

INOVAÇÕES CONSTITUCIONAIS:
DIREITOS E PODERES

LUCAS FUCCI AMATO

INOVAÇÕES CONSTITUCIONAIS:
DIREITOS E PODERES



Copyright © 2018 by Editora Letramento
Copyright © 2018 by Lucas Fucci Amato

Diretor Editorial | **Gustavo Abreu**
Diretor Administrativo | **Júnior Gaudereto**
Diretor Financeiro | **Cláudio Macedo**
Coordenador Editorial | **Luis Otávio**
Logística | **Vinicius Santiago**
Assistente Editorial | **Laura Brand**
Revisão | **Daniel Rodrigues Aurélio (BARN Editorial)**
Capa | **Wellinton Lenzi**
Projeto Gráfico e Diagramação | **Kamila Moreno**

Conselho Editorial | **Alessandra Mara de Freitas Silva; Alexandre Moraes da Rosa; Bruno Miragem; Carlos Maria Cárcova; Cássio Augusto de Barros Brant; Cristian Kiefer da Silva; Cristiane Dupret; Edson Nakata Jr; Georges Abboud; Henderson Fürst; Henrique Garbellini Carnio; Henrique Júdice Magalhães; Leonardo Isaac Yarochevsky; Lucas Moraes Martins; Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme; Nuno Miguel Branco de Sá Viana Rebelo; Renata de Lima Rodrigues; Rubens Casara; Salah H. Khaled Jr; Willis Santiago Guerra Filho.**

Todos os direitos reservados.
Não é permitida a reprodução desta obra sem
aprovação do Grupo Editorial Letramento.

Referência para citação

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária Juliana Farias Motta CRB7- 5880

Belo Horizonte - MG
Rua Magnólia, 1086
Bairro Caiçara
CEP 30770-020
Fone 31 3327-5771
contato@editoraletramento.com.br
grupoeditorialletramento.com
casadodireito.com



Casa do Direito é o selo jurídico do
Grupo Editorial Letramento

Um homem de 50 anos, relativamente pobre e com tempo de sobra, começa a ler livros sobre cavaleiros andantes. Animado pelas leituras, resolve sair de seus cômodos. Recusando a inevitabilidade da pequenez, quer ser grande. Vê no sacrifício e no enfrentamento o caminho que leva à grandeza. Os vizinhos o têm na conta de estranho ou louco. Consegue, porém, recrutar escudeiro, que não acredita em suas fantasias, mas se deixa seduzir por ele. Das lutas que trava, o homem ganha algumas, perde outras e empata em muitas. Trazido de volta para casa, adoece, delira, conclui que se iludira e morre.

Essa é a história de Quixote e Sancho, no curso da qual Quixote começa a sanchificar-se e Sancho a quixotizar-se. É uma história sobre o trabalho do amor e da imaginação diante da morte. Trata de como viver após haver reconhecido o descompasso entre as circunstâncias amesquinadoras em que todos vivemos e o desejo infinito do infinito. Carrega significado especial para sociedade e cultura como as nossas, que dificultam e desautorizam toda tentativa de virar as costas para o que se pode ver e tocar.

Ideologias e religiões, projetos de renovação política, estética e moral trazem, no mundo moderno, a mensagem dos cavaleiros andantes. Armam a confusão de interesses com fantasias e inspiram a luta contra as rotinas e as soluções de hoje. A imaginação atua duas vezes: abraçando tais mensagens e lutando contra elas, para decantá-las da ilusão. Quando a imaginação, movida por ilusões, começa sua guerra contra a ilusão, ninguém sabe se o desfecho será entendimento aprofundado do ideal ou se será nada, o niilismo.

A imaginação abre caminho para o amor. No início, nenhum de nós é ninguém. Mesmo quando nascidos em situação privilegiada ou bem-sucedidos nas empreitadas mundanas, recebemos da sociedade um roteiro de conduta que nos diz como fazer, pensar e sentir. Ao seguir o roteiro, morreremos pouco a pouco. Para sermos gente, aumentando nossa capacidade de amar e ser amados, temos de jogar o roteiro fora.

A essência da sabedoria consiste em aprender a desproteger-nos. É o que nos ensina a imaginação. O erro fatal é apelar ao distanciamento irônico para nos resguardar contra a desilusão e o risco. Mumifica-nos.

Das muitas razões para democratizar a sociedade e assegurar direitos ao indivíduo, a mais importante é permitir a cada pessoa engrandecer-se, quebrando a múmia que a vai encobrindo e matando. As ilusões políticas que mais temos a temer são aquelas que tomam certas instituições como a forma definitiva da liberdade e param no meio a luta contra a mumificação.

Há um problema tanto na aventura moral quanto na transformação política: a incerteza sobre o caminho. Sempre há caminhos diferentes e nunca a escolha é clara e segura. Precisamos descobrir o que é mais e o que é menos ilusório. Para isso, não bastam livros sobre cavaleiros andantes. É preciso sair a campo, arriscando derrotas, desvios e decepções. Da ação resultam esclarecimento e esperança. Da imitação da grandeza resulta grandeza. (UNGER, 2001a [1998], p. 100-101)

SUMÁRIO

INOVAÇÕES CONSTITUCIONAIS: UMA APRESENTAÇÃO	11
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1. CONSTITUCIONALISMO À LUZ DO CONSTRUTIVISMO: 12 TESES	21
1.1. DA AUTOIMAGEM DO DIREITO E DOS CONCEITOS DE DIREITOS	23
1.2. DO CONSTRUTIVISMO JURÍDICO	25
1.3. DA MORFOGÊNESE DO CONSTITUCIONALISMO	38
1.4. DA CONSTITUIÇÃO COMO INSTITUIÇÃO,OU A MORFOLOGIA DO CONSTITUCIONALISMO	44
1.5. FORMAS SEMÂNTICAS: DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	58
1.6. DA METAMORFOSE DO CONSTITUCIONALISMO, OU O QUE É INOVAÇÃO CONSTITUCIONAL	66
1.7. DO EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO, OU PARA UM CONSTITUCIONALISMO SUPERLIBERAL	74
1.8. DO CONSTITUCIONALISMO NA SOCIEDADE MUNDIAL	89
1.9. TODO DIREITO É DIREITO SOCIAL E TODO DIREITO É DIREITO DE LIBERDADE	94
1.10. DAS CLASSIFICAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	103
1.11. DO MODELO DIPA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	113
1.12. DAS FORMAS ORGANIZACIONAIS E PROCEDIMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO	127

PARTE 1 – DIREITOS: MODELO DIPA

CAPÍTULO 2. DIREITOS DE DESESTABILIZAÇÃO	135
2.1. EFICÁCIA PRIVADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?	138
2.2. A IMAGINAÇÃO DE TOGA	141
2.2.1. Estados Unidos: ascensão e declínio das injunções estruturais	142
2.2.2. Métodos e escopos da reforma estrutural	147
2.2.3. Para além da experiência americana	157
2.3. ADENSANDO A PERIFERIA DO DIREITO	158
2.4. UMA TAREFA À PROCURA DE UM AGENTE: O PODER RECONSTRUTOR	165
2.5. ANÁLISE 4X3	173
CAPÍTULO 3. DIREITOS DE IMUNIDADE	179
3.1. DIREITOS SOCIAIS OU ARRANJOS POLÍTICO-ECONÔMICOS?	181
3.2. IMUNIDADE PESSOAL E CONTEXTOS DE INCLUSÃO/ EXCLUSÃO	186
3.3. DIREITOS E GARANTIAS	189
3.4. FLEXSEGURIDADE, RENDA BÁSICA E HERANÇA SOCIAL	193
3.5. POLÍTICAS PÚBLICAS PELOS DIREITOS PRIVADOS	199
3.6. O JUDICIÁRIO E A DIVISÃO DO TRABALHO NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS	203
3.7. ANÁLISE 4X3	209

CAPÍTULO 4. DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO	219
4.1. VOTO E PROPRIEDADE	222
4.2. ELEIÇÕES E MOBILIZAÇÃO	226
4.3. A AUTO-ORGANIZAÇÃO DA PERIFERIA POLÍTICA	230
4.4. IMPASSES E DEMOCRACIA SEMIDIRETA	234
4.5. PARTICIPAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO	239
4.6. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	241
4.7. ANÁLISE 4X3	244
CAPÍTULO 5. DIREITOS DE AUTONOMIA	247
5.1. DESENVOLVIMENTO: VANGUARDAS E RETAGUARDAS	251
5.2. CULTURA: IDENTIDADE E UNIVERSALISMO	258
5.3. DEMOCRACIA E BUROCRACIA	267

PARTE 2 – PODERES: ORGANIZAÇÃO E PROCEDIMENTO

CAPÍTULO 6. LEGISLAÇÃO	273
6.1. PODER CONSTITUINTE E (DES)ENTRINCHEIRAMENTO CONSTITUCIONAL	274
6.2. MINICONSTITUIÇÕES	282
6.3. PRIORIDADES LEGISLATIVAS	283
CAPÍTULO 7. GOVERNO	285
7.1. UM GOVERNO LIBERAL	286
7.2. PARLAMENTARISMO, PRESIDENCIALISMO E SEMIPRESIDENCIALISMO	289
7.3. INTERDEPENDÊNCIA DOS PODERES: MULTIPLICIDADE, SOBREPOSIÇÕES E SOLUÇÃO DE CONFLITOS	302

7.4.	CENTRO DE GOVERNO	308
7.5.	INTERPODERES	309
CAPÍTULO 8. ADMINISTRAÇÃO		311
8.1.	DUREZA E CONTROLE	311
8.2.	UNIVERSALIZAÇÃO <i>VERSUS</i> FOCALIZAÇÃO	314
8.3.	COOPERAÇÃO E ARTICULAÇÃO	318
8.4.	REFORMAS EXPERIMENTAIS	322
CAPÍTULO 9. JURISDIÇÃO		325
9.1.	RAÍZES HERMENÊUTICAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	326
9.2.	LIMITES DA COMPENSAÇÃO DE INCOMPETÊNCIAS	332
9.3.	VARIETADES DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	335
9.4.	TAREFAS JUDICIAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	340
CAPÍTULO 10. FEDERAÇÃO		345
10.1.	AUTONOMIA ESTENDIDA	346
10.2.	PADRÕES NACIONAIS E CAPACITAÇÃO INSTITUCIONAL	348
10.3.	ÓRGÃOS TRANSFEDERAIS E POLÍTICA REGIONAL	349
10.4.	INOVAÇÃO, DIFUSÃO, RESTABILIZAÇÃO E CORREÇÃO	351

INOVAÇÕES CONSTITUCIONAIS: UMA APRESENTAÇÃO

Com esta obra, Lucas Amato mostra como abrir caminho novo e melhor para o Direito Constitucional no Brasil. O cunho inovador e fecundo de seu livro fica patente de cinco perspectivas. Em cada uma das cinco, merece servir de inspiração a seus contemporâneos: outros jovens juristas brasileiros.

Seu primeiro traço distintivo é tratar como temas inseparáveis a definição dos direitos constitucionais e a organização do Estado. E fazê-lo com o intuito de reunir instrumentos intelectuais úteis à reconstrução do constitucionalismo expresso na Constituição de 1988 e predominante no pensamento de nossos constitucionalistas. O cerne do constitucionalismo prático e teórico que reina entre nós é a combinação do liberalismo protodemocrático na maneira de organizar o Estado, copiado dos Estados Unidos, e das promessas pródigas e ocas de direitos que tiramos das constituições e das ideias políticas dos europeus no século XX – o weimarismo tardio, que fornece a outra metade do atual constitucionalismo brasileiro.

Lucas Amato demonstra que a efetivação de direitos é inseparável da reconstrução do Estado. Exige nova maneira de pensar tanto os direitos quanto os poderes. Precisamos de democracia de alta energia que nos permita resolver nossos problemas sem que as mudanças tenham de depender das crises. Os direitos não devem servir de bálsamo para compensar a falta de mudanças estruturais. E só podem afirmar-se na prática se apoiados por instituições políticas incompatíveis com o liberalismo protodemocrático.

A segunda característica exemplar desta obra de Lucas Amato é romper com a maneira de doutrinar em direito que tem servido de escudo para nosso acanhado constitucionalismo contemporâneo: a idealização sistemática do direito na linguagem dos princípios e das políticas públicas. Tal idealização mistifica o direito suprimindo ou subestimando suas contradições e contracorrentes, matéria-prima para as alternativas institucionais e doutrinárias. Dá pretexto para a usurpação de poder por juizes e juristas. Sobretudo, inibe a reconstrução de instituições e de ideias. Foi o que importamos, nas últimas décadas, da academia jurídica dos Estados Unidos e da Alemanha. Já não serve

para eles. Para nós, representa desastre intelectual e político. Suprime a maior vantagem comparativa do pensamento jurídico: seu potencial para descobrir oportunidade transformadora no pormenor do direito.

O terceiro atributo promissor deste trabalho é pensar a reorientação de nosso constitucionalismo à luz de uma tarefa: o desenvolvimento do Brasil e o empoderamento de cada brasileiro. Sem tarefa clara, o pensamento constitucional perde rumo e seriedade. No momento em que se publica este livro, o Brasil precisa refazer seu modelo de desenvolvimento, associando qualificação produtiva a democratização de oportunidades e de capacitações. Para isto, há de inovar em suas instituições econômicas e políticas. Precisa de um pensamento constitucional que ajude a executar a obra.

A quarta marca desta empreitada é não reproduzir a obsessão americana, e agora também europeia, com a agenda dos juizes constitucionais. As supremas cortes são terreno secundário para a reimaginação e a reconstrução necessárias. O terreno que mais importa é o da política nacional, da vida cívica e do debate a respeito de nosso futuro.

O quinto distintivo de *Inovações Constitucionais* é dizer não ao colonialismo mental. Não faz doutrina constitucional transpondo para o Brasil as ideias a respeito de poderes e direitos hoje em moda nos países do Atlântico norte, presos na armadilha imposta pelo último grande momento de refundação institucional e ideológica que viveram: o compromisso social-democrata ou social-liberal definido em meados do século passado, incapaz de servir de base para encaminhar soluções aos problemas das sociedades contemporâneas.

Neste livro, Lucas Fucci Amato cumpre todas as exigências do rigor acadêmico. Não abaixa, porém, a cabeça. Oxalá sirva de exemplo para muitos.

22 de maio de 2018

Roberto Mangabeira Unger

Roscoe Pound Professor – Harvard Law School

Pela **Casa do Direito**, publicou

O Movimento de Estudos Críticos do Direito: outro tempo, tarefa maior.

INTRODUÇÃO

A disputa em torno do conteúdo das constituições progressivamente se enriqueceu (diriam uns) ou sobrecarregou (diriam outros) com grandes esperanças e altas expectativas. A segunda metade do século XX marca a pretensão de que as constituições não apenas organizem e limitem o Estado, garantindo salvaguardas individuais, mas também de que promovam a democracia, os direitos humanos, o desenvolvimento e a cultura. Esse é o horizonte mais largo do constitucionalismo hoje – seja em escala nacional, seja em seus correspondentes internacionais, supranacionais ou transnacionais.

O intuito deste livro é apresentar um mapa de novas configurações dos direitos fundamentais e da organização estatal experimentadas mundo afora, sistematizando a matéria-prima oferecida pelo direito comparado e tomando-a como antevisão fragmentária mas indicativa de uma institucionalidade constitucional emergente. As experiências constitucionais observadas não de ser consideradas como um subconjunto real à luz do qual se pode imaginar e projetar um espectro ampliado de formas institucionais possíveis.

Não há modelo unitário para cada instituição e devemos aprender com a experimentação onde quer que ela ocorra, tomando cuidado com transplantes e considerando contextos e estratégias de reforma. Aqui há lições da corte constitucional sul-africana, com suas abordagens híbridas ao controle de constitucionalidade; do constitucionalismo americano, especialmente as lições da litigância de direitos civis com injunções estruturais, incluindo mecanismos experimentalistas de execução judicial de reformas; das experiências análogas, de direitos ativados em intervenções conduzidas por cortes e organismos parajudiciais, da América Latina à Ásia; do constitucionalismo latino-americano, com a criação de novas agências de apoio à justiça e o reconhecimento de ordens autóctones; da tradição constitucional europeia, com as experiências de sistemas mistos de governo e as mutações da social-democracia.

Os direitos, imaginados como unidade da diferença entre estado e sociedade, emergem enquanto essa distinção simples vai obsolescendo, naufragando, diante da sociedade mundial funcionalmente diferenciada

que vai se constituindo. Os direitos fundamentais propõem liberdade para a política e a economia, a ciência e a religião. Tentam organizar a inclusão da pessoa em cada âmbito social e, como direitos humanos, no mundo. Organizações e procedimentos operacionalizam esse ideário. Ao mesmo tempo, heterogeneidades regionais e segmentações nacionais permanecem como diferenças que fazem a diferença; e aqui encontramos os direitos e os poderes nas constituições.

Nesse cenário, a constituição estrutura o centro organizado do direito e da política – os poderes do Estado –, mas também suas “esferas públicas” ou “ambientes internos”. Pela personalidade jurídica, as pessoas são observadas como sujeitos de deveres, direitos, poderes e responsabilidades. Tal é o ambiente interno do direito, assim como o mercado é o ambiente interno da economia e a opinião pública, da política.

Minha tese é que variedades de constitucionalismo visíveis ou imagináveis estruturam de modos diversos as esferas organizadas (jurídicas e políticas), as esferas públicas (personalidade jurídica e opinião pública) e suas interfaces, com impactos sensíveis em termos de democracia, cultura, desenvolvimento e direitos humanos. Essas são semânticas morais – “autoconsciências” – que alarmam a sociedade sobre problemas estruturais concorrentes; tais ideias-guia podem vir a se encarnar em diferentes soluções de organização dos sistemas sociais, inclusive do direito, da política e de seu vínculo institucional: a constituição.

O pensamento constitucional vigente é parte do problema e fomentador de ilusões e desilusões. Na antiguidade, a *politeia* era uma miscelânea de expectativas densamente compartilhadas e garantidas pela ordem de dominação vigente. Na modernidade, o direito coloca-se ao alcance do poder centralizado e é posto e disposto como transformável. A constituição emerge como estrato normativo diferenciado em sua estrutura e função. Textualiza a organização do poder e o vincula a cumprir seus deveres para com os cidadãos.

Mas então a “folha de papel” parece impotente diante dos “fatores reais do poder”, como formulou Ferdinand Lassalle em 1862. De um lado, trata-se de problema de organização, mobilização e transformação política. De outro, quando se insta o Estado a dar realidade aos direitos, seria preciso abordar os meios com que promover os fins, explorar e experimentar os meios e redefinir os fins à luz dos

meios disponíveis. Em vez disso, o constitucionalismo contemporâneo prefere prender-se na torre dos juízos morais, mirar os moinhos da normatividade abstrata que precederia e velaria sobre as questões empíricas de “implementação”. Centrada na norma, em sua “força normativa”, ou na impositividade moral de preceitos indeterminados de alta carga valorativa e baixa densidade informacional, é semântica que desconhece os processos autorreferenciais e iterativos, a conformação de regimes institucionais e sua operacionalização como parte de um contexto social abrangente. Passa do nível elementar dos textos normativos para a estratosfera do discurso moral desencarnado, sem ancorá-los em procedimentos e organizações capazes de conformar e consertar estruturas que ganhem lastro na autoprodução da sociedade.

Há os países que douram suas instituições constitucionais, revestindo-as de uma mística do apego à tradição e identificando-a como a verdade revelada em um momento constituinte olímpico. Há outros que consideram o anacronismo dos cânones sobre direitos e poderes, identificando-os como uma tradição estranha aos anseios e entendimentos atuais, e criam formas de constitucionalismo que acabam por instituir democracias autofágicas. E há aqueles que escrevem constituições “classe mundial”, guardadas por juízes hercúleos, dirigentes de toda a sociedade e provedoras de tudo a todos – a vida, a felicidade, a saúde, a paz e tantos outros bens materiais e espirituais. No dia seguinte, ou garantem que tudo está garantido, ou reclamam da “ineficácia” das normas ou protestam contra os costumes e os interesses que, na realidade, sonegam que tudo aquilo seja posto em prática. Faltam as engrenagens complexas que tirem as normas do papel; sem abordá-las e construí-las, direito e política esvanecem em discursos que giram em falso.

A mudança constitucional caminha ora pela interpretação evolutiva e mutação controlada por cortes que tentam compensar a incompetência e inação dos poderes políticos em recriar as formas segundo as quais eles mesmos funcionam. Por vezes, reformas constitucionais emendam e remendam a constituições conforme as flutuações de governos e grupos que os sustentam. E há contextos em que se enfeitam periodicamente os discursos da política e do direito com o remédio para todos os males que haveria de ser a convocação de nova assembleia constituinte, em que a nação haveria de se manifestar em plenitude,

dando a si sua forma autêntica e definitiva de organização. Este livro chega a deter-se sobre esses casos de transformação constitucional, mas trata fundamentalmente de algo que diz respeito a todos: afinal, qual o conteúdo? Quais instituições constitucionais? Como configurar os direitos e organizar os poderes?

O longo e tortuoso primeiro capítulo introduz as ferramentas analíticas do trabalho, situando a constituição na perspectiva teórica que elaborei em outro livro e chamei de *Construtivismo jurídico*. O discurso constitucional atual é marcado por paradoxal mistura de sermões sobre direitos morais, ficções, abstrações, estipulações e raciocínios deontológicos com prescrições de cunho empírico, também fundadas em hipóteses restritivas e incríveis, que generalizam padrões verificados em pesquisas de médio alcance, sem consideração da transformabilidade estrutural, da contingência histórica e da autoprodução dos sistemas sociais. A alternativa que avanço advoga como primeiro passo a consideração do nível institucional – das estruturas internas dos sistemas sociais (especialmente da política e do direito, no caso da discussão constitucional) – como mirante para a observação do aspecto atual e a prospecção de futuros possíveis da morfologia dos direitos fundamentais e poderes do estado.

São lançadas, ainda, as bases para um novo modelo de direitos públicos, uma análise funcional que se contraponha às enganosas classificações correntes sobre “gerações de direitos” ou “status pessoais”, bem como seja uma alternativa a oposições entre direitos “civis e políticos” e direitos “sociais, econômicos e culturais”, ou entre liberdades “positivas” e “negativas”. Apresento a proposta de abordagem das formas de estruturação dos poderes de Estado, enfatizando que a interdependência dos poderes pressupõe tanto esferas de competência especializadas quanto procedimentos controláveis de cooperação, atuação em rede e coordenação multinível. Comento o sentido do constitucionalismo em uma sociedade mundial, na qual especificidades regionais acoplam-se a dinâmicas globais, fazendo com que soluções institucionais possam ser não apenas paradigmas dogmaticamente impostos ou copiados, mas também experimentos mimetizados, recombinações e transformados ao longo de uma série de realidades regionais diferentes.

Passamos a surpreender, então, o exercício em progresso de reconstrução e reimaginação dos poderes de Estado e dos direitos fundamentais, com eventuais implicações para os direitos humanos no Direito Internacional e em outros tipos de ordens jurídicas (supranacionais, transnacionais, privadas). Aplicado ao seu tema, o exercício volta-se à imaginação constitucional, focalizando as oportunidades e restrições das emergentes modelagens dos direitos e poderes. Trajetórias institucionais e casos de reorganização constitucional mundo afora fornecem exemplos e sugerem as fraquezas e forças, as potencialidades e ameaças de cada solução, compondo um mosaico de práticas testadas em experiências do constitucionalismo contemporâneo e que podem ser tomadas como ponto de partida para novas maneiras de estruturar o poder e o direito.

Na primeira parte (“Direitos: modelo DIPA”) exploro, com as ferramentas do Direito Constitucional comparado e seguindo o construto teórico elaborado, uma modelagem emergente de direitos públicos. Avanço então considerações sobre direitos de desestabilização, de imunidade, de participação e de autonomia. Especificamente as categorias de “direitos de desestabilização” e de “direitos de imunidade” são trabalhadas a partir da obra constitucional de Roberto Mangabeira Unger – que de resto fornece outros pontos de partida para meu tratamento exploratório dos direitos e dos poderes, e é não menos importante para a fundamentação teórica esboçada no primeiro capítulo.

As vicissitudes da reforma social pelo direito são o tema subjacente ao tratamento dos direitos de desestabilização (capítulo 2). Uma tarefa à procura de um agente é o drama central do capítulo – como estruturar organizações e procedimentos à altura das dificuldades de implementação de mudanças na rotina dos focos de opressão espreitados em uma sociedade complexa, estilhaçada em tantas zonas autorreferentes e encastelada em tantas organizações?

A falha oposição entre direitos civis e direitos sociais rouba a cena quando se vislumbram os limites prestacionais dos sistemas político, jurídico e econômico e os desafios da extensão do ideário social-democrata. São as diferenças unificadas no tratamento dos direitos de imunidade (capítulo 3), que dá contornos práticos e pungentes à dualidade indivíduo/ sociedade.

Diante das potencialidades e dos riscos da autopoiese política na democracia, pode-se colocar em xeque a sustentabilidade e o cabimento da pretensão de criar o mundo de uma só vez, fixar um quadro institucional rígido e eterno enquanto dure, e então voltar a adormecer: a pretensão do poder constituinte moderno e das formas de participação ocasionais e restritivas que ele funda. O problema dos direitos de participação (capítulo 4) dá substância à revisão da contingência da política e à discussão das bases concretas da legitimidade.

Finalmente, se já não se pode fazer jus à sociedade atual descrevendo-a pela simples oposição entre estado e sociedade civil, sua juridicidade tampouco se reproduz nos limites da produção hierárquica do direito público e da inovação circunscrita pela autonomia privada. Novas formas de autorregulação encetam direitos de autonomia (capítulo 5) como respostas de uma sociedade mundial na encruzilhada com dilemas do desenvolvimento, da cultura, da democracia e dos direitos humanos.

Na segunda parte (“Poderes: organização e procedimento”), complemento o mapeamento da institucionalidade dos direitos pela observação das inovações do lado dos poderes de Estado. Trato de legislação (capítulo 6), governo (capítulo 7), administração (capítulo 8) e jurisdição (capítulo 9), tocando também no problema da organização federativa (capítulo 10).

Pensem na forma organizacional do Estado moderno observada e teorizada pelos arquitetos da separação de poderes – a Inglaterra que nos tempos de Locke ainda começava a encontrar no parlamento o contrapeso ao absolutismo monárquico, a idealização do modelo inglês aos olhos de Montesquieu, a república americana liberal e pré-democrática de Madison. Teremos dúvidas sobre a medida em que basta subscrever seus dogmas para compreender e operar as estruturas da política atual. Observo seletivamente a coevolução de política e direito de cujo regime de colaboração e conflito trata a constituição. E mais uma vez, em registro análogo ao que marcou a primeira parte, mapeio experiências indicativas acerca do espectro de alternativas para a estruturação dos poderes. Construir um Estado “irritante” – autônomo em suas operações, mas capaz de aprender com seu ambiente e provocar a auto-organização dos demais sistemas sociais – parece ser potencialidade associada às experiências atuais.

*

As linhas principais deste estudo foram traçadas durante uma estada como pesquisador visitante na Harvard Law School, em Cambridge, Massachusetts, em 2016. Nas várias bibliotecas de Harvard também encontrei considerável parcela da bibliografia desta pesquisa. Gostaria de agradecer ao Harvard International Office pela oportunidade e à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) pela bolsa de pesquisa (processo 2015/24200-4). Registro também agradecimentos ao meu supervisor, professor Samuel Moyn, pela consideração e disposição em ler um esboço ainda muito primário deste trabalho, e ao professor Lewis Sargentich, pelo muito proveitoso curso sobre a teoria do direito americana no século XX.

Devo uma gratidão especial ao professor Roberto Mangabeira Unger, que é o maior inspirador deste esforço imaginativo, por toda sua obra, pelos seus brilhantes quatro cursos a que pude assistir e pelas observações com que me brindou – entre elas, a sugestão de organizar o trabalho por proposições ou teses, como faço no primeiro capítulo. Agradeço, ainda, à minha querida tia Sílvia, pela companhia virtual durante aquele período.

CAPÍTULO 1. CONSTITUCIONALISMO À LUZ DO CONSTRUTIVISMO: 12 TESES

Neste capítulo exponho sumariamente os instrumentos analíticos que compõem o quadro conceitual a que denominei *Construtivismo jurídico* (AMATO, 2017) e os aplico à abordagem da constituição. Tal perspectiva teórica é vista como ponto de fuga entre a teoria dos sistemas sociais autorreferenciais de Niklas Luhmann e a teoria social construtiva de Roberto Mangabeira Unger. Este enfoque construtivista do direito implica: (1) abordá-lo como subsistema da sociedade; (2) reconhecer lado a lado a capacidade operacional do direito para estruturar os sistemas sociais (ele mesmo e os demais sistemas – política, economia, ciência, educação, saúde, arte, família, religião, esporte) e a especificidade das estruturas institucionais e semânticas do sistema jurídico; e (3) considerar a crítica dessas instituições e discursos à luz da proposição de transformações empírica e normativamente informada. Trata-se de uma abordagem sistêmico-institucional. O nó de que parte sua rede conceitual é a ideia de instituição, definida enquanto feixe de regras ou complexo de expectativas que constitui a estrutura interna dos sistemas sociais.

À luz desses pressupostos, a análise construtiva do direito não se apresenta como discussão puramente de teoria normativa, no sentido de fixação de bases de julgamento sobre os arranjos sociais sem a análise empírica da diversidade das formas de organização da sociedade a serem avaliadas. Tampouco é exercício de engenharia institucional descolado da discussão de ideais e estruturas sociais, ou meramente anexado *a posteriori* a uma discussão normativa *a priori*. Não se reduz também a uma análise estrita de políticas públicas, pois envolve colocar em perspectiva as próprias instituições (as formas de direitos e de organização dos poderes, por exemplo); não apenas propor correções na execução e implementação administrativa, mas também perguntar como poderia ser diferente a própria moldura institucional sob a qual ocorre essa atividade. Finalmente, não se trata de pura sociologia do direito, nem como análise das profissões jurídicas, de suas práticas e representações, nem como estudo apenas das estruturas do sistema jurídico – política, economia e demais sistemas sociais também são objeto de discussão, na medida em que suas estruturas são imunizadas e representadas pelo direito.

Basicamente três movimentos caracterizam uma análise jurídica construtiva. Eles podem ser realizados com diferentes graus de abrangência, em relação a problemas mais ou menos delimitados ou como prospecção geral de novas configurações de todo um ramo do direito ou setor da sociedade. Formas estruturais (ou institucionais) devem ser abordadas em sua coevolução com formas semânticas, conceituais, situando-se na especificidade dos contextos históricos os problemas que vieram a se manifestar e as soluções contingentes que vieram a ser restabilizadas em resposta. Essa preocupação com a morfogênese vincula-se a um diagnóstico da morfologia: das distinções argumentativas (*e.g.* constitucional/ infraconstitucional, constitucional/ inconstitucional, constitucional/ inconstitucional) pelas quais se reproduzem os sistemas sociais e das formas institucionais pelas quais eles motivam a comunicação e estruturam as expectativas.

Trato aqui de rudimentos da morfogênese e da morfologia do constitucionalismo, mas meu foco é, neste livro, um terceiro movimento: a metamorfose. Trata-se de imaginar configurações institucionais futuras para a constituição, os direitos e poderes – não de prever cursos de transformação, mas de fomentar o cultivo de um repertório de alternativas para a mudança constitucional. A observação de formas institucionais e rotinas práticas e sua consideração à luz da argumentação informada por evidências empíricas e juízos normativos conduz a um desenvolvimento interno do constitucionalismo: algumas variações hão de ser testadas, selecionadas, e a experiência pode levar a que sejam restabilizadas, adentrando o cardápio à disposição da criação e mutação constitucional.

A constituição é aqui construída como instituição de vínculo entre política e direito. Pela constituição, o direito imagina a política e vice-versa, organizando os poderes políticos e o judiciário. Mas também pela constituição, o direito e a política imaginam a economia, a educação, a família, a saúde, o esporte, a religião, a arte, a ciência, a natureza. Essa é a função da constitucionalização de direitos. As constituições imaginam: a política, o direito e o ambiente externo da política e do direito. É preciso, então, (re)imaginar instituições que imaginam: as constituições. Eis o meu tema.

1.1. DA AUTOIMAGEM DO DIREITO E DOS CONCEITOS DE DIREITOS

Os direitos já foram concebidos como faculdades inatas, como relações jurídicas, como interesses, como reflexo da estrutura de normas e mesmo como princípios, argumentos de caráter deontológico. Aqui proponho um sexto conceito de direitos: eles hão de ser compreendidos como instituições.

O direito natural clássico desconhecia a concepção de direito subjetivo como pretensão jurídica individualizada, como uma faculdade do sujeito. Concebendo o mundo como ordem de coisas e seres, entendia o direito como amálgama de costumes constitutivos da comunidade política e definia a justiça como a parte das coisas que caberia a cada um – um resultado dado ao final, e não uma expectativa que se pudesse sustentar previamente ao juízo concreto de equidade.

O primeiro passo da revolução subjetivista do direito natural moderno consiste em apreender o mundo como criação não apenas divina (lembre-se da assertiva de Hugo Grócio sobre o direito natural: ele existiria mesmo que não houvesse Deus ou que Ele fosse indiferente aos assuntos humanos). Então o homem vem a ser centrado como criador semelhante a Deus em sua vontade e inteligência, e o mundo vem a ser imaginado como produção do ser humano à sua imagem.

A soberania, definida à semelhança do Ser ou de Deus como uma e indivisível, vem a ligar soberano, Estado e povo e a expressar-se na forma prática do dogma trinitário dos poderes. A criação dos direitos positivados pelos estados territoriais como resposta à centralização do poder e contraparte indispensável de seu império (soberania, cidadania) vem a ser retrospectivamente referida como reconhecimento de direitos naturais. Os direitos, bases da liberdade moral, são faculdades inatas como a razão. Na religião, as pessoas observam Deus como observador do mundo, vendo-se refletidas nessa observação. No direito, podem observar a constituição como observadora dos direitos universais e então observarem-se umas as outras como sujeitos de direitos e deveres, poderes e responsabilidades. Ao se observarem como observadores, divinizam-se.

Dessa primeira concepção de direitos subjetivos transforma-se, pelas linhagens historicistas e romanistas da teoria do direito, uma segunda conceituação: a visão das relações jurídicas. O direito constitui-se pelo espírito do povo mediado pelo Estado e cabe às formas jurídicas reger e velar pela conservação das instituições de uma sociedade livre. Há a ordem privada de relações horizontais, de coordenação entre agentes livres e iguais. Cabe à vontade do Estado – a lei – zelar pelo respeito da vontade dos sujeitos privados. A ordem hierárquica é aquela do direito público e a ela cabe não mais do que organizar e conter a força centralizada como guardiã das esferas de autonomia individual.

Que haja uma forma natural da sociedade – a emergir e reemergir sempre que garantidos tais espaços da sociedade contra a intrusão estatal – deixa de ser crível diante de ideologias em conflito. A forma do direito subjetivo passa a ser contraposta à realidade dos interesses que ele alberga. O juízo jurídico passa a considerar finalidades e funções em contexto. Direitos são vistos como interesses. Ao direito público, sobretudo o constitucional, caberá então compensar os interesses mais frágeis das maiorias vulneráveis diante dos interesses poderosos que dominam a arena privada.

Em meio ao conflito ideológico do início do século XX, o positivismo analítico vem a propor um enfoque axiologicamente neutro ao direito, definido como sistema de regras ou ordem normativa. Os direitos não são conhecidos como faculdades inatas, relações constitutivas da sociedade ou interesses contraditórios. São construídos como reflexo da estrutura de normas a ser aplicada segundo as relações lógicas dentro do ordenamento. Para além da lógica e da determinabilidade da linguagem em que se formulam as normas, há a discricionariedade do aplicador.

A resposta racionalista não restaura a ideia de completude e coerência do ordenamento que o formalismo do século XIX advogou e o positivismo do século XX apenas pôde sustentar como ficção. Ao juiz caberia não cabe decidir discricionariamente nas brechas abertas pela lógica e pela linguagem – é preciso buscar os propósitos e valores, a eficiência ou a moralidade que são o pano de fundo tácito a justificar a estrutura manifesta de regras, doutrinas e precedentes. Os direitos são considerados enquanto argumentos que derrotam outros tipos de justificações

morais, como expectativas normativas imponíveis e tratáveis em seus conflitos com outros direitos, em abstrato ou em colisões concretas.

O juízo sobre meios e fins passa a um plano de argumentação normativa altamente abstrata, que colapsa a divisão de trabalho entre a aplicação de normas já formalizadas, como tarefa de garantia da segurança jurídica pelas cortes, e a criação do direito por disputa ideológica e procedimentos democráticos que processam conflitos de valores e interesses. A preocupação com a fruição efetiva dos direitos não leva ao caminho da consideração experimental dos meios empíricos e das justificações valorativas abertas nos processos de interpretação, execução e implementação dos direitos. Busca-se a unidade de valor da “comunidade” e de seu direito, a interpretação correta sobre aquela moralidade política encarnada em certa ordem jurídica delimitada.

É, pois, aquela discussão aberta sobre meios e fins que se busca neste trabalho ao se conceberem os direitos como instituições. Como estruturas do sistema jurídico, os direitos – assim como os poderes e procedimentos – podem ser modelados em formatos diversos. É o que importa discutir. Aqui os direitos não são enfocados como lugares comuns de um discurso moral agnóstico diante dos obstáculos empíricos e teóricos da mudança estrutural da sociedade e de seu direito. Tampouco são reduzidos a tipos de normas jurídicas formalizadas. São analisados sob uma perspectiva que se poderia chamar, por suas influências e ambições, de construtivismo jurídico.

1.2. DO CONSTRUTIVISMO JURÍDICO

O construtivismo jurídico, seguindo o pragmatismo filosófico e o construtivismo radical, apresenta-se como alternativa aos aspectos cognitivos e normativos do construtivismo transcendental kantiano. Concebe o direito como estrutura da sociedade, e diferencia o direito como um sistema social com suas próprias estruturas. Os direitos e os poderes são analisados então como algumas dessas estruturas internas – instituições – do direito. É análise que não pretende ser normativamente agnóstica, e sim criticar e propor formas institucionais à luz de sua contribuição para a capacidade de autorrevisão das estruturas sociais e para o incremento da autonomia individual.

Na antiguidade ocidental, principalmente na visão aristotélica, prevaleceu a concepção de uma ontologia, de uma racionalidade imanente à realidade. O mundo seria uma ordem concreta de coisas e seres, classificáveis em tipos permanentes, com unidade e hierarquia própria. Essa forma de todas as coisas foi vista ora como dada pela natureza, podendo sofrer corrupções e regenerações, ora como criação divina, parcialmente revelada à razão humana.

Modernamente, a razão aparece como atributo humano por excelência, aquele que permite a cada indivíduo conhecer o mundo e agir sobre ele, imaginando-o, transformando-o, mobilizando pessoas e coisas. Para Descartes, a existência de algo poderia ser racionalmente atestada com um valor de verdade desde que derivasse da identidade puramente racional entre existência e pensamento no sujeito (“Penso, logo existo”). Tudo o que pudesse ser logicamente deduzido dessa evidência racional incontestável seria verdadeiro.

Já Kant não busca um fundamento último do conhecimento. Pretende descrever um método, um procedimento racional para reconstruirmos a realidade do mundo em nossa consciência. Para Kant, a afirmação “eu penso” contém um duplo eu. Há o sujeito que pensa e o objeto sobre o qual ele pensa: no caso, ele mesmo – ou melhor, não se trata de um indivíduo concreto, mas da ideia abstrata “eu penso”. Esse objeto poderia ser qualquer realidade externa. Assim, o conhecimento sobre essa realidade (como objeto) depende de sua apreensão (pelo sujeito); são inatas ao sujeito as condições não empíricas (transcendentais) da experiência empírica, aquelas condições de possibilidade puramente racionais, formais, como as categorias de espaço e tempo. Essas formas são a estrutura conceitual que molda o conteúdo proveniente da experiência.

Não podemos apreender a realidade externa em si, mas apenas sua representação em nossa mente como fenômeno. Pensando, formulamos em conceitos aquela matéria prima que nossos sentidos trouxeram como mera percepção. Conceitos são regras para construirmos o conhecimento. Submetendo os conteúdos da experiência ao tribunal da razão (isto é, criticando), podemos nos libertar das ilusões vindas das sensações, mas também não ficamos reféns de premissas dogmáticas herdadas da tradição, a partir das quais qualquer verdade haveria de ser deduzida. Pela autoconsciência transcendental, o subjetivo ganha objetividade. Não há de um lado um sujeito pensante e do outro a

realidade. A realidade (objeto) reentra o sujeito e assim pode haver pensamento e conhecimento. Kelsen atinge a possibilidade de um ponto de vista puramente teórico sobre o direito pela pressuposição transcendental da norma fundamental: aquela norma que não tem existência empírica, mas precisa ser imaginada para fechar a ordem escalonada de normas que configuraria a estrutura puramente formal do direito.

Hart, por outros fundamentos (filosofia da linguagem e sociologia da ação), defende também a possibilidade de um ponto de vista externo interpretativo sobre o direito: a observação daquilo que as autoridades do direito observam como regras jurídicas também permite uma descrição puramente formal do direito (como sistema de regras), infensa a controvérsias empíricas ou normativas, a questões de causalidade ou juízos de valor. Este caminho de uma teoria pura não é o que o construtivismo jurídico persegue. Ademais, enquanto os positivistas pretendiam tratar da estrutura do direito enquanto sistema de regras ou ordem normativa, na verdade tratavam da semântica. Aqui, as estruturas (as estruturas institucionais) são tratadas lado a lado com a representação jurídica das normas, uma questão de semântica (ou de estruturas semânticas).

Mas o próprio Kant (1991 [1797]), ao construir o direito segundo a razão pura (descrevendo seus pressupostos independentes da experiência), não o colocava no âmbito teórico, do conhecimento científico análogo à física e à matemática e preocupado em descrever as leis necessárias da natureza. Localizava-o na faceta prática da razão, preocupada com o que devemos fazer, com as leis da liberdade, com como devemos orientar nossa vontade ao agir sobre o mundo. Na razão prática, princípios são normas que podemos racionalmente impor a nós mesmos (autonomia) e seguir como universalizações puramente formais, independentemente do conteúdo (é o caso do imperativo categórico: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”).

Kant apresentou como uma ideia da razão a unidade sistemática do direito, articulada em suas doutrinas e instituições. O contrato social, como ideia da razão e não fato histórico, teria realidade prática ao obrigar o legislador a produzir o direito segundo uma vontade unitária da nação, como se cada cidadão houvesse consentido com essa vontade geral. Da origem na razão prática e no estado de natureza (que apresenta um sistema de coordenação privado instável), vem a se constituir um sistema de direito público. Está no âmbito da razão prática, que

diz respeito não àquilo que é dado empiricamente no mundo, mas ao que fazemos existir por nossa vontade, pelo exercício da liberdade. É a realização de uma representação mental. Kant trabalha no plano das condições de possibilidade da experiência e as localiza no próprio indivíduo (sujeito transcendental), que dá a si as leis morais que deve seguir. Mas, no âmbito da razão prática, o direito diferencia-se da ética, pois diz respeito à combinação de vontades livres individuais, às “relações externas” entre pessoas – e não ao cumprimento espontâneo, virtuoso, de um dever autoimposto, tendo como motivação a pura obediência a um princípio moral.

Mas como “somar” escolhas individuais? Para Kant, seguindo uma lei universal da liberdade e pela ação de um espectador imparcial, o juiz, que observando as interações e expondo publicamente o direito e seus princípios práticos, possa fazer mover o aparato coercitivo do estado para a execução dos direitos e deveres (limitação da liberdade para a proteção da liberdade). Ao questionar como garantir as condições “externas” da convivência mútua entre vontades livres, Kant responde por referência às condições racionais, que valem como critérios para julgar o direito posto pelo estado.

Se quiséssemos, porém, observar as condições empíricas para o encaminhamento desse problema, teríamos não que pressupor uma razão homogeneamente distribuída entre os indivíduos e independente de mediações institucionais. Teríamos que nos posicionar no plano da sociedade. Desancorando-nos do sujeito transcendental, precisamos fazer três deslocamentos: (1) passar da consciência individual puramente racional para o plano dos sistemas sociais empíricos, trabalhando as dimensões de sentido; (2) tratar do problema das estruturas sociais, que são semânticas e instituições que moldam a comunicação, as práticas, as rotinas de ação e vivência, generalizando o sentido para além da experiência idiossincrática; (3) considerar a questão da moralidade, dos valores e interesses (o âmbito que Kant alocava na “razão prática”) em vista da institucionalização dos sistemas e estruturas sociais.

Como visto, o racionalismo crítico de Kant trata de um sujeito autossuficiente como conhecedor da realidade. Mas não pensamos o mundo isoladamente e cada ser humano que nasce não estabelece um mundo próprio, mas ganha acesso pelos símbolos a um repertório de

conhecimentos herdados (a semântica social) e vive dentro de uma teia de expectativas (as estruturas sociais). Não é suficiente dizer que cada indivíduo se relaciona aos outros, produzindo uma “intersubjetividade”. É esse mundo compartilhado, esse horizonte de sentido comum que interessa explicar. Ao mesmo tempo, há fricções entre o sentido construído por cada mente individual e essa comunidade de sentido público.

A união entre esses dois lados ocorre pela linguagem e esses dois lados são o indivíduo e a sociedade. A sociologia desenvolveu-se depois de Kant. Ela apresentou um conceito de sociedade que não mais se confunde com a ordem natural das comunidades humanas nem com o próprio estado (“a sociedade civil” imaginada pelos contratualistas). É na sociedade que se constrói a base comum e generalizada de sentido.¹ A sociedade é o terceiro genérico, o outro lado que se apresenta como contraparte de todo pensamento na consciência de cada um. A sociedade se reproduz por comunicações, os indivíduos por pensamentos (enquanto sistemas psíquicos, mentes) e pela vida (enquanto sistemas biológicos, corpos). Dessa maneira, ações são comunicações atribuídas a um sistema; sistemas distinguem comunicações próprias (ação) e alheias (vivência). Sistemas observam a si mesmos e uns aos outros. Observações podem ser observadas. A observação de segundo grau diz respeito a observar observações de observadores, e assim sucessivamente. O mundo emerge como horizonte de sentido e nunca é apreendido totalmente pelas observações dos sistemas: elas fornecem indicações, formas, distinções que deixam sempre um espaço não marcado.

O sentido é o meio em que se reproduzem o pensamento e a comunicação, isto é, a consciência e a sociedade. Como o leitor que se observa como personagem de um livro que o observa, sistemas psíquicos (indivíduos) observam sistemas sociais e são por eles observados (como pessoas). Sistemas sociais observam-se uns aos outros. Essas observações são marcadas no meio do sentido; todo conceito, toda indicação é uma forma, uma distinção operada no sentido e o mundo opera então como horizonte de sentido. O sentido pode ser desdobra-

1 Sobre tais conceitos de sentido, sociedade e sistemas sociais, ver Luhmann (1995a [1984]; 2012 [1997]; 2013 [1997]).

do fenomenologicamente em três dimensões. Na dimensão temporal, importam os vínculos entre pensamentos ou entre comunicações e tal continuidade é dada pelas expectativas – crenças generalizadas sobre como deve ser o futuro, dado o repertório de possibilidades conhecido e acumulado. As *expectativas* são as microestruturas sociais.

O direito trata sobretudo de expectativas normativas, contrafáticas: normas são expectativas que se devem manter mesmo que sejam frustradas por uma experiência, um dado de realidade que as contrarie. Quanto surge um problema de incongruência de expectativas normativas, há uma controvérsia jurídica e o sistema jurídico opera para cauterizar essa ferida; assim também ele fornece um pano de fundo que baliza o grau de dissenso socialmente sustentável entre crenças colidentes.

Na dimensão social, importa a questão da dupla contingência: do fato de você ter expectativas sobre quais são minhas expectativas, inclusive minhas expectativas sobre as suas expectativas. O fechamento operacional dos sistemas – dos sistemas psíquicos (consciências individuais) e dos sistemas sociais (interações, procedimentos, organizações, sistemas funcionais como direito, política, economia, arte) – conduz a esse estado de “dupla contingência” e é preciso então institucionalizar referências comuns. Essa esquematização é dada por semânticas – repertórios conceituais compartilhados – e *instituições*, agregados de expectativas que constituem a estrutura interna dos sistemas sociais. Estamos aqui em um nível intermediário das estruturas, entre as expectativas (microestruturas) e os contextos (macroestruturas).

O direito trata das estruturas internas dos sistemas sociais ao imunizá-las por seu tratamento como normas, como expectativas resistentes a desilusão, ao representá-las e interpretá-las nos textos e discursos jurídicos e ao regular procedimentos para a rotina e o conserto dessas instituições.

Na dimensão material, enfim, emerge o problema da identificação, a esfera simbólica, o campo dos textos e de sua interpretação. Mais amplamente, trata-se de “ler” e identificar o *contexto* social, o mundo conceitual e institucional que funciona como horizonte dos sistemas sociais e psíquicos. A macroestrutura social não é mais que a agregação, o entrecruzamento mutuamente reforçante de instituições.

Na criação do direito, sobretudo, tem-se em vista o desenho de instituições em consideração a interesses e ideais, valores e conhecimentos cultivados dentro desse contexto social e nele entrenchados. Cuida-se dos regimes regulatórios enquanto forma jurídica das instituições.

Na aplicação do direito, surgem problemas específicos que exigem a consideração sistemática de determinadas normas enquanto componentes de um quadro institucional, de um setor do direito e da sociedade. O raciocínio volta-se a referir o nível básico das regras formalizadas ao plano das doutrinas, entendimentos jurisprudenciais e propósitos. Esse nível mais abstrato, por vezes tácito (por contraposição à superfície manifesta das regras) inclui expectativas compartilhadas que, ainda quando não textualizadas como norma posta, são constitutivas do pedaço da realidade social que está em jogo – este setor é uma instituição, uma fatia da macroestrutura social, do contexto, e um agregado de expectativas, algumas formalizadas como direito, outras emergentes, à espera do reconhecimento e do tratamento jurídico.

A passagem do sujeito aos sistemas sociais, incluindo a discussão sobre sentido, acaba por nos remeter ao problema das estruturas sociais. Ainda na autoimagem da filosofia do século XIX, o conhecimento referia-se ao pensamento como apreensão da ordem em que se insere o sujeito pensante. Essa ordem, essa realidade externa, é a natureza, em relação à qual as pessoas e suas relações se diferenciam apenas como um subconjunto (a sociedade, conceito que se afirma apenas do século XVIII). Essa realidade era vista como sujeita a regularidades; compreendê-las e descrevê-las – as leis da natureza e da história – foi a ambição de muitos pensadores, dos liberais aos socialistas, de John Stuart Mill a Karl Marx.

Essa concepção ainda naturalista da sociedade, analisada criticamente por Unger (1987, p.80-7), já rejeita a visão antiga da ordem política: o costume (moralidade convencional) como uma espécie de segunda natureza, que distingue os povos e suas formas de governo, ao mesmo tempo em que legitima pela tradição o que é verdadeiro e bom, correto. A teoria social moderna já não pretende que haja uma forma natural da civilização humana, que esgote todas as possibilidades e não possa ser fundamentalmente nova, apenas sofrendo corrupção e regeneração, como a ordem natural (e como as formas de governo

descritas de Aristóteles a Maquiavel). Os iluministas já consideravam a razão não mais como um dado da natureza exterior, mas como uma faculdade que permitia a autodeterminação individual, pelo juízo reflexivo ao alcance de cada um. Esse racionalismo individualista já não se revela como idêntico à realidade exterior. E a observação empírica da diversidade de povos e costumes, assim como a hipótese sobre sua unidade, mostra que as sociedades não têm uma única forma correta, canônica, natural. Comparações levam ao desenvolvimento de noções éticas que podem vir se chocar com as convenções da sociedade em que se está, assim como criam a consciência de que esta é uma sociedade entre outras.

A obra de Cervantes serviu a Marx não apenas para ironizar seus adversários intelectuais – os filósofos idealistas, os “jovens hegelianos” –, neles observando ora a ingênua reprodução de provérbios e máximas morais, como Sancho Pança, ora o devaneio de quem confunde a materialidade do mundo com os livros e as ideias, como Dom Quixote (*A ideologia alemã*). Este personagem é também retomado para assinalar a mudança de estrutura social verificada com a universalização do dinheiro como símbolo de um novo modo de produção da vida material (*O capital*). Pois podemos supor que a especialização das instituições econômicas acompanha lado a lado a delimitação do poder estatal e o surgimento de um novo meio entre esses meios: entre poder e dinheiro, surgem os direitos.

Na teoria contratualista, os direitos positivos são, afinal, a liberdade diminuída mas garantida, dada como moeda de troca quando os cidadãos abrem mão de sua liberdade natural e ilimitada, cedendo-a ao soberano. Aí está a legitimação para a centralização do poder pelo Estado. Contra o pressuposto de uma forma de vida natural, perene, em que o direito é imanente à sociedade, surge um direito artificial a reger a produção do próprio direito (normas de organização e procedimento). O direito então é positivado, posto ao alcance da transformação intencional, politicamente conduzida. Para conter as arbitrariedades do próprio poder, a constituição ou a legalidade equivalente ao estado de direito regulam poderes e direitos, estruturando o regime de colaboração entre direito e política. Contra o mesmo pressuposto de uma ordem natural das coisas, a sociedade é imaginada como produto da razão e da vontade (“sociedade civil” criada por “contrato social”).

A partir do historicismo, a transformabilidade da sociedade, por oposição à perenidade da natureza, acaba por ser vista não apenas pelo ângulo da razão hipotética e da vontade política, mas como uma dinâmica histórica de evolução de estruturas sociais. Em contraponto ao formalismo kantiano, à pura ideia da razão como produto do sujeito, os idealistas haviam localizado na história o ponto de contato entre a ideia e a realidade empírica – Hegel definiu a história como “o desenvolvimento do espírito no tempo”. A razão era historicizada e a história, racionalizada. Mas tal pretensão também acabou em paradoxos, como a tentativa de descobrir o princípio ideal – para além do tempo e da história – que governaria todo o processo histórico, como um plano profundo da evolução. Tratava-se então de uma naturalização do historicismo, da pressuposição de uma eticidade concreta e perene a velar sobre a contingência histórica e a conter a liberdade e a variedade individual e social.

As grandes teorias da sociedade do século XIX listavam tipos de sociedade. Compartilharam com o formalismo jurídico de então o pressuposto de que haveria uma lista fechada de tipos de sociedade. Ao direito caberia desdobrar em regras e doutrinas o conteúdo inerente a certo tipo de sociedade: por exemplo, representar e positivizar as regras que conformam o regime jurídico de uma sociedade livre (UNGER, 1996, p.41-6; 2015a [1982], p. 83-93). Esse conteúdo é referido a um ideal definido e a interpretação dos textos jurídicos permitiria um amplo grau de certeza por uma relação quase dedutiva do juízo sobre regras. Da parte da sociologia, a concepção expressou-se mais claramente em Marx.

A sociologia marcou distinção entre rotinas e estruturas, ou entre eventos e operações corriqueiros e seus pressupostos institucionais, que permanecem estáveis. Trocas, argumentações, acordos, toda a reprodução da vida social tem um pano de fundo que as conforma. Porém, essa distinção entre estrutura e prática, ou entre “contextos formadores” e “rotinas formadas” torna-se problemática por três passos seguintes do raciocínio (UNGER, 1987, p.87-120): (a) cada estrutura social pode ser delimitada como um tipo geral de uma lista fechada (como “capitalismo”); (b) esses tipos manifestam-se historicamente em diferentes tempos e lugares (pode haver ao mesmo tempo “feudalismo” em um lugar, “capitalismo” em outro e assim por diante, sendo

o presente de algumas sociedades análogo ao passado de outras); e (c) a sucessão entre esses tipos é produto não apenas de variáveis sociais, mas de restrições naturais e psicológicas, que operam como leis históricas análogas a leis naturais (“estruturas profundas”).

Tal visão é tributária da superação entre o sujeito e o objeto, ou entre o racional e o real, que Hegel pretendeu atingir em relação a Kant. A realidade é determinada e necessária, apresenta em si mesma leis históricas; portanto, a razão não reside apenas no sujeito, mas é um atributo do real. Superando as contradições, a história encaminha-se para uma unidade absoluta. Sua teleologia é a realização do espírito absoluto, como forma de moralidade superior (para Hegel encarnada no Estado; para Marx, realizada pelo fim do Estado). No direito, esse racionalismo idealista equivaleria a defender que o juiz discerne, ao longo de uma trajetória de alterações legislativas e jurisprudenciais, a razão imanente à história, imersa na comunidade e constitutiva de uma teia moral abrangente pressuposta pelo direito que ele deve aplicar.

Se abirmos mão dessas categorias “necessárias”, porém, veremos que há uma subdeterminação funcional, com formas de organização equivalentes para a estruturação da sociedade, e que cada estrutura social, cada tipo mais ou menos delimitável e comparável, decompõem-se em instituições, que não permanecem ou mudam como um todo, em uma mudança catastrófica ou revolucionária de tipos sociais. A mudança ocorre evolucionariamente – por rotinas que vão alterando partes de suas próprias estruturas – e, assim, partes da estrutura, complexos institucionais podem ser reformados. Quando não se trata de alteração apenas de rotinas e práticas, mas de seus próprios pressupostos estruturais, é uma “reforma revolucionária” (UNGER, 1987, p. 163-4; 2001b [1987], p. 64-5, 79-80, 86, 104, 121, 253-4, 259, 324, 428, 550, 557, 570; 1998, p. 18-20; 2001c, p. xxi-xxvi, ci, cxx): fragmentária e pontual, mas cumulativamente significativa. Ao lado da teia caótica de soluções de problemas e acomodações de interesses que vão se estabilizando como estruturas, reformas apresentam uma variação que pressiona em direção à seleção; porém, para que seus resultados sejam restabilizados como “aquisições evolutivas”, estão na dependência de uma multiplicidade de fatores. Ademais, sempre há um excedente de possibilidades não realizadas (complexidade).

Distender a lista dessas variações é catalisar a capacidade de autoprodução da sociedade.

Há um cruzamento entre o plano das estruturas e aquele dos sistemas. As expectativas são estruturas, pois fornecem o pano de fundo pressuposto e provisoriamente fixo que permite reduzir a incerteza de cada evento ou operação – na sociedade, a incerteza que existe em cada comunicação, seja entre pessoas presentes (interação), seja em uma cadeia de decisões (organização), seja em geral como produto “anônimo” de um sistema funcional (como comunicação jurídica, política, econômica, artística). Toda comunicação ocorre em situação de “dupla contingência” – um lado não sabe o que o outro irá dizer, e este não sabe o que o primeiro espera dele. As expectativas generalizadas dão uma regra de conduta para comunicar: produzir uma informação, dá-la ao conhecimento como uma mensagem e compreendê-la, aceitando-a ou rejeitando-a. E assim é possível manter uma continuidade temporal, um encadeamento de comunicações autorreferidas a comunicações. Essas expectativas, além de algum conteúdo informativo, são generalizadas, e assim contam com o apoio presumido de terceiros – são institucionalizadas.

As “microestruturas” sociais – as expectativas – espalham-se por toda a sociedade, isto é, por todos os sistemas sociais (interações, movimentos de protesto, organizações, sistemas funcionais). Há sistemas que lidam especialmente com expectativas normativas: aquelas que resistem a desilusões, que são mantidas mesmo diante de fatos que as contrariem. Dentre essas expectativas contrafáticas, encontramos, por exemplo, os direitos: se um direito for violado, seu titular não irá abrir mão de sua pretensão; pelo contrário, a reforçará, argumentando que os fatos estão errados. O direito é um sistema que lida especialmente com expectativas normativas. De outro lado, há expectativas cognitivas: aquelas que, diante da desilusão, conformam-se aos fatos, reciclam-se, aprendem. Dados científicos e econômicos levam a uma revisão das teorias e investimentos. Ambos os tipos de expectativas são empíricos; o que as difere é sua relação com uma experiência de contrariedade.

Como o direito atua sobre as expectativas contrafáticas? (LUHMANN, 2014 [1972]) Ele é acionado principalmente quando ocorre um conflito de expectativas ou uma desilusão. O direito trata de identificar essas expectativas normativas (isto é, normas), formulando-as como

programas de decisão (a forma das normas jurídicas é principalmente uma forma condicional ou hipotética: constatados determinados fatos, a solução deve ser esta); essas normas são apoiadas ainda pela ameaça do uso da força (organizada na forma de sanção) e, generalizadas congruentemente por meio de procedimentos decisórios, tornam-se expectativas institucionalizadas, com consenso presumido de terceiros. O resultado do procedimento – o direito criado, executado ou interpretado – goza de uma legitimidade que o torna imponível contra todos.

Rotinas, práticas, operações de comunicação e pensamento são pautadas pelas estruturas. As expectativas congruentemente generalizadas aglomeram-se como instituições, feixes de expectativas que constituem as estruturas internas dos sistemas sociais. Nesse plano, portanto, as estruturas ganham uma atribuição sistêmica. Expectativas aglomeram-se em instituições e ganham filiação sistêmica. Instituições, por sua vez, são fatias da “macroestrutura”, que é o “contexto formador”, certa delimitação espaço-temporal da sociedade. Nesse contexto a dinâmica universal e impessoal dos sistemas funcionais – que teoricamente incluem todas as pessoas, a cada ora a desempenhar certo papel social em determinado sistema – combina especialização a exclusões, hierarquias dos sistemas organizacionais com critérios estratificatórios, diferenças entre centro e periferia a distinções marcadas com base etária, étnica, sexual.

Resta um último deslocamento a se processar na perspectiva de um construtivismo pós-kantiano. Trata-se do tratamento da moral e dos valores. Valores determinam-se por referência a interesses e interesses são conformados e defendidos por valorações de valores (ideologia). Como compreendeu o historicismo, ao longo do desenvolvimento cultural os valores são desdobrados em diferentes sistemas de crenças, dimensionando suas esferas de validade, sem formatar uma hierarquia fechada. A ética e a religião, o que seriam os valores imutáveis e absolutos intrínsecos à “natureza humana”, são contextualmente variáveis e submetem-se a uma “transvaloração”.

Valores e interesses orientam práticas, motivam comunicações e se entrincheiram em molduras institucionais. Institucionalizados, tornam-se o pano de fundo, o horizonte de sentido disputável das comunicações. A pretensão de se atingir uma unidade de valor acima dos juízos práticos e localizados, apelando a uma teleologia ou a certa

hierarquia moral tácita, mas parcialmente revelada pelas formas de vida de certa comunidade, revela o aspecto autoritário da idealização do direito propugnada por doutrinas que pretendem ancorar princípios em uma visão abrangente de moralidade política. Como valores e interesses determinam-se por referência mútua, no plano artesanal do juízo judicial não se pode apelar a uma consciência moral densamente compartilhada, como no mundo do direito natural.

O raciocínio analógico e finalístico é mais estável e publicamente controlável enquanto mantém-se em um nível mais concreto. O raciocínio de interpretação/ aplicação do direito amolda-se à arena judicial e administrativa (ver *infra* 1.5.). Se se passa para o nível da valoração dos valores, para o raciocínio abstrato dos universais descolados dos particulares, cai-se na má metafísica dos juízes e na arbitrariedade togada. Nesse nível mais abstrato e abrangente de valoração de valores, é preciso também considerar mais amplamente os interesses para determinar os sentidos; está-se operando no âmbito das ideologias e o discurso abertamente político tem seu *locus* institucionalizado: os poderes políticos, responsáveis pela criação do direito.

Conflitos de interesses e valores são processados em procedimentos de tomada de decisões coletivamente vinculantes, nos poderes políticos, e continuam em certa medida – mais localizados, referidos a um caso concreto, limitados pelo direito posto e pelos papéis e ritos diferenciados – no auditório judicial. A política força o direito ao aprendizado, à reciclagem de suas estruturas, à inovação pressionada por uma reprodução de conflitos abertos de interesses e ideais. Por isso, como veremos (*infra* 1.4.), os poderes políticos estão na periferia do sistema jurídico, são mais permeáveis ao ambiente (às demandas educacionais, sanitárias, econômicas etc.). Produzem abertura cognitiva. Já no centro do sistema jurídico, encontramos as cortes, cuja função é manter a integridade do direito reforçando seu fechamento operacional. Conflitos são procedimentalizados, tratados em limites estritos de produção probatória e referência normativa. O direito então imuniza, no “varejo”, pequenas engrenagens da estrutura institucional que a política pré-definiu no “atacado”. Sempre em relação instável de conflitos e cooperações, política e direito confundem-se. Regrar tal vínculo e estabilizar tal instabilidade é função da instituição a que se chama “constituição”.

1.3. DA MORFOGÊNESE DO CONSTITUCIONALISMO

As instituições constitucionais de que dispomos hoje são uma justaposição – contingente, quando não arbitrária – de arranjos e dogmas de inspiração variada, com objetivos contrastantes e genealogias truncadas. A história do constitucionalismo é uma história de encontros pessoais, influências improváveis e conciliações teóricas retrospectivamente racionalizadas como uma evolução coerente. Tradições nacionais e variedades de constitucionalismo compõem um quadro de regimes de cooperação entre direito e política que dependem da diferença tanto quanto do vínculo entre auto-organização do poder e do direito, entre pressuposição de consenso generalizado e atribuição de direitos e entre procedimentos de criação política do direito e de aplicação mais estritamente jurídica da normatividade politicamente orientada.

O desenvolvimento do Estado moderno ocorre por um duplo movimento de centralização e descentralização: o Estado concentra o controle de meios – monetários, militares, políticos, jurídicos – e regula a circulação ampliada desses meios, pela instituição de padrões universais de trocas (a moeda nacional), de direitos (códigos e constituições), de disputas de poder (também nacionalizadas). O usuário desses meios de comunicação pode então ser referido abstratamente; não se trata mais de governo misto, privilégios de certos estratos e obrigações trocadas por proteção, propriedade fundiária e exércitos privados. A liberdade individual cresce com o aumento do poder do estado. A soberania centralizada torna-se contrapeso do domínio privado e da dominação local; a monetarização da riqueza permite ao estado financiar-se pela tributação e a disputa sobre os limites do poder de tributar, contraparte da titularidade de propriedade, vem a se fincar como temática fundante do constitucionalismo.

O constitucionalismo institui o fundamento de legitimidade da soberania territorial ao construir o campo de sujeição a tal império: a cidadania, os súditos, os sujeitos de direitos. Poderes enquanto funções são estruturados, orgânica e procedimentalmente, em poderes de estado, órgãos da soberania. As referências à moralidade e ao direito

natural vêm a ser filtradas e interrompidas pela autofundamentação do direito a partir da remissão de toda a legalidade à ordem constitucional supraordenada. O direito autofundamentado é aquele que remete sua fundamentação à política – o direito positivo pode mudar por decisão, ao contrário da dinâmica evolucionária do costume. A decisão de quem monopoliza os meios de violência e ameaça vêm a se colocar como resultado de uma engrenagem complexa de poderes compartilhados. A interdependência dos poderes de Estado vem a interromper o espelhamento direto, na composição dos poderes políticos, das forças e divisões sociais. O governo representativo e a universalização do sufrágio criarão um espelho da política para si mesma, vinculando a organização estatal à opinião pública.

No racionalismo moderno, direitos naturais são vistos como uma exigência moral realizada pelo direito. Na narrativa do contrato social, para a garantia dos direitos naturais é que se constitui o Estado; assim eles são cedidos ao soberano e alguns são recebidos de volta, já como direitos jurídicos, direito positivo. A validade jurídica é criada então como um símbolo equivalente à moeda na economia: um selo oficial que inclui/ exclui o que é ou não do âmbito do direito, separa o direito válido do inválido, e o direito válido distingue o que é lícito e o que é ilícito. O direito (validade) diferencia-se assim como um “meio de comunicação simbolicamente generalizado”, como o dinheiro na economia, o poder na política ou a verdade na ciência (LUHMANN, 2012 [1997], cap. 2). O direito é uma estrutura da sociedade, pois seleciona e restabiliza expectativas a serem consideradas em qualquer comunicação. Mas também é um sistema que se diferencia operacionalmente, pois trata de um problema específico: a diferenciação entre lícito e ilícito.

Os sistemas sociais diferenciam-se ao tendencialmente monopolizarem a comunicação centrada ao redor de certo meio simbólico: da verdade trata a ciência, do dinheiro, a economia, do poder, a política. É como garantias e reforços dessa diferenciação (principalmente da diferenciação da economia, da religião, da ciência em relação à política) que os direitos do homem são positivados. Esse é sentido do constitucionalismo liberal (LUHMANN, 2010 [1965]).

Declarações de direito textualizam a inclusão dos indivíduos como pessoas: como um feixe de papéis sociais (eleitores e representantes na política, médicos e pacientes na saúde, professores e alunos na educação, consumidores e vendedores, trabalhadores e empresários na economia), mas também como uma integridade psíquica e orgânica para além dessas especializações. Dignidade ou liberdade representam expectativas normativas que contrastam a exclusão total, situação em que as pessoas deixam de contar como referentes comunicativos para os sistemas sociais e passam a não valer, isto é, a contar apenas como corpos desatendidos pela economia (necessidade), pela política (violência), pelo direito (apatridia, “cidadania”), sem receberem a mediação simbólica da sociedade, acessarem as prestações de seus sistemas ou mesmo terem registradas sua dependência, suas obrigações perante os âmbitos compartilhados de ação e vivência (ver discussão *infra* 1.7.).

O universalismo abstrato das declarações de direitos e textos constitucionais os expõe à reflexão pela opinião pública, à repercussão política. Mesmo os excluídos se incluem imaginariamente, assim como nos textos literários que passam à observação de segundo grau – incluem o leitor como objeto, com romances sobre os efeitos de romances nos desejos românticos da leitora ou contos de cavalaria sobre a loucura de leitores que se inserem como personagens nesses contos (Dom Quixote). Ainda, a literatura moderna exemplifica como a arte produz-se como imaginação na medida em que proporciona ao leitor ou espectador a reativação de possibilidades de sentido eliminadas. Faz com que o mundo – como horizonte de sentido e limite de complexidade – reapareça no mundo vivenciado, com a representação simbólica de percepções: do invisível no visível, do silêncio no som. Assim, a ficção “gera uma realidade com um direito à sua própria objetividade” (LUHMANN, 2012 [1997], p. 210).

Para desvelar-se da ilusão, a inclusão só pode ser assegurada quando observada pelos outros – Dom Quixote encontrará na segunda parte de suas aventuras pessoas que leram suas primeiras aventuras e o reconhecem como protagonista, o herói encarnado da fábula literária. O universalismo abstrato e hipotético dos direitos do homem, a garantir que todos são observados pelo Estado como seus cidadãos livres e

iguais, dá margem a que os excluídos das tomadas de decisões coletivamente vinculantes exijam não ser apenas objeto das deliberações, mas possam observá-las, participar de sua construção, sujeitando-as também à sua vontade. Ser observado pelo Estado exige também observar o Estado. Eis o advento do sufrágio universal.

Para seguir um tema tipicamente moderno em sua formulação tradicional, a transição do “feudalismo” ao “capitalismo” no contexto europeu provocou a quebra das ordens corporativistas (das corporações de ajuda mútua e dos suportes estamentais e familiares), dando origem a uma ordem na qual se combateram os privilégios e se enfatizou a igual liberdade “formal”. A semântica de combate à estrutura social anterior e de defesa dessa nova ordem foi o liberalismo. A nova forma de diferenciação social incrementou riscos e deu origem a um novo tipo de exclusão. Como resposta a esse novo contexto – e, mais definitivamente, em resposta à industrialização no século XIX – surge a semântica do “social”. Ela se define pelo apelo a organizações intermediárias (instituições comunitárias), pela defesa da provisão estatal de serviços básicos (a escola pública, gratuita, obrigatória e de massas, em contraposição à educação privada das elites) e por uma desestabilização do consenso acerca da divisão estado/ sociedade.

O conceito de ideologia bem marca o caráter coletivo (de classe) das diferentes crenças e sua gênese na estrutura social. O Estado aparece então como uma arena de abertura a conflitos de visões e interesses, assim se estruturando sob a democracia de massas; o sufrágio universal expande as demandas da sociedade ao estado, particularizando como um dentre outros o setor antes universal dos incluídos na ordem econômica – os proprietários, para quem as funções do estado deveriam cingir-se à garantia judicial da propriedade e dos contratos, à manutenção da segurança pública e à defesa da soberania territorial. Mas, nos marcos institucionais liberais (democracia parlamentar, estado de direito, economia de mercado), o socialismo democrático não altera fundamentalmente a forma dos direitos privados; os contrabalança pela universalização de direitos públicos, como o sufrágio universal e os esquemas públicos de assistência, previdência e serviços de saúde, educação, cultura, esporte.

Aqui a dinâmica fundamental na vinculação entre os ambientes internos da política e do direito é a seguinte (LUHMANN, 1990a [1981], p.26-7, p.34-9): a extensão dos direitos de participação faz a opinião pública ressoar a demanda pela extensão da esfera dos direitos, dando margem à dependência entre direitos sociais e apoio político. A institucionalização da política deixa de repousar exclusivamente na lógica de autocontenção do centro organizado (poder contra poder, sob domínio mais fácil dos notáveis, das elites) para ampliar-se ao conflito entre partidos de massa (elites concorrendo pelo apoio popular para garantir rotação no poder). A inclusão política nivela as expectativas em outro patamar: agora é preciso dar garantias de inclusão em tudo o mais (economia, educação, saúde).

O século XX assistiu a uma relativa estabilidade das formas herdadas de direito e direitos privados, ao lado das quais o direito público emergiu como contracorrente corretiva, a garantir as condições empíricas para usar aquele direito privado. Direitos privados em geral são titularizados por cada pessoa de forma altamente desigual, mas os patrimônios jurídicos todos haveriam de vir “de fábrica” com um básico de dotações e pretensões garantidas pelo Estado e contra ele – direitos fundamentais. Esse é o resquício prático da ideia de direitos naturais, inatos.

O direito público desenvolveu-se especialmente pela constitucionalização de direitos, pelo desenvolvimento e difusão do controle judicial de constitucionalidade e pela complexificação da organização burocrática do Estado – com um direito administrativo ou regulatório para contrabalançar o direito privado, de economia a educação, saúde e todas as áreas dos serviços e políticas públicas. Direitos constitucionais universais foram um mecanismo para equilibrar a acumulação muito diferenciada de direitos pelas pessoas jurídicas concretas, por meio de acordos privados. Serviços públicos compensam a inacessibilidade a bens e serviços básicos, por meio do mercado.

O que marca o estado social, a social-democracia, pode-se dizer, é uma lógica de “compensação de incompetências”.² Mantida a estrutura

2 Sobre compensação de incompetência, ver Luhmann, 1990a [1981], p. 21-5, referindo-se a Marquard, 1989a [1974]. Ver também Marquard, 1989b [1978], esp. p. 42-5 e comparar Unger, 2007a, cap. 13.

básica do mercado e dos institutos de direito privado, eles precisam de regulação, contrapesos e correções. Assim, a crença em uma ordem predeterminada de regras e direitos que constituem a ordem econômica livre é substituída pela afirmação da “natureza empírica e revogável da autodeterminação individual e coletiva”, sendo as pretensões jurídicas dependentes de condições práticas de exercício nem sempre disponíveis. A preocupação com a fruição efetiva dos direitos leva a uma esquematização binária de “direitos de escolha e arranjos retirados do escopo da escolha para o melhor exercício da escolha real e efetiva”; essa esquematização perpassa vários níveis (UNGER, 1996, p.26-8; 2007b, p. 92-3; 2015a [1982], p.158): regras e doutrinas contrastantes dentro de um mesmo ramo do direito (como compensações pela assimetria de poder e informação entre as partes de uma relação); ramos do direito que se contrabalançam ou se excepcionam (direito contratual geral e direito do trabalho, contrato individual e negociação coletiva); de forma geral, o direito público (e a constitucionalização dos direitos sociais) aparando as arestas de vulnerabilidade e desigualdade econômica reproduzidas pelo direito privado.

É notável, por exemplo, como a dinâmica de extensão dos direitos sociais pela inclusão das demandas das massas com a institucionalização do sufrágio universal faz desses direitos (sobretudo na forma de proteções previdenciárias e trabalhistas) a segunda melhor opção para aquela alternativa mais radical de reorganização econômica – como nota Luhmann (1983a [1974], p. 118; 2010 [1965], p. 220-2), a progressão argumentativa da defesa lockeana da propriedade (sua finalidade de servir à liberdade e à autorrealização do indivíduo) conduz diretamente a uma reestruturação radical da distribuição primária da propriedade no sentido do comunismo. A importância do dinheiro como meio generalizado do sistema econômico e a instabilidade da pequena empresa familiar que seria o resultado dessa redistribuição radical são os fatores estruturais da economia que, ao lado da dinâmica de forças na política, conspiram para derrubar tal solução.

No que se refere ao centro do poder político, as alternativas social-democratas mais avançadas foram testadas na Europa ocidental na segunda metade do século vinte, na esteira do constitucionalismo social marcado pela curta experiência entreguerras da República de Weimar [1919-1933] (UNGER, 2001b [1987], p. 444-8; 2011 [2008], p. 63-7.).

Sua faceta mais conhecida e universalizada é a ampliação dos catálogos de direitos, incorporando uma lista crescente de direitos a serviços e benefícios estatais (como expressão de um anseio redistributivista) ao lado da participação política, das garantias judiciais do estado de direito, das liberdades espirituais e dos direitos privados. A frustração dessas novas e grandes expectativas deve-se a uma série de fatores que incluem a diferenciação entre política e direito e os limites operacionais da política na transformação das estruturas sociais. Tal diferenciação e tais limites são, é certo, variáveis, conforme a configuração dos centros organizados da política e do direito.

Mas, e quando os poderes são reconfigurados? A experiência do constitucionalismo europeu do século XX, informada pela tradição parlamentarista, trouxe, de um lado, o tensionamento da divisão de competências entre executivo e legislativo pela instituição do estado de exceção. Era a contraparte a um projeto de “racionalização do poder”, com dispersão das decisões e distanciamento entre os departamentos governamentais. No estado de exceção, a suspensão dos direitos fundamentais e a onipotência do chefe do executivo amparado pelas Forças Armadas é o caso previsto para situações de crise aguda (o paradigma é o artigo 48 da Constituição de Weimar de 1919). Seu equivalente funcional mais corriqueiro são as formas de legislação pelo Executivo (medidas provisórias) e um desarranjo crônico da divisão de poderes. Contemporaneamente, os impasses entre poderes políticos vêm a buscar sua solução nas cortes, atribuindo a tomada de decisões coletivas a procedimentos judiciais. Em todos esses casos, no plano organizacional dos poderes, observa-se novamente uma dinâmica de compensação de incompetência. A incompetência de um poder para decidir leva à tentativa de correção – por meios inadequados e papéis truncados – de um subsistema organizacional pelo outro.

1.4. DA CONSTITUIÇÃO COMO INSTITUIÇÃO, OU A MORFOLOGIA DO CONSTITUCIONALISMO

O problema do cisma kantiano entre conhecimento e ação reaparece à luz da reflexão sobre os sistemas vivos e os sistemas sociais. Maturana (MATURANA; VARELLA, 1980 [1972], p. xvii) relata que, pensando

sobre o dilema de Quixote entre seguir uma vida de guerreiro (*praxis*, ação) e seguir a vida da literatura (*poiesis*, criação, produção), inventou a palavra “autopoiese” para designar a dinâmica de autonomia própria dos sistemas vivos. Luhmann (1994, p. 40-2) entende que “autopoiese” serve para indicar que o sistema é o produto de sua própria atividade, e não para aludir a uma atividade autossuficiente e agradável em si mesma (“autopraxis”), como nadar, fumar, conversar ou talvez pensar.

Sistemas autopoieticos são redes autorreferenciais – controlam certas causas e as integram em sua cadeia de operações. As operações dos sistemas sociais são comunicações. Há sistemas que se formam na copresença – são as interações. Há sistemas de tomada de decisão, que vinculam decisões a decisões – são as organizações. Entre esses planos há sistemas como protestos, conflitos, procedimentos.

Com maior amplitude de circulação das comunicações há os sistemas funcionais, ou funcionalmente diferenciados. Eles se diferenciam pelo resultado que produzem, pelo serviço que prestam em relação ao sistema social mais abrangente, que é a sociedade. O problema de tomar decisões que vinculem a toda uma coletividade é o problema central da política. Assegurar a universalização e o alinhamento de expectativas normativas, de certas crenças resistentes à desilusão é tarefa do direito. Assegurar a provisão futura de bens e serviços, a capacidade de pagamento, é função da economia. Esses sistemas também podem ser identificados pelo código cibernético que os interessa: para a política, as informações a serem processadas são as que podem ser codificadas segundo a diferença poder/ não poder, ou governo/ oposição; para a economia importa o ter e o não ter, a propriedade; o direito trata do lícito e do ilícito. Para solucionar esses problemas e tratar das informações assim codificadas, os sistemas sociais – por analogia aos computadores – dispõem de programas. Na economia há planejamentos, projeção de expectativas e programas de investimento. A política recicla o direito por meio de leis. O direito produz decisões na forma de sentenças. Afinal, normas são programas decisórios.

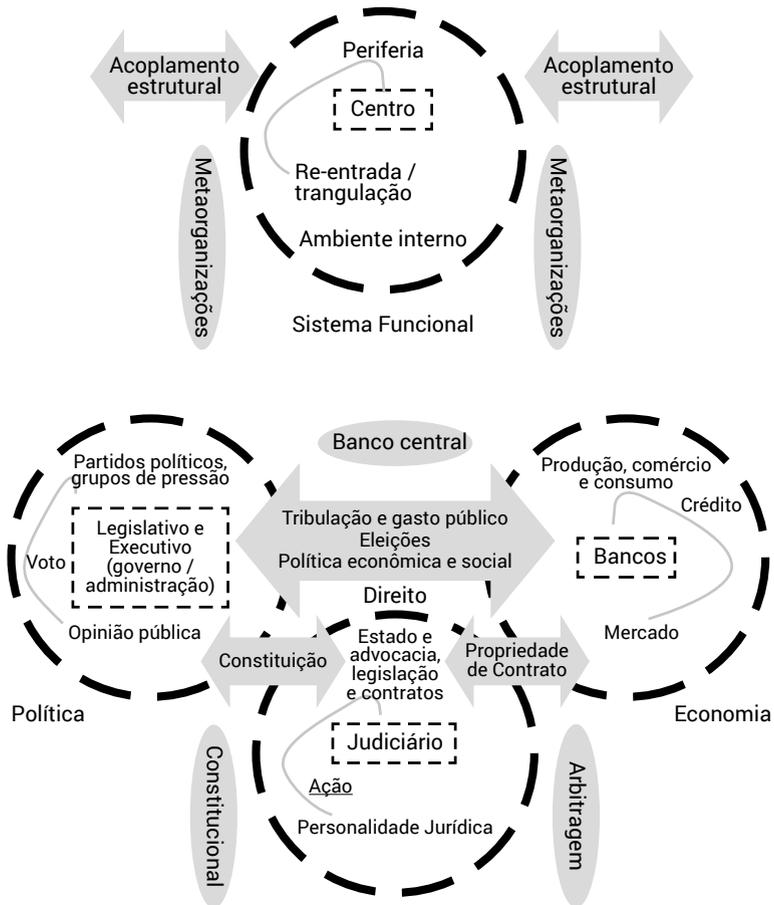
Mas os sistemas não são apenas programados para decidir – entre outros tipos de programas, por normas jurídicas. São também configurados, estruturados. Suas estruturas internas são suas instituições. Nelas se enfeixam as regras, constituindo os regimes regulatórios.

A autoprodução da sociedade ocorre em diversos tipos de subsistemas – especialmente interações, organizações e sistemas funcionalmente diferenciados. Interações, comunicações face a face, são sistemas mais fugazes e amorfos, de menor complexidade. Não há comunicação entre mentes; por isso, mesmo esses encontros ocorrem na sociedade e modelam-se à luz das expectativas congruentemente generalizadas, não meramente idiossincráticas. Organizações têm uma estrutura interna – um conjunto de expectativas socialmente compartilhadas e pressupostas – mais hierárquica, voltada à circulação de informações e à tomada de decisões.

Sistemas funcionais têm uma estrutura interna caracterizada por contrapontos entre como aqueles entre fechamento operacional e acoplamento estrutural, organizações centrais e organizações periféricas, esfera pública e esfera organizada do sistema. A figura a seguir ilustra do que se trata, considerando que cada sistema social tem sua estrutura interna, uma configuração institucional – mas sistemas de mesmo tipo (como os sistemas funcionais: política, direito, economia etc.) são isomórficos, têm uma modelagem institucional comparável.³

3 O ponto de partida dessa morfologia é a teoria luhmanniana. Sobre o centro e a periferia dos sistemas político, jurídico e econômico, ver Luhmann, 2004 [1993], cap. 7; 1993 [1991], p. 180-4; 2009a [1998], pp. 272-9. Sobre os acoplamentos estruturais entre política, economia, direito, ciência e educação, ver Luhmann, 2013 [1997], p. 108-15; 2009a [1998], cap. 10; 2004 [1993], cap. 10. Especificamente sobre a constituição e em perspectiva histórica, ver Luhmann, 1996 [1990]. Sobre as esferas públicas dos sistemas econômico, político e científico, ver Luhmann, 2017 [1988], cap. 3; 2009a [1998], cap. 8; 2013 [1997], p. 102. O conceito de esfera pública como ambiente interno do sistema é devido a uma sugestão de Dirk Baecker, como reconhece Luhmann, 2000a [1996], p. 104. A diferença entre esfera pública e esfera organizada (que inclui as organizações centrais e periféricas) dos sistemas funcionais é enfatizada por Teubner (2012, p. 88-96). Com um tom naturalista, ele chama as esferas públicas de “esferas espontâneas” e não as distingue claramente entre política e direito.

Figura 1.4.1. Direito, política e economia: centro e periferia, esfera pública e acoplamentos estruturais dos sistemas



Fonte: Elaboração do autor.

A morfologia dos sistemas é ferramenta analítica primordial para essa exploração em seu duplo sentido, estrutural e semântico. A morfologia diz respeito tanto às estruturas internas do sistema (instituições) quanto às formas semânticas pelas quais a comunicação é internamente processada, isto é, às distinções que constituem significado em cadeias autorreferenciais (e.g. material/ processual ou constitucional/ infraconstitucional). Essas diferenças fazem a diferença; não deveríamos pretender tomá-las para uma desconstrução que leve à perda do horizonte de sentido de cada sistema social, mas sim para uma construtiva remodelagem interna da semântica. Introduzamos os pormenores da morfologia institucional dos sistemas funcionais.

- 1) *Fechamento operacional e acoplamento estrutural*. Sistemas autopoieticos são operacionalmente fechados e cognitivamente abertos: reconstróem seu ambiente, processam a “irritação” vinda de outros sistemas, apenas por meio de suas próprias operações comunicativas. Para a política, importam apenas questões ligadas aos usos do poder. Para o direito, importa sempre distinguir entre o lícito e o ilícito. Mas há mecanismos de sensibilização seletiva de um sistema por outro – são os acoplamentos estruturais. Eles são instituições de ligação, interfaces que filtram, dosam, modulam os ruídos que um sistema apresenta a outro, facilitando a digitalização desse ruído, sua decodificação como informação. Direito e política estão soldados pela instituição chamada constituição. Ela dá as senhas para que disputas de poder sejam processadas segundo as balizas procedimentais reguladas pelo direito e apresenta os limites temporais, materiais e formais para a mudança política do direito. Ao mesmo tempo, coloca a normatividade jurídica constitucional – o texto constitucional e a jurisprudência a ele relativa – como horizontes de sentido das lutas de poder. Políticas públicas acoplam o sistema político ao sistema econômico e, na verdade, a uma multiplicidade de outros sistemas, como educação e saúde. Contrato e propriedade operam como formas bivalentes, estruturando juridicamente operações econômicas.

2) *Centro e periferia*. Organizações produzem decisões, e decisões são tomadas conforme programas. Há organizações e programas centrais e periféricos. O legislativo, o governo, o estado enquanto centro de poder é organização central para o sistema político, mas é periférico para o direito. Leis e contratos podem inovar a ordem jurídica e estão justamente nessa margem de maior abertura cognitiva do sistema jurídico a seu ambiente. Sentenças, como programas, e cortes, como organizações, estão no centro do direito. Devem conter decisões de estrita aplicação do direito posto, proporcionando segurança jurídica, consistência, congruência das expectativas. Evitando que o sistema jurídico se dissolva pela liberdade criativa de normas. Assim também os poderes políticos devem tomar decisões coletivamente vinculantes, centralizando as disputas de poder segundo o código governo/ oposição e produzindo consensos pela mediação procedimental do dissenso. A interdependência dos poderes serve para a circulação e contracirculação desse dissenso substantivo (NEVES, 2008 [2000], p. 136-56). Decisões são então institucionalizadas, “seladas” com consenso pressuposto e impenibilidade geral. Todas as organizações, centrais ou periféricas, processam decisões, mas as organizações centrais são aquelas que acabam por gerenciar o paradoxo constitutivo dos sistemas funcionais a que pertencem. Os poderes políticos, núcleo do estado, precisam dispor da força e contê-la, deve tomar decisões coletivamente vinculantes e vincular a si mesmo, como estado de direito. Os bancos precisam incentivar o gasto e a poupança, assegurando ligação estável entre a distribuição atual de recursos e a satisfação futura. Cortes precisam dar a última palavra sobre controvérsias de direito: instâncias administrativas e políticas decidem conforme as circunstâncias e têm maior abertura cognitiva para produzir suas decisões; juízes estão obrigados a decidir (proibição da denegação de justiça) e devem fundamentar suas decisões na estrita aplicação do direito.

- 3) *Esfera organizada e esfera pública (ou ambiente interno)*. A esfera organizada processa decisões, mas de onde vem o material para tais decisões? Os sistemas contam como um ambiente interno, um espelho de seu ambiente dentro do sistema. Educação, saúde, arte, política, economia, meio ambiente, tudo isso conta para o direito em termos de configuração de direitos e deveres, poderes e responsabilidades (poderes como direito de criar direito, seja no âmbito da autonomia privada, seja para a criação de ordem jurídica própria, estatal ou não estatal). A política não substitui a produção e o consumo, o ensino e a aprendizagem, a criação artística, rezas e remédios. O ambiente do sistema político interessa à política na medida em que seja reverberado na opinião pública, e a ela as organizações políticas prestam contas. Por meio de procedimentos de escolha e participação, como eleições, a opinião pública – esfera pública da política – chega ao centro organizado, mediada por organizações periféricas como partidos, grupos de pressão, movimentos sociais (o que se costuma chamar de “sociedade civil organizada”).
- 4) *Reflexividade e metaorganizações*. Para construir complexidade interna, autonomia operacional, configurando-se como um sistema e prescindindo da dependência direta de seu ambiente, os sistemas funcionais produzem não apenas um nível básico de operações: de pagamentos, leis, normas, sentenças. A fundamentação interna dessas operações dá-se pela remissão a um nível superior: a referência de dinheiro a coisas é suplementada pela referência de dinheiro ao próprio dinheiro, de modo que a economia de mercado depende do complemento entre uma economia real e uma economia financeira – o mercado financeiro produz informação e aloca riscos observando a produção de bens e serviços. Normas de conduta dependem de uma suplementação por normas de organização e procedimento, regras secundárias que estabeleçam as condições, os ritos de sua aplicação. Regras formalizadas são suplementadas pela remissão a princípios, propósitos e políticas, uma orientação a valores e fins que direcione a interpretação. A constituição é uma instituição de reflexividade abrangente do sistema jurídico: delinea amplamente procedi-

mentos e competências, os valores e fins, a reflexividade formal e material do sistema jurídico. Dessa reflexividade emerge o papel funcional cumprido pelo que chamo de “metaorganizações”, como as cortes arbitrais, bancos centrais e cortes constitucionais. Como organizações, elas transpassam as fronteiras dos sistemas funcionais – a arbitragem estabelece uma mediação mais direta entre direito e economia, afastando relativamente a política, marginalizando o papel das cortes estatais. Bancos centrais (ou seus equivalentes, as organizações financeiras internacionais, como Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional – FMI) e cortes constitucionais (ou cortes de direitos humanos) são ao mesmo tempo algo como o topo do centro de um sistema (o “banco dos bancos” no sistema financeiro, a corte superior na hierarquia judiciária) e uma zona politicamente controlada, um portal entre o núcleo de poder e o coração da economia ou do direito, respectivamente. Por exemplo, pode-se dizer que tribunais constitucionais são cortes “mais políticas” que as demais, nas apenas pela “política interna” inerente a qualquer organização, mas por uma série de fatores institucionais, tais como: (a) o método de seleção dos juizes de supremas cortes ou tribunais constitucionais; (b) a autoridade e hierarquia desses órgãos em relação ao judiciário e sua posição crítica com relação aos poderes políticos; (c) a entrada da jurisdição constitucional no campo da institucionalidade política (pela repercussão na opinião pública, pela atuação de partidos e movimentos sociais que buscam um prolongamento da disputa política em ações constitucionais); e (d) a abrangência das decisões tomadas nessa sede (que tendem a entrar no campo das decisões coletivamente vinculantes – função da política), sobretudo a partir de instrumentos como, no caso brasileiro, a repercussão geral, sentenças aditivas, interpretação conforme a constituição, modulação de efeitos, declaração de inconstitucionalidade com supressão de texto etc. Assim, os juizes constitucionais deixam de ser “legisladores negativos” (como na tradição kelseniana) e adentram mesmo as “questões políticas”.

- 5) *Descentralização e mecanismos de reentrada, ou de triangulação.* Uma economia de mercado sustentada pela reflexividade da produção de bens e serviços por um mercado financeiro não produz “justiça distributiva”, mas funciona segundo um sistema de preços que permite a mútua observação no mercado de referências que são construídas como agentes econômicos: empresários e trabalhadores, compradores e vendedores, pagadores e devedores. Assim, as decisões sobre alocação de recursos escassos são desdobradas em uma série de transações. De modo homólogo, a política democrática é aquela que constrói como referente procedimental o seu povo, internalizando-o não apenas como objeto de decisões coletivamente vinculantes, mas também como tomador de decisões – a começar pela decisão a respeito de quem tomará tais decisões (eleições). A representação não reproduz ponto por ponto a vontade do cidadão (como no mandato imperativo ou na democracia direta), mas expande a cadeia de tomada de decisões, assim como os controles dentro de cada poder e entre poderes e instâncias de governo. No direito, os direitos subjetivos e a institucionalização de um ambiente em que sujeitos de direitos observam-se uns aos outros como tais, como feixes de direitos e deveres, de poderes e responsabilidades não gera iguais titularidades ou patrimônios jurídicos. Os direitos fundamentais fornecem justamente a base para que o direito, a ordem jurídica esteja disponível à mudança, sem que tenha que transacionar individualmente com cada sujeito de direito concretamente considerado. O direito muda nos limites dos procedimentos, competências e direitos básicos definidos pela constituição. E esses limites são reinseridos como definição do próprio direito. É justamente essa reinserção que caracteriza o vínculo entre personalidade jurídica e as cortes, mediado pela advocacia ou por mecanismos que visam a filtrar justamente essa chegada dos conflitos aos tribunais (como mediação, conciliação, arbitragem). É o que chamo de mecanismo de re-entrada procedimental (a esfera pública reentra a esfera organizada) ou de triangulação (a esfera pública “chega” ao centro organizacional do sistema “mediada” por organizações da periferia). Na política, a manutenção de legitimidade, do consenso presumido, exige aferição da “temperatura” da opinião

pública, não apenas pela observação cotidiana do poder pelo sistema dos meios de comunicação de massa como também pela mensuração direta, pela avaliação do centro de poder pela esfera pública da política. Daí o papel de procedimentos organizados de eleições ou plebiscitos, em que a opinião pública define os poderes políticos, mediada por organizações periféricas como partidos políticos e grupos organizados. Na economia, a oferta e a procura depende da mensuração das expectativas definidas no mercado, observado pelo mercado financeiro e dependente do nível e do perfil da atividade produtiva. Os mecanismos de triangulação têm especial relevância na generalização da confiança e no gerenciamento dos riscos processados pelo sistema.

- 6) *Isolamento “para cima” (esfera organizada) ou “para baixo” (centro organizado e esfera pública, com exclusão da periferia organizada).* Podemos seccionar a imagem dos sistemas político, econômico e jurídico apresentada, e então perceberemos fraturas ou movimentos de relativo isolamento “para cima” ou “para baixo”: de um lado, o centro organizado do sistema pode vir a vincular-se estreitamente à periferia organizada, desligando-se da referência “universalista” à esfera pública “anônima”; de outro, o centro organizado pode “escutar” o ambiente interno do sistema, mas processar seus apelos sem “consulta” aos programas e “mediação” pelas organizações da periferia do sistema. Os mecanismos de reentrada institucional constroem a triangulação de ambiente interno, periferia e centro organizado; são correias de transmissão que previnem essas tendências. Na política, pode haver uma clausura do circuito de tomada de decisões coletivamente vinculantes que apenas integre o Estado, os partidos e os movimentos e grupos organizados de interesse; produz-se então uma tendência “oligarquização”, “elitismo” ou “corporativismo”. O movimento oposto seria um contato direto entre o líder e as massas, ou entre o chefe de estado e a opinião pública, o cenário acoimado de “populista” ou “plebiscitário”. Cada qual a seu modo, os movimentos em uma ou em outra direção reproduzem-se na geografia das distinções internas ao centro decisório: o legislativo vem a ser subordinado ao executivo, a administração pode restar instrumentalizada pelos políticos (governo).

No sistema econômico, o baixo desenvolvimento do mercado financeiro, a dependência do autofinanciamento pela economia real, restringe o crescimento. Uma ligação direta entre sistema financeiro e economia real com pouca mediação do mercado resulta em políticas econômicas particularistas, que privilegiam certas organizações e podem resultar insustentáveis para as finanças públicas. Por outro lado, mecanismos de poupança e investimento são necessários para o financiamento da produção e do consumo; se finanças e mercado se retroalimentam sem referência marcada em direção à base produtiva, o resultado são “bolhas” especulativas que interrompem a reflexividade da economia real pela economia financeira. No sistema jurídico, a situação análoga a essas seria, de um lado, o ativismo judiciário que extrapola os programas constitucionais ao cair em um exercício de criatividade ilimitada tomando como combustível princípios e direitos constitucionais, sem determiná-los pela mediação de leis ou políticas públicas. De outro lado, há o tipo de uma jurisdição constitucional que aloca todas as decisões no campo da discricionariedade política ou administrativa, sem intervir para corrigir omissões ou excessos. Manifesta deferência às decisões políticas, mas não observa o excedente de possibilidades contidas na esfera dos direitos e deveres; sua autocontenção resulta em obstáculo à fruição efetiva das salvaguardas fundamentais.

Como instituição de ligação entre política e direito, a constituição operacionaliza vínculos entre os centros organizados dos sistemas político e jurídico (poderes políticos e judiciário) e entre seus ambientes internos (opinião pública e personalidade jurídica). No caso do acoplamento estrutural entre direito e política – a constituição –, estão envolvidas prestações como a normatização jurídica da transformação política das normas jurídicas (processo legislativo) e a legitimação política da inovação da ordem jurídica (a decisão com suporte social presumido sobre o conteúdo das leis e sua aplicação). Procedimentos precisam garantir o dissenso e canalizá-lo como suporte às opções realizadas pelos poderes políticos. Decisões políticas põem em marcha os procedimentos para inovar a ordem jurídica. Idealmente, a administração pública trata de mobilizar procedimentos para concretizar os meios aptos à realização dos escopos definidos pelo governo.

Como acoplamento estrutural entre política e direito – ou instituição de ligação entre esses sistemas funcionais –, a constituição restringe as possibilidades e formas de inovação política da ordem jurídica ao mesmo tempo em que submete a transformação do direito à tomada política de decisões (coletivamente vinculantes). As diversas diferenças constitucionais (poder constituinte/ poderes constituídos; constitucional/ infraconstitucional; constitucional/ inconstitucional) restringem a variabilidade da legislação e da execução e antepõem vários controles à seleção de decisões, que precisam passar por um crivo jurídico reforçado (o código constitucional/ inconstitucional como complemento ao código lícito/ ilícito).

As escolhas postas na constituição são restabilizadas com maior durabilidade, identidade e consenso presumido. Diferenças procedimentais dão concretude à institucionalização reforçada das normas constitucionais, à sua mutabilidade restringida (o fechamento operacional do direito reduz, nesse ponto, o ângulo de sua abertura cognitiva). Assim, diferentes graus de exigência de maiorias e “supermaiorias” representam um reforço à dimensão social de sentido (a amplitude do consenso no parlamento como substituto funcional ao consenso do público). Mexer na constituição atrai ainda grande potencial simbólico, reforçando a gravidade da mudança proposta, na dimensão material de sentido. A constituição enraíza expectativas pretensamente eternas e sua quase imutabilidade pode não só ser consagrada por procedimentos de mudança mais exigentes quanto por limitações formais e materiais (impedindo emendas que reduzam direitos individuais, direitos fundamentais em geral ou aspectos do centro organizado do poder) – e, ainda, a própria criação de impasses institucionalizada pela separação de poderes freia o ritmo da mudança constitucional.

De um lado, há a definição de um grau de entrincheiramento ou rigidez da constituição (e de específicos dispositivos constitucionais especialmente reforçados contra a mudança) como condição para a tomada de decisões coletivamente vinculantes (função da política). De outro, a maior velocidade e profundidade das mudanças requeridas pelo ideal democrático e institucionalizadas por procedimentos democráticos. Em que medida cabe constitucionalizar instituições e reforçá-las contra a transformação normal pela política? Em que medida colocá-las a salvo da política normal ou mesmo de reformas

constitucionais – só as tornando tangíveis pela revolução e pela reconstitucionalização – é um fator habilitante da democracia ou uma restrição à participação e uma conservação de privilégios? Sendo a constituição uma instituição bivalente, entre política e direito, é ela uma forma de determinar os métodos de convivência e bloqueio entre esses sistemas e a gestão dos riscos que um impõe ao outro.

Resulta evidente por que a constituição é acoplamento estrutural entre política e direito – ainda que a norma constitucional que se queira criar, manter ou alterar trate substancialmente do sistema econômico, educacional, sanitário, religioso ou qualquer outro. O regime de trocas funcionais consagrado na instituição “constituição” consiste na criação de limites e oportunidades estruturais de variação, seleção e restabilização de comunicações jurídicas e políticas. O que essa instituição institui é uma mais estreita coevolução entre política e direito. Em se tratando de constituição, é a inovação e perenidade do direito e da política o que está em jogo. Requisitos procedimentais mais exigentes, os freios e contrapesos da separação de poderes e limitações materiais e formais à reforma constitucional são mecanismos de desaceleração do direito e da política. Essa desaceleração no plano das organizações e procedimentos é, na doutrina liberal, tão importante quanto os direitos e garantias individuais na conformação de uma autocontenção estrutural do estado. É uma desaceleração que, de um lado, imuniza o estado de receber uma complexidade tão alta que supere sua capacidade operacional para estruturá-la e que, de outro, imuniza o ambiente do sistema político de intervenções pelas quais o estado – expandindo suas operações – atue como ventríloquo dos outros sistemas, manipulando outros códigos funcionais com o meio “poder”, ou submetendo-os à diferença governo/ oposição.

O sujeito de direito é forma preenchida por um patrimônio jurídico mínimo em comum, independente das titularidades que cada qual acumular nas transações privadas. Os direitos fundamentais fazem a personalidade jurídica ecoar na opinião pública, reclamando da política garantias de participação e de proteção, instrumentos para proteger-se da sociedade e espaços para construí-la.

Esses vínculos, assim como todas as demais configurações das diferenças que tratamos, são variáveis à disposição da remodelagem pela tomada de decisões político-jurídicas, isto é, constitucionais. Havemos

de supor então uma sexta diferença a complementar a panóplia de distinções há pouco invocada. Trata-se da diferença entre o *nível de autorreferência básico* dos sistemas – de suas operações – e a *reflexão do sistema por si mesmo*: a construção de referências de sua unidade por meio de teorias, *autodescrições*.

O direito tem suas estruturas internas (dentre as quais os direitos), mas todos os sistemas as têm. O direito é a imunização normativa das instituições, das estruturas internas da sociedade, das estruturas de todos os sistemas sociais – ele as regra em detalhe, identificando-as e apoiando-as contra a desilusão dos fatos; representa uma aceitação presumida, por parte de terceiros, desses regimes institucionais, da forma de tais estruturas. Essa aceitação *erga omnes* presumida tem como base o consenso institucionalizado e reciclado por meio de procedimentos decisórios e neles justificado argumentativamente por referência às regras, valores e interesses legitimados por procedimentos e simbolizados como direito. É uma definição autológica.

Minha hipótese é de que o plano da reflexão mimetiza aquele da reprodução do sistema configurada a partir de sua morfologia institucional. Assim, há variedades de teorias mais voltadas ao centro decisório do direito – a dogmática ou doutrina parte do direito posto para fornecer linhas interpretativas, sistematizar argumentos e tornar mais elásticas as justificações, sobretudo em vista da aplicação do direito na arena judicial ou por processos e órgãos equivalentes. E há formas de análise jurídica que exploram as interfaces do direito com a política, a economia, os demais sistemas sociais, visando a estruturar tal complexidade externa em termos jurídicos, a fornecer material para a inovação do direito, o desenho de transações, a criação de instituições, a customização de procedimentos ou mesmo a configuração de novas ordens jurídicas.

O direito apresenta as formas institucionais (do direito, mas também da economia, da política etc.) na escala microscópica das regras; o discurso jurídico (dogmático/doutrinário ou prático) interpreta essas regras e argumenta por referência a fatos e a juízos de valor. Porém, com uma referência direta ou indireta à arena judicial e um foco em controvérsias pontuais e casos concretos, esse discurso não se adéqua a dimensionar extensamente a contingência do direito – como as formas jurídicas poderiam ser diferentes.

Para vislumbrar as diversas formas de organização da sociedade e de seus diferentes âmbitos nos materiais do direito, precisaríamos de um discurso não dogmático (no sentido de tomar o direito posto como pressuposto não problematizado para a argumentação) e de uma precisão das referências a fatos e valores. Ambos são tratados pontualmente e taticamente pela argumentação jurídica. Em termos mais gerais e abstratos, são o domínio da sociologia empírica e da filosofia política e moral. Entre esses planos, falta uma consideração mais refletida sob aspectos empíricos e normativos referida a regimes jurídicos, complexos de regras que conformam instituições. É nesse espaço de discurso que se localiza a prática de análise jurídica como “imaginação institucional” (UNGER, 1996) que inspira este livro. Ela visa a iluminar ideais e interesses sob a perspectiva de instituições e práticas e repensar instituições à luz de interesses e ideais redefinidos. Desperta a análise jurídica de seu sonho dogmático.

1.5. FORMAS SEMÂNTICAS: DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O mapa da unidade e da diferença do direito em relação aos demais sistemas sociais ajuda a situar o sentido e os limites do trabalho centrado nas cortes: a interpretação/ aplicação do direito. A reflexão constitucional contemporânea tem restringido o espaço da inovação institucional não apenas ao não contribuir para o vislumbre e o aumento da variedade de formas de organização constitucional – de estruturação dos poderes e direitos –, mas ao sobrecarregar os tribunais com uma tarefa de compensar a incompetência decisória e administrativa da política estatal pelo apelo a discurso quase metafísico que pretende extrair de valores indeterminados referidos a comunidades idealizadas a informação sobre as medidas práticas requeridas para o gozo efetivo dos direitos fundamentais ou para a solução de conflitos de direitos.

O espectro constitucional ronda todo o direito e está sob a guarda da interpretação judicial associada a controles de constitucionalidade e convencionalidade. Seu método é um “formalismo transcendental” (UNGER, 2015b, p.33-4): um sistema de direitos é revelado primeiro pela referência e reverência a documentos, entendimentos e tradições; essa validação é então transbordada pelo aperfeiçoamento sistemático

dos direitos como orientações institucionais e valorativas sobre a correta organização da política, da sociedade, das diferenças nacionais.

Não há um céu onde os princípios estejam dispostos em constelações bem definidas e, como estrelas fixas, forneçam a fundamentação insofismável de cada decisão concreta de um conflito de direito. A remissão do juízo judicial a essa miragem, a tal estratosfera elástica da “moralidade constitucional”, troca a indeterminação do legislador e a omissão dos administradores pelo arbítrio togado. É evasiva quanto ao verdadeiro problema dos direitos constitucionais: sua configuração institucional, seu embasamento por procedimentos e organizações. Este problema coloca-se, porém, além dos limites dimensionáveis para as cortes em termos de equipamento técnico-administrativo e legitimidade democrática. Os dados empíricos são tratados pelo aparato burocrático do governo e as orientações normativas, valorativas, são legitimadas em processos eminentemente políticos.

Sentenças que busquem compensar a incompetência da política, avançando na mudança do direito e na reforma de instituições, devem se justificar pela referência direta a tal situação, em vez de apelar à autoridade última dos juízes para a definição da boa vida para todos. A interpretação constitucional referida abertamente a valores e fins textualizados e institucionalizados ao redor do contexto constitucional é suficiente para resolver conflitos jurídicos concretos. Para além dessas determinações de sentido, cortes devem remeter a solução ao sistema político, com suas estruturas procedimentais e organizacionais voltadas à tomada de decisões coletivamente vinculantes.

Normas jurídicas formalizadas são formuladas como programas condicionais: *se-então* – constatada certa hipótese de fato, deve-se aplicar certa consequência prescrita. Na interface com a política, surgem normas ainda pouco estruturadas, formalizadas, que simplesmente fixam fins devidos sem detalhar os meios a serem mobilizados na sua consecução. Considerável parcela da constituição compõe-se desses programas finalísticos (sobre normas como programas decisórios, ver LUHMANN, 2004 [1993], p. 196-203). Cortes podem abordá-los apenas mediadamente: pelo controle de políticas públicas, pelo controle da omissão legislativa, enfim, pela integração decisória dos órgãos responsáveis pela implementação de tais programas. E, para além da

administração, pode haver mudanças institucionais além do escopo do desenho e da operacionalização de políticas públicas. Mudanças de regimes e regras, criação normativa, alteração legislativa e até mesmo reforma constitucional podem ser demandadas, e exigirão processamento pelos centros de poder.

As concepções racionalistas do direito – tanto a formalismo do século XIX quanto o idealismo do século XX – observam o direito como esse reino da razão prática, de valores e fins, e apresentam uma teoria do direito engajada na controvérsia doutrinária e na argumentação normativa. A decisão jurídica é racionalmente determinável como interpretação de um conjunto coerente e unitário de regras formais, para os formalistas, ou como uma teia coerente de valores, uma concepção abrangente de moralidade a que essas regras precisam ser referidas, para os idealistas.

A argumentação jurídica, guiada pela operação puramente lógica ou também moral de aplicação das regras, diferencia-se da controvérsia política, das disputas ideológicas abertas e indefinidas. Ela garante sua imparcialidade ao buscar uma razão imanente ao direito (que prescinde de referências externas), como se o material jurídico fosse expressão falha e incompleta de um plano moralmente defensável e racionalmente inteligível da sociedade – que cabia ao intérprete desvendar, corrigir e realizar mais perfeitamente. Para os formalistas, esse plano era dogmaticamente tomado pela ideia de tipos de sociedade e tipos de direito; por isso, o raciocínio jurídico não precisava entrar em controvérsias substanciais, mas apenas aplicar formalmente as regras. O direito, mediado pelo Estado, ganhava forma como concretização do espírito do povo; ao jurista caberia purificá-las, construindo racionalmente o sistema autossuficiente de proposições jurídicas gerais das quais decisões individuais haveriam de ser derivadas.

Os realistas revelaram a transformabilidade desse pano de fundo institucional e ideológico pressuposto. Mudada essa estrutura dentro da qual se move o raciocínio jurídico, ele mesmo se torna indeterminado, pois suas pressuposições caem em incerteza. Consideraram então que a decisão jurídica só se determinaria pela referência a valores.

Por sua vez, os idealistas buscaram conter a plasticidade dessa referência valorativa pela pressuposição de algum critério (de justiça política, eficiência econômica ou papéis jurídicos) que permitisse

identificar qual a alocação correta desses valores e definir qual valor prevaleceria em caso de conflito, sem abrir espaço a subjetivismos. Concepções abrangentes de justiça política e considerações imparciais de políticas públicas dariam essa moldura não enviesada e de dimensões quase teóricas para os juízos valorativos do aplicador do direito.

As concepções céticas – a jurisprudência dos interesses, o realismo jurídico e os críticos – apresentaram a visão de que os conflitos de interesses e valores que moldam a criação do direito nas arenas políticas, notadamente no parlamento, continuam em certo grau e sob diferentes constrangimentos nas formas procedimentais e estilos argumentativos, na arena judicial. Interpretar textos de normas jurídicas e expectativas tácitas compartilhadas resulta em certa indeterminação. O direito formal (as regras extraídas do corpo de leis, doutrinas e jurisprudência) precisa ser referido a fins ou valores, em uma interpretação analógica, para que se possa chegar a uma decisão justificável. Essa interpretação, em um nível mais concreto e particular e segundo critérios consolidados pela doutrina e jurisprudência, distancia-se das abstrações e generalidades da evocação de princípios ou propósitos universais. Quando insuficiente o raciocínio finalístico e analógico, adicionam-se os ajustes de equidade. Se ainda assim o caso permanecer pouco programado, sem base regulatória densa, como é usual em casos constitucionais, as cortes terão que abertamente identificar as falhas dos poderes políticos e tomar decisões de Estado⁴, *se e na medida em que* não as puderem remeter novamente às arenas próprias. Os riscos políticos tornam-se manifestos, ao invés de serem velados sob a autoridade do discernimento judicial sobre a guarda da constituição.

A identidade e a especialização de cada um dos grandes sistemas sociais (como direito, economia, religião, política, educação, arte) são construídas por uma diferenciação funcional – eles distinguem-se por suas operações (sentenças, contratos, leis, pagamentos), com relação ao serviço que prestam para a sociedade (o sistema social mais amplo), ao resultado que produzem. O direito funciona como uma espécie de sistema imunológico (LUHMANN, 2004 [1993], p. 475-7). Não pode simplesmente espelhar a sociedade em toda sua complexidade; para

4 Sobre os casos rotineiros e os casos especiais da interpretação judicial, ver Unger, 1996, p. 113-9; 2015b, p. 50-1. Ver também, sobre argumentação jurídica, Luhmann, 2004 [1993], cap. 8.

manter um futuro aberto, mantendo um excedente de capacidade para resolver distúrbios internos que venham a se apresentar, precisa desenvolver grande complexidade interna e contar com sensores ambientais bem localizados: acoplamentos estruturais (com a política, esse acoplamento é a constituição; com as consciências individuais, é a linguagem; com a economia, é o contrato e a propriedade). Conflitos são sistemas parasitários; o direito serve para que a sociedade contenha esses sistemas e gerencie riscos estruturais. Ainda, permite que os conflitos gerem aprendizado e correção para além do caso concreto, com potencial de generalização das soluções encontradas. Normas jurídicas formalizadas servem como anticorpos nessa função de defesa. Normas, valores, princípios indeterminados podem antes difundir o contágio, a incerteza, que controlá-los.

A resolução de conflitos de direitos, no direito privado tanto quanto no direito público (envolvendo também o conflito entre direitos e poderes), tem como postulado central a isonomia, igualdade ou justiça formal. Isso significa que o método de solução – tratar cada caso e cada pessoa (sujeito de direito) igualmente – exclui considerações compensatórias muito gerais (de justiça material ou social) assim como a avaliação e o reforço de hierarquias sociais para além dos papéis em questão exercidos pelos sujeitos em conflito. Há uma indeterminação gerada por diferentes modos de argumentação disponíveis para sustentar a prevalência deste ou daquele direito. A doutrina oferece um repertório de argumentos que aumenta a elasticidade das interpretações e justificações – assim, em vez de determinar que escolha fazer, reproduz as escolhas em níveis diferentes de abstração: entre regras, entre valores e mesmo entre concepções abrangentes de moralidade. Não há uma metarrazão que, em um grau mais elevado de abstração, possa conter a indeterminação da colisão de valores (propósitos, princípios, políticas). Quanto mais abstrato e menos fundamentado em programas condicionais, em regras já formalizadas, mais o discurso argumentativo acerca-se da disputa ideológica, extrapolando os limites cognitivos e normativos do papel judicial.

Os casos podem ser resolvidos em juízo por uma interpretação finalística, que refira regras, doutrinas e a jurisprudência a valores atribuídos e expectativas compartilhadas. Há que se observar a regra ou as normas em jogo na prática sob julgamento como nós de uma

rede de expectativas generalizadas, como componente de uma *instituição*. Mas não se pode passar univocamente desse nível da instituição para a consideração de todo o quadro estrutural e semântico do contexto social abrangente. Nessa passagem, a determinação do cristal transforma-se em cortina de fumaça: uma nuvem de complexidade desestruturada, um caos de possibilidades incalculáveis. Essa zona de dissenso é o espaço de contingência da decisão política democrática.

Partindo do entendimento comum e do *saber-fazer* acumulado em sua experiência, estudos e rotina profissional, o aplicador do direito testa hipóteses interpretativas – compondo, por assim dizer indutivamente, o quadro fático subsumível a dada hipótese normativa, e tendo em vista as consequências prescritas. Para apreender o sentido da regra, ou circunscrever melhor os fins (adaptando-os às circunstâncias fatuais) e discernir os meios adequados (em vista das alternativas), o intérprete intuirá a instituição – o complexo de regras, e as práticas sociais por ele regradas – em que se insere diretiva jurídica aplicável e dentro da qual se dimensiona seu sentido.

Nesse sentido, considerando a reflexão ungeriana, podemos entender que a indeterminação institucional apresenta ao menos dois “momentos”: ocorre na somatória das instituições compondo dada macroestrutura social ou contexto, mas ocorre também na somatória das regras a delinear o perfil de determinada instituição, de dado regramento de uma série de práticas sociais.

Na composição do quadro sociológico abrangente, um dado contexto se constitui pela aglomeração de várias instituições a sustentarem os diversos setores da sociedade. Embora interdependentes, essas instituições têm equivalentes e não são mantidas coesas por alguma lógica natural profunda. É a hipótese da subdeterminação funcional (*supra* 1.2.).

Quando trata de resolver dada controvérsia de direito pela aplicação das normas disponíveis, o intérprete avalia condutas tomando por régua alguns construtos normativos, e pode compreender o sentido da regra aplicável situando-a no complexo de regras – instituição – que reconstrói normativamente certo setor das práticas sociais, constituindo o parâmetro para produzir a avaliação dessas práticas. O método do direito é a interpretação regrada de regras criadas segundo regras. As práticas em avaliação não apresentam, porém, univocidade; haverá

valores colidentes, interesses em oposição, meios equivalentes, fins indeterminados. Essa abertura – chamemo-la de indeterminação interpretativa – é tanto mais arriscada quanto mais passa da reflexividade elementar de regras por doutrina, jurisprudência e considerações de senso comum sobre fatos e valores para a indagação acerca da superestrutura moral abrangente dentro da qual coerentemente se haveriam integrar dadas diretivas normativas, determinadas regras em jogo.

Portanto, não há que se radicalizar o problema da indeterminação no plano da comunicação e do texto. Embora nunca possa almejar a única resposta correta, nem mesmo como ideal regulativo, a interpretação e a argumentação jurídica têm critérios que reduzem o campo para um uso instrumental do material jurídico ou uma imposição das preferências subjetivas arbitrárias do julgador.

Se concebermos o direito como um sistema social, uma rede de operações comunicativas pelas quais a sociedade se reproduz, teremos um conceito diferente daquela visão de sistema jurídico legada pelos teóricos modernos do direito natural: o direito como um conjunto coerente, completo e autointegrado de normas e ideias. Ainda, se vislumbrarmos esse o sistema social do direito de modo abrangente, não o reduzindo apenas às cortes, poderemos apreender a contingência das formas jurídicas que moldam o direito e todos os outros sistemas sociais.

Não há correspondência unívoca entre palavras e coisas, simetrias e analogias podem confundir, e moinhos de vento podem se assemelhar a gigantes furiosos. Mesmo que se adote politicamente e se reconheça juridicamente uma república democrática ou uma economia de mercado, por exemplo, ao traduzir esse ideal abstrato em arranjos sociais concretos, em formas institucionais, há problemas de fato e valor não resolvidos, abertos. É o que ocorre sobretudo na criação política do direito, quando se tomam decisões programantes. Nesse momento se trata de decodificar o mundo, o ambiente, tomando decisões coletivamente vinculantes que instituem o direito. Problemas educacionais, sanitários, ambientais, econômicos e também políticos devem, mediados pela política, ganhar forma jurídica. Está-se no âmbito de uma indeterminação institucional.

Não é a indeterminação interpretativa em sede de aplicação das normas jurídicas, na textura fina das regras, na tomada de decisões já programadas. Aqui a autorreferência é interna à rede de textos e inter-

pretações construída como direito. É por meio dela que há abertura ao mundo, ao ambiente. Busca-se dizer o direito, reiterar a lei, sendo as sentenças confirmações das decisões políticas já tomadas – o direito é seu próprio objeto, como personagem que observa a própria leitura de sua história. Ele produz sua identidade e reproduz suas diferenças, suas distinções significativas.

Os “casos difíceis” que chegam à jurisdição constitucional colocam em xeque a obrigação judicial de decidir, e de decidir por interpretação/ aplicação do direito. São casos em que a programação decisória existente é insuficiente: não delimita suas hipóteses e consequências univocamente. A interpretação “bate” na moldura institucional do órgão decisório: no direito que lhe é fornecido para interpretação, na base de dados de que dispõe para decidir (especialmente em juízos abstratos de constitucionalidade), nos limites administrativos, na competência, nos papéis, nos procedimentos que formatam o contexto em que o caso constitucional é construído e pode ser decidido. Às portas da lei, bate a autoridade, tocando no problema da escolha institucional: decidir quem decide. Pelo paradoxo da *Kompetenz Kompetenz*, juízes decidem sobre a própria competência decisória. E então a estrutura institucional e a cultura constitucional podem levar a que juízes constitucionais se coroem como a última torre de observação de todos os sistemas sociais e seus problemas insolúveis. Mas os sistemas continuarão a se observar mutuamente, gerenciando a insegurança externa e seus próprios riscos. A pretensão de passar da interpretação da lei constitucional para a tomada da decisão política fundamental pode resultar afinal em autoritarismo, impondo a autólise em vez de provocar a autopoiese dos âmbitos sociais de que se trata.

O objeto imediato deste livro não é apenas a interpretação e argumentação constitucional em sede jurisdicional, mas sim o repertório institucional em que se concebem e desdobram os direitos e poderes desenhados em uma constituição. Um entendimento subjacente a essa proposta, entretanto, é de que o conhecimento dessa variedade ajuda a conformar um horizonte de complexidade – de possibilidades já estruturadas pelo direito positivo ou ainda não positivadas e formalizadas – à luz do qual hão de ser resolvidas as controvérsias concretas ou definidos os juízos abstratos de constitucionalidade. Voltarei a tratar da jurisdição constitucional especificamente no capítulo 9.

1.6. DA METAMORFOSE DO CONSTITUCIONALISMO, OU O QUE É INOVAÇÃO CONSTITUCIONAL

A constituição muda por pressões, “irritações” que sensibilizam sobretudo a periferia dos sistemas em coevolução constitucional – política e direito –, produzindo variações que podem vir a ser selecionadas pelos centros decisórios e apenas ganharão durabilidade se contagiarem os diversos quadrantes desses sistemas funcionais acoplados.

Como se produzem e se comunicam tais demandas? O discurso normativo moderno centra-se na diferença entre indivíduo e sociedade, no abismo entre os anseios e seus instrumentos, na concepção de que cada pessoa é um complexo de sentido que não se exaure pelas determinações de papéis, classe, nacionalidade, etnia, gênero ou qualquer outro marcador social. No fundo está o problema-chave da simbiose⁵ entre os sistemas funcionais diferenciados e o indivíduo, como aparato orgânico e psíquico que dá base à representação social da pessoa.

Os símbolos simbióticos manifestam como a comunicação é irritada pelo corpo. O meio de comunicação “verdade” é afetado pelo corpo e o símbolo disso é a percepção; o correspondente para o meio amor é o sexo. O centro organizado do poder político encontra os limites e possibilidades orgânicos de seu meio de comunicação – o poder – na violência física, de modo que as decisões coletivamente vinculantes que o sistema político produz são sustentadas pela concentração da força no estado – no cenário hobbesiano, o soberano que evita a generalização da autodefesa como forma de solução dos conflitos, que a um só tempo protege os direitos dos súditos e lhes suscita o temor da punição. Na economia, o símbolo das necessidades atesta a simbiose entre o ter (dinheiro, propriedade) e o corpo.

No direito, a ideia de necessidade leva ao desenvolvimento da noção de que a própria existência material do indivíduo, como corpo e mente, sustenta uma proteção jurídica, na forma de direitos naturais e da exceção à punição de quem se encontra em estado de necessidade. Em toda simbiose, a questão é a fricção ou incongruência produzida entre a determinação do corpo pela consciência e o condicionamento

5 Sobre simbiose e inflação/ deflação de meios simbólicos, ver Luhmann, 2012 [1997], p. 227-32.

de corpo e mente pelos meios de comunicação, pelos sistemas sociais. Os direitos apresentam uma lista das necessidades humanas, achando aí a base de uma justificação igualitária. Mas as vulnerabilidades à inclusão/exclusão – e, portanto, o risco da simbiose – são diferenciadas individualmente. As tentativas de hierarquizar as necessidades e os direitos acabam solapadas por essas diferenças nas igualdades.

Os meios sociais – o poder, o direito, o dinheiro, a verdade – são signos em jogo na comunicação, e a comunicação é o elemento dos sistemas sociais. Pela comunicação, os indivíduos são construídos como pessoas, observados como agentes, tratados como demandantes de segurança e bem-estar. Sistemas sociais sustentam-se pelas expectativas com as quais se protegem de seu desconhecimento acerca do efetivo estado de cada sistema psíquico e orgânico. Essas expectativas congregam-se em instituições e elas provêm a regulação mais ou menos instável da confiança, substituindo o consenso fático pela pressuposição de um consenso generalizado de terceiros.

Quando a comunicação julga estar sustentada por mais confiança do que efetivamente gera, há inflação dos meios de comunicação simbolicamente generalizados. O ter vale menos, preços sobem, a moeda se desvaloriza. Promessas grandiosas da política não serão cumpridas e geraram desvalorização do próprio poder, corrosão da confiança. A extração criativa de uma série de mandamentos a partir de uma normatividade constitucional indeterminada, de alto apelo valorativo, acaba por ver-se desamparada pela estrutura institucional que poderia colocar aqueles preceitos em ação; o próprio direito se desvaloriza, e as normas válidas serão vistas como a fachada simbólica, ineficaz para as funções manifestas de dar os bens da vida prometidos como direitos.

De outro lado, quando os meios sociais são subutilizados em relação à confiança disponível, sua circulação se reduz. Há deflação. Interpretações formalistas, textualistas, restritivas predominam nas cortes. Até mesmo omissões dos legisladores e administradores deixarão de ser inibidas pela imposição do direito. Há deferência excessiva e omissão judicial. Porém, a própria deflação pode ser estratégia corretiva da inflação: diante de um governo intervencionista, moderam-se os empregos do poder; diante de um judiciário hipercorretor das falhas políticas, juízes se contêm no minimalismo.

A abundância de otimismo gera liquidez para o direito e o poder: pode ser convertida em mobilização para reformas ou pode dissipar-se, desvalorizar-se, resultar em ceticismo generalizado que obstará mudanças. Quais são os riscos dessa oscilação entre crença inocente (ainda que tal inocência seja apenas fingida) e descrença irônica? (NEVES, 2007 [1992]). A constitucionalização ou declaração de direitos, apesar de ineficaz (no sentido da implementação das normas) e ineficiente (no sentido de que as expectativas normadas abrangem além dos meios pressupostos nessa normatização), pode por um lado mobilizar protestos e cobranças que oponham o texto constitucional à realidade “inconstitucional” (na expectativa de “concretizar” o que foi simbolizado); o risco aqui é hiperirritar a política e o direito com demandas que eles não são capazes de processar. O excesso de ruído pode ainda provocar tentativas de compensação de incompetência que fazem cada sistema tentar ultrapassar seus limites operacionais, meios disponíveis e competências reconhecidas, com a probabilidade de que contra-ataques os imobilizem e enfraqueçam, pondo a perder a própria disponibilidade que havia antes. Outro risco é que a constitucionalização ou declaração de direitos funcione como álibi para que política e direito não se movimentem para implementá-los.

Na crença de que o direito “honrará as promessas”, a periferia e a esfera pública dos sistemas político e jurídico permanecem inertes, desmobilizando meios e ações. Finalmente, há o risco de que a distância entre intenção e gesto seja percebida e superdimensionada; afinal, conclui-se que as declarações de direito são folhas de papel sem força diante das renitentes correlações de força, ou mesmo de uma lógica oculta das estruturas de poder. Aqui, a confiança naufraga em uma desautorização tal da ordem jurídica que corrói a própria legitimidade e os meios de ação dos sistemas funcionais e organizações. Que algo de bom possa decorrer daí é a esperança negativa dos revolucionários mais confiantes em uma lógica histórica da negação da negação...

A justiça se coloca como horizonte do direito: é o excedente normativo que não se exaure, o ideário que se coloca como miragem a ser perseguida, sem jamais ser tocada. A legitimidade é a mesma busca sem fim da política. Quando a nuvem de complexidade vem a

ser engarrafada, ganha um formato próprio, ainda que se dissipe em boa parte. Assim, as instituições presentes – inclusive as que serão o presente do futuro – serão encarnações parciais, soluções precárias e provisórias aos dilemas da justiça e da legitimidade.

Tomando como mote um tema ungeriano, pode-se dizer que vamos congelando – como caráter pessoal e instituições sociais – formas que tomamos como pressupostos (ao menos provisoriamente) não ameaçados e questionados, como estruturas da comunicação, da ação e experiência cotidiana, das rotinas discursivas e práticas. Logo, por essas “rotinas formadas” reproduzimos as estruturas, o “contexto formador”. Esse contexto, porém, não se mantém cristalizado por uma ordem superior de forças ocultas e incontroláveis – necessidades psicológicas, naturais, econômicas ou tecnológicas. Ele apenas deixa de se tornar fumaça pela relativa invulnerabilidade ao conflito, ao dissenso e à dúvida sobre ele.

Pôr em xeque todas as estruturas, sempre e amplamente, foi o ideal romântico e modernista de afirmação da personalidade e da originalidade. Porém, esse ideal resulta em decepção, pois não há vivência fora das estruturas – a revolução aparece então como o interstício desestruturado e caótico entre dois contextos. A inviabilidade ou o perigo dessa solução de mudança estrutural não deveriam, porém, servir como álibi para a resignação a viver dentro das estruturas presentes, contingentes como são, como se fossem a morada eterna. Nas palavras do pai do conservadorismo (!), quando analisava a Revolução Francesa: “Há algo mais do que a mera alternativa entre destruição absoluta ou existência não reformada” (BURKE, 1910 [1790], p.153). E ele recomendava ainda que, para ir além da “benevolência especulativa” e do desejo de que sua sociedade fosse diferente do que é, se haveria de partir e fazer o máximo “dos materiais existentes” em seu país. Se situarmos o constitucionalismo na sociedade mundial (*infra* 1.8.), buscaremos tais materiais nas diversas experiências regionais e tradições nacionais.

Na cultura constitucional há semânticas correspondentes às crenças na perenidade das estruturas sociais: a ideia de que toda mudança significativa do direito deve ser uma mudança constitucional e, mais do que isso, toda a narrativa do poder constituinte: a verdadeira mudança é a revolução, que fratura a ordem jurídica anterior, gerando situação de puro poder, de anomia, de caos a ser organizado pela emergência de um poder originário, ilimitado e incondicionado, autocausador.

Na mesma categoria pode ser disposto o fetichismo constitucional americano: sua organização do Estado tomada como fórmula universal, autoevidente e perene contra a opressão e o despotismo; o “patriotismo constitucional” como idolatria de uma instituição falha, condicional e finita como se fosse incondicional e infinita.⁶ Se sequer nos Estados Unidos essa fórmula não deixa de ser corroída pela história e de colocar-se como obstáculo à reorganização institucional (a que não se pode chegar por mera “interpretação construtiva” da constituição), o que dizer do restante do mundo, com a diversidade regional de modos de inclusão e exclusão e de combinação de formas sociais (segundo o estereótipo, a modernidade combinada com a tradição)?

Ocorre que, nos desentendimentos, dissensos e irritações da comunicação cotidiana surgem brechas, variações que podem ser selecionadas e restabilizadas. Podem cumulativamente passar de inovações incrementais a revolucionárias – no cômputo final, ainda que não no método. Há uma dinâmica disruptiva que não autoriza um planejamento total do futuro hoje, mas lança formas rudimentares de crença e de organização que, fazendo sentido como um “futuro adjacente”, podem se colocar como experimentos – sempre imperfeitos e revisáveis – conducentes a alternativas mais amplas. A esse método experimental, gradual e cumulativo, que procede pelo destaque, desmontagem e recombinação de peças do contexto formador, isto é, de instituições, Unger chama de “reforma revolucionária” ou radical (*supra* 1.2.).

É uma mudança parcial das estruturas que se poderia descrever por referência às três dimensões de sentido (também já identificadas no tópico *supra* 1.2.). A ideia reguladora desse tipo de mudança é, na dimensão social, contar simultaneamente com apoio “de cima para baixo” e “de baixo para cima”. No sistema político, isso significa de um lado abrir dentro do estado mecanismos que ampliem sua vulnerabilidade e responsividade ao dissenso e ao conflito da opinião pública. De outro lado, na mesma direção, mas no sentido oposto, exige aumentar o engajamento popular democrático, para que não se dissipe em atos performáticos, mas seja canalizado institucionalmente, procedimentalmente, para a sustentação das reformas.

6 Ver Unger, sobre “objetivismo” (2015a [1982], p. 83-6), “idolatria constitucional” (2015b, p. 34-6; 2007a, p. 49-51; 1984a, p. 239 e 270) e “perfeccionismo democrático” (2007a, p. 22-5).

Na dimensão material, a ideia é ampliar a visão da contingência das formas de organização social pelo detalhamento e disseminação de propostas sobre alternativas institucionais – em termos mais inspirados, pela disseminação de “poderes proféticos” aos cidadãos de uma democracia e à humanidade. A prática da análise jurídica como imaginação institucional seria então uma ferramenta de assessoramento técnico, de informação dessa cidadania sobre os futuros alternativos.

Finalmente, na dimensão temporal, almeja-se uma “estrutura revisora de estruturas” ou a estruturas autorrevisoras, autocorrigíveis. Não podemos viver fora de um contexto, mas melhor é o contexto que menos dependa de uma fixação rígida de esquemas de hierarquia e vínculo pessoal e que mais nos habilite a resistir e transformar a ele próprio.

É uma variável se tais reformas estruturais serão ou não reformas constitucionais. Por um lado, reformas constitucionais podem não inovar substancialmente na organização do poder ou dos direitos. Por outro lado, em processos democráticos de (re)constitucionalização, “momentos constituintes” costumam justamente ser contextos transitórios em que a desconfiança na política se transforma não apenas em confiança, mas se radicaliza em esperança. “Poderes proféticos” parecem estar disseminados. A nação parece finalmente fazer-se visível, tomando a frente como referente político, diferente da situação cotidiana da política normal, em que os grupos de pressão dominam as agendas parlamentares. Os quóruns mais elevados e exigências procedimentais maiores para a deliberação sobre mudanças constitucionais também poderiam ser alavancas para despertar o “povo soberano” quando se trata de emendas constitucionais. Ou mesmo a jurisdição, quando produz interpretação e mutação constitucional, pode ser observada com mais atenção dado o status constitucional diante da legalidade ordinária.

Por outro lado, o próprio desenho constitucional das instituições políticas pode compor de modo variável essa dinâmica entre política rotineira desmobilizadora, dominada por minorias organizadas e parlamentares autointeressados, e uma política excepcional em que lideranças e a maioria popular se retroalimentam para ampliar o espectro da transformação das instituições – que há de ser processada, entre outros meios, por mudanças constitucionais (ver especialmente a discussão sobre legislação e desentrenchamento constitucional, no capítulo 6 *infra*).

É preciso observar com cautela os apelos ao poder transformador da “esfera pública”, as referências idealizadas à “nação” ou à “soberania popular”, para chegar ao sentido racional latente sob essa mística manifesta. Contra o pano de fundo das barganhas políticas, projeta-se no espelho o reflexo de um interesse concreto e evidente a unificar toda a diversidade e distinção. São análogas da ideia-limite de comunidade, que oscila entre pretensões de suprimir um dos lados da morfologia interna dos sistemas funcionais: ou reduzir tudo à esfera pública (idealizada como comunidade, como associação de homens livres etc.) ou à esfera organizada (concretizando a comunidade como organização, e então submetendo-a a um esquema de hierarquias rígidas sem capacidade de adaptação, sem contrapesos e válvulas de escape). Contra a burocratização e o totalitarismo, os discursos pós-Guerra Fria não cansaram de manifestar a importância da “esfera pública” e servem de indício sobre os riscos de desconstruir as distinções entre ambiente interno e esfera organizada. Então “encontramos o centro fantasma ‘sociedade civil’, isto é, associações livres de indivíduos que podem falar sobre reclamações e melhorias. E isso é *praxis* como atividade autossatisfatória, enquanto a *poiesis* ou reprodução tem que ser feita pelos sistemas funcionais e suas organizações que causam todo o problema” (LUHMANN, 1995a, p.183). O problema aí é desconsiderar a diferença entre centro e periferia dos sistemas: a sociedade civil é periferia (especialmente do sistema político); o centro tem especificidades estruturais associadas à sua obrigação de decidir: de tomar decisões coletivamente vinculantes, de decidir casos concretos reiterando e consolidando expectativas normativas generalizadas, de decidir sobre crédito e débito, garantindo a solvência futura.

Os sistemas sensibilizam-se às pressões do ambiente principalmente por suas franjas, suas periferias, suas interfaces. Pela constituição, o direito é hipersensibilizado à política. A dinâmica convencional é a seguinte: espera-se que a política seja sensibilizada por sua periferia de organizações da “sociedade civil” – grupos de pressão, partidos políticos, movimentos sociais. Estes haveriam de traduzir em pautas de reivindicação, programas de governo, agendas de debates os problemas da educação, da saúde, da ciência. Podem, porém, colonizar as agendas de governo e as propostas legislativas na busca de vantagens

particularistas, ou no mínimo consolidar como direito ideais e interesses que podem convir apenas a minorias organizadas para vocalizar suas demandas. Daí a importância da triangulação das organizações da periferia e do centro político com a opinião pública amplamente considerada. E a expansão do debate político, dependente da estruturação do sistema dos meios de comunicação de massa, é que pode de fato tomar os observados, os objetos das decisões políticas – os cidadãos – como observadores, como sujeitos aptos a produzirem seu próprio convencimento. Da decisão legislativa resultam os programas: os fins definidos a guiarem a execução de medidas pela administração pública, as regras a serem aplicadas pelo centro do sistema jurídico: as cortes (para o direito, os poderes políticos são a periferia).

Podem ocorrer, porém, que essa sucessão de passos não seja “obedecida”. Afinal, na periferia do direito também estão a advocacia pública e privada, as faculdades de direito, organizações que podem comunicar propostas de inovação jurídica e até mesmo constitucional. A periferia do direito pode estruturar-se para levar suas demandas aos poderes políticos. Ou pode sensibilizar o próprio judiciário diretamente. A inovação constitucional pode vir a ser encampada pelo centro jurídico, apoiado pela periferia jurídica. E pode vir a ser restabilizada pelos poderes políticos que estão nessa periferia.

Porém, e mudanças que partem unilateralmente de um dos centros – os poderes políticos ou o judiciário –, terão vida longa? Ou serão revertidas? Um poder pode compensar a incompetência do outro por algum tempo e por certos atalhos, mas em longo prazo as fricções interorgânicas podem desfazer boas ou más decisões. De outro lado, uma medida legislativa ou judicial não apoiada pelas periferias dos respectivos sistemas – pelas demais organizações e arenas jurídicas, pelos grupos, partidos e movimentos – resultará em desvalorização do poder e do direito, desintegrando a confiança. (Lembre-se do que foi dito, no item *supra* 1.4., sobre a importância dos procedimentos enquanto mecanismos de triangulação; veja também a discussão *infra* 2.2.1., sobre o exemplo histórico dos Estados Unidos quanto ao movimento dos direitos civis e ao papel das cortes nas ações afirmativas.)

A inovação constitucional pode ser, enfim, neutralizada pelas instâncias políticas, administrativas e judiciárias que deixem de tomar as providências – os desdobramentos em legislação e regulamento, a estruturação de órgãos e procedimentos – que dariam realidade ao texto constitucional. A mudança jurídica não começa nem termina nos textos. O direito é aquilo que ele faz. A realidade do sistema jurídico é como o sistema jurídico funciona. Não há normas ótimas, mas ineficazes.

1.7. DO EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO, OU PARA UM CONSTITUCIONALISMO SUPERLIBERAL

Entre o liberalismo clássico e seu renascimento, não houve apenas o estado social – este foi resposta a uma ampla transformação estrutural da sociedade, à sua evolução a novo patamar de diferenciação funcional e complexidade. Muitos dos problemas do próprio estado social estão na limitada capacidade para fazer frente a tal estado de coisas. O Estado é muito mais burocrático e a sociedade, muito mais fragmentada do que uma renovação presa ao cânone liberal reconhece.

De um lado, o conteúdo das constituições – refletido na expansão dos direitos e na complexificação da organização estatal (tendências como o agigantamento do executivo e a judicialização da política) – é mais do que uma questão de estado social (social-liberal) ou estado liberal (clássico). Esse contraste ideológico é sintoma de uma causa estrutural: a separação entre direito, política, economia, educação cria maiores possibilidades para a expansão desses sistemas e para a liberdade sistêmica e pessoal; ao mesmo tempo, amplia os riscos de exclusão social – sem família, sem educação, sem emprego, sem moradia, sem educação, sem saúde, sem emprego. O Estado e o constitucionalismo ditos “sociais” não foram e não são senão formas de gerenciar tais riscos.

O ideário liberal de acabar com as organizações intermediárias – vistas como resquícios do corporativismo medieval – para ligar diretamente o indivíduo ao Estado se institucionalizou na forma dos direitos, mas não se concretizou plenamente. Há, paradoxalmente, mais direitos e mais sociedade fora do estado. Marx manteve aquele ideal de outra

forma – a absorção da sociedade pelo Estado como antessala da extinção do Estado e da emergência da comunidade livre. O século XX e o incremento da diferenciação funcional e da mundialização da sociedade desacreditaram ambas as filosofias da história. Entre o Estado mínimo e o Estado máximo, um Estado que sintomaticamente se define como “social” transformou a funcionalidade dos direitos. É nesse cenário que encontramos Luhmann e Unger. O estado social e as expectativas por ele institucionalizadas são alvos da crítica de ambos. Ao mesmo tempo, o “retorno” a um liberalismo mítico é uma fantasia não autorizada.

A visão de sociedade – e, portanto, de constitucionalismo – que se coloca como ponto de chegada deste estudo é justamente uma que reconheça a complexidade e contingência da estrutura social e oportunidades de desestabilização no curso da própria estabilização dessa estrutura. Uma sociedade e um constitucionalismo mais mudancistas teriam que ir além do desbotado figurino liberal – teriam que ser “superliberais”. Entretanto, não poderiam cair no autoritarismo e retrotrair a sociedade ao Estado – para garantir suficiente excedente de possibilidades, teriam que seguir o curso do “experimentalismo democrático”. Trata-se de reconhecer a contingência do mundo e então imaginar e construir instituições que nos habilitem a aumentá-la, transcendendo os contextos em que vivemos.

Tomo os temas do “superliberalismo” (UNGER, 2015a [1982], p. 124-5; 2001b [1987], p. 462-3; 2001c, p. xcix e cv) e do “experimentalismo democrático” (UNGER, 1998) de Roberto Mangabeira Unger. Subvertendo sua posição comunitarista anterior, o autor elaborou um programa democrático radical que, menos do que desenvolvido a partir da visão republicana clássica, toma como mote as pretensões normativas liberais, mas pretende tocar os privilégios e divisões sociais entrincheirados a ponto de que seja necessária uma revisão das próprias instituições liberais, como o Estado, o mercado e a sociedade civil. Daí ser tal programa um “superliberalismo”, uma proposição de avançar na libertação liberal, em vez de cristalizá-la onde ela parou – nas teorias clássicas do século XIX ou nas instituições social-liberais ou socialdemocratas do século XX.

A imagem que deveriam assumir as instituições e arranjos sociais em geral é a de uma política de compromissos e opiniões, como a própria política liberal. Nesse sentido, importa menos a substância do modelo de sociedade que a abertura desse mesmo modelo ao “experimentalismo democrático” na política, na economia e nas relações pessoais. Tal programa não abandona a preocupação liberal com o indivíduo, antes defendendo um pacote de proteções e poderes que o potencialize na direção da inovação.

Adotando heurísticamente a tipologia luhmanniana⁷ (ainda que esta reproduza traços das teorias sociais de “estruturas profundas criticadas em *supra* 1.2.), observamos que a forma de inclusão/ exclusão varia com a forma de diferenciação social. Em sociedades segmentárias, como tribos, inclusão é pertencimento a um dos segmentos; exclusão é o não pertencimento, o espaço marcado como do inimigo, daquele que não merece consideração, ao contrário do valor dos membros do grupo. A exclusão maior é a expulsão da coletividade. Em sociedades estratificadas, como a Europa medieval e do início da modernidade, o *status* define a consideração social da pessoa. Cada qual pertence a um estrato. Mas os segmentos continuam importantes para a inclusão ou exclusão. Os segmentos aqui são as famílias; o nascimento, o casamento ou a aceitação como dependente marcam o lado positivo da forma. Aos excluídos não se deve reciprocidade e sua indisciplina precisa ser compensada pela organização do trabalho ou por sua retirada de circulação – o nascimento da prisão. Para os incluídos, há uma escala, cujo cume marca os que têm dignidade. A pessoa digna é muito concretamente considerada, em seu nome e cidade, e assim pouco discernida por uma forma universal e impessoal: o indivíduo. A sociedade estratificada é identificada internamente pelo posicionamento de indivíduos concretos em uma ordem escalonada; cada estrato é um subsistema.

A sociedade funcionalmente diferenciada se constrói pela exclusão do indivíduo (intangibilidade e demandas de satisfação dos corpos e mentes) e inclusão da pessoa (endereço da comunicação). Como estruturas

7 Para o que segue sobre a relação entre inclusão/ exclusão e as formas de diferenciação social, ver Luhmann, 2013 [1997], p. 18-27.

internas dos sistemas, as instituições dessa sociedade (a nossa) precisam responder menos à manutenção de uma forma de vida diferenciada para cada estrato ou classe e à unidade hierárquica das formas de conhecimento e valoração. Seu foco é permitir e manter reprodução de cada setor especializado de conhecimento e valoração segundo critérios construídos por cada âmbito, continuando a unidade da sociedade pela descontinuidade da comunicação em cada círculo autorreferente.

A transição incompleta do mundo como ordem concreta de coisas ao mundo como horizonte de sentido de pessoas abre maiores possibilidades de expectativas que neutralizam a referência a *rankings* que ultrapassem papéis e atinjam a totalidade da pessoa. Maiores oportunidades de inclusão setorial, porém, apresentam taxas de conversão menores do que o efeito cumulativo de exclusões parciais – tendentes então à exclusão total. É uma situação inversa à das sociedades estratificadas, na qual a inclusão é muito mais holística e a exclusão se manifesta no decaimento de estrato.

Podemos decerto aceitar, em primeiro lugar, a importância da diferenciação funcional, do fechamento operacional de cada sistema e de acoplamentos estruturais (isto é, vínculos institucionalizados), em detrimento de uma corrupção sistêmica generalizada, em que códigos funcionais e não funcionais (como critérios estratificatórios, culturais, étnicos) bloqueiam a isonomia no acesso a sistemas e na dependência diante destes. Como construção institucional, a diferenciação funcional implica, em termos político-jurídicos (então, constitucionais), um estado “duro”, com condições institucionais de autonomia frente às injunções dos grupos de pressão e redes de relações privilegiadas (ver discussão do capítulo 8 *infra*). Essa autorreferência é necessária no sentido de restringir os efeitos integradores (*i.e.* excludentes) da sobreinclusão associada à subinclusão. Nessa situação de integração e corrupção sistêmica, a sincronia *apenas contingente* da inclusão ou exclusão em um ou outro sistema (o cenário descrito pela prevalência da diferenciação funcional) é substituída por um mecanismo necessário de *feedbacks* positivos. Mais inclusão gera mais e mais inclusão (incluindo privilégios, ilegalidades consentidas, sonegações, impunidades). E, principalmente, segundo a hipótese luhmanniana (LUHMANN, 2013 [1997], p. 25), exclusão gera mais e mais exclusão.

Para Luhmann (2013 [1997], p. 17), é preciso trabalhar o conceito de inclusão lado a lado ao de exclusão; o que está em jogo é “oportunidade para a consideração social das pessoas”. Seu ponto de partida para tratar da diferença inclusão/ exclusão é justamente o conceito de inclusão que Parsons desenvolveu a partir da análise de Marshall sobre os “direitos de cidadania” (MARSHALL, 1973 [1949]). Parsons (1972, p. 306-7) definia a inclusão como a conformidade com padrões de ação que definem o pertencimento a um sistema social, o que parecia levar à impressão de que a sociedade moderna – evoluída em termos de adaptação, diferenciação e generalização de valores – oferece a todos oportunidades de inclusão, variando apenas as condições e formas de reconhecimento e sucesso. Essa concepção, na visão de Luhmann, obscurece o tratamento do outro lado da forma: a exclusão.

A diferenciação funcional distingue-se por uma novidade: pessoas não podem mais ser alocadas em um só segmento ou em um só estrato. Indivíduos então não podem ser concretamente distribuídos cada qual em um setor. Todos virtualmente participam (ou podem vir a participar) de cada um e de todos os sistemas funcionais – e com isso a estratificação social não determina mais a ordem da sociedade, mas conta apenas para as trajetórias individuais. Cada sistema funcional regula a inclusão/ exclusão e o que conta para cada sistema é distinguido em termos específicos de comunicação, não em termos totalizantes da pessoa. Se a comunicação diz respeito a contratos, é jurídica e a pessoa vale como sujeito de direito. Se a comunicação é uma operação de pagamento, conta para a economia e a pessoa é considerada em seu papel de credor ou devedor. Em contraste com a sociedade estratificada, a diferenciação funcional permite e exige que a qualidade ou origem individual seja praticamente desconsiderada, não conte como expectativa cognitiva, quando não seja mesmo bloqueada pela expectativa normativa do tratamento igual: só diferenças de renda e patrimônio contam para a economia, só diferenças de aprendizado contam para a educação. A dignidade, então um princípio de *status* social e índice de nobreza, é vulgarizada. A lógica totalitária de divisão do mundo em partes – gregos *versus* bárbaros – exige a eliminação do oposto e a uniformidade. Na sociedade moderna, a muito custo vem a se reconhecer o oposto: todos são humanos. Distinguem-se por seus esforços e sucessos, buscam identidade e autorrealização, têm uma

face social e uma caixa preta psicológica e a distância entre essas duas faces só diminui em situações de intimidade nas quais uma pessoa/ indivíduo aceita a outra com suas inclinações e deficiências (o espaço das paixões é aquele da comunidade, do amor).

Antes, o ser humano (sobretudo o cristão) era visto como corpo que aprisionava uma alma e distinguia-se do restante da criação pela razão. A alma e a razão eram medidas da natureza inata e as diferenças mundanas esperavam compensação “mais adiante”. No século XVIII, achou-se a vida após esta vida muito distante e criou-se uma metafísica do agora: natureza e razão dão direito à felicidade hoje. Os direitos do homem são uma semântica da inclusão (embora cresçam e floresçam com as prisões). Agora, a exclusão não é mais uma sanção que se possa impor pela violação de uma lei ou por uma heresia religiosa. Agora, a inclusão é tendencialmente universal – todos pertencem à sociedade e o problema da inclusão passa à competência de cada subsistema social. Agora, estados de coisas excludentes são tratados como passageiros e para eles prescrevem-se terapias como ajuda internacional ao desenvolvimento, a realização dos direitos (já conquistados e garantidos!) e políticas compensatórias de bem-estar social.

Esse cenário, como bem nota Luhmann, é bom para uma farsa – ou melhor, para a ilusão. O jogo das aparências e a hipocrisia passam a ser registrados na semântica dos séculos XVI a XVIII e já Dom Quixote marca a força da inclusão ilusória: o personagem se inclui no mundo que ele lê e imagina. Mesmo o mais desprovido dos cidadãos pode se imaginar como o titular dos direitos à saúde, à vida, à felicidade, ao trabalho e à moradia declarados nas constituições. Mas se, “em princípio”, todos têm uma renda adequada para tomar parte da vida econômica, têm capacidade para realizar negócios jurídicos, educação básica, direito a um mínimo de segurança social, cuidados médicos e enterro decente, liberdade para casar com quem quiser e escolher qual religião seguir, vemos que a tal sociedade mundial, moderna e funcionalmente diferenciada não é tão mundial assim. Embora essa semântica tenha um apelo universal, a diversidade de estruturas sociais torna excepcional o mundo da inclusão. No abismo entre expectativas e realidade, multiplicam-se as pessoas sem dinheiro, sem acesso à justiça, sem alfabetização e educação, sem cuidados médicos – e o lado negativo da forma produz uma reiteração acentuada, forjando cadeias de exclusão.

O caso-limite da exclusão é a simbiose. “Enquanto seres humanos contam como pessoas no espaço da inclusão, no espaço da exclusão eles parecem contar só como corpos” (LUHMANN, 2013 [1997], p. 26). A simbiose é a forma extremada da exclusão – não a exclusão parcial de subsistemas sociais, mas no limite a exclusão total da sociedade. Na exclusão total, mesmo os símbolos simbióticos deixam de comunicar: a violência pode ser praticada e necessidades são desconhecidas. Do lado do direito, há “informalidade”, “acidania” (apatridia) e toda eventual consideração é computada como ilicitude. Indivíduos não reentram a sociedade pela comunicação – não se acoplam à sociedade pela linguagem e tendem a guiar-se não por expectativas institucionalizadas, mas por horizontes temporais curtos, pela força física, por impulsos de satisfação sexual e alimentar, pela observação de corpos; corpos sem significado para o direito, para a política, no limite para toda ação e vivência.

A exclusão provocada pela diferenciação funcional “moderna” conjuga-se hoje a critérios “tradicionais”. Não seria então exato – como faz Luhmann (2013 [1997], p. 121, 127-31; 2009b [1995]) – observar tais critérios como “revivals”, ou aceitar a “corrupção” como uma peculiaridade cultural idiossincrática de certos povos do sul global. Dinâmicas de especialização, a selar processos impessoais e construir papéis sociais, vinculam-se variavelmente a dados contextuais renitentes de distinções estratificatórias, regionais, étnicas, sexuais.

Ainda, a especialização dos sistemas funcionalmente diferenciados – direito, política, economia, ciência, religião – é coetânea ao desenvolvimento de uma forma distintiva de sistema: a organização. Como sistemas que transitam dentro e fora dos sistemas funcionais, organizações, reproduzindo a distinção entre membro e não membro, colmatam cadeias de exclusão e inclusão – embora operem sobre papéis isolados, mantendo independência entre eles (ser membro de uma determinada organização não implica automaticamente outros papéis) (LUHMANN, 2012 [1997], p. 75; 2013 [1997], p. 9). E a emergência da organização como um tipo distinto de sistema é tão característica da sociedade moderna quanto a diferenciação funcio-

nal (LUHMANN, 2012 [1997], p. 95-6). Não é possível desligar um fenômeno de outro. Sociedade não mais se confunde com um padrão de interações (a boa sociedade da nobreza), nem se confunde com um só sistema (“sociedade civil” como política ou como economia), nem um sistema social funcional se confunde com uma organização (o sistema político, por exemplo, não se resume ao Estado). Ainda, regras de inclusão/ exclusão geradas por sistemas organizacionais e funcionais são reforçadas e bloqueadas por padrões advindos de outros critérios, como aqueles tipicamente “segmentários” (nacionalidade, gênero, fenótipo) ou “centro-periféricos” (dependência, clientelismo, boas relações). Há, bem observado, um sincretismo de formas de estruturação e diferenciação social.

A orientação normativa “superliberal” é encaminhar-se para formas menos marcadas de distinções, que permitam aos indivíduos expressarem-se e cooperarem para além de marcadores sociais incapazes de dar conta de sua personalidade. Um complexo institucional identificado – determinado contexto delimitável – institucionaliza como padrão e normalidade determinada forma de vida, incentivos e restrições à conformidade e ao desvio. A autonomia individual se afirma como poder de resistência e transcendência das estruturas sociais, imprimindo como variável – e então valor – das estruturas sociais o grau em que suas instituições são elas mesmas revisáveis, corrigíveis, transcendíveis.

Esclarecido o que há de “superliberal” na orientação normativa proposta, é preciso especificar qual a alternativa que a ideia de “experimentalismo democrático” encaminha. Essa visão compreende a contingência do futuro, ao postular que toda direção imaginada, toda orientação projetada é no fundo ela mesma redefinida evolutivamente: buscando práticas e instituições que encarnem certa visão de mundo, acabamos ao longo do caminho por redefini-la vezes e vezes. Não há estado de repouso final, nem se encontrará o que se pensava de início perseguir. Do instrumentalismo de Dewey podemos tomar a ideia de um *continuum* entre meios e fins e, então, “a imaginação de meios até então inexistentes para a realização do fim transforma o sentido original deste, estabelecendo o padrão de sentido que define os [meios]

anteriores como simples ‘aproximações imperfeitas’. O meio só satisfaz o fim alterando-o” (RODRIGUEZ, 2016, p. 132).⁸

Essa visão pragmática afasta as várias opções de juízo normativo à disposição. Por um lado, poderíamos supor que as constituições e os direitos fundamentais instituem uma ordem de valor objetivo e que tais valores pertencem a uma realidade suprassensível, têm a natureza das ideias platônicas – são princípios a comporem uma teia moral coerente. A república seria o espaço da imaginação dos sábios que não veem só as sobras da realidade, mas logram atingir um conhecimento superior e iluminado. Juízes mesmo poderiam cumprir esse papel. O espectro do autoritarismo e do elitismo pairará sobre as instituições constitucionais, apresentando-se como seu intérprete e guardião. Poderíamos, por outro lado, supor que as instituições corporificam uma moralidade latente que encaminha a realidade a seu fim – e os homens, à realização de suas virtudes. As práticas sociais são valorativas; a prática constitucional, por exemplo, seria parte da ética concreta a emergir de cada comunidade, sua forma de boa vida. (Tal naturalismo ou culturalismo parece insustentável diante da dinâmica moderna de cópias, transplantes e hegemonia que marca a criação e difusão dos arranjos institucionais, inclusive os constitucionais – é o que observo no próximo tópico, *infra* 1.8.)

Existem, por outro lado, as vias modernas de observar a sociedade. Os arranjos sociais existentes podem ser avaliados por sua aproximação ou distanciamento de uma forma institucional dogmaticamente definida (como nas ideologias políticas e as teorias sociais do século XIX, com rótulos genéricos como “república”, “capitalismo”, “socialismo”). Ou se adota a postura modernista, existencialista, de ver em toda forma institucional um constrangimento arbitrário, e buscar a realização da personalidade pela negação reiterada – uma constituinte permanente. Depende de se crer que, negado o atual, haverá uma ordem melhor à espera da emergência.

8 Rodriguez (2016, p. 133) então define “instituição” como “um sistema organizado de meios [...] desenvolvido para a realização sistemática ou regular de interesses ou ideais sociais”.

Há, finalmente, as visões contemporâneas do juízo normativo. Desacreditado o evolucionismo necessitário da história, a alternativa é a posição hermenêutica que confina a avaliação aos próprios critérios que determinados arranjos históricos contingentes incorporam e legitimam. A via racionalista, por outro lado, pretende inferir, a partir da experiência, de pressupostos trans-históricos pelos quais podemos racionalmente julgar e corrigir as instituições. Essa opção, de inspiração kantiana, pressupõe que se possa definir uma forma institucional justa, neutra com relação às visões particulares de bem. Não busca uma realidade mais profunda, latente sob aquela revelada pela experiência, mas infere da experiência pressupostos pelos quais podemos racionalmente julgá-la e corrigi-la. Porém, se o conteúdo desse sistema de pressupostos racionais é muito definido, ele torna-se variável; se é muito vago, não servem para guiar a ação. Ainda, as instituições são seletivas: precisamente, compõem um quadro que privilegia certas visões de bem e marginaliza outras. Finalmente, os princípios atingidos pela abstração da experiência devem ter consequências para o desenho institucional, mas não há espaço para que a própria experiência moral e política “retorne” sobre os princípios e os revise.

A saída⁹ é reconhecer que as estruturas sociais mais valiosas hão de ser aquelas:

- mais suscetíveis de correção no curso da própria reprodução, que ofereçam mais oportunidades de conserto e revisão, em vez de apenas mudarem sob a pressão de crises;
- cuja reprodução dependa de distinções menos marcadas e rígidas entre pessoas (*e.g.* casta *versus* estamento *versus* classe *versus* papéis sociais *versus* grupos de opinião, comunidades voluntárias);
- que produzam, do lado dos indivíduos, o fortalecimento da capacidade de revisão das próprias estruturas conceituais e institucionais dentro das quais vivem, fornecendo instrumentos de transcendência dessas formas parciais e contingentes de vida (rumo a outras formas também contingentes e parciais).

9 Sobre essas visões do juízo normativo e a proposta do critério do grau de “desentrincheiramento”/ “capacidade negativa”, ver Unger, 2014, p. 143-82; 2007a, cap. 1; 1996, p. 170-82; 2001b [1987], p. 277-312 e 632; 2015a [1982], p. 179-86 e 192-5.

Esses critérios não conduzem à “adesão” a um “tipo” de sociedade em uma lista fechada nem deles se deduz uma fórmula institucional definida para a sociedade e cada um de seus setores. Cada qual terá seus critérios de sucesso prático e deverá também ser moralmente defensável em termos de ampliação da autonomia individual e coletiva. Os modos de cooperação devem mais facilmente promover a inovação e reordenar-se com as mudanças produzidas – devem ter plasticidade e resiliência.

Daí que se possa buscar na variedade de soluções institucionais expressas no direito (inclusive no direito comparado) diferentes alternativas para a organização dos sistemas sociais. O direito apresenta-se então como repositório de tradições e experiências, não de dogmas. Ampliando o discurso jurídico para além do centro de controle da consistência do direito (as cortes), voltando-o para a periferia de inovação jurídica, nas interfaces com a política, a economia e outros sistemas sociais, podemos também embasar as discussões empíricas e normativas; e assim observar a contingência e a indeterminação do direito com as quais uma doutrina ou dogmática centrada na interpretação/ aplicação apenas lida de forma redutora e tática, tendo em vista seu escopo problemático (solução de conflitos concretos, individualizados e pontuais).

Mas, afinal, como traduzir essas grandes linhas normativas em diretrizes constitucionais, em imaginação das instituições que podem inovar o constitucionalismo? Eis o problema de todo o restante do livro. Além de mapeadas a partir de experiências constitucionais e projeções teóricas, as formas institucionais de que tratarei pretender ser exemplos – precários e contingentes – que podem vir a expressar modos de organização do direito e da política mais consoantes com as aspirações superliberais e experimentalistas-democráticas. O exercício analítico tem então um componente cognitivo associado ao esforço de prospectar configurações jurídicas alternativas: sob a perspectiva do que podem vir a ser, entende-se melhor como são as formas institucionais atuais.

Ainda, a visão constitucional apresentada pretende ser justificada não como uma ideologia sectária, mas como uma construção institucional com relativa neutralidade (UNGER, 2001a [1988], p. 158-9;

2001b [1987], p. 355-95), a balizar o jogo político em um estado democrático de direito. Por isso, deve ser uma concepção definida, mas fina, em contraste com orientações de vida e política densas e controversas. Nesse sentido, o ponto central é uma ordem constitucional que alargue o exercício da democracia e facilite a rotatividade no poder tanto quanto a agregação de apoio para a mobilização do poder governamental em proveito das propostas eleitas. Essa agregação deve combinar a articulação entre os poderes políticos, a guarda judicial e a mobilização popular. Alinhados esses mecanismos pela ordem jurídico-política, políticas econômicas e sociais das mais contrastantes podem ter vazão.

Unger oferece traços institucionais de um programa da “democracia empoderada” como forma que atualizaria as proposições experimentalistas-democráticas. Parte desse programa é uma revisão da organização constitucional do Estado; parte é um sistema ou regime de direitos redefinido. Esse regime é composto por quatro tipos de direitos: de desestabilização, de imunidade, de mercado e de solidariedade. Os dois últimos dizem respeito sobretudo a uma reconfiguração do direito privado: da propriedade e do contrato (embora a reconfiguração da propriedade proposta diminua o contraste entre direito privado e direito regulatório, e embora o direito contratual vislumbrado aplique-se para além da economia). Tomo, por isso, os direitos de desestabilização e de imunidade, tal como caracterizados por Unger, como ponto de partida para um novo modelo de direitos constitucionais. A eles adiciono, porém, outras duas categorias: direitos de participação e de autonomia.

Após destacar que “a maior potência do hemisfério sul recentemente completou um dos mais prolongados e conflituosos processos de feitura de constituição na história moderna” – os “dezenove meses de trabalho pela Assembleia Constituinte do Brasil” –, o historiador Perry Anderson constatou que, “[p]or coincidência, os mesmos meses viram a publicação no hemisfério norte de um exercício unicamente ambicioso em teoria constitucional, por parte de um brasileiro-americano que busca expor o desenho não apenas de uma comunidade política [*polity*], mas também de uma concomitante economia e sociedade” (ANDERSON, 1992 [1989], p.130). A teorização constitucional de Unger aparece nas propostas formuladas no famoso “manifesto” d’O *movimento de estudos críticos do direito*, originalmente uma conferência

proferida em 1982, assim como em uma série de artigos publicados na imprensa ao longo e antes da Assembleia Constituinte brasileira (entre 1984 e 1988), e finalmente na peça central de seu principal trabalho sociológico, o livro *Falsa necessidade* da trilogia *Política: uma obra em teoria social construtiva*, de 1987.¹⁰

Para introduzir o vislumbre de um caminho alternativo para as instituições constitucionais, redescrevo as propostas de Unger em termos da morfologia interna dos sistemas jurídico e político. Em suma, chegaríamos ao seguinte cenário:

- 1) *direitos*: o modelo de direitos é desenhado com vistas a prover uma base para a segurança pessoal que favoreça a aceleração da transformação política; a estender o experimentalismo fora do Estado, mas com meios efetivos de intervenção localizada para resgatar pessoas da privação extrema, da subjugação e da impossibilidade de fruir direitos básicos;
- 2) *o centro judicial*: serve sobretudo à proteção de liberdades pessoais e outras dotações individuais;

10 Em meio ao processo de redemocratização do Brasil, no final dos anos de 1970 e na década de 1980, Unger assessorou o Movimento Democrático Brasileiro (MDB, depois PMDB) e, em seguida, militou no Partido Democrático Trabalhista (PDT). Dessa oportunidade política é que surge a ocasião para desenvolver seu pensamento constitucional. Ver Unger, 1990, pp. 62-75; 1987a, pp. 67-79. A teorização constitucional de Unger não se prende, porém, a qualquer idiosincrasia nacional, mas considera de modo abrangente a experiência das democracias contemporâneas. Essa teorização está fragmentada em meio a uma série de análises e propostas institucionais, sob rótulos como “democracia empoderada” (nos anos 80), “democracia mobilizacional” (nos anos 90), “experimentalismo democrático” e “democracia de alta energia” (nos anos 90 e 2000). Ver Unger, 2015a [1982], p. 103-43; 1990 [1984-8], p. 315-74; 2001a [1984-8], p. 137-96; 2001b [1987], p. 207-21, 341-556, 570-95; 1996, p. 15-8, 30-3, 63-78, 83-106, 138-70; 1998, p. 133-275; 2001c, p. lvii-cxxix; 2002; 2009 [2005], esp. p. 78-82, 103; 2007a, cap. 10 e 11 e p. 58-60, 164-7, 176-8, 210-11, 221, 250-1; 2011 [2008]; 2010, p. 40-4; 2015c [2013]; 2014, cap. 6; 2015b, p. 33-6, 63-75; 2018; Unger; West, 1998, *passim*. De todos esses escritos, a versão mais detalhada das instituições e sua justificação mais densa estão em Unger, 2001b [1987], cap. 5.

- 3) *a ação judicial*: seria descarregada de tarefas de reforma estrutural por meio de novo poder de estado, com maior capacidade gerencial e legitimação política;
- 4) *as cortes constitucionais*: pode-se imaginar que favorecer uma cultura de mais deliberação popular direta preveniria o ativismo das cortes constitucionais em agirem como “árbitros” dos poderes políticos, sem esmaecer o papel judicial de proteger a imunidade pessoal;
- 5) *a periferia jurídica*: organizações de assistência jurídica popular, às quais se adicionam poderes ou agências responsáveis por intervenções estruturais, mas pontuais, em situações de negação prática dos direitos básicos;
- 6) *a opinião pública*: aperfeiçoar o controle antitruste da propriedade dos meios de comunicação de massa, apoiar meios alternativos e provisão cooperativa em escala experimental e fazer uso de condicionalidades na direção da abertura de mais espaço para a expressão de partidos políticos e movimentos sociais;
- 7) *a periferia política*: favorecer regimes eleitorais conducentes a partidos fortes; melhorar a auto-organização da “sociedade civil” por mecanismos afins ao exemplo de combinação do princípio corporativista de sindicalização automática de todos os trabalhadores com o princípio contratualista da completa independência dos sindicatos em relação ao governo, incluindo direitos de construir direito fora do regime padrão; ou como o exemplo da combinação de associação voluntária pelo direito privado com agências de apoio ou poderes públicos;
- 8) *o voto*: combinar o governo representativo especialmente com mecanismos de democracia semidireta, não abusando de plebiscitos (como mecanismos para consultas sobre decisões pontuais ou menores), mas os usando como meio de promover ampla discussão e deliberação aberta sobre programas e reformas (plebiscitos programáticos abrangentes) e de resolver impasses entre poderes políticos. Essa abertura à deliberação pública é também um meio de cercar interesses entrincheirados defendidos por *lobbies*, grupos de pressão ou mesmo órgãos estatais corporativistas (conselhos). Outra extensão das oportunidades de voto

é instituir a possibilidade, para o executivo e o parlamento, de chamarem unilateralmente eleições bilaterais (cada poder teria que tomar os riscos de novas eleições, o que preveniria o abuso dessa válvula de escape);

9) *o centro político:*

- i. aprofundar a *fragmentação e multiplicação de poderes* enquanto se atenuam os freios e contrapesos entre os poderes políticos:
 - a) sistemas de governo: presidencialismo e parlamentarismo: o presidencialismo tem um potencial “plebiscitário” que previne efeitos oligárquicos de um governo dependente apenas de maiorias parlamentares; ambos os sistemas tendem à inércia decisória na falta de dispositivos que “externalizem” a solução de impasses (a proposta de Unger privilegia a decisão popular como mecanismo para superar bloqueios institucionais; noto que essa “externalização” tende a ocorrer, no clima da cultura constitucional global de hoje, por meio do judiciário, por uma judicialização da política centrada especialmente em cortes superiores ou constitucionais);
 - b) novos poderes de estado, como o poder reestruturante, forneceriam novas arenas para processar reivindicações, e seriam compostos por membros designados por outros poderes, por partidos políticos e por sufrágio universal;
 - c) à medida que os poderes são multiplicados (e para cada órgão haja uma contraestrutura controladora), podem ser estabelecidas preferências relativas entre eles, cada qual pode influenciar a composição do outro, e pretensões conflitantes podem ser decididas pelo engajamento do público em geral;
- ii. aprofundar os mecanismos experimentalistas e cooperativos do *federalismo* ou da descentralização regional, combinando devolução radical com iniciativa central forte: não apenas por meio de competências concorrentes, mas especialmente pelo desenvolvimento de órgãos transfederais (compostos e cogeridos pelas diversas esferas da federação);

iii. *administração pública*: de um lado, a provisão de serviços públicos requer formas de apoio à auto-organização da “sociedade civil” – por exemplo, por profissionais da educação e da saúde autogeridos –, que podem fornecer serviços de maneiras mais experimentais e qualificadas que a estrutura unitária da burocracia estatal; de outro lado, transparência, responsabilização e monitoramento da administração pública precisa ocorrer: (a) em cada departamento, por si mesmo; (b) depois, por um ministério; (c) por um órgão administrativo fora do executivo, e finalmente (d) fora do estado, pela sociedade civil. Assim como o redesenho dos poderes de estado, esses movimentos na gestão pública podem também ser vistos como novas oportunidades de participação.

Às propostas de Unger adiciono análises correlatas de experiências observadas no direito constitucional comparado e outros detalhamentos empíricos e normativos. O estabelecimento e a justificação de uma direção de mudanças constitucionais e a exploração de trajetórias de transformação institucional passam a receber amparo dessas experiências na conformação de um modelo de análise funcional dos direitos e de uma visão de conjunto da reestruturação dos poderes de Estado.

1.8. DO CONSTITUCIONALISMO NA SOCIEDADE MUNDIAL

Este trabalho busca apresentar uma perspectiva internamente coerente e responsiva ao cenário atual do constitucionalismo. Enfrenta analiticamente as demandas de reconstrução institucional postas e repostas pelas incongruências do desenvolvimento, da cultura e da democracia. Localiza a existência de uma só sociedade mundial, em que a constituição emerge a marcar as ordens jurídicas nacionais como instituição crucial para gerenciar a interdependência entre política e direito. Por outro lado, entende que, partindo do reconhecimento dessa relevância, variáveis contextuais regionais e a inventividade política localizada aqui ou ali podem atuar como fermento para a emergência de inovações constitucionais talvez aplicáveis para além de seus experimentos de origem. Afinal, embora tenha se mantido como instituição eminentemente nacional, a constituição testemunha a mundialidade da modernidade e a hegemonia do Atlântico norte

em propagar suas instituições e ideários; e, na verdade, chega-se a um estreito repertório de instituições constitucionais. Mais do que interpretá-lo, a tarefa é ampliá-lo. Os países podem distender tal cardápio por meio de experimentos e inovações, não porque tenham uma essência distintamente nacional a ser resguardada, mas porque problemas identificados regionalmente podem conduzir a soluções de interesse potencialmente universal.

Vimos que o advento do que Luhmann chama de diferenciação funcional acaba por configurar sistemas autônomos como política e direito, que constroem sua interdependência a partir da constituição. A constituição moderna universaliza as referências a pessoas, instituindo direitos fundamentais, organiza relações entre poderes que não são constituídos como reflexo de uma classe ou grupo social específico e é matriz de procedimentos que pretendem garantir impessoalidade e abertura ao dissenso. O que a constituição marca não é a diferença entre classes ou entre regiões nacionais. Ela simboliza sim a pretensão de integridade do direito diante da política – estado de direito – e a habilitação de uma política democrática por formas jurídicas que buscam prevenir mudanças das regras do jogo pelos jogadores em campo, em benefício próprio e contra os adversários.

A dinâmica mundial de especialização também gera desigualdades e exclusões por sua própria operacionalização universalista e impessoal, que funciona sob a ficção da inclusão de todos; ademais, mesmo que não marque explicitamente – em textos constitucionais e legislativos – diferenciações hierárquicas e étnicas, por exemplo, a própria cegueira moderna a tais distinções acaba por perpetuá-las. Afinal, elas continuam a ser reproduzidas variavelmente, com um componente regionalmente característico associado à dinâmica de cópia e transplante das instituições dos países centrais.

A constituição diferencia-se como instituição funcionalmente específica em relação à estrutura social recalcitrante que ela em grande medida não domina nem reconstrói. Diante dessa indiferença com relação aos aspectos não funcionais da estrutura social (abstraídos do direito e da interpretação jurídica), o diagnóstico pode ser de que as constituições não passam de “folhas de papel” e nada valem contra os “fatores reais de poder”, que são a “constituição real e efetiva”

(LASSALLE, 1942 [1862]). Mas essa visão simplesmente reprisa o velho entendimento pré-liberal da ordem jurídica imanente à ordem social. Apela-se então à igualdade e à liberdade “reais”, “materiais”, em contraponto aos universais jurídicos meramente “formais”.

A questão estrutural é que o direito não mais reproduz a topografia social ponto por ponto e isso implica ampla liberdade de produção das formas jurídicas e atenuação da rigidez das classificações sociais. Se se quer aumentar a sensibilização do direito pelas diferenças de seu ambiente social, será preciso traduzir essas diferenças contrafaticamente no próprio direito, em formas jurídicas (a diferença é que essas diferenças são reintroduzidas não mais para serem confirmadas pelo direito, mas para serem repelidas, “superadas”). A esse processo deram-se os nomes dúbios de “materialização do direito” e de “direito social” e sua base social foi uma decomposição dos processos decisórios sobre a criação e aplicação do direito – a democratização. Assim, no interior da abstração e universalidade do direito e das constituições liberais, construíram-se diferenciações seletivas por remissão a desigualdades, principalmente econômicas, a serem consideradas e compensadas na produção do direito.

O passo mais importante a ser dado em uma análise da instituição “constituição” é vislumbrar como ela regula (e, pela expansão imaginativa das experiências visíveis, pode vir a regular) a diferenciação funcional entre direito e política, mas também como ela desarticula (e pode vir a desarticular) clivagens rígidas de classe, *status*, etnia, nacionalidade etc. Como a constituição e os direitos fundamentais podem institucionalizar formas de reprodução do direito e da política que funcionem como cunhas de desentrançamento das estruturas sociais em geral? Precisam observar e decodificar, política e juridicamente, as estruturas que permanecem no ambiente desses sistemas. Mas como? Construindo quais formas? Esse é o horizonte de indagação de um constitucionalismo fundado no fato da diferenciação funcional e na aspiração do experimentalismo democrático.

Assim, se se quisesse ampliar o escopo da análise, no plano da inserção da reflexão jurídica na teoria de sociedade, não bastaria discutir se há ou não diferenciação funcional – observando as estruturas de cada sistema é que se pode constatar, por exemplo, *qual* diferencia-

ção funcional existe e *como* ela existe. Em vez de afirmar o caráter de “estruturas profundas” da tipologia luhmanniana das formas de diferenciação da sociedade (sociedades com diferenciação segmentária, centro-periférica, hierárquica e funcional), análoga aos modos de produção de Marx, cabe usar essas formas de diferenciação como indicações heurísticas de critérios de inclusão/ exclusão que se amalgamam em diferentes contextos histórico-sociais.

Nesse sentido, o advento da diferenciação funcional transforma os critérios anteriores: a especialização operacional do direito, da política, da economia, da religião, da ciência flexibiliza as diferenças hierárquicas em diferenças de classe; aumenta o âmbito das diferenças centro-periferia, multiplicando-as em diferentes escalas, inclusive planetárias; e produz segmentações nacionais ao lado de distinções de gênero e etnia. A questão é como o direito mantém sua autonomia e sua dependência diante da política, da economia, da religião, como ele filtra ou reproduz diferenças hierárquicas, como ele incorpora padrões centrípetos e centrífugos de dependência entre centros e periferias, como ele reproduz distinções nacionais, étnicas e de gênero.

De outro lado, a expansão mundial do constitucionalismo é mais do que previa a “analogia doméstica” do contratualismo: a “sociedade internacional” como sociedade de nações (ou de sociedades nacionais). As organizações internacionais e os direitos humanos são expressões da transformação que leva à erosão da circunscrição nacional das comunicações, das ações e das vivências. Assim como o federalismo e a regionalização são intermediários entre o local e o nacional, assim como organizações intermediárias mixam o público e o privado na economia, na educação, na saúde, na sociedade mundial blocos regionais e um ativismo transnacional de organizações não governamentais criam níveis intermediários entre o público e o privado e entre estados nacionais e política mundial.

Com a emergência da sociedade mundial, problemas constitucionais levam a remissões, cópias, imitações, transplantes e especificações entre experiências constitucionais nacionais e conduzem também à emergência de outras ordens jurídicas, para além do direito estatal-nacional, que também tratam dos clássicos problemas constitucionais – a organização do poder e a garantia de direitos básicos –, fazendo-os

serem regulados por diversas camadas, em ordens com diferentes âmbitos de validade, desordenadas em um móbile de doutrinas, fontes e corpos de direito. Mais precisamente, há no constitucionalismo da sociedade mundial conflitos latentes e explícitos, diálogos e referências cruzadas entre vários tipos de ordens jurídicas, com especiais desafios antepostos por estruturas não isomórficas (NEVES, 2009).

A nacionalidade das constituições vem a ser complementada desde fins do século XX pela emergência de regimes protoconstitucionais no Direito Internacional (nos regimes universais e regionais de direitos humanos), no direito supranacional europeu e mesmo em ordens privadas transnacionais. Nesse sentido, os direitos humanos carregam ainda um potencial normativo que faz a esfera pública política ecoar a esfera pública jurídica. A questão é como aproveitar essa ressonância para encaminhar transformações institucionais capazes de se colocar como cunhas aceleradoras da mudança estrutural e cultural. Para tanto, é preciso combinar o protesto episódico pelos direitos com o encaminhamento de sua institucionalização por organizações e procedimentos duráveis e corrigíveis.

A mundialização dos sistemas sociais produz um fenômeno de integração regionalmente diferenciada; em vista dos padrões de inclusão/exclusão, com suas especificidades regionais, os diversos sistemas funcionais operam com o horizonte de, apoiando-se em suas funções específicas, solucionarem problemas gerais. Assim, desenvolvimento, democracia e direitos humanos são semânticas que tanto identificam seus sistemas de referência – economia, política, direito – quanto os transbordam, formulando discursos homólogos para se referir aos mesmos fatos: privações, violências, misérias. Ainda, a fragmentação em regiões dessa sociedade mundial, e os contextos variados em que esses sistemas funcionais operam, conduz a uma reflexão a respeito da própria heterogeneidade da sociedade mundial, o que dá a deixa para a elaboração da semântica da cultura – como reflexão sobre as diferenças das formas de vida sob o pano de fundo de sua unidade e codeterminação. Cultura, desenvolvimento, democracia, direitos, a essas semânticas que, mais especializadas, porém tão perenes quanto as ideologias, refletem o horizonte normativo da sociedade mundial chamo de “autoconsciências”.

Pretensões de alongamento das cadeias decisórias, com ampliação das oportunidades de participação (democracia), de alavancagem de regiões e setores atrasados da economia diante de setores mais equipados em termos institucionais e tecnológicos (desenvolvimento), de integração de formas de vida diferentes com garantias de autonomia criativa (cultura) integram-se nos discursos sobre direitos e constituições, traduzindo-se particularmente enquanto pretensões universalizáveis, na forma de direitos humanos.

Os níveis múltiplos das ordens consagradoras de direitos fundamentais e humanos servem para aumentar a autoirritação do direito e da política: uma ordem observa a outra. Nesse sentido, bloqueios e desequilíbrios regionais a respeito dos direitos humanos podem ser desconsiderados em vista de um formulário único; mas podem também, estrategicamente, ser marcados e observados desde as ordens locais, nacionais, regionais, com potencial para estruturar regimes constitucionais divergentes de proteção de direitos, catalisando o experimentalismo das ordens jurídicas.

1.9. TODO DIREITO É DIREITO SOCIAL E TODO DIREITO É DIREITO DE LIBERDADE

O que é “o social”? É possível discernir ao menos três conjuntos de respostas de algum modo relacionadas, mas também relativamente diferentes. Podemos rotulá-las de questões filosófica (ou ontológica), política (ou ideológica) e sociológica (ou estrutural).

A questão filosófica alude a uma visão da “natureza” das estruturas, das formas cristalizadas de pensamento e comunicação. O problema dos “fundamentos” dos direitos resulta do declínio do direito natural europeu clássico (LUHMANN, 2000b [1993], p. 153). Uma concepção teleológica da natureza, misturando juízos cognitivos e normativos, presidia a mentalidade ético-política da boa comunidade, uma forma de vida perene, corruptível por desvios da estrutura permanente da natureza, mas também regenerável. A *politeia* é a miscelânea de expectativas sociais identificada como a constituição dessa comunidade política. Haveria ainda, nesse horizonte de sentido, um repertório de entes permanentes, uma unidade de valor e hierarquias correlatas de conhecimento e ação.

Uma vez que tal ontologia clássica e sua visão canônica de sociedade seja rejeitada, toda semântica passa a ser vista como reentrando uma estrutura; ideias e instituições definem um cenário para a ação. A realidade apenas pode ser formulada como um estado de coisas visto em relação ao que foi e pode vir a ser (assim como há no tempo uma coevolução das “peças” e das relações entre elas, inclusive das regularidades e causalidades).¹¹ A partir da revolução historicista, vemos os direitos como produtos da história, não como dados de uma moralidade latente a dirigir a natural coincidência entre razão, vontade e história. Assim, no que diz respeito aos “fundamentos” filosóficos, direitos (todos os direitos, liberdades e igualdades, civis e sociais) são entendidos como artefatos sociais, não como valores ou fatos naturais descobertos pela razão. A abertura da história, embora estrangida pela dependência da trajetória e pelas vantagens funcionais relativas de diferentes traduções endógenas das barreiras ambientais, não chega a um fim ou gera uma lista fechada de tipos possíveis de sociedade, com suas instituições inerentes (ver *supra* 1.2.). Formas institucionais e ideológicas diferentes na configuração de direitos podem ser desdobradas, retaliadas e recombinaadas como parte de uma ordem social revisada e sempre contingente. Filosoficamente, então, a tese dos direitos como construtos sociais é uma tese historicista, em contraste com explicações naturalistas ou racionalistas.

A questão ideológica refere-se primeiramente a disputas políticas, mas tem importante desenlace para a organização do próprio sistema jurídico. Como na questão ontológica, aqui “o social” é sinônimo de “o material” e “o histórico”, opondo a falsa universalidade de semânticas dirigidas por valores que pretendem validade para todos os povos em todos os tempos. Essas semânticas são chamadas de ideologia nesse sentido polêmico, e opostas ao reconhecimento da dependência de ideais em relação a interesses, ou mais amplamente da dependência da semântica em relação à estrutura. Mas “o social” e “o material” são também opostos ao “meramente formal”, como a “igualdade material” (de circunstâncias) à “igualdade formal” (isonomia).

11 Ver a discussão sobre “estruturas profundas” *supra* 1.2., mas também as críticas de Unger (2014, p. 143-62) à tese da dualidade de regimes (um para a natureza, outro para a humanidade) e sua defesa da realidade do tempo e da prioridade do devir sobre o ser (UNGER, 2007a, p. 99-110; 2015e, p. 243-58).

Aqui as atribuições a diferentes sistemas funcionais são desconsideradas e confundidas. Cada sistema tem estruturas e semânticas. Cada estrutura, cada forma institucional conforma algum conteúdo e é dada a conhecer por meio de uma semântica. O fracasso recorrente do direito em promover o resultado de liberdade e igualdade “materiais” é relacionado à falha no desenho de formas jurídicas hábeis a funcionem nessa direção, aos limites operacionais do sistema jurídico ele mesmo e aos constrangimentos e oportunidades que o direito enfrenta diante de outros sistemas que ele pressupõe e cujas operações específicas não pode substituir.

Deveríamos evitar usar a menção nostálgica ou idealizada ao “social” – o social como lugar do altruísmo, do consenso e do entendimento mútuo, a comunidade estereotipada. Em seu horizonte de sentido, de impor a verdadeira força da sociedade contra o Estado, tomar o Estado e então pôr fim à própria “sociedade civil” (como “sociedade civil burguesa”), o socialismo magnificou essa visão. Mas “o social” deixa de ser a mola propulsora do progresso histórico, a transformar as estruturas diante da pressão dos agentes e forças de produção, e no século XX torna-se o eufemismo para a social-democracia – quando esta se transforma no apelo a políticas compensatórias e regulatórias em vez de almejar a reestruturação das instituições econômicas e políticas. O impulso em direção à transformação social que marcou os movimentos socialistas – como o movimento social, a força dirigente do progresso – refluíu durante a restabilização da social-democracia em sua concepção hegemônica “do social” como consolação humanitária amenizadora dos “imperativos” definidos pelas “necessidades” da economia e pelas correlações de forças prevalecentes.

Basicamente, o direito social funciona pela colocação de alguns bens e serviços fora do alcance do mercado enquanto mecanismo de alocação de riscos e precificação da oferta e da demanda; dispositivos focalizados de transferência de renda e uma infraestrutura tendencialmente universal de serviços públicos fariam o Estado compensar a incompetência do mercado em gerar desenvolvimento incluyente. Em uma sociedade diferenciada em seus sistemas político, econômico, jurídico, educacional, sanitário, religioso, artístico, familiar, “o social” vaga como um referente flutuante, definido por negação diante da política e da economia, sendo ao mesmo tempo dependente e parasita

desses sistemas. Contudo, a compensação de incompetências – inclusive a da economia pela política, quando a economia falha em proporcionar acesso aos mercados – é um substituto precário à construção de vínculos institucionais entre os sistemas e à remodelagem das estruturas de cada sistema.

Nessa linha, Unger (2007a, cap.11) ironiza “o social” como “o açúcar” usado para “dourar a pílula” dos perversos efeitos da economia e da política, sem a perspectiva de mudar as estruturas do mercado e da democracia. Ele faz referência à visão mítica que sonha em simplesmente estender as instituições nórdicas – o sumo do bem estar social – para todo o mundo, como se os arranjos específicos dos países mais igualitários pudesse ser simplesmente copiado sem molestar interesses poderosos e posições privilegiadas e sem disputas sobre como mudar radicalmente estruturas entrincheiradas em cada contexto regional (e – eu adicionaria – em cada sistema funcional).

Essa crítica “do social” não deve ser lida como apologia do *laissez-faire*. A indicação ou distinção reside em outro lugar: a síntese ideológica de meados do século XX há que ser contraposta ao reconhecimento da diferenciação funcional da sociedade e, logo, da insuficiência dos mecanismos corretivos justapostos às formas clássicas do mercado, da democracia e da associação voluntária. O horizonte do experimentalismo democrático (ver *supra* 1.7.) propõe reconstruir o barco em alto mar, mas ainda assim consertá-lo, e não retirar água desse barco com um copo. Assim, por exemplo, mecanismos compensatórios por políticas econômicas contracíclicas ou transferências redistributivas não hão de ser a estratégia principal para amenizar desigualdade extrema.

O foco move-se para a abertura de oportunidades e capacitações para a iniciativa econômica, por modificações do próprio direito privado (inclusive de seus usos pela política econômica), mudando a distribuição primária de vantagens. Também a descrença e apatia frente ao governo representativo hão de ser desafiadas pela ampliação do debate político, do dissenso e da participação (o que inclui rever a separação de poderes). A dinâmica de inclusão/ exclusão na sociedade moderna, com a importante diferenciação entre interação, organização e sociedade e a tendência exclusionária das organizações, há de ser enfrentada, dentre outros modos, pelo desenho de mecanismos para

o conserto das organizações em direção à inclusividade (por direitos desestabilização, por exemplo; ver *infra* capítulo 2). Finalmente, se os sistemas todos não podem ser reduzidos a economia e política, há a tarefa de estruturar a autopoiese da sociedade além desses dois sistemas funcionais. Esses trabalhos hercúleos não podem ser providenciados por qualquer constituição hercúlea ou por cortes autocontemplando seu andar em círculos hermenêutico; demandam reimaginação e revisão das próprias instituições constitucionais. Pedem também o reconhecimento de que nem toda iniciativa progressista pode ser derivada de dada constituição ou nela alojada – há direito para além da constituição e outros sistemas para além do direito.

No contexto dos direitos, a oposição obsessiva entre direitos sociais e direitos ou liberdades civis traz a marca das disputas entre liberalismo e socialismo, e sobretudo da Guerra Fria (*infra* 1.10.). Os direitos humanos são seu “sorridente herdeiro”. O consenso social-democrata ocidental que essas categorias expressam pode inspirar uma prática do direito que corrija seus desvios políticos desse mínimo patamar ideológico, como é a análise jurídica centrada em princípios e políticas. Mas então se elevam os riscos de captura do dissenso democrático pelo despotismo esclarecido de juízes e juristas, e as reformas estruturais são postergadas, sob o véu da idealização interpretativa do direito.

Assim, o que podemos esperar (e propor) para o direito depois do estado liberal e do estado social? Parte importante é redefinir a ideia de um “direito social” para além do Estado, na área cinza entre o direito público e o privado. Instrumentos de direito público e privado, normas constitucionais e políticas públicas, formas de contrato e de propriedade são os meios existentes pelos quais se pode prosseguir no desenho jurídico dos outros sistemas funcionais. Para dar realidade às promessas dos direitos públicos, um processo de rediferenciação do direito precisa ganhar curso: um rearranjo de formas públicas e privadas de coordenação com vistas a produzir a autonomia de novos ramos do direito – um direito da educação, um direito da saúde, um direito das artes, um direito ambiental etc. Isso substituiria a ilusão da onipotência do direito administrativo ou regulatório – ou a insuficiência do direito privado tradicional – em estruturar juridicamente todas essas áreas.

Finalmente, como uma questão estrutural, o problema é (já que não há economia, política ou qualquer outra esfera de pensamento e ação

fora da sociedade) onde localizar “o social” dentro da sociedade. Em grande medida por oposição à visão aristotélica da comunidade política, a sociedade moderna foi primeiro descrita como “sociedade civil”: o estado ele mesmo, por oposição aos bárbaros sem fé, sem rei nem lei – cultura *versus* natureza. A sociedade civil seria então a forma civilizada de vida sob uma organização política que, ao limitar a liberdade arbitrária natural, habilita a liberdade material e espiritual, econômica e religiosa.

A economia política clássica descreveu a sociedade civil como sociedade comercial – mais uma forma econômica que um conceito político. Então a sociedade civil foi considerada por Hegel como uma fase no desenvolvimento do espírito e por Marx, como uma fase no desenvolvimento das forças materiais da sociedade, uma forma particular de organizar meios e relações de produção – “o social” é a base material, a economia amplamente considerada. Mas Gramsci viu a sociedade civil como um “momento” da “superestrutura”: o momento não da força, mas da hegemonia ideológica. Na outra margem do rio, o liberalismo primeiro dispensou as “organizações intermediárias”, em favor do vínculo direto entre cidadão e Estado e das livres trocas entre indivíduos no mercado. A sociedade civil, nesse sentido, pareceu-lhes um resíduo do corporativismo medieval. Mas na descrição da vitalidade da “democracia” americana no século XIV, Tocqueville creditou seu sucesso à vida vibrante das associações voluntárias responsáveis por unir indivíduos em relações baseadas na confiança e em interesses comuns e ao empoderamento dessas associações – a sociedade civil – diante do estado, prevenindo a tirania das maiorias.

Diante desses antecessores, durante o século XX a “sociedade civil” tornou-se algo como um sinônimo de “movimentos sociais” – os “velhos” e os “novos” –, grupos em que as esperanças de propulsação da sociedade foram depositadas. Agora a “sociedade civil” é entendida como um rótulo exclusionário – a esfera purificada das lutas sujas da política e do cálculo econômico maximizador. Nem mercado nem Estado. Na verdade, embora indispensáveis à política democrática, as organizações periféricas da política não podem ser idealizadas; são usualmente minorias organizadas, como *lobbies* e outros grupos de interesse. Assim, a sociedade civil arrisca ser vista (e agir) como uma extensão do estado, em um tipo de neocorporativismo.

De qualquer modo, a diferença simples entre Estado e sociedade (ou entre economia e sociedade, ou entre Estado, economia e sociedade) nega a complexidade da sociedade atual, e a autonomia dos sistemas vagamente aludidos como “o social”, como educação, saúde, esportes e arte. Como “o social”, eles não são considerados em si mesmos, mas instrumentalmente, vistos do mercado ou, especialmente, do Estado (como um objeto de filantropia para acalmar os “menos privilegiados”). De outro modo, se reconhecemos a especialização radical dos setores de comunicação, ação e experiência, todos esses sistemas são igualmente sistemas sociais, todos os direitos são estruturas sociais, instituições.

É fato que direitos civis são também dependentes de (outras) “instituições” (ou melhor, organizações) – como o exército, a polícia, a burocracia, o judiciário – que tiveram precedência histórica, advindo com a emergência do Estado moderno (absoluto e, depois, liberal). Como esse direito e esse Estado eram desenhados para proteger os já incluídos (seguindo a mentalidade “aristocrática” do liberalismo) e para limitar mudanças radicais, educação, saúde, arte eram confinadas à elite ou atribuídas a organizações caritativas dentro ou fora do Estado (tal filantropia já consta de declarações de direitos do século XVIII). Não eram direito para valer. A provisão em massa de serviços públicos – núcleo do “direito social” e do “estado social” – transforma completamente a complexidade da estrutura administrativa do Estado e coloca novos desafios a organizações jurídicas como o judiciário e a seu modo clássico de julgamento – atribuição *ex post* de indenizações a indivíduos ou grupos. Mas o contraste entre direitos civis e políticos, de um lado, e direitos econômicos e sociais, de outro, é ainda ilusório, porque todo direito (jurídico) custa prestações de múltiplos sistemas, ao menos do direito, da política e da economia. Uma prisão e uma corte, a polícia e o exército, como um hospital ou uma escola, demandam recursos para sua operação normal, e precisam estar disponíveis para serem monitorados e sofrerem eventuais medidas corretivas (reformas estruturais localizadas).

Direitos não são abstrações morais “sobre pernas de pau” (como os definia Bentham), mas uma estrutura interna do sistema jurídico, um mecanismo para traduzir juridicamente demandas vindas do ambiente do direito – como o mercado opera na economia ou a opinião pública, na política. Quando traduzido em ação perante um juiz, um direito público requer a avaliação das políticas públicas correlatas – mesmo

se a política naquela área é “não ter qualquer política” – e o estabelecimento de uma solução, individual ou “institucional”, “estrutural”, “sistêmica”. Mesmo liberdades públicas podem requerer um tipo de medida antitruste, como para proteger a liberdade de expressão; mesmo o direito à vida requer mecanismos de autocontrole das rotinas policiais. No entanto, ao traduzir fórmulas institucionais abstratas – como “direito à vida”, “liberdade de expressão”, “liberdade de contrato”, “economia de mercado” ou “democracia” – em arranjos estruturais detalhados e contingentes, encaramos uma miríade de possibilidades. Acessar algumas traduções alternativas e, por meio delas, revisar o ideal abstrato (e novamente, por suas manifestações concretas, revisar de novo o ideal abstrato) é tarefa de uma antidogmática jurídica e também da implementação prática do direito, quando uma complexa rede de decisões e legitimações é entrelaçada.

Apesar de textos normativos, visões doutrinárias e preconceitos políticos, quando direitos vêm ao centro do direito, na resolução de disputas, deve-se por vezes tomar o cuidado de desacreditar falsas oposições. Embora direitos sociais permaneçam em posição subalterna em muitas ordens nacionais e internacionais (como no direito constitucional americano e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos), sem o *status* dos direitos civis e políticos “naturais” expressos em constituições e tratados vinculantes, uma das lições da demanda sobre direitos perante cortes nacionais (especialmente constitucionais) e cortes internacionais de direitos humanos (ou mesmo perante comissões sem competência para resolver disputar e executar penalidades) é a radical fungibilidade, permutabilidade argumentativa entre um ou outro direito, cruzando mesmo as fronteiras das classificações tradicionais de direitos. Provisões “negativas” de liberdades ou direitos (à vida, à dignidade) podem ser facilmente entendidas como abrangendo medidas “positivas”, como “mínimos sociais”, políticas para assegurar adequado acesso à justiça, ou a água, ou para reformar um sistema policial e prisional com métodos autoritários recorrentes e condições desumanas. A convergência global de métodos na hermenêutica constitucional também gera uma pressão pela qual direitos sociais vêm a ser reconhecidos pelas atividades de cortes, mesmo em constituições em que objetivos sociais, redistributivos ou compensatórios estão de fora ou são textualizados apenas como diretivas políticas sem executividade jurídica e direitos subjetivos correlatos.

Pode-se oferecer alternativa a esse tipo de entendimento dualista – liberdades *versus* direitos sociais. Não apenas a sociedade se diferencia internamente em múltiplos sistemas funcionais, mas essa diferenciação é também espelhada dentro de cada subsistema – por exemplo, em áreas da ciência ou da educação, em políticas educacionais, econômicas e sanitárias no Estado. A economia progressivamente se expande da atividade de extração de recursos ambientais (naturais) – com a divisão dos setores em agropecuária, indústria e serviços –, passando a abarcar também a produção de “serviços” educacionais, médicos, artísticos (uma “rediferenciação” funcional que coloca em questão a diferenciação setorial entre indústria e serviços, enquanto a agricultura também se torna mais e mais industrializada). Isso pode ser descrito como a economicização ou *commoditização* de outros sistemas sociais.

Similarmente, não é mais plausível ver o direito como um sistema que “extraí” suas bases normativas da natureza – um sistema de direitos naturais. Crescentemente os direitos são uma infraestrutura jurídica prestada pelo direito para cada sistema funcional: direitos artísticos, educacionais, sanitários. Direitos ambientais são um caso especial entre outros, em um sentido bem diferente da ideia de direitos naturais. A *rediferenciação* do direito em programas decisórios (e então em ramos do direito) há de ser vista como efeito da absorção de demandas ambientais pelo ambiente interno do direito: a necessidade de tradução de cada área da sociedade em termos de regimes de direitos e obrigações, poderes e responsabilidades.

O movimento intelectual do “direito social” trouxe a ideia e expandiu a prática de acoplamentos estruturais crescentemente abrangentes. Se eles originalmente são vínculos bilaterais entre sistemas (como a constituição, a propriedade e os contratos), passam a ser acoplamentos trilaterais ou múltiplos entre sistemas. Então, o que era visto como mera discricionariedade política – políticas econômicas e sociais, por exemplo – passa a ser observado como uma ligação duradoura que não apenas promove irrritação mútua da economia pela política, mas também é juridicamente estruturada. Precisamente, a política social em geral clama por acoplamentos estruturais entre economia, política, direito e outro sistema funcional, como educação ou saúde. As diretrizes do direito social – organizar a “sociedade civil” e excluir condicionalmente alguns bens e serviços públicos do mercado, assegurando a provisão

diretamente pelo Estado ou por ele coordenada – são sistemicamente traduzidas nesses acoplamentos estruturais mais amplos.

Nos três sentidos de que tratamos, todos os direitos emergem, então, como “sociais”, como construções sociais, historicamente contingentes, demandantes de recursos e prestações, de vínculos entre sistemas, de estruturas e procedimentos de ativação. Assim se podem dimensionar sua funcionalidade e suas limitações enquanto instituições sociais.

1.10. DAS CLASSIFICAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O modelo que proponho (direitos de desestabilização, imunidade, participação e autonomia – DIPA) visa a dar conta de traços emergentes da modelagem constitucional em diversos países e a substituir as falhas e anacrônicas classificações típicas na doutrina constitucional, como aquelas que apresentam uma progressão reta de “gerações” de direitos, circunscrevem os direitos fundamentais a uma semântica romanista de “status” do indivíduo diante do Estado, distinguem liberdades positivas e negativas ou opõem direitos civis e políticos a direitos sociais, econômicos e culturais.

Da semântica romanista advém a ideia de *status* pessoais, de posições subjetivas que o indivíduo teria diante do estado e que, afinal, descreveriam o conteúdo elementar das pretensões encetadas como “direitos públicos subjetivos”. No contexto de uma emancipação parcial do direito público em relação às doutrinas e aos conceitos de direito privado, que dominaram todo o pensamento e o campo jurídico pelo menos até o início do século XX, Jellinek formula uma concepção de “direito subjetivo” para a relação jurídica entre Estado e cidadão.

A semântica dos direitos naturais e do contrato social havia apresentado a constituição da autoridade estatal repousante no paradoxo de impor sua vontade sobre os cidadãos e obedecer à vontade destes – assegurada pelas esferas de autonomia privada, vistas como campo natural da liberdade, de origem pré-estatal.

A transfiguração historicista dessa semântica privatista, sobretudo na forma do pandectismo alemão, da jurisprudência dos conceitos, vem a apresentar uma concepção centrada na dualidade direito objetivo/ direito subjetivo – este como um poder ou domínio da vontade

reconhecido pela ordem jurídica. A concepção voluntarista se enreda em dúvidas sobre como compreender a vontade: é verossímil atribuir vontade a entes coletivos, como o povo e a nação? Os loucos, doentes e crianças não têm direitos por não terem vontade livre e consciente? A vontade é uma forma racional ou um conteúdo variável?

A jurisprudência dos interesses, as correntes institucionalistas e o direito social vêm por contraste a afirmar o fundamento do direito subjetivo nos interesses – um direito subjetivo é um interesse juridicamente protegido. Interesses públicos e privados, individuais e coletivos são discernidos. Vista a definição na outra face, a ordem jurídica é uma institucionalização desses interesses, de suas condições de exercício, ainda que individual, segundo finalidades e funções sociais.

É esse o cenário da doutrina de Jellinek sobre os direitos públicos subjetivos. Ela cumula o debate anterior ao afirmar novo paradoxo: que direitos subjetivos têm por forma a vontade e por conteúdo os interesses, objeto dessa vontade. O direito subjetivo é uma forma transcendental, que repousa na universalidade do direito objetivo. Mas uma ordem de direito objetivo, comandada pelo Estado, depende de sua titularidade enquanto sujeito de direito. O Estado tem então direitos subjetivos públicos. Esses direitos só se podem exercer em relações jurídicas. Os estados têm relações jurídicas com os cidadãos. Logo, estes precisam ser titulares de direitos públicos subjetivos.

E assim são reconhecidos como membros do estado. A condição de membro os coloca em uma pluralidade de vínculos de *status* (JELLINEK, 1912 [1892], cap. 7). Assim como o Estado se limita pelo direito de seus membros, estes também têm sua personalidade reduzida, e sua autodeterminação é limitada pela ordem jurídica (*status passivo*, *status subiectionis*). Assim como a soberania do Estado é um poder limitado, exercido no interesse geral sobre as pessoas, essas também têm um domínio, uma esfera de poder individual, limitada, mas defesa contra a intrusão do *imperium*. É a esfera das liberdades, do *status negativo*, *status libertatis*.

Mas se toda atividade do Estado é exercitada no interesse dos súditos, há um interesse, uma capacidade jurídica desses súditos em ativar o uso do poder estatal em seu favor, em receber ações e prestações por parte do Estado. É o *status positivo*, *status civitatis*. Finalmente, a atividade do Estado se viabiliza por meio da ação individual, de seus

súditos. A capacidade de agir por conta do Estado qualifica a cidadania ativa, a titularidade e o exercício de direitos políticos, o *status attivo*, *status activae civitatis*.

Os quatro *status* – passivo, negativo, positivo e ativo; prestações ao Estado, liberdades diante do Estado, pretensões dirigíveis ao Estado e prestações por conta do Estado – perfilam essa linha ascendente que amplia o conteúdo, lado a lado, da personalidade do Estado e da personalidade do indivíduo. As relações entre essas pessoas são relações de direito público. São relações entre titulares de direitos públicos subjetivos.

Tal doutrina é elucidativa, mas também insuficiente. Se quiséssemos aplicá-la a uma visão atual dos problemas constitucionais, os termos apareceriam embaralhados. Afinal, há submissão efetiva não apenas ao Estado, mas a uma série de poderes privados. A relação de sujeição que se apresentava na imagem vertical do vínculo entre Estado e súdito emerge, de fato e de direito, na esfera privada, onde pretensamente haveria só relações horizontais, entre indivíduos livres e iguais. Os domínios privados cercados contra o império público – a propriedade e o contrato, a subordinação hierárquica em qualquer organização (empresarial, acadêmica, religiosa) que é a outra face da liberdade dos papéis sociais (trabalhador/ empresário, estudante/ professor, leigo/ sacerdote) – de um lado espelham nas relações privadas o eixo vertical projetado para o Estado. De outro lado, a relação entre cidadão e Estado amaina a velha imagem do súdito contra o soberano, e os direitos políticos, mas também as garantias processuais, o devido processo legal, a isonomia e a impessoalidade da administração pública insinuam uma relação mais horizontal do que aquela simbolizada na narrativa contratualista da soberania e da cidadania.

O naturalismo de uma esfera privada, de vínculos voluntários e liberdades iguais, também parece inverossímil, e prestações positivas por parte do estado são demandadas para organizar e realizar a própria vida privada. Assim, a cisão entre estado e sociedade parece sub-complexa para descrever o amálgama de poderes públicos e privados a estruturar a política e a economia, a educação e a saúde, as artes e a ciência. Público e privado estão sempre mixados, diferentemente do que sugere a justaposição entre uma esfera de ação estatal e outra, independente, de vida individual.

Nesse cenário, direitos contra o abuso de todo tipo de poder, público ou privado, em submeter pessoas a condições renitentes de violência e necessidade combinam-se com direitos organizacionais ou coletivos a estruturar formas jurídicas que transcendem os limites da liberdade contratual. A própria omissão estatal requer ações positivas por parte do estado – controles e defesas – e mesmo as liberdades demandam políticas e instituições ativas, para regular, compensar e mesmo expandir a atividade privada.

Esses problemas constitucionais contemporâneos e suas soluções na construção dos tipos de direitos parecem então pouco decodificáveis na semântica dos *status* de Jellinek, que respondia a outros contextos e discussões teóricas. Melhor tentar nova classificação, que destaque e explique as formas e preocupações atuais, do que buscar conter a realidade e a novidade em semânticas de outros tempos.¹²

Uma segunda classificação corrente na doutrina constitucional – direitos “positivos” e direitos “negativos” – encontra seus desdobramentos mais profundos no curso do pensamento político liberal e em sua revisão “social” no curso do século XX. Como visto (*supra* 1.2.), para Kant os pressupostos racionais da moralidade diziam respeito à conduta guiada por vontade capaz de reger-se por um imperativo de generalização. Independentemente das condições empíricas, o sujeito deve se conduzir por máxima capaz de se impor como lei universal. A ética ou a virtude diz respeito às condições interiores da liberdade, da determinação de uma vontade livre. Já o direito diz respeito à liberda-

12 Vale lembrar que Jellinek (1901 [1895]) avançou também tese original sobre a gênese dos direitos do homem e do cidadão, relevando a concepção protestante de liberdade religiosa como molde para as outras liberdades que se afirmaram como direitos subjetivos no estado, contra o estado. Para seu contemporâneo, Weber, o carisma da razão teria fundado no iluminismo a crença, não mais verossímil com o progresso do capitalismo, na harmonia natural dos interesses individuais. Diante do desencantamento rumo a um individualismo rude e a um liberalismo trágico, os direitos do homem apareceriam como fanatismos anacrônicos. Em contraponto, Jellinek, inclusive impressionando Weber, expôs a força de uma semântica cristã de sacralização da personalidade. Para uma avaliação, ver Joas, 2013 [2011], p. 20-36.

de exterior, de convivência, pela qual essas diferentes vontades livres podem ser colocadas sob leis gerais que garantam que as liberdades individuais não vão cair em autofagia, como no estado de natureza.

Os princípios gerais que tornam possível esse reino da liberdade são a base de legitimidade do direito positivo e o critério para avaliá-lo. Necessidades e interesses importam ao direito apenas na medida em que concretizados em ações externalizadas. A autonomia moral conduz à autonomia jurídica e seu garantidor é o Estado. Ao Estado cabe garantir os direitos dos cidadãos, a liberdade externa comum, não sua felicidade, fim que levaria o soberano ao despotismo. Buscar a felicidade, o bem-estar dos cidadãos apenas está justificado como meio para assegurar-lhes sua autonomia. Como se nota na observação de Kant de que a dependência econômica (de mulheres e crianças, por exemplo) solapa sua autonomia e, portanto, sua condição jurídica – justificando sua exclusão do direito de voto –, o liberalismo social do século XX veio a convergir na mesma direção, mas em sentido inverso. Isto é, consolidou-se consenso em favor da defesa da garantia das mínimas condições empíricas para o exercício da liberdade – os direitos sociais como complementos aos direitos de liberdade. Afinal, direitos civis universalistas são tragados pelas condições diferenciais de fruição efetiva, quando as formas abstratas tocam a acidentada estrutura social.

O republicanismo legou uma concepção de liberdade como não dominação, como proteção segura contra o poder arbitrário de qualquer outro. O liberalismo fundou-se em uma concepção de liberdade negativa, privada, proprietária – entendida a propriedade, no sentido de Locke, como conjunto de bens espirituais e materiais, internos e externos, a começar pelos próprios talentos e pelo próprio corpo. Essa liberdade afinal fundamenta o Estado, cuja serventia é garanti-la e, então, proporcionar uma situação de segurança na qual as trocas podem ocorrer e a sociedade pode se construir por meio do mercado. Essa liberdade justifica também que possam participar da formação da vontade estatal os proprietários, exercendo sua liberdade pública, positiva. Afinal, o substrato da liberdade positiva é o autodomínio, o autocontrole, a autossuficiência que só a propriedade proporciona.

Com rudimentos no século XIX, mas extensão efetiva apenas no século XX, e na esteira da universalização do sufrágio, institucionaliza-se a democracia social e seu espírito, sua semântica, uma espécie de liberalismo social. É nesse contexto, na verdade, que se sistematizam esses vários “conceitos de liberdade”.¹³ Direitos “negativos” e “positivos” passam a ser distinguidos por analogia a tal discussão e desencadeiam a falsa impressão de que há direitos automáticos, independentes de custos e ações do aparato estatal, e outros que demandam tantas providências que só poderão ser implementados progressivamente, em prazo a perder de vista.

No mesmo campo semântico social-liberal é que Marshall (1973 [1949]) apresentou, na metade do século XX, sua sociologia da cidadania, estendendo tal conceito para cobrir direitos civis, direitos políticos e direitos sociais. Sua esquematização trata especificamente da evolução histórica na Inglaterra. Aí as revoluções liberais do século XVIII afirmaram os direitos civis, as liberdades contra o estado. No século XIX, a democratização do governo foi suscitada pela universalização do sufrágio. Finalmente, em pleno século XX, o berço da revolução industrial teria finalmente dado resposta à “questão social”, à desigualdade de classes emergentes na nova sociedade. Eis o advento dos direitos sociais. Populariza-se, então, a associação aos diferentes séculos de diferentes tipos de direitos.

Há, de um lado, dessincronias marcadas (por exemplo, quanto a direitos políticos, associados ao século XIX mulheres só puderam votar na Inglaterra após a Primeira Guerra Mundial, já no outro século, portanto). De outro, é um esquema não facilmente endossado pelas diferentes histórias nacionais (pense-se na luta pelos direitos civis dos negros, nos Estados Unidos dos anos 1950 e 1960, ou na supressão dos direitos políticos pelas ditaduras que marcaram em diversos momentos do século XX o “Terceiro Mundo”).

Uma nota histórica é importante a respeito. Entre 1776 em Virginia ou 1789 em Paris e o século XX, não há longa tradição de constitucionalismo baseado em direitos do homem (para a visão a seguir, ver

13 Sobre essa discussão, que marca principalmente pensadores do liberalismo social, como T.H. Green, Norberto Bobbio e Isaiah Berlin, ver *e.g.* Skinner, 2002.

MOYN, 2010, p. 28-33). Para não mencionar a tradição (anti)constitucional britânica, os pais fundadores dos Estados Unidos apenas anexaram uma Declaração de Direitos à Constituição de 1788 por pressão, não por convicção da sua centralidade, e a Declaração Francesa de 1789 foi incluída no preâmbulo das constituições francesas de 1946 e 1958, mas esteve ausente durante a Terceira República, de 1870 a 1940. Mirkin-Guetzévitch, fundador do Direito Constitucional comparado, propôs na década de 1920 o rótulo de “novo constitucionalismo”. Segundo sua interpretação, os direitos constitucionais emergiram nas constituições da Europa do leste após a primeira guerra mundial, resultando da dissolução dos antigos impérios nacionais. O principal monumento dos direitos constitucionais era então a Constituição de Weimar de 1919. No início dos anos 1950, Mirkin-Guetzévitch pôde registrar o renascimento dos direitos nas novas constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial.

Na verdade, as inovações na segunda metade do século XX vieram em larga medida de um constitucionalismo ainda mais “novo”, religioso ou teocrático, coetâneo aos direitos humanos internacionais. Os “direitos humanos” – precisamente este conceito – tomam forma e ganham celebridade nos momentos finais da Segunda Guerra Mundial e durante a Guerra Fria. Os direitos humanos foram forjados então ao lado dos conceitos circundantes de “pessoa humana” e “dignidade humana” (o último debutando na Constituição da Irlanda de 1937, reaparecendo na Declaração Universal de 1948 e na Lei Fundamental alemã de 1949 – sem qualquer inspiração kantiana registrada ou memorável, vale frisar). À primeira vista, os direitos humanos são o campo de um progressismo secular e multicultural. Mas seus “fundamentos” foram encontrados em uma tradição improvável: o direito natural cristão.

Nos anos de 1940, a igreja, seus papas e pensadores tiveram sucesso em capturar e conter a semântica dos direitos, embora o direito natural clássico e cristão, o tomismo e seus seguidores nunca hajam sido receptivos à ideia de direitos e embora o catolicismo haja sido ingrediente no descrédito da democracia liberal (e na ascensão do fascismo e do corporativismo) na Europa durante o período entreguerras, especialmente nos anos de 1930. Uma interpretação comunitária conservadora do sentido dos direitos – preservando as hierarquias e divisões tradicionais na sociedade – foi então absorvida pela democracia cristã europeia e

manifestada na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950), que foi meramente simbólica e dificilmente executável por décadas. Essa versão da história foi vista como chave para avançar os “valores ocidentais” e enfrentar a barbárie, a revolução e o terror, 1789 ou 1917, o individualismo liberal, o materialismo comunista, o Islã e todos os estados rotulados de “totalitários”. O “personalismo” era a sabedoria salomônica a rejeitar tanto o individualismo quanto o coletivismo. Essa visão foi desenvolvida desde os escritos de Jacques Maritain até as encíclicas papais como *Pacem in terris* (1963, Papa João XXIII).¹⁴

Deve-se registrar que o contexto de internacionalização dos direitos públicos na forma de direitos humanos é que consagra a cisão artificial entre direitos civis e direitos sociais, turvando-a pelos dogmas ideológicos em voga. Menos que uma distinção técnico-jurídica, trata-se de simples reflexo do embate entre o bloco “capitalista”, liberal, que facilmente subscreve os direitos civis e os direitos políticos – os direitos privados, as liberdades públicas, a democracia eleitoral – e o bloco “comunista”, que apenas reconhece como verdadeiros direitos – e associa a eles a provisão estatal de bens e serviços – os direitos sociais e econômicos. Nesse sentido é que o socialismo real foi de fato fator de pressão e emulação seletiva para a reorganização dos direitos, da política e da economia mundo afora. No Atlântico norte, a social-democracia de meados do século XX e do pós Segunda Guerra Mundial incorporou em variável medida, notadamente na vinculação da imunidade pessoal a direitos trabalhistas, inovações trazidas pela legislação soviética desde o início e elevadas à constituição de 1936: direito à moradia, direito integral a serviços de saúde e à educação (até o ensino superior), direito ao trabalho (com garantias de estabilidade e vitaliciedade), previdência pública, limitação da jornada de trabalho, representação dos trabalhadores na direção dos negócios (QUIGLEY, 2007).

Ainda no contexto mundial dos anos de 1970, vale comentar outra classificação usual na doutrina constitucional e internacional: aquela que evoca a ideia de “gerações de direitos” (VASAK, 1977, p. 29). Essa concepção foi mobilizada como balanço das três décadas da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e apresenta o esforço da UNESCO em propor e cobrar providências quanto a três tipos de direitos: direitos de liberdade, de igualdade e de solidariedade. Direitos

14 Para esse levantamento sobre a semântica cristã dos direitos humanos, ver Moyn, 2015.

civis e políticos seriam “negativos”, no sentido de que requerem “que o Estado não faça nada que interfira com liberdades individuais”. A segunda geração – direitos sociais, econômicos e culturais – “requer ação positiva do estado para ser implementada”. A terceira consiste em “direitos de solidariedade” – “a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado”, à paz e “à titularidade do patrimônio comum da humanidade” –, que “podem apenas ser implementados pelos esforços combinados de todos: indivíduos, estados e outros corpos, assim como instituições públicas e privadas”.

Para fins de uma análise mais detida sobre as formas de configuração e os meios de implementação dos direitos, o discurso sobre gerações ou dimensões de direitos – cada geração mudando o sentido de direitos previamente garantidos os redefinindo segundo o novo espírito da época – conta uma meia verdade e idealiza à moda de um progressismo aspiracional experiências históricas muito contingentes, emaranhadas e reversíveis. Dá uma visão otimista de um consenso raso que se teria atingido em plena Guerra Fria – raso o bastante para contar com endossos retóricos e esvaziamento prático das providências necessárias, conforme o tom e o peso de cada governo nacional. Na sequência da Guerra Fria, a Conferência de Viena de 1993 afirmou a indivisibilidade entre as categorias de direitos; mas, na prática do Direito Internacional e dos constitucionalismos domésticos, persiste amplo dualismo entre direitos autoexecutáveis e outros, “de segunda categoria”.

De fato, apenas três décadas após a Declaração Universal é que seus derivativos executáveis se tornaram realidade: em 1976 os Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais – lançados dez anos antes e assim bipartidos – entraram em vigor. Apenas nos anos 1980 as petições individuais ganharam uso massivo na Corte Europeia de Direitos Humanos, órgão do Conselho da Europa. A Convenção Americana de Direitos Humanos, lançada em 1969 pela Organização dos Estados Americanos (OEA), entrou em vigor somente em 1978, quando muitos países latino-americanos estavam sob ditaduras militares e não eram seus signatários. Assim, a semântica das “gerações” de direitos busca motivar progressos práticos, sendo pouco precisa em seu potencial descritivo, seja em termos do funcionamento dos sistemas jurídico e político (sempre ativados, mesmo por direitos pretensamente “negativos”), seja em uma avaliação histórica.

Na verdade, proteção social, leis da pobreza e preocupações afins são copresentes, coetâneas ou mesmo mais antigas que as titularidades de imunidades e liberdades – na larga paisagem das civilizações (MOYN, 2010, p. 17-8), nos diferentes “partidos” em disputas políticas e transformações (MOYN, 2010, esp. p. 31-41, 63-81, 85-6) ou mesmo em alguns momentos cruciais, como o advento da economia de mercado no século XIX (MOYN, 2010, p. 35-6). O século XX é marcado pela ascensão tanto do direito público quanto do direito social, a se contraporem e pressionarem as formas e ideais do direito privado. O fato de que cada trajetória regional ou nacional desordena essa sucessão intelectual, apresentando também avanços e refluxos caóticos das diferentes categorias de direitos (políticos, civis e sociais) é complicação derradeira.

Deixa-se de esclarecer que “direitos” são apenas um meio, um mecanismo, e que o acesso aos bens e serviços essenciais – fim dessas pretensões – dependerá sempre de políticas públicas e da ação privada nos mais diversos setores, em quadro complexo não amoldável à individualização de qualquer problema como questão judicial de interpretação e aplicação de direitos subjetivos. Isso não significa que os direitos, como instituições, não possam ser amoldados de diferentes formas e, assim, serem transformados em suas funcionalidades. Pelo contrário, esse é o ponto de uma abordagem de meios e fins em relação aos direitos.

Fora questões de caráter histórico e ideológico, é no campo dos procedimentos judiciais que a distinção entre tipos de direitos pode fazer algum sentido. Um problema está na possibilidade de se exigir direitos sociais universais por meio de ações individuais. São direitos universais, não direitos trabalhistas ou a prestações de seguridade social ou de um programa social; é o caso do direito à saúde, à educação, à moradia, à comida, à água, ao transporte, à cultura, ao lazer, ao meio ambiente equilibrado. Pode um litigante individual requerer “sua parcela” de educação, saúde ou meio ambiente? Ou um cidadão pode apenas contar com os serviços públicos já oferecidos e cobrar do judiciário apenas o controle das políticas públicas? A diferenciação dos procedimentos precisa dar conta dos diferentes modos de “representação” da esfera dos direitos no centro decisório das cortes.

Por outro lado, direitos sempre dizem mais e podem gerar mais respostas do que o repertório atual de vias para cobrá-los e acioná-los. Construir uma visão de conjunto dos vínculos entre as pretensões sustentadas como direitos e seus possíveis desdobramentos em medidas que promovam a fruição efetiva dos bens da vida almejados é o desafio do modelo proposto.

1.11. DO MODELO DIPA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Esta parte visa a providenciar incursão em uma nova imagem dos direitos constitucionais – ou, mais amplamente, dos direitos públicos. Uso “direitos públicos” como referência que cobre direitos sustentados tanto por ordens nacionais (especialmente direitos com status constitucional), mas também pelo direito internacional dos direitos humanos e eventualmente pelo direito supranacional de blocos regionais (o paradigma da União Europeia) e pelo direito transnacional, subnacional ou setorial, constituído por ordens autorreguladas por corporações (códigos de conduta, diretrizes, padrões), ONGs ou povos autóctones. Esses direitos são textualizados em molduras normativas não apenas válidas em distintas esferas espaciais, temporais, materiais e pessoais, mas também com diferentes “graus” de executoriedade, desde declarações não vinculantes até normas peremptórias de costume internacional (*jus cogens*), de cláusulas constitucionais “pétreas” a regulamentos administrativos facilmente reversíveis, de cláusulas quase contratuais até acordos de arbitragem. Direitos públicos são direitos políticos, por oposição aos direitos privados como sinônimo virtual de direitos organizadores da ordem de mercado. Portanto, o caso central de direitos públicos consiste em direitos dirigidos contra o centro do sistema político, o estado. Esses direitos podem ser reivindicados por indivíduos (ou grupos) perante cortes nacionais, assim como perante tribunais internacionais, como as cortes interamericana e europeia de direitos humanos.

No que diz respeito ao sistema universal de direitos humanos (nas Nações Unidas), comitês não judiciais para cada tratado e o Conselho de Direitos Humanos têm estabelecido, ao lado de suas atividades de monitoramento da implementação de direitos e de violações, por meio de relatórios, procedimentos de reclamação acessíveis a indivíduos,

grupos e ONGs. E mesmo se indivíduos atualmente não têm acesso à Corte Internacional de Justiça ou ao Tribunal Penal Internacional, violações graves e massivas de direitos humanos são também abordáveis por disputas interestatais. Não menos importante é notar que a jurisprudência de uma jurisdição constitucional pode ser argumentativamente invocada por outras cortes constitucionais, assim como o direito internacional dos direitos humanos “invade” a jurisdição constitucional, e vice-versa. Finalmente, ordens privadas ou para-estatais, subnacionais ou transnacionais, apresentam autorregulação que mimetiza, modifica, reforça ou colide com as formas estatais de organização de poder e garantia de direitos básicos.

No que segue, proponho-me a mapear formas institucionais associadas ao desenho constitucional de direitos e poderes, apontando esquemas imaginados teoricamente e também projetados em experiências do direito constitucional comparado. Assim, mesmo que minha preocupação central permaneça sendo os direitos constitucionais, faço comentários colaterais sobre as possíveis implicações desse sistema de direitos para outras ordens jurídicas (como o Direito Internacional), apontando alguns efeitos-demonstração que podem levar uma ordem a aprender por observação das outras. Este modelo de direitos públicos consiste de direitos de desestabilização, imunidade, participação e autonomia (autorregulação). Seguindo tais categorias, podemos chamar a este modelo de DIPA.

O passo que este trabalho dá é, depois de clarificar as confusões e anacronismos enraizados nas tentativas de classificar direitos humanos e constitucionais segundo gerações ou dimensões (*supra* 1.10.), cumprir a tarefa mais importante, ao lado da crítica: a construção. Assim, oferece uma classificação, um esquema alternativo. O modelo DIPA de direitos é informado por concepção que visa a lidar com a ilusão trigêmea dos direitos públicos.

A primeira ilusão é a da invulnerabilidade dos direitos públicos – direitos humanos e constitucionais como um escudo suficiente contra todo risco. Em vez disso, cada modelo, regime ou sistema de direitos – o efeito combinado dos direitos endossados por leis, cortes, tratados e constituições – estabelece uma combinação de plasticidade-rigidez e segurança-insegurança. As ideias correlatas de um princí-

pio da proibição do retrocesso, de normas programáticas vinculantes ou mesmo de cláusulas pétreas em uma constituição tentam afirmar pela hermenêutica uma expectativa tão contrafática que perdem a base da realidade dos ciclos políticos e econômicos – o ruído do ambiente que o sistema jurídico não pode deixar de ouvir.

O modelo de direitos aqui proposto entende que todos os direitos individuais e coletivos em uma constituição são mais bem protegidos se não apenas contam como uma proteção de direito contra política, mas também com o próprio apoio político. Assim, melhorar acesso ao controle judicial de constitucionalidade e suas ferramentas de controle do poder político é um lado da moeda. O outro é abrir mais canais de participação, de modo que direitos políticos sejam uma garantia eles mesmos para a mobilização social dirigida a preservar e aperfeiçoar dotações básicas. Uma constituição não pode ser cristalização trans-histórica de programas e valores. Isso significaria proteger interesses e ideais que perderam sua legitimidade e fracassam em atender a novas demandas (como ler os textos canônicos do constitucionalismo moderno sem envergonhar-se de muitos dos argumentos que fundamentaram as instituições constitucionais clássicas?). Se uma constituição tem que combinar mudança e estabilidade, não podemos apenas nos fiar no centro do sistema jurídico (especialmente em cortes supremas ou constitucionais), que provê sua coerência e permanência, mas precisamos considerar também a periferia do sistema – reconhecer a mutabilidade endereçada primeiramente pela política ao direito. O Direito Constitucional não poderia ser um dispositivo “suprademocrático”. É um mecanismo para o direito autocontrolar sua mudança, de modo que o que é provisoriamente colocado à parte da política normal da legislação ordinária é uma imunização que autoriza o direito a lidar com mais riscos ao mudar suas outras partes.

A segunda ilusão poderia ser chamada de “direitos sem direito”. É manifestada quando declarações de direitos são infladas – ao modo da referência de Luhmann aos valores como “balões a serem mantidos à mão para serem inflados quando preciso, especialmente em ocasiões festivas” (LUHMANN, 2012 [1997], p. 204). Uma assembleia constituinte seria boa ocasião para tanto. Assim, com tal álibi simbólico, a tarefa crucial do legislador ordinário pode ser abandonada, como se o texto constitucional irradiasse sua luz e seus poderes autoexecutó-

rios. É óbvio que, se lidamos com direitos jurídicos, eles precisam ser sustentados pelo direito, isto é, todas as prerrogativas, titularidades, dotações precisam ser embasadas por materiais jurídicos, formas jurídicas, por procedimentos assim como por um ramo substantivo do direito. Em suma, direitos são instituições, mas demandam também outras bases institucionais, como organizações e procedimentos.

Ilusão análoga é a de que o direito pode resolver tudo. Na verdade, o direito apenas controla a mudança jurídica. Em grande medida, desenvolvendo suas próprias estruturas, o direito pode melhor abordar os problemas ambientais (do ambiente social e natural) que ele traduz em problemas jurídicos. E diferentes formas institucionais têm diferentes consequências em providenciar uma tradução mais eficiente. Apenas trabalhando dentro das estruturas internas de cada sistema eles podem ser mais bem habilitados e controlados. Do contrário, uma visão inflacionária leva à desdiferenciação expansiva das dinâmicas (sempre parciais) de determinados sistemas funcionais. E essa pressão incontrolada resulta então em mais integração sistêmica – com efeitos em exclusão social e falta de liberdade tanto para sistemas sociais quanto para indivíduos. Os direitos são apenas uma das ferramentas para consertar um contexto que avança para além dos limites do direito. Mudanças abrangentes na educação, na saúde, na economia e na política não podem ser dirigidas pelo direito e não são tornadas supérfluas uma vez que tenhamos direitos a educação, saúde, moradia, água ou desenvolvimento.

A terceira ilusão é de que por meio dos direitos públicos podemos nos entrincheirar no Estado e estarmos protegidos dos riscos do mercado. Na verdade, cada sistema funcional pressupõe os outros sistemas, mas cada sistema funcional sofre de uma necessidade e de uma ameaça permanentes. Essa necessidade é de ser sustentado pelo sistema político (pelo estado) e/ ou pelo sistema econômico (na forma de empresa) e a ameaça é ter sua função alienada pela política e/ ou pela economia. Por outro lado, há interdependência sistêmica – a autonomia de um sistema repousa sobre a pressuposição do outro. A política não pode desempenhar as tarefas da economia, e nenhuma economia funciona sem os requisitos institucionais providenciados pelo sistema político.

Temos direitos públicos como vínculo entre direito e política, por meio das normas constitucionais e de seus equivalentes funcionais nas ordens jurídicas internacionais, supranacionais e transnacionais. Temos direitos privados como instituições ordenadoras do mercado. E todos os outros sistemas funcionais? Educação, saúde, arte, esporte, religião, ciência dependem da organização pelo direito privado (emulando as formas econômicas do direito contratual, societário e proprietário) e/ ou pelo direito público, na forma de serviços públicos, regulação e apoio. Sem negar o realismo de partir desses corpos de direito, precisamos reconhecer a necessidade de desenvolver desvios das formas convencionais de direito público e privado, de modo a construir realmente não apenas direitos educacionais, sanitários, artísticos, mas também seu direito correspondente. No curso do século XX essa tarefa teve apenas seus primeiros passos.

A ressurreição dos discursos sobre a “sociedade civil” é indício desse problema de imergir e desatrelar o direito do Estado e dos negócios, embora não providencie uma imagem suficientemente complexa. Unger mantém uma imagem da sociedade centrada no Estado, mas aponta algumas linhas sobre a auto-organização da sociedade civil fora do estado (e do mercado). As visões do direito social, do institucionalismo e do pluralismo jurídicos são notável inspiração aqui.

Seria ilusório, de um lado, fantasiar a “sociedade civil” como um tipo de comunidade antiga ou cidadania republicana, acima da parcialidade das disputas entre ideais e interesses. Movimentos sociais são também grupos de interesse na política. De outro lado, podemos ver os direitos como demanda normativa voltada à contenção da dinâmica expansiva de alguns sistemas – não apenas a política, mas especialmente a economia e a ciência – e da pressão que fazem para impor seus imperativos (seus códigos, programas e fórmulas de contingência) sobre os outros sistemas (TEUBNER, 2012). Essa contenção é também ilusória se apenas afirmada como barreira normativa, sem a trabalhosa reconstrução das estruturas internas de cada sistema e de sua institucionalização pelo direito.

Como podemos então imaginar para além dessas ilusões e da miragem de direitos onipotentes e justiça imanente?

Um primeiro conjunto de pontos lida com três atributos dos direitos: sua relação com organizações e procedimentos, o efeito combinado dos diferentes tipos de direitos no modelo DIPA e a relação entre direitos, indivíduo e sistemas sociais. O último atributo é o que referi quando justifiquei o paradoxo aparente de os direitos serem tanto “sociais” quanto “civis” (*supra* 1.9.).

O segundo atributo diz respeito ao “efeito sistêmico” ou aos “problemas de coordenação” dos diversos tipos de direitos aqui discernidos.¹⁵ A configuração desses direitos é variável, conforme sua “concretização”: tanto a concretização legislativa (o detalhamento constitucional ou infraconstitucional das condições de acesso aos bens, serviços e titularidades que compõe cada pacote de direito subjetivo) quanto a

15 Ao submeter o regime ou sistema de direitos de Unger a uma análise lógico-formal, discernindo as posições jurídicas (Hohfeld) e as relações deontológicas envolvidas, Eidenmüller (1991a; 1991b) diagnostica concorrência entre posições jurídicas *prima facie* para cuja colisão esse sistema não pré-definir as soluções. Conclui então que é um sistema de direitos “contraditório, opaco, impraticável, custoso e não totalmente sustentado pelo que Unger oferece como justificação de fundo para ele”. Essa crítica é desfocada por vários motivos; entre eles: (1) a referência aos tipos de direitos (direitos de desestabilização, direitos de imunidade etc. – sempre no plural) é aberta, sendo que a definição precisa das posições jurídicas envolvidas em cada tipo dependeria da concretização legislativa e, depois, judicial. O intuito do sistema teoricamente esboçado é “programático”; por isso ele é em grande medida indeterminado, sem “prazo de validade” e contexto de aplicação definidos. Não se trata de uma minuta de projeto de lei ou algo do tipo. Pretender resolver colisões concretas de direitos (como um lógico-juiz hipotético) a partir desse esboço teórico é algo fora de propósito; (2) a relação entre as definições institucionais apresentadas e a visão normativa defendida é relativamente frouxa: as definições são ilustrativas e relativamente imprecisas, os ideais propostos não são todos incorporáveis em qualquer sistema de direitos ou esquema constitucional, muito menos nos específicos traços dos direitos e da constituição apresentados por Unger quase que a título de exemplo; (3) o sistema de direitos apresentado apenas expande variações discerníveis no direito constitucional comparado, ou nem tanto – usa conceitos familiares à experiência jurídica americana. De certo modo e em certa medida, esse sistema já existe na prática. Se ele é logicamente insustentável, o problema deve estar... na lógica.

concretização pela implementação de reformas institucionais e políticas públicas justificáveis enquanto medidas tomadas em vista da fruição efetiva de determinados direitos.

Entender os direitos como formas – a dualidade de fins substantivos e meios instrumentais – é em verdade um hábito cultivado sob o “modelo global” de direitos constitucionais e controle de constitucionalidade (sobre esse “modelo”, ver *infra* 9.1.). Aí, a identificação entre direitos (a pretensão material) e princípios (como um tipo de norma com estrutura diferente das regras) procede “formatando” um tipo de raciocínio jurídico visto como legítimo e adequado aos juízes. Trata-se de condicionar programas finalísticos (*infra* 3.6.).

Porém, em linha com a radiografia das estruturas internas do sistema jurídico, precisamos situar as cortes como parte de uma imagem mais ampla. Esse desenho ampliado da execução dos direitos mostra os meios e sustentações institucionais alternativos para a implementação. Dois pontos então precisam ser clarificados: como a relação entre meios e fins pode ser acessada na implementação e como essa relação muda conforme as alternativas institucionais que sustentam diferentes estilos de raciocínio. O pressuposto de fundo é a supercomplexidade ou o “excedente” dos direitos em relação às organizações e aos procedimentos para implementá-los. Cada pretensão pode ser tratada por diferentes métodos de trabalho.

O calcanhar de Aquiles posto pelo fato do “efeito sistêmico” é que, se as mudanças progridem parte por parte (implementando cada tipo de direito, mas também mudando as estruturas do contexto mais amplo em que esses direitos funcionam) – como “reformas revolucionárias” –, resultados parciais podem solapar os fins originais e bloquear sucessivas mudanças que levariam à direção imaginada. Esse é um ponto vulnerável de qualquer programa de mudança institucional, não apenas de um sistema de direitos ou de uma reorganização constitucional. Não seria um desafio para uma proposta autoritária de transformação (com sua ação voluntarista para compactar todo um conjunto de mudanças dentro de um comando rigidamente organizado) nem para uma teoria normativa que fixasse uma imagem mais ou menos abstrata da sociedade e, com um proposital agnosticismo institucional, deixasse o desenho institucional para exercícios de conjuntura de engenharia

social, fora da própria teoria. Mas, então, o problema da transformação estrutural nunca é abordado em profundidade e detalhe, liberto dos dogmas das ideologias do século XIX. Na verdade, como as transformações aqui concebidas começam das instituições atuais (aquelas que fundamentam a “liberdade dos modernos”) e também estendem imaginariamente variações existentes de determinados temas, podemos esperar um progresso por desequilíbrios e contradições, sempre com riscos de refluxos, mas não um salto no escuro. Especialmente no modelo de direitos, a calibração será sempre contingente, mas muitas matérias-primas estão já disponíveis e em funcionamento.

A crítica das normas e raciocínios finalísticos é que eles recairiam em concepção puramente “instrumental”, que minaria o estado de direito. Na verdade, não se trata de desenhar um amplo e predefinido plano para o futuro, sempre contingente e perigoso. Não planejar seria tão irracional quanto circunscrever o futuro à antevisão presente. Como vimos (*supra* 1.7.), em uma perspectiva experimentalista, a definição dos meios e fins é sempre aproximação imperfeita, abrindo espaço para correções de rota que os redefinem.

Dependente do método e progresso das reformas e das concretizações legislativas e administrativas, na flutuação das forças políticas, o efeito combinatório dos diversos tipos de direito culmina na necessidade de delinear uma visão sobre a interpretação e a implementação dos direitos.

Quando uma interpretação racionalizadora ou “deontológica” do direito parece requerer mais idealização do que alguém pode acreditar, a alternativa natural parece ser visão instrumental e consequencialista do direito. A interpretação e o raciocínio pelas autoridades judiciais ou regulatórias não é mais tutorada pela filosofia moral, mas pelas ciências comportamentais. A saída desse dilema parece ser dupla: relativa ao estilo argumentativo e ao desenho procedimental.

Quanto à argumentação, deveríamos evitar a degradação do raciocínio jurídico em cálculo pretensamente científico de incentivos e desincentivos comportamentais, e insistir na nota peculiar dos discursos jurídicos – comum à invenção e à interpretação do direito. Esse atributo é o vínculo entre as regras, suas justificações e sua agregação na forma de instituições que informam práticas. A mentalidade judicial (ou, por equivalência, também da doutrina e da administração) comporta uma

abordagem particularista a propósitos, um formalismo mitigado, como opção mais defensável (*supra* 1.5.). Esse enfoque não nega a proteção igual e o devido processo e respeita mais os requisitos democráticos, a supercomplexidade e o profundo dissenso na sociedade. Quanto a procedimentos, a inclusividade na codeterminação de sanções, na governança, regulação ou gestão, permite experimentar a coincidência entre fatores cognitivos e normativos.

Estamos, portanto, remetidos ao primeiro ponto, da relação entre a esfera pública dos direitos e sua configuração pela dinâmica da esfera organizada dos poderes. Começamos com a evidência da relativa indeterminação dos direitos com respeito a que organizações e procedimentos os atualizariam. Por esse atributo, os direitos têm um caráter institucional independente, e não podem ser confundidos com as instituições que funcionam para lhes dar realidade. Eles são sempre mais complexos – revelando um “excedente” de possibilidades inatingíveis – do que o centro organizacional dos poderes políticos e do judiciário. A distância entre texto e “realidade”, porém, pode deixar de ser normatividade e começar a ser apenas símbolo – presença de algo ausente.

Na onda do constitucionalismo de Weimar, constituições do século XX se superaram em estender a enumeração de direitos, mais ou menos como promessas vazias. Observando essa tendência, poder-se-ia propor uma “mudança de enfoque – dos direitos substantivos para as normas do poder [...]” (UNGER, 2001a [1985], p. 190). Mas não podemos simplesmente substituir uma conversa sobre direitos por um discurso sobre a organização do estado, embora um lado pressuponha o outro. Os direitos funcionam como *instituições imaginantes*, amplificando a observação de segunda-ordem dentro do próprio sistema, aumentando sua irritabilidade, a variação que pressiona por reformas nas instituições que são vistas como aptas a implementá-los.

Reconhecendo esse atributo estrutural dos direitos, podemos então esquadriñar os diferentes poderes e procedimentos capazes de lidar com diferentes tipos de titularidades. Então, diferentes mecanismos de organização e balanceamento dos poderes envolvem efeitos na fruição de direitos – formas de separação de poderes (legislativo/ executivo, administração/ governo, governo/ cortes), descentralização territorial (autonomia regional, devolução, federalismo rígido ou cooperativo) e procedimentos para interpretar e implementar direitos

(como diferentes modos de controle de constitucionalidade dentro do governo e do judiciário, processo civil, remédios constitucionais, legitimações processuais, organizações dentro e fora do estado para proteger interesses públicos etc.). Assim como o mercado não pode ser abordado sem atenção a suas organizações, ao lado da oferta – daí o papel do antitruste, por exemplo –, a via não ilusória para abordar os direitos é analisá-los e focar suas estruturas organizacionais correlatas *pari passu*.

A definição dos quatro tipos de direitos obedece a lógica talvez complementar, mas não coincidente, com a simples definição substantiva dos direitos. Por seu “conteúdo” – educação, liberdade de expressão, propriedade –, direitos costumam ser classificados ao longo das divisões ideológicas de direitos civis e políticos (individuais) *versus* direitos sociais, econômicos e culturais (coletivos), incluindo em alguns casos uma terceira, quarta ou quinta “geração” de direitos etéreos. Direitos fundamentais, é certo, são um agente duplo, trabalhando ao lado da política e do direito, da personalidade jurídica (a ser traduzida, em juízo, em termos de legitimação para agir) e da opinião pública (como retórica de irritação e cobrança em relação ao estado); ora são facilmente justiciáveis, caminhando ao centro do direito, ora são cobráveis em protestos e reivindicações dirigidos ao centro da política.

Diante da classificação aqui proposta, cada direito material (à vida, à segurança, à educação) pode viver várias vidas: como direito de desestabilização, de imunidade ou de autonomia, por exemplo. Isto é, cada direito substantivo (a um meio ambiente sadio, a liberdade, a saúde etc.) pode funcionar como direito de desestabilização ou de imunidade, de participação ou de autorregulação (autonomia). Em suma, os quatro tipos de direitos públicos são definidos pelo conteúdo concreto e escopo da reivindicação, não pelo interesse abstrato protegido (meio ambiente, saúde ou liberdade científica) ou pelo sistema funcional a que o direito “substantivo” está relacionado. Mesmo os direitos ao desenvolvimento, à democracia, ao acesso à comunicação, ao patrimônio comum da humanidade hão de ser encarnados nesses perfis procedimentais. Desse modo evitamos controvérsias vazias e classificações sem sentido (por exemplo, propriedade não ser um “direito econômico”).

Como as categorias são definidas procedimental e funcionalmente, como cada “direito material” se ajustará a uma “categoria procedimental” depende do remédio ativado e do resultado esperado. Trata-se de uma abordagem funcional e tipológica. Um direito funciona como direito de desestabilização se serve para provocar uma reforma localizada, porém estrutural, corrigindo práticas e instituições que afetam pessoas potencialmente indetermináveis. Se o direito é usado para buscar a atribuição de um bem ou serviço, compensação simbólica ou material, indenização pecuniária ou não a uma pessoa ou grupo, então é um direito de imunidade. Se o direito material é invocado para garantir o exercício de um direito de voto já reconhecido em procedimentos decisórios, então estamos lidando com direitos de participação (ou, como direito de desestabilização, é uma demanda para abrir espaços de participação em deliberações ainda não abertas). Finalmente, se a reivindicação é para estabelecer espaço para alguma medida de autorregulação, então temos os direitos de autonomia. Uma circunstância largamente marginalizada na teoria, mas com evidente centralidade na prática, concerne ao fato de que direitos básicos são também titularizados por pessoas jurídicas (e.g. a proteção constitucional da propriedade). Direitos de desestabilização e autorregulação, especialmente, recolocam esse agente quase esquecido no palco de um modelo crível para descrever e imaginar a sociedade hoje.

A disjunção moderna entre direito material e direito processual – e entre direitos materiais, de um lado, e direito de ação e garantias processuais, de outro – é ilustração exemplar das limitações de uma concepção de sucessão de gerações de direitos e conta a favor da ideia de que o imaginário e as formas institucionais definidos em cada geração são incorporados e redefinidos pelas “gerações” posteriores, como “dimensões” de um modelo sincrônico. Assim, se os direitos de primeira geração – as liberdades – pareciam ser suficientemente garantidos pela ação judicial individual e depois por meio do controle judicial de constitucionalidade das leis, os direitos sociais reclamarão meios de concretização como o controle judicial da omissão inconstitucional dos poderes políticos e o controle das políticas públicas. Direitos à saúde, à educação, ao meio ambiente equilibrado, à cultura e tantos outros reclamam vias processuais de ação coletiva e legitimação judicial de órgãos que representam interesses de coletividades determinadas ou mesmo indetermináveis.

No entanto, mesmo direitos tipicamente “de primeira geração” – como a liberdade de informação e de expressão – precisam dessas ferramentas processuais surgidas apenas com o advento do estado social (controle da omissão inconstitucional, controle de políticas públicas, ação coletiva) para ganharem concretude em massa, em escala ampliada, para além do nível de um ou outro indivíduo. A conclusão da história é de que não há direitos públicos subjetivos prontos para uso, dados pela graça da natureza: todos dependem de políticas públicas do executivo, de vias diversas de controle judicial, de providências legislativas, de mobilização individual e coletiva das pessoas públicas e privadas. Todos os direitos são instituições sociais e sua modelização é sempre aberta a revisão e a usos planejados e imprevistos.

Portanto, a definição dessas categorias procedimentais e funcionais de direitos, por oposição à classificação ideológica substantiva, não é a mesma coisa que uma confusão entre o direito material e seu remédio processual. Um direito de desestabilização pode funcionar por meio de remédio judicial específico (um tipo de *habeas corpus* “corretivo”), ou por meio de uma reclamação perante a agência re-constutora apropriada (ou outro órgão administrativo). Um direito de imunidade funciona principalmente por meio dos procedimentos judiciais tradicionais, individuais ou coletivos – isto é, não vinculado a um remédio específico. Conforme a demanda, o mesmo pode ser dito de direitos políticos ou de autonomia. E, claro, além do processo judicial, cada direito há que ser executado, concretizado por legislação e regulação, implementado por políticas públicas e sustentado pela pressão de movimentos sociais, por alianças e negociações e pela performance de protestos públicos.

Se não aceitarmos a expectativa cãndida de que a realização de fins programados como direitos possa ser isolada de uma vez por toda do direito e mantida no “canto” da política, temos que lidar com a divisão de trabalho dentro do direito e da política e entre ambos, e então apreender os requisitos cognitivos e normativos diversificados de cada tipo de procedimento e organização. Parte do trabalho de detalhar em que consiste cada espécie de direito proposta neste modelo é avaliar como cada uma se traduz nos termos dos sistemas jurídico, político, econômico.

Quanto a procedimentos e organizações, a diretriz geral é que cada tipo de direito é definido tanto por sua função quanto por seu grau comparativo de determinação. Assim, direitos de imunidade e participação são presumivelmente mais determinados que direitos de desestabilização e autorregulação. Em princípio, os direitos mais definidos são os de imunidade e participação – hão de ser suficientemente definidos por legislação e regulamento e facilmente executáveis pelas cortes. Em princípio, direitos de desestabilização têm definição jurídica mais fluída e flexível. Podem também funcionar para ir além de direitos de participação (especialmente de voto) já assegurados, pressionando por intervenções que expandam as oportunidades de participação em decisões do Estado e eventualmente de organizações privadas. Finalmente, direitos de autonomia podem ser tão indefinidos quanto direitos de desestabilização; como consistem em direito implementado precisamente pela unidade política autônoma ou ordem privada, o judiciário ou a administração estariam extravasando os limites de sua competência se firmassem definição concreta precisa desses direitos – e não simplesmente zelassem por alguns parâmetros básicos. A indefinição é atributo natural do direito de autonomia, e se presume que é o titular institucional ou coletivo deste direito que irá definir em maior extensão seu conteúdo.

Assim, friso o postulado de que quanto menor o grau de determinação de um direito, maior a necessidade de incluir mais e mais agentes no procedimento de definição das medidas específicas a executarem a pretensão. Essa necessidade não é apenas forma de melhor generalizar congruentemente expectativas normativas e um requisito de legitimação (à medida que se passa de um estilo formalista de julgamento para a produção criativa e gerencial do direito) de modo a evitar planos tecnocráticos de cima para baixo, mas também um requisito técnico ou gerencial ele mesmo: um Estado comandante não pode acessar o conhecimento local interno a cada sistema funcional; então, agentes ou observadores de cada sistema a ser corrigido hão de ser engajados para reduzir as deficiências informacionais das autoridades.

O tomador de decisão administrativo ou judicial está na posição de observador de observadores, não de guia onisciente ou hercúleo. A complexidade, diferenciação e contingência da sociedade e de seus sistemas apenas se ajusta a abordagem pragmática e experimentalista

do processo decisório, com abertura para revisar soluções à luz das experiências, das possibilidades e dos constrangimentos testados em tempo real durante a implementação. Então o curso pode ser mudado ao longo do próprio percurso. Um procedimento inclusivo e experimental é certamente iconoclasmo tanto para tecnocratas quanto para juízes ritualistas. Mas a falibilidade e o experimentalismo – a capacidade de aprender fazendo e de corrigir os erros durante o processo – são pontos focais tanto da ciência quanto da democracia e deveriam ser também habilitadas por procedimentos e práticas de implementação judiciais e administrativas. Uma consequência dessa diretriz de abertura e participação é que poderá haver órgãos, programas e processos mais aptos a cumprirem tais requisitos.

Além do detalhamento das especificidades de determinada categoria de direitos aqui apresentada, há uma série de preocupações transversais, comuns à análise de todos eles.

- 1) questões relativas ao que há pouco foi descrito como as *três ilusões dos direitos públicos*. Essas questões dizem respeito à relação entre os direitos e
 - a. a plasticidade, segurança e invulnerabilidade das estruturas sociais,
 - b. sua sustentação pelo direito e
 - c. sua relação com a política e a economia;
- 2) questões relativas ao que acabo de destacar como *três atributos dos direitos públicos*: sua dependência de um enquadramento procedimental e organizacional, o “efeito sistêmico” provocado pela sinergia entre os quatro tipos de direitos (e o problema de coordenação decorrente), e a dupla função dos direitos (do ponto de vista dos indivíduos e do ponto de vista da sociedade e de seus subsistemas). Assim, tentarei deslindar a relação entre
 - a. o direito subjetivo, os procedimentos e a organização do direito e da política,
 - b. entre uma categoria de direitos e as demais e
 - c. entre determinado direito e as diferenças entre indivíduo e sociedade e entre sistemas sociais;

- 3) *padrões de justificação* de determinado direito, em relação
 - a. aos valores gerais de liberdade, igualdade e solidariedade,
 - b. à avaliação desses valores sob uma visão “superliberal” ou “experimentalista democrática” (*supra* 1.7.) e
 - c. às “autoconsciências” da sociedade mundial (*supra* 1.8.), isto é, às semânticas do desenvolvimento, da cultura, da democracia e dos direitos humanos;
- 4) possíveis *extensões dessa imagem constitucional* a três tipos de ordens:
 - a. direito internacional;
 - b. direito supranacional;
 - c. ordens privadas ou quase públicas.

É o que se poderia chamar de uma “análise 4x3”, envolvendo quatro conjuntos de três questões. Ao longo da investigação circundante de cada tipo de direito, esses conjuntos de preocupações estarão presentes.

1.12. DAS FORMAS ORGANIZACIONAIS E PROCEDIMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO

Uma das causas mais próximas da frustração da realização dos direitos é não promover uma alteração correlata e coerente na organização do estado. O Estado de bem-estar vai além das funções de assistência social e consagra interesses como pretensões. Essas pretensões dependem, porém, de uma infraestrutura institucional que as processe, tanto na criação e reordenação de órgãos e procedimentos do direito e da política quanto na reestruturação ampla dos demais sistemas sociais – saúde, educação, ciência, arte, esporte, família – não controláveis pelo sistema político e apenas (ainda assim, em certa medida) “irritáveis” pela estruturação de programas e implementação de políticas públicas. A atividade administrativa e pragmática de solução de problemas e disposição dos meios conforme finalidades politicamente orientadas tem limites definidos para reorientar rotinas e práticas. Transformações estruturais dependem de reformas institucionais: afinal, organizações e procedimentos são os sistemas juridicamente estruturados e que permitem à política estabelecer vínculos intersistêmicos, construindo pontes com as finanças e a produção, a pesquisa e o ensino, cuidados de saúde e criação cultural.

Apenas para anunciar o espírito geral de algumas das propostas aqui apresentadas quanto à reconfiguração dos poderes e de sua interdependência, ressalto três linhas orientadoras. A primeira diz respeito à criação de novos poderes, não apenas com capacidade técnica diferenciada (como agências administrativas), mas também com legitimação política adensada, capaz de sustentar suas atividades. Ainda que isso multiplique conflitos, ampliará também as oportunidades que os diversos grupos da sociedade têm para apresentar e reapresentar seus pontos de vista; são também novas oportunidades para reconsiderar alternativas dispensadas e corrigir decisões. Os membros podem ser definidos de diversos modos: composição cruzada dos poderes (por indicações de outros ramos do governo), combinação de técnicos com carreiras de Estado, especialistas para assessorar projetos especiais e representantes diretamente eleitos, ou definidos por comissões ou, ainda, apontados por entidades setoriais representativas.

Uma segunda diretriz alude à qualificação da forma de provisão dos bens e serviços públicos e de desenho e implementação das políticas públicas. A provisão de qualidade inferior aos serviços privados, obtidos no mercado, retroalimenta o próprio decaimento da estrutura de fornecimento, afastando quem pode fugir da dependência dos serviços e políticas públicas – o círculo vicioso entra em operação: menor qualidade, menor apoio, menos recursos para a operacionalização e reforma da gestão...

A parceria com organizações sociais permite ao estado dispor dos saberes técnicos e gerenciais de ponta, a partir da seleção competitiva, do monitoramento e da avaliação continuada das entidades provedoras dos serviços. Da mesma forma, no desenho de políticas (industriais, educacionais etc.), a imposição de cima para baixo de planejamento público ou mesmo da regulação dos agentes privados gera ineficiências, déficits de institucionalização das políticas e falta de conhecimento das demandas efetivas. Agências de coordenação experimental com esses diversos sistemas sociais – economia, educação, saúde, artes, esportes – precisam cocriar as políticas e métodos, por procedimentos definidos, transparentes e controláveis, capazes de romper o isolamento dos poderes do Estado sem aumentar sua vulnerabilidade a corrupção e favorecimentos. Em vez de poderes encastelados, estruturam-se

poderes em rede – articulados aberta e publicamente a outros poderes e instâncias internas e externas ao estado.

Ambas as diretrizes respondem ao problema da hipercomplexidade social, que impele ao Estado adentrar a regulação de subsistemas sociais cada vez mais diversificados, cujas funções e informações não são de todos transparentes à ação estatal centralizada ou por ela substituíveis. A solução padrão é o agigantamento do executivo e da burocracia a ele vinculada. Progredir na diferenciação da organização estatal, pela definição de novos poderes, e ampliar as interfaces de cooperação com provedores privados, de fins lucrativos ou não, são respostas complementares alternativas àquela tendência.

Outra tendência é a judicialização da política, que leva juízes e sobretudo cortes constitucionais e tribunais superiores à tentativa de compensar a incompetência dos poderes políticos e à posição de prolongar, por vias tortas, meios impróprios e nas arenas inadequadas, as disputas e os dissensos políticos. A solução caminha por proceduralizar a solução de conflitos entre poderes, para retirá-la da arbitrariedade improvisada das conversações das cúpulas políticas e judiciais. O esquema embutido de um poder contendo o outro poder, como na ideia clássica e um tanto quanto “demofóbica” de freios e contrapesos, pode ser complementado pelo apelo a um árbitro externo. Em uma democracia, o principal legitimado para o papel é o povo. As válvulas de escape para plebiscitos, referendos e eleições antecipadas têm que ser dosadas para não favorecer a exacerbação da liderança do executivo e a desconstituição do controle parlamentar. Por outro lado, o adensamento dos procedimentos para a cobrança e o controle junto à própria administração pública encaminha-se para alocar ao judiciário a função subsidiária de supervisão de políticas públicas.

*

Este livro procura ser, a seguir, um mapa, um mosaico de soluções imaginadas, experimentadas, emergentes da observação do constitucionalismo contemporâneo. É apenas um ponto de partida à espera da coautoria do leitor para aprofundar certos tópicos, detalhar informações, observar mais de perto determinadas experiências e seus arcabouços jurídicos. É tentativa precária de listar e discutir uma coleção de exemplos de formas constitucionais capazes de inovar

um repertório institucional conhecido, com crescente incapacidade de qualificar a ação estatal e habilitar tanto a reprodução consistente da política e do direito quanto a estruturação e o funcionamento dos diversos âmbitos sociais recalcitrantes que não podem ser substituídos pelo Estado, mas tampouco funcionam sem políticas públicas bem afinadas com suas demandas – da educação, da economia, da saúde, da cultura, do esporte, da família e assim por diante.

Um construtivismo constitucional requer especialmente a rejeição de duas vias que se têm complementado na reflexão constitucional: a idealização de matriz kantiana e os exercícios tecnocráticos de desenho institucional. O contratualismo hipotético dos filósofos para no plano da formulação dos princípios, e o circunda por uma série de pressupostos contrafáticos, facilitando a discussão teórica e afastando a responsabilidade da teoria de compreender a complexidade das estruturas sociais contemporâneas e formular respostas institucionais a seus problemas. Serve para fomentar o diletantismo filosófico e a sofística jurídica.

O espaço abre-se então para os estudos empíricos dos “engenheiros institucionais”, fundados em igualmente restritivas e estilizadas formulações sobre economia comportamental, custos e incentivos, modelizações psicológicas, ou em estudos comparativos de ciência política. Estes, por vezes sem profundidade histórica ou capacidade construtiva e propositiva, movem-se no estreito repertório das formas e fórmulas recomendadas pela autoconcepção de universalidade de algumas tradições políticas e jurídicas, não menos provincianas pelo fato de serem influentes e dominantes.

O direito, democraticamente ancorado na política e reproduzido nas controvérsias e conflitos judicializados, foge de vista. Ressuscita-se, na captura do direito por filósofos, economistas, cientistas políticos e sociais, a caricatura de um velho formalismo. No discurso das políticas públicas, invoca interesses e objetivos como o direito privado da jurisprudência dos conceitos invocava a vontade: uma vontade homogênea e antecedente a qualquer condicionamento social, atores com conhecimento pleno de seu ambiente, com preferências estáveis. Ao se traduzir interesses e objetivos – “direito a saúde”, “livre comércio”, “meio ambiente sadio” – em políticas e regras, considera-se

que elas são objetivas, não apenas semanticamente determináveis, mas também diretamente decodificáveis em certa solução institucional de um cardápio conhecido e consensual. E as preferências dos ausentes, serão consideradas?

Aparta-se de todo esse raciocínio um problema de “conformidade” ou “eficácia”, quando é justamente de expectativas comportamentais que está se tratando todo o tempo – os regimes jurídicos são do modo como funcionam. Não há idealidade, de um lado, e empiria, de outro.

Contra essa caricatura da ação e da escolha racional em que se degrada o estudo do direito e do estado, valeria a pena lembrar Kant (ver KOSKENNIEMI, 2007) – a começar por sua crítica do racionalismo jurídico do início da modernidade, quando este pretendia que o direito fosse um sistema para explicar comportamentos, avançar preferências, calcular a felicidade e seus limites, dosar prazeres, incentivos e sanções, um instrumento e uma técnica para formatar a ordem social em vista de uma natureza humana estereotipada. Um direito assim pensado em modelizações de autointeresse e maximização de utilidade serviria mais para explicar o comportamento animal. Em busca da forma racional, o procedimento para a crítica do direito começaria por abordá-lo reconhecendo a extensão da liberdade a partir da juridicidade concebida universalmente – tateando-a no limite de suas possibilidades, e não no culto dogmático das restritas escolhas de um direito (já) posto.

Uma antidogmática jurídica, voltada para a prospecção de futuros alternativos e a argumentação sobre essas alternativas, faria mais jus à pretensão de autonomia e autoesclarecimento, à liberdade como luta do espírito para se encarnar em instituições mais semelhantes a ele, em sua infinitude e indeterminação. Se as instituições sob as quais vivemos moldam nosso horizonte de sentido, é certo que também indicam possibilidades que elas encarnam apenas de modo marginal, circunscrito ou embrionário. Ao estruturarem a complexidade, deixam muitas alternativas de fora. Não de ser abordadas com atenção ao poder resiliente dos excedentes normativos para criticá-las – as instituições existentes, inclusive as instituições constitucionais – e para imaginar outras possíveis, talvez melhores, partindo dos meios e materiais precários à disposição.

Quanto à alternativa epistemológica – ao individualismo metodológico das ciências sociais positivas e à filosofia da consciência kantiana –, aqui se tentou encaminhar uma visão da constituição como instituição. Partiu-se do centramento no sujeito para a construção do conhecimento descentrada em sistemas produtores de sentido – sociais e psíquicos. E então a constituição foi localizada em um entendimento segundo o qual as estruturas – as formas cristalizadas de pensamento, comunicação, ação e vivência – desdobram-se nos níveis das expectativas, de sua agregação em instituições e da composição destas em determinado contexto ou macroestrutura. As estruturas são construídas por sistemas sociais e se diferenciam nesses sistemas. A constituição é uma instituição que estrutura internamente direito e política, vinculando-os e diferenciando-os.

Quanto ao progresso das propostas apresentadas, e de suas correções e revisões, caminhando na direção da inovação das instituições constitucionais, não se deve cultivar ilusões. O culto à constituição – como se suas formas contingentes fossem eternas, como se as instituições já tradicionais fossem as melhores – cria aversões a riscos e a democratização da política e do direito coevoluem com a democratização econômica, educacional, cultural. Haverá resistências e bloqueios. Mas não se trata aqui de utopias, da imaginação de repúblicas perfeitas. São apenas primeiros passos voltados a ampliar a imaginação constitucional, libertando-a de sua restrição à reprodução ritualista de um repertório muito restrito de argumentos e modelos, também imperfeitos, submetidos a dominações civilizatórias e corroídos pelo tempo. Vale, para este campo como para os demais, a observação de Ariano Suassuna: “O otimista é um tolo. O pessimista, um chato. Bom mesmo é ser um realista esperançoso.”

PARTE 1 –
DIREITOS: MODELO DIPA

CAPÍTULO 2.

DIREITOS DE DESESTABILIZAÇÃO

Assim como o mercado não é uma feira medieval ou o lugar de indivíduos livres e iguais em competição, mas sim a esfera de reflexão (por meio dos preços) de um campo de força configurado principalmente por organizações, os direitos constitucionais não dizem respeito simplesmente a cidadãos iguais vivendo em um mundo cujo único Leviatã é o Estado. As grandes corporações empresariais – um fenômeno dos séculos XIX e XX – não estavam à vista das constituições e declarações de direitos do século XVIII (e os precursores rudimentares dessas organizações já eram vistos como ameaças à democracia pelos observadores liberais da república americana, por exemplo). Do mesmo modo, a burocratização dos Estados – mesmo dos Estados autoprofessados liberais – nos empreendimentos econômicos e militares e na provisão de serviços públicos é muito mal representada pelo contraste típico do constitucionalismo e das revoluções liberais entre um Estado muito limitado em face de uma sociedade livre e o antigo regime de “absolutismo” estatal.

Saindo do antiquário, hoje o funcionamento determinante das organizações públicas e privadas em processar decisões com impactos a perder de vista na vida de todos não pode ser desconsiderado. Que pessoas jurídicas também têm direitos constitucionais de imunidade – como a proteção da propriedade e da liberdade de expressão – é um pressuposto frequentemente negligenciado. Assim, é necessário contrabalançar esse lado organizado com prerrogativas especiais para as pessoas – indivíduos e coletividades – que as habilitem a desafiar juridicamente estruturas e práticas opressivas estabelecidas por organizações.

Assim como antes da democracia política pensadores como os teóricos do contrato social viam no direito de resistência ou direito de revolução (defendido por Locke, não aceito por Kant) um instrumento para a salvaguarda da liberdade individual contra um governo tirânico, um regime político democrático teria hoje que garantir a prerrogativa da “apostasia” (UNGER, 2014, p. 297, 303-5): da dissidência radical de seus próprios pressupostos, não apenas pela discordância pública (liberdade de expressão), mas também com meios para constituir um regime à parte, desde que esse regime não fosse opressivo a seus mem-

bro e os indivíduos fossem livres para dele escapar. Uma forma mais delimitada dessa prerrogativa consiste nos direitos de desestabilização: eles são uma garantia da liberdade individual em uma sociedade em que todas as organizações (públicas ou privadas, econômicas, religiosas, educacionais) representam riscos ao indivíduo (SCIULLI, 2001), não apenas o Estado (como observa unilateralmente a filosofia política).

Esses direitos podem ser compreendidos em analogia aos mecanismos de recuperação judicial de empresas (o *chapter 11* do código de falências dos Estados Unidos) ou mesmo à defesa da concorrência. “Imagine a expansão da legislação antitruste para abarcar toda forma possível de colusão e monopolização do poder; é isso que Unger procura criar com direitos de desestabilização.” (YACK, 1988, p. 1966). Eles consistem na expressão mais ilustrativa da ideia ungeriana de “estruturas revisoras de estruturas” (e.g. UNGER, 2015b, p. 72; 2001b [1987], p. 65, 532-4); de certa forma estendem a concepção liberal de “constrangimentos habilitantes” (*enabling constraints*). Na narrativa hobbesiana, por exemplo, a estruturação da “sociedade civil” (i.e. do Estado) limita a liberdade natural, identificada à extensão da força corporal de cada indivíduo no estado de natureza; mas essa liberdade limitada, civil(izada), expande a esfera de plasticidade e poder possível, organizando um esquema de cooperação social. Expande, paradoxalmente, a liberdade. Tal concepção, que na visão de um observador (YACK, 1988, p. 1967-70) Unger levaria ao paroxismo, teria como desenvolvimento mais sistemático na teoria social a obra de ninguém mais ninguém menos que Luhmann (pensemos, por exemplo, em sua visão do problema das estruturas sociais como redução e manutenção de alta complexidade).

A categoria de direitos de desestabilização emerge mais diretamente da análise e crítica de uma experiência característica do constitucionalismo americano: as “injunções estruturais” de “execução complexa” por meio das quais as cortes federais reorganizam estabelecimentos como escolas, presídios e hospitais e redefinem estratégias e políticas de moradia, policiamento, eleições e tratamento mental. O marco dessa experiência é o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), em que a Suprema Corte dos EUA decidiu pela inconstitucionalidade da segregação racial e determinou amplo processo de reestruturação da organização escolar conduzido sob supervisão judicial.

Assim, no que diz respeito aos alvos a serem demandados na reclamação de direitos de desestabilização, a lista é meramente ilustrativa e envolve organizações como as já citadas, a polícia, empresas e sindicatos – para não mencionar o Estado e sua burocracia – e práticas como a má divisão de distritos eleitorais, a discriminação no emprego e o confinamento insalubre. O tipo de ilícito sistemático não é diferente daquele tratado pelos órgãos antitruste. Megacasos de destruição ambiental ou corrupção política não estão fora do escopo dos direitos de desestabilização. Normas e direitos relativos ao tratamento igual ganhariam um efeito radical se desdobrados em um procedimento desenhado para a intervenção e correção estrutural.

No modelo DIPA, os assim chamados “direitos sociais” podem ser uma pretensão definida para cidadãos ou para um grupo particular, algum benefício fruível individualmente. Se é atualmente fundamentado por uma rede de definições normativas gerais e abstratas até aquelas específicas e concretas (constituição ou tratado, legislação ou precedentes, regulamentos administrativos), esse “direito social” funciona como direito de imunidade, similarmente aos “direitos civis”. Ambas as categorias são funcionalmente equivalentes. Em contraste, o foco de um direito de desestabilização são aqueles objetivos sociais mais ou menos definidos pelas constituições (como direitos universais a educação, moradia ou transporte) e presumivelmente atingíveis por políticas públicas continuadas, mas que atualmente contradizem uma situação persistente, embora de algum modo situada, identificável, de privação. Sendo tal objetivo uma expectativa normativa, se ela contradiz a realidade, é a realidade que precisa se ajustar à norma, não o oposto.

Construindo uma caracterização típica, no que diz respeito a sua determinabilidade, um direito de desestabilização é relativamente *indeterminado*, assim como o titular do direito é tendencialmente difuso. No que diz respeito a sua função, um direito de desestabilização é um direito que protege um ou mais indivíduos (como corpos e mentes) da extrema exclusão ou privação. Esse estado de coisas persistente ajusta-se à ideia de um déficit estrutural em uma área particular da sociedade. Logo, aquele privado do gozo do direito provavelmente não será uma pessoa singular nem um grupo bem organizado e bem definido, mas em vez disso um número dificilmente determinável de pessoas que tendem a se enquadrar nas categorias de subcidadãos e

maiorias desorganizadas, impotentes para acessar tanto o poder político quanto a assistência jurídica para resolver sua situação – para não mencionar a possibilidade escassa de acessar o mercado para satisfazer suas necessidades. Aqui reside o atributo “difuso” ou “institucional” desses direitos e a necessidade de organizações e procedimentos que ajam em lugar daquelas pessoas desempoderadas e desconsideradas.

2.1. EFICÁCIA PRIVADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Uma influente corrente do pensamento constitucional desde fins do século XX pretende superar a recalcitrância da ordem social em relação à fruição efetiva dos direitos pela invocação de uma “eficácia privada”, “horizontal” ou diante de “terceiros” (*Drittwirkung*) de direitos fundamentais, concebidos como direitos dos cidadãos vinculados a deveres de Estados e, portanto, como vinculantes apenas dos órgãos e autoridades públicos. Não é difícil que essas doutrinas se prestem a uma série de diluições e condicionantes que a fazem servir como mais um estratagem da idealização do direito – que promete tratar da “eficácia” ou da “concretização” dos direitos, embora seja vazia e diversionista quanto aos condicionantes estruturais da fruição efetiva das titularidades.

Por outro lado, na dogmática constitucional contemporânea há três posições básicas quanto ao tema da eficácia privada dos direitos fundamentais (GRABER; TEUBNER, 1998, p. 69-70). A primeira é sua negação. Concebe tais direitos como direitos subjetivos do cidadão contra o Estado e concede apenas que as fórmulas desses mesmos direitos possam funcionar como uma “ordem objetiva” de “valores inerentes”, capazes de direcionar a interpretação de cláusulas gerais no direito privado, complementando por exemplo parâmetros de boa-fé.

A segunda atitude é a da tradição americana guardiã da doutrina da “ação estatal”. Aqui, direitos básicos apenas podem gerar efeitos entre privados se e quando houver algum órgão estatal ou função pública a “contaminar”, em alguma medida relevante, por algum ato ou em algum elo, as transações e relações entre os cidadãos (ver a crítica dessa doutrina e de seus pressupostos logo mais, *infra* 2.2.1.).

Finalmente, emergem as posições que interpretam as salvaguardas constitucionais como proteções do indivíduo contra quaisquer centros de poder político ou econômico. Esses centros, evidentemente, não se

restringem ao aparato estatal. Mas então há o problema de dosagem das obrigações reflexas dos direitos públicos – em que medida podem ser impostas aos privados e em que medida podem ser decompostas em obrigações cobráveis dos diversos agentes sociais.

As duas primeiras posições costumam representar-se também na forma da distinção entre eficácia direta e a eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas (e.g. ALEXY, 2008, p. 523-42). A eficácia direta só se configuraria contra o Estado, responsabilizável pela falha em regular ou proteger o particular do comportamento de outro cidadão. Quanto à eficácia indireta, entende-se que a legislação e a regulamentação administrativa desdobram o conteúdo da constituição, projetando para baixo no ordenamento jurídico as disposições relativas a direitos fundamentais. Por outro lado, essa projeção pode ser suprida por uma “interpretação conforme a constituição” do direito infraconstitucional.

Nessa medida, no direito aplicável às relações privadas, há o vulto dos direitos fundamentais. Enquanto “princípios objetivos”, esses direitos podem ser abstraídos de seu conteúdo subjetivo (definição de seu titular, destinatário e especificidades da conduta protegida) e informarem finalisticamente o “espírito” de uma relação entre privados. Aí os direitos fundamentais funcionariam para vedar, por exemplo, abusos no exercício da autonomia privada, como em situações bem marcadas de discriminação ou de disparidade de poder e informação entre as partes, ou ainda de restrição fática da autonomia e dos direitos fundamentais de alguma das partes envolvidas. Constatadas essas situações, estaria superada a precedência *prima facie* da autonomia privada diante dos direitos fundamentais.

Por vezes, é mais útil a resposta dada pela clássica doutrina oitocentista do abuso de direito, desenvolvida no âmbito do direito privado (JOSSERAND, 1939 [1927]). Contra o caráter absoluto dos direitos privados (notadamente, da propriedade), dos quais se poderia usar e abusar, tal teoria invocava a relatividade dos direitos, do que decorria a punibilidade não apenas do ato ilícito, mas também do exercício dos direitos incompatível com suas finalidades sociais. A atribuição de direito subjetivo é vista como construção social e, logo, como condicional. Terceiros estão protegidos se o titular do direito o exercer

apenas para gerar prejuízos aos outros ou se, nesse exercício, gerar custos e ônus com os quais os outros não estão obrigados.

Resta a terceira posição, preocupada com a dispersão do controle, do poder (inclusive do poder econômico) ou, mais geralmente, com a concentração e o abuso de meios de reprodução social – poder, propriedade, saber, informação.¹⁶ Diante dela, há autores que propõe uma categoria de “direitos institucionais” (GRABER; TEUBNER, 1998, p.65-6), voltados a proteger a integridade das comunicações em determinado sistema social (como arte, religião ou família) contra movimentos totalitários e alienantes de outros sistemas (o controle político, a exploração midiática, comercial ou científica). Parte-se do entendimento de que os direitos constitucionais se voltam à proteção não apenas de interesses individuais, mas também à tutela de “bens coletivos”, como a liberdade de imprensa e de discurso. Essas “instituições sociais” seriam também destinatárias da proteção albergada pelos direitos constitucionais, embora não se trate de uma posição “coletivista”, que subordine as titularidades individuais aos corpos e entidades sociais. Direitos pessoais e institucionais conviveriam e se contrabalançariam.

Essa teorização carece de um vício principal dentro da visão aqui avançada – à parte da ideia de “direitos institucionais” colidir com o entendimento defendido neste livro, de que todos os direitos são instituições e, assim, dependem de uma configuração variada de suas condições de exercício e cobrança e, quanto ao núcleo de seu conteúdo, podem abarcar a pretensão a diversos instrumentos e políticas voltadas à fruição efetiva do bem prometido. O vício está justamente em não aclarar quais os contornos institucionais que haveriam de ter tais “direitos institucionais”; eles recairiam na judicialização e, então, o controle judicial estaria encarregado de discernir e velar pelas condições gerais para o funcionamento efetivo de instituições sociais como a imprensa livre, o governo democrático, o mercado competitivo, em um grau de universalidade e abstração que contrasta com o particularismo e a

16 Unger (2001b [1987], p. 450) conjecturava que “[o] compromisso de evitar o monopólio sobre os recursos de criação da sociedade pode justificar o estabelecimento de um poder ou agência de governo especialmente encarregado de alargar o acesso aos meios de comunicação, informação e conhecimento, em todo o caminho desde as alturas do poder governamental até os arranjos internos do lugar de trabalho”.

concretude da solução de disputas propícia à arena judicial e que ameça tornar os juízes os guardiões e censores últimos da boa sociedade.

Há uma série de conceitos semelhantes a esse de “direitos institucionais”; por exemplo, a proposta de “direitos republicanos” (BRESSER-PEREIRA, 2002). Eles fazem referência à proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural e da ordem econômica. A respeito do último item, a função seria proteger o patrimônio, o orçamento e as receitas públicas da ação predatória de políticos, burocratas, empresários e demais grupos de interesse.

Em parte, essa proposta traz os mesmos riscos e indefinições que acabo de notar; por outro lado, é altamente relevante ao identificar na construção de um novo tipo de direito um dispositivo de proteção suplementar, a ser ativado na falta de proteções específicas a condutas com grande potencial lesivo a coletividades indeterminadas. Nesse sentido, tais direitos são equivalentes ao tratamento dos “direitos difusos” no direito brasileiro, já com suas organizações de defesa preventiva e judicial (ver discussão *infra* 2.3.). Aqui, o ministério público pode elaborar “termos de ajustamento de conduta” com infratores desses direitos ou interesses, e é legitimado para os reclamar judicialmente, provendo um agente para zelar pelo interesse público – de que todos se beneficiam, mas cuja defesa impõe custos que desmotivam que um dos beneficiários (um cidadão qualquer, legitimado para propor uma ação pública ou coletiva) gaste seus recursos para proteger a si, mas também a todos os demais (para os quais gera externalidades positivas). De modo geral, ainda, a ideia de direitos republicanos é suprida pelos contornos (e acompanhada pelos dilemas e carências) aqui dados ao tratamento dos “direitos de desestabilização”.

2.2. A IMAGINAÇÃO DE TOGA

A experiência pioneira das injunções estruturais na justiça americana revelou o método de trabalho e algumas das vicissitudes decorrentes da atribuição de uma reforma sistêmica às cortes. Essa mesma experiência mais recentemente explorou também meios de implementação que corrigem alguns desses defeitos e potencializam a viabilidade e o sucesso das reformas. Vale registrar, ainda, que tal paradigma veio a ser reapropriado por diversas ordens constitucionais, como demonstram jurisdições constitucionais latino-americanas e outras.

2.2.1. ESTADOS UNIDOS: ASCENSÃO E DECLÍNIO DAS INJUNÇÕES ESTRUTURAIS

Observemos um exemplo: o excepcionalismo americano em não reconhecer direitos sociais na constituição (para não dizer em tratados vinculantes de direitos humanos) seria de algum modo contrabalançado pelo desenvolvimento do talvez mais rico conjunto de mecanismos processuais relativos a direitos civis, direito público e litigância de interesse público. O centro dessa prática são as injunções estruturais sentenciadas por juízes federais. Por meio delas, o judiciário atua dentro da estrutura interna de organizações como escolas, hospitais, asilos e prisões, reorganizando-as.

Na história americana, há uma concepção naturalista das titularidades providenciada pela *common law* e que visa à proteção de zonas de escolha e integridade individual, assim como uma visão idealista de eficiência de mercado, em que os direitos são justificados na medida em que produzam uma alocação mais eficiente de recursos. Ambas tentam proteger um sistema de livre coordenação – mercado, propriedade e contrato –, imunizando-o contra a intervenção governamental. Essa sacralização das formas existentes de organização da economia e do direito privado leva a correções comutativas pontuais.

No entanto, em mercados dominados por grandes empresas, com profundas disparidades de informação e poder de barganha, danos sistemáticos ou difusos são feitos por organizações monopolistas. Para enfrentar as práticas de organizações públicas e privadas, tanto injunções estruturais por meio de tribunais quanto a criação de agências regulatórias independentes foram inovações institucionais avançadas. Podem ser vistas como organizações e procedimentos inventados para responder aos desafios de fazer o direito funcional em uma sociedade “de massa”. Enquanto agências independentes (com capacidade de iniciativa e estrutura especializada não partidária) vieram a trabalhar principalmente por incentivos e desincentivos a agentes econômicos, o judiciário federal coordenou reformas estruturais em outros tipos de organizações – tarefa que lhe colocou desafios gerenciais sem precedentes. Esses diferentes focos podem ser explicados apenas como questão de poder político e interesses, não como uma correspondência necessária de cada tipo de iniciativa a determinada espécie de organização e procedimento.

Foquem as raízes das reformas estruturais coordenadas pelo judiciário. Desde o século XIX, diferentes correntes de argumentação e decisão constitucional foram avistadas nos Estados Unidos (TRIBE, 1977 [1976]). Um primeiro modelo, de poderes divididos e separados, em linha com Montesquieu e os arquitetos da constituição americana, considera que os direitos são mais bem protegidos pela inação, por travas em centros fragmentados de poderes – o efeito de contrabalanceamento entre distintos poderes de Estado e iniciativas estaduais. De Marshall (“inventor” do controle judicial de constitucionalidade no caso *Marbury v. Madison*, em 1803) até a Guerra Civil (década de 1860) esse foi o modelo hegemônico.

Depois, e até o primeiro quartel do século XX, o medo da “tirania” nacional levou a uma doutrina de limitações implícitas do governo, que distinguia firmemente entre as esferas dos poderes privado, estadual e nacional. A diretriz era prevenir o governo de interferir em uma assim acreditada e invisível “ordem natural das coisas” mantida pelos direitos da *common law* de contrato e propriedade.

Na onda da crise econômica e do New Deal, essas crenças foram desacreditadas e a liberdade foi então considerada como função da ação positiva do estado. Em vez de policiar o comportamento governamental invocando limitações inerentes, o judiciário voltou-se então a proteger “expectativas enraizadas” e a assegurar a “regularidade do governo” – presumivelmente parâmetros não substantivos, neutros e objetivos, que provaram ser vazios e circulares.

Depois disso, um modelo de “direitos de preferência” entrou em cena. Sua ambição era definir algumas ilhas de liberdade imunizadas contra a intervenção do Estado. Alguns direitos – como liberdade de expressão e de associação, direitos de participação política, de autonomia religiosa e de privacidade e personalidade – eram “preferenciais”. Em contraste com crenças anteriores, sendo esses direitos parte de uma esfera além do Estado, as transações econômicas e a ordem de contrato e propriedade viriam a ser vistas como produto de um sistema econômico e suas instituições, não como ordem natural além do alcance da ação política.

No mesmo período o modelo da “proteção igual” ganha influência. Seu foco é a discriminação na ação estatal. A tarefa é apontar zonas cruciais das estruturas sociais que deveriam ser abertas a todos, não admitindo formas “não racionais” de distinção. Desde os anos de 1970, todavia, a invocação do judiciário federal para a reforma sistemática sofreu críticas dados seus elevados custos. Antes desse ceticismo, a grande esperança veio dos casos *Brown* como modelo de justiça estrutural. Na verdade, no caso *Brown I* (1954) a corte apenas constatou a violação do preceito da igualdade pela dinâmica segregacionista do sistema educacional (justificada pela doutrina do “separados, mas iguais”). Desautorizada a prática, restava em aberto como corrigi-la. No sucessivo caso *Brown II* (1955), a corte enfatizou sua ilegitimidade para capturar o processo democrático, determinando de uma vez por todas a solução correta; pelo contrário, deixou que a questão fosse respondida ulteriormente com por uma miríade de cortes distritais federais, com a determinação de que o estado procede à reestruturação do sistema com a rapidez devida. Apenas as sucessivas leis dos direitos civis ao longo da década de 1960 cravaram juridicamente a igualdade racial. Não apenas como questão de princípio, mas com definição regras e sanções, como a suspensão de verbas federais para escolas que persistissem em esquemas discriminatórios.

As dificuldades do direito em institucionalizar transformação estrutural advêm menos de uma simples mudança de valores, uma reforma cultural, do que da “unilateralidade da especificação de valores” requerida (LUHMANN, 2014 [1972], p. 235, comentando o estudo de MAYHEW, 1968). A falta de executoriedade (*enforcement*) do novo direito, a oposição frontal a ele e outras resistências vêm não da novidade em si mesma, mas sobretudo das “razões justificadas e representáveis pelas quais ele existe: sua própria funcionalidade”. Assim como a abolição da escravatura desestabiliza a propriedade privada, o combate à discriminação racial para além de proibições individuais de expressão (racismo e injúria racial) toca em feridas: a discriminação pode ser amiga do mercado, funcional à dinâmica de produção e troca e, para revertê-la, “justificados interesses em esferas pessoais protegidas, como questões de residência e vizinhança”, precisam ser rompidos. O recurso a uma revolução, que colocaria um mundo onde tudo será diferente, pode ser impraticável e autodestrutivo. Ganhos geracionais na educação – e em sua tradução em melhora econômica

e mobilidade social – são um atalho, mas também têm seus requisitos, demandam tempo e podem reproduzir distorções. Ao final, direitos e liberdades serão afetados se uma mudança estrutural efetiva ocorre.

Ainda se deve sublinhar que a história do movimento dos direitos civis mostra que a segregação racial não mudou significativamente na década depois de *Brown*, mas a ampliação dos conflitos e a conquista de liberdades públicas foi lastreada na soma de ação judicial progressista com movimentos de base e suas lideranças – o mesmo ocorrendo com o movimento feminista e os direitos das mulheres. De fato, toda grande e duradoura transformação política combina movimentos “de cima” e “de baixo”, “política orientada ao estado no topo e política enraizada na sociedade na base”, suporte por autoridades de estado e por mobilização de massa (UNGER, 1996, p. 94-5). A história americana da luta por direitos civis e contra discriminação racial confirma isso – em seus símbolos, as decisões da suprema corte nos casos *Brown* e a marcha sobre Washington de Luther King. De fato, apenas a aliança entre alguns juízes e movimentos sociais foi capaz de gerar transformação sustentada, mudança radical nas expectativas generalizadas durante os anos de 1950 e 1960; cortes e protestos se retroalimentaram, produzindo uma sinalização para a opinião pública que forçou a pressão sobre o parlamento, constituindo uma maioria a favor da minoria discriminada (KLARMAN, 1994). Como todo estado de coisas é contingente, reversões e incongruências dessas expectativas, especialmente durante a década de 1970, vieram quando as alianças entre cortes e movimentos, organização e protesto, transformaram-se em retroalimentação negativa, desempoderando cada parte.

Os limites da função jurisdicional no tratamento da cláusula constitucional da igualdade perante a lei são reveladores (UNGER, 1996, p. 78-106; 2015a [1982], p. 127-43).¹⁷ De um lado, emergem as arbitrariedades da doutrina. Em primeiro lugar, a doutrina da ação

17 Ver também Unger (2009 [2005], p. 113-8; 1998, p. 123-32; 2004; UNGER; WEST, 1998, cap. 3 a 5), sobre ações afirmativas, com especial referência aos Estados Unidos e ao Brasil. Em alternativa ao foco estrito em critérios raciais para a seleção universitária e profissional, o autor propõe um conjunto de políticas, que incluem a criminalização de atos discriminatórios, mas se expandem pelo tratamento combinado da estigmatização por raça e classe. É preocupação associar a abordagem das diversas formas de exclusão (de classe, raça, gênero) e mobilizá-las para

estatal, pela qual se entende que as disposições constitucionais não são aplicáveis às relações entre privados, a não ser que seja discernível algum elemento de “ação estatal”. O problema é que não há esfera social não moldada de algum modo pelo direito estatalmente produzido. De outro lado, há a circunscrição do foco do juízo de inconstitucionalidade em uma lista de “classificações suspeitas”: o escrutínio mais rigoroso é devido à incorporação no direito de diferenciações por critérios raciais; distinções de sexo e idade suscitam uma suspeita “intermediária”, à qual se podem anexar aquelas relativas a deficiência física e orientação sexual. A justificativa é a medida em que esses atributos “marcados” são inatos, corpóreos, não opcionais. Por isso é que distinções de classe deveriam permanecer fora do alcance da ação afirmativa. O resultado é produzir uma série de incongruências que beneficiam os representantes economicamente mais bem posicionados daquelas “minorias” e, em seguida, aqueles trabalhadores incluídos em estruturas sindicais fortes o bastante para apoiar, defender e supervisionar medidas antidiscriminatórias. Uma grande massa de pessoas economicamente vulneráveis, mas não marcadas pelas identidades a serem compensatoriamente “afirmadas”, é prejudicada e desamparada. Com as limitações da formalidade processual e da rotina judicial para considerar a fundo questões empíricas e tratar da eficácia (elegendo meios alternativos), as cortes prendem-se às contingências da argumentação doutrinária e da mobilização política (da qual depende, afinal, o consenso social e a sustentação judicial das medidas progressistas tomadas contra os poderes políticos – e as práticas sociais cristalizadas).

Observa-se ainda (UNGER, 1996, p. 30-3) que a própria instabilidade da tarefa de reforma estrutural *vis-à-vis* o papel judicial levou as cortes a atenuarem mais e mais sua atividade: no jogo mútuo entre investigação empírica e justificação normativa que funciona na identificação e no ataque das causas de subjugação e negação da fruição efetiva de direitos, o agente reformador pode avançar mais e mais na reforma. Apenas precauções com respeito a sua força em relação aos interesses poderosos que ele está contrastando podem determinar onde parar a reforma. Esse problema no nível micro de

reformas mais amplas de democratização produtiva e governamental, em vez de segmentá-las em agendas identitárias fragmentadas.

cada intervenção reproduz a si mesmo no nível da questão geral: em que setores da sociedade essa intervenção pode ser levada adiante? Quando não afetam muito os interesses e grupos entrincheirados e organizados, os juízes são na prática “autorizados” a trabalharem em organizações relativamente “marginais”, como escolas, prisões, hospitais. Mas, para prosseguir, a intervenção reestruturante demandaria mais recursos pessoais e financeiros e mais poderes. As cortes não seriam então autorizadas a tocar em governos locais, empresas, bancos, famílias – antes disso, os poderosos teriam “colocado no seu lugar” esse corpo de reformadores sociais.

De fato, a própria Suprema Corte progressivamente restringiu o impacto transformador das *class actions* em áreas cruciais da sociedade, como finanças e consumo, contrapondo-se a pretensões reestruturantes. O refluxo político associado à notável queda das injunções estruturais desde os anos 1970 e 1980 nos Estados Unidos (e.g. TUSHNET, 2003; WEAVER, 2004) prova que o roteiro relatado é mais que uma hipótese. As lições dessa experiência, porém, não se perderam.

2.2.2. MÉTODOS E ESCOPOS DA REFORMA ESTRUTURAL

Podemos distinguir duas visões gerais do processo civil (SARGENTICH, 1981). Uma visão pode viver em compromisso com a outra apenas em relação de subordinação. A visão da solução de disputas é afinada com o formalismo do século dezenove e toma conta principalmente de controvérsias de direito privado entre particulares. Uma controvérsia jurídica é considerada evento excepcional e pontual na vida da sociedade, que se reproduziria cotidianamente segundo os ideais jurídicos. Por contraste, a concepção da execução (*enforcement*) surge com o direito público do século XX, a afluência de leis e as complexidades do processo administrativo no estado social e regulador. Ela estende às cortes tarefas primeiramente contidas no aparato burocrático. Ideais jurídicos são tomados como sendo sistemática e profundamente abalados, sobretudo por atores organizacionais. Esses ilícitos contumazes – mais prática continuada que comportamento episódico – causam danos difusos e não de ser enfrentados por procedimentos e remédios desenhados para funcionar principalmente pelo julgamento de demandas coletivas.

Tais concepções se diferenciam no entendimento sobre as partes da ação e os remédios às infrações. De um lado, a visão da solução de controvérsias empodera certas pessoas jurídicas individuais para provocarem o juízo, dá o controle do escopo da matéria em causa às próprias partes e funciona por julgamentos individualizados. De outro lado, a visão da execução – dirigida à abordagem da ilegalidade em massa – toma como certo que a reclamação pode ser apresentada apenas por alguma(s) das pessoas afetadas, mas a solução precisa considerar todos, inclusive os ausentes (é um julgamento representativo, para grande número de pequenos requerentes); assim, o escopo da controvérsia pode apenas ser impessoalmente delimitado pela referência aos interesses substantivos envolvidos.

No que diz respeito aos remédios processuais, a solução de disputas usa remédios simples e pessoais, talhados para conceder benefícios individuais (compensações, indenizações) para aliviar certo episódio de dano; considera o prejuízo passado da vítima em vez do cumprimento futuro do agressor. A decretação da sentença deve ser simples de modo a não consumir a corte em tarefas gerenciais complexas. Já a visão da execução pretende reordenar uma prática social e deve beneficiar todos os afetados por ilícitos públicos. Em vez de indenizações compensatórias, foca na internalização de custos pelas organizações infratoras. O decreto judicial traz ordens diretivas que definem a obediência sistemática com normas abertas (*compliance*).

Um cenário é aquele da realidade social largamente “lícita”, com o direito sendo normalmente seguido e malfeitos pontuais quebrando a paz e a tranquilidade – algumas condutas apenas violam as expectativas razoáveis em transações privadas (responsabilidade civil), enquanto outras constituem em si mesmas agressões a toda a comunidade, representada pelo estado (responsabilidade penal). Aqui a tarefa é restabelecer expectativas feridas.

Outro cenário é o da realidade social profundamente em desacordo com o direito, com grandes organizações e aparatos burocráticos não apenas ajudando a implementar o direito, mas sistematicamente o solapando. Essa parece ser a realidade contemporânea. Aqui encontramos rotinas sociais sob o controle de organizações que violam sistematicamente normas de direito público. Essas normas são uma

potente razão para a crítica e também uma ferramenta construtiva, apontando para um ideal de vida social. Assim, tal situação urge uma reestruturação coercitiva das práticas, por meio de remédio judicial de larga escala e complexidade. Expectativas estruturadas e institucionalizadas por organizações colidem com expectativas legitimamente sustentadas pelo direito.

Durante a segunda metade do século XX, esse segundo cenário tornou-se nos Estados Unidos uma matéria em juízo e foi considerado pela ferramenta judicial das injunções estruturais. O tipo de trabalho feito pelo judiciário por meio das injunções estruturais pode ser chamado de “execução complexa” (para a caracterização seguinte, ver SARGENTICH, 1978). Diferentemente de ações individuais de atribuição comutativa de direitos, a execução complexa funciona, em termos de processo civil, por meio de ações coletivas – aquelas que visam a beneficiar coletividades, mesmo que estejam representadas por litigantes individuais (inclusive organizacionais). Três elementos caracterizam a execução complexa: ilícito sistemático, solução e pretensão coletivas e remédio complexo.

Quanto ao ilícito, trata-se não de má conduta pontual, isolada, mas de prática contínua, estruturada, sistemática, recorrente, imersa em rotinas organizacionais. Enfrenta-se não uma conduta descoordenada, mas uma totalidade de comportamentos relacionados continuamente atualizados ao longo do tempo, sujeitos a planejamento, com um padrão distintivo e uma estrutura unificadora. São práticas institucionalizadas. Uma análise dupla da transgressão é necessária: a prática deve ser considerada em seu aspecto instrumental ou estratégico, em sua conexão causal com os objetivos e políticas que o réu persegue; e também deve ser considerada no aspecto normativo, em referência aos princípios, regras e papéis pelos quais a prática é institucionalizada dentro da organização.

Quanto ao caráter coletivo da reivindicação e de sua solução, o réu é pessoa jurídica (ou um grupo organizacional, uma cadeia produtiva ou rede de empresas) e o demandante é representante ou advogado de um amplo interesse, que transcende sua própria “parcela”. Um amplo espectro de grupos de interesse é usualmente ouvido. O iniciador da ação não tem o monopólio do lado do autor, sobre todo

grupo de beneficiários potenciais. Por causa da complexidade das partes afetadas e interessadas, nem todas podem ser ouvidas, mas uma multiplicidade representativa dos pontos de vista deve ter chance de expressão. A estrutura de antagonismo é organizada ao redor das práticas contestadas, que estão no centro da investigação. Sustentando o réu, há o grupo de beneficiários das práticas contestadas, do *status quo*. Ao redor do autor – uma pessoa natural, uma associação ou mesmo uma organização pública de apoio ao acesso à justiça e defesa do interesse difuso – há extensa variedade de terceiros cujos interesses e direitos são afetados pela prática e por sua reordenação. A “classe” afetada pode ser interna à organização – seus empregados, alunos, pacientes – ou uma coletividade externa: clientes, candidatos a vagas de trabalho rejeitados por motivo discriminatório, cidadãos vulneráveis ao abuso policial ou a desastre ambiental. Essa multidão de pessoas pode levar reclamações individuais ao judiciário, mas esse tratamento “no varejo” traria distorções profundas em eficiência e equidade, ou seja, desperdício de recursos, com distorções distributivas e apenas um “remendo” na prática ilícita, tocando apenas a ponta do iceberg. Nesse sentido, ações individuais deveriam apenas ser aceitas se a pessoa pudesse provar que sofreu um impacto especial, distintivo, do ilícito. Técnicas de julgamento unificado de demandas similares, em que cada pessoa busca sua “parte” na reparação, podem prevenir algumas das ineficiências e iniquidades, mas precisam almejar um remédio duradouro para a prática sistemática nas raízes do problema.

Nesse tipo de caso, a assim chamada “justiça jurídica” (tratar igualmente casos iguais) não pode ser desemaranhada da “justiça substantiva”, “social”, porque questões “distributivas” reentram o próprio processo. O objetivo é consertar um sistema. Uma injúria racial perpetrada contra uma pessoa ou um grupo não é a mesma coisa que um sistema educacional discriminatório. Dos atributos do ilícito (como o *animus* de uma conduta ilícita isolada, “artesanal”, que não pode ser requerida em ilícitos que se reproduzem nas próprias “linhas de produção” de rotinas burocráticas) até os remédios, as situações constituem diferentes doenças, pedindo tratamentos diferentes. No caso sistemático, a causalidade frouxa – isto é, a complexidade – requer que toda a prática seja considerada e reordenada antes que conexões empíricas individuais possam ser discernidas e particularizadas.

A tarefa de reestruturar é para a personalidade jurídica – o ambiente interno do direito – o que a regulação e o antitruste são para o mercado.

Quanto ao remédio, como ele aborda uma prática estruturada, seu fito é corrigi-la prospectivamente, e não apenas afirmar a proibição e providenciar reparação dos danos consumados. Em contraste com ações civis individuais, privadas, mais do que dinheiro é demandado. Em contraste com o controle judicial de constitucionalidade, mais do que a validade da norma está em jogo. O dispositivo da injunção estrutural tem uma função de garantia de conformidade (*compliance*), ao lado de suas funções corretivas e preventivas. A correção lida com a compensação, com as perdas e ganhos materializados enquanto a prática ilícita estava produzindo seus efeitos. A prevenção lida com medidas especiais e restrições profiláticas a serem tomadas para assegurar que a reestruturação da prática é eficaz. A função de conformidade urge que a injunção dirija e guie a transição do condenado de uma situação de violação sistemática para uma rotina duradouramente lícita. Em vez de simplesmente reafirmar a norma substantiva violada, determinando um período de graça e ameaçando com alguma punição se o condenado deixar novamente de seguir as regras, a corte esboça um plano, um sistema de prescrições para a reforma institucional.

Para determinar a responsabilidade, as normas devem haver sido interpretadas, elaboradas e particularizadas em referência às práticas do condenado. Agora a tarefa da execução é uma aplicação afirmativa das normas, especificando concretamente a prática reconstrutiva conforme o direito, os passos de transição a tal situação e os mecanismos de relatório, monitoramento e correção. O plano pode também ser desenvolvido começando por medidas corretivas propostas pelo próprio condenado e que podem vir a demandar assistência especializada. O plano forma não uma sucessão de comandos, mas um guia sistemático. Providencia não um tratado, mas uma visão concreta do que fazer, considerado determinado estado de coisas, a experiência histórica em evolução do condenado, as oportunidades e os constrangimentos contextuais. Essa especificação do tipo “manual do usuário” envolve escolhas e detalhes que não podem ser deduzidos do direito formal. Na verdade, em “tipos construídos”, um decreto judicial complexo pode ser:

- (a) um esquema, um quadro geral para uma prática em conformidade, deixando ao condenado as escolhas sobre como seguir as diretrizes;
- (b) um plano, que especifique um modelo para a prática reordenada, além do qual a corte deve definir mais detalhes (aqueles que não puder determinar de antemão) quando supervisionar a implementação;
- (c) ou uma tomada de controle, quando a organização é assumida temporariamente por um corpo de especialistas de modo a reparar suas práticas e devolvê-la consertada.

De fato, nesse caso de violação sistemática, a corte não cumpre sua obrigação de dar execução às normas se simplesmente deixar a medida a ser tomada à discricionariedade da organização condenada. Mas o desenho e a implementação de reformas estruturais requerem mais que uma interpretação formalista ou idealista do direito e uma justificação da condenação ou absolvição. É uma prática de construção e reconstrução institucional. As regras – manifestadas em palavras em leis, jurisprudência e códigos de conduta – são agregadas no nível das instituições; então, as expectativas circundantes precisam ser articuladas e consideradas. As soluções apresentadas por um plano de reforma não podem ser arbitrárias; requerem justificação, a listagem de motivos, mas são irremediavelmente contingentes e oponíveis a opções funcionalmente equivalentes. Considerações empíricas sobre recursos disponíveis, informação técnica e juízos probabilísticos precisam estar casados a requisitos normativos, à apresentação de uma visão ideal sustentada pelo direito.

Como se observou desde os anos 1970 na experiência americana, há limitações da função judicial que reduzem o grau de incerteza com que o juízo pode lidar, inclusive limitações constitucionais e princípios institucionais como a separação de poderes e a inércia jurisdicional. Em um caso comum, reduz-se a complexidade do conflito real, construindo-o segundo esses esteios como uma controvérsia de direito. Em um caso de reforma estrutural, tal redução de complexidade é muito mais difícil, e há muito maior proximidade entre o juízo e as práticas concretas em evolução que devem ser por ele avaliadas.

O modo de trabalho do judiciário, que consiste em interpretar as informações trazidas pelas partes e, quanto às normas, ater-se ao corpo de direito e à doutrina também parece insuficiente quando o caso envolve amplas considerações de política pública. O formalismo pede passagem: a decisão judicial não pode ser simplesmente deduzida das fontes autoritativas, ou baseada no senso comum incontestado. Haverá decisões polêmicas, entre meios alternativos de execução e implementação, e as escolhas podem ter que ser revertidas, conforme a evolução das situações de fato. Haverá ciclos de decisão, implementação, monitoramento e solução de disputas emergentes no curso dessas próprias fases. O acesso ao orçamento necessário para levar adiante as reformas pode ser um obstáculo, e dependerá de vias políticas e disputas entre poderes.

Nessa avaliação (*HARVARD LAW REVIEW*, 1977), caracterizava-se o processo de implementação tradicional por: decretos judiciais muito detalhados, lastreados em objetivos de políticas consensuais; mecanismos de monitoramento com pouca dependência das partes; mecanismos de execução erráticos, deixando a iniciativa aos atores sancionados, mas com pouco controle e com baixa sensibilidade tanto às informações geradas no curso da conformidade quanto aos obstáculos burocráticos à mudança; planos de implementação sem clareza de seu conteúdo e função. O judiciário entra em um compromisso de afrouxar a eficácia da intervenção para não gastar todo seu estoque de autoridade.

Em contrapartida, propunha-se que a formulação do decreto considerasse não apenas diretrizes substantivas, mas também fatores críticos como custos, capacidade burocrática e viabilidade política; o juízo teria que se familiarizar com a área sancionada, provavelmente com necessidade de assessoria técnica. A implementação, ainda, depende do engajamento de vários grupos, internos e externos, em vez de ser deixada apenas a um administrador nomeado.

Quanto ao monitoramento, é importante o acesso irrestrito a registros e pessoas da organização sancionada e a definição de parâmetros e metas de desempenho, inclusive quantitativo, que possam ser mensurados no curso da execução. Um painel de especialistas em tempo integral seria o corpo de monitoramento mais adequado, entre outras

opções, como comitês de leigos, defensores do sancionado ou *ombudsmen*. A delegação da execução ao corpo de especialistas é a solução mais realista em vista dos tempos e custos do tribunal. Mas a eficácia dependerá de que sejam atribuídos ao corpo de monitoramento e execução autoridade e recursos substanciais. Pode-se também apontar autoridade própria, com pessoal de apoio definido, para desempenhar as funções de monitoramento e execução, ou dividi-las com outro corpo separado de monitoramento, como um painel de especialistas.

No que diz respeito à solução de disputas, depende de que a corte devote tempo substancial à tarefa, ou do funcionamento eficaz dos corpos de monitoramento como primeira instância para processar reclamações e controvérsias. Mais difícil será arbitrar conflitos de competência e responsabilidade entre agências e instâncias burocráticas. A autocomposição, a mediação ou a arbitragem podem funcionar sob supervisão de uma autoridade designada pela corte.

Finalmente, ou antes de tudo, o plano de implementação deve informar sobre as condições e recursos realmente disponíveis para a reforma, determinando os remédios aplicáveis e definindo o papel de cada ator, como sindicatos, parlamento e organizações civis. O plano deve ser flexível o bastante para alterar estratégias ao longo da implementação, quando há de ser periodicamente atualizado e ajustado. O desenho do plano terá de contar com pessoal dedicado em tempo integral, especialistas e autoridades. Não é improviso judicial.

Ao lado desse diagnóstico e dessas prescrições, observemos que, além de sua complexidade gerencial, a execução complexa toca substancialmente ideais jurídicos em um grau de abstração que tendencialmente ultrapassa o nível dos programas decisórios e mesmo dos valores, lidando com a avaliação de valores, vértice em que o raciocínio jurídico toca a ideologia política. Aqui, dado que uma moralidade de valores os torna disponíveis à consideração pelas crenças de cada um, o desacordo moral precisa lidar com valores comuns. Que os juízes possam ser legitimados a monopolizar algumas escolhas morais – para além da interpretação analógica e finalística do direito – é uma dúvida paralisante (*supra* 1.5.). Algumas rotas estão à mão. A primeira é: considerando que as condições ideais do discurso moral – todos estão incluídos na participação, seguros e igualmente considerados

em suas opiniões – nunca estão disponíveis, os juízes estariam legitimados a decidir *como se* essas condições estivessem presentes, isto é, tomando em consideração o resultado razoavelmente esperado de uma deliberação que seguisse esses requisitos discursivos. Um tipo de vanguardismo judicial é o esperado.

Outra via, alternativa à revisão do método de trabalho do judiciário em injunções estruturais, seria a autocontenção dos juízes, não apenas uma atitude psicológica ou deferência pessoal, mas um intento implementado por desenho institucional e padrões de uma cultura constitucional. Tirar certas decisões “de Estado” das cortes e submetê-las ao parlamento seria a solução. A omissão renitente dos legisladores, a vulnerabilidade acrescida a interesses poderosos ou a preconceitos majoritários seriam os riscos.

Uma terceira opção seria adensar a periferia jurídica (sobre centro e periferia, ver *supra* 1.4.). Nessa direção, basicamente dois tipos de inovações organizacionais poderiam ser projetadas para lidar com direitos de desestabilização: uma é incrementar as organizações de suporte que pavimentam o caminho à avaliação judicial da situação de entrenchamento profundo e localizado de práticas opressivas; a outra é instituir uma agência ou poder para lidar em primeira mão com esse tipo de demanda, afastando as cortes para uma posição residual de intervenção apenas em situações em que o poder ou agência próprios fracassem em tomar medidas que não violem direitos de imunidade e o devido processo. Quando essas linhas de inovação falhassem, e os fatos se rebelassem contra o direito, as cortes poderiam então ser pressionadas a agirem de maneira incongruente diante das expectativas que circundam seu papel, e então assumiriam tarefas *a priori* pensadas como excepcionais, que distendem seus métodos usuais de trabalho.

Assim se reafirma a diretriz de que *quanto menor o grau de determinação de um direito, maior deve ser a inclusividade na tomada de decisão e na implementação das medidas correlatas*. Uma consequência é a periferização da tomada de decisões – ou o adensamento de periferia jurídica. Por exemplo, em vez de serem primariamente um problema para o judiciário, alguns tipos de direitos podem ser mais bem abordados pela periferia do sistema jurídico: mediação ou conciliação pública ou privada em vez de solução autoritativa de disputas; procedimentos e acordos administrativos em vez de sentenças; organizações com mais

legitimidade política e/ ou eficiência administrativa que as cortes. De outro modo, mesmo para melhorar ou defletir o acesso ao judiciário, diferentes tipos de programas decisórios, procedimentos e organizações – uma complexa infraestrutura jurídica além dos tribunais – são necessários. Essa infraestrutura pode ser providenciada pelo Estado ou em parcerias com organizações privadas, advogados ou associações que trabalhem com litigância de interesse público ou assistência jurídica popular. O tipo de produção jurídica aqui, na periferia, é mais “administrativo” e “gerencial” que a imposição autoritativa de decisões pelos juízes – com seus altos requisitos de justificação e mentalidade altamente formalista. Forçando os limites de seu capital cognitivo e normativo, de seu *know-how* e legitimidade, os tribunais podem também usar modelos híbridos de produção do direito, combinando mecanismos judiciais, negociais e gerenciais.

É justamente à luz do experimentalismo democrático que se tem observado novos métodos de execução das injunções estruturais e das reformas gerencialmente complexas que integram seu escopo (SABEL; SIMON, 2004; LIEBMAN; SABEL, 2003). O modelo da reforma centrada na corte e por ela comandada hierarquicamente, subordinando os sancionados que a devem implementar ao planejamento diretivo de juízes, suscita as deficiências técnicas, administrativas e legitimatórias que esse tipo de atuação judicial congregou contra si. Por outro lado, deixar as instituições reformandas à pura escolha de mercado dos seus usuários é simplesmente não resolver o problema – pois a desestabilização é um dispositivo de correção onde a escolha foi praticamente obstada. Como é a própria organização processada que têm o conhecimento técnico e o saber local, é melhor que a corte deixe a escolha dos meios relativamente indeterminada. Mas, ao mesmo tempo, padrões comparativos de desempenho (*benchmarking*) devem assegurar a qualidade das decisões administrativas.

À corte devem ser reservados o escrutínio constitucional da situação a ser desestabilizada e do processo corretivo sob monitoramento, bem como a definição dos objetivos e metas e a supervisão continuada do desempenho. Os meios e processos corretivos empregados diretamente estão no escopo da organização sancionada. Ao estigmatizá-la, a corte deve abrir espaço para que mais partes interessadas tenham voz na reordenação das práticas coletivas.

2.2.3. PARA ALÉM DA EXPERIÊNCIA AMERICANA

As injunções estruturais não permaneceram, porém, uma especificidade do direito americano. Ganharam formas equivalentes na América Latina, na Ásia, na África. Na Índia, por exemplo (SEN, 2013), a litigância de interesse público foi estimulada, sobretudo a partir dos anos de 1980 e pela suprema corte, que ampliou os remédios constitucionais, desenvolvendo-os na fronteira entre jurisdição e administração. Assim, redefiniu o *locus standi*, criando um conceito próprio e amplo de “público”, permitiu a representação de boa-fé de terceiros em posição de privação que os impedisse de reclamarem proteção judicial, e aceitou a ativação da jurisdição por meios pouco formalizados, como cartas (“jurisdição epistolar”). A Suprema Corte, portanto, expandiu seu papel na guarda dos direitos fundamentais, na promoção do acesso à justiça de grupos vulneráveis e em decisões de política social, governança e combate à corrupção. Em que medida a participação popular pode ser estimulada por essa dinâmica, e até que ponto a corte deve ser o oráculo garantidor de uma justiça constitucional substantiva, são dúvidas que emergiram nessa história recente.

Já na Colômbia, desenvolveu-se especial doutrina e jurisprudência acerca do “estado de coisas inconstitucional”. Problemas de implementação e impacto da atividade judicial surgiram, por exemplo, no tratamento dos direitos feridos pelo deslocamento forçado, que historicamente vitimou populações camponesas, indígenas e negras. A corte constitucional colombiana realizou intervenção corretiva nesta área durante seis anos. Ao estudar tal caso, observadores (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010) pontuaram que, no quadro constitucional das democracias ora existentes, o ativismo judicial revelou-se resposta adequada para desbloquear políticas públicas que realizam direitos constitucionais. E registraram ainda que as soluções estruturais têm potencial para incluir deliberação e participação dos envolvidos e vitimados. Além dos efeitos instrumentais, na solução direta ou indireta dos problemas, a jurisdição obteve eficácia simbólica, ao despertar governo e opinião pública para o tema, tornando-se porta de entrada para a mobilização de organizações da sociedade civil e a estruturação de mecanismos de controle no setor julgado. A articulação intergovernamental, no plano das agências de diferentes

níveis de governo, permaneceu problemática, assim como a implementação de políticas públicas continuou regionalmente desigual na sequência imediata do caso. Garantir sustentação da atividade reformadora e reconstrutiva para além do curto prazo remanesceu, portanto, um desafio para a coordenação interinstitucional diante da estrutura sociopolítica resistente.

Um estudo comparativo das experiências constitucionais de Colômbia, Índia e África do Sul (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2015) destaca três fatores críticos de sucesso da desestabilização e reconstrução. Primeiro: importa o conteúdo dos direitos que dão razão a determinada sentença expedida pela corte. Direitos “fortes” são aqueles cujo conteúdo vem a ser determinado como a provisão de meios essenciais de bem-estar básicos. Em segundo lugar, importa o tipo do remédio judicial. Remédios “moderados” são aquelas ordens judiciais relativamente abertas, que deixam para o governo os detalhes da definição das políticas públicas, mas determinam prazos e procedimentos para a ação governamental. O terceiro elemento que colabora para a eficácia desse tipo de atuação judicial é o monitoramento forte, abrangendo: decisões continuadas de acompanhamento, para verificação do progresso das medidas; incentivos para a observância pelas autoridades públicas; e o envolvimento de diversas “partes interessadas” (*stakeholders*) em processo de deliberação pública e solução de problemas ao redor das violações dos direitos (o que colmata falhas de legitimidade e conhecimento técnico da autoridade judicial).

Tudo isso, é certo, haveria de ser considerado na definição dos métodos e processos de atuação de um “poder reconstrutor” especializado nesse tipo de tarefa corretiva, com doutrinas, atribuições de competência e recursos técnicos e financeiros mais bem definidos para essa tarefa tão distinta da execução judicial convencional.

2.3. ADENSANDO A PERIFERIA DO DIREITO

O caminho mais radical seria ver a descrição da execução complexa como não cabível a qualquer poder existente, e então propor sua atribuição a uma nova agência especializada ou poder. O tipo de análise e a complexidade procedimental e gerencial da tarefa a colocariam à parte da organização estabelecida do Estado, a começar pelo judiciário.

Por vezes, um caso difícil é aquele que colide com a moldura institucional dentro da qual o órgão decisório é definido e segundo a qual ele interpreta fatos e normas. A saída correta pode ser reformar tal quadro, desparadoxizando a situação.

Inovações em órgãos e procedimentos significam uma reordenação do contexto institucional para o raciocínio jurídico. Como a descrição da execução complexa aclarou, ela crava uma visão de interpretação, argumentação e justificação que não cessa no plano das regras formais. Em contraste com a crença oitocentista do direito liberal, seu espírito afina-se com o direito social do século XX, com seu foco característico nas condições empíricas para a fruição e o exercício dos direitos. Assim, a execução complexa avança a visão finalística do direito primeiramente advogada pelos críticos do formalismo doutrinário do século XIX, isto é, pela “jurisprudência” dos interesses. No espírito dos realistas americanos – arquitetos do Estado regulador –, essa prática procedimental parece ver as regras jurídicas como expressão de políticas públicas e de escolhas éticas. Espaço significativo para a discricionariedade e a criação – para além da interpretação formal – é dado e demandado do órgão desenhado para a tarefa da execução complexa.

Enquanto os formalistas do século XX desconsideraram ideais como juridicamente vinculantes, abrindo espaço para alguma medida de discricionariedade, alguns idealistas lutaram para conter a contingência dessas escolhas, apelando a um nível de princípios, políticas e propósitos para restringir o significado das regras. Essa moralidade, largamente latente no direito, seria então completável por alguma teoria do justo político, da eficiência econômica ou dos papéis compartilhados no processo jurídico (a divisão jurídica do trabalho em correspondência com a separação de poderes e a autonomia privada). A coerência na interpretação é assumida como ideal regulativo em teorias que racionalizam a única resposta correta dada uma moldura ideal para cada área do direito e da sociedade, e para a sociedade e seu direito como um todo.

Esse viés abstratizante é dificilmente distinguível de uma visão normativa da sociedade – e a sociedade complexa e o governo democrático pressupõem que não há uma só visão correta. Cai-se na aporia de defender como correta a “metavisão” que habilita o surgimento das outras

visões. É correto buscar uma infraestrutura institucional garantidora do dissenso, mas esse pré-requisito não pode ser uma moralidade densamente compartilhada – se demasiado larga, essa moldura será a injustificável apologia e fixação de uma forma de vida específica, a concorrer deslealmente com outros ideais e interesses; se indefinida, será elástica demais para direcionar decisões de casos específicos.

Note que há um paralelo entre essa questão – os horizontes contrafáticos projetáveis a partir do direito – e a questão do entrincheiramento constitucional: o que fixar com maior rigidez diante da mudança legislativa ordinária (ver *infra* capítulo 6). Há um contínuo entre uma moldura fina de formas institucionais blindadas – conducente a um pluralismo axiológico e a um minimalismo constitucional – e um maximalismo reforçado no plano da moralidade política e da criação e interpretação constitucional.

Já vimos que, de um lado, para prevenir a dissolução do raciocínio jurídico orientado aos tribunais em debate ideológico, a alternativa é uma autorrestrição da aplicação do direito em operações analógicas e considerações finalísticas mais concretas e situadas. De outro, para prevenir a identificação mítica das formas institucionais com os dogmas e abstrações avançados pelas ideologias políticas estabelecidas, a própria análise jurídica haveria de dominar a análise empírica e a argumentação normativa, revelando trajetórias contrastantes e tateando possibilidades inexploradas para a organização jurídica de diferentes áreas da sociedade (UNGER, 1996).

A execução complexa parece funcionar mais nesse último espírito de “imaginação no poder” do que do modo forense, da prática prudencial de “fidelidade ao direito”. Essa tarefa parte do espírito da observação de Fuller (1971 [1968], p. 70, 82-99) de que, mais do que interpretar palavras, os tomadores de decisão no direito interpretam instituições: em parte reveladas pela normatividade jurídica textualizada, em parte sustentadas por expectativas difundidas, a normatividade tácita, o “direito implícito” – que consiste em larga medida em expectativas normativas generalizadas, uma teia de costumes sobre os quais o direito estatal opera intervenções pontuais, remodelando as crenças. Fuller foi um idealista jurídico, mas não advogava que ideais e propósitos haveriam de ser derivados “de cima”, de alguma concepção abstrata

do justo consonante com a moralidade de certa comunidade; pelo contrário, ideais jurídicos deveriam ser tomados de dentro do direito e ancorados “por baixo”, nas peças de legislação, regulação, acordos, precedentes e expectativas sociais correlatas. O que é “ajustado e adequado” apenas pode ser compreendido por esse raciocínio, porque “valores gerais não decidem problemas concretos”.

Entretanto, tarefas gerenciais, como aquelas colocadas pela execução complexa, precisam ir além de (uma parte das) expectativas prevalentes, remodelando-as. Não se trata apenas de reafirmar a norma em face de uma conduta ilícita, mas de reformatar um ilícito difuso, sistêmico, mudando estruturas e rotinas organizacionais.

Embora as injunções estruturais sejam localizadas, há dificuldade de limitação de seu escopo e entram em jogo mudanças sistêmicas – em séries de métricas, procedimentos, critérios, hierarquias. O desafio da execução complexa é fazer as pazes entre os ideais suportados pelo direito (especialmente as grandes expectativas geradas por direitos constitucionais, pode-se dizer) e as rotinas também socialmente generalizadas e instituídas, sobretudo dentro e por meio de organizações, mas que desacreditam aquelas crenças (e esse contraste, no que se refere a expectativas normativas, apenas pode ser resolvido pela reafirmação da expectativa contrafática e mudança dos fatos).

De modo a evitar as falhas do hibridismo – e reconhecendo que a execução complexa não é legislação, por ser concreta e localizada, nem jurisdição, por intervir em amplo leque de estruturas, embora parte por parte –, Unger (2001b [1987], p. 530-5; 1996, p. 30-3; 2015a [1982], p. 137-41) propôs a categoria de direitos de desestabilização e um respectivo poder de Estado para tratá-los em primeira mão: o poder reconstrutor. Essa proposta claramente se alinha à posição de desviar o curso da concretização dos direitos de um protagonismo judicial. Avança uma alternativa à sobrecarga do judiciário e das cortes constitucionais por meio da construção de novo ramo do governo, com capacidade funcional diferenciada, especialização técnica, competência jurídica definida e legitimação democrática.

Além da via processual típica para a defesa de direitos individuais, o século XX assistiu à imaginação institucional de diversos órgãos e procedimentos de solução de disputas sobre direitos: a organização sindical

e as vias de negociação coletiva no direito do trabalho, conselhos de negociação e autorregulação, o incremento das vias processuais e dos legitimados a provocar o controle judicial de constitucionalidade da ação e omissão do legislativo e do executivo, remédios constitucionais, audiências públicas e outros meios de participação em procedimentos e poderes diversos. Destacam-se os remédios constitucionais, que visam a provocar uma atuação judicial concretizadora – no caso concreto – de direitos normativamente previstos, mas negados na prática. De modo ilustrativo, na Constituição brasileira de 1988 considera-se que essa negação prática de direitos pode ter a forma de uma ilegalidade ou abuso de poder por parte do Estado (para a qual o remédio é o *habeas corpus*), de uma conduta lesiva ao Estado ou a interesses difusos (hipótese da ação popular), de uma negação de informações que instituições públicas tenham sobre o cidadão (*habeas data*) ou de uma omissão legislativa ou executiva em desdobrar direitos constitucionais em um aparato normativo, organizacional e procedimental que lhes confira meios de concretização e de reparação a violações (mandado de injunção). Interessa particularmente o exemplo do mandado de injunção, individual ou coletivo, que tem como inspiração próxima a experiência estadunidense.

Nos Estados Unidos, as injunções são um remédio jurisdicional, tratando da execução de um direito ou imposição de uma penalidade, da imposição judicial de uma obrigação. Outros remédios são, por exemplo: julgamentos declaratórios, que resolvem certa controvérsia interpretativa sobre uma norma; no campo contratual, a execução específica ou a rescisão; em relações fiduciárias, a indenização advinda de quebra de confiança ou enriquecimento ilícito. Injunções estruturais tratam da imposição de uma série de obrigações que acabam por configurar um plano ou programa de intervenção em uma área organizada da sociedade.

Distante dessa prática é o mandado de injunção brasileiro, exemplo de uma tradição de jurisdição constitucional que se contém na análise da ação ou omissão normativa, reprimendo o executivo ou o legislativo por fazerem uma norma inconstitucional ou deixarem de fazer normas exigidas pela constituição. Enquanto uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão permite ao Supremo Tribunal Federal brasileiro julgar em abstrato a necessidade de uma norma legal

que regulamente uma norma constitucional, o mandado de injunção permite que, nessa situação de uma expectativa constitucionalmente mas não desdobrada legislativamente, uma corte, em face de um caso concreto, solicite ao legislativo a edição de uma norma que preencha tal lacuna – na interpretação mais radical, a própria corte poderia, no caso concreto, colmatar tal lacuna, viabilizando o exercício específico do direito constitucional pelo postulante. Não há, em qualquer caso, intervenção direta do judiciário no *modus operandi* de qualquer organização estatal ou privada. É uma visão vinculada a normas, fechada no jogo de controlar os ramos do governo na cadeia produtiva de normas. Uma contraparte a essa cultura autorreferente de jurisdição constitucional, que se limita à análise da ação ou omissão normativa do governo, vem de inovações em organizações de apoio ao Judiciário e no processo civil.

No contexto da redemocratização do país, à mesma época em que Unger desenvolvia suas propostas de direitos de desestabilização e de um respectivo poder do estado, a imaginação processual brasileira consolidava importante inovação na forma do reconhecimento e defesa de interesses “transindividuais”. Antes, durante e depois da Constituição de 1988, sob o influxo dos estudos internacionais comparados do Projeto Florença sobre acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1978), os processualistas brasileiros lograram inovar em organizações e procedimentos. As inovações organizacionais consolidaram-se em dois órgãos de Estado autônomos em relação aos três poderes: a defensoria pública (voltada à facilitação do acesso à justiça) e o ministério público com novas funções, para além da autoria da ação penal e da defesa de direitos individuais indisponíveis.

Em termos processuais, destacaram-se as inovações nos meios de defesa de direitos ou interesses ditos “transindividuais” (especialmente as leis 7347, de 1985, e 8078, de 1990), classificados em três categorias: (1) os direitos coletivos (de pessoas ligadas por uma “relação jurídica de base”, como membros de um sindicato ou consumidores lesados por um mesmo contrato de adesão); (2) os direitos individuais homogêneos (cuja lesão tem uma origem comum: e.g. vítimas de um acidente aéreo ou consumidores que compraram produtos de um mesmo lote defeituoso); (3) os direitos difusos, cujos lesados são indetermináveis (e.g. danos por poluição ou desastres ambientais ou por propaganda enganosa).

Esses direitos “transindividuais” – que incluem direitos ambientais, consumeristas, culturais, urbanísticos, econômicos, étnicos e religiosos – têm, além da via clássica da reparação do ilícito civil pela ação individual, a via da ação coletiva, isto é, podem ser defendidos em juízo por órgãos de Estado, especialmente pelo ministério público, assim como por associações privadas, inclusive partidos políticos e sindicatos (qualquer cidadão também pode defender interesses semelhantes da coletividade, pela via da ação popular). De qualquer modo, busca-se a reparação de danos ou indenização por ação civil ou solução extrajudicial da disputa.

Ainda, o ministério público e a defensoria pública previnem a sobrecarga judicial pelo exercício dessa atividade extrajudicial de assistência jurídica, celebrando “termos de ajustamento de conduta” para a correção e a conformidade de práticas, e apoiando a autocomposição, a conciliação, a mediação e arbitragem. O vínculo entre a esfera pública do direito e o centro judicial é enriquecido por anteparos, por mecanismos alternativos de solução dos conflitos.

Assim como na configuração dos direitos de desestabilização e do poder reconstrutor, o ideário dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e a institucionalidade da ação coletiva ou ação civil pública, no direito brasileiro, consagram o entendimento de que (1) as violações de direitos podem advir tanto do estado quanto de organizações privadas (prevenindo, em tese, a socialização dos danos efetivada pela doutrina americana da “ação estatal”); e (2), na busca da reparação a essas violações, deve haver meios para a atuação processual do próprio estado e de organizações privadas. Essa legitimação processual ampla e, sobretudo, a criação de instituições estatais vocacionadas à defesa do patrimônio e do interesse público e dos direitos e interesses coletivos e difusos (isto é, à propositura de “ação civil pública”) é indispensável, em vista de um problema de agência – da relação custo-benefício que envolve a atuação do cidadão individual na defesa de direitos não individuais (essa possibilidade, de “ação popular” para defesa do patrimônio público, fora instituída duas décadas antes, pela lei 4717, de 1965).

A diferença principal entre as propostas – o poder reconstrutor comparado às funções essenciais à justiça instituídas no direito brasileiro – diz respeito ao foco na via judicial. No ordenamento nacional vigente, entende-se que os direitos fundamentais são promovidos por políticas públicas e o direito de ação serve para ativar o judiciário pela via da ação civil (individual ou coletiva), na reparação de violações concretas de direitos, ou pela via do controle de constitucionalidade, na invalidação da normatividade jurídica que não obedeça aos parâmetros mínimos de proteção de direitos estabelecidos pela constituição (ou no controle da omissão legislativa em regram norma constitucional). O ministério público e a defensoria pública adensam a periferia do sistema jurídico e pavimentam o caminho de acesso às cortes, agregando interesses dispersos e representando aqueles que não conseguiriam por seus próprios meios atingir o centro decisório do direito. Já o poder reconstrutor faria um desvio (*bypass*) em relação à judicialização e defletiria as causas mais “estruturais”, consistindo em um anteparo a reduzir a chegada dessas causas ao centro do direito.

2.4. UMA TAREFA À PROCURA DE UM AGENTE: O PODER RECONSTRUTOR

A semântica dos direitos nutre a expectativa de evitar concepções e medidas políticas contestáveis. Tudo parece já ter sido decidido, e cada qual reclama “a parte que lhe cabe” nos recursos produzidos pela cooperação de todos – a riqueza social vinda da divisão social de trabalho. O que parece um imperativo moral de inclusão e consideração dos interesses de todos os potencialmente afetados – igualmente titulares de direitos – representa também uma hiperirritação sistêmica: a sociedade hiperdemandada pelos corpos e mentes humanos no seu ambiente, o direito hiperdemandado a resolver questões que teriam que ser processadas como decisões políticas (já que invocar “direitos” facilita o canal para a passagem do protesto aos grupos de interesse, e da periferia política ao seu centro, da política para o ambiente interno do direito, e então até as cortes). A abordagem judicial caso a caso reproduzirá as assimetrias de informação e disparidades no poder de barganha jurídico (acesso a cortes, assistência jurídica, litigantes habituais, profissionais ou corporativos) e aprofunda assimetrias em favor de minorias organizadas e sobrecidadãos.

Uma solução abrangente – reforma estrutural, ainda que localizada e temporária – parece além do alcance de uma sentença, de compensação monetária ou execução criminal. Apesar de não evitar escolhas políticas contestáveis, uma solução apontaria na direção de constituir um ramo do governo, agência ou rede reconstrutiva capaz de lidar com os específicos requisitos técnicos, gerenciais e políticos dessa tarefa.

A diferença entre centro e periferia do direito pode ser relacionada à especificidade dos métodos de produção do direito e à divisão do trabalho jurídico:¹⁸ enquanto contratos respondem a necessidades de coordenação por reciprocidade e produzem-se pelo método da negociação, eleições são o método de trabalho de organizações (inclusive o Estado) e promovem a agregação de objetivos por meio do voto. Motivos individuais – ainda que apresentados, ainda que falseados, ainda que inconfessáveis ou irracionais – não esvaziam a autoridade do voto e o placar final. Já a justificação das decisões judiciais força a que nesse subsistema do direito uma acusação dê início a um ciclo não apenas de *interpretação* (como ocorre também na periferia), mas sobretudo de *argumentação* (a observação de observações, a interpretação de interpretações) – como também ocorre no procedimento legislativo – e, em um terceiro nível, de argumentação sobre argumentações (*justificação*). Deve haver oportunidades para as partes argumentarem (com as formalidades e garantias processuais), inclusive apresentando provas, e deve haver a justificação da sentença – o que exige que o juiz argumente sobre as argumentações apresentadas, apresentando razões generalizáveis para além da interseção entre os interesses das partes em disputa.

Em um contrato, há interpretação, mas dúvidas sobre as regras acordadas e a violação destas conduzem à necessidade de argumentação. Ou os argumentos contrapostos levam ao convencimento ou consenso entre as partes – por acordo, mediação, negociação – ou exigem uma observação superior, final sobre os argumentos: o exercício da jurisdição ou arbitragem. Em uma eleição também há argumentação, mas o resultado final não está subordinado a uma justificação. Em contraste com a negociação ou o contrato, a organização não se reproduz apenas por procedimentos eleitorais, mas também pelo exercício da direção,

18 Quanto à diferença entre as formas de produção do direito, estou re-descrevendo Fuller, 1978 [1957]; 2001 [1972].

da gerência, da administração: hierarquias, definições discricionárias de comando e obediência.

Todos esses métodos de produção do direito são tipos ideais – afinal, há sincretismos: votos em tribunais, argumentações e justificações em eleições, negociação em disputas judiciais. Tanto no âmbito da autonomia privada e quanto na produção estatal do direito, as respectivas diferenças (contrato/organização, eleição/gestão, legislação/execução, legislação/jurisdição) mostram que direitos e poderes, controles intraorgânicos e interorgânicos permitem que se passe de um modo de produção do direito a outro, cristalizando em programas (leis, sentenças, contratos) resultados de um ciclo produtivo que podem ser tomados como ponto de partida para um novo ciclo do processo jurídico. Diante dos tipos ideais, puros, o que os direitos de desestabilização parecem exigir são formas híbridas concretas.

A questão que interessa é saber se o modo jurisdicional de produção do direito é adequado como porta de entrada do exercício de um direito de desestabilização – ou se o tipo de resultado pretendido por uma reclamação fundada em direitos de desestabilização reclama um método de produção do direito que foge àquele típico da jurisdição. Então o tratamento desses direitos se encaminharia primariamente à periferia do direito. Mas abandoná-los à conveniência e oportunidade política ou à autorregulação espontânea da economia seria retirá-los da esfera pública do direito e colocá-los apenas como reivindicações da opinião pública ou demandas no mercado. Embora exija “à montante” um procedimento análogo à jurisdição – a argumentação, a apresentação de provas e a justificação de decisões – a cadeia produtiva da reforma estrutural acionada por um direito de desestabilização demanda “à jusante” medidas administrativas que vão além dos procedimentos usuais de execução de sentença e exigem um estilo regulatório, administrativo – quando não negocial – de implementação de medidas, monitoramento e correção.

Em verdade, esse próprio estilo pode acabar redefinindo o tipo de argumentação apresentado e de justificação exigida na reclamação baseada em um direito de desestabilização. Uma desformalização do pedido – na linha de garantias constitucionais como o *habeas corpus* – pode estar aqui combinada à necessidade de uma investigação mais complexa do contexto fático do caso. Exigir da parte nessa

situação a produção das provas suficientes para avaliar sua reclamação e – mais do que isso – para desenhar as medidas corretivas necessárias seria contra-produtivo. Ao contrário, a atividade probatória exigiria a cooperação entre órgãos de investigação e as partes envolvidas. Por outro lado, uma especialização do judiciário – à semelhança dos juizados de pequenas causas – poderia avançar, combinada com o apoio de assessorias jurídicas e outros serviços sociais.

Aqui o que se exige não é (apenas) uma reparação ou indenização, uma correção retrospectiva de condutas facilmente delimitadas; em vez de eventos, são avaliadas práticas continuadas e a o serviço a ser prestado é uma correção das estruturas que apoiam essas práticas ilícitas – uma reestruturação prospectiva. A participação limitada dos interessados e operacionalizada pela apresentação estrita de argumentos e provas pode fazer da jurisdição um método de trabalho inadequado para esse tipo de problema. A necessidade de conhecimento técnico não jurídico parece mais próxima da arbitragem do que do judiciário. Especialistas em educação, saúde, segurança ou arte precisariam ser consultados. Mas, em se tratando de uma atividade custosa, continuada e ampla (embora cada intervenção seja temporária e pontual), esse serviço precisaria ser uma infraestrutura provida pelo Estado.

O corpo burocrático da administração pública parece então o centro de gravidade da questão. Mas essa burocracia, qualificada para o desenho e a implementação universal de políticas públicas, não tem em sua rotina propriamente a avaliação de casos concretos e o planejamento e implementação de consertos e reparos *ad hoc*. Órgãos fiscalizatórios, por sua vez, podem bem mapear as violações praticadas, mas o desenho das medidas reestruturantes exigiria um grau de discricionariedade que as expectativas generalizadas dificilmente sustentariam, de modo a frear a eficiência pelo déficit de legitimidade. O circuito das instituições, organizações e procedimentos estabelecidos parece se fechar, em uma delegação infinita dessa tarefa fundamental de reforma estrutural localizada. Um planejamento central, que comandasse todas as reformas estruturais em sua totalidade – e não em sua localização e especificidade – seria ele mesmo o problema maior: provavelmente, a organização que mais praticaria violações sistemáticas, estruturais de direitos.

De um lado, a periferização ou descentralização da implementação de direitos de desestabilização vincula-se à exigência de uma “execução complexa” de medidas de reforma estrutural localizada, as quais precisam ser decididas sem estarem suficientemente pré-programadas. Não são mera execução de leis ou regulamentos. São decisões que não estão suficientemente circunscritas pelo direito posto e cujas medidas escolhidas não podem ser coerentemente justificadas a partir de qualquer sabedoria interpretativa. De outro lado, essa característica pode ser relacionada àquela modalidade de conflito que Fuller (1978 [1957], p.393-409) chamou de “policêntrico” e cuja solução ele remeteu aos métodos da direção gerencial e do contrato – embora se trate de uma distinção de grau, e muitos dos problemas justiciáveis tenham elementos de “policentricidade”. Trata-se de situações que lidam com estados de coisas fluídos, que reclamam a intervenção por medidas cuja velocidade e complexidade não se coadunam com as formalidades de um procedimento que assegure inumeráveis oportunidades para as partes produzirem provas e argumentos.

As medidas corretivas de um conflito “policêntrico” podem desencadear um efeito dominó, repercussões em rede, um desarranjo sistêmico da área em que se realizou a intervenção. Não é uma questão que dependa do número de partes *a priori* interessadas no julgamento, mas – acima disso – a própria expansão imprevisível das partes que podem vir a ser afetadas. Esse diagnóstico parece remeter a questão à competência do centro político, à função de tomada de decisões coletivamente vinculantes. Mas o caráter localizado da intervenção e a necessidade de análise caso a caso tornam o problema estranho às rotinas governamentais, do legislativo ou do executivo. E, mais uma vez, batendo de porta em porta à procura de uma autoridade competente, os direitos de desestabilização não encontram hospedagem em quaisquer dos órgãos decisórios tradicionais.

Problemas de legitimidade, competência e eficácia circundam a crítica da prática de intervenção judicial estrutural. A questão não é negar o problema nem sugerir como solução simplesmente o retorno a um judiciário deferente e circunscrito a soluções de afirmação de sanções de fácil execução; nem mesmo é desconsiderar a indisponibilidade conjuntural de outra medida que não o uso incongruente do judiciário para a execução de reformas de alta complexidade administrativa. O

certo é que, como demonstrou o esmaecimento das injunções estruturais nos Estados Unidos desde os anos 1970 e 1980, a sobrecarga das cortes com essa tarefa é insustentável a longo prazo e vulnerável a uma série de contra-ataques por parte dos poderes políticos. Ao judiciário falta a legitimidade dos poderes eleitos, o arsenal técnico, a blindagem e a transparência procedimental esperados da administração pública. Associados à pressão de interesses poderosos diante dos quais os juízes não podem se defender apelando para uma politização do conflito, esses déficits organizacionais tornam o judiciário, na prática, um ator distante do ideal para o desempenho desse papel.

Nenhum direito se reduz a um departamento ou poder específico, mas cada tipo de direito engendra certa dinâmica de provocação e interação entre poderes, sob o pano de fundo de dada repartição de competências. Nas condições contemporâneas de centros de poder largamente imunes ao direito estatal, haveria um vácuo na lista canônica de poderes do estado. Essa lacuna poderia ser preenchida por um “poder reconstrutor”¹⁹, que seria o primeiro responsável por dar realidade ao exercício de direitos de desestabilização; é um anteparo à judicialização, fazendo as questões chegarem às cortes apenas subsidiariamente. Em vez de simplesmente pressupor uma eficácia privada dos direitos fundamentais, a ser executada pelo judiciário tradicional, Unger propõe a criação de um novo poder de Estado, cuja competência não se confunde com a aplicação da lei em conflitos interindividuais localizados (função judicial) nem com a geração de regras gerais e abstratas (função legislativa) nem com a proposição, a implementação e o monitoramento de políticas públicas (função administrativa). Seu escopo é a intervenção sistemática, porém localizada e de curto ou médio alcance, em organizações públicas ou privadas cuja prática rotineira contradiga normas constitucionais básicas: um ataque recorrente aos parâmetros e valores constitucionais que maciçamente coloque pessoas e grupos sob situação de opressão da qual não têm meios para se livrar autonomamente. Um estilo de argumentação e doutrina próprio, diferente da comunicação forense, haveria de ser desenvolvido para dar conta dessa institucionalidade jurídica.

19 Ver sobretudo Unger, 2001b [1987], p. 450-3; 1996, p. 30-3. A nomenclatura “poder reconstrutor” é adotada por Unger, 1998, p. 269.

É certo que práticas judiciais inovadoras podem, de um lado, contornar os problemas de legitimidade e conhecimento associados à complexidade gerencial da tarefa de intervenção estrutural mas localizada; de outro, essas experiências servem como demonstração para a própria atividade que um “poder reconstrutor” teria como sua competência.

O poder reconstrutor, que também não fugiria ao controle judicial, teria por escopo uma ação corretiva localizada, uma espécie de intervenção assemelhada à dos órgãos fiscalizatórios, mas com uma função menos punitiva do que promocional, reparadora ou de garantia da conformidade. A intervenção pontual reparadora de situações de renitente violação de direitos pode ser levada a cabo pelo judiciário: por um planejamento e monitoramento de reformas, com planos de ação, avaliação dos resultados e reavaliação continuada dos meios de solução indicados. Em sentido contrário a tal atribuição, pesa a sobrecarga do judiciário com uma atividade que poderia prejudicá-lo no exercício de sua função precípua, a solução de controvérsias. No caso da desestabilização, haveria uma aproximação entre o conflito real e o conflito processual, bem como uma vinculação maior entre proferimento da sentença, sua execução e possível revisão à luz das medidas de reparação sugeridas. Seria necessário ao judiciário revisar seus procedimentos decisórios para, em vez de decidir de uma vez por todas, incluir a possibilidade de rever suas decisões por iniciativa própria, à luz do que monitorar a respeito da implementação das medidas sugeridas. O processo decisório seria imensamente ampliado, pois decisões seriam desdobradas em mais decisões e haveria maior grau de reversibilidade destas – isto é, mais decisões. Ainda seria preciso incrementar a participação das diversas “partes interessadas” (*stakeholders*) nos processos decisórios.

A despeito de todas essas reformas, ainda haveria dúvidas se o judiciário, dado seu caráter não eletivo, não representativo, teria legitimidade para realizar tal serviço. De outro lado, a imparcialidade judicial seria uma vantagem comparativa na própria justificação de sua competência para a implementação da reforma pontual e episódica. De qualquer modo, por fim, isso exigiria um incremento de pessoal especializado e uma burocratização mais típicas da administração pública organizada no poder executivo.

No plano da administração pública e do executivo, algumas políticas públicas podem ter função semelhante à de desestabilização (e mesmo no setor privado, nos meios de comunicação de massa, na educação, na ciência, haverá atividades de efeito desestabilizador análogo). A dispersão dessas políticas em órgãos funcionalmente diferenciados pode gerar as vantagens da especialização, assim como as desvantagens da descoordenação (superposições, lacunas e rivalidades) no planejamento e execução dos programas. Se acrescentarmos a hipótese de que exclusões tendem muito fortemente a gerar mais e mais exclusões, teremos que admitir que uma exclusão pontual e localizada tende a ultrapassar fronteiras de um só sistema funcional. Órgãos especializados, portanto, teriam dificuldade de intervir, embora pudessem facilitar a descentralização e participação – a representação “funcional” dos setores envolvidos e a legitimidade que ela acrescentaria (com o risco da “captura” corporativista).

Para agregar atividades que permanecem dispersas em diversos órgãos (como secretarias e ministérios), seria possível atribuir a atividade de intervenção episódica e localizada a um órgão específico da administração, como uma secretaria de direitos humanos. Há dúvidas, porém; seria necessário contar com a legitimidade necessária para desenvolver uma atividade interventiva assemelhada à dos órgãos fiscalizatórios, adentrando a organização interna de atividades privadas. Um órgão político como uma secretaria ou ministério poderia sofrer pressões incompatíveis com a função e desenvolver uma seletividade perniciosa. Todavia, o exemplo da descentralização da administração pública pela via das agências reguladoras e órgãos antitruste – em regra entranhados no executivo, mas com autonomia administrativa e financeira, garantias de independência e mandato fixo e funções quase judiciais de solução de disputas – pode ser o paradigma empiricamente mais próximo e mais valioso para a configuração do poder desestabilizador. Não obstante, é preciso ter em mente de que, na concepção de Unger, tal órgão demandaria uma autonomia maior para a realização de suas funções, o que recomendaria sua configuração como um novo poder.

Mas atribuir a função de reforma estrutural episódica e pontual a uma nova agência ou a um novo poder de Estado traz também problemas de desenho institucional. Embora se possa apostar que a própria disputa política para a criação desse poder é que pode resolver, na prática, seu

modo de organização, cabe teoricamente apontar algumas dúvidas. Essas dúvidas surgem quando se insere a proposta do poder reconstrutor no contexto de uma visão constitucional mais ampla, que propugna pela multiplicação de poderes e superposição de funções.

Para evitar o arbítrio ao qual se pretende fugir com o deslocamento do judiciário, o poder reconstrutor também precisaria obedecer a parâmetros constitucionais e legais, assim como ser supervisionado pelo judiciário. Evidentemente, faz diferença se é o próprio judiciário o poder competente para realizar as reformas estruturais localizadas ou se ele é apenas um poder de controle que pode ser acionado pelos envolvidos em determinada intervenção. Certamente o aparato burocrático de que o poder reconstrutor precisa dispor pode sofrer bloqueios políticos e pressões corporativistas como os outros setores do Estado, mas pode haver mecanismos de imunização contra essa corrupção.

Um problema maior é: será que a lógica dos “freios e contrapesos” não irá se impor, paralisando a ação do poder desestabilizador pela intervenção judicial? Uma organização das precedências, zonas de discricionariedade e meios bem definidos de bloqueio de um poder a outro seria necessária. Ademais, o figurino institucional dos poderes clássicos poderia ser atualizado pela organização de um “poder em rede” – com vínculos organizacionais e procedimentais com uma periferia adensada do direito (como o ministério público e a defensoria pública), arenas de negociação aberta e transparente com os poderes políticos, mecanismos de apoio técnico da burocracia especializada (ministérios e secretarias) do executivo e, ainda, alianças com a periferia da política e os meios de comunicação de massa.

2.5. ANÁLISE 4X3

Diante do que chamei de ilusão trigêmea dos direitos públicos (*supra* 1.11.), direitos de desestabilização são um contrapeso ao caráter absoluto de uma esfera de invulnerabilidade garantida pelos direitos de imunidades e pelos direitos privados. A blindagem dessas imunidades precisa ser relativizada pelo desenvolvimento de parâmetros que ajudem a identificar e a intervir sobre situações localizadas, mas persistentes, de restrição extrema da liberdade ou distorção da isonomia. Nessa medida, as estruturas organizacionais e procedimentais

estarão protegidas, até que tal presunção seja superada pela demonstração de cenários que demandem reestruturação das práticas. De um lado, um corpo de direito e doutrina precisa ainda concretizar e detalhar as hipóteses e os meios da aplicação desse tipo de direito. De outro, uma estrutura estatal suficientemente autônoma frente ao poder econômico precisa ser construída para que possa realizar tais intervenções reconstrutivas.

Quanto ao que destaquei como três atributos dos direitos públicos, é interessante posicionar a proposta de estruturação deste novo tipo de direitos – de desestabilização – diante de um pano de fundo histórico em que listas de direitos substantivos crescem nas constituições como se eles estivessem, por evidência, suficientemente garantidos pela defesa judicial ou pela dinâmica de algum sistema de governo canônico.

Vejamus uma ilustração. O chamado novo constitucionalismo latino-americano, capitaneado por mudanças na ordem constitucional de países como Bolívia, Venezuela e Equador entre na última década do século XX e nas primeiras décadas do seguinte, é particularmente elucidativo para demonstrar não apenas a tendência de estender as declarações de direitos sem providenciar as mudanças na “casa de máquinas” dos poderes de estado que permitiriam encaminhar as políticas a darem efetividade a esses direitos, mas também as vicissitudes na “acumulação de direitos” de diferente perfil (GARGARELLA, 2013). As ondas de liberdades formatadas no molde dos direitos privados do século XIX são agregadas a direitos políticos de democracias elitistas, depois vêm os direitos sociais com um perfil ora coletivo, ora individual, e ainda se adicionam as titularidades universais, de bens e serviços públicos, e finalmente direitos à paz, ao desenvolvimento e tantos outros.

Por exemplo, as constituições de Peru e Bolívia escritas no período mencionado incorporam pioneiramente preocupações com o grande contingente de ascendência indígena historicamente estigmatizado e excluído. Há então o desenho de um “estado plurinacional comunitário” e direitos coletivos, de reconhecimento da normatividade consuetudinária e autonomia das comunidades nativas (ver mais sobre direitos de autonomia no capítulo 5 *infra*). Há casos em que esses direitos são complementados por direitos de participação, garantidos inclusive por novas estruturas no estado, como um poder participati-

vo. Por outro lado, esse poder é vulnerável à captura simbólica pelo executivo forte, sendo as potencialidades participativas sufocadas pela prerrogativa de veto, à mão de presidentes que podem reproduzir traços centralizadores e autoritários.

Direitos de participação em geral permitem ao executivo sobrepor-se ao parlamento, desconstituindo-o pelo apelo unilateral a assembleias constituintes e plebiscitos. É certo que a mudança estrutural, sem a qual as declarações de direito assemelham-se a folhas de papel com referentes vazios, depende de fatores como a aceleração do processo decisório e a elevação da mobilização democrática. Mas, então, há precauções para o desenho das interfaces entre o governo representativo e a democracia semidireta (*infra* 4.4.).

No que interessa mais de perto a este capítulo, um problema diz respeito ao conflito entre as salvaguardas liberais clássicas, como as proteções e garantias ao redor do direito de propriedade, e as pretensões simbolizadas por direitos sociais. O resultado previsível é que os direitos civis individuais bloqueiem direitos sociais coletivos. O impasse só pode ser quebrado pela solução autoritária, de suspensão das liberdades públicas e privadas, com a mobilização do governo para a redistribuição.

A saída desse impasse pode ser dada, porém, pelo redesenho dos direitos e poderes, como tentado neste livro. Assim, o tratamento unificado dos direitos civis e sociais enquanto direitos de imunidade (*infra* capítulo 3) revela sua equivalência funcional, mas também discerne a divisão de trabalho dos diversos poderes e órgãos de estado na garantia, execução e concretização desses direitos. Por outro lado, os direitos de desestabilização é que fornecem a ferramenta apropriada para o destravamento de situações localizadas, mas renitentes e organizadas, de opressão e privação. Então, um órgão próprio ou uma rede de órgãos adequados para a função deve ser ativada – em vez de se contar com o voluntarismo do executivo.

Consideremos, agora, a sinergia entre diferentes tipos de direitos. Direitos de imunidade são condição para enfrentar grau aumentado de risco, contingência e complexidade posto por um conflito político mais aberto, sob uma democracia “de alta energia”, “empoderada”, “experimentalista” ou “mobilizacional”, na qual direitos políticos são definidos para usos mais frequentes e amplos que apenas eleições periódicas.

Direitos de autonomia também elevam o experimentalismo e a complexidade social, providenciando mais espaços para uma criação mais ou menos livre de ordens jurídicas. Mas essa autonomia ampliada para corpos públicos e privados pode gerar novas formas de opressão comunitária. Então, direitos de desestabilização devem ser ativados para desarmar esquemas que minem a liberdade pessoal. Mas também direitos de imunidade – especialmente na forma de acesso universal a serviços públicos – podem significar pouco se a infraestrutura correlata é inadequada. Direitos de desestabilização também funcionam para corrigir pontualmente falhas nessa infraestrutura. E direitos de participação (combinados com direitos de desestabilização) devem prover mais chances para o dissenso aberto, o monitoramento e a correção dos órgãos gestores relacionados à provisão desses serviços, assim como para o aperfeiçoamento do molde legislativo, da programação normativa das políticas públicas, antes mesmo de chegarem à administração. Enfim, há ciclos jurídicos que põe em ação direitos e prestações, reformas e políticas.

Direitos de desestabilização, portanto, corrigem disfunções na dinâmica de sistemas organizacionais, quando suas rotinas e procedimentos deixam de fornecer as prestações e proteções devidas às pessoas, abordando-as tão só como corpos e mentes vulnerabilizados a privações e violências. São anticorpos de defesa da liberdade e da igualdade em rotinas institucionalizadas que neguem as condições de fruição efetiva da capacidade de autodeterminação e escolha. São também válvulas de escape de solidariedades opressivas, de formas coletivas que sufocem tais liberdades iguais (inclusive de solidariedades engendradas por ordens jurídicas paraestatais, subnacionais ou privadas). Esses direitos dão balizas para que o indivíduo tenha condições de autonomia fortalecida ao mesmo tempo em que se ampliam as formas de experimentação das organizações políticas, econômicas, educacionais, médicas. Sustentam-se, enfim, dentro de uma concepção ampliada de democracia, como efetiva autonomia frente a grandes blocos de poder organizado – e não apenas como liberdade diante do Estado. Dão uma ferramenta para que a defesa da cultura e da tradição não possa encobrir situações de opressão. Corroboram o entendimento de que tanto vanguardas quanto retaguardas econômicas podem, em variadas formas e escalas, solapar as condições da autonomia individual

e coletiva – daí oferecerem um mecanismo análogo ao da reorganização empresarial, mas voltado para a reestruturação em conformidade com os padrões de direito público e diretrizes constitucionais.

Finalmente, quanto à extensão da ordem constitucional para outros tipos de ordem jurídica, há que se remarcar que o próprio pluralismo jurídico heterárquico – as ordens domésticas sendo observadas pelo direito internacional ou supranacional e vice-versa, as ordens paraestatais mimetizando o direito estatal ou interestatal, mas também experimentando outras formas de regulação – tem um efeito de desestabilização, por analogia à separação de poderes no estado constitucional. Há diversas vias para se defender um direito violado, da cobrança dos poderes políticos ao acionamento judicial, da invocação do direito nacional ao apelo a instâncias internacionais. Essa multiplicidade de ordens jurídicas ajuda a ultrapassar o bloqueio eventual de certas vias, o que se há que esperar em situações de entrincheiramento de poderes opressivos e institucionalizados.

No caso do direito supranacional europeu, tem-se identificado algo semelhante aos direitos de desestabilização, em campo que extrapola a litigância de interesse público. Na verdade, a própria nota distintiva deste direito supranacional, em relação ao Direito Internacional, acaba por facilitar seus efeitos desestabilizadores com relação aos Estados e direitos nacionais (tal atributo é o princípio da aplicabilidade direta do direito comunitário, isto é, a imediata vinculatoriedade da normatividade da União Europeia em relação aos cidadãos de seus estados membros, sem a necessidade de internalização legislativa por tais estados).

Assim, por exemplo (GREER; RAUSCHER, 2011), a regulação dos serviços de saúde na União Europeia, ao instituir a mobilidade de pacientes entre países, “irritou” o direito, a administração e as finanças dos sistemas de saúde ao longo dos estados membros. Na verdade, a criação de normas gerais diretamente aplicáveis desestabiliza os mercados e serviços, em sua regulação e em suas práticas nacionais. O direito de vender tratamento de saúde para além de determinada fronteira nacional, sem pré-autorização, ou de fazer tratamentos de saúde no exterior, com cobertura dos seguros de saúde domésticos, provocou essa pressão que aponta para a reorganização supranacional desses serviços essenciais.

Mais do que pela especificidade do exemplo, ele vale para pontuar as duas respostas possíveis à desestabilização: a conformidade, a reforma dos procedimentos e rotinas (no caso, o alinhamento às diretrizes europeias), ou a contrarreforma, a restabilização, o equipamento de um *lobby* para assegurar que as mudanças não sejam cobradas ou mesmo que as políticas sejam alteradas (no caso, para alterar as políticas no nível da União Europeia, ou para conter o alcance da implementação nacional). A segura resposta, conservadora, pode ser mais barata e estratégica. Apenas a pressão adicional pode pesar em favor da conformidade e evitar que o direito comum, nesses aspectos de política social e redistributiva, tenha eficácia mínima na ponta do acesso aos serviços e esquemas de solidariedade.

CAPÍTULO 3. DIREITOS DE IMUNIDADE

No mundo dito pré-moderno, uma variedade de formas de estratificação social assegurava posições inatas, com solidariedades e subordinações bem definidas, compondo formas de vida bem traçadas como destino de cada um. A quebra dessa ordem, pela organização de classes com possibilidades de mobilidade social e com a especialização de papéis e sistemas sociais gera um novo modo de inclusão e exclusão. Os sistemas sociais – economia, política, educação, ciência – atuam sob a ficção da inclusão universal, abordando apenas tangencial e focadamente a exclusão. Ocorre que, nessa nova ordem social, os incluídos em um sistema (família, educação, economia) podem buscar inclusão em outro, mas principalmente os excluídos de um sistema é que tendem a ser excluídos cumulativamente de outros – sem família, sem escola, sem emprego, sem saúde... (Ver a discussão *supra* 1.7.)

Lembremo-nos do vínculo republicano e liberal entre propriedade, como condição da autonomia privada, e voto, como exercício da autonomia pública; a segurança que a propriedade fornece livra o homem da dependência econômica e permite seu cultivo espiritual, sua autonomia deliberativa – a liberdade negativa que ele defende contra o Estado (e que o Estado tem a função de defender contra todos os outros) é condição para aquela liberdade positiva. Na falta de democratização do acesso à propriedade, os direitos sociais – na forma de proteções trabalhistas, seguridade social e serviços públicos – vieram a compor a rede de proteção amenizadora dos riscos de exclusão.

“Os direitos de imunidade de uma democracia empoderada têm a mesma relação com a propriedade consolidada que a propriedade tem com a casta” (UNGER, 2001b, [1987], p.526). O eixo articulador dos direitos fundamentais, segundo este modelo superliberal de constitucionalismo, está nas imunidades individuais, entendidas com uma dupla função: enquanto dotações que habilitem a capacitação individual e salvaguardas de interesses vitais que abram espaço ao experimentalismo (à aceleração e à ampliação do espectro da transformação política, às prerrogativas de autonomia e descentralização dos entes estatais e à construção de ordens jurídicas para além do Estado). Essa é a função de “fundamentalizar”, de constitucionalizar direitos, entrenchando-os em constituições rígidas e isolando-os

mesmo contra o poder de reforma (limites substantivos à reforma constitucional, “cláusulas pétreas”). Trata-se de retirá-los da agenda política de curto prazo, isto é, do alcance de decisões da política rotineira, tomadas por maiorias simples.

Embora nunca definitiva, essa estabilização reforçada envolve conferir ao indivíduo um conjunto de imunidades que abrange tanto os ditos “direitos civis” quanto “direitos sociais”. Vistos unitariamente, esses conjuntos de titularidades e dotações têm a mesma função de imunização pessoal contra o abuso de poder (estatal e mesmo privado, por carências conducentes a um estado de necessidade). Mais amplamente, marcam a intangibilidade dos sistemas biológicos e psíquicos (indivíduos) pela simbiose dos sistemas sociais (violência como corrosão da política, necessidade como incompetência da economia) e, ao mesmo tempo, a dependência das pessoas em relação às prestações e meios produzidos pelos sistemas sociais – dinheiro, poder, direito, saber, beleza, tratamento médico.

Não há qualquer sentido defensável em sustentar que as liberdades civis se diferenciem dos direitos sociais por não imporem custos ao Estado ou não demandarem ações positivas. Todo direito, como entendem crescentemente as cortes constitucionais e as cortes internacionais de direitos humanos, é um misto de pretensões de bloqueio e defesa com pretensões de apoio positivo e proativo por parte do Estado (e.g. ABRAMOVICH, 2005). Mais especificamente, é possível discernir como contraparte dos direitos fundamentais e dos direitos humanos obrigações de respeitar, de proteger e de realizar (*fulfil*). Há, tipicamente em relação ao Estado (mas potencialmente podendo haver uma divisão dessas obrigações com partes privadas), os deveres de *evitar* a privação de um direito (e.g. não atentar contra a segurança de uma pessoa), *proteger* a pessoa da privação de seu direito por outras e *ajudar* aquele que foi privado de seu direito e que não tem condições de autonomamente realizá-lo (em outros termos, obrigação de *realizar*, promover o direito proclamado) (SHUE, 1996 [1980], p. 52-3).

Esse entendimento justifica a inclusão, na mesma categoria de imunidade, tanto dos direitos civis quanto dos direitos sociais. Servem ao mesmo propósito: proteger o indivíduo desde o princípio contra a opressão pública e privada, indistintamente, como escudo a repelir

os riscos da violência, da necessidade, da ignorância e da doença. (Enquanto a violação pontual dessas pretensões pode provocar o apoio judicial a sanções, a submissão efetiva e renitente a esses males demanda a ativação da proteção dada pelos direitos de desestabilização.) Direitos de imunidade não de ser, pois, determinados, como demandas facilmente acionáveis perante a administração pública e remediáveis individual ou coletivamente pelo judiciário.

3.1. DIREITOS SOCIAIS OU ARRANJOS POLÍTICO-ECONÔMICOS?

É importante notar que a concretização dos direitos, entendida na linha da igualdade e liberdade “materiais” da semântica do “social”, depende de arranjos institucionais e políticas públicas que vão muito além da declaração constitucional de direitos sociais e de sua serventia imediata – a fiscalização, garantia ou cobrança judicial desses direitos. Dentre os poderes do Estado, é do governo, do executivo que depende em primeiro lugar a realidade de um estado social.

Em grande medida, o estado social apoia-se em arranjos econômicos corporativistas (UNGER, 1996, p. 97-104, 140-1), em que a política compensa a incompetência da economia, as assimetrias geradas a favor da eficiência, dada a falta de uma economia de mercado democratizada e inclusiva. O governo media acordos entre os setores bem representados (sindicalizados) dos trabalhadores e os grandes negócios. Os custos são a exclusão da parcela crescente de trabalhadores que fica de fora desses acordos e a cristalização de um arranjo de “rentismos” ou “caça à renda” (*rent-seeking*) que arriscam distorcer a democracia e o mercado, socializando os ônus dos “contratos sociais” firmados entre minorias organizadas do trabalho e do capital.

Mais amplamente, a social-democracia que perdurou do final da Segunda Guerra Mundial até a década de 1970, particularmente na Europa ocidental e especialmente nos países escandinavos, baseou-se fundamentalmente em meia dúzia de arranjos institucionais.²⁰ Os primeiros dizem respeito a contrabalançar a concentração econômica por proteções e benefícios a atividades econômicas de pequena escala, por

20 Ver Unger, 2007a, cap. 11; 2001b [1987], p. 389-91. Comparar Unger, 1984b [1975], cap. 4.

vezes tecnológica e organizacionalmente rudimentares, assim como a negócios familiares, grandes ou pequenos. Não há uma verdadeira democratização do mercado pelo surgimento de uma variedade de agentes econômicos capazes de competir via inovação; há um compromisso com a transmissão hereditária de vantagens educacionais, relacionais e econômicas que reproduzem as diferenças de classe. Portanto, o igualitarismo fica comprometido. Ele é reafirmado, em contrapeso, pelos “contratos sociais”, pelas negociações corporativistas entre governos locais e nacionais, grandes corporações e organizações sindicais, acerca de decisões distributivas de impacto macroeconômico.

Outro mecanismo é a redistribuição retrospectiva. Embora largamente haurida de tributação regressiva sobre o consumo, a receita pública elevada permite uma ampla redistribuição no lado do gasto público. Benefícios sociais dão segurança individual e um alto grau de investimento em pessoas (por serviços públicos universais e de qualidade) as capacita para a inclusão produtiva de alto rendimento. Essas grandes vantagens estratégicas da social-democracia, entretanto, estiveram pressionadas pela competição econômica global, caindo constantemente sob ameaça desde as últimas décadas do século XX.

Além do universalismo e do elevado investimento na infraestrutura dita social, um duplo conjunto de disposições visa a amortecer os impactos da economia de mercado sobre a segurança individual. Do lado dos proprietários empreendedores, isso é possível pela sustentação de uma estrutura conglomerada de negócios reciprocamente relacionados, apoiados por relações privilegiadas com o investimento público. De outro lado, naquilo que mais diretamente toca o foco deste estudo, a imunidade individual estava assegurada não apenas por esquemas universalistas de acesso a serviços públicos, mas também por uma especial garantia trabalhista: algo como um direito adquirido à estabilidade no emprego. A rigidez desse dispositivo, desenhado para proteger o trabalhador das instabilidades do mercado, acaba por beneficiar apenas certos segmentos relativamente privilegiados da força de trabalho, enquanto aumenta seu isolamento em relação a uma vasta parcela de excluídos – trabalhadores temporários, terceirizados, precarizados. Os interesses das elites nacionais em ampliar a competitividade via redução das redes de proteção social e acertos corporativistas, assim como a pressão dos trabalhadores excluídos das zonas de proteção do mercado de trabalho, conspiram para colocar sob instabilidade o marco social-democrata. Sua forma residual tende a ser a

busca de arranjos que preservem as vantagens da proteção social com as demandas da flexibilidade econômica. O dualismo entre setores avançados e atrasados, trabalhadores protegidos e desprotegidos, demandaria, porém, reorganização das estruturas políticas, econômicas e educacionais, com mudanças na forma dos direitos privados e dos benefícios sociais.

Apenas quando benefícios assistenciais e serviços públicos foram reconhecidos como direitos sociais, a questão da implementação dos direitos veio à tona. Expectativas redistributivistas foram então imunizadas pela rigidez e pelo entrincheiramento constitucional, contra as mudanças circunstanciais do direito na onda de ciclos políticos ou econômicos. Mas o reconhecimento de programas finalísticos como programas jurídicos nem de longe se restringiu aos direitos sociais. Foi uma característica marcante do direito do século XX, particularmente na segunda metade – uma “substancialização”, nos termos weberianos, paralela e contrastante à tendência de progressiva formalização que Weber diagnosticava a seu tempo. Tal substancialização – a inclusão no direito menos de regras com clara hipótese e conseqüente definidos e mais de princípios, diretrizes axiológicas e standards abertos – é visível nas cláusulas contratuais abertas, nos tratados “guarda-chuva”, nas “convenções-quadro” no Direito Internacional, na proliferação de *soft law* e na própria atividade regulatória do Estado.

Uma narrativa quase uníssona da segunda metade do século XX foi de que o estado liberal se cingia a programas condicionais no direito, enquanto o estado social incrementou as formas de programação finalística no sistema jurídico (aquelas que definem fins amplos, sem definir os meios específicos com que se proceder). Essa “instrumentalização” e “substancialização” do direito foi vista como uma corrupção da racionalidade jurídica liberal (UNGER, 1976, pp. 192-223; 1984b [1975], p. 88-100) e como atentado autoritário da burocracia estatal em sua vontade de administrar a vida cotidiana da sociedade e asfixiar os espaços de liberdade individual e ceifar a complexidade social (LUHMANN, 1966). O planejamento econômico centralizado dos Estados comunistas (HAYEK, 2007 [1944], cap. 5 e 6; 2011 [1960], esp. p. 319-28), a “legalidade de exceção” e arbítrio do nazismo (NEUMANN, 2009 [1942], p. 440-58) e a “juridificação” da sociedade pela política no Welfare State europeu (TEUBNER, 1987) foram todos comparados como que demonstrando afinidades perigosas. Assim se construíram as assombrações invocadas pelos mais diferentes espectros

ideológicos para lamentar o fim do estado de direito. Reduzido a seu núcleo sensato, o problema diz respeito à capacidade de estruturação da complexidade – apresentada amorfamente por regulações de escopo demasiado amplo, restringida violentamente por um controle burocrático estrito. A questão do sufocamento da liberdade surge entre as variedades de arbítrio e conflagração ideológica que aí se apresentam.

Em popular balanço sobre esse debate (HABERMAS, 1998 [1995], p. 259-64; 1996 [1992], cap. 9), diz-se que o liberalismo clássico defendeu a busca da “justiça social” pela delimitação de esferas de liberdade individuais e pelas transações espontâneas dos sujeitos privados, o que o direito privado sustentava pelos institutos do contrato e da propriedade. No paradigma do bem-estar social, entendeu-se que a capacidade de transacionar na esfera privada e de participar da esfera pública dependia da materialização da igual liberdade pela via de direitos sociais como meios de operacionalização de (re)distribuição econômica e proteção diante dos riscos da vida em sociedade. No diagnóstico de Habermas e tantos outros, as medidas do estado de bem-estar produziam paternalismo e concessões a minorias organizadas – políticas de promoção da igualdade culminavam em mais desigualdade e discriminação. A ordem jurídica tornava-se opaca; a sociedade, juridificada pela burocracia regulatória; enquanto normas de organização e procedimento impeliam o legislador a regular âmbitos funcionais recalcitrantes, os programas finalísticos geravam insegurança, indefinição e confusão de poderes ao tratar de matérias complexas.

Assim, nenhum dos dois paradigmas (nem o liberal, nem o social) teria compreendido a relação interna entre autonomia pública e privada, que só seria garantida pela superação dos modelos anteriores por uma “concepção procedimental de direito”. Aqui a legitimidade depende de que os potenciais afetados pelo direito possam consentir (ainda que apenas hipoteticamente) como participantes de processos discursivos racionais de criação do direito. Assim, a institucionalização da soberania popular pressupõe os direitos humanos como garantia do uso público da liberdade comunicativa. De outro lado, há o direito ao maior grau de igual liberdade individual capaz de habilitar cada qual a buscar realizar sua própria concepção de bem. Esses dois lados expressam a mútua pressuposição de *rule of law* e democracia, vínculo que, nos termos desse popular balanço, teria sido ocultado pelos dois paradigmas políticos do “capitalismo industrial”.

Portanto, o resultado de tantas preocupações foi, afinal, ou um apelo ao enxugamento das estruturas regulatórias e protetivas do estado social em favor de uma liberalização, ou uma constatação de que o formalismo jurídico garantidor de liberdades “naturais” não era suficiente para as tarefas do direito social-democrata. Tendências de “elaboração racional” do direito, culminando com as versões principiológicas de análise jurídica, combinaram-se com tentativas de fortalecer não apenas a eficiência, mas também o autocontrole e a transparência da burocracia. Teve-se que enfrentar o paradoxo de que, por mais riscos que colocasse às liberdades, o aparato administrativo era, afinal, necessário para conservá-las, ampliá-las, desdobrá-las. Não se pode viver fora das estruturas e instituições e à margem das organizações.

Onde se desenvolveu e na medida em que conseguiu se estruturar, o estado social, é certo, estabeleceu serviços públicos universalistas e uma infraestrutura de previdência e assistência social que não poderiam, dado seu apoio e sua importância, simplesmente ser desfeitos. Por mais ameaçadas, essas conquistas permaneceram institucionalizadas em alguma medida onde foram de fato realizadas, e permanecem como demanda ainda largamente por realizar na maior parte das regiões do planeta.

Entretanto, o estado social também continuou por certas vias o liberalismo protodemocrático (UNGER, 1984c [1980], p. 298): justapôs ao direito privado tradicional um novo corpo de direito público voltado a remoldar, regular e contrabalançar as disparidades geradas pelas formas jurídicas herdadas; permaneceu retirando a maior parte da sociedade do campo de ação da reforma política, profissionalizando o sistema político, controlando a largueza dos conflitos por ele produzidos e tratados, mantendo um baixo nível de engajamento popular e alta apatia política, colocando as reformas institucionais como assuntos regulatórios de especialistas em políticas públicas, em vez de submetê-las à deliberação da esfera pública.

3.2. IMUNIDADE PESSOAL E CONTEXTOS DE INCLUSÃO/ EXCLUSÃO

Invocações do “real” ou “material” em oposição ao “meramente formal” são no melhor dos casos uma confissão da dificuldade de imaginar e construir as *formas* pelas quais mudar o conteúdo do que interessa: a distribuição de vantagens e oportunidades. O espírito comum do direito social é na verdade traduzido em tipos profundamente diferentes de direitos sociais, não necessariamente de estatura constitucional. Em seu desenho institucional, esses direitos fiam-se largamente na provisão de alguns bens e serviços públicos pela administração pública, e o judiciário pode apenas ter papel subsidiário, revisando políticas públicas ou resolvendo disputas. Do acesso a serviços públicos e assistência social a direitos trabalhistas, da cobertura pela seguridade social a programas de transferência de renda e alívio da pobreza, há uma combinação de mecanismos dependentes da inclusão produtiva, valorização pelo mercado de trabalho e hierarquia corporativa e mecanismos que contornem o “processamento de dados” mercadológico, assegurando bens e serviços independentemente da posição relativa do cidadão como agente econômico.

É verdade que, quando a maioria da população podia ser incluída em empregos na indústria de produção em massa e/ ou quando a maioria podia se beneficiar de um direito do trabalho criado para gerenciar conflitos entre capital e trabalho, era mais fácil ver os direitos trabalhistas como titularidades universais – ainda mais se se acreditasse que tal classe particular seria a classe universal. No entanto, a transição da “economia” à “cultura” nos movimentos sociais e em suas sociologias produziu a imagem de uma fragmentada sociedade de indivíduos, cada qual frouxamente agregado em “minorias” por identidades de “raça”, gênero, orientação sexual, crenças religiosas ou origens regionais ou nacionais. A mudança tecnológica e institucional no paradigma produtivo encolheu a quantidade daqueles que desfrutaram de salvaguardas sociais pelo fato de ocuparem uma posição na divisão de trabalho.

As mudanças nesse contexto formador apresentam-se elas mesmas em relação à equidade e ao universalismo. O tratamento igual e a não discriminação são um problema exemplar. Outro é assegurar proteção individual universal a despeito das volatilidades na inclusão/ exclu-

são no mercado e das posições relativas dentro dele. As mudanças na estrutura produtiva que reduziram o “proletariado” (industrial, assalariado, sindicalizado) a um grupo de trabalhadores entre outros apontam a necessidade de assegurar proteções e dotações sociais portáteis, afrouxando seu conteúdo e sustentação pelas especificidades de cada posição de trabalho.

Em um mundo dividido em vanguardas e retaguardas, a inclusão ou exclusão assimétrica em sistemas sociais apresenta alguns tipos de programas políticos para gerenciar a imunidade pessoal. Apontemos quatro exemplos (sobre o diagnóstico e os cenários, ver UNGER, 1998, p. 35-40). O primeiro: sob condições de exclusão da maioria da população dos setores mais dinâmicos da economia (as “vanguardas”), um Estado de bem-estar social como a Suécia pode prover proteção da renda por mecanismos de tributação progressiva e gasto social redistributivo e pela criação de empregos públicos, por exemplo no serviço social. Cada trabalhador e cidadão tem assegurado um pacote de salvaguardas e recursos sociais, para além das instabilidades do mercado. A capacitação provida como bem público, por sua vez, pode ser vantagem para a produtividade e o crescimento econômico. Mas não há um círculo simples, vicioso ou virtuoso, entre crescimento econômico e bem-estar social. Quando a economia está crescendo, há recursos para aumentar dotações sociais; quando a situação reverte, essas dotações já são direitos adquiridos – essa rigidez ameaça a saúde financeira do Estado e rompe os compromissos de privilégios assegurados a cada classe.

Na segunda situação, nos Estados Unidos por exemplo, há menos um estado de bem-estar que uma política focal para combater a pobreza. Pela correlação de forças na sociedade, dotações não universais são facilmente revogáveis. A despeito da tributação progressiva, a receita pública é relativamente mais baixa que a de estados sociais europeus – onde, paradoxalmente, uma tributação mais regressiva (sobre o consumo) assegura melhores resultados, já que um maior nível de tomada de recursos é usado em um gasto mais socialmente redistributivo, em investimentos em serviços públicos e dotações universais, por exemplo. Exclusão, déficits educacionais e violência são os subprodutos de uma economia que almeja ser mais flexível do que inclusiva.

Mas restam duas outras situações típicas da política econômica e social em um mundo dividido entre vanguardas e retaguardas. O terceiro cenário existe em um país como o Brasil, em que setores globais liderantes da economia permanecem marcadamente apartados da economia largamente retrógrada. A ideia política hegemônica é que a atual distribuição de vantagens econômicas pode permanecer intocada, apenas complementada por mecanismos sociais compensatórios que abram uma fenda de oportunidades para os excluídos. Na verdade, para diminuir o hiato desse dualismo econômico, a redistribuição teria que ser tão radical que a própria existência das vanguardas dentro do país seria colocada em questão antes que as retaguardas pudessem equipar-se como motor do desenvolvimento.

Uma quarta situação refere-se à “preferência” da segurança pessoal sobre o crescimento econômico. A propriedade de pequena escala ajuda a prevenir a desigualdade extrema, mas na forma do direito de propriedade unitário e das empresas familiares não pode propulsionar inovação. Para escapar das formas de organização e técnicas artesanais, atingindo economias de escala, esse tipo de produção demandaria cooperação interfirmas (por contratos relacionais e propriedade desagregada) e uma infraestrutura pública de suporte descentralizado (crédito, capital de risco, transferências tecnológicas, assistência técnica). O aprofundamento do *feedback* positivo entre democracia e desenvolvimento é o eixo do ideal republicano da “democracia de cidadãos proprietários”, que demandaria novos mecanismos institucionais para ser implementada hoje.²¹

O consenso pós-Estado de bem-estar social aponta para o ideal de combinar a flexibilidade econômica europeia com a proteção social de estilo europeu – os primeiros dois cenários.²² Sob inovação acelerada, o trabalhador e cidadão precisa ser assegurado em um núcleo de capacitações educacionais e oportunidades econômicas. Dotações básicas universais são preferidas a prerrogativas de grupo entrincheiradas. Uma rede de proteção e inclusão dos setores mais vulneráveis

21 Sobre esse ideal e sua relação com as formas de propriedade, ver Amato, 2016.

22 Sobre essa diretriz política e a reengenharia da institucionalidade social-democrata, ver Unger, 2001c, p. lxiii-lxv.

da população é também parte do projeto. O trabalho organizado dos países ricos está também lutando para barrar a insegurança radical e a queda dos salários pela competição de mercados abertos em escala mundial. Acima de níveis básicos, a livre concorrência está disponível.

Embora necessária, a redistribuição por transferências sociais seria ou insuficiente ou impraticável no terceiro cenário. O mesmo poderia ser dito da pequena empresa no quarto cenário. A síntese desses primeiros dois cenários requereria mudanças mais radicais nas vantagens econômicas e na participação política do que tal convergência parece demandar à primeira vista. De fato, se é para que sejam efetivas, essas diferentes trajetórias apresentam uma interseção em direção à estratégia crucial de superar o minimalismo e o conservadorismo institucional do consenso liberalizante de fim do século XX, começando por uma extensão do ideário e das formas social-democratas herdadas, mas as submetendo à fusão e à remodelagem.

3.3. DIREITOS E GARANTIAS

O discurso constitucional contemporâneo é ilusionista. Primeiro, porque traduz toda demanda – de educação, saúde, arte, religião, ciência, meio ambiente – como processável em termos de direitos e de constituição. Segundo, porque evita encarar os problemas de efetividade e gestão insertos nas políticas voltadas à fruição efetiva dos direitos. Prefere abstraí-los e idealizá-los, invocando debates bizantinos de filosofia moral. Terceiro, porque não apreende a diferença unificada pela constituição: a divisão de trabalho e a cooperação entre política e direito. Assim, pretende bloquear o egoísmo e o autointeresse dos políticos por apelo ao republicanismo dos juízes. Essa cultura constitucional oscila entre (neo)constitucionalismo, interpretivismo e judicialização, de um lado, e a mentalidade administrativista, centrada em políticas públicas, de outro. O estranhamento mútuo entre esses dois lados é uma evidência da falta de uma abordagem jurídica da produção e operação de instituições. Em paralelo, sucessivas experiências denunciaram a insuficiência de um enfoque estreito centrado em textos de normas, indicando a conveniência de uma visão de complexos normativos imersos em expectativas e estruturas sociais. O entendimento de como as normas jurídicas se agregam, formando

instituições, e de como estas se transformam e se reproduzem enquanto partes de uma estrutura social ampla ajuda a compreender como ideias, interesses e valores podem se articular de modos diferentes na estruturação de órgãos e procedimentos que são a realidade textualizada pela constituição. É esta a perspectiva deste livro.

O cenário a que ele responde pode ser ilustrado por um debate familiar na doutrina constitucional brasileira. Esse debate partilhou a concepção de que a democracia haveria de ser habilitada ao se colocar algumas normas jurídicas para além do alcance da política diária e acima da discricionariedade dos legisladores ordinários. A redemocratização e a reconstitucionalização do país nos anos 1980 mantiveram acesa a fé e providenciaram uma nova idolatria: ao constitucionalismo. Vinda da redemocratização portuguesa marcada pela constituição de 1976, a teoria da “constituição dirigente” (CANOTILHO, 2001 [1982]) ganhou corações e mentes. Os juizes, intérpretes últimos da constituição, velariam pelos limites à criação (política) do direito e exigiriam a implementação de tudo o que fosse necessário para assegurar o paraíso perdido no meio das normas e direitos constitucionais. O horizonte desse discurso identifica como problema a discricionariedade legislativa e como solução o adensamento dos parâmetros de controle judicial da ação e omissão dos poderes políticos.

Ideias similares vinham de muito antes e continuaram, metamorfoseadas, a persistir na recepção de teorias de princípios constitucionais e similares, dominantes nos anos 2000. O primeiro passo é uma modificação da ideia de eficácia no direito, quando se discute a eficácia ou aplicabilidade das normas constitucionais. Não se trata do fato empírico de serem seguidas ou impostas a quem as viole, e sim dos efeitos “internos” que uma norma válida produz no restante do ordenamento jurídico, o que ganha dimensão extraordinária dada a superioridade da constituição na hierarquia normativa. Dentre as normas válidas, haveria aquelas que produziriam todos seus efeitos desde já, invalidando normas contrárias e ativando a sanção de condutas desviantes. Normas de organização, de órgãos e procedimentos, dependeriam da implementação administrativa desses meios para que sua execução pudesse ser cobrada. A categoria mais importante da classificação, porém, é outra: a das “normas programáticas” (SILVA, J. A., 2007 [1967], propondo alternativa à distinção entre normas auto-

executáveis e não autoexecutáveis de COOLEY, 1903 [1896]). Nela se encaixam os direitos sociais – à educação, à saúde etc. – vistos como finalidades a serem concretizadas em um estado de coisas remoto. Não são, porém, meras declarações de boas intenções, normas sem “juridicidade”: vedam medidas que caminhem na contramão daqueles fins. Quatro décadas depois, uma crítica veio a concluir que todas as normas são de “eficácia limitada” (SILVA, V. A., 2010 [2005], inspirado na teoria dos princípios de ALEXY, 2008 [1986]), pois dependem de providências empíricas!

Não é surpreendente, porém, que o velho debate sobre “normas programáticas” tenha se atualizado por referência a princípios constitucionais, juízos de proporcionalidade (com o juízo sobre meios, *i.e.*, políticas públicas, adequados e suficientes para concretizar fins, *i.e.*, direitos) e fórmulas como “vedação do retrocesso social”. A despeito do valor argumentativo dessas fórmulas na arena judicial, reduzir o debate constitucional a essas questões é esperar da interpretação dos direitos nas cortes uma mudança estrutural que só pode vir, quando muito, da sustentação política e da implementação administrativa de reformas institucionais que abordem diretamente a economia, a educação, da saúde etc. Esperar uma força estranha pela qual as normas jurídicas se concretizem no mundo por sua imperatividade e autoridade moral, realizando sua juridicidade, parece demasiado idealismo. Quer opor o direito contra a política, quando parece que catalisá-la é a única via possível para as medidas de longo alcance que a tal “concretização” dos direitos – o acesso aos “bens da vida” que eles indicam – realisticamente demanda. Afinal, mais do que “direito à saúde”, “direito à educação”, “direito à moradia”, as pessoas querem (os serviços de) saúde, educação, moradia...

Na institucionalidade constitucional liberal-clássica, direitos civis e políticos são suplementados por garantias, instrumentos normatizados que asseguram a satisfação dos interesses protegidos. É o caso dos remédios constitucionais para violações concretas de direitos e, em geral, do acesso à justiça e do devido processo legal. Ademais, o controle abstrato de constitucionalidade, inclusive por omissão, adensa a via da cobrança judicial pela efetividade dos direitos.

Mas, enquanto certas imunidades satisfazem-se quando suplementadas pelas garantias judiciais, outras exigiriam garantias embutidas em outros processos decisórios do estado. Estas seriam o mecanismo homólogo ao que o *habeas corpus* é para a liberdade de locomoção, para o direito de ir e vir. Assim, por exemplo, os direitos a moradia, emprego, salário, alimentação poderiam ser garantidos por mecanismos autoexecutáveis, como a inconstitucionalidade de leis orçamentárias e tributárias que não considerassem certos níveis prefixados de gastos e investimentos, de contribuição e redistribuição. A política econômica e mesmo a economia privada estariam planejadas. A rigidez do controle deprimiria e desorganizaria a atividade econômica, esvaziando os recursos que dariam fundamento prático à distribuição dos bens e serviços garantidos (UNGER, 2001a [1985], p. 190). Os direitos “sociais” voltam a adormecer como aspirações para um futuro distante.

Uma alternativa envolve duas compreensões. Em primeiro lugar: nem tudo pode ser cobrado como direito ou providenciado pelo Estado, até porque economia, saúde, educação, arte não se reduzem a política econômica, sanitária, educacional, cultural – há apenas pontos de contato entre o sistema político e esses demais sistemas, por mais que o Estado possa coestruturá-los. Em segundo lugar: há de fato serviços e políticas públicas interpretáveis como meios próprios para a concretização de direitos constitucionais. Mas então o agente principal e destinatário imediato da cobrança pela fruição efetiva dos direitos é a administração pública. Logo, ela é que deve ser qualificada para prover os meios adequados a tal finalidade e desenvolver mecanismos de transparência e cobrança, de autocontrole e autocorreção (ver *infra* capítulo 8). O controle judicial de políticas públicas – para assegurar sua universalidade, eficácia e equidade distributiva – é ferramenta complementar (ver *infra* 9.4.). A qualificação da administração pública toma o primeiro plano das preocupações.

Assim também, haveriam de funcionar como garantia desses direitos leis de responsabilidade em cada setor das políticas públicas (educacionais, sanitárias, culturais, esportivas) – por analogia às leis de responsabilidade fiscal (RICCI, 2004). Ao se trocar a rigidez da impositividade orçamentária ou da vinculação de gastos pela garantia qualitativa um sistema de responsabilidade no planejamento e na execução das políticas, torna-se possível flexibilizar os investimentos conforme o perfil

das demandas regionais e locais. Em troca, a multiplicidade precisa ser unificada pela definição universal de procedimentos de avaliação de resultados, metas obrigatórias de desempenho e condicionantes para a liberação de recursos. Ainda, há que se estruturar mecanismos de correção, executoriedade e conformidade (por analogia aos métodos de reforma estrutural discutidos *supra* 2.2.2.).

3.4. FLEXSEGURIDADE, RENDA BÁSICA E HERANÇA SOCIAL

Um misto de serviços públicos e titularidades individuais há de compor o conteúdo da imunidade pessoal. Destas últimas são exemplos clássicos os benefícios assistenciais e previdenciários ancorados em sistemas públicos de seguridade social. Mas o leque pode ser ampliado, para cobrir até mesmo a escolha entre provedores de serviços essenciais – provedores públicos, privados ou sem fins lucrativos, por meio, por exemplo, de *vouchers* que financiem com recursos públicos o acesso a serviços, à escolha do usuário.

Sobre a provisão de serviços públicos, remeto à discussão do capítulo sobre administração pública (*infra* 8.3.). Aqui, enfoco três tipos de titularidades que podem ter relevância constitucional enquanto formas de especificação de direitos fundamentais de imunidade. Direitos de imunidade, como parece evidente, estão em relação direta com a manutenção básica das liberdades civis e garantias processuais clássicas e com atualização da institucionalidade social-democrata. No redirecionamento e na ampliação da social-democracia, com vistas a garantir sua eficiência e amenizar radicalmente seu dualismo entre incluídos e excluídos, podem ser vislumbradas soluções como a herança social, a renda básica e os direitos trabalhistas e previdenciários do tipo “*flexcurity*”. A contraparte é assegurar considerável arrecadação pública para o gasto redistributivo, onerando as hierarquias de padrão de vida sem parasitar a atividade produtiva.²³ O que diferencia essas iniciativas de

23 A institucionalidade tributária sugerida por Unger (1998, p. 139-47) inclui sobretudo impostos sobre a transmissão hereditária e as doações *inter vivos* intrafamiliares, sobre o consumo (como o imposto sobre o valor agregado, que evita a perda de empregos e competitividade da produção e a distorção dos preços no mercado) e sobre o consumo pessoal de luxo, que apreende as desigualdades de padrão de vida pela diferença entre a renda e a poupança investida de cada contribuinte (imposto Kaldor).

um programa social-democrata minimalista é que elas são subsidiárias a outras mudanças nos arranjos de poder e dinheiro (reorganização dos poderes e da distribuição econômica primária de vantagens e oportunidades – mudanças no acesso a mercados, propriedade, crédito para a produção, e não apenas redistribuições compensatórias).

As reformas liberalizantes da socialdemocracia escandinava apresentaram para o direito do trabalho a noção de “*flexicurity*” (“flexicuridade” ou “flexseguridade”), dotações universais independentes da garantia de determinado emprego e posição, voltadas a assegurar mais equidade e flexibilidade econômica, imunizando os riscos exclusionários do mercado. Essa garantia da segurança individual coordenada à flexibilidade sistêmica pode ser ampliada no sentido da formulação de direitos fundamentais na forma de dotações que autorizem e habilitem a plasticidade social, em vez de contê-la.

Na verdade, a forma europeia de “*flexicurity*” baseia-se na triangulação entre alto investimento em serviços públicos de educação e saúde, direitos trabalhistas flexíveis e políticas ativas para o mercado de trabalho. Tais políticas de ativação consistem em uma infraestrutura para prevenir o desemprego, seja por estímulos à contratação em períodos de crise, seja pela requalificação individual. A flexibilização diz respeito a diminuir as barreiras para a contratação e a dispensa. A justificação é o incentivo para a expansão dos empregos nos momentos positivos dos ciclos econômicos, que retroalimentam os orçamentos públicos.

Entretanto, ainda que a proteção ao desemprego e as políticas para o reemprego sejam sólidas, e sejam robustas as práticas de negociação coletiva, tudo isso pressiona os orçamentos públicos; justamente em tempos de depressão da atividade econômica, aumenta a pressão sobre o orçamento público e os custos do trabalho, de modo que o prefixo da “flexicuridade” torna vulnerável o outro morfema: a segurança volta a ser arriscada em nome da flexibilidade privada e das políticas de austeridade fiscal. Tem-se observado ainda que o ajuste externo (por dispensa) pode levar a acelerar os processos e os lapsos de desemprego, enquanto menor flexibilidade para a dispensa incentiva o ajuste interno (como acordos para redução de jornada de trabalho), protegendo o mercado de trabalho (AUER, 2010; HEYES, 2013; 2011).

Esse modelo da social-democracia europeia tem inspirado iniciativas de reforma fragmentárias até mesmo nas economias asiáticas – China e Coreia à frente –, embora haja resistências, de um lado, para amenizar as proteções de emprego historicamente cultivadas e, de outro, para financiar a infraestrutura de bem-estar social que é a contraparte da flexibilização (VANDENBERG, 2010). De qualquer modo, na experiência original escandinava de combinação de flexibilidade econômica e segurança social, há um cenário em que as medidas estão dimensionadas (KRISTENSEN; LILJA, 2011): nesse contexto se favorece mais tempos e ciclos de estudo e treinamento, ao longo da vida, em vez de se estender o trabalho igualmente, desde a juventude até a velhice. Um padrão de carreira em única organização durante toda a vida, com garantias de emprego, privilegia grandes empresas, que solidificarão sua capacidade de inovação recrutando pessoal qualificado, atraído por tais proteções. A proteção social independente da garantia no emprego, por outro lado, promove a mobilidade de trabalho e facilita a redistribuição de competências entre pequenas empresas, aglomeradas em sistemas produtivos e mais flexíveis para testar inovações mais disruptivas, criando novas vantagens comparativas e deslocando posições na divisão internacional de trabalho. A infraestrutura universal de serviços, as políticas redistributivas e os benefícios da seguridade social, em vez de criarem aversão ao risco, estimulam a tomada de riscos: investimentos em projetos cujos resultados são incertos, aprendizagem de habilidades cuja utilidade ainda não foi provada. A descoberta emerge do incentivo para tentar o que ainda não se tentou. O experimentalismo econômico é catalisado, os recursos tributados de uma economia baseada em trabalho qualificado são elevados e servem para a segurança em tempos de desemprego, educação ou aposentadoria.

Como se depreende dessa discussão sobre flexseguridade, além da garantia das liberdades, a forma mais tangível da proteção efetiva da imunidade pessoal são os direitos trabalhistas. A questão é desvincular a segurança individual da garantia de uma posição estável no mercado de trabalho – que, pela rigidez que impõe ao sistema econômico, provoca o efeito colateral de contar com o complemento de uma força de trabalho precarizada, informal e instável. Para enfrentar essa diferença é que serve a garantia de mínimos universais quanto a serviços

públicos e benefícios sociais. Assim, as hierarquias organizacionais e do mercado de trabalho hão de ser contrabalançadas pela concepção universalista que marca a conjunção das ideias de inatismo e igualdade na concepção da constitucionalização de direitos. “Garantias e instrumentos que sejam universais, destacados de qualquer emprego ou lugar e livremente portáveis são o resíduo prático do discurso de direitos fundamentais.” (UNGER, 2015b, p.73).

Os riscos de exclusão e as barreiras à entrada no mercado de trabalho, ao lado da “solvência universal” do dinheiro, sugerem outros mecanismos complementares de imunização individual. As tendências de baixo emprego de mão de obra da economia contemporânea, com o atraso da qualificação correspondente para a inclusão produtiva em melhores postos de trabalho, reiteram o argumento em favor dessas dotações.

Por um lado, a renda básica²⁴ está associada às condições de dignidade e inclusão essenciais para fazer do indivíduo uma pessoa, com autonomia reflexiva e capacidade de desempenhar papéis sociais. Ademais, sob uma ótica estritamente pragmática, a exclusão tende a ser socialmente mais custosa que a inclusão (seja a exclusão que irá ser incluída como criminalidade, seja aquela que será parcialmente mitigada pela assistência geradora de dependência, como “armadilha da pobreza”).

24 Nos anos 70, Bacha e Unger (1978, p. 19-23) estiveram entre os primeiros no Brasil a defenderem um “imposto de renda negativo” ou “renda mínima” para combater a pobreza. A transferência de dinheiro – baseada no princípio liberal de que “a família pobre sabe melhor do que ninguém quais os bens de que necessita para sobreviver” – seria complementada por uma “provisão comunitária de bens essenciais”, para evitar a inflação e considerando que as famílias pobres podem estar em mercados insuficientemente competitivos e ter dificuldades em acessar informação. Nos anos 2000, o programa Bolsa Família tornou-se a política social mais discutida no Brasil. É uma transferência de renda dirigida ao alívio da pobreza e condicionada a que as famílias coloquem seus filhos na escola e os mantenham vacinados. Não é uma renda universal nem um direito constitucional, mas uma política social focalizada que chegou a atingir cerca de um quarto da população nacional – por volta de 45 milhões de pessoas.

Essa renda mínima é ainda uma garantia para aqueles que, conscientemente saindo das principais formas de inclusão proporcionadas pela estrutura social, experimentem formas de vida alternativas e visões do mundo contrastantes, as quais podem retornar como fator de revisão das instituições e culturas. A mitigação dos riscos da exclusão econômica pode ser funcional à inovação, pois amortece a insegurança que toda iniciativa criativa envolve em comparação com a reprodução rotineira de práticas e saberes (UNGER, 2001b [1987], p. 526).

Ademais, vale observar que as diferenças de renda são devidas em larga medida não à motivação para o trabalho ou algo do tipo, mas pelo acúmulo diferenciado de capitais pessoais e impessoais – de relações de amizade que levam a seleções não meritocráticas ao acesso aos recursos formados apenas pela cooperação social: recursos culturais, tecnológicos, institucionais. O direito de propriedade e herança tradicional baseiam-se no pressuposto econômico de mercados perfeitamente competitivos, em que não há externalidades. Porém, nas sociedades reais, todos se beneficiam e são prejudicados por ganhos ou perdas alheios – daquele terceiro impessoal contra o qual se afirmou classicamente a titularidade individual e alienável. As externalidades, portanto, são recursos a serem titularizados por todos, indistintamente (SIMON, 2001; ver ainda VAN PARIJS, 1992).

Por outro lado, mas no mesmo tom, tem-se a proposta da “herança social”, que parte do princípio de universalismo que caracteriza os sistemas previdenciários públicos, mas promove uma relevante inversão temporal: minimiza a dependência extremamente variada da herança e do apoio econômico familiar desde o início da vida adulta, em estágio crucial para a inclusão social. Na verdade, não se trata de benefícios privados ou públicos para o fim da vida (herança, previdência), mas de dotações iniciais universais. Essas dotações são organizáveis em contas cujos valores a pessoa pode em parte sacar livremente, em momentos decisivos (como para a abertura de um negócio ou o financiamento de sua formação), e em parte usar os fundos condicionados à concordância da família ou de curadores. Os valores dessa herança antecipada, pública e universal podem, ademais, variar conforme compensação por alguma vulnerabilidade ou deficiência ou prêmio por capacidades extraordinárias definidas em processos competitivos meritocráticos (UNGER, 1998, p. 204-6).

Uma comparação entre a renda mínima e a herança social costurada para o contexto dos Estados Unidos (ACKERMAN; ALSTOTT, 1999, p. 210-6)²⁵ destaca que ambos os mecanismos valorizam a autonomia individual e não demandam demasiada complicação burocrática. A renda mínima garantida asseguraria liberdade de escolha para gastar o dinheiro como o cidadão preferisse; más escolhas poderiam ser remediadas mais facilmente, com a nova parcela a ser recebida. Este leve acento “paternalista” conta a favor da renda básica. Por sua vez, o recebimento da herança social na juventude poderia levar a gastos em consumo supérfluo; o parcelamento dessa herança, por exemplo em quatro vezes, ajudaria a consertar arrependimentos. Tratando-se de quantia maior, a ser recebida em fase determinante da inclusão produtiva, poderia moldar mais eficazmente os planos de vida. Emerge, então, a questão de se a liberação dessa herança deve ser condicional – mediante plano para tratamento médico, investimento em um negócio, financiamento dos estudos – ou não.

Esse pormenor e a eventual alternativa ou complementação entre renda básica e herança social dependem de circunstâncias sociais e juízos de fato e valor. Mesmo que cada país ou região apresente um contexto que indique certa preferência, uma saída prudente parece ser testar na prática as vantagens e desvantagens, os limites e as potencialidades de cada arranjo de inclusão econômica e educacional. Assim se poderia definir qual o melhor mecanismo, quais as condicionalidades para sua ativação, em que medida pode ou deve haver diferenciações de tratamento. O que importa notar é que ambas as políticas dão realidade prática à pretensão liberal (se não “superliberal”) de derreter hierarquias rígidas, aplainando as clivagens sociais por uma universalidade que transpassa as classes, embora beneficie proporcionalmente os que mais precisam – não apenas por caridade estatal, mas sobretudo para a inclusão produtiva e a catalisação e democratização das oportunidades educativas e culturais e do desenvolvimento econômico. Há aproximação ao ideal de um ponto de partida menos desigual, de mais “igualdade de oportunidades”, em uma sociedade competitiva.

25 Os valores considerados são de quatro mil dólares por ano, para a renda básica, ou de 80 mil dólares, pagos em quatro parcelas, apenas uma vez na vida, no caso da herança social (ou *stakeholding*).

Portanto, se a pessoa deve ser o protagonista da concorrência em termos meritocráticos, a relativa igualdade de oportunidades demandaria a criação de – ou a gradual transição para – mecanismos de herança social universalmente assegurada, em contraste e contrapeso com a transmissão diferencial de vantagens (educacionais, culturais, relacionais, econômicas) pela família. Cada indivíduo teria o direito a um pacote de recursos a que teria acesso para financiar iniciativas cruciais, como estudos e empreendedorismo. Incrementos nessa conta de dotação social (*endowment*) estariam disponíveis para aqueles que provassem necessidades especiais (como limitações mentais ou físicas), ou como incentivo ao desenvolvimento de talentos valiosos. Assim, uma peça desse quebra-cabeças é dinheiro condicionalmente disponibilizado a cada pessoa, incentivando a responsabilidade pessoal, a iniciativa e a liberdade de escolha e aumentando suas chances de dominar suas próprias circunstâncias e superar constrangimentos postos por divisões sociais (UNGER, 2001c, p. lxxxii-lxxxv; 1998, p. 204-6).

A contraparte é um alto grau de investimento público em – e monitoramento da – educação de alta qualidade, capaz de gerar ganhos de produtividade que providenciem os recursos para financiar tal investimento público em equipamento pessoal. Portanto, outras peças do mosaico incluem a qualificação dos serviços públicos (especialmente educação, dado seu acoplamento com a economia e a influência em fomentar ou minar outras oportunidades) e alguma forma de expansão radical, por política econômica e pelo direito privado, de direitos traduzidos em titularidades individuais em empreendimentos, ao lado de participações titularizadas por governos, comunidades e trabalhadores.

3.5. POLÍTICAS PÚBLICAS PELOS DIREITOS PRIVADOS

Como se viu, o núcleo dos direitos constitucionais tradicionais, os ditos direitos civis, consiste em bloqueios da intervenção estatal sob uma esfera privada de autonomia, cuja forma jurídica se traduz na propriedade privada individual e no apoio a contratos firmados entre partes igualmente livres em termos jurídicos. Esse bloqueio não é apenas uma negação da atividade estatal, mas sua mobilização positiva como terceiro garantidor, executor e defensor de prerrogativas de um sujeito diante dos outros. No ideário liberal original, a propriedade

particularmente dava o lastro econômico necessário à independência individual. Se as reformas sociais do século XX deixaram praticamente intocado o direito privado (as formas de contrato, propriedade e sociedade), adicionando-lhes um contrapeso de direito público (burocracia regulatória, negociação coletiva de trabalho, direitos sociais, além de *standards* abertos de “boa-fé”, “função social” etc.), a extensão da imunidade pessoal aqui vislumbrada exigiria também uma reconfiguração dos direitos privados no sentido de disseminar a titularidade de ativos e a distribuição da riqueza, não apenas a redistribuição de renda.

Afinal, já houve quem (REICH, 1964) identificasse a nítida equivalência funcional entre o direito de propriedade privada e as titularidades e benefícios sociais – ambos servindo para a construção da autonomia individual e ambos demandando ação governamental (de um lado, a ordem de mercado moldada por infraestrutura pública, licenças, subsídios, incentivos tributários, concessões de monopólios, agências de fiscalização, regulação e execução do direito; de outro, a estrutura administrativa do estado de bem-estar social, com a provisão de previdência pública, serviços universais e políticas focais de proteção). A mutação das formas de riqueza e renda, isto é, de inclusão econômica faz os benefícios previdenciários serem um substituto aos rendimentos do emprego, e da inclusão no mundo do trabalho ser um substituto à segurança oferecida pela propriedade.

Na temática da remodelagem dos direitos privados, de um lado, Unger apresenta a ideia da “propriedade desagregada” associada a um novo esquema de “direitos de mercado” (UNGER, 2015b, p. 69; 2001b [1987], p. 511-23): a atribuição dos poderes tradicionalmente enfiados em um único direito a diversos titulares (indivíduos, comunidades, governos), que gozariam de interesses sobrepostos e concorrentes, condicionais e temporários, sobre um mesmo conjunto de meios de produção. Assim como direitos sociais, esses direitos privados reformatados afrouxam a relação entre autonomia de uns e dependência de outros.

Um dos arranjos que colocariam em ação tal possibilidade institucional, descentralizando a iniciativa econômica e fugindo ao contraste entre economia de mercado e economia de controle (afinal, o estado pode mimetizar e criar mercados onde não estão estruturados), seria

o esquema de um “fundo rotativo de capital”.²⁶ No primeiro nível, um “fundo central de capital” seria controlado por técnicos do executivo e representantes democráticos; este fundo criaria fundos de investimento competitivos (segundo nível), que recebessem o capital do “fundo social” (primeiro nível) e o oferecessem, com limites condicionais e temporais, a tomadores primários de capital (terceiro nível). Organizações intermediárias de apoio ao empreendedorismo (no acesso a crédito, capacitação, tecnologia e mercados) (UNGER, 1998, p.187-204), apoio governamental ao capital de risco e formas de participação acionária do Estado em empreendimentos inovadores (UNGER, 1998, p. 150-62), entre tantas outras configurações jurídicas, exemplificam estratégias de expansão da base de titularidades privadas a dar sustentação à autonomia individual e retomam, nas condições de complexidade, diferenciação e escala da economia atual, o ideário republicano da “democracia de cidadãos proprietários”.²⁷

Imagine uma forma de organização da economia de mercado em que a renda de todos os cidadãos fosse em parte obtida do trabalho, da produção e da comercialização (lucro ou salário) e em parte derivada de juros, aluguel ou dividendos – incluindo rendas incondicionais e participação em empreendimentos produtivos e aplicações financeiras. Formas societárias disparadas pelo capital estatal em conjunto com investidores privados podem vir a integrar como titulares comunidades inteiras. Foge-se à opção entre o socialismo estatizante (ou “capitalismo de Estado”) e a liberdade econômica “natural”, exponenciadora de desigualdade de oportunidades e riqueza que só marginalmente pode ser contrabalançada pela tributação. Com participação na produção e nas finanças, ao lado dos cidadãos individuais e de suas organizações coletivas, o Estado pode aí sim financiar – não apenas por tributos – dotações universais, como previdência, renda mínima e herança social. Tributando menos renda e consumo, e mais riqueza, minorará ainda a distorção sobre a atividade econômica.

26 Sobre o “fundo rotativo de capital” e seus complementos em uma ordem de mercado reconstruída, ver Unger, 2001b [1987], p. 480-508.

27 Para uma comparação entre a “democracia de cidadãos proprietários” (Meade, Rawls) e o “fundo rotativo de capital”, em uma discussão sobre as alternativas institucionais de desenho dos direitos de propriedade, ver Amato, 2016.

De outro lado, há o conceito de contratos relacionais (UNGER, 2015b, p. 69-72)²⁸, base para uma concepção de “direitos de solidariedade” (UNGER, 2001b [1987], p. 535-9; ver também UNGER, 2015a [1982], p. 143-78). Seja em relações econômicas de base fiduciária, que apresentam uma interdependência apenas parcialmente articulada e elementos não promissórios, seja em relações de outra natureza coordenadas sobretudo por expectativas tácitas ligadas a papéis e posições sociais (na família, por exemplo), há um contraste com o modelo contratual clássico, de acordos plenamente negociados, com obrigações e direitos bem definidos de antemão.

Além de como desenhar e interpretar essas relações obrigacionais continuadas, um problema crítico para a imunidade pessoal diz respeito aos direitos trabalhistas. No modelo clássico da organização produtiva, em que as condições assimétricas do contrato de trabalho individual são compensadas pela organização sindical, a imunidade individual é fortalecida em proporção ao poder de barganha entre capital e trabalho. Mas diante da desverticalização da produção, da volatilidade do mercado de trabalho e das pressões competitivas mundiais, a crescente precarização do trabalho demandaria novos mecanismos de abrandamento da insegurança econômica; afinal, parte significativa do trabalho deixa de ser organizada em grandes plantas industriais (que construíam as bases de solidariedade e a sindicalização decorrente) para ser distribuída em redes contratuais descentralizadas (como no “sistema doméstico” anterior à revolução industrial) (UNGER, 2015b, p. 71-2; ver também a discussão *infra* 5.1.).

A reconfiguração dos direitos proprietários, contratuais e trabalhistas corresponde, portanto, à reordenação de políticas públicas manifestas e implementadas também no direito privado e por suas formas. São insuficientes, desse ponto de vista, duas posições do Estado. De um lado, os programas compensatórios e as políticas econômicas que não provoquem mudanças na forma de titularização e exercício de direitos privados – seja reafirmando as formas usuais desses direitos, seja pretendendo que direitos públicos compensem totalmente a liberdade e a autonomia privadas. De outro, a idealização interpretativa buscada por meio da “constitucionalização do direito”, que procura compensar a incompetência de políticas e transformações institucionais nos sistemas

28 Ver Gordon (1985), avaliando as elaborações de Macneil e Macaulay.

político, econômico e outros e encontra a sobrecarga dos tribunais por demandas às quais só podem responder de maneira incidental – sendo contraproducentes quando eficazes (*e.g.* retroalimentando distorções distributivas ou no acesso à saúde, à educação etc.) ou inócuos diante da dimensão mais ampla de articulação das políticas que não cabe nos limites de um processo judicial.

3.6. O JUDICIÁRIO E A DIVISÃO DO TRABALHO NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS

Cada perfil funcional de direitos traçado neste modelo DIPA considera o resultado que esse direito produz, tanto em termos do acesso e dependência do indivíduo em relação à sociedade quanto no que diz respeito às formas de organização dos sistemas funcionais (saúde, educação, economia, arte, política). Considera também o grau comparativo ou relativo de determinabilidade de cada tipo de direito – no caso, direitos de imunidade tendem a ser mais determinados que direitos de desestabilização, por exemplo. Enfim, esse atributo está ligado a uma terceira ordem de considerações que consiste em que, conforme a configuração dos direitos, diferentes esquemas de coordenação entre os poderes são ativados, isto é, determinada dinâmica de divisão de trabalho é posta em funcionamento. Direitos mais bem determinados, inclusive em seus instrumentos de cobrança e garantia, são mais diretamente abordáveis pelo judiciário, mais justiciáveis.

Direitos de imunidade – como direitos e liberdades civis, direitos de acesso a serviços públicos universais, direitos trabalhistas e de seguridade social – são o núcleo de uma visão de direitos fundamentais. Direitos civis e liberdades têm vasto desdobramento em normas e doutrinas de direito (público e privado) substantivo e processual (sobretudo pelo modelo da ação individual), mas também uma implementação política historicamente mais intensa e longa, com profundo desenvolvimento de estruturas burocráticas (órgãos e carreiras) dentro do Estado. Entretanto, a chamada à inclusão e à transformação enraizada na ideia de direito social – ao lado do pressuposto de que direitos são instituições – reafirma a constatação de que mesmo direitos civis e liberdades envolvem custos, desenho institucional, procedimentos e organização decisória. Direitos “civis” e “sociais” são, de outra parte, funcionalmente equivalentes na proteção de pessoas e construção da sociedade.

Direitos de imunidade levam a vantagem da dupla imunização provida por constituições rígidas. O direito congela algumas disputas, definindo termos que provisoriamente têm que ser tomados como dados, como estruturas para a comunicação e o conflito cotidiano. Constituições rígidas, por seus requisitos procedimentais mais demandantes e limites formais, oferecem uma “dupla imunização”, tendendo a fixar estruturas mais perenes. Na verdade, além dos requisitos procedimentais para a reforma constitucional por emendas, provisões sobre direitos e outras instituições constitucionais são usualmente protegidas por uma “tripla imunização”: os limites materiais de revisão que proíbem mudanças tendentes a diminuir o grau de proteção de direitos já reconhecidos. Direitos constitucionais são responsivos a crises políticas e econômicas, e não garantidos para viverem felizes para sempre. Entretanto, essas camadas reforçam a imunização de tais instituições, tentam isolar o direito em seu fechamento contrafático diante do aprendizado e da inovação política.

A titularidade concreta de direitos de imunidade – sua integração no patrimônio jurídico de cada cidadão, a dotação (*entitlement*), o pacote de direitos de cada um – deve ser determinada na maior medida possível, se esses direitos hão de funcionar como salvaguardas de riscos. Isso significa que, como ocorre com todo direito subjetivo, o judiciário tem um papel subsidiário, e a prioridade é a definição pela periferia do direito: pela política, pela autonomia privada ou por uma combinação de ambos. Se o direito subjetivo não foi totalmente determinado pelos poderes políticos e pela administração pública (isto é, pelas respectivas formas de programação do direito: legislação, decretos, portarias), ou se a adequação do desdobramento de direitos constitucionais ou humanos na legislação infraconstitucional é posta em questão, o judiciário terá que avaliar a adequação das políticas públicas disponíveis que puderem ser interpretadas como medidas dirigidas a realizar aquele direito. Nessa avaliação, duas ordens de fatores importam: a metodologia da avaliação e o desenho do procedimento através do qual tal avaliação terá lugar.

A metodologia provavelmente precisará combinar dados empíricos com algum padrão normativo. Considerando políticas públicas como medidas vinculadas a programas jurídicos finalísticos, a corte apenas pode “condicionalizar” o programa normativo finalístico – isto é, transformar definições de fins associadas a meios indefinidos em

algo parecido com programas decisórios condicionais, aqueles que estabelecem uma hipótese de aplicação clara e uma consequência normativa unívoca: se é x , deve ser y (Luhmann, 2004 [1993], p. 196-203; 1983b [1968], esp. cap. 4 e 5; 2014 [1972], p. 174-85). Assim se não poderá lidar, em termos, com a complexidade desestruturada trazida para dentro do direito e da jurisdição como problema de decisão autoritativa. Afinal, a relativa falta de especificação dos fins precisará ser tratada pela eleição de algumas variáveis. Haverá absorção parcial da complexidade.

Isso – a condicionalização de normas finalísticas – se faz, primeiro, pela imunização dos órgãos decisórios quanto a responsabilidade pelos efeitos de suas escolhas de meios. Notadamente, a competência judicial associa-se a garantias reforçadas do cargo. Dessa forma, decisões tomadas por cortes não estão suscetíveis ao controle da responsabilização jurídica ou política do decisor. Decisões abrangentes, tocando a definição de políticas públicas e políticas de estado, não deveriam ser alocadas a tais arenas, portanto, como melhor opção em termos de escolha institucional, isto é, de decidir quem decide (sobre escolha institucional, ver KOMESAR, 1996). Os custos e riscos da litigância podem ser externalizados, socializados, sem os controles da participação política ou da competição no mercado. Afinal, o grau de determinação das normas jurídicas é veículo da delegação de poder e instrumento de divisão de trabalho. A institucionalidade é interna à interpretação.

Em segundo lugar, programas finalísticos – como a proclamações de direitos a segurança e saúde, cultura, emprego ou educação – são convertidos em regras, em raciocínios de hipótese e consequência normativa definida na medida em que as finalidades são definidas situacionalmente, e não como estados de coisas sistêmico ou estrutural. Um burocrata e, mais ainda, um juiz – por lidar com casos concretos ou juízos abstratos de constitucionalidade *nos termos de um processo* – não determinarão claramente qual é o estado de coisas a ser atingido, nem discernirão todo o espectro de meios alternativos para atingi-lo, pressupostos para eleger os meios mais adequados. Farão isso em limites muito estreitos, episódicos, considerando as informações disponibilizadas pelas partes ou identificadas pela assessoria técnica e, sobretudo na arena judicial, estarão com as viseiras que limitam a consideração da situação localizada diretamente evocada em um caso concreto ou mediatamente em vista de uma ação abstrata.

Nesse tratamento das normas finalísticas, como programas decisórios, é preciso fechar pontualmente a questão sobre que caminhos conduzem ao fim determinado. Buscam-se regras que, já tendo estruturado a programação decisória, ajudem a estreitar as opções visualizáveis e disponíveis. Abstraem-se alguns efeitos específicos e reforça-se a indiferença diante de outras consequências das medidas analisadas ou propostas. Afinal, problemas permanentes – todos os bens da vida para todos (afinal, a promessa dos direitos) – são degradados a problemas menores e solucionáveis, isto é, são operacionalizados. Limita-se o lapso temporal a ser analisado, diferencia-se a situação e o contexto, os supostos de fato e de direito a guiarem o juízo e, afinal, enquadra-se a tarefa na dimensão da competência legalizada e legitimada do órgão decisório. Nessa dimensão social, ainda, o órgão pode buscar agregar outras agências e poderes do estado e outras partes interessadas, assessores, sociedade civil e *amici curiae*, ampliando assim o escopo de sua legitimidade para decidir (lembro, novamente, do postulado de que, quanto menor o grau de determinação de um direito, maior a necessidade de incluir mais e mais agentes no procedimento de definição das medidas específicas a executarem a pretensão).

Em termos do discurso de interpretação e aplicação do direito e dos direitos, a qualificação empírica – por meio do acesso a bases de dado confiáveis e do tratamento das informações – é um lado da justificacão. O outro é a argumentação normativa, mobilizadora das fontes de direito disponíveis e do repertório de raciocínios, postulados e valores adequados para a matéria. Um desses postulados popularizados em matéria constitucional é a proporcionalidade, nada mais que um esquema para estruturar a justificativa da adequação e da necessidade de uma medida, ou da prevalência de um direito, diante de argumentos normativos concorrentes, recursos disponíveis e informações sobre a efetividade comparativa de meios alternativos.²⁹

29 Ver também, a respeito da determinação judicial do conteúdo das pretensões albergadas por direitos sociais e econômicos, e com consideração da experiência recente das cortes sul-africanas, a comparação de Bilchitz (2007, esp. cap. 5 e 6) entre as abordagens da “razoabilidade” e do “conteúdo mínimo”. A primeira seria insuficiente para determinar as obrigações estatais necessárias correspondentes a direitos econômicos e sociais, desviaria o foco do juízo das questões urgentes em questão para

O juiz não pode denegar justiça e decidir não decidir, mas, como cada matéria de interpretação e direitos é também matéria de separação de poderes, o juiz pode vir a se habilitar para superar a deferência aos outros poderes e tomar decisões mais diretivas apenas se: (1) houver dados empíricos suficientes e padrões normativos disponíveis; (2) a decisão for tomada em procedimento inclusivo; e (3) não houver outro poder, agência, ramo de governo mais bem equipado para encaminhar solução ao caso. Por esse limiar triplo, não apenas exigências de argumentação alteiam, mas também requisitos procedimentais. Por fim, a multiplicação de poderes ou agências independentes (como a criação de um poder reconstrutor referida *supra* 2.4.) conta contra o ativismo judicial.

O judiciário é o garantidor das imunidades, o poder de defesa e bloqueio contra abusos, mas há também a demanda positiva e construtiva por (outros) serviços públicos: sua função é fortalecer a capacitação individual, garantindo esquemas universais de solidariedade e compartilhamento de riscos, que minimizam os diferenciais de oportunidades e vantagens sociais, e uma capacitação apta a produzir a inclusão, especialmente educacional e, então, econômica.

É certo, porém, nesse contexto, que o judiciário tem recursos cognitivos e autoridade, papéis institucionais e instrumentos processuais que o capacitam a lidar em maior extensão com as garantias processuais e a sanção de obrigações contraídas na forma dos direitos privados e das relações administrativas. Quanto a direitos sociais, pode monitorar a existência e a adequação das políticas públicas correlatas ou podem atuar exigindo que o Estado dê o bem da vida a que as pessoas imaginam ter direito individualmente, mesmo na extrapolação das obrigações estatais definidas de forma universalista pela constituição, pela legislação e pelos regulamentos do executivo. No último caso, porém, ao tratar no “varejo” de expectativas gerenciadas pela

considerações valorativas genéricas e geraria uma vagueza que reproduz incerteza na divisão de competências entre os poderes e não fornece parâmetros para além dos contextos específicos de cada caso. A última abordagem procura afirmar a prioridade dos mais vulneráveis e demanda altos ônus de justificação, consideração dos recursos disponíveis e das medidas a serem tomadas.

burocracia estatal no “atacado”, o resultado mais provável é a produção de novas desigualdades e de uma redistribuição regressiva, reforçada pelas disparidades de acesso à justiça.³⁰

É preciso também passar da análise centrada nas cortes para a perspectiva da administração dos serviços públicos relativos aos direitos. Se a promoção dos direitos sociais só pode contar com o judiciário subsidiariamente, e é de competência primária do executivo e da burocracia estatal, o que está em jogo é a forma de provimento dos serviços públicos e a política econômica do Estado. Pode-se objetar que nada disso diz respeito à análise jurídica dos direitos constitucionais. Entretanto, para sair da crítica irresponsável da judicialização individualizada dos direitos de provisão universalista é preciso explorar, ao menos ilustrativamente, os problemas de desenho e implementação envolvidos na execução preventiva dos direitos: a eficácia das políticas públicas a substituir e evitar a cobrança judicial. Essa exploração de questões políticas e administrativas adjacentes ao direito é menos um desvio incoerente do que uma demanda da reflexão do sistema jurídico em sua ambígua relação com o sistema político e o Estado. No caso dos ditos direitos sociais, com sua lógica de compensação política da incompetência econômica, não há como não tocar problemas de desenho jurídico de vínculos institucionais entre política, economia, saúde, educação. A preocupação com a fruição efetiva dos direitos – central para a administração pública e subsidiária para a interpretação judicial – demanda análises e proposições de mudança institucional informadas por estudos de políticas públicas.³¹

30 Ver *e.g.* Portugal Gouvêa (2013); Ferraz (2009); e Wang; Ferraz (2013), tratando do caso do direito à saúde no Brasil. Aqui, ações individuais corrompem a isonomia e consomem parcela dos já insuficientes recursos que financiam o acesso aos serviços de saúde, garantido constitucionalmente de forma universal pelo Sistema Único de Saúde (SUS), que atende a mais de 100 milhões de pessoas e tem gestão descentralizada, associando as três esferas da federação. Ademais, parcela dos gastos privados com saúde compete com o financiamento do sistema público, por meio de dedução ou isenção tributária e outros mecanismos e subsídios.

31 Problemas empíricos aparecem nos juízos sobre a suficiência ou propriedade das medidas tomadas pela administração pública para a concre-

Uma especial preocupação diz respeito à organização dos serviços públicos, que são a contraparte organizada à esfera pública dos direitos de imunidade. Mecanismos de cooperação federativa (órgãos transfederais), procedimentos de intervenção reparadora quando políticas locais falham (análogos ao “poder reconstrutor”), esquemas de redistribuição, controle e monitoramento, qualificação da burocracia estatal, parcerias com a iniciativa privada e organizações sociais, métodos experimentalistas na provisão dos serviços – toda essa agenda está ligada, portanto, às condições empíricas de fruição da imunidade individual.

Por outro lado, a modelagem de políticas de seguridade social, saúde, educação por meio de titularidades individuais emerge como alternativa para o desenho de salvaguardas econômicas. Aí se tem uma situação diferente daquela em que direitos à saúde ou à educação são previstos na forma e nas condições dos sistemas de políticas públicas desenhados e operacionalizados enquanto provisões universais de serviços. A judicialização individual de direitos sociais reforça armadilhas de desigualdade e de funciona como mecanismo regressivo e distorcivo em termos de acesso e distribuição. Por contraste, o tratamento judicial de titularidades individuais não apresenta por si só tais tendências (embora elas possam estar embutidas em momento anterior, da definição legislativa dos direitos e do desenho e implementação das políticas públicas correlatas).

3.7. ANÁLISE 4X3

Sistematizando o perfil dos direitos de imunidade a partir dos parâmetros analíticos que propus (*supra* 1.11.), temos como primeira questão a medida em que esses direitos dosam a plasticidade das estruturas sociais. Direitos adquiridos e garantias a posições e rendimentos específicos aumentam a rigidez das estruturas sociais, contendo sua capacidade de variação, inovação e, portanto, de desenvolvimento – de geração dos recursos que sustentam a expansão das imunidades universais. Por outro lado, titularidades individuais e serviços públicos constroem ao redor do indivíduo uma zona de segurança que o capacita a assumir riscos

tização de direitos constitucionais. Sobre a análise empírica da fruição de direitos, ver a proposta de Castro, 2009, p. 40-9.

necessários à inovação social. A capacitação individual expande as possibilidades de competição meritocrática e colaboração produtiva, retroalimentando o financiamento da solidariedade pública.

A técnica da “socialização” por meio de bens e serviços públicos, pela qual a política contrabalança as diferenças de poder de compra, pode ser combinada com organização de novo direito social (auto-organização da sociedade civil) – e apenas a especificação das políticas públicas e articulações privadas pelas quais se há que garantir a fruição efetiva dos bens essenciais prevenirá as distorções de uma judicialização de direitos ao léu da livre ponderação e sem uma densa teia de regras claras em suas condições de aplicabilidade e consequentes normativos, isto é, bem definidas quanto aos tipos de pretensões que sustentam e aqueles que o regime estabelecido não ampara.

No que diz respeito à relação dos direitos de imunidade com as demais categorias aqui discernidas, pode-se começar por indicar que a salvaguarda desses direitos é condição para a ampliação dos mecanismos de participação e a aceleração da política; a segurança pessoal reforçada habilita as motivações e diminui os riscos da extensão proposta dos direitos de participação e das ocasiões para seu exercício, por exemplo, por meio de plebiscitos ou da escolha de integrantes de novos poderes ou agências do estado. A imunidade, por outro lado, colidirá em muitas ocasiões com os direitos de desestabilização – legitimando a pretensão de se aferir, no caso concreto, em que medida as garantias e liberdades, inclusive de pessoas jurídicas, são desvirtuadas ao gerar dependência, privação e coação sobre pessoas e grupos na sua esfera de influência. Finalmente, a imunidade precisará ser dimensionada no âmbito das ordens jurídicas erigidas ao redor dos direitos de autonomia – então se precisará perguntar qual é o mínimo de direitos pessoais intangíveis, irrenunciáveis, em determinado contexto, consideradas suas peculiaridades e autocompreensões culturais, seu setor de atividade econômica e assim por diante.

Direitos de imunidade têm um duplo efeito quanto aos indivíduos e quanto aos sistemas sociais. Posicionam a expectativa de bloqueio da invasão dos indivíduos pela simbiose dos sistemas sociais – são escudos contrafáticos a defletirem a violência política, a privação econômica, sanitária e cultural. Por outro lado, incluem as pessoas

enquanto endereços das prestações dos sistemas sociais: a política as deve incluir enquanto participantes e beneficiárias de políticas e serviços; a economia, enquanto agentes produtivos e consumidores.

Também quanto aos sistemas sociais o efeito é duplo. Por um lado, protege-se um sistema diante da invasão de outros – as liberdades econômicas, artísticas, religiosas bloqueiam estes sistemas contra a ação política que pretenda impor-se a seus respectivos códigos e formas de comunicação. Ou defendem a arte da exploração mercadológica (direitos autorais) ou da censura religiosa (liberdade de expressão). Por outro lado, os sistemas sociais são pontualmente, mas estruturalmente, acoplados à política e ao direito: direitos – a educação, a saúde, a cultura – “irritam” a política, cobrando-a para a regulação, compensação e provisão de serviços, para o desenho e a implementação de políticas e instituições que balizem os termos de acesso a esses mercados e meios de produção e criação.

Um terceiro bloco de questões atenta ao discurso normativo dentro do qual os direitos de imunidade são conceitualizados. A extensão do experimentalismo social e os programas e demandas do desenvolvimento, da cultura e da democracia podem ser postos em contradição absoluta com a proteção individual. Mas essa tensão pode ser relativizada por formas que ancorem os imperativos coletivos na cerca do autointeresse individual, ao mesmo tempo ampliando o raio das preocupações e motivações individuais para cobrir extensões da solidariedade econômica, da participação política, da autoafirmação cultural. Assim, não há necessariamente proporcionalidade direta entre o grau de segurança pessoal e o grau de rigidez social.

Vale remarcar a relação entre o desenho dos direitos de imunidade e a democracia. Lembremos que justificação plausível do voto censitário era tornar as escolhas políticas uma matéria para pessoas autônomas, não vulneráveis ao clientelismo e à satisfação imediata de seus interesses paroquiais (é claro que o elitismo do método conduziu igualmente ao foco em interesses privados, envernizados por acordos oligárquicos). Nesse sentido, a propriedade privada seria marcador social de autonomia, dignidade e independência, requisitos para o voto. Seguindo tal raciocínio de matriz lockeana, a propriedade estaria mais bem defendida se todos a tivessem. Embora isso – a distribuição de riqueza

e patrimônio, não apenas de renda – dependa de políticas econômicas e seus usos do direito privado para propiciar o empreendedorismo e aumentar o número de centros de iniciativa econômica no mercado, catalisando o acesso descentralizado à produção e à oferta, direitos públicos podem ter uma posição nesse jogo. Assegurar imunidade pessoal – por meio das liberdades e dos pré-requisitos a seu efetivo exercício e fruição – é então condição capacitadora para a participação, para o exercício da cidadania em seu sentido mais estrito.

O vínculo entre imunidade e desenvolvimento é evidente. Vistos em isolamento dos outros tipos de direitos, direitos de imunidade seriam apenas uma extensão da institucionalidade social-democrata. Entretanto, sua inserção no contexto maior da reconfiguração dos direitos públicos (para não mencionar a indispensável contraparte de reimaginar os direitos privados, isto é, propriedade e contrato) muda o resultado.

No constitucionalismo social-democrata, direitos sociais são a segunda melhor resposta ao problema de reformatar instituições econômicas. Direitos sociais são direitos amenos, instáveis concessões aos pobres, uma dívida política para contrabalançar os direitos “prá valer”, determinados, executáveis, duros: os direitos civis e políticos. Então há dualismo infiltrado entre direitos civis e políticos, de um lado, direitos sociais, econômicos e culturais, de outro.

O que propus, por oposição, não é estratégia ingênua ou polêmica de interpretar direitos sociais abertamente (in)definidos – como direito a educação, saúde ou lazer – pelo mesmo método processual de titularidades individuais (liberdades, garantias ou benefícios sociais) que conduzem à atribuição individual de determinados recursos. Esses direitos “programáticos” têm de ser concretizados primariamente por políticas públicas, isto é, pela administração pública. Na falta de um poder reconstrutor (ou quando este não funcionar), o judiciário pode-deve avaliar a política pública corrente ou pressionar por sua redefinição, em teia procedimental inclusiva e por meios experimentais. O que direitos podem ajudar a construir não é um paraíso de abundância ou a universal equalização das condições de vida, mas requisitos para alargar o desenvolvimento econômico enquanto se mantém e estende a liberdade pessoal.

Em suma, um desenvolvimento socialmente inclusivo, que amainasse desigualdades e divisões na reprodução do mercado, demandaria universalidade nos direitos sociais e serviços públicos. Universalidade nos serviços públicos é requisito para equipar os indivíduos de modo que toda a população possa ser engajada como “fiduciária” na cobrança da qualidade dos serviços (de outro modo, a focalização facilmente degenera em “políticas pobres para pessoas pobres”). Expectativas gerais devem ser de usar tais serviços; sua inclusividade é a base da confiança, tornando-os menos vulneráveis a conveniências políticas. A universalidade nos direitos sociais, especialmente trabalhistas, seria atingida por titularidades portáteis, de maneira a turvar a reprodução de divisões entre vanguardas e retaguardas produtivas, entre trabalho organizado e trabalho informal ou precário. A universalidade, é certo, demandará alto nível de gasto público, que pressupõe política econômica responsável e sistema tributário que não destrua as bases das atividades produtivas.

O perfil dos direitos de imunidade é o de garantias e titularidades mínimas, universais, como condição do exercício da autonomia individual para ampliar, acima desse patamar básico de direitos fundamentais, suas titularidades e dotações (aqui adentramos o campo do direito privado e da política econômica, com as formas jurídicas voltadas à configuração de uma “democracia de cidadãos proprietários”).

A igualdade de dotação inata, inclusive por meio de benefícios e titularidades sociais (inclusive direitos trabalhistas e previdenciários) portáteis, mais equânimes ao longo das diferentes posições no mercado de trabalho, articula-se assim como condição para o exercício da liberdade. Direitos de imunidade são um pacote de proteção inato que habilita o indivíduo a ampliar seu patrimônio jurídico por meio de outras relações jurídicas públicas e privadas – isto é, são alavancas para a inclusão educacional, sanitária, cultural, econômica. Nesse sentido, a igualdade é concretizada por reformas institucionais e políticas públicas voltadas à fruição efetiva de direitos (desde o acesso à justiça e à segurança pública até políticas de desenvolvimento, de educação, cultura e saúde); particularmente, a universalidade dos serviços públicos (por contraposição à focalização, ver discussão *infra* 8.2.) deve ser o mecanismo preferencial – disponibilizando serviços

atrativos a todas as camadas sociais, para além das divisões culturais e económicas, como condição de sustentação de prestações que afinal beneficiarão proporcionalmente os que dela mais dependem. O financiamento desses esquemas, dependente de uma elevação no nível de arrecadação público e com um perfil de gasto redistributivo, são já uma institucionalização da solidariedade, que pode ser reforçada por incentivos e vinculações ao serviço social.

O quarto bloco de questões de nossa análise “4x3” diz respeito a extensões da institucionalidade constitucional para outros tipos de ordens jurídicas. Aqui, a função dos direitos de imunidade é traduzida em termos de direitos humanos, definidos como mínimos universais para além das condições nacionais de cidadania. Esses mínimos incluem tanto os direitos, garantias e liberdades clássicos, o patamar básico de um estado de direito democrático, quanto aqueles direitos de acesso a serviços que vão além do estado liberal restritamente definido ao redor dos poderes e serviços de segurança, polícia e justiça. Todavia, a efetiva fruição desses direitos depende de esquemas de solidariedade internacionais ou supranacionais – fundos pelos quais recursos podem ser redistribuídos entre os Estados nacionais, a partir de métricas, prestações de contas e condicionantes para a implementação e o monitoramento de políticas públicas; de outro lado, é a capacidade de inovação e desvio, experimentação nas políticas económicas, que geraria por competição os ganhos capazes de financiarem tal expansão das infraestruturas e políticas envolvendo bens e serviços públicos. O que ocorre usualmente é o contrário: afirma-se que só os direitos sociais implicam gastos e eles são deixados à discricionariedade dos Estados nacionais, dependentes de seus níveis relativos de desenvolvimento; os direitos civis, coordenados às garantias do direito privado, contra a quebra de contratos e a expropriação sem indenização, são universalizados enquanto condicionantes de uma política económica uniformizada voltada à liberação dos fluxos de capital e mercadorias (ver a discussão sobre o exemplo da União Europeia, *infra* 5.1.).

No que diz respeito às ordens privadas, como aquelas organizadas ao redor de grupos empresariais, entende-se que as obrigações de direitos humanos a elas imponíveis começam pelo respeito a direitos

(trabalhistas, ambientais) de sua comunidade interna e externa, mas também abrangem outras séries de deveres. Quanto às corporações, as obrigações abarcam suas “esferas de atividade e influência”³² e consistem nas seguintes (ČERNÍČ, 2010, p. 17, 52-9; ver também JÄGERS, 2002, p. 76-95):

- *respeitar*: “abster-se de cometer violações de direitos humanos”, isto é, de interferir negativamente no gozo destes direitos por parte de qualquer pessoa;
- *proteger*: “adotar regulações internas e tomar outras medidas para proibir e prevenir violações de direitos humanos” – tanto internamente, em suas próprias atividades, quanto externamente, “em suas relações comerciais com terceiros (subsidiárias, contratantes, subcontratados e parceiros de negócio) em suas cadeias de suprimento”, o que abrange não apenas respeitar os direitos de seus empregados e de todas as demais pessoas de sua esfera de atividade e influência (e.g., a comunidade local), mas também – empregando seus recursos e *expertise* – protegê-los da conduta de outros atores (como o estado, os fornecedores, parceiros de negócios, licenciados, distribuidores ou subsidiárias daquela corporação);
- *realizar*: adotar, monitorar a implementação e rever periodicamente uma política de direitos humanos e códigos de conduta internos e para todos os seus parceiros de negócio e elos de sua cadeia de fornecimento, incluindo mecanismos e procedimentos de *accountability* e *enforcement*, entre outros meios de prevenção e repressão de violações de direitos humanos;
- *não cooperar* com Estados em situação endêmica de violações de direitos humanos (ČERNÍČ, 2010, p. 77, 79-83; Jägers, 2002, p. 92-5), o que inclui o dever de não ser cúmplice (Global Compact, princípio 2) – seja esta cumplicidade (a) *direta* (v.g., comissão conjunta de violações, em coordenação com outros

32 Normas da ONU sobre Responsabilidades das Corporações Transnacionais e Outras Empresas com Relação a Direitos Humanos, §1. Ver ČERNÍČ, 2010, p. 74-5.

agentes, como Estados, grupos rebeldes e paramilitares), (b) *indireta* (a corporação oferece assistência ou contribui, por ação ou omissão, para que outros agentes pratiquem violações – é o caso de oferta de assistência financeira, tecnológica, material, humana a regimes totalitários – ou se beneficia de violações graves e sistemáticas aos direitos humanos, como ocorreu no *apartheid* sul-africano) ou (c) *subsidiária* (quando a corporação se omite diante de graves violações de direitos humanos cometidas por terceiros no território em que atua).

Note-se que a obrigação de respeitar é a categoria clássica do direito privado, o dever de a ninguém lesar: *neminem laedere*. A obrigação de respeitar é universalmente reconhecida (por todos os *stakeholders*), enquanto as demais dependem de situações especiais (e.g., desempenho de função pública ou de interesse público, compromissos voluntários da corporação que lhe atribuam obrigações adicionais etc.) (RUGGIE, 2008, p. 9, § 24). Na obrigação de respeitar, quanto aos meios, destaca-se a diligência devida (*due diligence*) que assegure não apenas que a corporação não cause danos, mas também que esteja tomando as medidas possíveis para minimizar quaisquer riscos (RUGGIE, 2008, p. 9, § 25).

Nesse sentido, as corporações devem: adotar os direitos humanos em sua política, estendê-los e monitorá-los ao longo de toda a sua cadeia de suprimento e rede de cooperação, analisar a situação dos direitos humanos no país/ região/ localidade em que opera e contar com mecanismos de fiscalização e implementação. Já a obrigação de proteger abarca mesmo danos ou riscos que não derivem da atividade empresarial. Ilustrativamente, o exercício de controle, direção ou influência (inclusive financeira) sobre atividade que envolva o emprego de trabalho forçado ou análogo ao escravo pode levar à responsabilização da corporação que contrata, como fornecedor, a pessoa (física ou jurídica) que se utiliza deste trabalho (ČERNÍČ, 2010, p. 65-6.).

Entende-se, pois, que as corporações podem e em alguns casos devem assistir os governos nas obrigações destes.³³ Ademais, devem

33 United Nations Global Compact; The Office of the High Commissioner of Human Rights, 2004; 2007.

assegurar que só fazem negócios com quem adota as mesmas regras.³⁴ Todas essas obrigações enfrentam os problemas de imputação de causalidade e responsabilidade em estruturas organizacionais complexas, envolvendo não apenas o discernimento dos agentes responsáveis dentro das organizações e grupos de empresas, mas toda a cadeia produtiva e os parceiros e fornecedores a cada elo desta cadeia.

Entende-se que a obrigação de *realizar* em geral é dos Estados, mas pode ser colocada primariamente sobre as companhias que operam em Estados predatórios, claramente sem condições de imposição do direito; em qualquer situação, o grau em que a obrigação de realizar recairá sobre a corporação dependerá do nível de recursos e influência da companhia, de um lado, e do déficit desses recursos pelo governo (CERNIC, 2010, p. 59). Por outro lado, por meio das políticas de apoio à atividade econômica, os Estados poderão impor condicionantes aos empreendedores privados, incluindo obrigações positivas.

34 Comentário 15 (c). *Commentary on the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (2003).

CAPÍTULO 4. DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO

Projetado contra o pano de fundo da preocupação com a unidade territorial e a paz civil que marcou a filosofia política no início da modernidade (e.g. Hobbes e Maquiavel) e a fez enfatizar a unidade de vontade soberana contra as facções da sociedade civil que ameaçavam estilhaçá-la por guerras internas (primeiro por fundamentalismo religioso, depois por radicalismo ideológico), o grande trunfo da forma institucional da democracia representativa é internalizar as diferentes camadas e correntes da sociedade em um conflito procedimental e um esquema de rotação no poder, fazendo dos partidos os intermediários entre a opinião pública e o centro do poder governamental. Da concepção rousseauiana de democracia (direta) como fundação da soberania do estado na soberania popular à definição schumpeteriana da democracia representativa como método de competição entre elites por apoio de massa, é importante entender o grau em que as características do conflito partidário – determinadas em parte pela ordem constitucional e em parte por fatores contextuais e conjunturais – confluem para dar à disputa política maior ou menor eficácia na preservação ou reforma da ordem institucional e maior ou menor vulnerabilidade a forças que se apropriam do estado e tripudiam a igualdade de influência nos rumos do governo (UNGER, 2014, p. 301-2; 2001b [1987], p. 368-76, 462-74).

Quanto mais vagas as propostas, mais sectárias e fugidias suas bases de apoio; quanto mais concretamente detalhadas e mais responsivas a questões cotidianas (até detalhes sensíveis sobre condições de trabalho e outros temas de interesse universal), mais as propostas são negociáveis, suscetíveis a uma superposição de posições e implementáveis fragmentariamente. Quanto mais amplo o escopo das reformas postas como horizonte de mudanças ainda que fragmentárias, menos estáveis e delineadas as posições e interesses, mais suscetíveis a alianças incongruentes. Quanto menos a imunidade pessoal depender de posições fixas (e.g. garantias de estabilidade *versus* benefícios portáteis) e poderes capazes de reduzir os outros à dependência (e.g. propriedade unitária *versus* direitos sociais), espera-se que maior seja a disponibilidade a propostas mais amplas de mudança.

O Estado, como centro do sistema político, é o responsável em última instância pelo processamento da função política: a função de tomada de decisões coletivamente vinculantes. Como em toda organização, o que está em questão é a reflexividade do processo decisório – decidir sobre como decidir – e sua remissão a um terceiro nível: quem decidirá sobre como decidir (LUHMANN, 1990b [1987], p. 223). É esse o plano da discussão sobre participação e representação.

A concepção ungeriana de uma democracia empoderada centra-se na hipótese de que a ampliação da participação popular está em relação diretamente proporcional à profundidade com que a política pode dominar e reformar a estrutura da sociedade (UNGER, 2015b, p. 53-64). De um lado, a participação deve ir além da delegação representativa – a normalidade da política marcada pelo adormecimento da soberania popular, que só deve se manifestar novamente em situações extremas de crise e quebra da ordem jurídica (poder constituinte). Nessa visão, os vivos devem ser governados pela moldura institucional – constitucional – traçada por alguma geração pregressa, segundo os interesses e crenças dos mortos. Eleições periódicas apenas definem, entre opções nem sempre tão diferentes, os gerenciadores dos conflitos e consensos cotidianos, que operam dentro da moldura constitucional, sem alterá-la.

A falta de exercício da escolha política é álibi que reforça o círculo vicioso da incapacidade de decidir como justificativa para a negação das oportunidades de escolha; faz então a opinião pública oscilar entre apatia ou indiferença e expectativas de milagre e redenção. De outro lado, mudanças estruturais a serem processadas pela política não são uma escolha: mais cedo ou mais tarde, levarão a crises. Em crise, os sistemas funcionais se integram, a política é superdimensionada e explora a sociedade, consumindo tempo e recursos para sua própria reabilitação, em vez de se abrir à hetero-observação – ao encaminhamento de soluções coletivas para a economia, a educação, a ciência, a saúde. Antecipar as mudanças, fazendo-as menos dependentes de crise e mais suscetíveis de uma correção programada, fragmentária e progressiva, é o alvo da aceleração da política.

O programa de uma democracia de alta energia, que catalise as decisões políticas e enriqueça seu conteúdo de reforma estrutural, pode

ser descrito, do lado das esferas públicas, como uma ampliação do escopo e das oportunidades de exercício dos direitos de participação. O vínculo estreitado entre o centro decisório da política e os grupos de pressão tende a excluir maiorias desorganizadas e facilitar as estabilizações oligárquicas; o contato personalista da liderança política com a opinião pública tende a degenerar em autoritarismo, inclusive com a submissão do parlamento ao executivo em termos organizacionais. A saída exige aumentar o grau de mobilização popular, ampliando as discussões que dinamizam a opinião pública, em decorrência de mais oportunidades para decidir e da responsabilidade de se informar sobre os temas a serem decididos, contra a apatia política gerada pelo simples voto periódico em representantes. Esse “aquecimento” da opinião pública tem, como contraparte constitucional, um requisito na esfera pública do direito: os direitos de imunidade, que dão salvaguardas e garantias pessoais (das quais o judiciário é o guardião), de modo que os cidadãos podem se engajar em uma política acelerada sem temer serem tragados por um estado autoritário.

A institucionalização de uma participação política por procedimentos inclusivos, como o sufrágio universal, mas também daqueles procedimentos com abordagem diretamente temática, como plebiscitos e referendos sobre amplas plataformas de reforma, visa a evitar esses males. Mas recairia no republicanismo mítico de uma democracia direta impraticável em escala nacional ou mesmo subnacional e em tempos de diferenciação funcional, divisão de trabalho e profissionalização da política. Por isso, o engajamento direto do eleitorado deve ser dosado para decisões de alcance e importância diferenciados; e integrado enquanto dispositivo à mão na dinâmica das fricções entre os poderes constituídos.

Direitos de participação funcionam como incrementos controlados de riscos na tomada de decisões coletivamente vinculantes; introduzem contingência, indeterminação, variabilidade no processo decisório, que de outra forma oscilaria entre a arbitrariedade autoritária e a estabilidade conservadora. Constroem uma forma de comunicação no lugar da redução de complexidade pelo exercício da coação. Daí que, por um lado, esses direitos precisem ser garantidos enquanto titularidades determinadas, facilmente exercíveis e acionáveis. Por outro, sua função instituinte e legitimadora há que ser dosada segundo a capacidade de

processamento das informações das organizações políticas – capacidade de mobilização, que não pode ser permanente; capacidade de resposta com prazos variáveis (decisões estratégicas de longo prazo, decisões urgentes de rápido efeito); capacidade de deliberação e identificação dos problemas e soluções.

4.1. VOTO E PROPRIEDADE

Na triangulação entre esfera pública, periferia política e centro organizado do poder, há uma variedade de arranjos dos meios de comunicação de massa, dos partidos políticos e dos procedimentos eleitorais que produzem um baixo nível de mobilização popular.³⁵ A apatia e o desinteresse contam a favor da concentração do poder decisório real na concertação entre grupos de interesses (economicamente) fortes e oligarquias parlamentares.

Quanto à esfera pública, o formulário constitucional protodemocrático incorporava a preocupação em filtrar as paixões da maioria, por meio de sufrágios restritivos, qualificados pela propriedade – a titularidade de propriedade dá autonomia aos eleitores, evitando a distorção do processo eleitoral por relações de dependência pessoal. Essa minoria de homens notáveis e prudentes é a guardiã de uma ordem econômica livre e competitiva, a qual poderia ser colocada em risco pelos anseios redistributivistas das massas. O colégio eleitoral nas eleições americanas é um resquício desses dispositivos de filtragem da vontade popular. A universalização do sufrágio, porém, os tornou uma anomalia no desenho constitucional das democracias ocidentais.

Na mentalidade original do constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais abrangem a proteção da autonomia individual em sua dupla face: aquela associada à liberdade de consciência e aquela relativa aos direitos privados – incluindo os meios processuais-judiciais para a defesa da propriedade e a garantia dos contratos. A crença é que abrir espaço para a liberdade de iniciativa econômica e de credo religioso ou político é o motor do progresso material e espiritual da sociedade, alcançado pela libertação dos poderes criativos e produtivos dos indivi-

35 Ilustrativamente, sobre a evolução do voto nos Estados Unidos, ver Keyssar, 2014 [2000].

duos. Fundamental para o liberalismo é, de um lado, o reconhecimento de que o conhecimento e a vontade acerca do mundo manifestam-se na forma de crenças – atribuições de sentido generalizáveis, mas no limite constituídas por cada indivíduo. De outro, a ideia ancorada na dignidade individual, na concepção da pessoa como espírito livre em possível contraste com as estruturas da sociedade. Uma concepção de grandeza pessoal, de liberdade por oposição à dependência, conforma a autoimagem aristocrática do ideal de vida liberal. Essa autoimagem e sua ancoragem institucional revelam-se, porém, aderentes apenas à realidade de uma minoria incluída, potencializando maiorias excluídas.

A base concreta dessa inclusão, o substrato material da independência individual é dado, sobretudo, pela configuração jurídica específica da propriedade que se consolidou no século dezenove, uma forma de assegurar independência pessoal contra a interdependência social. É certo que o sentido mais preciso da igual liberdade dos homens proclamada nas declarações de direitos consistia em autorizar a todos a titularidade da propriedade – que cada qual obtivesse por seus meios; inevitavelmente haveria desigualdade em sua distribuição e nem todos seriam proprietários. Os que o fossem estariam garantidos.

A forma unitária da propriedade privada consiste em um dispositivo para minimizar a dependência de um (o proprietário) ao custo de maximizar a dependência de outros (a exclusão *erga omnes*); o faz pela quebra da reciprocidade. O contrato, por sua vez, estrutura o mercado não como uma prática de trocas segundo uma lógica natural de correspondência entre coisas, mas como uma arena de relações de confiança entre estranhos. Afinal, a política e a constituição liberais igualam a liberdade política à preservação dos direitos privados, como estruturação jurídica da ordem econômica de mercado;³⁶ mesmo fora do âmbito do contrato e da propriedade, as demais liberdades são moldadas à mesma imagem de poder exclusionário capaz de circunscrever uma esfera inviolável de pensamento e ação ao redor de cada indivíduo.

36 Sobre propriedade, contrato e direitos privados, ver Unger, 2001b [1987], p. 195-207; 1984a, p. 138, 206, 210-11; 2015a [1982], p. 143-78, 187-8.

A gênese da configuração específica dos direitos privados vincula-se menos a uma progressão heroica da luta contra o estado absoluto e pelo governo limitado. Em sua amplitude de escopo, a propriedade nasce em paralelo com o estado absolutista na Europa do início da modernidade: separam-se então os impostos dos aluguéis, afirmando-se lado a lado soberania territorial do estado (*imperium*) e o domínio privado. Essa repartição permitiu estratégias de coordenação entre Estado e proprietários, garantindo de lado a lado maior arrecadação pública e maiores lucros em empreendimentos apoiados pelo soberano.

Os esquemas de contrato e propriedade permaneceram, porém, pouco determinados no que se refere a aspectos centrais de uma ordem econômica, como a organização do trabalho e da produção. Entre relações contratuais voluntárias e a disposição quase absoluta sobre coisas, precisou-se supor um componente juridicamente fluido de discricionariedade gerencial e autoridade supervisora (analogamente, em relações comunitárias e familiares, precisou-se supor um poder quase arbitrário como complemento ao ideal de vínculo voluntário). Esse componente emerge quando submergem as estratificações sociais rígidas da sociedade corporativo-patrimonialista, em que as distinções sociais se integravam mimeticamente à ordem jurídica. Assim como a política liberal é relativamente independente das clivagens de classe e outras, o direito liberal assume certo distanciamento da ordem social mais ampla; em sua diferenciação, precisa construir formas, fórmulas e critérios mais impessoais e abstratos no lugar de expectativas sociais não explicitadas. Finalmente, diante da diferenciação da ordem do mercado, o direito contratual precisou circunscrever a contratação bilateral de execução instantânea por uma série de normas e doutrinas excepcionais (que mais e mais se tornam a regra) sobre relações contratuais continuadas e sobre negociação coletiva do trabalho, por exemplo. (Sobre a necessidade de redefinir os direitos privados, que não pode ser substituída apenas pela previsão constitucional de direitos fundamentais, ver *supra* 3.5.)

A posição favorável nas formas liberais clássicas de contrato e propriedade estava disponível a poucos e a eles, que gozavam realmente da liberdade como autossuficiência e autoconfiança, acima das contingências e necessidades banais da vida, era atribuída, em um círculo vicioso, a autonomia pública, o direito de influir na compo-

sição do governo. Ao mesmo tempo, as estratificações e hierarquias sociais encontravam-se sob conflito e relativamente enfraquecidas. Dão-se as condições para a rivalidade partidária se apoiar mais e mais na lealdade das massas, desprender-se das rivalidades regionais e transcender parcialmente as divisões sociais. A anexação dos direitos políticos (universalização do sufrágio) aos direitos civis (as liberdades públicas e privadas) corresponde à perturbadora justaposição do constitucionalismo de governo limitado esquematizado finalmente em fins do século XVIII à estruturação dos partidos políticos de massa na metade do século XIX. Surpreendentemente, embora os esquemas liberais de mercado e Estado (a propriedade unitária e a autocontenção do poder) se apoiassem em uma semântica da racionalidade impessoal e da estabilidade, a democratização não subverteu o constitucionalismo liberal-aristocrático.

A “história mítica da democracia” (UNGER, 2001b [1987], p. 207-21) define a democratização como a colocação da estrutura social ao alcance do conflito e da transformação política; assegura que as minorias podem aprender a fazer uso dos instrumentos de rivalidade partidária e serem consideradas nas decisões; considera que as opções políticas em jogo são, se não a expressão das correntes majoritárias, o resultante de sua combinação; e crê que a decisão econômica descentralizada é condição de possibilidade da democracia (há economias de mercado sem democracia política, mas não democracia sem mercado). Diante desse quadro explicativo, como desvendar o enigma de que o sufrágio universal não tenha realizado transformações tão radicais como aquelas que os liberais mais típicos previam, como uma redistribuição geral da propriedade? Ao lado de outros fatores candidatos à elucidação da charada (como o crescimento econômico e a melhora das expectativas de mobilidade social, ainda que persistentes amplas desigualdades), deve-se considerar que a restabilização e rotinização das disputas no quadro organizacional e procedimental do constitucionalismo vigente provocou nova conformação e diferimento das expectativas antes manifestadas em protestos fora do centro organizado do poder. O caos foi organizado, e o ruído tornou-se “conversa civilizada”. Além das peculiaridades de desmobilização desses esquemas constitucionais, eles afirmam enfaticamente não apenas o caráter quase acidental das soluções institucionais que produz, mas também a fluidez das bases sociais de apoio aos programas políticos.

Entretanto, não foi inócua a universalização do sufrágio – embora viesse a produzir resultados tão diferentes dos esperados e compromissos muito maiores com as instituições políticas, jurídicas e econômicas dadas. Na semântica liberal, tradicionalmente se contrapôs a liberdade negativa (privada, proprietária) à liberdade positiva, esta entendida como exercício da autonomia coletiva ou da participação na autodeterminação política. Liberdades de expressão e associação (assim como, originalmente, a propriedade) as conectavam fundamentalmente como condições habilitantes. A transformação estrutural que conduz à universalização do sufrágio e a prática do voto introduzem dentro da rivalidade partidária e legislativa a pressão de demandas, quando não mais revolucionárias, ao menos reformistas, ou redistributivas, ou compensatórias. A provisão das bases econômicas, educacionais, sanitárias para o exercício de quaisquer das liberdades é então justificada, no espírito do constitucionalismo social(-liberal), como pré-condição “material” para a autonomia individual e coletiva garantida “formalmente” pelo direito e pela política.

4.2. ELEIÇÕES E MOBILIZAÇÃO

Teorias constitucionais do processo jurídico afirmam que o controle judicial de constitucionalidade deve funcionar em casos nos quais as falhas democráticas dos poderes políticos não sejam ultrapassadas pelo poder não democrático dos próprios juizes. Dito nos termos das estruturas internas do direito e da política: os procedimentos eleitorais e decisórios no governo são presumidos como eficientes em assegurarem a responsividade do centro político ao eleitorado (pelo sufrágio universal, um indicador razoável da opinião pública). Em vez de fiar-se na ficção do consenso popular como visão idealizada da esfera pública política, as teorias procedimentais mais desenvolvidas assumem que a democracia deve assegurar responsividade a interesses concorrentes. Duas falhas potenciais são a proteção de direitos individuais e de minorias – já que os governantes têm incentivos para elevar as barreiras à entrada de seus oponentes ou dados os preconceitos das maiorias representadas. O oposto – o Estado capturado por minorias organizadas – também pode ocorrer, mas o voto (eleições periódicas)

assegura que o centro está vinculado ao ambiente interno, prevenindo a desconsideração dos interesses e visões majoritários. Ainda, minorias podem ser eficazes em bloquear legislação, mas precisam de maioria para aprová-la. Na tomada de decisões dentro de órgãos representativos, maiorias são coalizões flutuantes, de modo que interesses minoritários não podem ser desconsiderados, porque as minorias de hoje provavelmente serão cruciais para formar a maioria de amanhã.

A crítica fundamental a essas teorias³⁷ é que elas assumem que a abertura e inclusividade da oportunidade de voz e voto é suficiente para garantir a legitimidade do governo. Mesmo se a maioria dos cidadãos escolha não escolher – decida, por omissão, em favor da passividade em vez do engajamento –, eles estariam simplesmente “confiando” que seus representantes decidirão da melhor maneira. Entretanto, para além de minorias, desigualdades e desincentivos invadem a maioria – e significativa parcela tem baixos recursos, incentivos e habilidades para usar efetivamente a oportunidade provida pelo governo representativo. Grandes empresas e organizações então capturam os lados da “demanda” e da “oferta”, moldando carreiras políticas, projetos e preferências eleitorais. Nesse cenário, a participação real – e não apenas a potencial – importa. Ao lado do papel contramajoritário das cortes na garantia dos direitos e do devido processo, a democracia depende de mobilização construída para confrontar a apatia política, fenômeno este que descontinua a conexão entre opinião pública e governo, fazendo o governo mais próximo apenas da periferia organizada (ver a discussão sobre tendências de corporativismo e oligarquização no item 6 do tópico *supra* 1.4.).

Se retomarmos a imagem das instituições políticas, temos que o modelo parlamentar de democracia estrutura a sobreposição de um regime de competição partidária ao esquema pré-democrático (liberal ou republicano) da separação de poderes. Os partidos seriam a principal

37 Para essa caracterização e crítica, ver Parker, 1981. Para a versão clássica de procedimentalismo em teorias de controle judicial de constitucionalidade, ver Ely, 1980. Para a visão correspondente dos poderes políticos, com a concepção de democracia como pluralismo de grupos de interesse, ver Dahl, 1989.

organização da periferia política a mediar o acesso aos poderes políticos (isto é, o vínculo representativo), com uma referência universalista à opinião pública. Programas políticos comporiam uma valoração de valores mais ou menos fluída, com certo destaque das clivagens sociais, sinalizando afinidades e angariando assim o apoio da maioria. O partido eleito transporia as diretrizes partidárias em programa de governo.

Na verdade, as democracias contemporâneas não funcionam apenas por esse circuito. Primeiro, combinam a mediação partidária com a pressão de grupos de interesse. Estes influem nas eleições, mas também diariamente pautam a opinião pública e as agendas decisórias dos representantes eleitos. Agregam focos setoriais do poder econômico, ou movimentos sociais com pautas também especializadas referidas a políticas públicas.

Ainda, posto em funcionamento sobre uma estrutura social com altas barreiras à inclusão (econômica, educacional, política), o sistema representativo alimenta-se, mais ou menos residualmente, da referência particularista a interesses privados, da troca do voto por vantagens imediatas e tangíveis. Aqui não há tanto agregação de interesses, mas uma relação mais mimética com a estrutura social, imergindo representado e representante nos próprios vínculos comunitários e relações de dependência pessoal, patronagem e clientelismo.

Finalmente, quando a própria periferia política se integra (com a confusão entre partidos e movimentos sociais ou grupos de pressão) e se hospeda no centro (com o entrincheiramento de poucos grupos na organização estatal, sob sua tutela), estabelece-se uma relação de “pactos sociais” entre os setores organizados da sociedade e o centro do poder – arranjos corporativistas que podem compensar desigualdades de poder de barganha e negociação, mas que também excluem a maioria desorganizada da população.

Afinal, o jogo eleitoral, as carreiras e solidariedades políticas são configurados e as bases de apoio são institucionalizadas em um sistema democrático por meio da triangulação entre:

- a. *apoio popular*, seja na referência universalista a uma opinião pública mediada pelos meios de comunicação de massa, seja nos alinhamentos a poderes privados, estruturas de dominação locais e regionais, promessas particularistas de benefícios e assistência;

- b. *intermediação de interesses organizados*, algum tipo de pactuação corporativista expresso em vínculos e vocalização de demandas de grupos de pressão, lobbies e movimentos sociais ativos nos variados períodos;
- c. *articulação federativa ou local-regional-nacional*: com as variáveis de abrangência territorial dos partidos e inter-relação entre bases e disputas locais, estaduais e nacionais.

Assim, o sucesso eleitoral e a governabilidade estarão apoiados nesse tripé, sendo que um dos pilares pode compensar o outro: por exemplo, na falta de apoio popular, o governo se sustentará pelos *lobbies* e percepções do “mercado”; ou, pelo contrário, pressões corporativistas podem ser desbaratadas pela articulação intraestatal e pelo apelo universalista ao povo, enquanto referente legitimador.

Transformações no centro da política precisam provocar e ser provocadas por mudanças na mobilização política, sem romanticamente “desinstitucionalizá-la” e romper procedimentos decisórios do Estado. A contraparte a essas transformações na organização estatal – que haveriam de trazer mais e melhores oportunidades de engajamento popular – podem ser vistas como uma extensão de direitos de participação.

Uma primeira questão, quanto às eleições, diz respeito aos contornos institucionais que permitiriam aumentar a mobilização política – portanto, a produção e expressão do dissenso e dos projetos e programas alternativos. O voto obrigatório pode ser um meio de influência da participação política, em contrapeso à apatia eleitoral. O financiamento das campanhas, o acesso aos meios de comunicação de massa e a organização partidária são outras variáveis em jogo. Por exemplo, o financiamento público, ainda que parcial, funciona como contrapeso ao poder econômico e à decorrente captura dos candidatos e eleitos por grupos privados, desvirtuando os mandatos representativos quase que em mandatos imperativos, que servem apenas para ecoar interesses poderosos particularistas, sob o disfarce de eleições gerais. Já quanto à comunicação, a ampliação dos usos, ocasiões e meios para os partidos e movimentos sociais precisa complementar a liberdade de expressão com a institucionalização de procedimentos e políticas voltados à pluralização de mídias, linhas editoriais, inserções regionais, inclusive com o fomento da auto-organização e desconcentração da propriedade nesse mercado.

No que diz respeito a sistemas eleitorais, vale primeiro lembrar sua dependência contextual, isto é, a relação entre esse desenho institucional e a estrutura social e política em que ele se insere (o mesmo ocorre na discussão a respeito dos regimes de governo, ver *infra* 7.2.). Nesse sentido, tomemos, por exemplo, uma realidade política marcada por amplas disparidades de acesso a bens e serviços materiais e imateriais, com baixo nível de mobilização, grande heterogeneidade no grau de organização política (com baixas taxas de participação em partidos, movimentos e grupos de interesse), com essas organizações da periferia da política estruturadas em termos pouco democráticos (seus participantes são estratificados e têm poucas oportunidades de voz e voto, a direção é altamente burocratizada e isolada).

Uma representação distrital tenderia à culminação de práticas assistencialistas e clientelistas, que trabalham retalhando o orçamento público em uma série descoordenada de medidas imediatistas, eleitoreiras, vistosas, mas de curto fôlego, em prejuízo de projetos estratégicos e políticas sustentáveis. No polo oposto, o fortalecimento dos partidos demandaria a eleição em listas fechadas. Haveria melhor institucionalização da periferia política, mas o risco de exponenciar o controle das burocracias e lideranças partidárias sobre as candidaturas. Comparecem para tanto dois remédios: pressão interna e externa (UNGER, 2013). De um lado, o estímulo ao aumento de filiação partidária e de participação, com a luta dos filiados por processos decisórios mais democráticos, como em prévias. De outro, a concorrência dos partidos com candidatos independentes, não filiados a qualquer partido, e o compartilhamento com eles dos recursos para financiamento e organização.

4.3. A AUTO-ORGANIZAÇÃO DA PERIFERIA POLÍTICA

Para que a energia e o conteúdo do debate eleitoral não se dissipem, é preciso que as alternativas escolhidas sejam institucionalizadas. Isso depende, no momento pós-eleitoral, da combinação da iniciativa de poder central (ver discussão sobre governo *infra* capítulo 7), do núcleo duro do sistema político, com ativação da periferia política, mobilização e orga-

nização de grupos de interesse e movimentos sociais. Mas, sobretudo na etapa precedente, depende também do vínculo entre esses grupos e movimentos de base e a organização partidária, de modo que os partidos sejam enraizados em demandas efetivas da população. O partido justamente é o veículo de agregação dos interesses dispersos em movimentos e grupos com diversas bandeiras e identidades fragmentárias, vocalização e tradução dessas demandas em um projeto de poder consistente. Nessa transformação, coordenam os interesses grupais, modificando-os e construindo uma identidade coletiva ampliada.

A consistência não significa intransigência. Afinal, os partidos devem negociar. Mas justamente esse contato direto com as demandas populares e por meio de sua representação maior ou menor pelas associações, sindicatos e movimentos evitam o fundamentalismo ideológico e conectam as preocupações políticas com a abertura à observação dos problemas econômicos, educacionais, sanitários, ambientais. Quanto mais detalhadas e concretas as propostas e diretrizes formadas nesse circuito, mais negociáveis os alinhamentos políticos, aproveitando a fluidez do regime partidário moderno – o qual não se filia univocamente a categorias classistas, étnicas, comunitárias, mas se alinha incongruente e a essas clivagens sociais (UNGER, 2001b [1987], p. 462-74, 395-441).

Ainda, em vez de debilitar as organizações “intermediárias” (vistas pela política como sua “periferia”), uma democracia forte depende de que elas existam como uma espécie de “antigoverno” – mas também exige que sua autonomia não seja álibi para uma exclusão aos parâmetros constitucionais e redução da autonomia individual.³⁸ De um lado, nos termos do direito privado, a liberdade de associação há que ser fortalecida, com uma contraparte que é o poder reconstrutor (associado aos direitos de desestabilização) para consertar organizações e procedimentos “defeituosos”.

38 Sobre sociedade civil, associações e sindicatos, ver Unger, 2001b [1987], p. 476-80; 2001a [1988], p. 156-7; 2001a [1985], p. 178-9, 187-9; 1998, p. 269-71. Sobre o exemplo sindical, ver ainda Lothian, 1986.

De outro lado, além da liberdade de associação como princípio negativo, de defesa, um quadro de direito público para a organização da “sociedade civil” pode favorecer parcerias com o estado, ao mesmo tempo em que amplia a flexibilidade das organizações sociais para moldarem estruturas jurídicas alternativas, livres do controle ou da tutela governamental. Do contrário, sem a combinação de liberdade com promoção ativa da organização das associações voluntárias, uma pequena parcela organizada da população controla setorialmente o Estado e se mantém sob seu controle – o risco do corporativismo.

Apenas a difusão do poder de influência de uma ampla franja de organizações sem fins lucrativos pode assegurar que nem o estado aparelhe grupos e movimentos em seu favor, nem seja capturado pela busca de renda e privilégios por uma plêiade restrita de grupos de pressão e corporações. As associações e fundações são importantes transformadores de interesses próprios em movimentos que devem se justificar publicamente e perseguir objetivos coletivos.

O fortalecimento das associações pode combinar vários propósitos e modelagens institucionais. A concepção privatista conduz ao entendimento contratualista da liberdade sindical, que conduz duplamente a um regime de auto-organização com a supervisão mínima do Estado e ao pluralismo sindical, que permite a representação de trabalhadores por sindicatos concorrentes e com critérios de classificação diversos. A concepção corporativista apresenta os sindicatos como braços autointegrados na estrutura governamental, a serem ativados e desativados em mobilização controlada pelo estado; aqui vige um princípio de classificação unitária, a unicidade classificatória das categorias profissionais.

Porém, o pluralismo sindical exige uma concorrência pela sindicalização que pode desfavorecer a agregação de apoio para a defesa dos interesses, uma vez que custos e recursos serão despendidos para vencer a apatia à filiação. Por outro lado, o corporativismo serve à mobilização ou repressão com tendências autoritárias. Desse entendimento pode resultar um desenho associativo – ilustrado pelos

sindicatos, mas aplicável por analogia às outras formas de organização civil – que combine a independência do Estado afirmada pelo princípio contratualista da liberdade sindical, com a sindicalização automática e a unicidade advindas da tradição corporativista. Assim se pode favorecer a emergência de uma estrutura representativa mais democrática, em que de um lado evita-se a desigualdade de poder de barganha entre sindicalizados e não sindicalizados, e de outro se favorece a competição entre os movimentos trabalhistas na captação de associados – cada movimento se organizará em torno de determinado sindicato e da disputa dentro dele, sem que haja uma miríade de sindicatos pouco representativos com sobreposição das categorias profissionais.

Nesse espírito, critérios territoriais (associações de bairro) e funcionais (associações e cooperativas na educação, na saúde, na moradia, nas artes, no esporte etc.) dão margem a iniciativas que fogem da binariedade entre política pública e serviço privado e aumentam a capacidade de ação coletiva e de parceria, com redução de riscos, aumento da confiança e potenciais economias de escala. Isto é, as associações e fundações podem ser organizadas em procedimentos competitivos para a oferta de bens e serviços essenciais, com flexibilidade, especialização e eficiência ampliadas, mas também com mecanismos de monitoramento e controle de qualidade (ver *infra* 8.3.).

O adensamento da vida associativa deve sustentar-se por formas jurídicas que garantam até mesmo a experimentação pela criação de ordens jurídicas autônomas, seletivamente destacadas do direito estatal e organizadas diversamente. Essa autonomia jurídica, no sentido próprio e forte, deve obedecer às condições de que os membros da associação desviante estejam eles mesmos em situação de igualdade aproximada em suas relações mútuas e de que esse poder de criação do direito e divergência parcial não signifique uma exceção ao estado de direito, não dê margem ao encastelamento de uma zona de arbitrariedade que sufoque as liberdades individuais (ver a discussão sobre direitos de autonomia, *infra* capítulo 5).

4.4. IMPASSES E DEMOCRACIA SEMIDIRETA

As instituições da democracia representativa tendem a tornar diretamente proporcionais a incapacidade de reformas estruturais e a governabilidade, a manutenção da base de sustentação do governo. O bloqueio conservador é o preço da estabilidade. Por sua vez, a paralisia e o retardamento em decisões a respeito de mudanças estratégicas e sistêmicas, de maior escopo, conduz a crises. E só sob a pressão delas, com o afobamento e as distorções geradas, tomam-se as medidas extremas em momentos extremos – acolhendo o perigo desintegrador e autoritário do estado de exceção. Por sua vez, a frustração dos eleitores pode retroalimentar uma apatia política crônica; se ainda há energia para protestos, essa energia é dissipada, em vez de ser canalizada para catalisar o funcionamento dos processos decisórios na institucionalidade da democracia representativa.

Diante dos impasses decisórios a que tendem os governos em esquema de tripartição de poderes, surge a questão de como reconstruir, em procedimentos de democracia representativa, válvulas de escape para o apelo a mecanismos semidiretos. Plebiscitos programáticos relativos a reformas estruturais e eleições antecipadas bilaterais em caso de impasse entre os poderes de governo podem fornecer um meio de superação do autotravamento do centro decisório da política, sem clamar uma mobilização contínua dos cidadãos³⁹ – em que a maioria tenderia progressivamente a se desinteressar e a se omitir, enquanto os indivíduos e grupos mais mobilizados é que afinal decidiriam em nome de todos.

São, portanto, duas vias de complemento à participação em eleições periódicas: plebiscitos e referendos, em termos acordados pelo Congresso, e eleições antecipadas, com a condição de que sejam bilaterais, ajudariam a romper a força dos interesses organizados que colonizam os parlamentos e a dar legitimidade a reformas de escopo amplo – estas que haveriam de ser amplamente discutidas e legitimadas

39 Para essas duas propostas, ver Unger, 2001a [1984], p. 162; 2001a [1988], p. 139-59; 2001c, p. xciv-xcv. Ver também as discussões *infra* 7.2, sobre parlamentarização do presidencialismo; e *infra* 6.3, sobre prioridades legislativas.

no caminho para a consulta direta da população. Usar rotineiramente esses expedientes, colocando-os nas mãos do executivo, os banalizaria e colocaria em descrédito os mecanismos representativos. Não contar com esses mecanismos preservaria a paralisia decisória típica do presidencialismo de freios e contrapesos; reproduziria simplesmente o cenário usual de apatia popular, a conservação institucional e o enviesamento por interesses poderosos. Colocar o governo na direta dependência do apoio congressual, como no regime parlamentarista, pode simplesmente inviabilizar mudanças que afetem interesses particularistas, mas bem representados.

Há que se considerar ainda o mecanismo de *recall* do executivo. O *recall* presidencial ou a moção de desconfiança parlamentarista podem ser fatores de permanente instabilidade para o centro do sistema político – especialmente para governo que almeje avançar reformas estruturais, e não apenas reproduzir legislação que consista, no melhor dos casos, em paliativos e ajustes retardatários (que não deixam de ativar o uso ordinário de dispositivos excepcionais de legislação pelo executivo, para compensar a inércia legislativa).

O desenho do plebiscito revocatório, portanto, precisa ser cuidadoso para que ele possa ser ativado apenas quando há descompasso veemente entre as práticas dos eleitos, as expectativas por eles cultivadas e a vontade dos eleitores, uma verdadeira quebra de confiança. Assim, bem pesado, a revogação de mandato pode tirar o governante da zona de conforto, estabelecendo medida mais elevada de pressão e monitoramento popular; por outro lado, a destituição pode ser arma de prolongamento da disputa eleitoral, com incentivos para medidas populistas insustentável, por parte do governo, e de revanche por parte da oposição e dos interesses por ela representados.

A prática de várias localidades e alguns estados dos EUA, como a Califórnia, e de países sul-americanos como Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia ajuda a dimensionar riscos e alternativas. Em vista dessas experiências, é possível tecer observações sobre três variáveis que configuram o *recall*: são seus limites procedimentais, materiais e temporais (SOUZA; VIEIRA, 2014). No que diz respeito à forma, a justificativa de regras submajoritárias é de que a minoria possa ativar procedimentos de fiscalização e cobrança da maioria; porém, o arranjo

numérico pode banalizar o uso oportunista da convocação do plebiscito destituente por parte da oposição, perturbando a continuidade dos mandatos. A prerrogativa de convocar tal plebiscito pode ser posta nas mãos do parlamento ou, como no caso do processo legislativo, ser exercida por iniciativa popular. Aqui se terá que dosar o quórum mínimo de convocação.

No aspecto material, há um *continuum* de opções, desde deixar a justificativa indefinida, permitindo a convocação por qualquer insatisfação com os rumos do governo, até detalhar ao máximo a hipótese de aplicação, exigindo uma motivação estrita, como descumprimento de pontos do programa de governo ou suspeita fundada de corrupção dolosa e pessoal por parte do titular do governo. Neste último caso, por exemplo, o *recall* seria uma válvula de escape para a troca de comando mais rápida, independente da demora de uma condenação judicial. Afinal, a própria denúncia de um presidente, por exemplo, já seria motivo de quebra de confiança diante do povo constituinte.

De um lado, a exigência de uma acusação bem motivada pode permitir a defesa do governante, a apresentação das medidas e planos de governo e a elucidação de seus eventuais bloqueios e interesses em oposição. Além do exercício deliberativo, e da formação do convencimento da opinião pública, há um intervalo para reconsiderar a conveniência e oportunidade da revogação do mandato (CRONIN, 1999, p. 150-5). De outro, a especificação da hipótese traz em si um risco embutido: o de judicialização. A arbitragem do conflito político e da responsabilidade política cai nas mãos do judiciário, e os tempos do processo ou o bloqueio de autopreservação do poder (com a tendência à omissão das cortes superiores, quando cultivam dependência e vassalagem para com as elites políticas) acabarão por minar o sentido e a praticabilidade do *recall*. Isso tudo diz respeito à definição da hipótese.

Quanto às consequências do voto revocatório, é razoável se pensar que ele deva provocar não apenas a destituição do titular do mandato, mas também a escolha do novo mandatário. Caso contrário, se o vice assumisse, não haveria motivação e mobilização para ativar tal mecanismo, cujo sentido está em trocar (ou, eventualmente, manter) um grupo político no cargo em questão. Enfim, a finalidade é recom-

por a legitimação do mandato e do mandatário. Observa-se, ainda, a aplicabilidade do mecanismo aos cargos majoritários do executivo, mas sua tensão com o mandato parlamentar, seja pelas características do mandato representativo (por contraposição ao imperativo), seja pelo funcionamento do sistema eleitoral proporcional.

Finalmente, o aspecto temporal é o mais fácil. É usual vedar a ativação do *recall* no primeiro e último ano do mandato eletivo, ou ainda antes da metade do governo. No término do mandato, seria supérfluo e custoso, diante da organização do procedimento eleitoral. No início do mandato, o juízo popular estaria falseado, por não teria havido tempo para o governo amadurecer suas propostas e conseguir aprovar e implementar medidas estruturantes, que podem demorar relativamente a surtir resultados e mesmo exigem testes para serem corrigidas e aperfeiçoadas. O incentivo seria dado a medidas vistosas, manobras de fôlego curto, sem relevância estrutural. Bem ajustadas todas essas variáveis, o *recall* introduz risco adequado a uma política de experimentalismo democrático. Do contrário, gera instabilidade incompatível com governos reformistas.

De volta às propostas avançadas por Unger no sentido da externalização popular do autotravamento embutido na separação de poderes, note: trata-se, de um lado, de plebiscitos ocasionais, em tempos de amadurecimento de projetos de reforma institucional que constituam a tradução dos programas partidários vencedores nas eleições recentes em reformas legislativas (e eventualmente constitucionais) amplas – as quais, ademais, deveriam ter, no parlamento, prioridade de agenda sobre a legislação ordinária e fragmentária, ao menos durante o período inicial do mandato governamental (ver *infra* 6.3.).

De outro lado, trata-se da antecipação de novas eleições em caso de crise incontornável entre parlamento e executivo, mas isso segundo o seguinte mecanismo de gerenciamento de riscos: em caso de impasse, tanto o Congresso quanto o executivo poderiam convocar unilateralmente eleições antecipadas, como em regimes parlamentaristas – porém, para ambos os poderes. Assim, aquele que tomasse a iniciativa dessa convocação também teria que correr os riscos de um novo sufrágio. Nesse caso, a antecipação das eleições seria um expediente concretizado apenas excepcionalmente; seria a saída de

um impasse realmente insolúvel e daria aos novos eleitos uma legitimidade renovada para levarem adiante propostas e negociações. O mais recorrente seria a ameaça do uso dessa prerrogativa, o que por si só já pressionaria parlamento e executivo a se entenderem.

Há, na válvula de escape da representação para a democracia semidireta, três níveis de segurança que previnem a autodegeneração da democracia em autoritarismo comandado por um líder carismático e um executivo autoritário. Esses dispositivos sucessivos ajudam a prevenir o hiato entre a participação instituinte, multitudinária, e os poderes constituídos, com regras e procedimentos institucionalizados.

O governo deve começar por pautar a agenda legislativa com medidas cruciais a seu programa sagrado eleitoralmente. Os poderes políticos devem então concordar substantivamente sobre os pormenores de determinadas reformas, traduzidas em projetos de lei. Se não houver tal acordo, haverá impasse. Se apenas um dos poderes pudesse convocar plebiscitos ou referendos, reforçaria sua dominância sobre o outro. A solução então é permitir que ambos os poderes concordem agora sobre os termos da consulta popular a decidir sobre as grandes linhas opostas no desenho das reformas. Se não concordarem sobre as medidas nem sobre a consulta popular, apenas então os poderes haveriam de arriscar-se propondo novas eleições – estas podem até ser convocadas por apenas um dos poderes políticos, mas não de ser bilaterais, para que ambos compartilhem o risco eleitoral. O efeito principal é, sob a ameaça da possibilidade dessas convocações, pressionar o acordo sobre os poderes, tensionando o debate e assim aumentando a atenção e a vigilância da opinião pública.

Esse ajuste fino e a dosagem adequada da inserção da democracia semidireta na institucionalidade representativa ajudariam a produzir uma liquefação dos interesses e visões entrincheirados – o que um “superliberalismo” persegue, por oposição a um liberalismo conservador. Ainda, a participação pode ser multiplicada por meio de uma estrutura mais fragmentada de centros concorrentes de ação governamental, começando pelo redesenho das relações entre executivo e legislativo. É o que se explorará mais adiante (ver *infra* 7.3.).

4.5. PARTICIPAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO

As paixões, as expectativas intensas e demandantes estão mais difundidas nos momentos de crises, aos quais uma convenção constitucional haveria de pôr fim, do que nas rotinas diárias da política. Por esse argumento, canonizar esse pacto como mais razoável que as reformas rotineiras seria um contrassenso – a sustentabilidade e adequação do argumento dependem do pressuposto de que, acalmado as paixões na rua, uma elite esclarecida construirá o consenso para a nova ordem. Mas então a justificação torna-se insustentável e inadequada do lado da democracia. O conto da revolução, que coloca a mudança estrutural como um final feliz ou uma origem venerável, é contado para desacreditar o “reformismo”.

Uma elevação constante do nível de mobilização e mudança é menos romântica que a semântica imersa nas ideologias políticas clássicas. Até os inícios da política de massas, os parlamentos nacionais eram reuniões temporárias de homens nobres para mudar leis muito limitadas no escopo (sobretudo, a tributação); depois, o poder legislativo torna-se um corpo permanente do Estado, com órgãos muito burocratizados e procedimentalizados, e vêm a ser crescentemente ultrapassado pela velocidade dos fatos – perdendo sua capacidade regulatória para o poder executivo (e, de maneira geral, todo o estado a perde para organismos internacionais e transnacionais). Para aumentar seu escopo na promoção de reformas (dimensão material), impulsionar sua capacidade normativa (dimensão temporal) e elevar suas conexões com a mobilização popular (dimensão social), as mudanças constitucionais voltadas a democratizar a democracia representariam uma transformação similar àquela histórica do legislativo, atualizando desenhos e práticas institucionais anacrônicos para lidar com o estado atual de coisas, de complexidade e contingência.

Ainda, se a realização da constituição é ela mesma uma transformação, oportunidades de participação caminham passo a passo com o tema da mudança constitucional e do (des)entrenchamento. Ao lado do centro da participação política – por meio dos poderes políticos –, há outros dois espaços, duas extremidades do processo jurídico ou da “cadeia produtiva” da constituição, onde a participação pode também ser fomentada: nos momentos constituintes e na interpretação judicial (*e.g.* TUSHNET, 2015). Assembleias constitucionais

podem não apenas preparar um texto a ser submetido a referendo, mas também aperfeiçoar a participação no elo anterior da cadeia. Se o desenho constituinte é uma ocasião especial (dado o alcance das mudanças em questão) para o entrincheiramento de interesses de grupos organizados – talvez mais intensa e profundamente que nas disputas por regulamentar as diretrizes constitucionais e no dia a dia da legislação ordinária –, uma estratégia pode ser enriquecer o lado da entrada. Isso significa não depender apenas de uma comissão de notáveis ou de políticos profissionais, mas organizar a seleção aleatória de cidadãos (ou autoneomeação de cidadãos, com a exigência de provar algum apoio) de modo a assegurar a representação de várias profissões, classes, crenças, regiões e habilidades para além da teia corporativista da qual a maioria da população não toma parte. Mas podemos negar que os acordos sejam congelados para sempre, e que o momento constituinte seja uma era glacial a se permanecer no passado, embora determine o destino da organização política desde então (ver a discussão *infra* 6.1., sobre entrincheiramento constitucional).

Claro que o escopo e o grau do entrincheiramento constitucional original tendem a afetar a dinâmica subsequente de mudança constitucional, mas o emendamento constitucional e reformas “setoriais” podem providenciar novas ocasiões para participação em paralelo com a representação política cotidiana. Reformas infraconstitucionais em mudanças ordinárias de legislação podem também emular esses mecanismos de participação direta rotativa (distinta tanto de acordos e “concertações” corporativistas quanto da representação parlamentar por eleições, com suas tendências oligárquicas ou elitistas). A questão persistente reside na diferença desses mecanismos em relação a um júri: se em um júri, os representantes aleatórios e ocasionais do povo decidirão, essas formas de participação na legislação ou na constitucionalização podem ser largamente minadas se os *inputs* puderem ser desconsiderados ou distorcidos na filtragem pelos parlamentares, como os tomadores últimos das decisões.

Do lado da interpretação judicial, a radicalidade da diferença entre criação e interpretação do direito também é desafiada. A “mutação” constitucional por mudanças incrementais de jurisprudência, ou por declarações episódicas de inconstitucionalidade ou pela interpretação conforme a constituição providencia novos ciclos no circuito entre

os poderes – e interpretação, argumentação e justificação são meios de evolução do direito, isto é, usos que geram variações, seleções e restabilizações de significados. Aqui novo campo de participação pública pode ser aberto, como no caso das “audiências públicas”. Como em audiências de especialistas no parlamento, representantes dos interesses afetados ou especialistas podem ser ouvidos pela corte como *amici curiae*.

A participação no judiciário funciona por medidas como a extensão da legitimação para agir em ações constitucionais ou de interesse público, ou pela ampliação da intervenção de *amici curiae* no controle de constitucionalidade. Essa abertura cognitiva é importante, iluminando com algum realismo a jurisprudência. Há, todavia, duas ameaças permanentes: a agenda da área sob consideração – ligada ao caso sob julgamento – pode sempre ser “capturada” por seus representantes tradicionais; a participação pode ser apenas um sinal performático do caráter “amigo da democracia” da corte, mas as sugestões e pontos de vista apresentados podem na prática serem esvaziados na decisão final nas mãos das autoridades.

4.6. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Há nas democracias atuais canais de consulta aberta à população no processo legislativo, na prestação jurisdicional e no orçamento público gerido para a implementação de políticas. Esses canais podem ser ampliados por dispositivos como a previsão de iniciativa popular – com demonstração de apoio significativo do eleitorado – para projetos de lei, como também para submissão de leis aprovadas pelo parlamento a referendo, ou para a convocação de plebiscito, independentemente de decisão congressional ou sanção presidencial (UNGER, 2013). O importante é dar a esses mecanismos de aferição das expectativas e opiniões fora dos centros organizados de poder (governos, parlamentos e tribunais) representatividade e real poder de influência sobre as decisões tomadas – prevenindo sua degeneração em dominância por grupos sectários ou em mero expediente a ser formalmente cumprido (com o argumento de que os interessados e os diversos pontos de vista foram ouvidos), mas praticamente desconsiderado no resultado dos julgamentos, projetos legislativos e políticas públicas. A mobilização é

tanto condição para que esses mecanismos obtenham influência mais do que marginal sobre as decisões quanto resultado de essa influência ganhar não apenas transparência, mas de fato visibilidade.

Sobretudo na escala local, fazem grande sentido experiências de democracia participativa na decisão e no monitoramento do orçamento público e de políticas sociais; mesmo fora desta escala, conselhos, comitês setoriais, movimentos sociais podem dispor de fóruns para o processamento de demandas e a proposição de soluções e políticas. Dois espectros, porém, rondam as estratégias participativas que tentam driblar o centro da organização estatal pelo enriquecimento de uma penumbra de conselhos e comitês setoriais com representantes da “sociedade civil organizada”.

Por um lado, elas podem ser excessivamente marginais ao centro de poder legislativo e executivo – lidando com parcela ínfima do orçamento público, tomando decisões entre alternativas quase que indiferentes, em face do que já foi pré-programado pelas decisões anteriores dos poderes políticos, as quais fixam a margem de manobra disponível para a consulta popular direta. Por outro, representantes designados do povo podem ter sucesso – e entrincheirar suas agendas sectárias – ou falhar, sendo cooptados pelo governo central e apenas servindo para criar uma capa de participação em decisões que, no que interessa, continuam a ser de cima para baixo. Mesmo oásis de participação direta, espontânea e contínua dos cidadãos (como na definição de orçamentos municipais), para além de eleições periódicas e do apelo ocasional à democracia semidireta, não são imunes ao risco paradoxal da participação direta ser convertida em representação (*e.g.* FEDOZZI; MARTINS, 2005): aqueles que persistem na participação tendem a ser representantes não eleitos da maioria, que persiste na posição de observador passivo ou mesmo abre mão do papel de espectador a observar atores e decisões. Participantes habituais tendem a formar um grupo concentrado, reproduzindo o elitismo e as assimetrias de informação característicos da democracia representativa – talvez sem as garantias de “poliarquia” (uma dispersão do controle decisório por meio de amplo espectro de interesses e grupos) e mecanismos de controle, responsabilização e transparência (como os aplicáveis aos representantes eleitos). A sociedade civil desorganizada, que tende a ser a maioria, permanece desmobilizada e inerte, com a tomada desses

âmbitos deliberativos por grupos bem organizados, com seus interesses e identidades particulares. Difícil aferir por este meio a “vontade geral”.

Eventuais requisitos de capacitação ou especialização, mesmo que não cobrados dos participantes, mas por eles detectados, podem determinar sua autosseleção, ao lado de estigmatizações e exclusões diversas, incluindo disponibilidade de recursos, tempo e motivação para participar de assembleias. Por outro lado, a fragmentação das instâncias decisórias pode gerar complexidades na agregação do consenso que isolam as arenas participativas de decidirem questões mais cruciais.

Ao estilo da democracia direta grega, aristotélica, experiências de democracia aleatória, em que o sorteio substitui a autosseleção dos participantes, podem prevenir defeitos da tomada das arenas participativas por grupos organizados, o que assume perfil análogo ao problema dos litigantes habituais na jurisdição. Essas experiências incluem a assunção de obrigações administrativas em escala local. Fortalecem a ideia de que na democracia qualquer um tem direito e dever em relação a um governo comum – não apenas quem quer e consegue se candidatar e se eleger, conforme os custos e distorções espetaculares da democracia representativa. Esse elemento aleatório introduz alta contingência na política, mas precisa também ser preparado por uma institucionalidade que dê meios de controle e aprendizagem rápidos e eficientes a quem não é político profissional. A escala e a medida em que esse verdadeiro governo de qualquer um pode e deve ser implementado permanecem pouco definidas.

Projetada em escala regional ou mesmo nacional, a ideia de um poder popular composto, à maneira dos júris, por cidadãos selecionados aleatoriamente, e com funções de propor, vetar ou sancionar leis também parece ser um contorno ao processo de governo comandado por executivo e legislativo, no formato da cisão da cúpula decisória entre governo e oposição. Sem mudanças nos outros poderes da tripartição clássica, esse poder popular tenderia a entrar em colisões frequentes e insanáveis com os outros poderes estabelecidos – ou teria que substituí-los, com riscos de erosão das proteções do estado de direito, ou tenderia a ser bloqueado, cooptado ou neutralizado pelos outros ramos de governo, seja o judiciário, sejam os poderes políticos representativos, que operam na lógica da democracia elitista, em que o voto funciona para legitimação de minorias que concorrem pela tomada do poder estatal por meio do apoio eleitoral das massas governadas.

4.7. ANÁLISE 4X3

A essa altura, o perfil dos direitos de participação e sua integração com os demais tipos de direito já deve ter possibilitado vislumbrar o contorno do modelo de direitos proposto. A ideia é ampliar as ocasiões e a profundidade do exercício da deliberação e da escolha coletiva, sem resumi-la a um cenário em que o centro político de governo permanece inalterado, mas é rodeado por uma série de instâncias participativas que desempenham papel marginal no processo decisório, podendo ser cooptadas como expressões meramente simbólicas de uma participação que não se generaliza para todo o povo. Assim, o principal contrapeso à extensão do exercício da cidadania ativa é a garantia dos direitos de imunidade, da zona de intangibilidade individual, de satisfação das necessidades básicas e de capacitação para ir além desse “pacote mínimo”. De outro lado, seu principal reforço é a extensão dos direitos e políticas voltados à autonomia e à auto-organização, que podem ampliar a capacidade operacional dos diversos sistemas sociais ao mesmo tempo em que estendem a capilarização política da sociedade. Só assim, do ponto de vista do sistema político, aumentam as chances de informação e mobilização e diminuem os riscos de engodo e irresponsabilidade política dos governos. Dadas essas condições, é possível manter estabilidade política e econômica enquanto se aumenta a plasticidade da sociedade, as oportunidades para reformar suas estruturas e institucionalizar essas reformas.

É importante pontuar que a participação política pode ser adensada para além do altruísmo republicano com que se idealiza o oposto do autointeresse individual. Isto é, com o engajamento da população não apenas em associações civis, mas também em parcerias produtivas (entre Estado, comunidade e capital privado) – para a produção de bens e serviços para o mercado ou para a implementação de políticas públicas, educacionais, culturais, sanitárias, esportivas –, capilariza-se a organização coletiva (a periferia da política) e dá-se conteúdo concreto e tangível à motivação para a participação nas decisões coletivas no centro político. A liberdade econômica real dada por essa inclusão produtiva puxada pela demanda pública e o financiamento que ela permite dos benefícios sociais – ambas faces dos direitos de imuni-

dade – fomentam, em vez de desmotivar, o exercício da participação. Há interesses reais em jogo.

Do ponto de vista do indivíduo, direitos de participação representam sua inclusão no sistema político não apenas como beneficiário, mas também como agente decisório. Do ponto de vista dos sistemas sociais, mais participação significa mais decomposição das decisões em séries e séries de decisões. Há limites e pressões de ordem temporal, cognitiva e política para processar decisões de modo participativo. Por isso, articular o exercício da participação aos mecanismos representativos fornece uma alternativa ao protesto diante do qual os poderes podem ficar surdos, assim como à instabilidade permanente do governo conforme as flutuações da opinião pública (com sua dependência dos meios de comunicação) e as capacidades ou deficiências de liderança dos políticos no governo ou na oposição.

Uma série de configurações dos poderes do Estado e de seus processos decisórios tratadas na segunda parte deste livro dão conteúdo à extensão sustentável da participação. O desentrincheiramento constitucional, com a redução seletiva da constitucionalização do direito e dos limites à mudança constitucional, coloca os arranjos sociais mais disponíveis à mudança rotineira pela política. Eleições antecipadas e plebiscitos programáticos podem ser desenhados de forma a estender controladamente os riscos e a contingência da tomada de decisões coletivamente vinculantes, fortalecendo a capacidade de aprendizagem da política e sua sensibilização a demandas vocalizadas para além dos representantes e formas de representação parlamentar. A fragmentação do estado em novas agências e poderes ajuda a desarmar paralisias provocadas pelo arranjo de freios e contrapesos, imaginado para evitar a prevalência da vontade das maiorias despossuídas e arbitrar o conflito entre populismo e propriedade. Por contraste, essa série de mudanças na organização do Estado quer favorecer a execução de planos de governo eleitos, permitir que sejam testados e julgados eleitoralmente, desarmando os bloqueios particularistas que colonizam a representação política. Daí o acento experimentalista dessa democracia.

Em termos normativos, esses arranjos se aproximam mais de concretizar uma visão de democracia como extensão das oportunidades

de participação, manutenção de um nível elevado de mobilização e de reprodução do risco – isto é, de reciclagem de alternativas, de reprodução da complexidade social. Por outro lado, democracias dormentes e dependentes do poder econômico impõem entraves ao desenvolvimento e reproduzem elites políticas e econômicas predatórias. Portanto, a extensão da capacidade de transformação estrutural associada ao aumento dos meios de construção e mobilização da vontade da maioria há que facilitar mudanças em direção a instituições mais inclusivas, diminuindo os obstáculos impostos pela estrutura social herdada e renitente. Finalmente, minorias culturais e identitárias beneficiam-se com a ampliação dos canais efetivos de participação, não apenas com consideração hipotética de seus interesses e ideais no plano de discursos de justificação. Devem ter espaço e presença para expressão pública e proposição de suas políticas e discursos. De outro lado, deve-se prevenir a captura do Estado por minorias organizadas – de base cultural ou econômica –, o que revela preferência por métodos de engajamento de todo o eleitorado, combinado com as filtragens procedimentais da democracia representativa.

Os direitos internacional e supranacional operam sob alto déficit democrático, apoiando-se no poder bruto dos estados dominantes em termos geopolíticos, econômicos e militares e buscando legitimar-se por sua eficiência enquanto garantes da paz, de um lado, ou blocos econômicos, de outro. Ainda, as ordens paraestatais, por serem também centradas em organizações – que são sistemas decisórios –, apresentam também o problema da forma e da medida em que devem desenvolver mecanismos participativos. Sobre a extensão dessas linhas gerais de formatação dos direitos de participação para outras ordens jurídicas, além do constitucionalismo doméstico, remeto à discussão *infra* 5.3.

CAPÍTULO 5. **DIREITOS DE AUTONOMIA**

Direitos de autonomia são direitos de criar direito. Integram-se em um esquema de direitos constitucionais que deixa de se enganar pela ilusão ingênua de uma sociedade de indivíduos, cujo único centro de dominação e controle é o estado, e que reconhece o poder organizado em múltiplos níveis, dentro e fora do estado e dentro e fora da política. A complexidade social não se contém nos limites da regulação estatal heterônoma. A descentralização política e administrativa interna ao centro de poder estatal é um lado da questão; o outro é a regulação da esfera pública como campo de modelagem jurídica de organizações, redes e comunidades que fogem do sistema organizado do Estado, da circunscrição funcional da política ou mesmo de delimitações territoriais nacionalmente diferenciadas.

Além de fortalecido por esquemas de cogestão, de parcerias com organizações sociais e outros métodos de organização de poderes e procedimentos e de fornecimento de serviços públicos (ver *infra* 8.3.), o experimentalismo social e político há que ser acelerado por esquemas jurídicos de descentralização decisória (ver discussão *infra* capítulo 10, sobre federalismo). Em termos da esfera organizada da política, há um paralelo entre a descentralização administrativa do Estado e as formas de institucionalização das associações privadas que guardam caráter quase público, especialmente na periferia da política (ver *supra* 4.3.).

Na interface da ordem jurídica nacional com outras ordens, o marco institucional correspondente a esse problema da autonomia é a ampliação do pluralismo jurídico, do reconhecimento de ordens jurídicas sobrepostas e mesmo do incentivo à criação de tais ordens. A série de direitos de desestabilização, imunidade e participação precisa qualificar esse reconhecimento para que ele não se confunda com uma devolução de poder às hierarquias, privilégios e preconceitos que marcam uma comunidade específica autorregulada (UNGER, 2015b, p.63). A autonomia jurídica não pode ser moldada como a propriedade absoluta, uma esfera inviolável de arbítrio.

Essas proposições evidenciam que, mais amplamente, o que está em jogo em toda ordem jurídica é a institucionalização de um esquema de reciprocidade e confiança. Todas as comunidades são realizações parciais e provisórias de um ideal de cooperação e solidariedade. Ao indivíduo sempre é necessário preservar uma margem de ceticismo e reserva, bem como garantias de imunidade que sustentem sua transcendência em relação ao grupo; podem ser necessárias não apenas portas de saída, mas também instrumentos de defesa contra a própria comunidade (UNGER, 1984a, p. 133-4).

Uma expressão desse problema da comunidade está no seio das próprias organizações burocráticas públicas ou privadas, como escolas, universidades, empresas. Instâncias colegiadas internas em cada organização ou rede de organizações podem criar uma espécie de “constitucionalismo societal” (SCIULLI, 1992) que qualifique a discricionariedade administrativa com os requisitos da deliberação representativa informada por parâmetros normativos da legalidade (FULLER, 1969 [1964], p. 33-94): (1) generalidade; (2) promulgação (informação); (3) prospectividade (não retroatividade); (4) clareza (sobre o reconhecimento do cumprimento ou descumprimento das normas – *compliance*); (5) Não contradição (das prescrições); (6) possibilidade (do que é prescrito); (7) constância (consistência); (8) congruência (entre condutas e deveres proclamados àquelas relativos).

Tudo isso haveria de formar uma moldura de equidade procedimental de qualquer ordem jurídica, inclusive de ordens corporativas privadas e outras manifestações de pluralismo jurídico setorial, subnacional ou transnacional. Esperar que essas ordens auto-organizadas implementem e monitorem o trabalho desses órgãos e a aplicação desses parâmetros decisórios pode não ser suficiente. Ordens estatais – nacionais, internacionais ou supranacionais – podem impor parâmetros formais, substanciais e procedimentais de “ordem pública” para o reconhecimento (reenvio e recepção) dessas ordens privadas. Diante da indiferença que as ordens estatais costumam manter quanto a esse direito dos privados, a solução pode demandar a ativa supervisão estatal e intervenção corretiva sobre esse direito.

De âmbitos de vigência espaciais (do local ao global) ou mesmo setoriais (mimetizando a transnacionalidade da economia, da ciência, da saúde), o contexto em que o tema do pluralismo jurídico é mais bem posicionado e dimensionado é aquele da sociedade mundial, de um sistema jurídico de ordens múltiplas (inter, supra, trans, sub-nacionais) com seu protoconstitucionalismo.

Direitos de autonomia são especial manifestação da rediferenciação do direito. De um lado, o direito estatal continua a ser ferramenta poderosa de intervenção, regulação e criação, para mudar costumes e estabelecer as bases das rotinas privadas. De outro, à medida que o direito cobre mais e mais zonas de uma sociedade funcionalmente diferenciada, essa hipercomplexidade torna-se mais difícil de se conter no direito estatal. Uma solução para não desintegrar a proteção jurídica é o controle mais frouxo proporcionado pelo reconhecimento de direitos de autorregulação – versão expandida da autonomia privada, ao mesmo tempo mantida por mecanismos de direito público; versão experimental e descentralizada de autonomia pública, complementar à consideração na formação da vontade estatal.

Enquanto direitos de imunidade e participação são imaginados para serem bem definidos por legislação e regulamentação, direitos de desestabilização são menos determinados: na construção da ponte entre direitos constitucionais e sua negação prática por organizações públicas ou privadas, sem repertório normativo suficiente de dadas escolhas legislativas e administrativas, há vasto hiato – e o judiciário pode não dispor das condições para exercer esse maior grau de discricionariedade, ao menos não em seu figurino de comando e imposição. Com direitos de autonomia, há situação similar. Eles são menos definidos que direitos de participação ou autonomia, seja em seus perfis individuais, seja nos coletivos. Mesmo se houver carga de normas “metarregulatórias” – que regulem a autorregulação, o pluralismo jurídico –, por definição deve existir considerável espaço para o agente público, quase público, privado, criar seu direito.

Que cada direito material – à vida, à liberdade de expressão, à saúde – possa viver vida dupla, como direito de imunidade e de desestabilização, é uma salvaguarda para abrir espaço à autorregu-

lação, prevenindo o despotismo enquanto se fomenta o experimentalismo pelo “móvil” do pluralismo jurídico. Particularmente, a liberdade pessoal, individual (incluindo liberdade da necessidade, não apenas liberdade da violência) precisa ser afirmada acima de quaisquer formas de “totalitarismos” organizacionais, comunitários ou coletivistas – que, de outro modo, podem se enraizar sob o véu da propriedade, da personalidade jurídica ou da intangibilidade de coletividades, civilizações e subculturas.

Aqui exploro de maneira ilustrativa o problema da autorregulação na dimensão econômica e em sua expressão de base cultural, pontuando também como sua forma constitucional – em direitos de autonomia – se integra com os outros tipos de direitos aqui expostos. Por exemplo, nos quadros de um direito público que induza a auto-organização dos outros sistemas sociais (para além da política e da economia), a autorregulação também teve ter uma função irritante sobre a auto-organização das instituições do ambiente da política e da economia, do “social” – ou seja, sobre a organização da educação, da saúde, da arte, dos meios de comunicação de massa, do esporte, do meio ambiente, da religião e da família. Por outro lado, a ampliação do experimentalismo econômico e cultural e do ideal de autogoverno, ancorada em direitos de autonomia, deve ser contrabalançada pelos controles ativados por direitos de desestabilização. (Pelo método expositivo deste capítulo, esse inter cruzamento entre os tipos de direitos, assim como os outros elementos da análise “4x3”, estão mais explícitos ao longo de todo o texto; por isso, não os retomarei ao final, como fiz nos capítulos anteriores, quanto às outras categorias de direitos.)

Abordo ainda um paralelo relevante ao problema da auto-organização dessas ordens jurídicas à margem do quadro padrão do direito estatal pela menção à questão, diferente mas homóloga, das deficiências democráticas do direito internacional – afinal, toda ordem jurídica (estatal, interestatal ou paraestatal) há que ser institucionalizada por formas organizacionais e procedimentais, reemergindo então a pretensão democrática.

5.1. DESENVOLVIMENTO: VANGUARDAS E RETAGUARDAS

Enquanto teorias da modernização consideram que a distribuição geográfica das vantagens comparativas leva a que economias “em desenvolvimento” tenham que passar por uma fase de produção intensiva em trabalho e com baixos salários para atingir enfim a situação das economias desenvolvidas, com produção intensiva em capital e tecnologia, teorias da dependência ou do sistema-mundo consideram que economias “subdesenvolvidas” estão condenadas a ocuparem um nicho subordinado na reprodução mundial do “capitalismo”.

Ocorre, porém, que, fugindo de uma simples divisão do mundo entre centro e periferia, há formas vanguardistas de produção espalhadas nos países centrais e periféricos. São ilhas de excelência tomadas como referência global, mas autoisoladas diante da maior parte da economia. Pessoas, ideias, tecnologias, capital e conhecimento circulam nas redes formadas dentro dessas vanguardas. Seu mercado é o mercado mundial. Formas avançadas de autorregulação – um pluralismo jurídico transnacional, com cortes arbitrais, *standards* e códigos próprios – juridificam a vanguarda e aumentam sua autonomia em relação ao próprio direito estatal. A maior parte dos trabalhadores, porém, não está incluída na confederação global das vanguardas. Considerável porção das atividades produtivas permanece se realizando com práticas rudimentares, sem acesso a crédito, tecnologia e conhecimento de ponta. A retaguarda procura emular a vanguarda, mas permanece desequipada para vencer suas desvantagens. É tal cenário que se descreve pelo contraponto entre “vanguardas” e “retaguardas” (UNGER, 1998, p. 30-41; 2007a, p. 173, 200-4; 2007b, p. 71-2, 99-100; 2015b, p. 64-5; 2018).

Essa distinção vanguarda/ retaguarda pode ser “policontexturalizada”, isto é, aplicada para além do sistema econômico (assim há vanguardas e retaguardas científicas, educacionais, artísticas, sanitárias). Tal entendimento é compatível com a hipótese (LUHMANN, 2012 [1997], p. 93-4) de que varia imensamente a partilha de vantagens e desvantagens da diferenciação funcional conforme regiões, ao mesmo tempo em que as assimetrias crescem ou diminuem conforme o grau de conexão das regiões com as condições da sociedade mundial.

Um modelo centro-periferia unitário e estável resulta problemático, seja por sua monocontextualidade (restrição ou primazia ao sistema econômico), seja, ainda quando expandido para as outras funções, por enfatizar uma única cisão que simplifica muito drasticamente as diversidades estruturais entre as regiões. Há assimetrias regionais geradas pela diferenciação funcional, mas o padrão centro-periferia não permanece necessariamente estável (LUHMANN, 2012 [1997], p. 97). Assim, a distinção entre centro e periferia faz sentido na sociedade mundial para descrevê-la em múltiplas escalas de observação: a diferença centro/ periferia pode então ser multiplicada sobre si mesma, discernindo periferias nos centros e centros nas periferias. Há centros e periferias em praticamente qualquer unidade observável, com uma integração mundial de centros contraposta ao isolamento local de periferias. Mas então atingimos a mesma distinção entre vanguardas e retaguardas.

O problema do desenvolvimento é aquele da dinâmica excludente puxada pelo isolamento das vanguardas, dos setores (organizações e redes de organizações, com suas bases regionais) que lideram as formas de produção, financiamento, aprendizagem, tratamento tecnologicamente mais avançadas e organizacionalmente mais flexíveis. O que está em jogo nessa inclusão/ exclusão são as desigualdades no acesso aos sistemas funcionais e, em termos de simbiose, a satisfação de necessidades (a fome, a doença, a ignorância) e a imunidade à violência. Assim, em que sentido um regime de direitos seria posicionado na direção de um desenvolvimento democrático?

De um lado, há demanda por ferramentas de direito empresarial e econômico que capacitem o governo para estabelecer fundos de capital competitivos e prover capital de risco, crédito, suporte técnico e administrativo aos negócios, em formas descentralizadas de apoio a empresas. Direitos de propriedade condicionais, temporários e fragmentários conduziriam na direção de uma democracia de cidadãos proprietários (ver *supra* 3.5.). De outro lado, um conjunto de direitos constitucionais seria demandado para enfrentar as consequências do dualismo econômico. Os setores organizados que ele promove precisariam ser enfrentados pelo aumento do nível de participação política para além dos anéis de interesses privilegiados. Direitos públicos à autonomia jurídica, nutrindo o experimentalismo econômico por meio

da autorregulação, dinamizariam o direito da produção e das trocas. Os danos persistentes de organizações públicas e privadas demandariam uma intervenção similar ao procedimento de reorganização judicial das empresas. Imunidades pessoais, liberdades e benefícios sociais precisariam ser universais, independentes da posição na divisão de trabalho e providos de forma a evitar que a proteção social permaneça restrita apenas aos setores organizados da força de trabalho.

Finalmente, ainda na esfera privada, o ponto crucial é uma reconstrução das imunidades pessoais organizadas em direitos trabalhistas. Se o contexto econômico da organização sindical do trabalho, tomada como contrapeso à liberdade de contrato, é solapado pela transição da grande indústria de base nacional por redes contratuais globais descentralizadas, novas formas de representação e organização do trabalho precisam ser estruturadas (UNGER, 2015b, p. 71-2). Entretanto, a cidadania e a titularidade de direitos públicos permanecem vinculados à territorialidade nacional; assim, enquanto coisas e dinheiro podem transitar mais ou menos livremente, pessoas são barradas (justificativas práticas são os direitos e interesses dos trabalhadores dos países de imigração, o financiamento dos serviços públicos e benefícios sociais nesses países e a fuga de capital humano dos países de emigração) (UNGER, 2007b, p.162-3). As diferenças nacionais em termos de produtividade e disponibilidade de fatores de produção (trabalho e capital) asseguram aos respectivos cidadãos condições diferenciais de bem-estar. Como fica então a proclamada universalidade dos direitos humanos?

Ao menos dois remédios são associáveis à gradual liberação dos fluxos de pessoas: de um lado, deveria haver uma expansão do acesso a recursos produtivos que ampliasse o trabalho livre para além do trabalho assalariado, generalizando o autoemprego e a parceria em formas que dessem conta de requisitos de economias de escala e eficiência administrativa; de outro, há propostas para uma globalização dos *standards* trabalhistas (UNGER, 2008a; 2007b, p. 167-79, 193-212). Assim é que, ao redor do direito internacional do trabalho, surgem fragmentos de um consenso acerca da definição de um piso de proteções trabalhistas universais, abaixo do qual a inclusão na concorrência internacional não pode ser admitida para empresas e países que violem esses patamares. Quatro elementos desse patamar

haveriam de incluir: a proibição do trabalho coercitivo (inclusive do trabalho infantil); a vedação da discriminação arbitrária (remuneração diferente para tarefas similares); o empoderamento dos trabalhadores para negociarem seus interesses na economia e na política nacional; a asseguaração de um salário mínimo (países incapazes de financiá-lo deveriam contar com a ajuda dos outros, a fim de preservar o sistema de livre comércio internacional; raciocínio análogo aplica-se aos *standards* ambientais, que demandariam como contraparte transferências tecnológicas e compensações financeiras para a preservação de recursos naturais sob soberania nacional). Dado o contexto global da economia, porém, a atratividade de um país para investimentos produtivos pode cair se os custos se elevarem sem crescimento da produtividade; a eficácia da mudança global dos direitos trabalhistas, portanto, depende de políticas econômicas e educacionais que ampliem a capacidade nacional de fugir a essa armadilha.

Como se pode observar, as diferenças nacionais não são inócuas ou desconsideráveis, embora a dinâmica econômica não se processe por uma autarquia de economias nacionais justapostas. Um ponto vulnerável que emerge da relação entre direitos de imunidade e a diferenciação entre vanguardas e retaguardas e da distribuição territorial diferenciada dos centros de decisão econômica é como assegurar o financiamento custoso de uma infraestrutura de bem-estar social. O que diz respeito à discussão sobre direitos trabalhistas e comércio internacional também se aplica ao direito supranacional – precisamente à experiência (proto)constitucional da União Europeia.

Nessa experiência, é observável (UNGER, 2002) uma tendência a centralizar as decisões sobre política econômica e política externa nas organizações da União Europeia e deixar os conflitos distributivos, as formas de tributação, as políticas e serviços públicos e os benefícios sociais para a decisão dos estados nacionais e das localidades. Para incrementar a inovação e a competitividade econômica em tempos de globalização, retiram-se proteções como a estabilidade no emprego; busca-se atenuar a barreira entre os incluídos e os excluídos da proteção trabalhista, decorrente da divisão entre vanguardas e retaguardas, por benefícios menos diferenciados conforme a posição no mercado de trabalho e a representação por sindicatos com forte poder de barganha. Fora de outras reformas no contexto institucional mais amplo,

o resultado dessas medidas é generalizar a insegurança econômica e concentrar recursos e oportunidades na elite da economia mundial. De um lado, a política de deixar os gastos sociais para a decisão nacional foge ao enfrentamento da distribuição diferenciada das vanguardas e retaguardas nos países, o que demandaria mecanismos redistributivos entre os membros da União (ampliando os “fundos estruturais”) e a previsão de direitos justiciáveis nas cortes nacionais para a cobrança dos “mínimos sociais”. De outro, a centralização da política macroeconômica e regulatória permite estreita margem de manobra dos Estados para desenvolverem suas próprias estratégias econômicas, uma experimentação que poderia levar a mudanças na distribuição dos ativos e das oportunidades econômicas, diminuindo a própria dependência da redistribuição pela União e da compensação pelas transferências sociais. Ao lado desses arranjos atinentes à imunidade individual, a contraparte política é uma restrição da participação: em vez de ampliá-la pela inserção de traços de democracia direta nos mecanismos representativos nacionais e comunitários, busca-se manter o controle do bloco pelo “diálogo” entre as burocracias da União e dos estados para a negociação e a coordenação flexível de regulações e políticas (“comitologia”).

Outro exemplo de problema relativo à distinção entre vanguardas e retaguardas principalmente na economia (mas também na ciência, no esporte, na saúde) é a capacidade de autorregulação que principalmente as vanguardas transnacionais assumem, desacoplando-se seletivamente das limitações jurídicas nacionais, quando não conseguem, por pressões políticas, moldá-las ao seu gosto. Toda organização acaba por criar uma rede interna de expectativas normativas autorreferidas, no espaço liberado pela autonomia privada e pela propriedade (com a discricionariedade gerencial que ela implica na disposição dos meios de produção). Mas esse direito autorregulado assume a dimensão de um verdadeiro pluralismo jurídico em ordens privadas de abrangência tal que rivalizam e colidem com o direito nacional explicitamente.

Já vimos, ao início deste capítulo, que alguns parâmetros podem informar o desenho organizacional de instâncias de participação e deliberação que inibiriam o totalitarismo organizacional. Mas, nesse “constitucionalismo corporativo”, em vista do projeto de uma democracia industrial, também não deixam de haver problemas similares

a enfrentar na estruturação dos poderes e direitos (UNGER, 1998, p.44-8, 203). Assim é que a multiplicação de titularidades e partes interessadas (para além de acionistas e administradores, trabalhadores, fornecedores, consumidores, comunidades locais e governos) no processo decisório ocorre pela tradução das posições atuais em direitos – participação na propriedade ou nos lucros, ou no corpo diretivo. De um lado, o esquema multiplica vetos sobre as decisões empresariais, forçando a consideração de mais interesses em investimentos e estratégias. De outro, isso pode gerar dinâmica paralisante, com a rigidez de um quadro presidencialista de freios e contrapesos. Então, nesta pequena democracia como na maior, será preciso um desenho para a rápida solução de impasses, com a discriminação de áreas de discricionariedade ou procedimentos para superar desacordos (ver discussão no capítulo 7 *infra*).

Assim é que, direta ou indiretamente, ordens privadas criam suas próprias normas sobre organização de poderes e atribuição de direitos básicos. De uma parte, essa autorregulação expande a capacidade das empresas de experimentarem não apenas com a alocação de fatores de produção, mas com o próprio pano de fundo institucional em essa estratégia opera (os regimes regulatórios ambientais, trabalhistas, de normatização técnica etc.). De outra perspectiva, essa autonomia pode liberar as vanguardas econômicas dos limites substantivos e procedimentais que caracterizam um estado de direito democrático. Daí que um exame dessa “constitucionalização corporativa” recomende algumas precauções (AMATO, 2014).

Primeiro: seria inócuo e contraproducente simplesmente proibir essas formas de autorregulação “espontânea”. Mas, em vez de confiar em que as corporações possam desenvolver não apenas ordens jurídicas privadas, mas verdadeiros fragmentos de “constituições civis” transnacionais, pondo de lado a política estatal para acoplar puramente direito e economia, é preciso reforçar os mecanismos de observação dessas ordens privadas pelas ordens estatais-nacionais democraticamente legitimadas.⁴⁰ Não cabe confiar no isomorfismo entre constituições nacionais (vínculos entre direito e política apoiados

40 Ver a crítica a Teubner (2012) em Amato (2015).

na opinião pública) e os códigos de conduta e diretrizes de responsabilidade social (de abrangência corporativa, setorial ou de redes empresariais). O mercado não detém os mecanismos de formação de vontade e controle público exigíveis e em alguma medida concretizados pelos procedimentos do estado de direito nacional. O Estado não deve declinar de sua competência e responsabilidade na garantia dos direitos fundamentais em nome da flexibilização, da “terceirização” do tratamento desses direitos.

Segundo: os regimes de processamento das violações de direitos humanos cometidas por corporações precisam se desenvolver nas várias ordens estatais (nacional, internacional, supranacional), garantindo a expansão do efeito demonstração e da referência cruzada entre as ordens jurídicas sobre as formas de “metarregulação” (de regulação da capacidade autorregulatória das organizações). Analogamente ao que ocorre com a separação de poderes doméstica, em que competências sobrepostas e diversas vias procedimentais abrem uma variedade de canais para o autocontrole do poder, é sob o “panóptico” das ordens jurídicas de diferentes bases de legitimação e diferentes âmbitos de validade (temporal, espacial, material e pessoal) que as ordens privadas podem se desenvolver com menor risco de abusos e mais mecanismos de contenção e evitamento de um “totalitarismo” – se não mais político, agora econômico.

Terceiro: as ordens nacionais e internacionais ou supranacionais devem exigir e monitorar o cumprimento do devido processo legal nas formas preventivas e repressivas de atualização das ordens privadas – em seus procedimentos de implementação, monitoramento e avaliação de medidas e de imposição e execução de sanções. A governança corporativa não pode impor a autorregulação como escudo simbólico, como estratégia diversionista, para bloquear a atuação das ordens estatais sem prover o acesso aos meios e às garantias previstos em declarações moralistas de responsabilidade corporativa. Mecanismos de representação das “partes interessadas”, supervisão por organizações não governamentais (ligadas a direitos humanos, consumeristas e ambientais) e outras formas de transparência e controle são necessários para dar efetividade à governança corporativa no monitoramento e na execução dos direitos por ela regulados.

5.2. CULTURA: IDENTIDADE E UNIVERSALISMO

A cisão entre vanguardas e retaguardas refere-se a vários sistemas que se reproduzem especialmente por expectativas cognitivas. A base estratégica do problema do desenvolvimento é o sistema funcional da economia. Já o problema da democracia, referido primacialmente ao sistema político, revela-se como cooriginário a todos os sistemas organizacionais – portanto, ao mesmo tempo foge a delimitações sistêmico-funcionais. O problema da cultura, por sua vez, é explicitamente geral; diz respeito à identidade da sociedade em que se diferenciam a política, a economia etc. *vis-à-vis* a memória dessa sociedade e outras formas de vida que continuam a existir na sociedade mundial. Mais uma vez, uma segmentação espacial precisa é fugidia: tanto há “tradições” isoladas da “modernidade” quanto há contextos em que a fusão caracteriza tradições específicas de modernidade. No “varejo” (nos conflitos judiciais, por exemplo), a cultura aparece por referência a uma pretensão caracteristicamente moderna de liberdade e experimentalismo individual, por expectativas altamente particulares que se chocam com as regras impessoais e/ ou com as expectativas tácitas arraigadas em determinado contexto. No “atacado”, a cultura diz respeito à auto-identidade das instituições “modernas” diante daquelas (des)conhecidas como “tradicionalistas”. Os níveis certamente se espelham.

Luhmann⁴¹ trata da cultura como conceito introduzido ao final do século dezoito para designar a autorreflexão da especificidade cultural ocidental, a indicação de uma sociedade mundial emergente a partir da Europa e o reconhecimento do mundo não mais como ordem das coisas visível em seu todo, ontologia, mas como unidade inobservável e intransparente, com marcações de sentido sempre parciais e provisórias, dadas pela observação de observadores. É o conceito que possibilita processar comparações históricas e regionais, projetando suas diferenças sob o pano de fundo de um universalismo (a unidade comum da humanidade). Não se trata mais de cultura como cultivo espiritual, mas como forma de auto e hetero-observação.

41 Sobre cultura, ver Luhmann, 1997 [1995]; 2000a [1996], p. 85-6; 2006 [1999], p. 267-8; 2012 [1997], p. 87, 90, 94-5, 98-9, 248-9, 354-8, 443 (nota 211); 2013 [1997], p. 176, 225-6, 249. Ver também Amato, 2018a, cap. 1.

O passado é tratado como repositório de justificativas e formas de ser. A cultura é a memória dos sistemas sociais, que lhes permite lembrar e esquecer e operar na pura recursividade da comunicação, utilizando as distinções herdadas, as desconstruindo e reconstruindo. Tudo é decomposto como ação e pode ser recomposto como cultura: as atividades práticas e objetos utilitários são duplicados, observados uma segunda vez, agora como fenômenos culturais. O conceito de cultura oscila então entre um aspecto simbólico (a mediação das interações) e um aspecto diabólico (o distanciamento, a distinção entre *ego* e *alter*). A sociedade concebida como invenção, não mais como natureza, distingue tradições, não como rotinas autoevidentes, mas como semânticas historicamente amparadas para o juízo e a ação. No longo prazo, como a realidade do mundo não é mais segura e observável, a reflexão produz mais e mais relativismo e indeterminação, a função de assegurar um conhecimento comum sobre o mundo precisa ser especialmente atribuída a um subsistema social: o sistema dos meios de comunicação de massa. Assim, “a opção da moda por diversidade cultural legitima tanto uma atitude básica conservadora em relação a sua própria cultura quanto uma relação meramente turística com as outras” (LUHMANN, 2000a [1996], p. 85).

Unger⁴² trata a questão da cultura em um tempo da história mundial em que as vantagens regionais se constroem pela pilhagem, cópia e recombinação de tradições e práticas diversificadas, pelo experimentalismo que toma as crenças, instituições e tecnologias do Atlântico norte como uma das variantes de um acelerado sincretismo. Nesse cenário, o esmaecimento das diferenças culturais reais é acompanhado por uma defesa intransigente de tradições locais e nacionais que ficam cada vez mais na memória e cada vez menos no cotidiano. A solução a esse conflito acirrado estaria em assegurar na sociedade mundial um minimalismo institucional, um quadro geral que permitisse o desenvolvimento, nas diferentes escalas (pelas delimitações regionais e nacionais, pelas regionalizações subnacionais), de variadas formas de vida: a diferenciação das instituições da política democrática e da economia de mercado, sobretudo, como condição para a criação de nova e real diferença, aquela que pode ser recombina e reinventada,

42 Sobre cultura, ver Unger, 2014, p. 301-2; 2007a, p. 178-9, 255; 2007b, p. 46-7, 162, 196-7; 2001b [1987], p. 82-7.

em lugar da diferença resguardada em memória e em relação à qual se adota uma estratégia defensiva. A especialização das formas de vida de uma humanidade cada vez mais unificada na sociedade mundial depende de meios que deem vazão à criação de nova diversidade cultural, à recombinação do “tradicional” com o “moderno”, com as vantagens morais e materiais retroalimentando essa dinâmica experimental. Em suma, há uma prioridade da criação de novas diferenças, pela divergência institucional, em relação à preservação de diferenças marcadas pela memória como herança cultural.

Como esse diagnóstico e essa posição se projetam na institucionalidade dos direitos? Um exemplo é o tratamento das ordens jurídicas subnacionais, aquelas sustentadas por povos autóctones. Aqui a fórmula é o direito subjetivo à criação de direito objetivo, o direito de criar direito, os direitos de autonomia.

A sacralização do isolamento, com totem e tabu, é a melhor via para debilitar as populações pioneiras, pré-colombianas. Desequipadas e postas de lado, não sobrevivem à exploração e ao genocídio. Desagregam-se em corpos marginalizados nos interiores do país ou em suas periferias. Em sentido inverso, direitos de autonomia devem ser garantidos aos povos autóctones nas duplas faces da coletividade e da individualidade, da identidade e do sincretismo, da autorreprodução sustentável dos povos – com poderes de auto-organização e administração local, com o tratamento específico de direitos a terra, educação, saúde, cultura, gestão e preservação de recursos naturais, jurisdição e língua dentro de seus territórios e reservas – mas também de sua integração para além das formas culturais, institucionais e tecnológicas de sua tradição, com a inclusão ativa no mundo “moderno” e o empoderamento para a transformação das próprias estruturas “modernas” pelas formas “tradicionais”, e vice-versa. Tratam dessa decodificação intercultural mecanismos procedimentais como a audiência das populações afetadas, a busca deliberativa de consenso informado, o estudo dos impactos não só ecológicos, mas também antropológicos de projetos de infraestrutura, estratégias de desenvolvimento e políticas públicas e privadas em geral.

Unger fornece uma ilustração do tema ao tratar do direito dos povos indígenas no Brasil, sobretudo aqueles que vivem na Amazônia (UNGER,

2014, p. 306-8; 2008b). O problema aqui está em que, a despeito de o Estado reservar considerável porção do território para que tais povos desenvolvam suas formas de vida, a preservação dessas comunidades sofre de uma relação instável entre inclusão e exclusão. As oportunidades de inclusão educacional e econômica enfrentam um dilema.

Primeiro cenário: se as oportunidades de inclusão são poucas, ameaçam subordinar a liberdade dos indivíduos a um destino preordenado de submissão a suas comunidades e o próprio isolamento pode colocá-las em risco, pois lhes faltam meios de defesa diante das instituições nacionais e poderes vizinhos; diante do contato mais ou menos inevitável com o mundo exterior, a comunidade e seus membros podem perecer e os indivíduos podem se subintegrar ao “mundo moderno” do país em situação de marginalidade.

Segundo cenário: se o Estado provê políticas de capacitação educacional e inclusão produtiva, ameaça desintegrar as comunidades tradicionais, promovendo a fuga mais ou menos voluntária de seus indivíduos. Ao prover a fruição efetiva da imunidade pessoal, solapa na prática o direito coletivo de autonomia.

Após a catequese jesuítica, práticas genocidas e políticas de Estado assimilacionistas, chega a tutela estatal com políticas idealizadas por antropólogos. Seu objetivo é a preservação de coletividades como sustentáculos de culturas cuja identidade precisa ser mantida por certo isolamento. Essa identidade consiste em um grande contraponto à ética moderna: em vez do trabalho, da transformação da natureza e da acumulação, é uma forma de vida voltada à harmonia com o meio ambiente, à suficiência, à reprodução do padrão de vida costumeiro. Nessa fricção cultural, uma solução pode ser o reconhecimento, pela ordem jurídica nacional, de ampla capacidade autorregulatória às comunidades indígenas – não apenas de seguirem direito costumeiro, mas de explicitamente criarem novo direito. De outro lado, a consideração dos membros dessa comunidade como igualmente cidadãos da república parece exigir que se lhes disponibilizem meios para escolher livremente de que modo tratar, em sua vida, a inclusão/ exclusão em sua coletividade ancestral e na sociedade mundial, no país moderno. Trata-se de considerar direitos de autonomia coletiva ao lado de direitos de imunidade individual. O Estado deve coassegurar junto à

comunidade inclusão educacional e econômica compatível com seu grau de isolamento ou assimilação; o risco é predeterminar o resultado, fazendo submergir as instituições e crenças tradicionais enquanto os membros do grupo emergem e o abandonam. A capacitação individual e coletiva precisa lidar com a instabilidade de colocar a saída como única opção ou castrar a liberdade de autodeterminação.

Os desafios de uma inclusão complexa e transcultural nos diversos âmbitos de comunicação da sociedade funcionalmente diferenciada – educação, economia, saúde, política – incluem o próprio direito. A “juridicização” das reivindicações coletivas dos povos indígenas apresenta ambivalências, a começar por mover o jogo de forças para dentro do direito estatal, com suas regras, formalidades e rituais, podendo afirmar a supremacia da ordem exógena e a desconsideração das formas autóctones inclusive de gestão de conflitos (VILLAS BÔAS FILHO, 2016).

Além do “metadireito” que regule as autorregulações setoriais – da economia, da ciência, das artes, dos esportes – aqui, na dimensão cultural, surge o desafio de coelaborar um “interdireito”. Qual será o “interdireito” a mediar os acordos e desacordos entre índios e não índios? Como indianizar esse direito, ao longo de seus vários métodos de reprodução: das transações e conciliações até mediações, arbitragens e julgamentos autoritativos? As diferentes estruturas – mentais e sociais – de tempo, espaço, história, política, economia precisarão levar a regimes jurídicos híbridos – de propriedade e contrato, de titularidades públicas e procedimentos decisórios.

Nessa direção, mapeando os passos iniciais já dados, vale mencionar traços ilustrativos de uma série de experiências de tratamento dos direitos indígenas na América Latina. Além dos estados plurinacionais, como Peru e Bolívia (ver os comentários *supra* 2.5.), há países em que indígenas são minoria não apenas em força política e vulnerabilidade social, mas também em termos demográficos. Mesmo nesses estados, como Venezuela, Colômbia, Chile, Argentina e Brasil, o constitucionalismo desde o final do século XX procurou superar os padrões assimilacionistas e a capacidade jurídica reduzida, legados da legislação indigenista anterior. Há situações inclusive de vigência concomitante

de padrões de “reconhecimento” (direitos constitucionais e internacionais) e legislação (infraconstitucional) de “desconhecimento”. A mútua irritação das várias ordens jurídicas é importante: avanços do Direito Internacional e de direitos nacionais pressionam a revisão, de país a país, de legislações e práticas anacrônicas e neocoloniais.

A observação dessas experiências (RAMOS, 2012; AMATO, 2018a, cap. 4) indica riscos e tensões no processo de ascensão simbólica e material dos ameríndios diante da burocracia oficial e da opinião pública nacional. Suas demandas étnicas precisam ganhar ressonância e se expressar nas formas de vida e comunicação “modernas”, ocidentais, europeias. Além das perdas na tradução, lideranças indígenas podem ascender sem produzir condições para que as massas marginalizadas das várias etnias assumam posições altivas nos mundos da produção, do poder e da cultura. O próprio Estado pode capturar essas lideranças e alocá-las na estrutura política dirigista, mesmo em novos poderes do Estado, mas descolando esses representantes de suas bases e das demandas coletivas autênticas. Parecem ser traços da experiência bolivariana da Venezuela.

Por contraste, há casos, como parece ser o chileno, em que a cantilena tão antiga e colonial da “modernidade” serve de álibi para o reconhecimento restritivo dos costumes indígenas, o caráter “programático” de disposições sobre a proteção à cultura e aos idiomas indígenas, a restrição da liberdade de expressão cultural e a participação meramente em caráter consultivo nas deliberações que digam respeito a interesses dessas etnias (em oposição ao direito de decidir as prioridades em seu processo de desenvolvimento e na utilização de suas terras, territórios e outros recursos).

Saindo do foco exclusivo sobre a ordem jurídica nacional, verifica-se em todas as ordens jurídicas da sociedade mundial o contraste entre um direito defensivo e minimalista voltado à proteção da identidade e da diversidade cultural e uma normatização jurídica regulatoriamente densa e judicializável que trata de garantir a ampla margem de manobra para a operação transnacional das grandes corporações, com a proteção da propriedade intelectual unificada e da ordem mundial do comércio (AMATO, 2018a, cap. 3).

As comunidades nativas, com seus saberes, estética e padrões de criação e produção ambientalmente sustentáveis podem ter no rompimento do isolacionismo uma estratégia de preservação e de “contaminação” sincrética das técnicas e instituições “modernas”. Assim, o equipamento econômico e educacional colocado nas mãos da própria comunidade dependerá de uma cogestão ao lado de instâncias estatais capazes de fazer frente à violência privada. Apenas com o domínio das tecnologias de ponta e o conhecimento de formas de vida estranhas à sua cosmovisão, esses povos podem ter controle sobre seus recursos ambientais e culturais, defendê-los e transformá-los em seu proveito.

Ao observar o conflito entre a proteção da integridade cultural dos povos autóctones e a exploração econômica dos “saberes tradicionais” e da biodiversidade pelas corporações transnacionais amparadas em suas pretensões de propriedade intelectual, autores inspirados pela teoria luhmanniana (TEUBNER; FISCHER-LESCANO, 2008; GRABER, 2008) diagnosticam uma colisão não apenas entre direitos ou entre ordens jurídicas, mas entre o direito “moderno” (nacional, internacional ou mesmo transnacional e privado) e o direito “tradicional” dos povos autóctones; essa cisão decorreria do que chamam de “dupla fragmentação da sociedade mundial”, cindida entre um mundo moderno e funcionalmente diferenciado e as ordens de vida coletiva que não obedecem à diferenciação funcional, mas são invadidas por atividades e organizações que se regem por tal especialização. (Na verdade, é a especificidade regional da combinação de critérios de diferenciação – sexo e idade, dependência, hierarquia, especialização – que ganha maior nitidez nessas zonas de conflito entre povos sitiados e a sociedade mundial que busca pilhar e usar seus recursos.)

Os autores propõem algumas medidas no desenho jurídico de regimes que possam melhor traduzir as demandas dos povos autóctones nos termos das ordens jurídicas “modernas”, para que elas não incorporem apenas a visão “monocontextual” das organizações e atividades interessadas na exploração desses povos e recursos, e ainda que nessa tradução se percam muitos elementos de uma cosmovisão não assimilável nas categorias da diferenciação funcional. Diante da rigidez da programação jurídica dos interesses econômicos, é preciso sustentar as demandas de integridade cultural por programas jurídicos igualmente fortes que reconheçam “direitos transindividuais” e tutelem o próprio

“conhecimento tradicional” como destinatário institucional de direitos humanos. Primeiramente, destaca-se a necessidade de um tratamento da extensão da eficácia dos direitos humanos fundamentais aos agentes privados – como as universidades, museus e corporações econômicas que praticam a biopirataria (os direitos de desestabilização de meu esquema são um equivalente ou complemento a essa ferramenta). Urge também a previsão, em programas normativos, não só da tutela da integridade cultural, mas também de proibições, invalidades, sanções e compensações que a sustentem, o que não é considerado pela atual normatização internacional dos direitos intelectuais, tampouco pelos textos normativos de direitos humanos. Ainda, é preciso introduzir nos textos normativos internacionais regulações efetivas sobre “consenso prévio informado” e a “divisão dos benefícios”, exigências para o tratamento dos “conhecimentos tradicionais”.

As comunidades tradicionais é necessário também reconhecer o direito de autodeterminação para que procedimentalmente sejam inseridas quando os problemas jurídicos lhe digam respeito. O direito de autodeterminação significa que a comunidade pode ser vista institucionalmente como um centro normativo de imputação, com direito de ação e direito a ser ouvida – ou mais, direito a se julgar. Assim, o direito adotaria um caráter “policontextural” – contraposto à atual definição unilateral de um direito “monocontextural” estatal – e apenas desse modo se poderia evitar o autoritarismo, obedecendo-se a uma lógica da reciprocidade e da alteridade, que impõe a audiência de todas as partes envolvidas. Note-se que, quando se reconstrói o “direito indígena” nas fórmulas, formas e procedimentos do direito moderno, os mais diversos problemas acabam envolvendo um “direito à identidade cultural”. No plano jurídico, a formatação de direitos humanos culturais contribuiria para tal diálogo (TEUBNER, 2012, p. 169-71): (1) pela atribuição de direitos coletivos a tais comunidades tradicionais, dada sua concepção essencialmente coletivista de vida; (2) por direitos de participação, pelos quais a comunidade toda fosse envolvida nas negociações com organizações representantes dos sistemas funcionais modernos; (3) por compensação monetária diante dessas trocas de recursos que as culturas tradicionais podem fazer com a sociedade (ou a economia e a ciência, especialmente) “moderna”.

Por fim, noto que, em termos da solução de disputas, que de conflitos internos a uma ordem jurídica podem passar a colisões entre ordens jurídicas (um direito estatal e certo direito indígena, por exemplo), ganha novo sentido o debate de posições na filosofia constitucional. Reconhecer os direitos como instituições que podem também estar imersas em ordem jurídicas não homeomórficas às ordens estatais implica uma posição normativa que valoriza o “foro étnico”, a tomada de decisão interna à ordem jurídica não estatal e a subsidiariedade do controle judicial estatal.

A posição não é puramente “procedimentalismo”, pois se preocupa com as garantias da deliberação livre, mas sobretudo com a extensão das possibilidades institucionais e pessoais resultantes do que se delibera, inclusive com a capacidade reflexiva de instituições e procedimentos transformarem instituições e procedimentos. Portanto, não se prende a um quadro institucional dado – em que supremas cortes iluminam e corrigem despotismos políticos –, mas estrutura a inovação cooperativa na solução de disputas, pela articulação entre agências estatais, povos autóctones e eventuais outros mediadores etnológicos.

Mas também não se trata de “substantivismo”, de apologia dos direitos como valores intrínsecos à moralidade democrática liberal. Entende-se que direitos – hauridos da tradição liberal, mas sujeitos a metamorfoses – servem igualmente para estruturar as pretensões de outras culturas e traduzir as pretensões postas em um diálogo não violento. Haverá imperfeições, mas é o que se pode fazer quando se descrê da utopia de algo como um “dispositivo cibernético” que assegurasse a assepsia comparativa entre culturas, contra qualquer enviesamento etnocêntrico.

Paradoxalmente, o respeito da diferença particular não prescindirá de parâmetros universais de igualdade. Restrições de ordem pública e garantias procedimentais podem ser desenvolvidas em uma coevolução experimentalista entre as ordens estatais e as ordens autóctones, com mecanismos de observação mútua, de avaliação dos resultados e de disseminação dos parâmetros de tomada de decisão. Entre as pretensões de contingência, se não arbitrariedade, do direito estatal e a imanência de uma ordem costumeira na qual as formas jurídicas equivalentes encontram-se imersas em uma teia mais densa de crenças e rotinas, abre-se fenda para a cocriação e coatualização de um direito indígena que ressoe a memória, as vicissitudes presentes e os anseios quanto ao futuro.

É importante pontuar que a formação de uma ordem jurídica autônoma é o caso-limite de direitos de autonomia, que podem se expressar de outra forma na abertura para a expressão de diferentes identidades coletivas na produção do direito estatal, de alguns de seus diferentes ramos, de variados regimes regulatórios ou políticas públicas. Não se trata apenas de definir prerrogativas ou exceções diferenciadas para membros de um grupo (o problema do tratamento igual), mas de permitir que marcas de seus projetos e ideais se expressem publicamente nas formas institucionais gerais, vinculantes a todos. Tem-se, então, uma interface com os direitos de imunidade (liberdade) e de participação. Em vez do ideal de enclausurar indivíduos por suas identidades coletivas (filiando-os a grupos apartados – étnicos, nacionais, religiosos, regionais), o ideal é a incongruência entre essas diversas marcas (cada indivíduo é um cruzamento *sui generis* de “comunidades” ou identidades coletivas) e a expressão pública dessas diferenças em um molde institucional, no direito. Um Estado constitucional deve ser uma unidade dessa diversidade, sua condição habilitante e seu produto transcultural.

5.3. DEMOCRACIA E BUROCRACIA

A questão da democracia apresenta-se obviamente em referência ao sistema funcional da política, que produz decisões coletivamente vinculantes. Entretanto, na medida em que organizações, que são sistemas decisórios, apresentam-se também em outros sistemas funcionais ou mesmo fora deles, há um problema de “política interna” também no direito, na educação, na ciência, na economia etc. O dilema democracia/burocracia apresenta-se em universidades, igrejas, bancos, empresas, escolas, prisões, hospitais. Perde sentido a identificação, da antiguidade clássica, entre o político e o social, assim como a distinção entre o público e o privado, entre a praça como localidade de exercício do autogoverno pelos cidadãos e a economia doméstica como campo do despotismo patriarcal sobre familiares e escravos (com o interstício das relações de dependência ou clientelismo). A distinção entre membro e não membro, que é a forma de inclusão/ exclusão reproduzida pelas organizações, compensa a perda de hierarquia no campo dos sistemas funcionais – com a diferenciação de política, direito, economia, família, educação, religião. O meio poder é diferenciado, mas ganha ampla

circulação nas rotinas de administração e liderança de todas as organizações. O acesso à tomada de decisões vinculantes tem como negação máxima a simbiose pela submissão coercitiva a uma ordem de cuja produção não se participou.

As questões constitucionais de democratização e controle do poder das organizações internacionais são caso particular de um problema mais geral relativo a toda organização – valendo também para ordens jurídicas não estatais das quais há pouco se tratou. Democratizar é desdobrar decisões em novas decisões, ampliando o círculo dos tomadores de decisão. Mas isso é também burocratizar.⁴³ A diferença está na medida em que os procedimentos decisórios se contêm na autorreferência dentro da esfera organizada ou se expandem para ressoar a voz da esfera pública.

O debate sobre legitimidade e democratização das organizações internacionais apresenta o problema de modo exemplar. Não se trata apenas de seguir fielmente a “analogia doméstica” no projeto de ordenação do direito internacional, nem de ir além para projetar nas organizações internacionais a tripartição de poderes típica, mas de criar um esquema de poderes e competências que compense as próprias falhas de legitimação de uma ordem assentada na hegemonia entre Estados.

Assim é que, mais de duas décadas depois, permanece atual o diagnóstico de uma “ONU fraca” compensando uma “ONU forte” (KOSKENNIEMI, 1997). A construção de um centro do poder internacional oscila entre a pura faticidade do poder político (a composição do conselho de segurança pelas grandes potências) e a busca de legitimação pela juridicidade (a tentativa de consolidar jurisprudência criteriosa, com consistência jurídica e tecnicidade que permitam diferenciar a tomada de decisão da pura negociação fundada na geopolítica). O mesmo se pode dizer de todas as organizações que constituem nó das redes jurídicas internacionais – do comércio mundial, por exemplo. O núcleo duro do poder, a “polícia” internacional, ao mesmo tempo

43 Sobre burocratização, ver também Unger, 1984b [1975], p. 170-4, 181-90; para o paralelo entre participação e burocratização, ver Luhmann, 1990b [1987].

precisa ser compensada pela atividade de um “templo” que espelhe inclusivamente a variedade dos países, refletindo a imagem de uma “comunidade” ou “esfera pública” internacional a ser inclusive generalizada (pelos meios de comunicação de massa) como símbolo da unidade; na ONU, as declarações da assembleia geral, os vínculos com ONGs e a infraestrutura burocrática do conselho econômico e social funcionam nesse sentido. A própria ordem internacional procura mimetizar então a morfologia da política e do direito domésticos, ao mesmo tempo em que sua legitimidade derivada (do consenso dos Estados nacionais) precisa ser equilibrada entre o fato da assimetria de poder dos estados e a expectativa normativa da isonomia e da comunidade.

Por um lado, a legitimidade das ordens estatais acima do nível nacional (direito internacional e supranacional) depende de esquemas de poder e competência que enfatizam a normatividade, o caráter ideal do “templo” onde todas as nações e povos se congregam, enquanto mantêm a válvula de escape da “polícia”, esta sim refletindo e reafirmando a correlação de forças real na rivalidade entre estados. A cisão constitutiva das organizações internacionais, das quais depende sua instável institucionalização, reflete-se na semântica dos direitos e na respectiva atribuição de competência para o tratamento das violações. A potência hegemônica na ordem internacional pode preferir impor um minimalismo de direitos civis e políticos e uma maximização da liberdade econômica, enquanto se exime das cortes internacionais de direitos humanos. A bipartição efetiva dos regimes de tratamento dos “direitos civis e políticos” e dos “direitos sociais, econômicos e culturais” viola a afirmação retórica da indivisibilidade dessas categorias (como na Conferência de Viena de 1993). À primeira categoria se concede a judicialização, com acesso direto dos indivíduos à corte no caso europeu; ainda assim, a vinculatoriedade e a executoriedade (*enforcement*) jurídicas das sentenças não são suficientes para dispensar um “constrangimento” político que dê eficácia a tais decisões. Já quanto aos “direitos sociais, econômicos e culturais”, os tratados tornam-se quase *soft law*, e o monitoramento da “realização progressiva” desses direitos pelos órgãos não judiciais (Comitê Europeu dos Direitos Sociais e Comissão Interamericana de Direitos Humanos) inevitavelmente reduz a juridicidade e a efetividade do mecanismo.

Por outro lado, o Direito Internacional é um caso especial de uma situação que se aplica também a outras ordens estatais (como o supranacionalismo europeu) ou não estatais (como as ordens autóctones ou empresariais). Aqui encontramos uma zona de sobreposição entre os direitos de participação e de autonomia. As cortes internacionais e supranacionais sancionam violações estatais à imunidade e à participação; as estruturas administrativas das organizações de que são parte supervisionam as políticas para a fruição efetiva da imunidade e a garantia da higidez dos processos eleitorais. Essas mesmas estruturas internacionais dispõem, porém, de uma legitimidade muito derivada e diluída pela via da participação. Todavia, se podem até agir na defesa da autonomia de ordens subnacionais diante do direito estatal, parecem impotentes para atacar e reconstruir zonas de poder estatal ou privado, exigindo que organizem sua democracia interna. Por fim, em certa medida todo o direito internacional e supranacional tem algum efeito de desestabilização das ordens nacionais, desde as mais modestas condenações judiciais e recomendações sobre a legislação doméstica até as intervenções humanitárias.

Assim se demonstra o cabimento do modelo de direitos constitucionais explorado (“DIPA”) aos direitos humanos deflagrados pelas ligações entre direito e política para além dos territórios nacionais – o constitucionalismo ou protoconstitucionalismo da sociedade mundial. Os problemas centrais que a alarmam demandam um alargamento do repertório de imunidades, autonomias, participações e desestabilizações. Ilustrativamente, tanto os setores avançados e globalmente integrados da economia quanto a defesa da cultura e a produção de novas diferenças culturais conduzem a formas de pluralismo jurídico. A proteção dos indivíduos contra a violência e a necessidade, o reconhecimento dos poderes de criação do direito das comunidades e organizações, a legitimação democrática desse direito e mecanismos de reparação de rotinas opressivas dessas mesmas arenas geram uma complexidade de pretensões sobrepostas que constroem a observação dessas ordens não estatais pelo direito nacional, internacional e supranacional, assim como a irritação do direito estatal pelas juridicidades autônomas.

PARTE 2 –
**PODERES: ORGANIZAÇÃO
E PROCEDIMENTO**

CAPÍTULO 6. LEGISLAÇÃO

Início a discussão da organização do Estado, de seus poderes e procedimentos, pela função legislativa. Na forma clássica da tripartição de poderes, o legislativo permanece como um importante freio, uma arena capaz de bloquear a ação decisiva do executivo. No parlamentarismo, a agregação de consenso para a sustentação do governo tem efeito funcionalmente equivalente. A complexidade do ambiente que precisa ser decodificado e regulado pelo Estado, porém, colide com a capacidade de resposta e governabilidade proporcionada por esses arranjos. Na prática, parlamentos mostram baixa capacidade decisória em temas e reformas relevantes; negociam suas pautas e vetos na dependência da iniciativa legislativa do executivo e por vezes têm seus atrasos e omissões preenchidos pelo judiciário, em uma dinâmica de compensação de incompetência entre os poderes – entre os poderes políticos e entre eles, a burocracia e as cortes – que os faz saírem do roteiro constitucional previsto, por vezes a título de cumprir a própria constituição.

Alterações na organização da função governamental ajudariam a estruturar maior capacidade decisória, contrapondo-se a um estado de coisas de apego retórico às formas tradicionais de organização do poder e desvio rotineiro dessas mesmas formas, sem os controles e meios adequados. A ideia de prioridades legislativas é, então, um dos componentes da catalisação da função governamental. Antes dela, trato aqui da função da constitucionalização, comparativamente ao processo legislativo normal. Abordo como o poder de reforma constitucional poderia se expressar de maneira experimental, em miniconstituições temporárias e setoriais. E pergunto, de início, em que medida um governo democrático deve colocar além do alcance da mudança legislativa ordinária certos temas e reformas.

6.1. PODER CONSTITUINTE E (DES)ENTRINCHAMENTO CONSTITUCIONAL

A semântica constitucionalista – seja aquela mais afinada com o racionalismo contratualista, seja aquela mais aproximada à imaginação sociológica – reprisa a ideia moderna revolucionária de destruição e criação da ordem jurídica e social. Em contraposição à visão antiga das formas de governo e da ordem social como esquemas naturais suscetíveis de degeneração e regeneração moral, mas não de transformação substancial, a visão moderna da sociedade como artefato humano afirmou a possibilidade de rompimento e substituição de contextos de pensamento e ação e o modernismo buscou no limite a saída de todo contexto. Esses contextos estruturam as rotinas e justificações de uso de poderes, direitos, dinheiro, conhecimento.⁴⁴

Restrições intelectuais acerca do caráter modular e indivisível dos contextos sociais e de sua sucessão por algum tipo de lógica histórica inquebrantável contiveram o horizonte de sentido sobre as oportunidades transformadoras, o caráter fragmentário e descontínuo das mudanças estruturais e sua produção como jogo mútuo entre projetos e intervenções mais ou menos intencionais e sua frustração ou reiteração por uma dinâmica evolutiva complexa, contingente e mais ou menos incontrolável. A ideia de poder constituinte é a expressão jurídico-política maior desse (des)entendimento sobre a transformação estrutural da sociedade. Como conceito jurídico, assume especial relevância prática, pois orienta diretamente a autoprodução do direito; nessa medida, restringe a variação política, contendo a inovação incremental dentro dos limites constitucionais de reforma e dos limites constitucionais à legislação e postergando inovações mais disruptivas e radicais a momentos de crise extrema e quebra da ordem político-jurídica instituída.

A ideia de poder constituinte parece afirmar que o rompimento de contexto é provisório e precede com fugacidade a restabilização de um novo contexto. Mas essa mesma ideia implica crenças

44 Sobre a transição do naturalismo ontológico à sociologia, ver Unger, 1987a, p. 18-25, 80-7.

erradas sobre a medida em que toda a sociedade está ao alcance da programação política e sobre a extensão em que pode haver, de uma só vez, programação original e incondicionada de toda uma ordem jurídica. O alcance da sociedade à transformação política é variável, depende da intensidade de mobilização e da amplitude de conflitos e temas colocados ao alcance dos procedimentos de tomada de decisões coletivamente vinculantes. É, portanto, uma variável moldável pelos arranjos constitucionais. De outra parte, há limitações cognitivas, uma inércia das expectativas e dificuldades de apoio que inviabilizam a programação do direito como ato único e incondicionado. O direito e a política revisam sua programação no curso da comunicação rotineira. Também é variável a extensão em que essa corrigibilidade está disponível.

Observemos o plano das expectativas, em particular a progressão que podem tomar, de confiança a esperança, e de esperança a fé.⁴⁵ Vulnerabilidade e risco são absorvidos pela confiança. Em cenários de vulnerabilidade e risco aumentados, em que mudanças institucionais tornam manifesta sua contingência, a confiança pode reforçar-se como esperança; até mesmo, chegar à fé, um escudo contrafático que repele qualquer aprendizagem, qualquer correção das expectativas em vista da experiência. A fé aumenta a vulnerabilidade à dependência e à autoilusão. O momento constituinte parece direcionar a fé a uma instituição impessoal que simboliza uma comunidade com as gerações passadas e futuras. Marca a transição de um contexto rumo ao que parece ser um valor e uma realidade supra-contextuais, embora sejam a marca de um novo contexto condicional e provisório. A forma generalizada e mínima do amor, a solidariedade, é armada pelo poder antecipatório da esperança; o apego a uma determinada ordenação das relações, porém, pode subverter a própria transformação pretendida. Submetidos a uma elevação de riscos e esperanças, os hábitos, preconceitos e hierarquias da sociedade se desestabilizam em alianças de ocasião que podem vir a ganhar perenidade. Dependendo desses momentos de reengenharia das expectativas é fazer de crises condições habilitadoras da mudança institucional.

45 Sobre confiança, esperança e fé, ver Unger, 1984a, p. 239-50; Luhmann, 2005 [1968], cap. 4.

Em tempos de crise, sob lideranças fortes e pressão popular, manifesta-se o poder constituinte ou, ao menos, o poder de reforma constitucional. Ainda que sem a ruptura institucional e a insurgência violenta, reformas impulsionadas por crises alteram peças fundamentais da engrenagem estrutural da sociedade; a esse momento de reforma radical sucede um momento de restabilização, em que as expectativas se rearranjam conforme a nova ordem posta, as crenças tendem a subscrever a naturalidade dessa ordem e as teorias a justificam e desdobram seus problemas práticos, rotineiros, solucionando-os sem colocar em questão o enquadramento estrutural desses eventos cotidianos. Segue-se um terceiro momento, em que a fé no quadro institucional quase se apaga e adota-se uma postura cética e meramente estratégica diante da ordem posta, à espera de uma nova crise que dê a deixa para uma grande reconstrução (sobre esses três momentos, ver UNGER, 2007a, p. 78-9; 2015b, p. 17-24).

Paradoxalmente, o constitucionalismo contemporâneo idolatra as formas institucionais definidas por liberais clássicos no século XIX, mas renega sua transitoriedade em nome da estabilidade, contrastando com o entendimento razoavelmente difundido nos tempos revolucionários do iluminismo (em Kant e Jefferson, por exemplo) de que as constituições deveriam ser mudadas a cada geração. Seguindo a semântica constituinte, onde a estabilidade política faz essas ocasiões permanecerem idealizadas como um momento fundacional mítico, a estrutura social, mesmo na medida em que acessível à intervenção política e ao desenho constitucional, não pode ser fundamentalmente reconstruída; onde a instabilidade política é mais radical, mudanças de constituição podem ocorrer frequentemente, conforme os pactos políticos de ocasião. Há, aparentemente, mais oportunidades de transformação estrutural. A instabilidade política até faz o constituinte originário falar mais vezes.⁴⁶ Porém, o idealismo do conceito de poder constituinte vem à tona quando se observam os limites operativos do direito diante da política, e do direito e da política constitucionalmente acoplados diante da estrutura social que os transcende. Então se pode mesmo registrar a distância entre um texto constitucional ideal e práticas, instituições e formas de distinção quase indiferentes à norma.

Esta não é uma defesa da conservação de uma ordem constitucional e um combate à sua reforma (dada a ineficácia de qualquer iniciativa...);

46 Para uma contraposição entre Estados Unidos e Brasil, a esse respeito, comparar Unger, 2015b, p. 33-6; 1987a, p. 64-79; 1990 [1977-1990]; 2001a [1984-1988], parte 4.

também não é uma constatação que favoreça assembleias constituintes permanentes, que pretendam sistematizar de quando em quando uma reimaginação completa e fantástica de tudo. É, sim, um argumento contra a espera de momentos constituintes para a (re)constitucionalização redentora; a hipótese é de que um maior desentrincheiramento constitucional serve melhor à transformação institucional, dado seu caráter fragmentário e contingente. Esse desentrincheiramento conduz a certo minimalismo constitucional, usando a rigidez da mudança constitucional e os limites à reforma como escudos protetores de regras de eleição e exercício do poder (que previnam os ocupantes atuais dos mandatos de mudarem as regras do jogo a seu favor), de controles intra e interorgânicos (especialmente com mecanismos legitimados de escape de impasses paralisantes) e de garantias pessoais (aquele conjunto de direitos fundamentais protegidos das crises e riscos políticos, por mais implacáveis que sejam). Justamente por ser tão importante, a definição detalhada dos meios com os quais resolver tais compromissos básicos deve ficar ao alcance do conflito político rotineiro e da mudança legislativa.

Colocando a atividade de modificação do direito como o eixo da democracia e a via de reconhecer sua falibilidade e aumentar sua corrigibilidade, uma observadora (SCHWARTZBERG, 2007) sinaliza que o “entrincheiramento” da legislação – por meio de leis inflexíveis, imutáveis ou irrevogáveis, cláusulas e mecanismos constitucionais que elevam obstáculos ao emendamento – era visto com cautela mesmo por experiências históricas protodemocráticas: na Atenas clássica, o foco era em inovar pragmaticamente o direito; na Inglaterra do século XVII, os republicanos enfatizavam a vontade popular expressa na legislação contra o poder “censorial” dos juízes em liderarem o direito comum “imemorial”. Na constitucionalização americana, o tráfico de escravos foi temporariamente entrincheirado contra emendamento, embora muitos fundadores tenham reconhecido que a falibilidade humana – ou, em outros termos, a abertura cognitiva – não recomendaria o entrincheiramento, os “pré-compromissos”. (Poderíamos imaginar esses representantes do povo observando o naturalismo do *common law* sendo dissipado pela consciência da contingência jurídica assegurada pela experiência de positivizar uma constituição, de fundar uma nova ordem de direito positivo...)

É certo que tanto a legislação ordinária quanto a constitucional endossam poderosos interesses de grupo. Mas a reciclagem daquela é mais apta a produzir rotatividade potencial dos interesses e ideais estabelecidos. O entrincheiramento constitucional, por sua vez, congela duplamente uma correlação de forças contingente, representando-a como conjunção coerente de políticas impessoais e ideais neutros.

De fato, talvez alguns interesses especialmente caros haveriam de ser os primeiros destinatários dessa proteção reforçada. A propriedade foi protegida pela Constituição de Weimar de 1919 como uma mistura de “poder” e “dever” – como uma “função social”. Também a constituição de Weimar foi considerada flexível e mutável, muito neutra com relação a valores, abrindo caminho à degeneração democrática. Na crítica schmittiana da soberania parlamentar, sua doutrina das “cláusulas de eternidade” – limites substantivos à mudança constitucional – seria mecanismo crucial para impedir o canibalismo democrático. Seus fundamentos repousam sobre a visão de uma vontade do povo imanente, homogênea e compacta – por oposição a um “majoritarianismo quantitativo”. Mesmo a exigência de supermaiorias manteria minorias latentes, um dissenso perturbador. Controvérsia e voto seriam substituídos pelo dispositivo superior da aclamação, representando uma só vontade. Na falta de “cláusulas de eternidade” entrincheiradas na constituição como supervalores, o processo legislativo estaria aberto a conteúdos, opiniões, objetivos variáveis, uma dinâmica desestabilizadora capaz de degradar mesmo o patamar substantivo.

Por ironia – defensores da democracia cortejando as ideias de um jurista nazista –, desde o final da Segunda Guerra Mundial os constitucionalistas reproduzem o argumento schmittiano de que a dependência ilimitada de decisões majoritárias levaria a autopoiese do estado de direito a uma espécie de autofagia democrática, isto é, ao autoritarismo, e nessa sintonia as constituições vieram a entrincheirar especialmente os direitos fundamentais, a dignidade humana e aspectos da organização de poderes. Mas Kelsen, o arquiteto intelectual das cortes constitucionais, entendia que as leis precisam ser revisadas diante de circunstâncias cambiantes – se as mudanças não podem prosseguir por emendas formais, ocorrerão pela interpretação. À ordem perene e imutável avistada pelo direito natural, Kelsen opôs a mutabilidade do direito positivo, cuja validade é apenas “hipotético-relativa”.

Verdades ou valores imutáveis são incompatíveis tanto com o direito positivo quanto com o “método” democrático. O pluralismo de grupos e interesses não conduziria à necessidade de reificar direitos para proteger minorias. A deliberação aberta, a dialética e os compromissos pelos quais a democracia funciona asseguram proteção e abrem mais canais e oportunidades para considerar e reconsiderar cada posição. Sombras metafísicas transcendentais de valores absolutos contra as contingências do positivismo e da ciência, da opinião e da experiência, apenas previnem o espírito do relativismo crítico do qual depende a corporificação da democracia. As consequências de escolhas institucionais precisam ser observadas repetidamente e apenas expectativas vigilantes protegem a democracia. Seguindo essa linha de pensamento, o entrincheiramento formal de supervalores produz uma ilusão simbólica – mantendo uma fachada de instituições supratemporais enquanto não evita sua corrosão interna.⁴⁷

A turva oposição entre direitos e maiorias na fundamentação e operacionalização da democracia negligencia a contingência e o tempo, subestimando os custos e efeitos institucionais da imutabilidade ou entrincheiramento (SCHWARTZBERG, 2007, cap. 6). Se uma razão comum não funciona sem mediação institucional, precisamos mapear os deslocamentos que os mecanismos constitucionais provocam na morfologia dos sistemas jurídicos e políticos. O efeito institucional crucial do entrincheiramento constitucional não é assegurar durabilidade, mas transferir decisões constitucionais dos parlamentos para as cortes, cujas escolhas também podem conduzir à mudança (mas por meio de diferentes capacidades institucionais, legitimação e métodos).

As teorias jurídicas e políticas da moda apresentam os tribunais como *loci* da “razão pública”. Mas que as cortes constitucionais sejam usualmente fracas para não se alinhar à opinião pública é uma dúvida perturbadora acerca de seu papel contramajoritário. Por outro lado, seu contramajoritarianismo pode ser a expressão direta não da valorização compreensiva de minorias vulneráveis, mas da negociação sob a toga com os poderes políticos e as minorias poderosas que os circundam (daí a necessidade de procedimentalizar e publicizar essas negociações).

47 Para este contraste entre Schmitt e Kelsen, ver Schwartzberg, 2007, cap. 5. Sobre a teoria do direito ao redor de Weimar (incluindo excertos de Kelsen, Schmitt, Preuss, Heller, Jellinek, Smend, Triepel e outros), ver Jacobson; Schlink, 2000.

Enfatizando mudanças pelos poderes políticos, o desentrancheamento, por sua vez, pode providenciar mais reaberturas das decisões – isto é, novas oportunidades para as minorias expressarem seus pontos de vista –, com a vantagem de debater explicitamente mudanças deliberadas. A jurisdição constitucional, ao destravar os impasses decisórios e omissões dos poderes políticos, deve antes revelar os vácuos e instar a que medidas políticas sejam tomadas do que substituí-las. Toda compensação de incompetência é precária e gera externalidades que podem não compensar; no caso, a começar pela desmobilização política.

Finalmente, uma ambivalência determinante concerne à erosão prática do entrancheamento jurídico por dribles políticos tácitos que concretamente desautorizam as expectativas textualizadas. O descrédito faz as expectativas normativas perderem seu atributo de serem oponíveis a fatos e elas se transmutam em resignação cognitiva ao entendimento da constituição jurídica como inofensiva “folha de papel”. A juristocracia aliada ao simbolismo tornam-se o destino.

Mas, afinal, deveria a constituição entrancheiar certos arranjos e regras, colocando-os acima do alcance da política cotidiana – ou mesmo da reforma constitucional? De fato, aqui encontramos ocasião para analisar um caso especial da procura pela transcendência de contextos. Em face do trabalho decompositor do tempo em relação a “regimes” cristalizados, os freios à transcendência de contexto instalados pelas constituições em contrapeso à dinâmica das mudanças legais ordinárias seriam apenas o reforço da rigidez sobre a plasticidade e a celebração dos interesses dos vencedores – textualizados e dignificados como normas para todos – sobre os fracos e perdedores. Assim nascem as instituições: pela interrupção arbitrária da batalha, como tratados de paz, como pactos.

Seguir esse roteiro de Unger o revelaria como personagem em busca do movimento perpétuo e do fluxo permanente – descrição reveladora, mas parcial e inacurada (UNGER, 2001b [1987], p. 279-80). Apostando na plasticidade, mas reconhecendo a outra face sempre possível na fortuna e azar da transformação política, ele qualifica a pressão pela transcendência. A impossibilidade de viver fora de qualquer moldura institucional, em permanente protesto e utopia, não nos deveria velar o discernimento de que nos dilemas da quadratura institucional

as instituições (re)criadas diferem no grau em que fornecem as ferramentas para serem consertadas, revisadas e superadas. Levando a sério esse enquadramento, veríamos que fomentar a “capacidade negativa” – o lado pessoal do “desentrincheiramento” das estruturas sociais – é mesmo uma função dos direitos fundamentais. Nas pontes entre indivíduo e sociedade, de um lado há o aparelhamento moral, psicológico e social de cada pessoa para enfrentar e mudar o mundo; de outro, a superação das distinções de casta, classe ou papel por formas mais e mais universalistas de reprodução social.

Na verdade, a identidade das constituições está centrada ao redor da ideia de regras do jogo sendo pré-definidas e postas temporária e relativamente acima de disputa. São como eclusas a possibilitarem que a disparidade de projetos, concepções e ideais dos diferentes grupos em competição pelo poder seja projetada segundo a baliza comparativa da interpretação constitucional. Ao deciframos mensagens em garrafas codificadas em termos de poder e legalidade, ao calibrarem as fricções entre política e direito, constituições enfrentam o enigma de um poder que apresenta como direito, contornando este *loop* pela técnica de metarregras. Assim, regulando a própria produção do direito ao mesmo tempo que o sensibiliza mais proximamente às interpretações e flexibilizações da negociação política, a constituição é um constrangimento habilitante: reduz a liberdade da política para estruturá-la e ampliá-la.

No centro de uma constituição rígida há (ou deve haver) normas focadas em prevenir os ocupantes do poder de mudar as “regras do jogo” em seu próprio benefício. Tomando essa via, o poder de alavancagem de certos direitos, ao qualificarem a deliberação democrática como um ringue juridicamente sustentado, dentro do qual as lutas políticas não podem ocorrer, não pode ser dispensado em termos absolutos. Assim, direitos de imunidade são concebidos como condições habilitantes para a participação. E os demais direitos deste modelo DIPA pretende complementar-se e tensionar-se homologamente. Os efeitos combinados dos direitos textualizados na constituição com as formas institucionais de procedimentos e organizações – incluindo a dinâmica do controle judicial levado a efeito – devem calibrar o nível de plasticidade-rigidez institucionalizado em uma prática constitucional.

6.2. MINICONSTITUIÇÕES

Uma alternativa mais radical tanto à rigidez desaceleradora da mudança política que caracteriza o constitucionalismo liberal-conservador quanto à anomia que caracteriza a quebra ou suspensão da ordem constitucional seria a elaboração de “miniconstituições”, de regimes constitucionais temática e temporalmente limitados. Assim se poderia exigir um “poder sombra” para cada atribuição excepcional de poder, uma autoridade supervisora especial ou a mobilização *ad hoc* de determinado departamento do Estado (UNGER, 2001b [1987], p. 461-2). Haveria uma estrutura a regular os desvios e quebras da estrutura padrão.

Esses regimes experimentais, condicionais, provisórios, com contextos de aplicação e objetivos delimitados, dariam vazão à autorrevisão do constitucionalismo, abrindo um espaço intermediário entre as situações extremas de crise e reconstrução (revoluções, golpes, independências, redemocratizações) que dão a deixa para acordar o poder constituinte e mudanças estreitamente limitadas – e, conforme a cultura constitucional, mais ou menos corriqueiras – pelo poder de reforma e emenda constitucional.

Há duas situações típicas a serem reguladas por regimes constitucionais setoriais e experimentais. De um lado, experimentos de políticas que permaneçam à margem do quadro institucional padrão. Elas podem demandar atribuição anômala de competências a determinados órgãos e certa incongruência nos papéis (ver a discussão, no tópico *infra* 8.4., sobre reformas experimentais e desvios ou *bypasses* institucionais). De outro lado, a autoridade do governo pode estar em questão; aí, situações de emergência e a necessidade de poderes excepcionais, em vez de darem margem a um estado de exceção com suspensão de direitos e garantias fundamentais (por analogia à “ditadura romana”, temporária), estariam sob um regramento especial, capaz de preservar certas disposições e salvaguardas. Não haveria um vácuo jurídico, a exponenciar os riscos da usurpação de poder e do autoritarismo.

6.3. PRIORIDADES LEGISLATIVAS

Em um regime de governo que almeje tanto evitar o centralismo decisório do executivo (pela via de decretos ou instrumentos análogos) quanto prestigiar a ressonância da esfera pública política no centro organizado do parlamento, emerge a inovação das prioridades legislativas. Os limites formais e substantivos e os requisitos procedimentais mais difíceis para reforma das normas constitucionais são, afinal, o pilar formal que sustenta sua institucionalização reforçada, sua prevalência hierárquica dentre as fontes do direito. Isso porque já não é possível argumentar que tal supremacia se deva sempre ao valor intrínseco dos valores textualizados nas constituições – afinal, tais valores também podem ser programados por legislação infraconstitucional e, por outro lado, a própria constituição pode conter normas que não são substantivamente mais importantes que muitas outras produzidas na margem da constituição, desdobrando-a, complementando-a ou mesmo suprimindo suas lacunas regulatórias.

Grande parte da normatividade relevante, estruturante, não tem nas ordens jurídicas contemporâneas um status constitucional. Essa normatividade, por outro lado, tem relação com o mecanismo central de aprendizagem da democracia representativa: as eleições periódicas e os programas de governo nelas aprovados ou rejeitados. Eles usualmente conterão propostas de reformas multinormativas, isto é, envolvendo mudança de normas jurídicas de fontes e hierarquias diversas.

Para as transformações estruturais plasmadas como programa de governo, valeria então raciocínio análogo – se bem que inverso – àquele da distinção procedimental entre direito constitucional e legislação infraconstitucional. A legitimação reforçada das propostas eleitorais vencedoras há de contar com uma forma procedimental correspondente – aqui se trataria de estruturar o poder de agenda legislativo para dar prioridade à deliberação e decisão sobre as leis estruturantes das medidas anunciadas na eleição do governo. Essa legislação haveria de gozar de prioridade de agenda e procedimentos mais expressos, sobretudo no início do governo e da legislatura, se de fato se quiser levar a sério as promessas eleitorais – e não conduzi-las à vala comum em que são soterradas pela rotina parlamentar de pequenos conflitos e ajustes. De um lado, a deliberação e o apoio parlamentar seriam prestigiados,

em contraste com a prática de o governo buscar expedientes e contornos para executar seus programas e políticas à margem do congresso. De outro, os poderes políticos estariam alinhados e chamariam a atenção da opinião pública para uma agenda comum, em vez de se dispersarem em pequenos conflitos e barganham que dissipam a energia eleitoral. Pela recente renovação do poder central, o chefe de governo, com a confiança e legitimação excepcionais do início de mandato (particularmente o presidente eleito diretamente), aproveita seu “estado de graça” que lhe confere uma janela de oportunidades para mudanças institucionais. É um tempo de atenção nacional análogo a um momento constituinte, ainda que não revolucionário e sem pressupor quebra da ordem jurídica anterior.

Uma vez que o chefe de governo recém-eleito tomasse posse, teria prazo para submeter um conjunto sistemático de medidas fundamentadas em seu programa de governo e especificadas com relação à normatividade a ser reformada. Essas medidas haveriam de ser processadas pela deliberação parlamentar. Executivo e legislativo negociariam a medida aceitável em que as propostas podem ser modificadas. E, então, em caso de impasses sobre o plano de reformas, se desencadeariam aqueles mecanismos de apelo ao eleitorado (plebiscitos e referendos) ou, finalmente, eleições antecipadas (ver *supra* 4.4.).⁴⁸ Há, então, uma série de dispositivos de segurança contra o populismo autoritário: a pressão pelo consenso substantivo entre os poderes políticos, com a aprovação das reformas; se não se atingir tal consenso, o acordo sobre os termos da consulta popular; se não houver tal acordo, o apelo a novas eleições - bilaterais, ainda que convocadas unilateralmente. Mesmo que só um dos poderes (executivo ou legislativo) as convoque, ambos terão que pesar e correr o risco eleitoral. Nesse desenho, aumentam os incentivos para o ajuste mútuo sobre a reforma ou para a pactuação sobre o plebiscito ou referendo.

48 Sobre essa proposta de desenho de prioridades legislativas, ver Unger, 2001a [1988], p. 152-5; 2001a [1985], p. 179-82; 2001a, p. 17; 1990, p. 40.

CAPÍTULO 7.

GOVERNO

Poder, dinheiro e direitos não se distribuem homogeneamente, mas permitem uma expansão e dispersão da política, da economia e do direito. Quanto mais dispersos esses meios, mais policêntricas tornam-se as escolhas e mais se alongam as cadeias decisórias que definem a configuração da opinião pública, do mercado, dos direitos e deveres. A formatação do governo representativo inclui uma série de elementos de diferentes origens e justificações. Ao final, seu resultado é estruturar a democracia como uma multiplicação de decisões sobre a tomada de decisões coletivamente vinculantes. Essas cadeias decisórias circulam dentro dos poderes e entre eles, entre a política e administração pública, entre os poderes políticos e o controle judicial, e finalmente nos vínculos com os eleitores, contribuintes e usuários dos serviços públicos. Assim, o ambiente interno da política retraduz as demandas da economia, da educação, da saúde, e se vê vinculado ao centro do poder – a participação ganha forma procedimental. De um lado, os poderes subordinam-se a seus sujeitos e estes, seus instituintes, sujeitam-se aos poderes de que constituem a base de legitimação. De outro, as decisões decompostas formam uma teia que culmina em novos cortes e cauterizações (deliberações) quando chegam ao centro dos órgãos decisórios em cujo âmbito as disputas são codificadas pela cisão entre governo e oposição.

A separação de poderes é, bem entendida, uma combinação de independência entre os poderes – com a definição de âmbitos de competência, órgãos e pessoal funcionalmente especializados, garantias e imunidades próprias – e dependência entre esses poderes, que se amarram por prerrogativas e vetos a constituírem anéis entre os procedimentos judiciais, legislativos, administrativos, participativos. Esse esquema de dependência embutida na independência é mais bem descrito pela ideia de interdependência entre os poderes. Nesse sentido, a tripartição do presidencialismo ou a subordinação mais direta do governo ao legislativo no parlamentarismo são apenas um subconjunto de espectro maior de modelos possíveis de limitar o poder e expandir sua eficácia. Um vislumbre desse espectro é o que se procura agora.

7.1. UM GOVERNO LIBERAL

O liberalismo clássico é semântica responsiva a transformação estrutural que conduz ao aumento do grau sustentável de complexidade e contingência da sociedade. Perigos desconhecidos e não marcados a passam a ser decodificados como riscos – econômicos, políticos, sanitários. A tal transformação corresponde a psicologia do medo, base do individualismo liberal, e a associação da autoridade do Estado primeiro ao medo da violência (justificando o estado absoluto, com soberania indivisível e combate às facções, em Hobbes), depois à confiança na manutenção de um esquema centralizado, embora fragmentado, de poder (a separação de poderes) (CASTRO, 2005). A transcrição direta da estrutura social para a institucionalidade política – o equilíbrio das formas de governo associadas à composição entre os vários estratos da sociedade (governo misto) – é substituída por um distanciamento entre estrutura social (classes) e organização política (poderes), fazendo a estabilidade do poder depender de uma diferenciação organizacional interna que filtre, dome e contenha as paixões transformadoras da maioria (liberdades e propriedade *versus* opinião das massas). A constituição de um sistema organizacional diferenciado (o estado) e de uma esfera pública de inclusão abstrata universal (os direitos) permite ao mesmo tempo o funcionamento do sistema político com ampla indiferença às diferenças de classe, dependência, sexo, etnia (que, por essa mesma indiferença isonômica, continuam a se reproduzir).

Já vimos (*supra* 4.1.) que um atributo central do constitucionalismo liberal protodemocrático, como exemplificado pela experiência americana, foram os mecanismos de filtragem, a conter e canalizar a vontade popular. A participação era então restringida pelo sufrágio com requisitos de propriedade; agora, permanece como vestígio o colégio eleitoral. Instituições constitucionais liberais, imaginadas entre o final do século dezoito e o início do dezenove como instituintes de uma república de notáveis, enfrentaram grande mudança em sua função com o advento do sufrágio universal e dos partidos políticos de massas na metade do século XIX.

À parte disso, hoje os principais elementos sobreviventes dessa tradição constitucional consistem em três conjuntos de mecanismos institucionais (UNGER, 2011 [2008], p. 62-3; 2001b [1987], p. 449-57;

2001a [1988], p. 149). Um primeiro elemento é a rígida divisão de competências entre unidades federais, que faz o federalismo clássico produzir descentralização com uniformidade, isto é, sem exploração do potencial de inovação e experimentação de cada região e localidade (ver *infra* capítulo 10).

Um segundo elemento diz respeito a mecanismos de produção de um baixo nível de mobilização popular. O voto de tempos em tempos e o protesto sem ressonância tornam-se menos cruciais para a política rotineira do que a ação concertada de grupos de interesse representando setores poderosos. Regimes eleitorais e regras sobre o financiamento de campanhas e o acesso de partidos e movimentos aos meios de comunicação de massa estão entre as bases dessa apatia política.

Finalmente, terceiro e crucial dispositivo é aquele que associa o princípio liberal da fragmentação do poder com o princípio conservador da desaceleração da política, a conter sua ambição de dominar e transformar amplas estruturas. Esse amálgama é obtido institucionalmente pelo mecanismo de “freios e contrapesos” imaginado por Madison. Quanto mais transformadora a medida pretendida, mais terá que enfrentar obstáculos constitucionais. Assim, quanto ao centro organizado do poder, o mais importante atributo do constitucionalismo liberal clássico é a associação da fragmentação do poder a um esquema de vetos múltiplos: não apenas os centros decisórios são divididos, mas também há “freios e contrapesos” que estabelecem uma proporção entre a ambição transformadora do projeto e os obstáculos que ele enfrenta.

Afinal, quais são as intenções, as justificativas e os princípios organizacionais desse esquema? Madison⁴⁹ observa as observações de Montesquieu sobre a organização do Estado britânico como o espelho da liberdade política e constata que nesse caso tão paradigmático os poderes legislativo, executivo e judiciário não são de modo algum separados; na verdade, os membros de um poder cumprem funções que caberiam a outro e há uma composição cruzada dos departamentos de

49 Hamilton; Madison; Jay, 2008 [1788], n. 47 a 58. Para uma discussão das motivações e justificativas históricas da institucionalidade da república liberal e de seus (des)entendimentos com a democracia, ver Losurdo, 2004 [1993].

governo. O equilíbrio da dinâmica de um poder conter o outro poder advém de que afinal nenhum titular de um poder detém ao mesmo tempo todo o outro poder: quem julga não faz as leis, quem faz as leis não as executa, os poderes não estão unidos em uma mesma pessoa ou corpo decisório. Entretanto, há interpenetrações e controles de um poder sobre o outro. Madison conclui que a mera demarcação das zonas de competência de cada poder não é salvaguarda suficiente contra a tirania. É preciso fragmentar o poder, mas sempre há sobreposições. Na construção de um esquema que oponha interesses e grupos rivais *contra a prevalência da maioria*, cada poder deve ser um freio às ambições do outro, fazendo do “interesse privado de cada indivíduo” a “sentinela sobre os direitos públicos”. É preciso buscar uma solução interna ao centro organizado do poder, sem apelar a mecanismos de externalização da decisão (convocar o povo, representado por uma comissão, para resolver impasses e redefinir os limites constitucionais, seria confiar na paixão da multidão, das facções e de seus representantes, em vez de na razão dos homens prudentes que chegam ao centro de comando do governo; isso levaria a pressões por estender a esfera de ação de cada poder e, assim, ao desrespeito a um esquema claro de distribuição constitucional dos poderes). Além de manter as cadeias decisórias fechadas na estrutura interna do estado, é preciso manter a independência entre os poderes (sem interferências entre os agentes dos diferentes ramos), mas também controles múltiplos. O problema (da época) é que, diante da estreiteza das funções executivas e da contenção do judiciário, o legislativo avulta como o poder naturalmente superior (o que Madison considera atributo intrínseco do regime republicano). Os legisladores podem fazer as normas gerais, têm acesso ao bolso dos contribuintes, sustentam redes de dependência social e exercem a capacidade de interferir na composição e no orçamento dos outros ramos do governo. O desenho constitucional dá ao legislador poderes mais extensos e menos sujeitos a limites precisos. Assim, cada poder não está equipado com igual capacidade de autodefesa. A solução é dividir o legislativo, criando um freio interno por meio do bicameralismo. Tudo nesse desenho do centro constitucional organizado é justificado como garantia indispensável da propriedade e dos direitos individuais, e explicitamente quer blindar os interesses da minoria contra a “tirania da maioria”. Deve-se prevenir a tomada do estado por uma facção e dificultar coalizões majoritárias, promovendo-se uma fragmentação ampla dos grupos e interesses.

Essa institucionalidade de freios e contrapesos, talhada para uma república de cidadania reduzida, entra em fricção flagrante com a funcionalidade da democracia eleitoral. Como já diagnosticava Weber (1994a, [1919]; 1994b [1917]), mesmo nos países de larga tradição liberal e em qualquer variante de sistema de governo democrático, seja no parlamentarismo inglês, seja no presidencialismo americano, a competição eleitoral depende de lideranças plebiscitárias; na contemporaneidade, deslocou-se de vez a dominância ativa do legislativo, mantendo-se contudo sua capacidade de bloqueio à iniciativa governamental. Outros eram os tempos idílicos em que os negócios públicos estariam sem perturbações nas mãos da deliberação parlamentar reduzida a uma aristocracia prudente.

7.2. PARLAMENTARISMO, PRESIDENCIALISMO E SEMIPRESIDENCIALISMO

Os sistemas de governo, como os sistemas eleitorais, são desenhos institucionais altamente dependentes da trajetória e do contexto;⁵⁰ sua sustentação e seus efeitos dependem, afinal, das práticas políticas costumeiras e das distinções sociais marcadas em determinada região – isto é, do perfil da heterogeneidade unificada pelo estado nacional. Na Inglaterra, por exemplo, o parlamentarismo veio da luta antiabsolutista e incrementou a “autoirritação” do sistema político, contendo o poder monárquico; contingências levaram ao incremento do poder do primeiro ministro e à redução do papel do rei; e, ainda, permanece a estrutura de um Estado unitário com devolução de poderes diferenciada regionalmente.

Em países com baixo grau de mobilização e organização política da maioria da população, alta suscetibilidade à captura do estado por interesses privados poderosos, amplas desigualdades regionais e estrutura federativa, na qual as carreiras políticas são moldadas à imagem da disputa independente ao executivo nacional, o parlamentarismo pode facilmente levar ao seguinte resultado: aprofundar a canibalização de cargos, órgãos e procedimentos, abrindo-os ainda mais à intermediação parlamentar e ao apadrinhamento político,

50 Ver Unger, 1990, p. 35-42; 2001a, p. 16-20; 2001a [1984-1988], parte IV – com consideração do caso brasileiro.

e colocar as decisões coletivas em relação ainda mais direta com o apoio corporativista “de cima” (dos grupos mais organizados e dos interesses mais poderosos) e o clientelismo “de baixo” (com medidas insustentáveis e ilusórias), temperados pelas rivalidades regionais e sem a intermediação de uma campanha direta com programa de governo submetido ao escrutínio universal.

A desvinculação relativa entre a composição de forças no parlamento e a escolha do chefe de governo – obtida no presidencialismo – empodera o governo eleito para negociar com o parlamento. Do contrário, sendo derivação da maioria parlamentar, o chefe de governo é incapacitado para evocar apoio popular e da periferia política em contrapeso aos interesses e posições entrincheirados no legislativo.

Nesse sentido, o parlamentarismo contraria o princípio liberal de fragmentação do poder inscrito na doutrina da separação dos poderes. A possível estabilidade que entrega – ao regrar mudanças de gabinete e governo por razões puramente de insatisfação política (ou dos políticos) e preservar a chefia do Estado – custa certo distanciamento da opinião pública, que perde o voto para a eleição direta do chefe de governo e a voz que este deve considerar durante o exercício seu mandato, em vista dos votos futuros. Pela combinação de relações de clientelismo e patronagem junto ao eleitorado desorganizado com a representação de interesses corporativos poderosos, as oligarquias encontram terreno fértil para reproduzir seu poder – e trocar poder por dinheiro – no parlamento. Essa dinâmica dá fechamento às elites econômicas e políticas, facilitando-lhes a autorreprodução. Na propaganda parlamentarista, tal resultado pode ser vendido como “garantia da estabilidade” e “bom funcionamento das instituições”. A eleição direta do chefe de governo desestabiliza em alguma medida esses acertos e introduz mais contingência no processo governamental.

O efeito concentrador, oligárquico, do parlamentarismo só é revertido em países mais igualitários, com a cidadania mais homogeneamente organizada, com suas demandas vocalizadas por partidos, movimentos e grupos. Aí a contingência introduzida pela dependência do governo em relação ao parlamento rotiniza uma alternância de poder que pode ser aludida como sintonizada em alguma medida com o apoio popular manifesto (isto é, aquele que não existe como apatia, consenso presumido pelo silêncio). Nessas condições, e com uma instituciona-

lidade de partidos fortes, diminui-se de fato a suscetibilidade a crises paralisantes da iniciativa governamental.

Já no presidencialismo a estabilidade é lastreada no mecanismo do mandato fixo, que limita a aferição do apoio popular e a mobilização eleitoral a momentos precisos, marcando rotinas legislativas e governamentais sem ameaça permanente da desconstituição frente à maioria parlamentar (o que distancia o impedimento do voto de desconfiança). Por outro lado, na república presidencialista, a indiferenciação entre chefia do Estado e chefia do governo no cargo presidencial ancora a estabilidade na negociação de agendas e reformas dependentes das oscilações e embates entre governo e oposição. Ainda, combinado ao federalismo, o presidencialismo produz uma estrutura de solidariedades e carreiras políticas em que a disputa por cargos majoritários no executivo das diversas unidades da federação reprise e retroalimenta a disputa presidencial.

O mais comum, é certo, é uma espécie de presidencialismo de impasse e desmobilização, em que a legitimidade do presidente se esvai rapidamente perante a generalidade do eleitorado e os vetos legislativos multiplicam-se em um sistema partidário hiperfragmentado, que se sustenta rotineiramente na intermediação de interesses organizados, latentes sob a busca eventual, às vésperas das eleições, de apoio genérico da maioria. Aí também se produz o triplo efeito de: (1) fazer avançar as prerrogativas legislativas do executivo sobre o parlamento, que se abstém de suas tarefas deliberativas e fiscalizatórias, negociando apenas a reafirmação de medidas de exceção tomadas rotineiramente pelo centro de governo; (2) tornar o presidente refém de um método de formação de maiorias parlamentares que depende de coalizões heterogêneas e se processa como troca do apoio da base de sustentação congressual pela colonização do orçamento público, dos cargos públicos e dos contratos públicos por uma sinergia de interesses particularistas, poder econômico e paroquialismo; e (3) aliar executivo e legislativo na tarefa de cooptar e desarmar cúpulas judiciárias e organizações de controle. O legislativo, desmoralizado, reduz-se à função negativa, de bloquear iniciativas do governo ou de, diante delas, criar dificuldades institucionais para colher facilidades pessoais ou, ainda, atém-se a legislações simbólicas, de baixa efetividade e institucionalização, sem desdobramento na conformação de órgãos e procedimentos e sem executoriedade e vinculatoriedade para pessoas públicas ou privadas.

Na república parlamentarista, o governo é colocado na dependência da confiança da maioria parlamentar, enquanto o presidente da república (como chefe de estado) tem seu mandato preservado, ao custo de ter reduzidas atribuições executivas – por analogia ao parlamentarismo monárquico. Há um continuum entre um presidente simbólico, que pouco interfere na atividade governamental, e um presidente que, sagrado pela maioria popular, tenderá a disputar o poder com o chefe de Estado (o primeiro ministro, eleito indiretamente pelo congresso). Oscila-se entre o potencial de fechamento oligárquico da redução do circuito decisório a parlamento e governo dele derivado e o potencial desestabilizador que ameaça reimplantar a dominância presidencialista.

Finalmente, o regime semipresidencialista, ao preservar eleição direta para o presidente (como chefe de Estado) e eleger indiretamente o chefe de governo e seu gabinete (primeiro ministro escolhido pelo parlamento), mantém duas bases de apoio eleitoral: a parlamentar (da qual deriva o governo) e a presidencial (reduzida a chefia de Estado).

De qualquer forma, é visível desde o início do século XX, seja nas variantes parlamentaristas, seja naquelas de acento presidencialista, que o executivo – o ministério escolhido pelo presidente ou derivado do parlamento – emergiu como o principal poder em termos de iniciativa legislativa e preparação das leis, ainda que negocie com o parlamento a aprovação, emendas e vetos.

Constituições social-democráticas no início do século XX reagiram à experiência de um executivo crescentemente poderoso e autoritário, pretendendo “racionalizar” o governo, assegurando a obediência do executivo ao parlamento e formalizando juridicamente o exercício do poder governamental. Houve expansão do parlamentarismo.

Duas situações se diferenciaram (MIRKINE-GUETZÉVITCH, 1936 [1931]). Houve países que, pretendendo “racionalizar o poder”, complementaram a responsabilidade parlamentar do ministério pela retirada da prerrogativa escolha do gabinete por parte do chefe de estado, e atribuição dessa escolha ao parlamento. Mas houve também aqueles que, ainda que mantendo o parlamentarismo, reforçaram os poderes presidenciais. De um lado, o controle parlamentar sobre o governo perdeu parte de sua relevância histórica (como na tradição inglesa) com a legitimação direta do executivo pelo sufrágio universal, que o

torna o órgão central e imediato da democracia contemporânea. De outro, os mecanismos de plebiscito e referendo foram incluídos em muitas constituições europeias após a Primeira Guerra Mundial, combinados ao parlamentarismo. A combinação de parlamentarismo com voto popular resultou em inovação diante dos modelos anteriores: o parlamentarismo inglês e o presidencialismo americano. Plebiscito e referendo adquiriram novo significado, enquanto arbitragem popular do conflito entre legislativo e governo, ou mesmo enquanto desconstituição do chefe do executivo ou dissolução do parlamento seguida de novas eleições. Como se observou, por exemplo, em vários reinos do império alemão, a iniciativa da convocação variou conforme a experiência: cobria desde a iniciativa popular até a combinação com a decisão de outros órgãos ou conselhos de estado.

(Na experiência ulterior do século XX, sobretudo em suas décadas finais, o deslinde dos impasses entre governo e parlamento acabou não por repousar sobre a reconvocação do povo constitucional, nem retroagir ao poder moderador da monarquia absoluta, mas por fazer a arbitragem desses impasses repousar no exercício de outra inovação: a jurisdição constitucional. Sobre ela, ver a discussão do capítulo 9 *infra*. Por ora, voltemos ao ponto.)

A tendência principal do constitucionalismo europeu do início do século XX oscilou entre o empoderamento do parlamento e a textualização constitucional da iniciativa popular e do referendo. Esses desenhos, justificados como juridificação de todo exercício do poder, como esteios de um estado de direito, levaram a situação de limitações excessivas sobre o gabinete governante, o centro real de execução das políticas deliberadas no parlamento. A contribuição de tais arranjos constitucionais ao colapso das democracias europeias que marca a Segunda Guerra Mundial foi sobretudo negativa: imobilidade diante de circunstâncias cambiantes.

Segundo esse diagnóstico (UNGER, 2001b [1987], p. 444-8; 2011 [2008], p. 63-7), além do exercício de “racionalização do poder”, com tais resultados, o tripé do constitucionalismo social-democrata, como ensaiado em Weimar e reproduzido por seus seguidores – depois da primeira e da segunda guerras mundiais – incluiu primeiramente a constitucionalização de expectativas de redistribuição e acesso a bens básicos: direitos econômicos e sociais. De um lado, os dispositivos

procedimentais para melhorar a concretização dessas promessas são um vazio que pode ser preenchido. De outro, trata-se de um discurso diversionista: saúde, educação, empregos dependem de mudanças estruturais para além do alcance de direitos constitucionais. Essas mudanças podem depender em parte da política – e então a aceleração da mudança política é a estratégia. Nem tudo, contudo, pode depender de coordenação política. E a principal linha do desenvolvimento constitucional – tornar esses direitos vinculantes para os políticos e reivindicáveis do judiciário – pode produzir resultados autodestrutivos.

A segunda linha é o “estado de exceção”, fixado no artigo 48 da constituição de Weimar. Para combinar estabilidade e mobilidade sob o alto nível de restrições ao uso do poder político, ela apresentou um dispositivo excepcional, para ser usado sob crise, mas que se tornou elemento de permanente insegurança e instabilidade. Nas experiências atuais, uma forma diminuída, mas rotinizada da exceção consiste nos desarranjos na divisão organizacional de competências: o executivo legislando, os parlamentos investigando e o judiciário tentando dar consistência a um direito caótico.

O terceiro elemento crucial do constitucionalismo europeu do século vinte é o que Unger (2001b [1987], p. 444-8) chamou de “dualismo constitucional” e identificou nas constituições da Islândia (1944), França (1958, Quinta República) e Portugal (1976) – com antecedentes nos desdobramentos do constitucionalismo de Weimar, na constituição portuguesa de 1933 e nas reformas austríacas de 1929. Diante de imobilidade das constituições erodidas ao redor da segunda guerra mundial, as constituições do pós-guerra deveriam assegurar mobilidade decisória ao executivo, habilitando-o a lidar com inseguranças e riscos. Um presidente diretamente eleito é uma das bases de suporte do governo; a outra é o parlamento, que define o primeiro ministro e seu gabinete. Assim, o povo tem dois canais para expressar sua vontade e o governo tem vias alternativas de ação – competências concorrentes são multiplicadas e medidas podem avançar com apoio de um dos poderes eleitos ou de ambos. O problema é que, na via expressa, quando a maioria parlamentar (e o gabinete de governo dela derivado) coincide com o presidente, o regime funciona como uma ditadura presidencial temporária; quando os dois poderes políticos divergem (situação chamada de “coabitação”), as decisões são bloqueadas e o governo, imobilizado.

Há, portanto, três pilares no desenho do centro político segundo tal figurino: (1) a eleição direta tanto do presidente quanto do parlamento; (2) competências concorrentes que permitem que uma mesma medida tenha chances de ser aprovada seja pelo parlamento, seja pelo presidente, não dependendo da convergência; e (3) eleições antecipadas.

Este terceiro elemento, previsto para conciliar mobilidade e estabilidade, permitia ao parlamento remover o presidente simplesmente por razões políticas (ao contrário do instituto clássico do impedimento) e dissolver-se no mesmo ato; ou ao presidente sem maioria parlamentar, submeter ambos os poderes a novas eleições. Contudo, esse dispositivo foi na prática abandonado. Por sua vez, as competências concorrentes associadas a bases de apoio alternativas provocaram as situações de dominância presidencial ou autotravamento decisório.

Esses sistemas foram classicamente descritos por Duverger (1980) como “semipresidencialismo”, como uma diarquia. Três elementos definiriam o sistema: (1) a eleição direta, por sufrágio universal, do presidente da república; (2) a atribuição a ele de amplos poderes; e (3) sua divisão da chefia do governo com um primeiro ministro e um gabinete dependentes do apoio parlamentar e com amplos poderes executivos e governamentais. Como uma espécie de tipo ideal, um ou outro de seus componentes não se faz presente nas experiências concretas. Há constituições que dão ao chefe de Estado poderes de controle, de remissão à corte constitucional, de dissolução do parlamento, de convocação de referendo e mesmo de dispensa discricionária do primeiro ministro, que então depende do apoio e confiança tanto do parlamento quanto do presidente. Na verdade, o perfil de um sistema semipresidencial específico não pode ser traçado só a partir do rótulo textual das constituições, mas precisa considerar a sinergia entre a definição constitucional e a prática política rotinizada, com seus entendimentos tácitos e costumes locais. Como nas criações do parlamentarismo inglês e do presidencialismo americano, há uma evolução das práticas nacionais e um desenho institucional contingente, ao sabor das ideias disponíveis e dos pactos obtidos.

Nessa variante de república parlamentarista, o poder efetivo do presidente diante do primeiro ministro dependerá da capacidade de liderança de cada qual, impondo em termos dinâmicos uma sucessão de presidentes fortes ou fracos, menos ou mais dependentes dos poderes de agenda parlamentares. O sistema tende ao parlamentarismo em

países nos quais, mesmo que eleito diretamente, o presidente tem por uso não exercer até mesmo boa medida de suas prerrogativas constitucionais. Por outro lado, o presidente pode na prática extrapolar suas atribuições, adentrando as competências do primeiro ministro e do parlamento, e estes podem politicamente chancelar tal extrapolação, deixando de invocar os limites jurídicos.

Há constituições que colocam o presidente estritamente na chefia de estado, sobretudo em situações análogas a um estado de exceção, com funções quase ditatoriais de gerenciamento e arbitragem de crises nacionais, por oposição à rotina conduzida pela composição entre chefe de governo (primeiro ministro), gabinete e parlamento. Presidentes fortes por sua legitimação nacional e capacidade de comando podem subverter essa divisão constitucional, tomando mesmo a linha de frente do governo e submetendo o primeiro ministro e o gabinete à obediência. A tendência vira completamente em direção a um superpresidencialismo.

Em suas variantes, o semipresidencialismo é um sistema de poder fluante da chefia de Estado, que bem poderá avançar sobre o comando do governo ou retrair-se a funções excepcionais, conforme o domínio que tiver sobre a maioria parlamentar. A divisão de trabalho entre presidente, de um lado, primeiro ministro, gabinete e parlamento, de outro, é dinâmica. Essa dinâmica, de oscilação entre um parlamentarismo puro, desempenhando o presidente um papel análogo ao da rainha da Inglaterra, e um superpresidencialismo, com dominância incisiva sobre o parlamento, pode ser interpretada como estabilização de uma instabilidade.

Mais uma vez a trajetória é importante na definição do sistema de governo: afinal, países que adotaram o semipresidencialismo o fizeram ao introduzir a eleição presidencial como segunda base de apoio popular ao lado da eleição parlamentar (daí o “dualismo” desse regime – enquanto isso, as instâncias subnacionais de governo continuaram regidas pelo “monismo” parlamentar, sem eleição direta para o executivo; note-se também a tendência centralista, e não federativa desses Estados, como Portugal e França). Portanto, tratou-se de um elemento de maior abertura em países de tradição parlamentarista. A via inversa – de retrotração ao parlamentarismo de instituições com larga história de reprodução segundo o esquema presidencialista – revela dois defeitos invertidos (ALENCASTRO, 1993, p. 29-30).

De um lado, presidente e primeiro-ministro podem apoiar-se em alianças partidárias distintas. Há então o risco de o presidente, eleito diretamente como chefe de Estado, juntar-se à oposição ao primeiro ministro para tomar deste seu posto de chefia do governo. Afinal, o presidente tem uma legitimidade ampliada e pretenderá restaurar suas funções executivas diante de um chefe de governo eleito apenas pelo parlamento. De outro lado, se presidente e primeiro ministro apoiam-se na mesma maioria partidária, não apenas pode haver disputa interna pela primazia, como também se poderá neutralizar a função de contrapeso que um faz ao outro – e o parlamento então, com primeiro ministro e presidente alinhados, não controlará nada.

Consideremos, também histórica e ilustrativamente, um cenário que não se resume a uma peculiaridade latino-americana, mas inclui o constitucionalismo desta região. Aqui, pressões corporativas – de militares, igreja, sindicatos e *lobbies* empresariais – aliam em parte o sentido da organização controlada e subordinada pelo Estado (com tendências autoritárias) àquele democrático-liberal, da competição pluralista de grupos por legislação, posições e medidas que os favoreçam. Uma interpenetração parasitária entre Estado (legisladores e burocratas) e privados (aristocracias e elites) se retroalimenta, em uma armadilha de privatização das arenas públicas. Afinal, este é o retrato do constitucionalismo que emergiu na região a partir de uma trajetória recente. Um modelo político-econômico nacionalista, populista e desenvolvimentista produziu mobilização crescente das massas populares, até os anos de 1950 e 1960, mas se vulnerou a instabilidades na obtenção dessa sustentação pela participação, contraposta à institucionalidade representativa parlamentar. Aquela mobilização de setores antes excluídos foi eficazmente abafada por ditaduras militares, invocadas por interesses internos e externos para a restauração da “ordem” contra a “anarquia” e “legitimadas” pela “eficiência”. Os regimes autoritários entrincheiraram um Estado forte com canais apenas para a negociação “por cima”, com as cúpulas do poder econômico (a grande indústria, os oligopólios financeiros), sindical (a aristocracia operária) e de outras instâncias de uma sociedade civil desigualmente organizada. Vulneradas por pressões internas e condições insustentáveis de hiperendividamento público, estagnação e inflação, as ditaduras caíram. A disparidade entre minoria organizada e maiorias desorganizadas, entretanto, acabou por persistir na reprodução das democracias eleitorais reinstaladas ao final do século XX.

Apresentando tal diagnóstico e a diretriz decorrente, de empoderar a participação direta dos cidadãos contra a mediação corporativa, Nino (1993 [1989]) evoca a necessidade de construir procedimentos e instâncias deliberativas que permitam discussões de princípio publicamente justificadas, desinfetantes das pequena ou grandes negociatas de interesses, favoritismos e privilégios. Nessa construção institucional se incluiriam o voto obrigatório, o reforço do uso de plebiscitos e referendos e a descentralização de decisões possíveis de serem tomadas pelos diretamente afetados, em esquemas de democracia participativa. A concepção restrita da democracia liberal, como competição entre elites pelo apoio das massas, não seria, portanto, bastante para desprivatizar o Estado e desancorá-lo da dependência do poder corporativo. Porém, sim, partidos fortes são necessários – para treinar a cidadania, processar votos e escolhas em termos de argumentos de princípio e ideologia e de consideração de recursos escassos e propostas alternativas. Nessa medida, partidos seriam anticorpos da democracia contra a colonização corporativista. Sistemas eleitorais mistos, combinando representação proporcional com vínculos mais diretos entre eleitor e eleito (contra a lista fechada), facilitariam o controle dos mandatos representativos.

Daí segue a sugestão de qual sistema de governo? Baseado na hipótese de que a tomada do Estado pelas corporações ocorre sobretudo no aparato administrativo do estado (onde são desenhados regulamentos, concedidos empréstimos, tomadas medidas concretas de execução e fiscalização), e de que a decisão parlamentar é justificada por um debate público e de princípios, Nino defende uma direção de parlamentarização, contra a tradição presidencialista latino-americana.

Segundo sua avaliação, nessa cultura e institucionalidade, há espaço para a emergência de lideranças que, para conseguirem realizar suas propostas e avançar sobre os bloqueios representados no legislativo, acabam por enfrentar os poderes congressuais, dando curso a uma dinâmica de golpes de estado que exacerbam a disruptividade do presidencialismo. A desorganização partidária, com a necessidade de negociações e barganhas para formar coalizões parlamentares que permitam a governabilidade do presidente, seria uma condição paraconstitucional ao exercício dos poderes presidenciais. Ademais, o presidencialismo aumenta o descontentamento da oposição, que

permanece apartada do governo, aumenta a vulnerabilidade de minorias serem desconsideradas por maiorias, diminui as chances de colaboração para projetos de Estado e resposta a crises nacionais, e divide a expressão da “soberania popular”, fazendo com que ambos os poderes eleitos imponham vetos um sobre o outro. Uma divisão de partidos corrobora a dinâmica paralisante da divisão de poderes (há quem sustente que a democracia substituiu o último princípio pelo primeiro⁵¹). Quando o parlamento é dominado pela oposição, o presidente só consegue governar se angariar apoio fora de sua base de sustentação, o que depende de uma disciplina partidária fraca ou de legendas fluidas e disponíveis para negociar com o lado que lhes conceda mais vantagens. Afinal, o presidente se vê bloqueado pelo parlamento e sua legitimidade é corroída conforme os ciclos de expansão e retração da economia.

O sistema “misto” proposto pelo autor visa a aumentar a dependência do exercício do governo em relação ao parlamento. O presidente eleito teria seus poderes restringidos – prerrogativa de vetar algumas leis e indicar as autoridades não políticas do estado, como juízes e embaixadores. Poderia, ainda, dissolver a câmara baixa do parlamento, mas em troca esta também poderia censurá-lo. O primeiro ministro, definido pelo parlamento, teria o controle das funções normais de governo. Mas, ainda assim, na medida em que angariasse apoio do eleitorado ou do parlamento, o presidente efetivamente conduziria as principais políticas, podendo até remover o primeiro ministro. Com baixo apoio, o presidente teria que se retrair em suas funções e negociar com o parlamento a formação de um gabinete mais independente. Esse regime flexível e dinâmico de governo permitiria oscilações de poder em paralelo com os ciclos políticos e econômicos, sem reproduzir instabilidades extremas, conducentes a crises, golpes e intervenções. A ênfase mais parlamentarista ou mais presidencialista seria dada conforme a efetiva capacidade de mobilização do presidente. Afinal, ter-se-ia um governo tanto mais estável quanto mais “responsivo” à sociedade.

51 Ver Levinson; Pildes (2006), tratando da superação da lógica de precaução dos freios e contrapesos imaginados por Madison pela institucionalização da divisão partidária no presidencialismo americano. Conforme a força relativa de cada partido em cada um dos poderes, haverá maior competição ou colaboração entre os ramos do governo.

O argumento é falho por duas considerações. Quanto ao método, assume como intrínsecos ao presidencialismo certos atributos que podem ser mudados; quanto a seu ponto de partida, é altamente contestável. Assim, de um lado, a fraqueza do regime partidário como condição de exercício do presidencialismo não é dado imutável, mas variável conforme os regimes eleitorais e contextos de sua aplicação (ver discussão *supra* 4.2.). A específica “parlamentarização do presidencialismo” pelo apelo a plebiscitos e eleições antecipadas – valendo para ambos os poderes – pode reforçar a motivação para o entendimento entre executivo e legislativo mesmo no sistema presidencial; não há, portanto, a única opção de colocar nas mãos do presidente ou do Congresso a prerrogativa de reciclar o apoio popular. Por outro lado, o ponto de partida do argumento é que o parlamento expressa melhor um “senso de comunidade política”, de unidade moral, a nação republicanamente despida de seus interesses egoístas e preconceitos ideológicos, por contraste com a busca de posições de renda e privilégio junto ao executivo e à burocracia pública. A observação empírica dos governos, a começar pelo modelo original do presidencialismo – o americano –, não permite tal otimismo, mas antes enfatiza a promiscuidade entre poder parlamentar, poder econômico, oligarquias regionais e grupos de pressão – para arrear o medo madisoniano das facções. A figura do parlamento blindado contra os particulares, e dos parlamentares apenas legitimados pelos vínculos ideológicos de seus partidos, é por demais idealizada.

Em contraste,⁵² a defesa do presidencialismo realça justamente seu caráter distintivo, mantido como primeiro atributo dos regimes dualistas: a eleição direta tanto do executivo quanto do legislativo. Aqui se revela o potencial “plebiscitário” do regime presidencialista, seu

52 Ackerman (2000, p. 638, nota 12) avaliou que “[d]ois escritores latino-americanos de primeira linha [Mangabeira Unger e Santiago Nino], com conexões íntimas com a academia jurídica americana, participaram ativamente do dinâmico debate de sua região sobre o futuro da separação dos poderes, e contribuíram mais para a literatura crítica recente do que o resto do professorado jurídico americano somado”.

risco (positivo!) de subversão e desarranjo das oligarquias partidárias, parlamentares e regionais. Mas a tentativa de conter o exercício do governo nos moldes madisonianos conduziu, afinal, ao agigantamento do executivo e a sua intromissão nas tarefas legislativas – com o arbitramento dos conflitos por um judiciário crescentemente na linha de frente da política – é também produto da paralisia decisória proporcionada por um formato anacrônico e pré-democrático de freios e contrapesos. A rearticulação das funções legislativas, executivas e judiciais ao redor dos respectivos centros de competências demandaria, portanto, mecanismos de destravamento do processo decisório e uma institucionalização efetiva das prerrogativas do executivo no processo legislativo – com regras e procedimentos que habilitassem sua capacidade de iniciativa, de reformas de estado e de implementação do programa de governo escolhido nas urnas.

Dispositivos como eleições antecipadas, plebiscitos e referendos – convocados para ambos os poderes, em caso de impasse – parlamentarizariam o regime presidencialista no sentido de facilitar o destravamento decisório pela reinstitucionalização do governo (ver *supra* 4.4., sobre democracia semidireta, e *supra* 6.3. sobre prioridades legislativas). Essas fórmulas específicas de parlamentarização do presidencialismo combinariam o efeito desestabilizador da eleição majoritária direta para a chefia de governo com o efeito estabilizador da rotatividade do governo apoiada no consenso parlamentar. Ao mesmo tempo, pressionariam a definição do apoio ou desconfiança do parlamento, em negociação com o governo, mobilizando atenção da opinião pública. Como última instância para deslindar crises, incorporariam o voto direto como árbitro ou mediador final da (re)composição dos poderes (em novas eleições bilaterais) ou da definição do posicionamento legislativo, por meio da consulta em plebiscitos e referendos.

7.3. INTERDEPENDÊNCIA DOS PODERES: MULTIPLICIDADE, SOBREPOSIÇÕES E SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Note-se que a simples fragmentação do poder é capaz de ampliar a capacidade decisória; a eficiência pode ser prejudicada por sobreposições de competências, mas haveria como estabelecer dispositivos de solução de impasses (por alguma hierarquia entre os poderes, segundo algum critério material, ou pela convocação de referendos ou plebiscitos em termos acordados pelo parlamento). O resultado da associação dessa fragmentação de poder com um sistema de vetos múltiplos é desacelerar a transformação política da sociedade, em nome da estabilidade. O preço é um atraso constante da política, que faz as transformações dependerem de crises. No parlamentarismo europeu, as altas exigências de consenso no governo e a dependência do gabinete em relação ao parlamento são um equivalente funcional a essa institucionalidade política conservadora.

Impasses entre os poderes políticos são tanto mais esperados quanto mais acelerada e reformista a política. Os esquemas tradicionais de separação de poderes, porém, são demasiado resistentes a reformas estruturais; produzem crises como resultado de sua incapacidade de antecipar-se a elas e de decidir sem a deixa que elas proporcionam. Trata-se da necessidade de agregar consenso no parlamentarismo e do esquema madisoniano de freios e contrapesos no presidencialismo, que desacelera a política e a torna conservadora pelos obstáculos que impõe a mudanças estruturais, ainda que sagradas pelo voto popular. Apesar dos riscos da instabilidade, o presidencialismo tem o diferencial de promover a ampla legitimação, pelo voto direto, dos poderes políticos. Mas o presidente tende a não conseguir executar boa parte de seus planos (e, portanto, cumprir as “promessas” pelas quais foi eleito) pelo travamento do processo decisório propiciado pelos interesses e pressões, muitas vezes particularistas, que se assentam no legislativo.

Na Europa medieval, o rei exercia uma função equivalente ao controle de constitucionalidade: declarar ou reafirmar o direito, diante de um corpo de costumes herdado (*jurisdictio*); também exercia uma espécie poder de emergência em estado de exceção, durante o qual podia rever arbitrariamente a ordem costumeira (*gubernatio*). No constitucionalismo contemporâneo permanece em larga medida

essa realidade de um direito herdado, sobre o qual o governo apenas faz intervenções relativamente pontuais. (UNGER, 2001b [1987], p. 457-61; 2015b, p. 59; 1996, p. 73, 108). Em um sistema democrático, que não pode ser capturado perenemente por qualquer facção, o caminho para aumentar a extensão em que o governo pode implementar um programa vencedor nas urnas seria preservar ao menos duas bases de apoio popular (eleições diretas para parlamento e chefe de governo) e atribuir ao corpo representativo competência ampliada para supervisionar a execução do programa eleito, construir vínculos mais densos com conflitos e representações políticas fora do governo e exercitar poderes de convocação do eleitorado para a solução de impasses, além de induzir a auto-organização da sociedade civil fora do Estado.

O dogma trinitário da soberania estatal manifesta apenas nos poderes clássicos haveria de ser ofendido pelo estabelecimento de novos poderes de Estado (como aquele atinente aos direitos de desestabilização, ou mesmo poderes voltados à política econômica), capazes de responder à complexidade social e ao domínio da estrutura social em condições que o constitucionalismo liberal clássico não alcançava. Em movimento inverso ao agigantamento do executivo (como ocorre há um século universalmente), pela distribuição das políticas públicas em uma miríade de ministérios com suas burocracias, esses novos poderes poderiam ter, além da capacitação técnica diferenciada e de condições de autonomia administrativa propícias a um estado mais impermeável a negociações políticas contaminadas por interesses privilegiados e “rentistas” (ver *infra* 8.1.), uma dinâmica decisória que incluísse mecanismos de deliberação semidireta, ou procedimentos com a participação de representantes setoriais (da “sociedade civil”). É, portanto, mais um mecanismo de ampliação do exercício da participação política. Notem-se, porém, as pré-condições para minimizar o risco do corporativismo – dentre elas, um quadro público de fomento à auto-organização na esfera privada (ver *supra* 4.3.).

Essas e outras diretrizes têm uma relação com a diversificação das oportunidades de participação e incluem a multiplicação dos poderes com a sobreposição de funções, que ampliaria as vias de processamento e reprocessamento das decisões, incrementando a participação inclusive por novos poderes (como o poder reconstrutor, fundos públicos competitivos de capital de risco, e outros poderes de controle, política

econômica ou com funções parajudiciais). Para combinar eficiência e legitimidade, os novos poderes podem ser constituídos por técnicos e representantes eleitos diretamente, ou escolhidos pelos outros poderes.

Imagine-se que esses novos poderes ou agências autônomas sejam estruturados para serem impermeáveis ao aparelhamento político, mas com representatividade; equipados tecnicamente como a administração pública, mas com flexibilidade maior para suas atividades. Na cadeia de produção do direito e do governo, contam à montante com políticas definidas pelos poderes políticos e à jusante são controlados em seus excessos, subsidiariamente, pelo judiciário. Possíveis poderes, órgãos ou agências interpostos entre estado e judiciário, a cumprirem funções hoje alocadas à administração pública ou mesmo ao controle judicial, abrangem, por exemplo, o poder reconstrutor (analisado *supra* 2.4.), colegiados transfederais de políticas públicas (*infra* 10.3.), um poder responsável pela realização e fiscalização das eleições e uma ou mais instâncias mistas, de composição público-privada, de autorregulação setorial. Todos esses poderes de estado ou ramos de governo poderiam ser elencados como destinatários primeiros dos deveres de implementação associados aos direitos de que tratei: respectivamente, direitos de desestabilização, de imunidade, de participação e de autonomia. Quanto mais esses poderes interpostos, mais subsidiária a atuação judicial. E a própria estruturação desses poderes autônomos tornaria essas funções menos contaminadas por instabilidades conjunturais de governo – o que daria novo desdobramento à ideia de que a constituição (e direitos constitucionais) consistem em proteção relativamente reforçada das estruturas de Estado e cidadania em relação à política normal e às flutuações de governos e oposições.

Em vista dos previsíveis conflitos entre ramos do estado, potencializados por mais superposições, a própria composição cruzada dos poderes – com influências de um poder para indicar membros de outro – é um mecanismo usual. Menos usuais, mas servindo à mesma função de solução de impasses, estão as técnicas de devolução ao eleitorado e até mesmo o estabelecimento de prioridade entre determinados poderes,⁵³ contra a pretensa esquematização anti-hierarquizante que caracterizaria

53 Sobre a multiplicação e sobreposição de poderes, e os métodos de solução de conflitos, ver Unger, 2001b [1987], p. 449-57.

o “princípio de separação de poderes” – na verdade, as formulações clássicas desse princípio não apresentam tal “horizontalidade” tão univocamente: em Locke, por exemplo, há supremacia do poder de legislar.

As metáforas da “separação” e da “divisão” de poderes aludem ao duplo movimento de contenção e habilitação do poder como meio de construção social. Na narrativa do contrato social, a liberdade civil limita, porém garante a liberdade natural. Assim também, a separação de poderes é a paradoxal combinação de limitação e eficácia do poder, ou seu constrangimento habilitante. Estruturado, organizado, procedimentalizado em órgãos do Estado – poderes – o poder torna-se disponível para a mobilização pelo jogo político e pelo funcionamento burocrático. Nas teorias clássicas da “separação de poderes”, prescreve-se a diferenciação das funções associadas à soberania estatal e a atribuição de cada função a um órgão determinado, evitando que cada poder domine mais de uma função. É de se supor que as funções estatais sejam variáveis contextualmente, conforme as trajetórias nacionais, e ainda que hajam se expandido desde quando datam essas doutrinas.

O cenário da estruturação do estado é mais precisamente descrito como uma combinação de interdependência (dependência entre poderes independentes) e intradependência (dentro de cada poder, seus diferentes níveis dependerão da informação e da ação de outros níveis). Em ambos os casos, emerge o problema do controle, dos ruídos de comunicação, do domínio diferenciado das informações para o processamento das tarefas e, onde pode haver conflitos de interesse, há também oportunidades de cooperação. Para mobilizar a cooperação do agente público relevante, outros agentes públicos ou privados podem lançar mão de diversos meios de motivação – os poderes e direitos, licitamente, e outros códigos – amizade, dinheiro – ilicitamente. O desenho institucional dos incentivos e sanções, das práticas rotinizadas e crenças justificadoras, apresentará injunções de participação ou de corrupção. A multiplicação dos poderes e agências há de se associar, assim, a uma multiplicidade de mecanismos de monitoramento e responsabilização dos agentes públicos (ver a discussão *infra* 8.1.). O incremento de complexidade – de vias de tomada de decisões – por um lado deve ser equilibrado com o outro – de vias de cobrança e sanção.

Tudo isso, embora vá além do que as discussões da literatura constitucional sobre separação de poderes, por referência às tradições

nacionais e às filosofias políticas do início da modernidade, estão dispostas a tratar, deixa de ser extraordinário quando observamos com mais detalhes a diversidade institucional da organização dos centros organizados da política e do direito nas principais tradições constitucionais de influência global (e.g. MÖLLERS, 2013, cap. 1). De um lado, a tradição constitucional mais perene e continuada é a britânica, na qual se observa a fusão parlamentar dos poderes: o exercício do governo diretamente responsável diante do parlamento, por ele escrutinado e mantido por um esquema hidráulico de governo e oposição. Essa tradição permaneceu longamente imune ao estabelecimento do controle judicial de constitucionalidade dos atos do governo, antes sobrevivendo por uma ênfase na separação estrita do centro do direito em relação ao centro da política: o prestígio da independência das cortes. Apesar de Locke e apesar das observações laudatórias de Montesquieu, o constitucionalismo britânico permanece largamente indiferente ao tema da separação de poderes.

Já na França, uma tradição republicana enfatizou desde a revolução a desconfiança com as cortes, vistas como garantidoras dos privilégios do antigo regime e da velha ordem corporativa e estamental. A seu modo, também há um regime de ligação estreita entre parlamento e executivo, por meio de um regime de coabitação “semipresidencial”. O controle de constitucionalidade foi acoplado tardiamente, no final do século XX, pela atividade de um órgão conciliar que vem ganhando feições judiciais, com atribuições compartilhadas com as cortes superiores. A Corte Europeia de Direitos Humanos adicionou elementos supranacionais ao jogo puramente interno de política e direito.

O constitucionalismo americano, por sua vez, apenas evolutiva e tardiamente adicionou ao esquema inicial da separação de poderes a atuação do judiciário federal e da suprema corte no controle de constitucionalidade. Essa espécie de intervenção judicial no governo só veio a se rotinizar muito depois do paradigmático caso *Marbury v. Madison*, de 1803. Durante cinco décadas a Suprema Corte se absteve de aplicar a “lógica” do juiz Marshall para invalidar a legislação federal, o que só veio a fazer no desastroso caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), em que o tribunal negou a competência do congresso para proibir a escravidão nos territórios federais e firmou o entendimento de que descendentes dos escravos africanos importados ao país, mesmo que

já fossem libertos, não poderiam gozar da proteção da cidadania, da constituição e do judiciário dos Estados Unidos. A dose foi repetida em outros julgamentos, como o do caso *Lochner v. New York* (1905), no qual a suprema corte considerou inconstitucional (diante da liberdade de contrato implícita na cláusula constitucional do devido processo) uma lei que limitava a jornada de trabalho diária e semanal. Os conflitos gerados pela indisposição da corte para com as reformas sociais e econômicas de Roosevelt levaram-no a afirmar em 1937 a necessidade de “salvar a Constituição da Corte, e a Corte dela mesma”. Depois, a partir da década de 1950, a Suprema Corte expandiu sua atuação, ganhando simpatia por suas posições progressistas em matéria de direitos civis e políticos (uma marca é o caso *Brown*).

O crescente espaço ocupado pela Suprema Corte, dados os impasses programados pelo esquema dos freios e contrapesos (inicialmente pensados como garantia da propriedade contra o populismo), associa-se à sua orientação e composição abertamente determinadas pelo conflito político-partidário. Ao mesmo tempo, movimentos sociais e grupos de pressão buscam obter dos juízes o que não conseguem validar pela decisão parlamentar. Os poderes presidenciais são reconhecidamente flutuantes, dependentes das consonâncias ou dissonâncias com a formação da vontade parlamentar.

Assim como os Estados Unidos fornecem o paradigma mundial da judicialização das questões constitucionais, o constitucionalismo alemão do pós-guerra enfatizou exemplarmente o papel da corte constitucional, com seus respectivos apoios argumentativos. A jurisprudência da corte relativa à separação de poderes não deixa de reconhecer, porém, um princípio de prioridades relativas entre os poderes: deve-se garantir a decisão final ao órgão que disponha das melhores capacidades pessoais, materiais e organizacionais, conforme o tema e o escopo da escolha.

De tudo isso, emerge apenas uma conclusão: a imagem escolar da não precedência entre qualquer poder não procede; na prática, os mecanismos de preferências e sobreposição estão abertos à modelagem institucional contingente e têm efeitos para a inclusividade, o ritmo e profundidade da tomada de decisões coletivamente vinculantes (função política) e para os bloqueios ou alavancagens entre política e direito.

7.4. CENTRO DE GOVERNO

A complexificação do governo, aliado a um aparato administrativo crescentemente diferenciado e especializado e a um vasto elenco de ministérios e políticas tem como contraparte a estruturação de um ambiente decisório de complexidade reduzida, de um centro de comando. É o núcleo do núcleo do poder político, onde se tomam decisões não apenas de gerenciamento de crises e definição de medidas urgentes, mas também onde se há de conduzir projetos estratégicos de longo prazo – por exemplo, iniciativas educacionais, científicas e econômicas que tomem a forma de projetos de estado continuados, com prioridade especial para além de políticas públicas mutáveis e programas de governo rotativos conforme o jogo de governo e oposição.

Outra concepção de centro de governo, mais radical na reimaginação da interpenetração entre executivo e legislativo é a seguinte (UNGER, 2001b [1987], p. 459-61): no caso de um regime parlamentarista republicano, com presidente diretamente eleito (o regime dualista ou semipresidencial há pouco discutido) haveria de se suplementar a coordenação entre gabinete ministerial e parlamento por outras duas assembleias.

Uma assembleia representativa suprema deveria ser a última instância de vocalização de uma série de níveis inferiores de agregação de consenso, de alvéolos que transacionam participação e representação. Essa rede de arenas participativas ampliaria a capilaridade deliberativa, a vascularização política da sociedade, sem pretensões irrealistas de consumo de tempo e informação em uma democracia direta (ampliável para além do nível local por meio comunicação digital) e sem gerar uma instabilidade permanente, em meio à qual os poderes produtivos e criativos não se podem desenvolver. Como ápice para o qual converge afinal uma matriz variada de instâncias políticas, a grande assembleia estaria legitimada para arbitrar impasses entre os outros poderes do estado; quando não fosse capaz de fazê-lo, convocaria então o eleitorado.

Da grande assembleia derivaria um conselho menor, com as atribuições de supervisionar a fidelidade do partido no poder ao seu programa de governo e de codesenvolver as implicações desse programa para o desenho legislativo e a execução de políticas. Nessa interpenetração localizada de gabinete e conselho localiza-se o centro nervoso do governo, limitado e contrabalançado pelos poderes tradicionais do dogma trinitário e eventualmente por outros poderes e ramos.

7.5. INTERPODERES

Em vez de submeter o conflito entre os poderes a um árbitro externo (o povo, um poder moderador do chefe de Estado, ou – como ocorre largamente na atualidade – a jurisdição constitucional), a separação de poderes pretende ser suficiente em si mesma. Ao estruturar a interdependência entre órgãos com competências centrais bem definidas, mas também com interferências por iniciativa afirmativa e poder de veto e com zonas de colisão, a separação de poderes torna-se um mecanismo de alongamento das cadeias decisórias. Desdobra de cada decisão em uma série de decisões e retroalimenta mais e mais decisões. Com isso, põe em ação ciclos que atualizam um longo “processo governamental” (LOEWENSTEIN, 1965 [1957]); essa cadeia de escolhas e revisões opera por meio de uma série de controles intra e interorgânicos, entre as casas do parlamento, entre executivo e legislativo, entre governo e administração, entre Estado (poderes políticos e administração pública) e judiciário, entre Estado e opinião pública (via procedimentos eleitorais e participativos).

O alargamento das atribuições de provisão e regulação de serviços pelo executivo, o desvio da deliberação parlamentar por órgãos executivos e paraestatais, a inflação dos conflitos políticos que buscam novo *round* em disputas judiciais, tudo isso conspira para provocar fricções e colisões entre os poderes para cuja solução não há mecanismos suficientes. Na prática, apela-se a negociações obscuras de cúpula e movimentações palacianas, com transações pouco iluminadas entre os dirigentes de cada poder, veladas sob a metáfora idealizada do “diálogo” entre poderes. No lugar disso, o Estado constitucional precisaria de formas públicas, controláveis e procedimentalizadas de arbitragem desses conflitos. Quando não culminarem na devolução eleitoral ou na ativação da democracia semidireta, as acomodações entre os poderes podem ser processadas por “anéis” ou “interpoderes”, conselhos ou órgãos colegiados capazes de deliberar publicamente sobre as fricções entre diferentes ramos do governo e de formarem uma jurisprudência consistente sobre esses conflitos, com capacidade de orientação para o futuro.

CAPÍTULO 8. ADMINISTRAÇÃO

O Estado constitucional depende da institucionalização de uma série de distinções por meio da diferenciação de órgãos e procedimentos, esferas de competência, arenas de negociação e execução de políticas, ligações com os ambientes internos do direito (direitos), da política (opinião pública), da economia (mercado), da ciência (publicações) e assim por diante. Depende também do cruzamento ortogonal entre a linha da participação e da política e aquela da especialização e da burocracia. Nesse sentido, há três séries de questões: como assegurar que a administração pública se proteja diante dos interesses e poderes privados, sem que tal blindagem não implique enrijecê-la, diminuindo ainda mais sua velocidade e capacidade de resposta? Sendo a linha de frente da promoção de medidas e concatenação dos meios voltados a realizar os direitos constitucionais, deve a administração garantir apenas os direitos de uns, mas não de todos? Finalmente, não sendo um bloco unitário nem apartado dos demais sistemas para além da política – economia, saúde, educação, arte, esporte, ciência –, mas os irritando e coestruturando, como a administração pública pode articular-se a eles? O pano de fundo dessas indagações é a preocupação com a construção de uma burocracia estatal que assegure flexibilidade estruturada.

8.1. DUREZA E CONTROLE

Para dar realidade à distinção constitucional entre política e administração, é preciso construir formas de desprivatizar o estado, blindando-o contra pressões clientelistas e contra a colonização por grupos de pressão parasitários à própria burocracia, em uma dinâmica de corporativismo que contém a pressão externa e entrincheira os privilégios internos. O oposto seria um Estado não apenas isolado de intrusões particularistas, e então autoconsumido nas disputas internas de poder ou enrijecido em hierarquias e dogmas. Seria um aparato público com sensores capazes de sensibilizá-lo às informações e demandas do ambiente extrapolítico e de traduzi-las em planos consistentes de reforma democraticamente legitimados. Não seria, pois, um Estado desarmado diante do poder econômico, mas sim com capacidade de ação efetiva, sustentável e de longo prazo, tanto para desestabilizar

interesses e poderes renitentes, conluios e colusões quanto para gerir a economia, regular os diversos setores e coordenar-se aos privados na qualificação dos serviços e políticas públicas e na expansão de novos mercados, novas formas produtivas, tecnológicas e organizacionais. A tal objetivo se faz referência pela noção de um Estado “duro” (UNGER, 1998, p. 137, 191-6) ou de uma “autonomia inserida” (EVANS, 1992).

Na burocracia pública, tende a entrincheirar-se uma penumbra de dependentes e apadrinhados entre aqueles que devem coelaborar as políticas – entre políticos, politicamente responsáveis, e técnicos qualificados, administrativamente cobráveis. Três ordens de diretrizes organizacionais caminham na direção de uma flexibilidade estruturada da burocracia (UNGER, 2015d; 2001a [1985], p. 182-4; 2001a [1999], pp. 228-9). Há, de um lado, a necessidade de redução radical de espaços de ingerência política e indicações de confiança, com o reforço do profissionalismo por carreiras de estado baseadas em seleção competitiva e avaliação continuada. Mas também deve haver critérios de ingresso e (re)qualificação que flexibilizem possibilidades de mudança de setor, construindo referência cruzada entre as práticas da administração pública. E, ainda, gestão por projetos que facilite a integração de colaboração externa especializada.

De outro lado, mecanismos múltiplos de controle, com diferentes bases de apoio e canais de expressão, precisam monitorar e auto-observar a burocracia estatal. Vislumbra-se, assim, uma teia que integre a autoavaliação por cada repartição e departamento do Estado, a avaliação centralizada por alguma estrutura especializada do estado (como um ministério ou secretaria de planejamento), o monitoramento externo ao executivo, por outro poder ou agência especializada (como tribunal de contas ou controladoria geral) – e, finalmente, dispositivos de avaliação externa, por movimentos e grupos fora do Estado. Essa pressão pela prestação de contas e responsividade não é suficientemente garantida por comitês internos suscetíveis à captura corporativista pelo Estado.

Em situações de corrupção “sistêmica”, os sistemas e subsistemas organizacionais da política, do direito, da economia, e suas zonas de contato intensificado, reproduzirão expectativas da ilicitude como normalidade, impondo custos à licitude. A “multiplicidade institucional” – a disposição de um excedente de caminhos alternativos para

monitorar, investigar, julgar e punir corruptos – gera sobreposições que, em vez de ineficientes, podem ser reforçantes, erigindo um labirinto de controle na interface dos órgãos públicos com os usuários e colaboradores privados (CARSON; PRADO, 2016). Quando um dispositivo de segurança não for ativado, outros serão. E novos dispositivos podem ser criados experimentalmente, sem desinstalar outros já existentes, o que diminui a resistência à mudança institucional, a capacidade de captura de órgãos e de mobilização contra os controles (ver a discussão a seguir, *infra* 8.4., sobre reformas experimentais).

Além da multiplicação de poderes de Estado (ver a discussão *supra* 7.3.), esse raciocínio sobre a multiplicidade institucional é ilustrável pelo próprio judiciário. A coincidência parcial de competências entre judiciário federal e estadual, o controle difuso de constitucionalidade (em vez do controle concentrado em corte constitucional) e a descentralização dos tribunais em geral (embora haja o efeito controlador e padronizador providenciado pelos recursos e pela hierarquia) funcionam para alargar as oportunidades de variação, inovação e reconsideração dentro do poder judiciário. A mesma lógica se aplica dentro de cada poder e entre eles.

Finalmente, ao lado do controle e da sanção de comportamentos ilícitos, há o controle da qualidade, da conformidade e dos resultados dos procedimentos administrativos e políticas públicas. Assim, o terceiro passo da estruturação flexível da administração pública é a consolidação das avaliações levadas a efeito pela multiplicidade de arenas dentro e fora dos diversos subsistemas estatais. Essa consolidação há que ser centralizada por um órgão de correção, capaz de sistematizar e difundir boas práticas e experiências inovadoras, conduzindo caso a caso a reestruturação de rotinas e procedimentos viciosos (é um trabalho análogo ao do poder reconstrutor e das reformas de execução complexa, ver *supra* capítulo 2). Ao observar a mobilização administrativa de meios segundo os fins definidos pelo governo e pela legislação, a função de controle deve identificar e facilitar a correção de erros o quanto antes. A imposição de sanções é subsidiária a essa função corretiva, de ajustamento de conduta e apoio à conformidade. Ao mesmo tempo, depende de definição clara, de formalização de regimes setoriais em regras, limitando o espaço para a disputa ideológica ou a imposição discricionária em que se pode degenerar a atividade instrumental da administração pública.

8.2. UNIVERSALIZAÇÃO *VERSUS* FOCALIZAÇÃO

A institucionalização de uma política de Estado, traduzível em o apoio generalizado da opinião pública, depende de que a fruição dos bens, serviços e infraestruturas públicas seja sensível, palpável ao longo das diversas classes, mesmo daquelas que poderiam ser levadas à contratação privada, mas, se tiverem em seu horizonte a possibilidade de usar os serviços públicos, ajudam a compor a hegemonia a favor de uma política pública inclusiva e abrangente. Por contraste, políticas focalizadas ou seletivas de combate à pobreza arriscam a ter baixa institucionalização e vulneram-se aos ciclos políticos e econômicos, ao clientelismo assistencialista, a armadilhas da pobreza, desincentivos à inclusão produtiva, distorções de acesso e estigmatização.⁵⁴

A obrigação estatal de garantir o acesso a saúde, educação, cultura não define diretamente os meios, de um lado e, de outro, há que ser decomposta e desincumbida por uma série de obrigações, desde a regulação dos serviços privados até a provisão direta pela administração pública. Há um leque de estratégias, desde a provisão totalmente estatal do serviço até a privatização em favor de empresas lucrativas, desde a parceria com organizações sociais, sem fins lucrativos, até o mecanismo de *vouchers*, pelos quais o Estado retorna recursos ao contribuinte para que ele, como usuário dos serviços, escolha os provedores em um regime de competição. Uma diversificação das formas de prover o acesso universal aos serviços essenciais é, portanto, um cenário verossímil para testar aquelas mais capazes de combinar eficiência e equidade.

Notemos a possibilidade de desenvolver vínculos entre a provisão de serviços essenciais e titularidades que podem ser atribuídas a cada cidadão, como direitos de imunidade (análogos à seguridade social, à flexseguridade, à renda básica ou à herança social, discutidos *supra* 3.4.). É possível imaginar a direção de amplo espectro de titularidades individuais: desde participações acionárias em empreendimentos públicos ou público-privados até contas de investimento pelas quais usuários de planos privados podem direcionar subsídios públicos à seguradora ou ao provedor dos serviços de sua preferência, ou ainda *vouchers* para a cobertura com recursos públicos da mensalidade de

54 Ver *e.g.* Reddin, 1978. Obviamente, há amplo repertório de estudos específicos de programas de política social em diversas épocas e países.

escolas privadas ou cooperativas selecionadas competitivamente pelos alunos e responsáveis. Essas titularidades equivalem, em termos de imunidade pessoal, à garantia da propriedade (ver a discussão *supra* 3.5.). Em termos de políticas públicas, a escolha direta sobre a provisão de bens e serviços passa das mãos da burocracia pública para o cidadão privado (e.g. ELHAUGE, 2000).

Razões de mercado e de equidade recomendarão a provisão estatal de certos serviços. Mas então o desenho, a implementação e o monitoramento de políticas públicas precisariam se atualizar diante do anacronismo de técnicas rudimentares de um “fordismo” burocrático centralizado na provisão dos serviços públicos: hierarquias rígidas e disfuncionais; serviços massificados de baixa qualidade; planejamento centralizado, distante das demandas e reclamações captadas na ponta, pelos usuários e prestadores diretos dos serviços.

Haveriam que incorporar em seu desenho institucional, de um lado, formas de descentralização capazes de manter mecanismos de redistribuição (de pessoas e recursos), de propagação das experiências de sucesso e de mensuração de desempenho e, de outro lado, procedimentos para a audiência das partes interessadas na identificação das demandas locais, no desenho de serviços customizados, na implementação e no monitoramento (ver a discussão análoga sobre federalismo, *infra* capítulo 10).

Esse é o conjunto de iniciativas institucionais descritas (SABEL; SIMON, 2011) em oposição tanto à infraestrutura do Estado de bem-estar social de meados do século XX quanto ao minimalismo institucional pretendido em fins daquele século e no início deste. Aquele modelo de estado, expresso por exemplo a partir das reformas do New Deal americano, baseava-se em organizações e procedimentos burocráticos de comando e controle: a autoridade é delegada a agências com burocracia especializada e a execução fica por conta de funcionários na linha de frente da prestação dos serviços, em contato com os cidadãos. Há amplo hiato entre esses mundos, e a implementação de medidas tecnocráticas vem a perder eficácia ao longo da correia de transmissão de pessoas, medidas e métodos. A informação corre unidirecionalmente, pois a percepção e as necessidades sentidas na ponta dificilmente retornam ao centro de comando, para corrigir e reorientar as políticas públicas (PRESSMAN; WILDAVSKY, 1984 [1973]).

Em conserto desses problemas, propôs-se então um minimalismo institucional, com tendência a privatizar serviços e esquemas públicos de bem-estar, ainda que com cuidados para manter a equidade e prover compensações. Houve ampla preferência a mecanismos de mercado para balizar escolhas tomadas pelo próprio cidadão – permissões para emissão de poluentes, *vouchers* para moradia, escola e saúde. O Estado ajuda a estruturar a informação, mas delega a escolha final para o usuário dos serviços. Em termos administrativos, esse programa sustenta-se em centralização decisória no estado combinada a simplificação regulatória para os provedores privados. É uma estratégia cujos meios são regras simples, custos baixos e precificação de riscos e compensações; o fim é a obtenção de eficiência estática (relação entre os recursos investidos e os retornos marginais).

Por sua vez, a alternativa experimentalista para a administração pública baseia-se em descentralização decisória, com unificação em termos de métricas e avaliação comparativa dos governos locais. Unificação em termos de padronização, coleta e disseminação de informações sobre as práticas combina-se à latitude para experimentar localmente as políticas adequadas. Isto é, há, de um lado, a reconfiguração local, com ampla discricionariedade para testar soluções alternativas; de outro, governo e burocracia nacionais devem ser centrais de consolidação das avaliações e revisão das metas e métricas. Os níveis de governo apoiam-se para corrigir e revisar práticas e procedimentos. Há preferência por normas indicativas e presunções, mais do que por diretivas estritas; o importante é haver meios objetivos de cobrar transparência e desempenho. Em termos de governança, o modelo entende que a correção das práticas depende de indução da participação, seja por obrigações e punições, seja por sanções premiais e pressões informais. Busca-se incorporar a visão das partes interessadas na gestão dos bens públicos, no desenho e na execução das políticas e serviços, customizando-os às necessidades locais, ao perfil dos beneficiários reais. O objetivo é ampliar a capacidade de aprendizagem e adaptação contínuas, com maior integração entre a criação ou revisão de regras e seu teste prático.

Retornemos ao tema da universalidade das políticas públicas que subjaz ao universalismo dos direitos fundamentais. Para dar conta de suas obrigações relativas a tais direitos, além de prover direta e universalmente

certos serviços, o Estado exerce mediação regulatória, inclusive definindo a “arquitetura de escolhas” (THALER; SUNSTEIN, 2008) que congrega os incentivos e desincentivos explícitos ou tácitos às decisões tomadas pelos cidadãos entre serviços e provedores alternativos. A administração pública assim pode-deve fazer controles de qualidade e conformidade (monitorando a satisfação dos usuários e acompanhando a correção de erros), recomendar provedores e configurações-padrão dos serviços, auxiliar o usuário em suas escolhas, ampliando as opções, mas também fornecendo informação confiável para a decisão individual – inclusive esclarecendo sobre custos e recursos. Desse modo, escolhas complexas podem ser estruturadas, sem serem negadas ao cidadão. Essa técnica, a preferida do minimalismo institucional há pouco comentado, não é, porém, a única, e está longe de ser suficiente para um estado capaz do coestruturar os diversos setores sociais, dominando e redefinindo estruturas de vantagens e oportunidades.

Finalmente, o Estado pode-deve ajudar a expandir a oferta e os métodos de oferta desses serviços essenciais, cumprindo por mais uma via sua obrigação de garantir a todos o acesso aos bens da vida básicos – obrigação que é o núcleo racional por trás do discurso dos direitos sociais. Além de formas de assistência técnica, capacitação gerencial e financiamento a tais serviços, o estado pode deter a copropriedade e a cogestão das empresas, ou fomentar a provisão por cooperativas, universidades ou entidades filantrópicas, integrando ou liderando esquemas de redes de cooperação em matéria de políticas educacionais, sanitárias, culturais, esportivas (ver discussão a seguir, *infra* 8.3.). Em termos de teoria dos sistemas, clausura operativa combinada com abertura cognitiva é a chave para tanto. Essas redes seriam um tipo de sistema relacional, capaz, como as organizações, de comunicar para além das fronteiras dos sistemas funcionais, mas também capazes de propeler o aprendizado em rotinas mais descentralizadas e pragmáticas (em contraste com a tomada de decisões hierárquica nos sistemas organizacionais).

Então, a universalidade e a isonomia – fundamentos da ideia de serviços públicos – só estarão garantidas na prática se o estado construir vínculos entre serviços públicos, cooperativos e privados, por meio de compensações, subsídios cruzados, obrigações de parceria, assessoria técnica e transferência tecnológica, mecanismos pelos quais não se reproduza um abismo entre serviços de ponta e de qualidade

disponíveis no mercado para quem puder pagar e serviços públicos rudimentares e de qualidade inferior, disponíveis para “o resto” que efetivamente não pode escolher.

Ao lado do financiamento de esquemas de solidariedade em matéria de serviços, assistência e previdência pública, com caráter redistributivo, a solidariedade poderia ser reforçada por incentivos ao trabalho voluntário ou mesmo por esquemas de “serviço social obrigatório” (um serviço civil análogo ao serviço militar), em bases nacionais e internacionais (UNGER, 2001c, pp. xcvi-xcviii, cii, cxxvi). Assim, regiões desatendidas, crianças, idosos ou outras pessoas vulneráveis, fora do círculo familiar, seriam incluídas no círculo de convivência e atenção de cada um. Parte de uma trajetória profissional, ou da semana de trabalho, ou algum período específico do ano seria dedicado a uma economia do cuidado.

8.3. COOPERAÇÃO E ARTICULAÇÃO

Ao lado da questão da articulação federativa (ver *infra* capítulo 10), há ao menos três exemplos que ilustram a constatação de que toda a ordem social depende de certa coevolução e acoplamento entre políticas de estado e iniciativas ancoradas nos demais sistemas – economia, saúde, educação. Assim, a disjunção mítica entre o público e o privado perde lugar para a pergunta sobre a forma como a política se acopla seletivamente aos demais sistemas sociais (referidos tradicional, mas enganosamente, como a “sociedade civil” ou o “setor privado”).

A primeira situação diz respeito à provisão de serviços públicos. A obrigação constitucional de que o Estado os proveja, enquanto meio adequado à efetivação dos direitos prometidos, deixa em aberto a questão: o estado deve garantir o acesso (à saúde, à educação, à cultura, ao emprego), mas tal obrigação correspondente aos direitos pode ser desincumbida pela provisão direta de bens e serviços, pela regulação dos negócios privados ou, como ocorre na prática, pela combinação de ambas as formas. Assegurar a universalidade do acesso acaba por envolver, enfim, um terceiro gênero mediador entre essas categorias: aquele que se refere aos pontos de articulação entre a infraestrutura pública e seus serviços e a garantia do provimento de bens e serviços no mesmo setor por organizações fora do Estado – de fins lucrativos ou não (empresas, associações, ONGs, negócios sociais).

Assim, do lado dos serviços públicos – exemplarmente os de saúde –, em vez da provisão em massa de serviços de baixa qualidade (cuja universalidade é comprometida tanto pela falta de recursos quanto pelo desinteresse que as classes mais influentes têm, ao se refugiarem em planos de saúde privados), uma diretriz plausível seria a especialização do Estado em prover os serviços básicos e atuar prospectivamente no desenvolvimento tecnológico daqueles serviços mais custosos e complexos. Entre esses extremos, não há a única opção de abertura à competição privada e respectiva regulação, mas também as formas de parcerias com organizações sociais e cooperativas na oferta público-privada de bens e serviços essenciais (UNGER, 2009 [2005], p. 85-7; 2015c [2013], p. 246-7; 2015b, p. 66; 2001b [1987], p. 470).

Termos de colaboração e contratos de gestão entre o poder público e “organizações sociais” – isto é, entidades sem fins lucrativos (associações, fundações, cooperativas) – podem instituir seleção competitiva, financiamento público, acompanhamento por metas e responsabilização dos dirigentes pelos recursos recebidos e serviços prestados (e.g. BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 317-26; 1998, p. 235-50). Ou mesmo se pode pensar em parcerias público-privado-comunitárias (AMATO, 2018b), envolvendo negócios sociais e investimento de impacto socio-ambiental, por associação entre investidores privados, capital estatal e fornecedores auto-organizados de serviços produtivos, ambientais, educacionais, sanitários, culturais. Uma vantagem da prestação de serviços públicos por entidades não estatais é a maior flexibilidade para contratação de pessoal e insumos, além de parâmetros de administração profissional, com eficiência e autonomia gerencial.

Esses serviços não são atividades naturalmente monopolísticas, a sugerirem exploração direta pelo estado, com especiais riscos em caso de privatização. Por outro lado, a universalidade de cobertura que se pretende de um sistema público pode contrastar com a falta de interesse privado em investir em certos mercados, serviços e regiões. O financiamento parcial pelo Estado, a partir de seleção competitiva, permite a estruturação de um setor público não estatal – que não é departamento do Estado, com seus poderes e competências, nem puramente empresa privada, com desempenho mensurado por lucro.

Educação e saúde, por exemplo, dependem altamente de informações sobre preço e qualidade e da possibilidade de escolha efetiva (e de “saída”), variáveis que podem não ser articuladas nem puramente pelo mercado, nem centralizadamente pelo Estado. A produção das artes, por outro lado, é presa fácil de preferências e favorecimentos estatais, ou da distorção mercadológica que reproduz assimetrias, barreiras e limites da cultura industrializada pelos meios de comunicação de massa. Fenômeno análogo ocorre com o jornalismo. O fomento ao pluralismo – à dispersão de produtores e provedores, à democratização do acesso aos recursos e meios para essa produção – é importante em todos esses casos.

Para que surta seus efeitos em melhoria da eficiência, e também em independência de injunções políticas, essa política de parcerias depende de que haja incentivos, regras e políticas que levem à multiplicação dessas organizações, que facilitem a associação dos profissionais das artes, da educação, da saúde. Só assim pode haver pluralismo de candidatos, parceiros e métodos, e uma seleção realmente competitiva.

Noto, por outro lado, que a provisão de serviços públicos dentro da própria estrutura do Estado pode vir a ganhar atributos especiais de autogestão, experimentalismo e controle do desempenho. Nesse sentido, instituições de excelência em setores como ciência, educação ou saúde podem vir a firmar contratos de autonomia (ver *e.g.* ESCOLA BÁSICA DA PONTE, 2013) que expandam suas prerrogativas de desvio dos regimes-padrão, fazendo-as servir de laboratórios para práticas inovadoras, a serem progressivamente disseminadas.

Um segundo exemplo de parceria, análoga àquela com organizações sociais para a provisão de serviços públicos, é a comunitária. Por exemplo: por seu potencial de repercussão de vantagens e desvantagens econômicas, a educação é outro setor sensível das políticas públicas. O vínculo entre escola e família é crítico na potencialização do sucesso ou do insucesso escolar. A escola tem que muitas vezes compensar a incompetência das famílias em prover os pré-requisitos cognitivos e comportamentais para o estudo. Como nos direitos sociais de modo geral, a política educacional depende de o estado prover infraestrutura e receber informação e apoio de comunidades desestruturadas, que atuam como rede de proteção e monitoramento das políticas implementadas (UNGER, 1998, p.182-7).

O terceiro cenário refere-se à política econômica. Aqui estão em jogo de um lado as formas de financiamento do estado (assegurar uma arrecadação elevada e um gasto redistributivo) e, de outro, a política agrícola, comercial e industrial. A expressão mais avançada dessas políticas, fora do planejamento central burocrático e além da regulação da concorrência, é a expansão da atividade econômica pela multiplicação do empreendedorismo, o que demanda formas descentralizadas de coordenação dos recursos estatais (conhecimento, dinheiro, poder) com parceiros privados. Redes de cooperação produtiva, articularem associações, empresas e entes públicos, dão a moldura institucional para tais políticas.

No desenho das relações interorganizacionais (entre empresas e entre as empresas e órgãos de Estado – bancos públicos, instituições de fomento, centros de pesquisa, etc.), tem-se destacado a necessidade de formatar arranjos cooperativos de modo a facilitar a autocorreção da tomada de decisões econômicas por uma forma descentralizada de parceria entre organizações públicas e privadas, entre o Estado que apoia o mercado e o monitora, as empresas que levam informações e demandas de apoio institucional ao Estado e organizações intermediárias de coordenação experimental (SABEL; REDDY, 2006; UNGER, 1998, p. 187-212). Entre essas organizações, contam-se órgãos de fomento, agências de promoção do empreendedorismo, centros de pesquisa e desenvolvimento, instituições educativas de qualificação da produção, empresas públicas, bancos públicos e fundos competitivos capazes de ofertarem crédito ao empreendedor segundo critérios de mercado, mas a partir de um fundo central com recursos mobilizados pelo estado (ver *supra* 3.5., sobre a relação entre propriedade e imunidade individual e sobre a ideia de um fundo rotativo de capital).

8.4. REFORMAS EXPERIMENTAIS

Permeia todo este livro a ideia de reforma das instituições constitucionais. Essas reformas abrangem a organização e a interdependência entre os poderes de estado em geral, a relação entre administração e política e, homologamente, a articulação federativa. Reformas da burocracia pública são, portanto, apenas um caso particular. A ideia de reforma experimental aqui referida serve, portanto, de observação pertinente a outros capítulos deste livro.

Uma maneira de experimentar fragmentariamente mudanças em organização e procedimento é o *bypass* institucional (PRADO, 2011; 2017), isto é, a construção de rota alternativa que em um primeiro momento não põe em xeque o caminho tradicional de solução de problemas e processamento de determinadas demandas. Um exemplo seria a própria estruturação de um poder reconstrutor, para tratar em primeira mão de casos de correção e reorganização institucional hoje judicializados ou mal atendidos pelos poderes e agências existentes (*supra* 2.4.).

Em vez de consertar instituições disfuncionais, remendando-as ou substituindo-as completamente, pode-se projetar uma via expressa que desvie delas, criando novos mecanismos capazes de cumprir suas funções e novos circuitos decisórios, que contornem as vias bloqueadas ou necrosadas. Essas reformas podem mais facilmente superar resistências advindas da cultura e das rotinas entrincheiradas nos órgãos tradicionais. Podem ser implementadas mesmo com recursos escassos, iniciando como projetos-piloto, sem pretensão de deslocar desde já todo o velho “sistema”. A esse resultado de substituição se pode chegar incrementalmente, conforme a eficiência comparativa comprovada pela experiência. Assim, já se começa a construir uma alternativa antes de colocar por terra o *modus operandi* usual. Por ora, agrada-se a todos, ampliando as opções, e diminui-se a incerteza, a aversão à mudança e a oposição dos que são preteridos por essa metamorfose institucional.

A competição entre o caminho usual e a nova organização ou procedimento elucidará as forças e fraquezas, as potencialidades e limitações de cada esquema de trabalho. Um dos cenários possíveis, inclusive, é

a inovação experimental retroalimentar a institucionalidade preexistente ou absorvê-la, provocando mudanças mais amplas de regras e regimes, carreiras e procedimentos. Outro é abortar a inovação que não passe nos testes. Enquanto esses novos enxertos se crescem e se institucionalizam, revitalizando parte da organização estatal ou de suas articulações com serviços privados, criam-se e mobilizam-se os recursos – econômicos, políticos, tecnológicos, cognitivos e humanos – necessários para dar dimensão e sustentação à mudança estrutural. Isso inclui organizar e mobilizar uma maioria que, entendendo-se beneficiada pela reforma, apoie contra as minorias que não de armar-se contra a mudança, sabotá-la, boicotá-la, defendendo suas antigas posições e privilégios. Envolve, ainda, dar tempo para que a mudança formal se institucionalize, seja enraizada nos costumes e crenças, remodelando-os. Há que se ter liderança continuada, finalmente, para reduzir os riscos de que a mudança venha a ser absorvida pelo “sistema” apenas de forma parcial e inócua, com a menor perturbação aos valores e vícios dominantes.

CAPÍTULO 9. JURISDIÇÃO

Na cultura jurídica contemporânea, este capítulo seria o primeiro, se não o único, de um livro de Direito Constitucional. Ou tudo o que fosse abordado seria considerado sob o prisma específico da interpretação constitucional e da argumentação judicial – prisma específico tomado, porém, como geral. Desse ponto de vista, a rotina pragmática de solução de problemas pela administração pública aparece idealizada como uma falha persecução dos fins normatizados no texto constitucional. A legislação aparece como uma atividade deliberativa pouco refinada para a consideração dos princípios e propósitos e a valoração dos valores sagrados constitucionalmente. Apenas a arena judicial parece capacitada para argumentar sobre a filosofia moral e, interpretando o que seja a dignidade da pessoa humana, a igualdade ou a liberdade, selar qual o direito vencedor em um conflito e definir como honrá-lo. Assim argumentando, juízes até mesmo representariam a cidadania, que talvez pela hipótese de um novo contrato social houvesse “terceirizado” a expressão de seu entendimento e vontade à razão togada.

É certo que o sucesso de tais pontos de vista responde a um problema estrutural, a crônica ilegitimidade dos poderes políticos e sua incapacidade deliberativa e decisória. Neste livro propus, porém, outra via de resposta: a reorganização constitucional dos poderes, em vez da atribuição a um só poder da responsabilidade de gerenciar crises e incertezas geradas por uma rotina estatal que não cabe mais no formulário clássico – sem dele poder abrir mão, ao menos como ponto de partida. Por isso é que, apenas a esta altura do livro, situadas e detalhadas as tarefas e formas dos outros poderes, ramos e funções, pode-se pesar e medir a dimensão e o conteúdo específico da jurisdição, comparativamente e no quadro mais abrangente da institucionalidade político-jurídica (lembrar, porém, das discussões anteriores sobre interpretação constitucional, *supra* 1.5., e juízo baseado em direitos, *supra* 3.6.).

9.1. RAÍZES HERMENÊUTICAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Vale lembrar que em muitos países, especialmente sob a influência europeia (sobretudo do constitucionalismo alemão pós Segunda Guerra Mundial), a aposta na interpretação judicial como método e arena próprios para a correção do direito diante de uma realidade social que ele indevidamente sanciona ou parece incapaz de transformar inclui doutrinas que propugnam a constitucionalização do direito, a interpretação idealista de todos os ramos do direito público e privado à luz dos princípios constitucionais e a eficácia contra terceiros dos direitos fundamentais (por exemplo, a aplicação de preceitos básicos de igualdade a relações privadas). Também nos Estados Unidos a teoria do direito encontrou, em sua resposta idealista aos cétricos que haviam desacreditado o formalismo, aliado poderoso na teoria política normativa. Os direitos podiam ser interpretados como expressões de uma ordem moral latente sob a desordem das regras jurídicas. Em seus sucessivos processos de independência, descolonização, descomunização e redemocratização, as novas constituições de países da Ásia, África e América Latina replicaram o empoderamento das cortes supremas para guardar suas constituições e velar sobre os poderes políticos.

Mas o que é precisamente essa nova semântica dos direitos constitucionais avançada pelo idealismo jurídico na segunda metade do século XX?⁵⁵ Sua base institucional é a difusão global do controle de constitucionalidade, que levou juízes e cortes supremas ou constitucionais ao papel de protagonistas na cena jurídica – e política. Os programas e as políticas do estado social eram antes de tudo questões administrativas; agora, mesmo se vestidos apenas por normas constitucionais aspiracionais, os direitos sociais vêm ao lado dos direitos civis para o centro do direito, demandando decisões vinculantes na abordagem artesanal do trabalho judicial; não se satisfazem simplesmente com o acesso politicamente definido e a produção em massa de serviços públicos pela burocracia estatal. Com a judicialização desses direitos, caminha também a judicialização de uma série de decisões que em

55 Ver e.g. Tushnet, 1999; Hirschl, 2004; Ginsburg, 2008; Bomhoff, 2013; Möller, 2012; Stone Sweet, 2000; Bellamy, 2013.

outros tempos seriam consideradas “questões políticas”. Cortes assumem-se como vanguardas do progresso social ou como conservatórios de tradições nacionais. Se Kelsen frisava a subordinação dos juízes ao parlamento e imaginou as cortes constitucionais como instituições especializadas, apartadas do judiciário, para resolver disputas entre os ramos do governo, seu papel na divisão de trabalho estatal e sua semântica alteraram-se radicalmente, a começar por uma revivescência do direito natural no pós-guerra.

A difusão global do controle de constitucionalidade empodera e é empoderada por uma semântica correlata: de um lado, a ascensão do discurso dos direitos – dos direitos humanos e dos direitos constitucionais (ver *supra* 1.10.); de outro, o “modelo global” (alemão-americano) de justificação, argumentação e interpretação centradas em direitos, incluindo teorias de direitos como princípios, de sopesamento e proporcionalidade e outras tantas hoje cultuadas.

Mixaram-se influências da “jurisprudência” realista e sociológica, que preconizava no início do século a consideração e o sopesamento de “interesses” – formas de abertura do direito à observação de seu ambiente social – com notas de uma visão autoritária da constituição como “ordem objetiva de valores”, como moralidade imanente em progresso histórico racional – uma ressurreição do idealismo alemão contra o positivismo democrático e o pluralismo axiológico.

Os realistas e céticos desacreditaram o formalismo centrado em regras, a interpretação jurídica como reprodução da autonomia do direito. Os idealizadores, por sua vez, não aceitaram a amplitude dos juízos empíricos e normativos extrajurídicos (éticos, econômicos, políticos, científicos) que seriam demandados por essa partida do formalismo. Preferiram ancorar o raciocínio jurídico em lugares comuns de um discurso moral institucionalmente agnóstico. Isto é, como os formalistas do século XIX, cultuaram fórmulas e formas dos textos normativos como se dessem uma solução definitiva para cada setor e problema da organização social. Seria possível aos juízes definir contextualmente se houve ou não boa-fé, quais políticas avançam a liberdade de iniciativa ou quais medidas atentam contra a dignidade humana. A objetividade do discurso jurídico estaria resguardada

diante da indefinição do dissenso ideológico e da discricionariedade da solução de problemas pela burocracia. Métodos de sopesamento e juízos de proporcionalidade preservariam a competência das cortes diante dos poderes políticos e as legitimariam como árbitros dos conflitos entre poderes – afinal, o discurso judicial apresenta uma argumentação contrafática universalista, *como se* os próprios cidadãos tomassem decisões democraticamente.

Como toda corrente de ideias da moda, essas teorias idealizadoras do direito vivem duas vidas: de um lado, sua aplicação prática, imersa nas culturas, tradições e instituições que marcam determinada ordem jurídica e política; de outro, sua precisão conceitual e elaboração reflexiva. Assim, é possível criticar os usos e abusos de princípios sem condenar seus teóricos. Ocorre que, quando corretamente aplicadas, essas teorias tendem a substituir a deliberação democrática – nas arenas e procedimentos da política – pelos consensos da cúpula judicial (em geral, não forte o suficiente para sustentar-se sem o alinhamento às cúpulas políticas), nos limites de seu esclarecimento. A objetividade, a univocidade de sentido e a integridade de valor de uma ordem jurídica, construídas pelo teste das melhores hipóteses interpretativas, devem garantir a justiça contra a discricionariedade. Entretanto, levam o judiciário a compensar a incompetência da política e a adentrar-se nas zonas da autonomia pública e privada das quais deveria ser sentinela. Por outro lado, há o resultado oposto, de expansão da discricionariedade. Nesse sentido, quando praticados em sincretismo com a sofística jurídica tradicional, em ordens constitucionais com doutrinas pouco estruturadas e esclarecedoras, os malabarismos principiológicos abrem margem à vazão dos favorecimentos e arbítrios, com potencial para desestruturar mesmo a impessoalidade formal filtrada por regras mais bem definidas e menos flexíveis, menos suscetíveis a serem moldadas segundo interesses e valores que adentram a penumbra da interpretação judicial. (e.g. NEVES, 2013 [2011], cap. 4.)

A tentativa de evocar um “patriotismo constitucional” e discernir uma “identidade constitucional” própria, supraideológica, diferente da agregação contingente das correntes de opinião da política democrática, parece ser outra resposta idealizante típica (e.g. ROSENFELD,

2010). O estado democrático de direito supõe a institucionalização de organizações e procedimentos que enviesem o mínimo a tomada representativa de decisões, incluindo dispositivos de segurança para prevenir a captura total e perene do estado pelo grupo político momentaneamente no poder. Na visão idealizada da cultura constitucional, a substituir fundamentos anacrônicos de um nacionalismo fugidio, pretende-se adensar um consenso sobre valores capaz de dar respostas às mais variadas questões – que se tornam todas questões constitucionais. Forma-se uma comunidade imaginária pela idealização teórica, a substituir o dissenso politicamente vocalizado.

Ao pretender barrar o direito contra a invasão da política, essas empreitadas acabam por viabilizar antes o reverso. Apenas para dar um sentido da contingência e da novidade dessa semântica constitucional, ressalto duas observações. A primeira: ainda nos anos de 1970, contrapondo-se aos céticos e aos idealistas, Hart (1983 [1977], p.124-5) comentava o protagonismo judicial como uma novidade e peculiaridade dos Estados Unidos, cuja suprema corte decidira declarar a inconstitucionalidade de atos dos governos federal e estaduais e desenvolvera padrões de razoabilidade, controlando não apenas o devido processo legal formal, mas também o substancial, na proteção da liberdade e da propriedade. A segunda observação é a crítica de Unger à indisposição para com a política democrática na teoria jurídica e constitucional dominante nos Estados Unidos – e, logo, no mundo.

Os dois pequenos segredos sujos da teoria do direito contemporânea na época da análise jurídica racionalizadora são a sua dependência de uma visão hegeliana de direita da história social e jurídica e seu desconforto com a democracia: o culto do triunfo histórico e o medo da ação popular. O hegelianismo de direita encontra expressão em uma prática cotidiana que enfatiza a astúcia da história em desenvolver a progressão de uma ordem racional em direção à eficiência alocativa, ou a esclarecimentos da responsabilidade institucional ou a princípios do justo moral e político a partir do material não promissor do conflito e do compromisso histórico. O desconforto com a democracia aparece em todas as áreas da cultura jurídica contemporânea: na identificação incessante de restrições ao poder da maioria, e não de restrições ao poder das minorias dominantes, como responsabilidade primor-

dial dos juizes e juristas; na conseqüente hipertrofia de práticas e arranjos contramajoritários; na oposição a todas as reformas institucionais, particularmente aquelas destinadas a aumentar o nível de engajamento político popular, como ameaças a um regime de direitos; na equação dos direitos de propriedade com os direitos de dissidência; no esforço de obter dos juizes, sob a capa de melhorar a interpretação, os avanços que a política popular não consegue obter; no abandono da reconstrução institucional aos momentos raros e mágicos da refundação nacional; no foco unilateral em juizes superiores e em sua seleção como a parte mais importante da política democrática; em um ideal de democracia deliberativa como mais aceitável quanto mais próximo em estilo a uma conversa educada entre cavalheiros em uma sala de estar do século dezoito; e, ocasionalmente, no tratamento explícito do governo partidário como uma fonte subsidiária, de última instância, da evolução jurídica, a ser tolerada quando nenhum dos modos mais refinados de solução jurídica se aplica. Medo e aversão ao povo sempre ameaçam tornar-se as paixões dominantes dessa cultura jurídica. Longe de se limitarem a variantes conservadoras da doutrina jurídica contemporânea, essas paixões deixaram sua marca no pensamento jurídico centrista e progressista. (UNGER, 1996, p. 72-3)⁵⁶

Assim como não constitucionalizou direitos sociais (embora tenha construído sistemas públicos de previdência e assistência), o presidencialismo americano não incorporou essas inovações do constitucionalismo social europeu. Os Estados Unidos exemplificam, porém, outra faceta do centro organizado da política: sua relação com o centro organizado do direito. Em sua expressão tardia, de final do século XX e início do XXI, esse constitucionalismo social-democrata passou a alistar como aliado o contrapeso judicial aos centros políticos de decisão. A materialização do direito – a inclusão de conteúdos indeterminados, pouco moldados por regras formais – abriu espaço à idealização dos preceitos constitucionais por referência a princípios, propósitos, políticas e valores, textualizados ou apenas insinuados nos textos normativos. Descrente da mudança direta e disruptiva do

56 Inspirado também por esse diagnóstico (ver WALDRON, 1999, p. 8-10), Waldron procura dar um novo status de justificação à “dignidade” da legislação em contraponto à jurisprudência.

direito pela via política (bloqueada pela permanência de arranjos que levam ao impasse, produzem desmobilização e estreitam o escopo das mudanças legislativas), o jurista passou a apostar na correção que as cortes poderiam providenciar ao direito posto, arrumando-o a favor de minorias excluídas do poder e contra interesses poderosos injustificáveis por uma interpretação o mais neutra e impessoal possível do sentido da constituição (um sentido pretensamente metaideológico, compartilhável por todo o “sujeito constitucional”, o povo).⁵⁷

Assim, incongruente, a periferia da política (movimentos sociais, partidos, grupos de pressão) buscou o centro do direito, usando a decisão jurídica como bloqueio à decisão política ou como nova rodada no conflito por poder e direito. Obviamente, tal expectativa só se tornou verossímil após a consolidação da social-democracia, pois em um primeiro momento as cortes eram justamente as adversárias da legislação social, opondo o formalismo liberal a um Estado interventor. Mas essa expectativa de progressismo das cortes também pode ser frustrada para além de ganhos de curto prazo, seja pela proximidade entre poder político e as cortes superiores com especial influência na modelagem do direito constitucional (o que impede as decisões de saírem do consenso entre os poderes e os poderosos), seja pelo contra-ataque conservador dos poderes políticos a juízes muito “ativistas”, driblando e desfazendo as conquistas sentenciadas.

57 Para o caso americano, ver *e.g.* Tushnet (2008), sobre o tratamento de pretensões econômicas e sociais pelo controle judicial de constitucionalidade; e Horwitz (1998), para uma avaliação histórica do paradigma da atuação judicial progressista, a “Warren Court”.

9.2. LIMITES DA COMPENSAÇÃO DE INCOMPETÊNCIAS

Nessas observações sobre o judiciário, parto do entendimento sustentado neste trabalho de que se trata de um dos atores envolvidos em medidas que podem ser interpretadas como voltadas à concretização e garantia do exercício de direitos básicos. Como o último refúgio dessas salvaguardas, a ser invocado na falha dos demais poderes e instruído pelas limitações de um processo judicial, os juízes hão de ter em mente, de um lado, a proibição da denegação de justiça e os deveres insitos à garantia do acesso à justiça e do devido processo legal. Mas, de outro, hão de considerar que – sendo partes de uma complexa engrenagem de poderes dentro e fora do estado – seus planos de voo precisam ser bem traçados para evitar derrapagens quando são colocados na linha de frente de uma medida que tenta compensar a incompetência desses outros poderes.

Remarco, então, dois aspectos a serem considerados na atuação judicial, especialmente em vista de sua tarefa de guarda da constituição. O primeiro diz respeito à relação entre autonomia e transparência, vínculo este que vale para qualquer poder, mas adquire conotações especiais para “o mais apolítico dos poderes” – o judiciário. Se não autônomo, o judiciário torna-se mero repetidor do governo, reforçando riscos autoritários, ou é instrumentalizado na disputa partidária e deixa de zelar pelos direitos segundo a interpretação do direito posto. Sem transparência, porém, a toga cobre vícios e manobras corporativistas, que desligam o serviço judicial de seu enquadramento republicano e democrático.

O segundo aspecto diz respeito ao que acabei de descrever no final do item anterior: ao tomar para si o papel de um desvio, de rota alternativa (*bypass*) dos órgãos e processos políticos, o judiciário toma medidas cuja legitimação é menos enraizada, e que podem mais facilmente serem despistadas e desconstruídas pelo contragolpe (*backlash*) e pela retaliação dos poderes políticos, que poderão habilmente provocar reflexos e recuos nos avanços sentenciados, mas não amplamente corroborados pela legislação e pela rotina administrativa do estado.

O popularmente alegado contramajoritarismo das cortes constitucionais, assim como a atividade desestabilizadora e reconstrutiva (vide

supra capítulo 2), podem facilmente suscitar uma desestabilização jurídica anulada pela restabilização política. Assim, a mobilização social e a coordenação política, suscitada por uma chefia de estado e por redes “interpoderes”, são as bases de sustentação de decisões com efeito durável que revertam expectativas e descontentem poderes e interesses entrincheirados.

Apesar da miragem de encontrar no direito e nas cortes a proteção equitativa das demandas às quais a surda política não responde, nem a decisão judicial mais heroica, iluminada e contra-hegemônica pode providenciar resultados duradouros se não sustentada por alianças com outros poderes de estado e pela pressão e colaboração dos grupos interessados. De outro modo, a sentença torna-se mero símbolo, enquanto sua mecânica correspondente é desmantelada e seus resultados, revertidos.

Quando se tornam o árbitro do conflito entre poderes políticos – das suas omissões decisórias, as paralisias programadas pela técnica dos freios e contrapesos e o medo das instabilidades geradas por um árbitro externo (o povo) – e assumem uma função moderadora, as cortes, notadamente no controle de constitucionalidade, assumem o trabalho especificamente político de tomada de decisões coletivamente vinculantes. A política torna-se marionete do direito. E o judiciário se sobrecarrega com “tarefas policêntricas”.

O termo “policêntrico” advém de um estudo de Michael Polanyi (1951 [1946]) sobre o dinheiro como meio de expressão social de desejos complexos e subjetivos, dificilmente mensuráveis por outro padrão objetivo, e assim como ferramenta para uma distribuição racional dos bens. Para definir a distribuição de renda que aumentaria a satisfação de um sem deprimir o estado de outro, teríamos que proceder por aproximações sucessivas, considerando a cada etapa um centro de necessidades (uma pessoa, um robô) e ajustando-o em relação a outros, e assim por diante, com novos reajustes. Esse seria, afinal, um problema “policêntrico”. Pode-se interpretar que Fuller (1978 [1961], esp. pp. 394-404) aplicou, por analogia, à esfera pública do direito – os direitos e deveres – o que Polanyi havia dito sobre a esfera pública da economia: o mercado e sua lógica de precificação e ajuste de demanda e oferta.

O exemplo de Fuller é a hipótese de, em um sistema comunista, a definição de preços e salários ser gerenciada por cortes, que teriam que alterar esses tabelamentos conforme as variações de oferta e demanda. Seria uma tarefa policêntrica, a evocar a imagem de uma rede que precisa distribuir tensões entre seus diversos nós e que é submetida dinamicamente a uma mudança de pressões, adquirindo variadas formas. Tribunais só conseguem gerenciar essas situações complexas de maneira precária e provisória – e, ainda, como já notava Fuller, quando transitam para técnicas mistas, moderando o julgamento autoritativo por formas de negociação e codeterminação junto às partes que detêm o saber específico, mas também o interesse na causa.

A ancoragem dos juízes na opinião pública e a consequente tradução de toda demanda de políticas em controvérsia de direitos leva a uma captura do processo governamental por um de seus agentes – justamente aquele que, em vez de gerenciar crises e incertezas, deve ser o fiador da integridade jurisprudencial e, por essa via, da higidez da deliberação democrática e da correção das escolhas governamentais em relação aos parâmetros do estado de direito, como transparência, não contradição e isonomia. Como periferia da política, os tribunais não devem capturar a política, mas antes catalisar o diálogo público, alertando a opinião pública para ilicitudes e omissões e pressionando os poderes políticos para que tomem suas decisões. Se a falta de densidade legislativa e concretização administrativa torna o caso indecidível – a não ser pela remissão a fórmulas gerais e lugares comuns facilmente prestantes à abertura da argumentação judicial a um livre jogo de analogias fracas, sofismas moralizantes e conflagração ideológica –, ele demanda não soluções de fundo hercúleas, mas sim redefinição institucional. Para proceder a tal tarefa, os juízes teriam que dar a volta por cima do material interpretativo que têm às mãos, reconfigurando a própria moldura sob a qual esse corpo de direito há de ser interpretado e aplicado. Portanto, em um quadro não apenas de divisão de poderes, mas de estado de direito democrático, diferenciado em uma série de formas (entre político e jurídico, administrativo e judicial, democrático e técnico), a decisão judicial de casos difíceis deve ser em grande medida inconclusiva – isto é, deve remetê-los às arenas decisórias propícias para a deliberação, a expressão inclusiva do consenso entre as partes envolvidas e interessadas e a formação complexa de consenso no cruzamento de processos participativos, representativos e técnicos.

9.3. VARIEDADES DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

É preciso considerar a variedade de posturas institucionais adotáveis pelas cortes no controle de constitucionalidade e no julgamento sobre direitos fundamentais, particularmente os direitos econômicos e sociais já não individual ou coletivamente atribuídos (acesso a serviços e benefícios fora dos critérios universalistas programados por política pública e implementados pela administração). Considerando a variabilidade institucional dos centros dos sistemas político e jurídico, há as formas alternativas de organização dos poderes políticos consagradas na diferença presidencialismo/ parlamentarismo (e um *continuum* de formas mistas), assim como os modos cambiantes de “interação” entre os poderes políticos e os tribunais, o que pode ser representado pela diferença entre variedades de controle ou revisão judicial fraca ou forte, ou entre ativismo e autocontenção judicial.

Uma tipologia da atuação judicial no campo dos direitos públicos ressalta ao menos cinco modelos, que podem inclusive ser integrados pragmaticamente por uma mesma corte: uma corte “catalítica”, que desenvolva parâmetros diferentes de intervenção para séries diversas de casos, adotando seletivamente os variados estilos de atuação (YOUNG, 2012, cap. 5).⁵⁸ Esses modelos de revisão judicial podem ser redescritos nos termos da institucionalidade interna dos sistemas jurídico e político, especialmente em termos do centro e da periferia desses sistemas (*supra* 1.4.).

A indeterminação típica da positivação de direitos repousa em um paradoxo de institucionalização: tanto atrai apoio quanto gera um problema de alocação de autoridade decisória; e na medida em que se tomam decisões sobre a interpretação de um direito, a especificação de sentido diminui seu suporte difuso, aumentando o dissenso e exigindo a legitimação do órgão decisório e das medidas de implementação por ele determinadas. Por exemplo, a decisão interpretativa sobre se um direito é exigível judicialmente em demandas individuais ou se é apenas uma diretriz para a interpretação da legislação e o desenho de políticas públicas gerará descontentes entre aqueles que de início poderiam concordar sobre a previsão textual de um mesmo direito.

58 A autora vê na Corte Constitucional da África do Sul um exemplo de uma corte “catalítica” (cap. 6).

Se afirmada uma modalidade mais ativa, em vez de mais contida, de atuação judicial, a corte determinará medidas para a implementação do direito que tendem a perder a base textual de apoio (referência à decisão programante) e a voltá-la para uma atividade criativa, ela mesma programante (e não programada pela política). Precisarão então argumentar de modo a justificar a precedência de sua autoridade frente a outros tomadores de decisão, invocando, por exemplo, a omissão contumaz do legislativo em disciplinar legalmente o exercício do direito ou a inaptidão do executivo para apresentar medidas administrativas para a implementação do direito prometido.

O primeiro e mais tradicional modelo é o da revisão judicial *deferente*, da autocontenção das cortes diante dos poderes políticos. Aqui o centro do sistema jurídico busca uma restrição interpretativa ao determinar as obrigações de implementação de direitos. Entende-se que a periferia do sistema jurídico – mas centro do sistema político – é mais bem equipada, em termos normativos e cognitivos, para a decisão sobre os meios de proteção, respeito, promoção e realização de direitos que sejam apenas genericamente postos, por decisões programantes (constitucionais ou legais), como programas finalísticos (*supra* 1.5.). As duas modalidades básicas de expectativas que conformam a estrutura da sociedade e suas instituições estão aqui envolvidas. Direitos são instituições com uma ampla carga de normatividade – daí o extenso debate sobre “direitos morais”. Por outro lado, os meios de implementação trazem o desafio técnico da comparação de meios alternativos e escolha de procedimentos mais eficazes – um problema cognitivo. Além do que possa ser avançado por uma interpretação mais ou menos formalista das decisões programantes, a corte entende não poder decidir; afinal, seu *métier* não é definir como executar programas finalísticos, mas apenas aplicar regras, programas condicionais, e impor às autoridades públicas as obrigações aí definidas, e na medida em que previamente definidas. Como direitos individuais costumam ser programados condicionalmente, são eles o foco da atividade judicial. Quanto a direitos coletivos ou “difusos”, as cortes (transformando programas finalísticos em condicionais, como já referido *supra* 3.6.) podem sobretudo exortar os poderes políticos a tomarem alguma medida ou invalidarem medidas consideradas irrazoáveis, desproporcionais, insuficientes ou inadequadas (sem proporem providências específicas, atuando apenas como “legislador negativo”).

Se aceitarmos a diferença entre interpretação e implementação, a corte deferente é aquela que busca restringir sua atividade ao primeiro termo. Ainda, na diferença entre centro e periferia dos sistemas político e jurídico, aqui se tem uma alocação mais ou menos rígida de decisões programantes ao centro da política (e periferia do direito) e de decisões programadas ao centro do direito, o judiciário.⁵⁹ Organizações da periferia do sistema político que não o judiciário – partidos políticos, movimentos sociais, ONGs, “terceiro setor” e outras “partes interessadas” – não estão envolvidas na tomada de decisão. Isso explica a adesão confortável de uma corte deferente a um modelo estrito de separação de poderes.

Diante da corte deferente, parece que uma necessidade da corte mais ativista – capaz de propor (ou impor) medidas para além da estrita interpretação da constituição e das leis – seria justamente ampliar sua base de legitimação. E um dos meios parece ser justamente integrar procedimentalmente organizações típicas da periferia do sistema político ou mesmo buscar um “diálogo” com o centro político, uma codeterminação das medidas de implementação do direito, em vez de impor uma decisão a respeito ao legislativo e ao executivo. Diante do mesmo problema enfrentado pelas cortes deferentes – a decisão sobre implementação de direitos entra no campo de autoridade e conhecimentos dos poderes políticos –, cortes ativistas respondem com solução diversa: a integração procedimental das organizações políticas na própria tomada de decisão judicial. Fora a corte deferente, as demais cortes apresentadas na tipologia que estamos discutindo parecem optar de alguma forma por uma solução semelhante de aproximação da política. Daí que as discussões sobre controle judicial de constitucionalidade possam hoje ser diferenciadas entre separação

59 Para uma defesa desse modelo em termos da teoria dos sistemas, ver Campilongo (2011 [2000], esp. p. 169-74), apontando para a necessidade de incrementar a periferia do direito principalmente em termos de programas (legislação e contratos), evitando assim o “hipercontato intrassistêmico”, isto é, a sobrecarga do centro do direito (tribunais) por questões passíveis de serem resolvidas na periferia. Mas é preciso acrescentar que a periferia é adensável não apenas por programas, mas também por organizações (caso de novos poderes, agências administrativas ou mesmo instituições não estatais).

dos poderes clássica *versus* politização da justiça e judicialização da política (para manter a primeira opção, porém, seria preciso diferenciar mais poderes, agências e procedimentos – desenvolver novos subsistemas). No caso, a politização da justiça em discussão não diz respeito à entrada de preconceitos ideológicos na justificação da decisão judicial ou a outros fenômenos, mas sim à aproximação funcional das organizações: tribunais e organizações políticas. Já a judicialização da política aqui discutida diz respeito ao controle judicial de políticas públicas, das medidas administrativas tidas como concretizadoras de direitos juridicamente assegurados.

O segundo modelo de atuação judicial no juízo sobre direitos fundamentais é o oposto do primeiro: a corte que não é deferente aos poderes políticos e à discricionariedade administrativa, mas pratica um *controle peremptório*. O escrutínio da legislação e da política pública é rigoroso e a corte tem três opções: julgar as normas ou medidas como constitucionais, como inconstitucionais e inválidas ou lançar mão de mecanismos interpretativos como a fixação de uma interpretação conforme a constituição, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem revisão de texto ou mesmo modalidades de legislação judicial em caso de constatação de omissão legislativa na regulamentação de dispositivo constitucional (*e.g.* sentenças aditivas). Nessa linha, o centro judicial procura compensar a incompetência do centro político, avançando sobre o escopo da decisão parlamentar.

O terceiro tipo é o do “diálogo institucional” ou do controle de constitucionalidade “conversacional”, pelo qual as cortes buscam distribuir o escopo da decisão por vias formais e informais de consulta e negociação com os poderes políticos. O caso paradigmático é o dos esquemas de controle de constitucionalidade “fraco”, pelos quais a corte toma uma decisão provisória que pode ser superada a seguir pela deliberação parlamentar. O controle de consistência com direitos protegidos é então combinado com a última palavra (provisória, ao menos naquele ciclo decisório) da representação política (*e.g.* WALDRON, 2006).

A quarta e a quinta modalidades já foram discutidas (*supra* 2.2.2.): trata-se do controle judicial burocrático e centralizado sobre processos

de reestruturação de organizações, regras e procedimentos (o exemplo da injunção estrutural clássica do caso *Brown*) ou de sua contrapartida experimentalista, que substitui a dinâmica de controle e comando judicial de cima para baixo por uma supervisão coordenada com os próprios agentes sancionados a reconstruírem suas práticas conforme os parâmetros legais e constitucionais definidos na sentença.

Quanto à possibilidade de uma mesma jurisdição constitucional adotar hibridamente os modelos – isto é, variar seu perfil de atuação conforme a demanda –, é preciso que a corte desenvolva uma sensibilidade política, superando a seletividade quanto a tipos de direitos (segundo os dualismos tradicionais), pesando os interesses afetados (com atenção à extensão do impacto sobre as camadas mais vulneráveis e desprotegidas da população) e negociando com os poderes políticos – partindo de uma posição de reforço às arenas decisórias representativas, e apenas progressivamente dosando a medida de comando judicial. Por exemplo, da posição deferente de legislador negativo, a corte só passará para um controle fraco de constitucionalidade, com a reabertura da decisão final ao parlamento, se esse controle for necessário para despertar a inércia política; e só passará para o controle judicial mais forte ou mesmo para uma intervenção reestruturante se verificado um bloqueio completo e um vácuo de agentes mais capazes a tomar as decisões coletivamente vinculantes ou liderar o conserto localizado de uma prática sistematicamente inconstitucional. Essa liderança situacional da corte em relação à concretização constitucional e à promoção da fruição efetiva dos direitos dependerá de variáveis da história política e da cultura constitucional de cada país – variáveis que assegurem aos juízes, e à suprema corte particularmente, a confiança necessária para que haja um consenso presumido a apoiar essa prerrogativa de escolher, conforme o caso, de modo customizado, como agir e em que medida atuar. O cenário muda, ainda, se a institucionalidade constitucional adicionar ou reforçar a opção por mecanismos de democracia semidireta (*supra* 4.4.), pelos quais a soberania popular pode expressar-se sem terceirizar a expressão de sua vontade seja a políticos, seja a juízes.

9.4. TAREFAS JUDICIAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O primeiro capítulo tratou de formatar um modelo da constituição como instituição de ligação entre direito e política e mapeou a morfologia desses sistemas (*supra* 1.4.). Como alternativa à visão da constituição como espécie de moralidade transversal ao direito e à política, reiterou tratar-se de um dispositivo bivalente, com uma oscilação entre os códigos jurídicos e políticos – mais precisamente entre direitos e opinião pública, entre poderes políticos, administração pública e tribunais, entre partidos, grupos de pressão e advocacia pública e privada – que jamais se resolve. O ponto de chegada foi abrir caminho para precisar os direitos como o ambiente interno do sistema jurídico e localizar aí o caráter dos direitos públicos em contraponto aos direitos privados.

Já na avaliação da visão normativa à luz da qual os direitos públicos podem ser remodelados, a crítica das vertentes dominantes clássicas e contemporâneas de fundamentação do constitucionalismo (*supra* 1.3.) foi acompanhada do esboço das diretrizes para uma reforma do constitucionalismo que atualize suas instituições à luz das fricções que o figurino clássico das constituições provoca ao ser aplicado e replicado à experiência social contemporânea (*supra* 1.7.). Ainda, o mapeamento e a crítica de modelos de direitos sob as diversas institucionalidades sugeriram a proposição de traços que guiem um novo modelo de direitos públicos. O modelo esboçado, contudo, não é pura ideia da razão. Abstrai e generaliza linhas verificáveis em experiências constitucionais ao redor do mundo.

Observa-se então uma assimetria fundamental entre a esfera constitucional organizada e a esfera pública constitucional: direitos não guardam relação unívoca com poderes de estado e são responsáveis por garantir um excedente de possibilidades não atualizadas e não atualizáveis diante da implementação viabilizada pela organização estatal. Assim como direitos de participação realizam-se sobretudo por meio dos poderes políticos (em eleições, plebiscitos, comissões e audiências), vigiados por órgãos administrativos e judiciais, direitos de imunidade demandam a proteção judicial individualizada e o monitoramento dos serviços coordenados pela administração pública. Direitos de desestabilização e de autonomia são a face mais encoberta

do constitucionalismo; demandam novas estruturas de governo, em um figurino de coordenação entre sistemas funcionais e sistemas organizacionais que foge aos limites dos poderes de estado tradicionalmente imaginados como autossuficientes e dirigistas.

Os direitos de imunidade reproduzem a imagem tradicional do direito subjetivo moldado à luz paradigmática da propriedade: uma zona de discricionariedade com limites de obrigações e responsabilidades decorrentes da titularidade, tudo definido claramente desde o princípio pela legislação e pela administração, com grande redução da complexidade quando há conflitos que chegam ao judiciário – a certeza formal das regras e o mínimo de investigação fatural devem garantir a definição das pretensões em jogo, reafirmando expectativas contrariadas. Esse modelo de estruturação do ambiente interno do direito como zona de deveres e direitos exclusionários e bem delimitados não é, porém, único, como bem ilustram os direitos de desestabilização. Por mais que a legislação e regulamentos administrativos possam definir parâmetros para a avaliação de situações persistentes de violação das normas constitucionais conforme as organizações e procedimentos sob escrutínio, a judicialização do conflito abre aqui campo de discricionariedade muito maior do julgador e necessidade de avaliação empírica extensa. Daí a proposta de um novo poder de estado e/ ou de procedimentos muito mais abertos à cooperação entre julgador e violador e a um trabalho gerencial experimentalista. O ambiente interno do direito, nesse caso, trata de pretensões sobrepostas, titularidades fluidas (por vezes grupos indelimitáveis) daqueles submetidos às arbitrariedades e distorções de rotinas de trabalho ou mesmo ao “totalitarismo organizacional”.

Dessa variável conformação da esfera pública do direito resulta, como evidente, uma diferenciação das dinâmicas de preferência e sobreposição de competências entre poderes do estado – culminando no caso da estruturação de novos poderes. Mas também os vínculos entre as esferas públicas do direito e da política – entre direitos e opinião pública – são modelados diversamente. A rigidez da definição prévia (ao exercício) dos direitos de imunidade visa a bloquear demandas coletivas invasivas sobre a intangibilidade individual. A garantia da participação democrática, do voto, por si só, não implica proteção suficiente contra um estado que se volte opressivamente contra seus

cidadãos. As liberdades públicas e as garantias individuais reforçam essa zona de autonomia privada, mas não são suficientes se não complementadas, em um mesmo “pacote”, com os mínimos sociais em termos de infraestruturas públicas e benefícios sociais (que imunizam os riscos de exclusão e vulnerabilidade por meio de esquemas universais de solidariedade econômica). Quanto mais garantido em sua imunidade pessoal, mais o cidadão poderá apoiar uma política transformadora, sustentada por uma ampliação das ocasiões e do escopo da participação.

Os direitos de autonomia, por sua vez, associam-se ao reconhecimento, pela ordem estatal, de uma variedade de ordens jurídicas não homeomórficas, como as ordens privadas corporativas (de âmbito organizacional, setorial, transnacional) e as ordens jurídicas de povos autóctones. Aqui a esfera pública do direito reconhece a programação do sistema jurídico global por ordens múltiplas, em uma heterarquia de contatos e colisões. Os direitos de autonomia não de ser desenhados de forma minimalista no que se refere a restrições de “ordem pública” de cunho material, e devem abrir espaço para a garantia do devido processo na ordem autônoma reconhecida. Os direitos de participação, imunidade e desestabilização são já válvulas de escape das situações de subjugação que essas ordens parcialmente apartadas das ordens estatais (nacionais, internacionais ou supranacionais) poderiam de outra forma entrincheirar.

Tal painel das configurações variadas dos direitos constitucionais e dos direitos humanos não é mais do que primeiro passo vacilante a ilustrar as dificuldades de uma abordagem dos direitos como instituições, diante da herança conceitual da teoria do direito e da sociologia, diante da complexidade descritiva das relações constitucionais entre política e direito e diante das justificações normativas concorrentes ao redor das variedades de constitucionalismo. Apenas exemplifica um potencial de análise das experiências constitucionais emergentes que rompe os limites de um modelo canônico definido de uma vez por todas, como por vezes se pretende resumir a semântica da constituição. O risco dessa análise, por sua vez, é perder-se em considerações avizinhas ao direito, mas que parecem fugir ao seu trabalho de rotina. É o custo de se fugir da mentalidade estreitamente forense e dos problemas da interpretação do direito posto para imaginar

a transformação do direito pelos meios adequados. É a decorrência da morfologia do direito traçada para além de seus subsistemas judiciais. Ademais, uma observação da interface entre política e direito – mais especificamente, a constituição estatal – apenas poderia superar essa oscilação entre sistema político e sistema jurídico na própria reflexão se ela construísse seu objeto de modo distorcido e inverossímil.

Entretanto, o modelo aqui apresentado de direitos fundamentais não foge à questão da judicialização; pelo contrário, permite esboçar um quadro das tarefas judiciais correlatas. Por exemplo, um direito constitucional pode ser traduzido em fruição concreta por algum indivíduo destes ou daqueles serviços ou medidas. Cabe à legislação e à administração definirem as políticas para implementação desse direito e as condições pessoais de acesso a tal serviço. À primeira vista, algumas medidas básicas cabem ao judiciário: (1) executar a fruição concreta de algum serviço específico por pessoa que cumpra os requisitos definidos nas regras legislativas ou administrativas; (2) avaliar se as medidas existentes servem adequadamente àquele direito substancial, como estabelecido em algum texto normativo, e então definir parâmetros procedimentais e talvez substantivos para a reestruturação (pelos poderes políticos e pela burocracia) da política pública existente; (3) garantir o acesso específico, para um indivíduo ou grupo, a um bem ou serviço não fornecido pelas políticas e serviços públicos existentes; e (4) garantir acesso a bens ou serviços fornecidos pelas políticas e serviços existentes, mas para pessoa ou grupo que não cumpra os requisitos estabelecidos das políticas existentes.

Na primeira situação, o direito é diretamente executável e funciona como direito de imunidade (e.g. direito à saúde, à educação, à moradia) ou de participação. As situações (3) e (4) implicam desvio das políticas existentes, uma exceção justificada pelos defeitos da política pública e/ou pela severidade das circunstâncias. Esse exercício de casuismo judicial é um problema não excepcional para as decisões judiciais, mas estamos ainda lidando com direitos de imunidade ou de participação e com a jurisdição convencional. Direitos de imunidade são previsões *determinadas* (já legislativa ou administrativamente) de pretensões, em comparação com direitos de desestabilização ou de autonomia (que apenas ganham determinação no momento de aplicação).

A diferença em relação ao padrão normal de jurisdição reside na situação (2), em que a política mesma deve ser corrigida de uma vez por todas. Quando não há qualquer política, ela deve ser criada. Para além do estado, há uma situação reproduzida por partes privadas que é tão severa que não pode ser imunizada ao alcance de suas liberdades e outras pretensões sustentadas pelo direito privado ou público. Nesse caso, estamos usualmente lidando com uma infração organizacional insistente da ordem normativa básica que o direito público expressa como mandamento não apenas para o estado, mas para toda a sociedade e seus sistemas. Esse ilícito tenaz requer uma mudança estrutural, mudança nas rotinas e procedimentos da organização. Essa mudança requer um plano de reformas. Cabe às cortes desenharem e implementarem esse plano. Agora estamos lidando com direitos de desestabilização. A indeterminação desses direitos – e a tarefa correspondente, ampla e profunda, de definir medidas para assegurar a fruição concreta desses direitos, em uma escala massiva – coloca dúvidas sobre a consideração estratégica de se o judiciário deve ser o primeiro agente da tarefa, ou se essa tarefa seria mais bem atribuída a uma agência específica. Então, as cortes apenas seriam demandadas para controlar o trabalho dessa agência quando alguém reclamasse sobre a violação de um direito de imunidade, sobre uma ilegalidade perpetrada pelo próprio procedimento reestruturador. Enquanto esse poder de Estado não existe, o judiciário pode funcionar compensando a incompetência do arranjo institucional existente para lidar com esse tipo de violação massiva de direitos.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado aos direitos de autonomia, cujos limites de exercício precisam ser aferidos contextualmente e setorialmente. Haverá autorregulações empresariais, institucionalizadas por cortes arbitrais, procedimentos internos de monitoramento, códigos de conduta e diretrizes corporativas. Haverá institucionalidades diferenciadas quanto ao direito de povos autóctones e suas práticas de reafirmação da ordem e solução de conflitos. Órgãos administrativos setoriais, nos diferentes ministérios, podem dar conta de criar parâmetros e gerenciar em primeira mão esse exercício da autorregulação. Mas, quando a controvérsia chegar ao judiciário, será necessária uma avaliação customizada dos tipos de problemas envolvidos em cada ordem e da adequação das molduras legislativas e administrativas a sustentarem tal autonomia coletiva.

CAPÍTULO 10. FEDERAÇÃO

No que diz respeito ao desenho do centro organizado da política, a contraparte da diferenciação funcional dos poderes e competências é a diferenciação territorial. Aí se distingue, principalmente, um federalismo baseado na divisão rígida de competências, que impõe às unidades federadas uma cópia estrita da organização moldada no governo federal; ou a concentração de competências estanques na união, com competências apenas residuais para os níveis subnacionais de governo. Assim, em termos de formas de Estado, o potencial de inovação é cortado não apenas pela centralização do Estado unitário, mas por uma descentralização simétrica em estilo de federalismo que veda formas de organização e atuação alternativas aos estados e localidades, apesar de lhes atribuir autonomia administrativa e política, legislativa e financeira.

O contraste com o federalismo clássico seria um federalismo cooperativo que ampliase a autonomia dos estados, explorando seu potencial de servirem como “laboratórios de democracia e experimentação” (como descreveu o juiz da Suprema Corte dos EUA Louis Brandeis, em 1932), testando soluções econômicas, políticas e sociais sem arriscar todo o país nessas iniciativas – que, caso bem sucedidas, poderiam servir de paradigma para outros estados e regiões.

O federalismo não apenas cooperativo, mas experimentalista, funciona não apenas pelo desenho de competências legislativas e materiais comuns e concorrentes, como também pela combinação de prerrogativas de desvio experimental, por parte de estados, localidades e regiões, de certas normas comuns, definidas nacionalmente; pela combinação de metas, controles e apoios nacionais com liberdade das unidades federativas para traçar as estratégias de qualificação de sua estrutura burocrática e de seus serviços e políticas; pela articulação multinível, em arenas de política regional, coordenação horizontal (entre estados ou entre municípios) e coordenação vertical (entre estados e municípios, entre estados e governo federal). Anéis entre essas várias camadas contribuiriam para institucionalizar uma cooperação federativa mais capaz de estruturar, implementar e sustentar políticas comuns, atentando para as diferenciações de demandas e recursos em cada local e setor.

10.1. AUTONOMIA ESTENDIDA

Já vimos o que direitos de autonomia representam enquanto reconhecimento e regulação de uma pluralidade de ordens jurídicas que se intersectam com os problemas constitucionais domésticos (*supra* capítulo 5). Em termos da ordem jurídica nacional, o movimento análogo e reforçante daquele seria ampliar a devolução de poderes a autoridades inferiores (mas com garantias contra o estabelecimento de zonas de hierarquia e discricionariedade incontroladas) e, em termos territoriais, aumentar a autonomia de regiões e localidades para estabelecer formas desviantes de organização e gestão (da educação, por exemplo), em uma exceção qualificada aos modelos nacionais. Devoluções qualificadas de poder às instâncias locais também ampliariam a diversidade federativa.

Não apenas um Estado unitário ou um federalismo centralizador diferenciam-se dessa imagem de fomento ao experimentalismo federativo.⁶⁰ Também a descentralização pura e simples não responde ao problema da inovação no governo e na gestão, com a experimentação de soluções por cada unidade e região. Há dois princípios clássicos. O primeiro é o da subsidiariedade; recomenda que medidas e competências sejam alocadas o máximo possível nas instâncias mais locais e mais próximas do cidadão; apenas a necessidade de coordenação de ações, a solidariedade redistributiva ou a incapacidade gerencial dos níveis locais conduz à dimensão estadual ou nacional a definição e implementação de certas matérias e políticas. O outro princípio, da especialização funcional, visa a racionalizar a administração pela atribuição de cada tarefa a um agente, evitando sobreposições, rivalidades e retrabalhos. Com isso, evita também desvios, testes e variedade.

Por contraste, um federalismo cooperativo pode aumentar a autonomia dos entes federados ao mesmo tempo em que amplia, por essa própria prerrogativa de desvio, a capacidade de ação do governo central. Dois mecanismos ajudam a ativar o poder central, enquanto empoderam os níveis estaduais e locais de governo.

60 Para a crítica e a proposta subsequente, ver Unger, 2001b [1987], p. 474-6; 2001a [1985], p. 184-6; 2001a [1988], p. 155-6; 2011 [2008], p. 68; 2018.

O primeiro é o direito condicional de optar fora da moldura institucional básica, definida por simetria à imagem das formas de organização do governo central. Em estados unitários, trata-se de fortalecer a devolução às regiões. As unidades da federação, as regiões e localidades, em todo caso, hão de dispor da prerrogativa de sair condicionalmente do quadro organizativo e procedimental estabelecido como padrão nacional. As condições são que seu “direito alternativo” efetivamente sustente regras de igualdade entre os que são por ele regulados e que não possa submeter ninguém a relação de subjugação perene. Aqui um controle judicial por referência a imunidades individuais pode combinar-se a direitos de desestabilização e à respectiva ação reconstrutiva. Ou mesmo a intervenção federal poderia ser ativada.

O segundo mecanismo é o direito do governo local de testar formas alternativas de organização, é a devolução qualificada de poder do governo central aos governos estaduais e locais. Pode ser uma transferência temporária e condicional de certas competências. O essencial é que haja garantias que evitem o fortalecimento dos despotismos e privilégios locais. Deve haver formalização dessa autonomia estendida a determinada unidade federativa. Há que se instituir e regular órgãos e procedimentos como câmaras supervisoras, pareceres *ad hoc* e instâncias de monitoramento e avaliação internas à unidade da federação e externas a ela (ver, sobre mecanismos múltiplos de controle, *supra* 8.1.).

Em todo caso, um federalismo experimentalista pode sustentar a quebra da simetria dos graus de autonomia de entes federados da mesma classe: a autonomia ampliada pode ser reconhecida somente aos entes que pleiteiem correr esses riscos e se legitimem para tanto (como nas autonomias diferenciadas em um estado unitário), assim como pode ser reconhecida só setorialmente: para o desenvolvimento de apenas algumas políticas públicas, em certa área, fora do uniforme moldado pelo regime federativo. Essa prerrogativa de desvio há de ser temporária, condicional e excepcional, embora factível; há de ser provocada pelos entes com um projeto coerente com este meio e analisada – *a priori* e *a posteriori*, segundo seus resultados – por órgãos administrativos, legislativos ou judiciais (inclusive, por exemplo, por instâncias transfederativas ou de política regional).

10.2. PADRÕES NACIONAIS E CAPACITAÇÃO INSTITUCIONAL

A institucionalidade padrão de um federalismo cooperativo sustenta-se, de um lado, na separação menos rígida das competências entre os níveis da federação, com competências concorrentes de legislação e ação administrativa, e, de outro, em mecanismos de solidariedade econômica e redistribuição de recursos entre as regiões.

Pelos custos e tempos de informação e coordenação, a centralização das políticas públicas tende à ineficiência. Por outro lado, a descentralização pura e simples desrespeitará a isonomia, se produzir como resultado a oferta de serviços de qualidade variável conforme o grau de desenvolvimento econômico relativo da localidade ou região. Lembre-se que a justificação da solidariedade federativa está em tratar igualmente os cidadãos do mesmo país. Resultam obrigações a serem desincumbidas não apenas por transferências e subsídios, mas também e sobretudo pelo apoio à capacitação institucional das instâncias de governo subnacionais – e pela cobrança dessa qualificação.

A descentralização administrativa e política pode ser solapada pela centralização financeira e orçamentária. Para combinar responsabilmente essas descentralizações, sem ampliar as margens para arbitrariedades e dependências locais, é preciso desenvolver padrões de qualidade e investimento universais, nacionais, e sob tais parâmetros e controles abrir espaço para a diferenciação regional das demandas e o aperfeiçoamento das capacidades gerenciais e técnicas no nível local. Não basta formalizar a responsabilidade solidária dos entes federados perante o cidadão e usuário dos serviços públicos; é preciso regulamentar a responsabilização da gestão em cada nível de governo pelo descumprimento dos padrões qualitativos e quantitativos de qualidade e investimento (ver ainda, *supra* 3.3., a referência à ideia de leis de responsabilidade em matéria de políticas públicas). Também a redução da autonomia federativa, pela intervenção federal, é remédio para crises agudas, mas não induz o aperfeiçoamento progressivo dos entes com competências e obrigações compartilhadas. Muito menos é suficiente a sanção pelo congelamento do repasse de verbas e transferências, ou pela suspensão de convênios e consórcios federativos – pune-se o ente subnacional, mas também seus cidadãos e não se conserta o sistema para o futuro (CHAVES, 2010).

Fora do cenário das cidades globais e metrópoles de um país, e de seus estados e regiões mais estruturados politicamente e mais diferenciados economicamente, a universalidade abstrata do estado nacional – monopolizador do poder, democraticamente legitimado, juridicamente limitado, com padrões de impessoalidade e certeza na administração pública – resiste a se enraizar nas realidades locais heterogêneas. Por isso, a capacitação institucional é condição para a descentralização, e esta pode progredir de forma diferenciada e condicional, passo a passo com o desenvolvimento – com apoio público e privado, estadual e nacional – das capacidades estatais. Essas capacidades envolvem recursos pessoais, tecnológicos e organizacionais para programar as políticas públicas, da concepção à execução, do monitoramento à correção; para tomar decisões sem injeção particularista e obscura do poder econômico paroquial; para monitorar e cobrar o desempenho e o profissionalismo do serviço público; para atuar segundo os ditames de um estado de direito (legalidade, impessoalidade, eficiência, isonomia, universalidade), monopolizando de fato o exercício da violência; para efetivamente impor a cobrança e praticar a arrecadação tributária; e, finalmente, para instituir instâncias e procedimentos de controle não capturáveis pela disputa política ou por concessões corporativas.

10.3. ÓRGÃOS TRANSFEDERAIS E POLÍTICA REGIONAL

Um federalismo experimental funda-se na ideia de que as relações “verticais” entre governo nacional e governos estaduais, e entre estes e as localidades, não devem ser apenas de legislação e regulação à distância, mas também basear-se em anéis colaborativos. A ação comum pela coordenação transfederal depende de que o governo nacional abra espaços onde, menos do que comandar, colabora; de que os governos estaduais ou locais definam áreas de colaboração e responsabilidades compartilhadas, políticas regionais conjuntas e recursos comuns, suspendendo dinâmicas de competição predatória; de que se desenvolvam regimes regulatórios que permitam controles e transparência de corpos administrativos semiautônomos, institua meios de solucionar duplicação e sobreposição de serviços, papéis e responsabilidades, mas também desarmem condicionalmente vetos à capacidade das unidades federativas de propor, executar e testar iniciativas (PAINTER, 1998).

Para coordenar o exercício de competências comuns e concorrentes, e superar a acomodação em um esquema de combinação de omissões por parte das diversas instâncias federativas, uma solução é o estabelecimento de órgãos transfederais – com colegiados envolvendo as diversas instâncias da federação e procedimentos de colaboração e troca de informações entre as respectivas estruturas administrativas. Esses órgãos facilitariam o monitoramento, a avaliação e a correção das práticas, em vista dos parâmetros nacionais, com seus índices e métricas, e ajudariam a difundir conhecimentos sobre experiências bem-sucedidas testadas em uma ou outra região ou localidade. Ainda, ajudariam a unificar o planejamento e a fiscalização de uma multiplicidade de políticas e serviços, sob regime capaz de abrir espaço à variedade sem gerar ineficiências, retrabalhos, ações desconexas e desperdício de recursos.

Assim, ao lado da provisão experimental e cooperativa (ver *supra* 8.3.), serviços públicos demandariam outros conjuntos de iniciativas. Tomemos o exemplo da educação pública (UNGER, 2001c, p. lxxxiv). Uma rede de cooperação envolvendo suporte estatal e a comunidade local há de assegurar as condições para a dedicação da criança à escola e ao estudo. Garantias de investimento educacional mínimo para cada criança ou jovem, com a cobrança de desempenho educacional mínimo para cada escola, vêm junto com a redefinição do federalismo cooperativo, articulado em torno de mecanismos de redistribuição (mais recursos para regiões com menor renda *per capita*) e corpos colegiados transfederais de supervisão (ou, em sua ausência, gestores independentes definidos por concurso e/ou indicação judicial, por analogia à recuperação de empresas). Esses órgãos podem fazer intervenções reconstrutivas temporárias, corretivas, em escolas que fracassem em atingir os resultados esperados.

Outra forma de articulação federativa é a política regional. Ela tradicionalmente tomou a forma de órgãos deliberativos regionais a gerirem recursos do governo central. Esses órgãos eram uma resposta ao diagnóstico de que a integração econômica entre regiões com marcadas diferenças de desenvolvimento tendia a causar a concentração de recursos – renda, riqueza e investimentos públicos e privados – nas

regiões mais desenvolvidas, mais capazes de oferecer economias de escala e complementaridade (FURTADO, 2003 [1999]). Era então necessário que o governo central desse compensações e subsídios para as regiões “atrasadas”.

Uma concepção alternativa muda os objetivos e o método da política regional. Entende que ela pode se estruturar como consórcio entre os próprios estados-membros de determinada região – cuja delimitação atenda, sobretudo, às sinergias e vantagens comparativas comuns, existentes ou potenciais. O objetivo, então, é equipar o empreendedorismo emergente e acalentar inovações – novos mercados, tecnologias e formas organizacionais – a partir dos recursos existentes. Para tanto, os fóruns regionais funcionam para orquestrar as políticas voltadas a desenvolver e dominar mais fases da agregação de valor nas cadeias produtivas. Assim, o objetivo regional compartilhado com o qual se afinam as próprias unidades da federação é colocar-se na ponta do desenvolvimento, ao menos em certos setores, em vez de enfileirar-se como vagão na locomotiva dos estados e regiões mais ricos (TEIXEIRA, 2014).

10.4. INOVAÇÃO, DIFUSÃO, RESTABILIZAÇÃO E CORREÇÃO

Se o federalismo cooperativo traçado segundo a direção deste capítulo quer expandir o potencial de inovação das regiões – com os dividendos que a inovação rende em termos de ampliação de democracia, cultura e desenvolvimento –, é preciso estruturar mecanismos de monitoramento, correção e difusão das inovações. Afinal, haverá tentativas e erros nas trajetórias divergentes experimentadas pelas diversas unidades e regiões da federação. Os erros não precisam ser repetidos e, segundo recomenda a solidariedade federativa, as vantagens advindas dos acertos de uns devem ser compartilhadas, difundidas para as demais regiões, estados e municípios. O destino de uma inovação bem-sucedida é, afinal, ser restabilizada, integrada enquanto elemento rotineiro das práticas políticas e gerenciais de toda a federação.

Um federalismo experimentalista demandaria critérios universalistas de mensuração do desempenho, mecanismos de propagação das experiências bem-sucedidas e práticas de tomada de decisão que

incorporassem em seu desenho, implementação e monitoramento os atores locais, a burocracia federal e o judiciário, evitando que as estratégias inovadoras sejam bloqueadas pelo exercício sancionador dos controles administrativos ou judiciais externos. Na divisão de trabalho da descentralização federativa, instâncias nacionais ganham mais liberdade para definir objetivos e estratégias, enquanto instâncias nacionais (ou regionais) determinam e cobram a conformidade com metas e métricas nacionais, agregando informações dos entes federados, comparando suas experiências e disseminando as melhores práticas e experiências de sucesso (DORF; SABEL, 1998).

Os órgãos transfederais referidos são também um epicentro para que se desenvolvam parâmetros corretivos pelos quais as diversas instâncias de governo possam se apoiar no conserto de redes de serviços públicos defeituosas e administrações que persistam no descumprimento dos padrões universais de investimento e gestão. Esses procedimentos corretivos obedecem a raciocínio e método de trabalho análogo ao do poder reconstrutor ou aos direitos de desestabilização discutidos no capítulo 2 *supra*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

*No corpo do texto, sempre que possível as citações vêm acompanhadas do ano de publicação original da primeira versão da obra (ou do trecho citado) entre colchetes. Nesta lista, faço o mesmo.

ABRAMOVICH, Víctor. Courses of action in economic, social and cultural rights: instruments and allies. Tradução de Barney Whiteoak. *SUR – International Journal of Human Rights*, São Paulo, vol. 2, n. 2, pp. 180-216, 2005.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 113, n. 3, p. 633-725, 2000.

———.; ALSTOTT, Anne. *The stakeholder society*. New Haven: Yale University Press, 1999.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. Cultura democrática e presidencialismo no Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 35, p. 21-30, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMATO, Lucas Fucci. *Direito, cultura e direitos*. São Carlos: J.A., 2018a.

———. Formas proprietárias para a inovação e inclusão produtiva: estudo de casos de política industrial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)*, vol. 113, 2018b.

———. *Construtivismo jurídico: teoria no direito*. Curitiba: Juruá, 2017.

———. Os direitos de propriedade como instituição para o desenvolvimento democrático. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)*, n. 30, p. 322-338, 2016.

———. Direitos humanos e sistema econômico: estrutura e semântica de um fragmento constitucional global. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, p. 150-161, 2015.

———. *Constitucionalização corporativa: direitos humanos fundamentais, economia e empresa*. Curitiba: Juruá, 2014.

ANDERSON, Perry. Roberto Unger and the politics of empowerment. In: ———. *A zone of engagement*. London: Verso, 1992 [1989]. p. 130-148.

AUER, Peter. What's in a name? The rise (and fall?) of flexicurity. *Journal of Industrial Relations*, Sydney, vol. 52, n. 3, p. 371-386, 2010.

BACHA, Edmar Lisboa; UNGER, Roberto Mangabeira. *Participação, salário e voto: um projeto de democracia para o Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

- BELLAMY, Richard. Public law as democracy: the case of constitutional rights. In: MAC AMHLAIGH, Cormac; MICHELON, Claudio; WALKER, Neil (Eds.). *After public law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 130-150.
- BILCHITZ, David. *Poverty and fundamental rights: the justification and enforcement of socio-economic rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- BOMHOFF, Jacco. *Balancing constitutional rights: the origins and meanings of postwar legal discourse*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.
- . Citizenship and *res publica*: the emergence of republican rights. *Citizenship Studies*, Cambridge (MA), vol. 6, n. 2, p. 145-164, 2002.
- . *Reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: 34; Brasília: ENAP, 1998.
- BURKE, Edmund. *Reflections on the French revolution*. London: J. M. Dent & Sons, 1910 [1790].
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011 [2000].
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001 [1982].
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective. *Buffalo Law Review*, Buffalo, vol. 27, n. 2, p. 181-292, 1978.
- CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: lessons from the Brazilian case. *Quarterly Review of Economics and Finance*, Champaign, vol. 62, p. 56-65, 2016.
- CASTRO, Marcus Faro de. Análise jurídica da política econômica. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília, vol. 3, n. 1, p. 17-70, 2009.
- . Violência, medo e confiança: do governo misto à separação de poderes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 382, p. 157-180, 2005.
- ČERNIČ, Jernej Letnar. *Human rights law and business: corporate responsibility for fundamental human rights*. Groningen: Europa Law, 2010.
- CHAVES, Vitor Pinto. Políticas públicas e reconstrução do federalismo brasileiro. *Interesse Nacional*, São Paulo, vol. 3, n. 9, p. 38-47, 2010.

COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union*. 7 ed. Boston: Little Brown, 1903 [1896].

CRONIN, Thomas E. *Direct democracy: the politics of initiative, referendum, and recall*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

DAHL, Robert A. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.

DORF, Michael C.; SABEL, Charles F. A constitution of democratic experimentalism. *Columbia Law Review*, New York, vol. 98, n. 2, p. 267-473, 1998.

DUVERGER, Maurice. A new political system model: semi-presidential government. *European Journal of Political Research*, Amsterdam, vol. 8, n. 2, p. 165-187, 1980.

EIDENMÜLLER, Horst. Rights, systems of rights, and Unger's system of rights: part 1. *Law and philosophy*, Dordrecht, vol. 10, n. 1, p. 1-28, 1991a.

———. Unger's system of rights: part 2. *Law and philosophy*, Dordrecht, vol. 10, n. 2, p. 119-159, 1991b.

ELHAUGE, Einer R. The new 'new property'. *San Francisco Chronicle*, San Francisco, 6 nov. 2000.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

ESCOLA BÁSICA DA PONTE. *Contrato de autonomia*. Lisboa: Governo de Portugal, Ministério da Educação e Ciência, 2013. Disponível em: <<http://www.escoladaponte.pt/ficheiros/doc/orienta/CA.pdf>>. Acesso em 2 out. 2017.

EVANS, Peter. The state as problem and solution: predation, embedded autonomy, and structural change. In: HAGGARD, Stephan; KAUFMAN, Robert (Eds.). *The politics of economic adjustment: international constraints, distributive conflicts, and the state*. Princeton: Princeton University Press, 1992. pp. 139-181.

FEDOZZI, Luciano Joel; MARTINS, André Luis Borges. Trajetória do orçamento participativo de Porto Alegre: representação e elitização política. *Lua Nova*, São Paulo, n. 95, p. 181-223, 2015.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities? *Health and Human Rights*, Cambridge (MA), vol. 11, n. 2, p. 33-45, 2009.

FULLER, Lon Luvois. The role of contract in the ordering processes of society generally. In: WINSTON, Kenneth I. (Ed.). *The principles of social order: selected essays of Lon L. Fuller*. Oxford: Hart, 2001 [1972]. p. 187-205.

———. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 92, n. 2, p. 353-409, 1978 [1961].

———. *Anatomy of the law*. Middlesex: Penguin, 1971 [1968].

———. *The morality of law*. 2^a ed. New Haven; London: Yale University Press, 1969 [1964].

FURTADO, Celso. Nova concepção de federalismo. In: D'AGUIAR, Rosa Freire (Org.). *Celso Furtado Essencial*. São Paulo: Penguin Classics; Companhia das Letras, 2013 [1999]. p. 377-385.

GARGARELLA, Roberto. *Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Eds.). *The Oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 81-98.

GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil, and the discovery of solidarity and power in contract law. *Wisconsin Law Review*, Madison, vol. 1985, n. 3, p. 565-579, 1985.

GRABER, Christoph Beat. Using human rights to tackle fragmentation in the field of traditional cultural expressions: an institutional approach. In: ———.; BURRI-NENOVA, Mira (Eds.). *Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment*. Cheltenham: Edward Elgar, 2008. p. 96-120.

———.; TEUBNER, Gunther. Art and money: constitutional rights in the private sphere? *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, vol. 18, n. 1, p. 61-73, 1998.

GREER, Scott L.; RAUSCHER, Simone. Destabilization rights and restabilization politics: policy and political reactions to European Union healthcare services law. *Journal of European Public Policy*, London, vol. 18, n. 2, p. 220-240, 2011.

HABERMAS, Jürgen. On the internal relation between the rule of law and democracy. Tradução de William Rehg. In: ———. *The inclusion of the other: studies in political theory*. Editado por Ciaran Cronin e Pablo De Greiff. Cambridge, MA: MIT Press, 1998 [1995]. p. 253-264.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução de William Rehg. Cambridge, MA: MIT Press, 1996 [1992].

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist papers*. Editado por Lawrence Goldman. Oxford: Oxford University Press, 2008 [1788].

HART, Herbert L. A. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. In: ———. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983 [1977]. p. 123-144.

HARVARD LAW REVIEW. Implementation problems in institutional reform litigation. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 91, n. 2, p. 428-463, 1977.

HAYEK, Friedrich. *The constitution of liberty*. Editado por Ronald Hamowy. Chicago: University of Chicago Press, 2011 [1960].

———. *The road to serfdom*. Editado por Bruce Caldwell. Chicago: Chicago University Press, 2007 [1944].

HEYES, Jason. Flexicurity in crisis: European labour market policies in a time of austerity. *European Journal of Industrial Relations*, London, vol. 19, n. 1, p. 71-86, 2013.

———. Flexicurity, employment protection and the jobs crisis. *Work, Employment & Society*, London, vol. 25, n. 4, p. 642-657, 2011.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the pursuit of justice*. New York: Hill and Wang, 1998.

JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Eds.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley: University of California Press, 2000.

JÄGERS, Nicola M. C. P. *Corporate human rights obligations: in search of accountability*. Antwerpen: Intersentia, 2002.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Tradução de Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912 [1892].

———. *The Declaration of the Rights of Man and of Citizens: a contribution to modern constitutional history*. Tradução de Max Farrand. New York: Henry Holt and Company, 1901 [1895].

- JOAS, Hans. *The sacredness of the person: a new genealogy of human rights*. Tradução de Alex Skinner. Washington: Georgetown University Press, 2013 [2011].
- JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1939 [1927].
- KANT, Immanuel. *The metaphysics of morals*. Tradução de Mary Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1991 [1797].
- KEYSSAR, Alexander. *O direito de voto: a controvérsia história da democracia nos Estados Unidos*. Tradução de Márcia Epstein. São Paulo: Editora Unesp, 2014 [2000].
- KLARMAN, Michael J. Brown, racial change, and the civil rights movement. *Virginia Law Review*, Charlottesville, vol. 80, n. 1, p. 7-150, 1994.
- KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1996.
- KOSKENNIEMI, Martti. Constitutionalism as mindset: reflections on Kantian themes about international law and globalization. *Theoretical inquiries in law*, Tel Aviv, vol. 8, n. 9, p. 9-36, 2007.
- . The police in the temple: order, justice and the UN: a dialectical view. *European Journal of International Law*, vol. 6, n. 1, p. 325-348, 1995.
- KRISTENSEN, Peer Hull; LILJA, Kari. *Nordic capitalisms and globalization: new forms of economic organization and welfare institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- LASSALLE, Ferdinand. On the essence of constitutions. *Fourth International*, New York, vol. 3, n. 1, p. 25-31, 1942 [1862].
- LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 119, n. 8, p. 2312-2386, 2006.
- LIEBMAN, James S.; SABEL, Charles F. A public laboratory Dewey barely imagined: the emerging model of school governance and legal reform. *New York University Review of Law & Social Change*, New York, vol. 28, n. 2, p. 183-304, 2003.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. 2ª ed. Chicago: University of Chicago Press, 1965 [1957].
- LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; Editora Unesp, 2004 [1993].

LOTHIAN, Tamara. The political consequences of labor law regimes: the contractualist and corporatist models compared. *Cardozo Law Review*, New York, vol. 7, n. 4, p. 1001-1073, 1986.

LUHMANN, Niklas. *La economía de la sociedad*. Tradução de Aldo Mascareño. México: Herder, 2017 [1988].

———. *A sociological theory of law*. Tradução de Elizabeth King-Utz e Martin Albrow. 2ª ed. New York: Routledge, 2014 [1972].

———. *Theory of society II*. Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2013 [1997].

———. *Theory of society I*. Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2012 [1997].

———. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2010 [1965].

———. *La política como sistema*. Organização e tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2009a [1998].

———. Causalidad en el sur. Tradução de Arturo Vallejos. *Estudios Sociológicos*, México, vol. 27, n. 79, p. 3-29, 2009b [1995].

———. Beyond barbarism. Tradução de Hans-Georg Moeller. In: MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann explained: from souls to systems*. Chicago: Open Court, 2006 [1999]. p. 261-272.

———. *Confianza*. Tradução de Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 2005 [1968].

———. *Law as a social system*. Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004 [1993].

———. *The reality of the mass media*. Tradução de Kathleen Cross. Stanford: Stanford University Press, 2000a [1996].

———. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. Tradução de Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. *Themis*, Fortaleza, vol. 3, n. 1, p. 153-161, 2000b [1993].

———. La cultura como un concepto histórico. Tradução de Javier Torres Nafarrate. *Historia y Grafía*, Ciudad de Mexico, n. 8, p. 11-33, 1997 [1995].

———. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (Eds.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996 [1990]. p. 129-166.

LUHMANN, Niklas. *Social systems*. Tradução de John Bednarz, Jr. e Dirk Baecker. Stanford: Stanford University Press, 1995a [1984].

———. Why does society describe itself as postmodern? *Cultural Critique*, Saint Paul, vol. 30, p. 171-186, 1995b.

———. An interview with Niklas Luhmann [by David Sciulli]. *Theory, Culture & Society*, London, vol. 11, p. 37-68, 1994.

———. *Risk: a sociological theory*. Berlin: Gruyter, 1993 [1991].

———. *Political theory in the Welfare State*. Tradução de John Bednarz Jr. Berlin: de Gruyter, 1990a [1981].

———. Participation and legitimation: the ideas and the experiences. In: ————. *Political theory in the Welfare State*. Tradução de John Bednarz Jr. Berlin: de Gruyter, 1990b [1987]. p. 219-230.

———. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Tradução de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983a [1974].

———. *Fin y racionalidad en los sistemas: sobre la función de los fines en los sistemas sociales*. Tradução de Jaime Nicolás Muñoz. Madrid: Nacional, 1983b [1968].

———. Politische planung. *Jahrbuch für Sozialwissenschaft*, Stuttgart, vol. 17, n. 3, p. 271-296, 1966.

MARQUARD, Odo. Competence in compensating for incompetence? (On the competence and incompetence of philosophy). In: ————. *Farewell to matters of principle: philosophical studies*. New York: Oxford University Press, 1989a [1974]. p. 22-37.

———. Indicted and unburdened man in eighteenth-century philosophy. In: ————. *Farewell to matters of principle: philosophical studies*. New York: Oxford University Press, 1989b [1978]. p. 38-63.

MARSHALL, Thomas Humphrey. Citizenship and social class. In: ————. *Class, citizenship, and social development*. Westport: Greenwood, 1973 [1949]. p. 65-122.

MATURANA, Humberto R.; VARELLA, Francisco J. *Autopoiesis and cognition: the realization of the living*. Dordrecht: Reidel, 1980 [1972].

MAYHEW, Leon H. *Law and equal opportunity: a study of the Massachusetts commission against discrimination*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1968.

Mirkine-Guetzévitch, Boris. *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*. 2^a ed. Paris: Libraire générale de droit & de jurisprudence, 1936 [1931].

- MÖLLER, Kai. *The global model of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MÖLLERS, Christoph. *The three branches: a comparative model of separation of powers*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MOYN, Samuel. *Christian human rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2015.
- . *The last utopia: human rights in history*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.
- NEUMANN, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism, 1933-1944*. Chicago: Ivan R. Dee, 2009 [1942].
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013 [2011].
- . *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- . *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [2000].
- . *A constitucionalização simbólica*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [1992].
- NINO, Carlos Santiago. Transition to democracy, corporatism, and presidentialism with special reference to Latin America. In: GREENBERG, Douglas; KATZ, Stanley N.; OLIVIERO, Melanie Beth; WHEATLEY, Steven (Eds.). *Constitutionalism and democracy: transitions in the contemporary world*. New York: Oxford University Press, 1993 [1989]. p. 46-64.
- PARKER, Richard D. The past of constitutional theory: and its future. *Ohio State Law Journal*, Columbus, vol. 42, n. 1, p. 223-259, 1981.
- PARSONS, Talcott. Commentary on Clark. *Sociological Inquiry*, Syracuse, vol. 42, n. 3-4, p. 299-308, 1972.
- PAINTER, Martin. *Collaborative federalism: economic reform in Australia in the 1990s*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- POLANYI, Michael. Profits and polycentricity. In: ———. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. Indianapolis: Liberty Fund, 1951 [1946]. p. 170-188.
- PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. Social rights against the poor. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vienna, vol. 7, n. 4, p. 454-475, 2013.

PRADO, Mariana Mota. Institutional bypasses in Brazil: overcoming ex-ante resistance to institutional reforms. In: FORTES, Pedro; BORATTI, Larissa; PALACIOS LLERAS, Andrés; DALY, Tom Gerald (Eds.). *Law and policy in Latin America: transforming courts, institutions, and rights*. London: Palgrave Macmillan, 2017. p. 113-128.

———. *Institutional bypass: an alternative for development reform* Mimeo, 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1815442>>. Acesso em 7 set. 2017.

PRESSMAN, Jeffrey L.; WILDAVSKY, Aaron. *Implementation*. 3 ed. Berkeley: University of California Press, 1984 [1973].

QUIGLEY, John. *Soviet legal innovation and the law of the western world*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

RAMOS, Alcida Rita (Org.). *Constituições nacionais e povos indígenas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

REDDIN, Mike. *Universality and selectivity: strategies in social policy*. Dublin: National Economic and Social Council, 1978.

REICH, Charles A. The new property. *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 73, n. 5, p. 733-787, 1964.

RICCI, Rudá. Por uma lei de responsabilidade social ou... para se contrapor ao estado facilitador. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, n. 33, 2004. Disponível em: <http://conscienciafiscal.mt.gov.br/arquivos/A_7e402ccd-d92e8e109d5154bbf6343e57ModuloIVPorumaleideresponsabilidadesocial.pdf>. Acesso em 8 set. 2017.

RODRIGUEZ, Caio Farah. *Juízo e imaginação: da indeterminação jurídica à inovação institucional*. São Paulo: Malheiros, 2016.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Radical deprivation on trial: the impact of socioeconomic rights in the global south*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

———.; ———. *Cortes y cambio social: cómo la corte constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

ROSENFELD, Michel. *The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community*. New York: Routledge, 2010.

RUGGIE, John. *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie*. Submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, em 7 abr. 2008. Disponível em <<http://daccessddsny>

un.org/doc/UNDOC/GEN/G0/128/61/PDF/G0812861.pdf?OpenElement>. Acesso em 5 maio 2013.

SABEL, Charles F; SIMON, William H. Minimalism and experimentalism in the administrative state. *Georgetown Law Journal*, Washington, vol. 100, n. 1, p. 53-93, 2011.

———.; REDDY, Sanjay. Learning to learn: undoing the Gordian knot of development today. *Columbia Law and Economics Working Paper No. 308*. New York: Center for Law and Economic Studies, 2006.

———.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 117, n. 4, p. 1015-1101, 2004.

SARGENTICH, Lewis Daniel. Dispute-settlement and enforcement. In: ———. *Advanced civil procedure: class actions and injunctions*. Course materials (mimeo). Cambridge, MA: Harvard Law School, 1981.

———. *Complex enforcement*. Mimeo. Cambridge, MA: Harvard Law School, 1978.

SCHWARTZBERG, Melissa. *Democracy and legal change*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SCIULLI, David. *Corporate power in civil society: an application of societal constitutionalism*. New York: New York University Press, 2001.

———. *Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-Marxist critical theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SEN, Sarbani. The 'public interest' in India: contestation and confrontation before the Supreme Court. *Diogenes*, Paris, vol. 60, n. 3-4, p. 27-44, 2013.

SHUE, Henry. *Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy*. 2ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1996 [1980].

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007 [1967].

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010 [2005].

SIMON, Herbert A. UBI and the flat tax. In: VAN PARIJS, Philippe. *What's wrong with a free lunch?* Editado por Joshua Cohen e Joel Rogers. Boston: Beacon, 2001. p. 34-38.

SKINNER, Quentin. A third concept of liberty. *Proceedings of the British Academy*, London, vol. 117, chap. 7, p. 237-268, 2002.

SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de; VIEIRA, José Ribas. *Recall*, democracia direta e estabilidade institucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 51, n. 202, p. 43-57, 2014.

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

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven; London: Yale University Press, 2008.

TEIXEIRA, Carlos Sávio. A economia política da transformação do nordeste: de Furtado a Unger. *Caderno CRH: Revista de Ciências Sociais do Centro de Estudos e Pesquisas em Humanidades da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, vol. 27, n. 70, p. 201-214, 2014.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Tradução de Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.

———.; FISCHER-LESCANO, Andreas. Cannibalizing epistemes: will modern law protect traditional cultural expressions? In: GRABER, Christoph; BURRI-NENOVA, Mira (Eds.). *Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment*. Cheltenham: Edward Elgar, 2008. p. 17-45.

———. Juridification: concepts, aspects, limits, solutions. In: ———. (Ed.). *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*. Berlin: de Gruyter, 1987. p. 3-48.

TRIBE, Laurence Henry. The emerging reconnection of individual rights and institutional design: Federalism, bureaucracy, and due process of lawmaking. *Creighton Law Review*, Omaha, vol. 10, n. 3, p. 433-449, 1977 [1976].

TUSHNET, Mark. New institutional mechanisms for making constitutional law. *Harvard Public Law Working Paper*, Cambridge (MA), n. 15-08, p. 1-18, 2015.

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

———. “Sir, yes, sir!”: the courts, congress and structural injunctions. *Constitutional Commentary*, Minneapolis, vol. 20, n. 1, p. 189-203, 2003.

———. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

UNGER, Roberto Mangabeira. *A economia do conhecimento*. Tradução de Leonardo Castro. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

- UNGER, Roberto Mangabeira. Part II: The Critical Legal Studies Movement. In: ———. *The Critical Legal Studies Movement: another time, a greater task*. London: Verso, 2015a [1982]. p. 77-210.
- . Part I: Another time, a greater task. In: ———. *The Critical Legal Studies Movement: another time, a greater task*. London: Verso, 2015b. p. 1-75.
- . Conclusion: The task of the social innovation movement. In: NICHOLLS, Alex; SIMON, Julie; GABRIEL, Madeleine (Eds.). *New frontiers in social innovation research*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2015c [2013]. p. 233-251.
- . Reconstrução do estado: gestão pública e controle. In: SEMINÁRIO REFORMA GERENCIAL 20+20, 2015, São Paulo. *Palestra*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2015d.
- . Part I. In: ———.; SMOLIN, Lee. *The singular universe and the reality of time: a proposal in natural philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015e. p. 1-348.
- . *The religion of the future*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2014.
- . Qual reforma política? *O Globo*, Rio de Janeiro, 30 jun. 2013.
- . A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 257, p. 57-72, 2011 [2008].
- . *The universal history of legal thought*. Mimeo, 2010. Disponível em: <<http://robertounger.com/english/pdfs/UHLT.pdf>>. Acesso em 3 jul. 2015.
- . *The left alternative*. London: Verso, 2009 [2005].
- . The transformative imagination and the world trading system. In: BARRY, Christian; REDDY, Sanjay G. *International trade & labor standards: a proposal for linkage*. New York: Columbia University Press, 2008a. p. 135-140.
- . *O direito dos povos indígenas de construir direitos*. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos, 2008b.
- . *The self awakened: pragmatism unbound*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007a.
- . *Free trade reimagined: the world division of labor and the method of economics*. Princeton: Princeton University Press, 2007b.
- . Justiça racial já. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 13 jan. 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. *European constitutionalism: proposals for an agenda of debate*. Mimeo, 2002. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/english/docs/europe1.pdf>>. Acesso em 3 jul. 2015.

———. *A segunda via: presente e futuro do Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2001a [1979-2001].

———. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. From *Politics*, a work in constructive social theory. 2ª ed. London: Verso, 2001b [1987].

———. Introduction to the new edition. In: ———. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. From *Politics*, a work in constructive social theory. 2ª ed. London: Verso, 2001c. p. xvii-cxxix.

———. *Democracy realized: the progressive alternative*. London: Verso, 1998.

———, WEST, Cornel. *The future of American progressivism: an initiative for political and economic reform*. Boston: Beacon, 1998.

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

———. *A alternativa transformadora: como democratizar o Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1990 [1977-1990].

———. *Social theory: its situation and its task*. A critical introduction to *Politics*, a work in constructive social theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

———. *Passion: an essay on personality*. New York: Free Press, 1984a.

———. *Knowledge & Politics*. New York: Free Press, 1984b [1975].

———. A program for late twentieth-century psychiatry. In: ———. *Passion: an essay on personality*. New York: Free Press, 1984c [1980].

———. *Law in modern society: toward a criticism of social theory*. New York: Free Press, 1976.

VANDENBERG, Paul. Is Asia adopting flexicurity? *International Labour Review*, Genève, vol. 149, n. 1, p. 31-58, 2010.

VAN PARIJS, Philippe (Ed.). *Arguing for basic income: ethical foundations for a radical reform*. London: Verso, 1992.

VASAK, Karel. A 30-year struggle: the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. *The Unesco courier*, Paris, n. 10, p. 29-32, 1977.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e o campo indigenista no Brasil: uma abordagem interdisciplinar. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 111, p. 339-379, 2016.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006.

———. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon, 1999.

WANG, Daniel W. Liang; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Reaching out to the needy? Access to justice and public attorneys' role in right to health litigation in the city of São Paulo. *SUR – International Journal of Human Rights*, São Paulo, vol. 10, n. 18, p. 159-179, 2013.

WEAVER, Russell L. The rise and decline of structural remedies. *The San Diego Law Review*, San Diego, vol. 41, n. 4, p. 1617-1632, 2004.

WEBER, Max. The profession and vocation of politics. In: ———. *Political writings*. Tradução e edição de Peter Lassman e Ronald Speirs. Cambridge: Cambridge University Press, 1994a [1919]. p. 309-369.

———. Parliament and government in Germany under a new political order. In: ———. *Political writings*. Tradução e edição de Peter Lassman e Ronald Speirs. Cambridge: Cambridge University Press, 1994b [1917]. p. 130-271.

YACK, Bernard. Toward a free marketplace of social institutions: Roberto Unger's "super-liberal" theory of emancipation. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), vol. 101, n. 8, p. 1961-1977, 1988.

YOUNG, Katharine G. *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

