente, mediante a reformulação dos papéis sociais e hierarquias, se pode superar o constitucionalismo liberal, o que depende então de uma revisão do conceito de democracia⁵⁶.

Explica que a tradição constitucional ocidental é assentada na fragmentação de poder (“freios e contrapesos”) e na adoção de regras e práticas que mantem a sociedade em um nível baixo de mobilização política. Propugna, por esse motivo, por uma democracia acelerada, na qual a constituição deve ser projetada para acelerar a política e refazer os arranjos sociais, ou seja, acelerar o experimentalismo democrático⁵⁷.

Nesse contexto do pensamento de Mangabeira, de acordo com a minha leitura, a relação entre constitucionalismo e democracia seria conceber a constituição como um mecanismo institucional destinado a acelerar as transformações dos contextos formadores e rotinas mediante a prática frequente e dinâmica do experimentalismo democrático combinando um forte elemento plebiscitário com uma ampla faixa de canais para a representação política da

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. **Constituição como aquisição evolutiva**. p. 28.

⁵⁶ UNGER, Roberto Mangabeira. **The critical legal studies movement**. p. 24 e 30-31.

⁵⁷ UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia realizada**: a alternativa progressista. p. 203-204.

sociedade⁵⁸. Distingue-se da tradição liberal de democracia, pois a limitação do poder pelo poder é um mecanismo de criação de impasses que travam as reformas estruturais. Afasta-se da tradição republicana porque não pressupõe cidadãos virtuosos em busca do bem comum. Distancia-se da premissa da democracia deliberativa ao argumento de que se trata apenas de um diálogo infrutífero, na medida em que a democracia acelerada parte do conflito e da tensão.

Sunstein faz crítica severa a essa concepção de democracia acelerada de Mangabeira, argumentando que ela dissolve a relação entre democracia e constitucionalismo ao ter como meta a permanente revisão de contextos formadores e eliminar as diferenças entre rotina e revolução⁵⁹. De acordo com Sunstein, a alternativa não é tornar os arranjos institucionais fluidos, mas desenhar mecanismos institucionais que limitem o poder das facções e da representação egoísta, viabilizando abordagens deliberativas de democracia⁶⁰. Essas críticas de Sunstein podem ser mais bem analisadas à luz das formulações mais concretas propostas por Mangabeira para o Brasil no seu texto “A Constituição do experimentalismo democrático”.

4. A Constituição do experimentalismo democrático

Do já exposto, nesse momento, é possível compreender melhor a 1ª tese de Mangabeira – a reconstrução do projeto democrático que passa pelo desenvolvimento de uma Constituição do experimentalismo democrático. A 2ª tese de Mangabeira – problemas da tradição constitucional brasileira – implica o desenvolvimento de diretrizes mais concretas, pois a 2ª tese é o diagnóstico do constitucionalismo brasileiro, expondo de maneira clara a relação entre Democracia e Constitucionalismo em Mangabeira.

A 2ª tese de Mangabeira assenta-se na premissa de que o constitucionalismo brasileiro é formado por 2(duas) tradições: a do

⁵⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia realizada**: a alternativa progressista. p. 204.

⁵⁹ SUNSTEIN, Cass R. Routine and Revolution. **HeinOnline**. 81 Nw. U. L. Rev. 869, 1986-1987. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12444&context=journal_articles. Acesso em: 10 fev. 2024, p. 889.

⁶⁰ SUNSTEIN, Cass R. **Routine and Revolution**. p. 892-893.

constitucionalismo liberal protodemocrático norte-americano e a truncada tradição constitucional de Weimar. Mangabeira realiza interessante análise da nossa realidade constitucional ao considerar como essas tradições impactam o nosso modo de fazer, aplicar, construir e conceber a Constituição⁶¹. E é a partir desse mapeamento da tradição constitucional brasileira que Mangabeira elabora as suas diretrizes para a reformulação do sistema constitucional brasileiro em um ousado experimento constitucional⁶².

A primeira diretriz formulada é elevar a temperatura da política. Mangabeira critica o constitucionalismo liberal que vê na participação popular um perigo. O constitucionalismo liberal foi criado para filtrar, por meio do sistema da democracia representativa e do sistema de freios e contrapesos, a participação popular. Mangabeira argumenta que se oscila em uma estrutura binária: Madison contra Mussolini. Ou se tem uma participação popular arrefecida pelos mecanismos institucionais; ou uma participação popular extrainstitucional. Afirma que essa é uma falsa oposição⁶³.

Na relação entre democracia e constitucionalismo proposta por Mangabeira, o papel da Constituição é acelerar a democracia por meio da mobilização política permanente. O processo democrático é ininterrupto e está a serviço do experimentalismo, isto é, da recriação de novos contextos formadores e estruturas institucionais.

A segunda diretriz é a construção de mecanismos para resolver de modo célere os impasses entre os poderes do Estado⁶⁴. O constitucionalismo liberal norte-americano em que vige o sistema presidencialista de governo é de impasses institucionais que surgem em razão do princípio de freios e contrapesos. Mangabeira pisa sem medo no acelerador da política e inverte a lógica do freio e contrapesos, na qual a ideia de contenção e inação prevalece. Propõe um modelo de resolução de impasses institucionais por meio da convocação de eleições antecipadas⁶⁵. O impasse entre Executivo e Legislativo

⁶¹ UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. p. 4-7.

⁶² UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. p. 7-9.

⁶³ UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. p. 7.

⁶⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. p. 7.

⁶⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. p. 7.

seria solucionado pela possibilidade de convocação de novas eleições por qualquer um desses poderes.

Novamente, o propósito é acelerar a democracia. Mangabeira é movido por um senso de urgência e enxerga apenas na democracia acelerada os caminhos para a resolução de impasses institucionais mediante a devolução do impasse ao povo. Nessa diretriz, a relação entre democracia e constitucionalismo é refeita. O sistema presidencialista norte-americano não admite a destituição do presidente a não ser por *impeachment* que é um procedimento de natureza político-disciplinar. A razão de ser é evitar que a pressão popular, as facções na linguagem de Madison, perturbem e interfiram no exercício regular do governo. A influência da participação popular está submetida a mais um filtro. Na visão de Mangabeira, em um giro copernicano, o constitucionalismo está a serviço da democracia mediante a resolução rápida de impasses institucionais. Nesse ponto, cabe indagar se a Constituição deixaria de ser um fator de estabilidade institucional para se constituir em um fato de desestabilização institucional?

Para Godoy, essa tese plebiscitária de Mangabeira tem raiz no modelo do pós-guerra francês e no modelo do entreguerras, alemão, cuja finalidade é a promoção de reformas estruturais e não alterações episódicas⁶⁶. A base para Mangabeira é o conflito. O conflito deve ser exposto e não sufocado ou contornado. A ideia da tese plebiscitária de Mangabeira é de que o conflito potencializado pela democracia acelerada viabiliza reformas estruturais e não meramente redistributivas. No entanto, o próprio Godoy reconhece a existência de obstáculos institucionais intransponíveis para a implementação desse mecanismo acelerado de resolução de impasses⁶⁷.

A terceira diretriz é a radicalização do potencial experimentalista do regime federativo. Sinaliza, primeiro, que é necessário romper com a rígida separação de competências, favorecendo a construção de iniciativas de experimentos compartilhados da União, Estado e dos Municípios. Depois,

⁶⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Fragmentos de uma teoria constitucional em Roberto Mangabeira Unger. **Revista do Direito**. n. 37, p. 148-160, jan./jun. 2012, p. 155.

⁶⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Fragmentos de uma teoria constitucional em Roberto Mangabeira Unger**. p. 158-159.

aponta para a imprescindibilidade de se romper com o princípio de que todas as localidades precisam gozar de um grau uniforme de direito de divergência⁶⁸. É interessante notar como Mangabeira incorpora ao seu experimento constitucional a dimensão federativa que, normalmente, é negligenciada em favor de temas como direitos fundamentais e princípio da separação de poderes.

A Federação, na visão liberal, se ajusta ao princípio da separação de poderes, isto é, se trata apenas de uma derivação territorial desse princípio mediante a técnica da rígida separação de competências. O Estado de bem-estar social exigiu uma transformação do Estado Federal, incorporando a técnica das competências concorrentes e comuns. Segundo Mangabeira, não basta a existência dessas competências concorrentes e comuns, uma vez que é necessário expandir os experimentos institucionais compartilhados entre os entes da Federação. Daí a importância de se flexibilizar o princípio da simetria, autorizando-se o direito de divergência de modo radical sem ser extensivo a todos os demais entes federativos, estimulando-se os experimentos institucionais e, por consequência, a construção de contramodelos, nos quais a sociedade possa vislumbrar futuros alternativos.

Na visão constitucional de Mangabeira, a federação é um laboratório de experimentos institucionais, cuja potencialidade é mitigada tanto pelo regime rígido de separação de competências, como pela exigência uniforme do direito de divergência⁶⁹. Repensar a Federação significa explorar a construção de arranjos institucionais compartilhados entre os entes da Federação, construindo modelos de governança federativa, superando-se a separação estanque de competências. Nesse contexto, a insistência de uniformidade de um regime jurídico uniforme para os entes federativos constitui um obstáculo a imaginação de elaboração de alternativas institucionais, capazes de abraçar a complexidade e diversidade da realidade nacional. Assim, a tarefa constitucional é ordenar o experimentalismo sem criar favorecimentos ou distorções entre os entes da federação. Nesse aspecto, a Constituição é um catalisador de experimentos federativos em ambiente controlado.

⁶⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. p. 7-8.

⁶⁹ UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. p. 7-8.

A quarta diretriz é “construir uma base constitucional para o fortalecimento das capacitações do cidadão individual”⁷⁰. Significa, essa diretriz, um princípio de herança social, por meio do qual se assegura um conjunto básico de recursos disponíveis a qualquer cidadão, de acordo com o estágio de desenvolvimento da sociedade. Além disso, tem como propósito reorganizar as práticas e poderes estatais para resgatar as pessoas ou grupos em situação de exclusão ou subjugação⁷¹.

Essa diretriz guarda correlação com a categoria de direitos fundamentais, formulada por Habermas, a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, o que se faz necessário para o aproveitamento, em igualdade de chances, de todos os demais direitos⁷². Dessa maneira, os direitos fundamentais não se constituem apenas um limite à intervenção estatal, tampouco são apenas bens e serviços à disposição do cidadão, porém são reconstruídos constitucionalmente para estarem a serviço de uma democracia acelerada, o que somente é possível mediante a garantia de uma herança social que tem coloração própria no nosso país de disparidades econômicas e sociais gritantes. A radicalização da democracia passa pela inclusão de todos os cidadãos devidamente equipados para participar do jogo democrático.

A última diretriz é “fazer com que, aos poucos, de maneira gradual e cumulativa, a democracia representativa ganhe alguns dos atributos da democracia direta ou participativa”⁷³. Mangabeira rechaça a compreensão de que democracia direta seja a participação popular em conselhos e governos locais, mas entende ser o desenvolvimento de uma nova maneira de prover e de qualificar os serviços públicos⁷⁴.

Democracia participativa não é, segundo Mangabeira, a ideia utópica de participação em conselhos que substituiria a democracia representativa⁷⁵. Forja uma outra concepção de democracia direta que tem implicações no modo de

⁷⁰ UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. p. 8.

⁷¹ UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. p. 8.

⁷² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. p. 160.

⁷³ UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. p. 8.

⁷⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. p. 8.

⁷⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. p. 8.

prestação de serviços públicos mediante a elaboração de uma alternativa entre o estatal e o privado que tem como meta o lucro.

Portanto, as relações entre Constitucionalismo e Democracia em Mangabeira são mais complexas do que a simples afirmação de que seria uma dissolução entre Constitucionalismo e Democracia. A Constituição do experimentalismo democrático pode ser incluída na categoria do próprio Mangabeira de reformismo revolucionário, na qual o conflito não é inimigo da estabilidade, mas é amigo da imaginação e propulsor dos experimentos institucionais construídos democraticamente.

Considerações finais

A Constituição do experimentalismo democrático é uma profecia, para usar o jargão religioso que Mangabeira gosta de se apropriar. É a crítica do presente e a visão de um futuro alternativo para o Brasil que vale a pena ser estudado com mais cuidado e atenção. Em um país, em que a Suprema Corte, cada dia que passa, ocupa um lugar central na cena política e é objeto de intensa pesquisa jurídica, é curioso observar a voz no deserto de Mangabeira que clama por uma reconstrução da sociedade e das instituições políticas fundamentais. A complexidade das relações entre Constitucionalismo e Democracia em Mangabeira é tema carente de aprofundamento, ou melhor dizendo, carente ainda de experimentos institucionais mais concretos para se testar a sua viabilidade institucional.

Nessa relação entre Constitucionalismo e Democracia, sempre, em última instância, se está em disputa perspectivas antropológicas filosóficas distintas. Segundo Mangabeira, “os antigos foram acusados de superficialidade por não terem levado em conta as profundezas demoníacas da natureza humana. Os modernos, ao contrário, logo se especializaram no mal”⁷⁶. Parece-me que Mangabeira tem como meta reconciliar essas duas tradições. O conflito expõe aquilo que somos como seres humanos em estado mais bruto e “natural”. A utopia supõe que somos capazes de nos reconhecermos como seres humanos.

⁷⁶ UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**. p. 15-16.

Em Mangabeira, a relação entre Constitucionalismo e Democracia é costurada por esse delicado fio de conflito e utopia. Aquilo que somos não está fadado a ser. A Constituição não é e não pode ser a cristalização de um arranjo institucional definitivo, mas está a serviço dos experimentos institucionais elaborados democraticamente. Na perspectiva mangaberiana, honrar os compromissos estabelecidos pela Constituição de 1988 não é simplesmente observá-la, mas estar disposto a dar continuidade ao experimento constitucional com imaginação e humildade.

Referências

ANDERSON, Perry. **Afinidades Seletivas**. São Paulo: Boitempo editorial, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GARGARELLA, Roberto. Em nome da Constituição. In: BORON, Atilio A. CLASCO. **Filosofia Política Moderna. De Hobbes à Marx**. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. DCP-FFLCH. Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo, 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & Utopia em Roberto Mangabeira Unger**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Fragmentos de uma teoria constitucional em Roberto Mangabeira Unger. **Revista do Direito**. n. 37, jan/jun. 2012.

GOLDSTEIN, Howard. The limits of politics: a deep ecological critique of Roberto Unger. **McGill Law Journal**. 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997, p. 160-347.

LUHMANN, Niklas. Constituição como aquisição evolutiva. Tradução de Menelick Carvalho Netto. **Rechtshistorisches Journal** 9, 1990. p. 176-220.

RODRIGUEZ, José Roberto. Para uma pedagogia da incerteza: a dogmática jurídica como experimento e como imaginação. In RODRIGUEZ, José Rodrigo. PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Dogmática é conflito**: uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SELIGMAN, Felipe. Crítica ao pensamento jurídico brasileiro, segundo Mangabeira Unger. **JOTA**. 13 jul. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/critica-ao-pensamento-juridico-brasileiro-segundo-mangabeira-unger-13072015>. Acesso em: 02 fev. 2024.

SUNSTEIN, Cass R. Routine and Revolution. **HeinOnline** – 81 Nw. U. L. Rev. 869, 1986-1987. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12444&context=journal_articles. Acesso em: 10 fev. 2024. p. 889-893.

TEIXEIRA, Carlos Sávio. Uma filosofia política para transformação. **Revista de Estudos Políticos**, n. 4, 2011/02.

UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, ano 2011, n. 257, maio/ago. 2011. p. 1-9.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia realizada**: a alternativa progressista. São Paulo: Boitempo Editorial, 1998. p. 18-204.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Editora Boitempo, 2004. p. 47-133.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna. Contribuição à crítica da teoria social**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1979. p. 15-277.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Política. Os textos centrais, a teoria contra o destino**. São Paulo: Boitempo. Santa Catarina: Editora Argos, 2001. p. 23-97.

UNGER, Roberto Mangabeira. **The critical legal studies movement**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1986. p. 11-31.

WALDRON, Jeremy. Dirty Little Secret. **Columbia Law Review**, v. 98, n. 2, Mar. 1998. p. 510-530.