

RAMO RECONSTRUTIVO, MINICONSTITUIÇÕES E *BYPASSES* INSTITUCIONAIS: ESTRATÉGIAS CONTRA O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

RECONSTRUCTIVE BRANCH, MINICONSTITUTIONS AND INSTITUTIONAL *BYPASSES*: STRATEGIES AGAINST ABUSIVE CONSTITUTIONALISM

VERA KARAM DE CHUEIRI¹
GUSTAVO DALPUPO DE LARA²³

RESUMO: O objetivo geral deste artigo é desenvolver as bases teóricas e normativas de estratégias institucionais que possam contribuir para inibir a prática do constitucionalismo abusivo por emendamento constitucional. Seu objetivo específico é demonstrar a compatibilidade entre os conceitos de miniconstituição e *bypass* institucional como passo inicial em favor da expectativa indicada pelo objetivo geral. São apresentados os elementos primários de um modelo de desenho institucional que imporia à técnica de emendas à Constituição um rito alternativo inspirado no experimentalismo democrático. A hipótese central da pesquisa, sustentada pela literatura que a informa, é de que o emprego desse rito, internamente a um esquema de reorganização e multiplicação dos ramos de governo, criaria obstáculos adicionais potencialmente inibitórios ao emendamento

241

¹ Professora Titular de direito constitucional do departamento de direito público da Faculdade de Direito da UFPR (programas de graduação e pós-graduação). Possui graduação em Direito pela UFPR(1987), mestrado em direito pela UFSC (1993), mestrado em filosofia pela New School for Social Research (2000) e doutorado em filosofia pela New School for Social Research (2004). É pesquisadora PQ2 do CNPq e do Centro de Estudos da Constituição, CCONS/PPGD/UFPR. É coordenadora do Núcleo Constitucionalismo e Democracia do CCONS/PPGD/UFPR. Foi editora da Revista da Faculdade de Direito da UFPR (2008-2013), vice-diretora da Faculdade de Direito da UFPR (2008-2015) e diretora da Faculdade de Direito da UFPR para o quadriênio 2016-2020. Foi pesquisadora visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Yale, New Haven, EUA (2015-2016), com bolsa CAPES. Foi professora visitante na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Portugal (2010), com bolsa projeto Erasmus e foi pesquisadora visitante no Menschen Rechts Zentrum da Universidade de Potsdam, Alemanha (2007), com bolsa CAPES/DAAD.

² Visiting Researcher na Harvard Law School (2023). Doutorando em Direito pela UFPR. Bacharel (2016) e Mestre em Direito (2019; bolsista CAPES/PROEX) pela UFPR. Pesquisador vinculado ao CCONS/UFPR (Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia). Foi editor-executivo da Revista da Faculdade de Direito UFPR (Qualis A1) de 2017 a 2021.

³ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior -Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.



abusivo. Nesse sentido, propõe-se que um desses ramos deva encarregar-se da tarefa de supervisionar, aprovar ou rejeitar a instituição de regimes constitucionais especiais (as miniconstituições), a serem executados na forma de *bypasses* institucionais. A pesquisa é teórica e explora de forma interpretativa ou qualitativa os conceitos que informam seu objeto. Ainda, é exploratória e exclusivamente bibliográfica. Seus resultados e conclusões são apresentados na forma de proposições normativas, as quais abrem caminho para investigação analítica adicional e convidam teste empírico de suas hipóteses.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo abusivo; ramo reconstutivo; miniconstituições; *bypasses* institucionais.

ABSTRACT: The main objective of this paper is to establish a theoretical and normative framework for institutional strategies that could inhibit abusive constitutionalism by constitutional amendment. To this end, the study aims to demonstrate the compatibility between the concepts of miniconstitution and institutional bypass as an initial step in favor of the proposed normative framework. Inspired by democratic experimentalism, the paper presents some primary elements of an institutional model intended to create an alternative process for the technique of constitutional amending. The central hypothesis of the research, supported by the literature that informs it, is that employing such an alternative process, internally to a scheme of reorganization and multiplication of governmental branches, could create additional obstacles to prevent abusive amendment. Therefore, the article proposes assigning responsibility for a branch within the multiplied scheme to supervise, approve, or reject special constitutional regimes of power (miniconstitutions) to be implemented in the form of institutional bypasses. The research is theoretical and explores in an interpretative or qualitative form the concepts that inform its object. Moreover, it is exploratory and exclusively bibliographical. The normative propositions presented in the paper provide a foundation for further analytical investigation and empirical testing.

KEY-WORDS: abusive constitutionalism; reconstructive branch; miniconstitutions; institutional bypasses.

INTRODUÇÃO

O artigo toma como ponto de partida os consolidados diagnósticos da literatura especializada indicativos das causas e formas do declínio dos níveis de democraticidade de regimes políticos contemporâneos. Como amostra desses diagnósticos, para o fim propositivo do artigo, considera-se a prática que David Landau denomina “constitucionalismo abusivo”. Portanto, a presente pesquisa explora um problema especificamente de natureza constitucional relativo a

desafios enfrentados no ambiente de democracias liberais, conforme sustentado pelas fontes revisadas.

Orientada pela avaliação de Mark Graber, o artigo propõe que os problemas amplo (a erosão de democracias) e específico (o constitucionalismo abusivo) exigem estratégias de natureza estritamente política em vez de jurídica. Portanto, a pesquisa prioriza a reflexão relativa às instituições de governo que, com amparo subsidiário dos mecanismos do direito, possam contribuir para inibir uma das faces do constitucionalismo abusivo.

A conclusão exploratória apresentada à questão que orienta a pesquisa divide-se em dois conjuntos de argumentos. O primeiro conjunto corresponde diretamente (a) a estratégias voltadas às estruturas de governança. Tais estratégias compreendem (a.1) a multiplicação dos ramos de governo e a reorganização de suas relações recíprocas; e (a.2) a criação de um ramo de governo com funções de fiscalização e intervenção, o qual Roberto Mangabeira Unger denomina “ramo reconstrutor” (*reconstructive branch*). O segundo conjunto relaciona-se (b) à definição de uma (contra)ferramenta ao constitucionalismo abusivo por emendamento constitucional. Propõe-se (b.1) a instrumentalização de regimes constitucionais especiais e anômalos, as miniconstituições, (b.2) interpretando-os em conformidade com a ideia de *bypasses* institucionais.

Defende-se, finalmente, que o ramo reconstrutivo pode contribuir para inibir o constitucionalismo abusivo por emendamento. Recomenda-se, para esse fim, que sua composição seja politicamente plural ou heterogênea, tecnicamente qualificada, e que seja de sua competência legal a possibilidade de experimentação, aprovação ou rejeição de propostas de emenda constitucional com potencial erosivo.

Os principais referenciais teóricos do artigo são, em relação à fundamentação dos diagnósticos indicados, Kim Scheppele, David Landau e Mark Graber; e, em relação à fundamentação da proposta ou conclusão (pontos [a] a [b.2]), Roberto Unger, Mariana Prado e Michael Trebilcock.

A pesquisa é teórica e explora de forma interpretativa ou qualitativa os conceitos que informam seu objeto. Ainda, é exploratória relativamente aos seus objetivos e exclusivamente bibliográfica. Seus resultados e conclusões são apresentados na forma de proposições normativas. Eles abrem caminho para exames analíticos adicionais que considerem, por técnicas complementares ao rito de emendamento aqui proposto. Sobretudo, fornecem material analítico que tiraria grande proveito de testes empíricos e da análise constitucional comparada.

2. NOVOS AUTORITARISMOS, CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E A NECESSIDADE DE UMA VIA POLÍTICA

O emprego crescente e global⁴ de operações antidemocráticas do constitucionalismo e suas ferramentas encontra fundamento em uma concepção majoritarista de democracia (SCHEPPELE, 2018, p. 579), aqui reputada rasa ou precária. Empregam-na líderes autoritários que veem, nos entraves liberais ao poder, obstáculos ao exercício de uma suposta vontade da maioria.

Conforme Scheppele, a agenda política desses líderes implica reformas institucionais redutoras do contrapeso exercido sobre o Poder Executivo pelos demais poderes institucionalizados. Como justificativa para tais reformas, em regra, invoca-se a vontade popular ou da maioria (a mencionada concepção precária). Seus efeitos são de degradação dos institutos liberais de salvaguarda individual e os correspondentes limites ao exercício do poder (SCHEPPELE, 2018, pp. 546-547).

Para a autora (SCHEPPELE, 2018, pp. 562-563 e 573), um dos desafios advindos dessa degradação é sua discrição. Os agentes por ela responsáveis operam por vias jurídicas (legais e constitucionais) e se valem da chegada democrática ao poder como razão legitimadora das reformas. O liberalismo institucionalizado é, assim, sutilmente deteriorado. As regras do jogo democrático, durante seu curso, são modificadas para debilitar opositores e garantir entrincheiramento gradativo do governo no poder. Viola-se o constitucionalismo liberal, que exige separar do jogo suas próprias regras.

Em sentido semelhante, para David Prendergast (2019) os populismos contemporâneos, apresentando-se como democráticos, assentam-se em uma perspectiva não pluralista de povo. Por esse motivo, dispensam elementos centrais a uma noção substantiva de democracia, que depende não somente de eleições regulares, voto e responsividade ao eleitorado, mas também do pluralismo político.

Prendergast aponta que, no ambiente desses novos populismos (fundamentalmente autoritários), constituições e regras eleitorais também são reformadas com a finalidade de entrincheiramento do governo no poder. Dificulta-se a contestação ao governo pela via democrática. A tática é empregada sob camuflagem jurídica, via emendas constitucionais e mecanismos de democracia direta, garantindo aparência de atuação democrática. O real fator antidemocrático desse modo de operar está, no entanto, no prejuízo que causa ao pluralismo político⁵.

⁴ De que são exemplos paradigmáticos o caso húngaro com Orbán, turco com Erdoğan, egípcio com Morsi, venezuelano com Chávez, entre muitos (SCHEPPELE, 2018; LANDAU, 2013; PRENDERGAST, 2019; GRABER, 2018).

⁵ Ao propor uma estratégia antipopulista, Prendergast (2019) aponta o judiciário como um dos agentes que será eventualmente chamado a garantir o jogo democrático. Na visão do autor, cabe às cortes o papel de defesa das instituições democráticas a partir de uma atuação contida, minimalista, cujo escopo não é o aperfeiçoamento da democracia, somente sua proteção. Trata-se de uma espécie de minimalismo interventor, protetivo e contra-populista. Dentre as ferramentas

Nesse mesmo sentido, Mark Graber (2018) sustenta que populistas autoritários⁶ tendem a entrincheirar-se no poder por meio das regras constitucionais e infraconstitucionais disponíveis e que o principal veículo dessa atuação tem sido o poder Executivo (GRABER, 2018, p. 682; igualmente: CORRALES, 2015, p. 37). Para ele (2018, p. 668), os três principais mecanismos associados a essa ameaça às democracias constitucionais são “stealth authoritarianism”, “constitutional hardball” e “abusive constitutionalism” - por referência, respectivamente, aos conceitos de Varol (2015), Tushnet (2004; 2021) e Landau (2013)⁷. Complementarmente a esses conceitos, Graber propõe que esses fenômenos podem ser compreendidos como uma “ditadura constitucional” (*constitutional dictatorship*) (GRABER, 2018, p. 668).

Para os seus fins, o presente artigo se concentra no terceiro daqueles mecanismos, o constitucionalismo abusivo. Conforme Landau (2013, pp. 195-196), trata-se do uso (abusivo), por líderes políticos autoritários, de mecanismos de reforma constitucional (emendas constitucionais, quando não a pura substituição⁸),

por ele apresentadas como úteis contra a degradação da democracia por atores populistas, desde uma atuação judicial contida, estariam, por exemplo, as chamadas regras constitucionais profiláticas: imperativos de direito constitucional elaborados judicialmente e utilizados de maneira preventiva diante de um perigo iminente. Conforme o autor, os processos democráticos poderiam se valer dessas regras, por ser preferível utilizar meios que protejam os processos democráticos (ou a competição política) sob risco premeditado do que esperar que uma corrosão se instale para correção *a posteriori*. O autor aponta também, a partir de Rosalind Dixon e David Landau, para a estratégia de “ancoramento” (PRENDERGAST, 2019, p. 260; trad. livre): análises de direito comparado levadas a cabo nas ou pelas cortes para identificar se há proteção ou violação a núcleos procedimentais e substanciais da democracia compartilhados por diferentes governos democráticos, na forma de um consenso democrático transnacional. De todo modo, ao apontar para o judiciário como *locus* do antipopulismo, o autor adota uma via distinta da explorada neste trabalho, como se verá nos pontos 2 e 3.

⁶ Para uma análise sobre as relações possíveis entre populismo e autoritarismo, ver: Câmara (2021).

⁷ O conceito de Varol (2015, p. 1678) se refere à prática de entrincheiramento do poder quando reprimir o povo diretamente não é uma opção viável. Segundo o autor (2015, p. 1680), o conceito não se refere a um tipo de regime, mas a uma prática dentro de um regime: “o uso de mecanismos legais existentes em regimes dotados de credenciais democráticas favoráveis, para fins anti-democráticos” (VAROL, 2015, p. 1684; tradução livre). O conceito de “constitutional hardball”, tal como formulado por Tushnet, diz respeito a práticas usualmente legislativas ou executivas que, embora autorizadas pelas práticas e doutrinas constitucionais existentes, dão-se em relativa tensão com convenções constitucionais prévias e implícitas (também normativas) em determinado contexto constitucional: “Constitutional hardball occurs when politicians disregard norms limiting what they have the sheer power to do (within constitutional limits).” (TUSHNET, 2021, p. 5). Por fim, o conceito proposto por David Landau (2013, pp. 195-196) corresponde ao uso abusivo de mecanismos de reforma constitucional por líderes autoritários, resultando no comprometimento do grau de democraticidade do regime no qual praticado.

⁸ O episódio húngaro (LANDAU, 2013, pp. 208-211) é paradigmático por conjugar constitucionalismo abusivo por emenda e por substituição. Na narrativa oferecida por Landau, o partido político húngaro Fidesz, orientado por Viktor Orbán, venceu as eleições parlamentares de 2010 com 53% dos votos, percentual que se traduziu em 68% das cadeiras do parlamento,

cujo resultado é a redução do grau de democraticidade do regime político em que a prática se instala. O regime torna-se menos democrático porque a disputa entre oposição e governo torna-se gradativamente mais favorável ao segundo.

Landau (2013, p. 199) indica que o regime produzido por práticas de constitucionalismo abusivo pode ser compreendido como “autoritário competitivo”⁹ e se caracteriza: (a) pelo fato de que atores políticos dominantes tendem a controlar instituições dos *checks* verticais e horizontais sobre o poder central, como os governos locais, as cortes ordinárias e constitucionais, os legislativos (no caso de regimes presidencialistas) e parlamentos (nos regimes parlamentaristas), procuradorias públicas etc; e (b) pelo ataque a direitos individuais e protetivos de grupos minoritários (pois, desses regimes, o majoritarismo é traço característico). Ou seja, há ausência de *accountability* e de proteção de direitos (LANDAU, 2013, p. 200).

No regime autoritário competitivo, a ordem constitucional segue sob aparência democrática, os poderes permanecem estruturalmente separados, porém os *checks* ao poder são comprometidos. Não obstante, aduz Landau (2013, p. 211), atores praticantes de constitucionalismo abusivo tendem, também, a empregar meios informais para pressionar opositores políticos, por meio, por exemplo, de humilhação pública via grande mídia, suborno, ameaças, demissões etc. (LANDAU, 2013, p. 214).

Landau identifica, nos planos do direito e da teoria constitucional comparados, algumas estratégias desenvolvidas para o fim de contornar esses movimentos autoritários da história recente. Dentre elas, a teoria da democracia militante (2013, pp. 217-224), a teoria do entrincheiramento constitucional em camadas (*tiered constitutional amendment thresholds*) (2013, pp. 224-230) e a teoria das emendas constitucionais inconstitucionais (2013, pp. 231-239). Haveria ainda, nesse mesmo

supermaioria suficiente a qualquer pretensão de emenda à Constituição. Ao final do primeiro ano de governo, o partido já havia conseguido aprovar 10 emendas constitucionais, dentre as quais emenda que reduzia competência jurisdicional da corte constitucional húngara. Em 2011, o partido no governo promoveu substituição constitucional, como no caso venezuelano sob Hugo Chávez, diminuindo substancialmente os *checks* horizontais à maioria parlamentar. Destaca-se, no caso húngaro, a reforma na estrutura da corte constitucional, que teve o número de cadeiras ampliado de 11 para 15, possibilitando a indicação de 4 ministros pelo governo. Ocorreu também o aparelhamento dos tribunais ordinários por meio da reforma na lei de aposentadoria, que diminuiu a idade (de 70 anos para 62) de aposentadoria para presidentes dos tribunais e permitiu que grande parte fosse indicada pelo governo por meio, ainda, da criação de um outro órgão de administração do Judiciário; entre outros aparelhos de Estado e instituições facilitadoras do exercício dessa agenda autoritária, como controle das grandes mídias, comissões eleitorais, orçamentárias, regras eleitorais (o “*gerrymandering*”, redesenho dos distritos para favorecer determinado partido a se eleger). Assim, houve o aparelhamento do Estado e suas instituições políticas e judiciais para fortalecer o partido majoritário, permitindo-se a permanência irresistida do partido no poder.

⁹ Para um exame do conceito a partir do caso venezuelano no período 1999-2015, ver: Corrales (2015).

plano, uma lacuna teórica sobre a ideia de reposição ou substituição constitucional¹⁰ (2013, pp. 239-247). Esta, assim como emendamento constitucional, também pode significar uma prática antidemocrática ou abusiva: “Constitutional replacement, then, remains largely unregulated in constitutional theory and practice, and this makes it liable to abuse by powerful actors or groups purporting to act in the name of the people” (LANDAU, 2013, pp. 243).

O diagnóstico de Landau não é otimista. O autor entende (2013, pp. 259-260) que as estratégias desenvolvidas no âmbito da teoria constitucional contemporânea, do direito constitucional comparado e do direito internacional não estão preparadas para evitar o fortalecimento de regimes autoritários competitivos que praticam constitucionalismo abusivo. Esse despreparo se deve ao fato de que governantes autoritários adotam estratégias heterogêneas, fungíveis entre si, que vão desde o uso abusivo de emendas ao abuso via substituição constitucional.

A constatada carência de alternativas de combate aos novos autoritarismos pode ser relacionada com uma concepção cínica de democracia, que a reduz a uma “ongoing competition among elites, as long as the competitors occasionally need to enlist mass support” (UNGER, 2015, p. 109). Contrária a concepção cínica a ideia de que o governo não pode ser refém de uma determinada facção ou elite - noção que, por sua vez, baseia-se numa noção minimalista de legitimidade política.

Para Unger (2015, p. 109), a noção minimalista não se sustenta diante de um esquema social organizado sob hierarquias, papéis ou funções sociais rígidas. Ela depende da superação desse esquema por meio, por exemplo, da reorganização do mercado e suas instituições, de atenuar a imunidade dos espaços em que impera o poder privado à política democrática, da não corrupção de interesses públicos pelo privatismo, entre outras medidas (UNGER, 2015, p. 110). No entanto, as democracias modernas são marcadas pela obsessão por um número muito limitado de opções institucionais, de modo que movimentos ambiciosos (progressistas ou mesmo reacionários) de reforma encontram resistências¹¹ (2015, pp. 111-112).

¹⁰ Para Landau, a experiência constitucional comparada demonstra uma lacuna sobre o desenvolvimento de mecanismos reguladores do processo de revogação e substituição constitucional, com ausência de previsão para tanto na maior parte das constituições. Igualmente, a experiência recente demonstra que a prática de substituição da Constituição é aliada do emendamento constitucional abusivo empregado por líderes autoritários que alegam ter apoio popular. O preenchimento dessa lacuna prática e teórica (regulação da substituição, e não apenas de emendamento, quanto aos limites materiais e formais), para o autor, pode favorecer a coibição ao constitucionalismo abusivo (LANDAU, 2013, pp. 239-247).

¹¹ Pareceria contraditório e contrafático sustentar-se, aqui, a visão de que o reacionarismo é infértil em suas empreitadas reformistas, precisamente por embasar o artigo a premissa de que a democracia sofre erosão por força de líderes autoritários ou reacionários. Portanto, é importante ressaltar que, ao se referir a essas resistências - econômicas, jurídicas ou políticas -, Unger se refere a hipóteses de reformas que não têm relação - ao menos imediata - com táticas que impliquem erosão democrática. Os exemplos dados pelo autor giram em torno de reformas do campo progressista voltadas à centralização e intensificação da distribuição de riquezas e, no campo conservador, à descentralização econômica e ao livre mercado: “each side anticipates and internalizes

Assim, em concordância com Unger, parece necessário recusar a concepção cínica de democracia, porquanto limitadora da construção de alternativas institucionais (governamentais, em específico) e refém do ferramental institucional dado pela tradição teórica. Mais do que isso, para o fim de coibição do constitucionalismo abusivo, é possível que a ferramenta dependa mais estritamente da política que do direito.

Como destacado por Graber (2018, p. 678-680), é dubitável se o direito, por si só, é capaz de conter ondas populistas. Isso porque barreiras institucionais ou legais podem ser facilmente contornadas ou simplesmente abandonadas em favor de uma agenda antidemocrática:

Constitutional rules and forms inhibit the formation of strong political movements and delay their success, but the history of constitutional democracy indicates that strong political movements that gain and retain power for any significant period of time find ways to overcome existing constitutional barriers (GRABER, 2018, p. 681).

Para Graber (2018, p. 681), reduzir a influência desses “movimentos políticos fortes” depende mais de estratégias políticas que de soluções estritamente jurídicas, como provisões constitucionais fortes ou teorias constitucionais engenhosas. A estratégia central em prol de um constitucionalismo progressista (conforme o autor, fundado em liberdades políticas fortes, prosperidade econômica compartilhada, secularismo e inclusividade) reside nas fundações políticas de um regime que tenha, de fato, tal qualidade.

O autor suspeita de que as análises da teoria constitucional dominante parecem ignorar isso. Seria preciso direcionar maior atenção à política ordinária. A defesa de um constitucionalismo progressista nessa ambiência deve ser pensada em termos políticos antes que jurídicos (GRABER, 2018, p. 686). Isso porque os paradigmas constitucionais dominantes no século XX¹² combinaram noções fortes de compromissos constitucionais (“constitutional commitments”) com noções

the prospect of failure. The reformers cannot decide whether to argue for reorganization of the economy and the state, or to rest content with building up the welfare system within the established forms of governmental and economic organization. The reactionaries hesitate between taking their free-competition slogans seriously and truckling unabashedly to the rich. Political hopes undergo a cumulative deflation. Politics are lived out as a series of second- best solutions to intractable problems. The purists of each camp can plausibly claim that their ideas have never been tried out. The cynics can advise us to face up to reality by surrendering to the existent.” (UNGER, 2015, p. 112).

¹² Leitura que Graber faz a partir de Lorraine Weinrib (“*postwar constitutional paradigm*”) e Karl Klare (“*transformative constitutionalism*”) para se referir a um constitucionalismo que passa a se comprometer com um Estado proativo, liberdades políticas mais amplas que as do constitucionalismo dominante no século XIX, mandamentos constitucionais garantidores próprios aos do *welfare state*, inclusividade e vedações a formas variadas de discriminação, um ambiente estatal secular, entre outros (2018, p. 665).

débeis de cidadania constitucional (“constitutional citizenship”)¹³: “constitutional theory and practice should refocus on effective governance as much as fundamental rights” (GRABER, 2018, p. 668).

Além disso, embora um Executivo forte seja o protagonista da mencionada “ditadura constitucional”, é esse mesmo Executivo forte o poder com maior capacidade para promover governança transformadora¹⁴ no sentido de um constitucionalismo progressista. É, porém, razão para cautela que “precedents for strong executive power created by good presidents are obviously more than capable of being used by bad presidents” (GRABER, 2018, p. 684).

Portanto, o conjunto dos argumentos apresentados sugere que a estratégia a ser buscada em favor da resolução do problema que orienta o presente artigo encontra utilidade no Executivo e em um caminho substancialmente político subsidiado pela institucionalidade jurídica. Especificamente quanto a isso, o dilema está em como manejar as capacidades desse poder que pode apresentar qualidades tão contrastantes, tanto progressistas como autoritárias.

Com isso, então, ganha forma a síntese das proposições. O problema identificado é o autoritarismo que opera sutilmente pela institucionalidade jurídica amparado por uma concepção rasa e cínica de democracia. A aparente alternativa parece ter lugar naquela que é fonte tanto da solução quanto do desafio: as instituições de governo. Sendo isso verdade, é necessário definir alternativas relativas à reestruturação do governo democrático, associá-las a mecanismos jurídicos de reforma e aproximar ambos do exercício efetivo do pluralismo político e da democracia direta. Em síntese, é preciso reorganizar o governo, definir um agente e propor uma ferramenta que lhe sirva para o fim de frear o constitucionalismo abusivo.

3. ESTRATÉGIAS, O PRIMEIRO PASSO: REORGANIZAÇÃO DO GOVERNO E RAMO RECONSTRUTIVO

Graber (2018) sugere a hipótese de que a alternativa ao autoritarismo talvez dependa mais de estratégias políticas (no âmbito do governo democrático e da cidadania constitucional) que jurídicas. Tal proposição autoriza inferir formas distintas de (re)organização das instituições do Estado e das formas de exercício governamental.

¹³ A ideia de compromisso constitucional apresentada por Graber parece ter relação com a simples provisão constitucional indicativa de uma promessa relativa a um fim, como educação ou moradia (2018, p. 666). Por sua vez, um “cidadão constitucional” seria uma pessoa comprometida com os ideais da democracia constitucional (2018, p. 670).

¹⁴ Nas palavras do autor: “Constitution dictatorship is problematic, not simply a problem. Transformative constitutional projects both need and fear strong executive power. The New Deal in the United States illustrates how national policy made in large part by a single executive may be the best vehicle for promoting effective governance and transformative reforms” (GRABER, 2018, p. 684).

Se o fenômeno dos novos movimentos autoritários, acima associados ao constitucionalismo abusivo, for compreendido como a circunstância na qual uma elite ou facção política se apropria das ferramentas de Estado e as instrumentaliza em função de uma agenda autocrática, então é preciso oferecer alternativas para evitar que o Estado seja refém de uma dada facção. Essas alternativas poderão exigir a mudança de todos os aspectos de uma ordem institucional (UNGER, 2015, p. 113)¹⁵.

Unger (2015, pp. 114-115) reconhece que a reorganização institucional do governo pode, aparentemente, ameaçar instituições que limitam o poder governamental e protegem liberdades. Porém, para o autor, esse aparente dilema pode ser resolvido contendo-se o poder estatal e preservando-se, simultaneamente, o potencial transformador da política. Uma das formas para se enfrentar esse aparente dilema é multiplicar os ramos de governo configurando-os de modo a manterem um *accountability* democrático distinto daquele proporcionado pelas ferramentas governamentais convencionais¹⁶.

Multiplicar os ramos de governo concorda também com o postulado político da pretensão de identidade entre representante e representado(a) (DUSSEL, 2007), isto é, de aproximá-los o quanto possível. Dussel entende que, embora a plena identidade entre eles seja empiricamente irrealizável, não se deve rejeitar como um oriente para a ação a pretensão referida. Em função desse oriente, devem ser estimuladas formas de democracia direta, mesmo que para fins apenas fiscalizatórios. A pretensão de identidade, aqui associada ao projeto ungeriano, faz da multiplicação dos ramos (ou agências) de governo uma estratégia para a gradativa concretização daquele postulado político.

¹⁵ Nesse sentido: “To imagine and establish a state that had more truly ceased to be hostage to a faction, in a society that had more thoroughly rid itself of a background scheme of inadequately vulnerable division and hierarchy, we might need to change every aspect of the existing institutional order. The transformed arrangements might then suggest a revision of the democratic ideal with which we had begun. From the idea of a state not hostage to a faction, existing in a society freed from a rigid and determinate order of division and hierarchy, we might move to the conception of an institutional structure, itself self-revising, that would provide constant occasions to disrupt any fixed structure of power and coordination in social life.” (UNGER, 2015, p. 113).

¹⁶ Sobre esse ponto, Unger indica estratégias possíveis que, embora contempladas em diferentes obras, orientam-se pelo mesmo ideal de democracia radicalizada (2015, pp. 114-115; 2001, pp. 449-461; 1998, pp. 263-266; 1996 pp. 135-170). Em linhas gerais, essas estratégias (UNGER, 1998, pp. 214 e seguintes) partem: da reorganização do governo em um constitucionalismo que busca mais elementos de democracia direta (sem abdicar de representatividade); da organização independente e institucionalizada da sociedade civil; da resolução rápida dos conflitos entre poderes por devolução de competências decisórias ao eleitorado em caso de impasse; como também da possibilidade de eleições antecipadas em caso de impasses não resolvidos; entre outras. O presente trabalho serve-se da proposta de criação de um ramo estatal distinto do Executivo, Legislativo e Judiciário. Esse ramo se nutre da participação democrática semidireta, fiscalizatória e executória de competências que busquem mitigar efeitos erosivos de práticas antidemocráticas, como o constitucionalismo abusivo.

Para Unger, a técnica liberal clássica de divisão do poder governamental em um número reduzido de ramos de governo é problemática. Uma face desse problema é a monopolização, por uma facção social, dos recursos determinantes que permitem reconstruir a sociedade e sua institucionalidade. Democratizar esses recursos requer multiplicar esses ramos dando-lhes funções sobrepostas (UNGER, 2001, p. 449). A multiplicação deve garantir que nenhuma parcela da sociedade tenha controle final (*"lasting stranglehold"*) sobre os principais recursos materiais e humanos disponíveis; e que se permita o exercício de atividades com poder de reforma profundo (UNGER, 2001, p. 450). A cada poder multiplicado deverá corresponder um contrapoder, reduzindo-se a influência faccional sobre os recursos determinantes disponíveis.

O interesse implícito dessa proposta de Unger é revisar a tradição constitucional dominante¹⁷ propositiva de Estado separado em poucas funções co-implicadas, sob contenção mútua, que dispensam um árbitro externo (como um monarca ou o povo) e perpetuam impasses (UNGER, 2001, p. 454-456). Tal revisão é necessária, sobretudo, por não existirem mais as condições sob as quais esse sistema foi desenhado¹⁸. Por essa razão, para o autor, é necessário aprofundar o ideal liberal que informa esse sistema e reformar as práticas institucionais que correspondem a ele (UNGER, 2001, p. 454).

Essas práticas institucionais associadas à tradição limitam a execução de projetos políticos transformadores, porque a noção de constitucionalismo aí implícita constrange o exercício do poder no modo descrito acima. O argumento corrente, diz Unger, é de que a contenção do poder estatal garante uma sociedade mais livre. Porém, conforme o autor, é tímido o ideal de liberdade que informa esse argumento. Porque tímido, ele paralisa o potencial experimental da política e ignora a fragilidade e a revisibilidade da ordem política contingente (UNGER, 2001, p. 455).

Três princípios podem orientar um novo constitucionalismo do ponto de vista do conflito entre os poderes então multiplicados: (a) a possibilidade de restrição absoluta de um poder sobre outro¹⁹; (b) o estabelecimento de diferentes graus de

¹⁷ Exemplificada, conforme Unger (1998, p. 264), pelos regimes presidenciais de inspiração norte-americana e seu sistema de *checks and balances* e pelos regimes parlamentares que impõem como necessária a formação de consensos nas classes políticas do parlamento. Seriam, ambos, exemplos de uma tradição que favorece a formação de impasses contra a transformação política, na medida em que, nesses regimes, o alcance do potencial transformativo é proporcional às amarras institucionais que o prendem.

¹⁸ Para Unger (2001, p. 454), o mesmo sistema segue operando mesmo em repúblicas que, contemporaneamente, são mais democráticas do que aquelas para as quais o sistema foi projetado. As sociedades contemporâneas tem, também, estrutura distinta, tendem a ser constituídas por nichos assentados na divisão social do trabalho e em hierarquias sociais estáveis. A prática liberal-democrática que se opera nessas sociedades, para o autor, parece ter tomado rumo próprio e irresponsivo a elas.

¹⁹ Ainda que Unger não coloque o argumento diretamente nestes termos, esse princípio parece cuidar precisamente do problema identificado no bojo dos Executivos fortes que comprometem

prioridade entre poderes; e (c) a possibilidade de devolução (imediate ou não) de impasses decisoriais para decisão pelo eleitorado (UNGER, 2001, pp. 456-457; nesse mesmo sentido: UNGER, 2015, p 115).

A técnica indicada em “c” pode realizar-se via referendos para se postergar a resolução de um impasse (por exemplo, quanto à pretensão, por um dos poderes, de reformar um setor relevante da ordem institucional) para as eleições subseqüentes²⁰. Mas esses procedimentos apresentados por Unger apenas exemplificam roteiros práticos possíveis que poderiam concretizar o ideal democrático que o autor defende. Portanto, eles não são insubstituíveis ou essenciais (UNGER, 2001, p. 457); sustentar-se o contrário implicaria fetichismo institucional (UNGER, 1996, p. 7).²¹

Diante da multiplicação dos ramos de governo, é ainda necessário um centro decisoriais, por exemplo, para atividades militares, diplomáticas ou de execução de planos estruturais duradouros (UNGER, 2001, p. 458). Compõem esse centro decisoriais poderes capazes de implementar projetos ou programas partidários de grande alcance estrutural, assim como aqueles cujas competências permitam maior proximidade com cidadãos e cidadãs, como o Legislativo e o Executivo. Em princípio, a forma desse centro decisoriais não se extrai dos sistemas presidencialista ou parlamentarista; conforme Unger, uma alternativa viável

salvaguardas liberais, como os que praticam constitucionalismo abusivo: “Suppose that a party succeeds to office on a platform of far-reaching distribution of wealth and power, reforms directed against the institutional framework of the economy. Imagine, further, that the new rulers keep the support of the highest representative assemblies, which also form part of the decisional center of government. (...) Some of the innovations may involve an attack upon the basic rights guaranteeing the individual’s security and his access to conflict over the mastery and uses of governmental power. An agency in the state, isolated from the immediate effects of the struggle over governmental power, must be able to hold back such assaults.” (UNGER, 2001, p. 456).

²⁰ Nesse sentido: “The constitution may establish circumstances in which a conflict between powers justifies an immediate devolution to the general electorate. This will be peculiarly appropriate to circumstances in which the contest arises within the decisional center and indicates a failure of popular support for the party program. A prodigal use of this technique, however, would paralyze the state’s capacity for action just as surely as a commitment to the method of restraining power by perpetuating impasses. Thus, the normal method for resolving conflicts between unequal powers will be delayed devolution (referendum) to the electorate. Suppose, for example, that the party in office enters into conflict with the power responsible for disrupting established institutions in the name of the systematic ideals attributed to the legal order. If the party is acting in the execution fits program, and if it has not been stopped in this course by the judicial protection of individual security, it would be allowed to proceed. But the dispute would be set for debate and resolution at the next general election” (UNGER, 2001, p. 457).

²¹ A respeito da fetichização institucional, Enrique Dussel (2007) afirma que instituições que servem ao povo e à comunidade devem ser mantidas. As que não servem devem ser substituídas, pois seriam instituições que se fetichizam, que se voltam à sua própria conservação ao invés de servirem ao interesse popular. Estas devem ser transformadas.

poderia estar em um regime parlamentar qualificado²² (UNGER, 2001, p. 458; UNGER, 1998, p. 265).

Ainda, de acordo com Unger (2001, pp. 451-453), um sistema de governo com ramos multiplicados e funções sobrepostas poderia contar com uma agência ou ramo alternativo destinado a assegurar transformação social e institucional em conformidade com um ideal de aprofundamento democrático. Sua principal função será impedir que surjam em determinadas áreas práticas e institucionais (empresas ou escolas, p. ex.) obstáculos à referida tarefa reformadora.

Os membros desse ramo alternativo podem pertencer aos demais poderes ou podem ser apontados pelo eleitorado. À disposição dos membros devem estar os recursos financeiros, técnicos e humanos necessários ao projeto interventivo de longo prazo e alcance. Esse ramo poderia concentrar funções executiva, legislativa e judicial, o que não significa que a proposta seja torná-lo a autoridade estatal máxima, tendo em vista que os demais poderes estatais lhe serviriam de contrapeso.

Para Unger (1996, p. 32), do ponto de vista das estruturas tradicionais de Estado, esse ramo alternativo atuaria como agente com capacidade prática e legitimidade política para reformas estruturais localizadas, profundas e episódicas. Sua atuação abrangeria a reinterpretação de direitos ou o redesenho dos arranjos neles fundados (“*rights-based arrangements*”). Para desempenhar essa atividade, Unger descarta o Executivo tal como configurado no presidencialismo, o governo da base majoritária tal como configurado no parlamentarismo, o Legislativo e também o Judiciário²³ -

²² Unger (2001, pp. 459-460) argumenta sobre um possível regime parlamentar qualificado (“*qualified parliamentary regime*”) sob a nova constituição que propõe. Neste, a câmara representativa mais alta (ou, nela, um conselho menor com representantes dos partidos no poder) poderia supervisionar o partido no governo para fiscalizar o cumprimento do programa apresentado durante a campanha eleitoral. Além disso, ele poderia atuar como o nível máximo de uma estrutura representativa escalonada e disseminada, com competência, portanto, para interlocução entre o governo central e espaços de representação mais diretamente conectados com interesses locais. Essa agência assemblear teria aptidão para impedir determinados atos do partido em gabinete, mas este, para que desempenhe suas funções, não precisaria necessariamente depender de apoio majoritário: “(...) *the cabinet need not necessarily count on a majority in the larger organization. In circumstances of party fragmentation and intense partisan rivalry, a method may be devised that allows a minority force to rule so long as it can win compensatory support from other powers in the state or from lower-level representative bodies.*” (UNGER, 2001, p. 461)

²³ Conforme o autor: “No branch of present-day presidential or parliamentary regimes seems well equipped, by reason of political legitimacy or practical capability, to do it. The majority-based government of the parliamentary system, or the executive branch of the presidential regime, cannot reinterpret rights and reshape rights-based arrangements in particular corners of social life without danger to the freedom of citizens. Moreover, they would soon find themselves distracted and demoralized by countless forms of petty anxiety and resistance. The administrative agencies or civil service might have more detachment and expertise but correspondingly less authority in the choice of a reconstructive direction or in the exercise of a power free to forge singular solutions to localized problems. Legislatures and parliaments would become both despotic and ineffective if they were to deal, in an individualized and episodic manner, with structural problems and

semelhante ao que propõe Graber (2018), para quem o Judiciário não se considera apto à promoção de um constitucionalismo progressista “espesso”.

Em razão de seus objetivos, esse poder alternativo denomina-se ramo reconstrutivo (*reconstructive branch*) (UNGER, 1998, p. 269). Uma extensão do governo com funções que transcendem as funções tradicionais do Legislativo, de criação de leis gerais e abstratas, e do Judiciário, de resolução dos litígios. Unger (1996, p. 33) reconheceu, no entanto, que a criação desse ramo inédito e interventor depende de um nível de predisposição ao experimentalismo institucional talvez ainda ausente nas democracias contemporâneas.

O ramo reconstrutivo se assemelha à proposta de um Poder Cidadão tal como definida por Enrique Dussel (2007, p. 70 e 154-160). Trata-se de um “quarto poder” que atuaria como instância instrumentalizada pela sociedade civil organizada, fiscalizadora dos demais poderes e instituições de Estado, e não responsiva aos interesses dos partidos políticos precisamente porque encarregado de fiscalizar as instituições representativas - inclusive com poderes de revogação de mandatos. Assume, assim, a forma de uma estrutura Estatal nova, intragovernamental, que busca evadir-se do que Dussel (2007, p. 154) classifica como monopólio das classes e partidos políticos sobre o exercício delegado do poder. Sua finalidade geral, portanto, é aumentar a participação cidadã direta nas atividades de Estado.

De todo modo, um projeto democrático radical e distinto de mero majoritarismo também necessita de ferramentas que permitam a organização (institucionalizada) da sociedade civil. Logo, também a organização de grupos minoritários, por uma exigência do pluralismo político. Essas ferramentas acompanham a reorganização do governo, a multiplicação de seus ramos e a criação de um ramo reconstrutivo. Não há que se falar em democracia empoderada (e experimentalista) sem técnicas de organização independente da sociedade civil e suas formas jurídicas (UNGER, 1998, pp. 269-270) - não se trata de um convite à organização voluntária, que pode simplesmente não ocorrer.

As alternativas propostas por Unger em função desse interesse organizativo concentram-se nas técnicas que define como “*private law plus one and public law minus one*” (UNGER, 1998, p. 269). A primeira hipótese, “*private law plus one*”, diz respeito a formas associativas sob a estrutura convencional do direito privado (contratual e corporativa) qualificada, no entanto, pela formação de uma agência de governo com competências (não legiferantes nem judicantes) para intrusão institucional reformadora, democraticamente legitimada, em espaços de exclusão social inescapável para quem a sofra.

institutional rearrangements. The judiciary lacks both the practical capability and the political legitimacy to restructure, and to manage during restructuring, the deserving objects of complex enforcement.” (UNGER, 1996, p. 32)

A segunda hipótese, “*public law minus one*”, diz respeito a associações com estrutura de direito público, mas independentes do controle estatal²⁴. Um de seus objetos poderia ser o universo trabalhista, de modo que a associação, nessa hipótese, assumisse a forma de um sindicato com vinculação automática: “the contractualist labor-law principle of complete freedom of the unions from government (...) combined with the corporatist principle of automatic unionization of everyone” (UNGER, 1998, p. 270).

Desse modo, considerado o problema da presente pesquisa, a estratégia a servir como contrapeso ao constitucionalismo abusivo pode tirar proveito da multiplicação dos ramos do governo com funções sobrepostas, da inauguração de um ramo reconstrutivo e de alternativas para a organização independente da sociedade civil, nos termos descritos acima. Todos esses meios têm, como substrato comum, o mesmo objetivo: reduzir a rigidez de uma ordem institucional que dificulta a revisão dos mecanismos que estruturam e consolidam as condições favoráveis ao autoritarismo que lhe serve de parasita. Dito de outro modo, trata-se de reduzir a carga de influência isolada, porém determinante, de facções políticas que se apropriam dos mecanismos estatais que permitem produzir instituições formais relevantes, garantindo-lhes a instalação relativamente pacífica de uma agenda política autocrática.

4. ESTRATÉGIAS, O SEGUNDO PASSO: MINICONSTITUIÇÕES E *BYPASSES* INSTITUCIONAIS

Unger (2001, p. 461) compreende que nenhum sistema constitucional pode suportar um princípio de auto-revisão ilimitada e permanente. Sustenta também que essa limitação não pode ser contornada pela técnica tradicional de emendas constitucionais, que, em princípio, têm capacidade apenas para reformas fragmentárias. A alternativa a essa limitação poderia assumir a forma de regimes constitucionais especiais e setoriais, com alcance material e temporal claramente definidos, aos quais Unger se refere como “miniconstituições” (UNGER, 2001, p. 461)²⁵.

Na hipótese levantada pelo autor, um determinado partido no governo, buscando concretizar seu programa político, pode requerer ao eleitorado a possibilidade de instalar regimes especiais de poder com alteração temporária nas

²⁴ “These readymade public-law provisions should help establish a bias toward inclusive organization in civil society. However, they should remain free from any taint of governmental control or tutelage.” (UNGER, 1998, p. 270).

²⁵ A técnica de miniconstituições é apenas parte de uma alternativa teórica mais ampla, que diz também respeito à reestruturação das instituições de governo democrático, ao redesenho do Estado, à instituição mista de estratégias de democracia representativa e direta, à reorganização do mercado, a um sistema de direitos, entre outras propostas integrantes do experimentalismo desenvolvido por Roberto Mangabeira Unger. Optou-se aqui por explorar especificamente as miniconstituições, colocando-as como parte da estratégia em função do recorte que informa o presente trabalho.

competências e faculdades do centro decisional de governo. Esses regimes, todavia, não podem contrariar direitos e garantias individuais, embora anômalos relativamente ao alcance das faculdades e competências governamentais ordinárias.

A execução do regime especial ou anômalo, inédito e subordinado ao regime constitucional geral, deve ser supervisionada por mecanismos igualmente inéditos criados exclusivamente para fiscalização. Ambos, o regime e o órgão de controle, podem ser apresentados pelo partido interessado. A instituição de controle, uma agência governamental *ad hoc*, é, relativamente ao regime excepcional de poder, uma “shadow power in its pursuit” e “grows longer in proportion to the dimensions of the special power it follows” (2001, p. 461-462).

As miniconstituições propostas por Unger podem ser associadas, como o faz Amato²⁶ (2018, pp. 281-282), à categoria dos “*institutional bypasses*”²⁷ (PRADO, TREBILCOCK, 2018; PRADO, 2011) - doravante, apenas “*bypass* institucional” ou “*bypass*”. De acordo com Mariana Prado e Michael Trebilcock (2018, l. 15), o *bypass*, a princípio, não busca reformar (modificar ou substituir) a instituição que lhe é anterior, portanto não implica uma reforma institucional “*top-down*” que afete substancialmente determinado *status quo* institucional²⁸. Na percepção destes autores, um *bypass* pode ser estrategicamente eficiente contra interesses opostos ou resistentes a propostas de reforma institucional fundados, por exemplo, na ideia de que a reforma geraria, ao opositor, custos de adaptação ao novo arranjo (2018, l. 15).

O *bypass* permite experimentação institucional (PRADO, TREBILCOCK, 2018, l. 155), atributo relevante em virtude da impossibilidade de se antever,

²⁶ Lucas Fucci Amato (2018, p. 273) interpreta as miniconstituições de Unger como “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 (...)” que “(...) 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.” (AMATO, 2018, p. 282). Por fim, Amato sugere aplicar esse regime especial de forma subordinada ao regime geral evita a configuração de um “vácuo jurídico” que possa gerar prejuízo a salvaguardas individuais e autoritarismo (AMATO, 2018, p. 282).

²⁷ Nas estrita definição dada pelos autores: “Institutional bypass is a reform strategy that creates alternative institutional regimes to give citizens a choice of service provider and create a form of competition between the dominant institution and the institutional bypass.” (PRADO, TREBILCOCK, 2018, l. 2).

²⁸ Do ponto de vista da relação entre o *bypass* e a instituição que lhe seja anterior, as consequências possíveis ao longo prazo seriam o deslocamento ou abandono completo daquele ou desta, a fusão de ambos em uma só instituição ou a coexistência de ambos com divisão de funções (PRADO, TREBILCOCK, 2018, l. 19). No curto prazo, pode ocorrer a tentativa de boicote da instituição anterior para tentar eliminar o *bypass*, a inércia e consequente derrota da instituição anterior face ao *bypass* ou a competição e transformação da instituição anterior em relação ao *bypass*, também com possível fusão ou divisão de tarefas (PRADO, TREBILCOCK, 2018, l. 19-24).

extensivamente, todos os efeitos decorrentes da alteração de uma instituição formal. Portanto, o teste empírico é o único modo de experimentar os efeitos de uma reforma, verificar se ela gerará bons resultados e se merece apoio: “experimentation creates demonstration effects” (PRADO, TREBILCOCK, 2018, l. 17).

Certa reforma pode produzir efeitos indesejáveis, que tornarão desvantajosa a adoção do *bypass*²⁹. Suponha-se, para a hipótese deste trabalho, efeitos de natureza autocrática que prejudiquem a oposição política organizada em um ramo de governo descentralizado. Assim:

It is therefore important to differentiate between desirable and undesirable bypasses, and acknowledge that bypasses may also be used (or abused) to overcome legitimate mechanisms of checks and balances, thus presenting a significant danger to well-structured polities. Governments in many developing countries are either autocratic or, at best, nominal democracies characterized by alternating predatory political elites, long-term single-party dominance, or autocratic traits masked under the formal rubric of liberal constitutional orders” (PRADO, TREBILCOCK, 2018, l. 26).

Além disso, Prado e Trebilcock ressaltam que o conceito de *bypass* institucional foi formulado para instituições destinadas à prestação de serviços públicos em vez de instituições de *policy-making* e *rulemaking* (2018, l. 73). Embora democracias tenham “a competitive process in which parties can compete to control the rulemaking institution” (2018, l. 73), os autores admitem que haveria “dificuldades práticas e conceituais”³⁰ (PRADO, TREBILCOCK, 2018, l. 65, trad. livre) em atribuir a *bypasses* finalidades dessa natureza.

Afirmam os autores (2018, l. 63), nesse sentido, que atividades de regulamentação (como emendas constitucionais, na hipótese deste trabalho) são melhor satisfeitas pelo conceito de “dualismo regulatório” (HANSMANN; GILSON; PARGENDLER, 2011), categoria que compreende regimes regulatórios alternativos e reformistas em relação a outros que lhes sejam anteriores.

A principal diferença entre os dois conceitos é a compreensão de que o dualismo regulatório dispensa a criação de uma estrutura de governo separada daquela responsável pelo regime anterior. Isto é, nesta hipótese, uma mesma instituição

²⁹ Claro, se os resultados forem abertamente prejudiciais à possibilidade de contestação política e ao pluralismo e, ainda assim, conscientes disso, cidadãos e cidadãs não se voltarem contra a reforma para barrá-la, então o problema, em princípio, é de outra ordem - e uma muito mais fundamental. Nesse caso, a estratégia de combate transcenderia reflexões no campo do desenho institucional do governo e Constituição, sem deixar de se conectar, no entanto, à debilidade de uma cultura ou cidadania constitucional.

³⁰ No original: “However, there are conceptual and practical difficulties in conceiving of alternative rule-making regimes as bypasses. This is beyond the scope of this book, which focuses on bypasses for the delivery of government services.” (PRADO, TREBILCOCK, 2018, l. 65)

oferecerá um “menu de regimes regulatórios” aos destinatários. O *bypass*, no entanto, exige que se crie um órgão independente, ainda que não completamente (PRADO, TREBILCOCK, 2018, l. 63), já que “in many cases, the bypassing and the bypassed institutions are both answering to and housed with the same umbrella institution (PRADO, TREBILCOCK, 2018, l. 64).³¹

O dualismo regulatório, portanto, evidencia uma possível limitação à instrumentalização dos *bypasses* institucionais para fins de *policy-making* e *rulemaking* (PRADO, TREBILCOCK, 2018, l. 64). O paralelismo entre operações regulatórias, em contraste com paralelismo na prestação de serviços, traz desafios adicionais e torna necessário, por exemplo, definir se as instituições de *rulemaking* deverão submeter-se a uma mesma jurisdição, e se caberia aos jurisdicionados a possibilidade de optar por um regime ou outro (PRADO, TREBILCOCK, 2018, l. 65).

Assim, a segunda etapa (que se reconhece limitada, porquanto exploratória) do argumento que aqui se apresenta assume forma. Ela indica, sob forma normativa: o instrumento de interesse para a estratégia que informa o objetivo da pesquisa, as miniconstituições, regimes especiais de competências e faculdades no exercício do poder, anômalas relativamente ao regime jurídico geral; e o correlato conceitual que lhe empresta sentido, o *bypass*, com aplicação parcial ou modulada, à medida da sua exequibilidade, tendo em vista as limitações reconhecidas para o seu emprego com os fins de *policy* e *rulemaking*. Tais instrumentos, frise-se, dependem de condições específicas acima referidas: da reorganização e multiplicação dos ramos de governo com funções sobrepostas, da instrumentalização do ramo reconstrutivo e das estratégias para organização independente da sociedade civil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: CAMINHOS PARA UMA ALTERNATIVA

O problema central que deriva da pretensão há pouco descrita recai sobre como articular as condições, o instrumento e o correlato conceitual indicados acima para o objetivo estrito e exploratório deste artigo. O texto busca apresentar um embate possível e produtivo entre o problema diagnosticado pela literatura revisada e o conjunto de proposições normativas (as condições, o instrumento e o correlato) que podem ser contrapostas àquele problema. Essas proposições apresentam-se como premissas que necessitam de desenvolvimento nas duas vias, normativa (no campo da verticalização da ideia) e empírica (no campo do teste e do exame prático comparativo). Embora reconheça como imprescindível o desenvolvimento das

³¹ Conforme os autores, a partir do exemplo do “Poupatempo”, instituição criada em São Paulo para o fornecimento de serviços diversos originalmente fornecidos por aparatos burocráticos ineficientes: “For instance, the units of Poupatempo are within the executive branch in the state of São Paulo, reporting to the office of the state governor, as is the old bureaucracy. This is, however, different from the arrangement described under the label ‘regulatory dualism’: while bypasses are still answerable to the same central authority, they are operationally independent of the pre-existing institution. In contrast, in the New Market reforms described by Hansmann, Gilson, and Pargendler, those applying the old rules are also managing the new ones.” (PRADO, TREBILCOCK, 2018, l. 64).

proposições em ambas as vias, o artigo limita-se à primeira e não objetiva, neste momento, enfrentar a segunda.

Quanto ao desenvolvimento das premissas em via normativa, no âmbito da multiplicação dos ramos de governo com funções sobrepostas, o ramo reconstrutivo, a partir da finalidade pensada por Unger, deve ter composição heterogênea, isto é, deve pautar sua legitimidade democrática na acentuada pluralidade de seus membros. Sua composição deve assegurar representação proporcional aos diferentes grupos da sociedade civil organizados de maneira independente, e, portanto, também representativos de atores políticos de oposição relevante, estruturalmente independentes do centro decisional do Estado.

Assim estruturado, o ramo reconstrutivo pode ser um agente responsável por desempenhar uma tarefa inibitória da institucionalização da agenda autocrática, desde que suas competências lhe garantam poder de veto ao emprego das ferramentas (na matéria e na forma) constitutivas de constitucionalismo abusivo, como podem ser as emendas constitucionais.

Dado o grau de intervenção que lhe é facultado e a amplitude de suas funções, para a finalidade específica de combater o emendamento abusivo, ao menos em tese, o ramo reconstrutivo tiraria proveito de um conselho constitucional composto por um corpo técnico multidisciplinar. Estão aqui compreendidos, exemplificativamente, especialistas do campo da teoria constitucional e do direito constitucional oriundos das organizações independentes de classe (advocacia, docente, acadêmica ou de pesquisa etc.) e, também, membros das demais órgãos ou agências de Estado.

Para que haja rotatividade, o corpo técnico multidisciplinar poderá, por exemplo, ser apontado por eleição periódica no âmbito das próprias instituições de ensino públicas (e privadas, facultativamente) dentre seu corpo técnico, discente e docente, parcialmente por expertise reconhecida no campo de interesse de atuação fiscalizadora do ramo reconstrutivo. Nessa hipótese, a participação em suas atividades pode ser voluntária ou compulsória e premiada. Alternativamente, o corpo técnico pode ser composto, ainda que parcialmente, por estrutura definida de cargos preenchidos por certame público com medição objetiva de conhecimentos adequados à finalidade do ente. A existência e o modo de composição do ramo reconstrutivo deverão ser imunes ao emendamento com vistas à sua extinção, ao comprometimento de suas funções fiscalizatórias e de veto, bem como à pluralidade de sua composição.

Propostas de emenda constitucional (independentemente do órgão de iniciativa) serão submetidas à apreciação do ramo reconstrutivo e seu órgão de conselho. O ente definirá o destino do projeto de norma. O conselho constitucional, a depender da matéria objeto de emenda, dos recursos materiais (orçamentários e estruturais) e imateriais afetados, do possível conflito de direitos, competência ou jurisdição emergentes, poderá determinar: (i) a execução da emenda na forma de regime jurídico anômalo (miniconstituição) em concorrência com o regime anterior (o regime constitucional por emendar), fiscalizando sua experimentação ante ao

amplo interesse democrático; (ii) imediatamente, a aprovação da emenda em plena substituição ao regime anterior, hipótese em que a proposta não se configura como miniconstituição e o conselho se impõe como ator adicional com poder de veto³²; ou (iii), imediatamente, a rejeição após exame de adequação ou contrariedade a valores democráticos e constitucionais substanciais³³ ou ao próprio programa eleitoral apresentado.

O impasse sobre a qualificação, aprovação ou rejeição da proposta por essa agência independente de governo poderá implicar devolução da decisão ao eleitorado ou, ainda, eleições antecipadas por iniciativa de qualquer dos órgãos - em semelhança à dinâmica pensada por Unger para as hipóteses de desacordo entre os ramos multiplicados de governo (1998, p. 217).

Assim, dito de outro modo, uma proposta de emenda poderá assumir a forma de miniconstituição, isto é, de um regime especial ou anômalo e temporário de poder, competências ou direitos. O regime temporário pode operar na forma de *bypass* institucional, paralelamente ao regime geral, suspendendo ou não a sua eficácia, no todo ou em parte, a depender dos efeitos ou impactos concretos gerados pelo objeto da norma durante e após a vigência do regime especial. Portanto, para esse fim, é necessário haja aferição dos efeitos possíveis e de viabilidade ou exequibilidade da miniconstituição para o período de vigência proposto. A responsabilidade pela apresentação do estudo de viabilidade deve ser atribuída ao ente proponente.

A miniconstituição, portanto, operará como espécie de ante-sala pragmática para a emenda (ou como emenda constitucional provisória), testando-a e submetendo-a, em sua matéria, forma e efeitos, a rigoroso escrutínio técnico e democrático. A responsabilidade para tanto recai sobre o ramo reconstrutivo como estrutura independente (administrativamente e financeiramente, pois não se trata de dualismo regulatório e, sim, execução de um *bypass*) da estrutura central de governo proponente do regime especial.

Reconhece-se, todavia, que tais propostas possuem muitas limitações. A principal é o enfrentamento de apenas parte das fungíveis e diversificadas estratégias associadas ao constitucionalismo abusivo. Por exemplo, a substituição ou reescrita de uma Constituição poderia tornar inútil qualquer estratégia veiculada por uma instituição formal, como seriam as miniconstituições.

Outro limite da proposta deste artigo tem relação com o fato de que ela se dá em abstrato, isto é, não se assenta na estrita delimitação de matérias ou objetos que poderiam informar emendas constitucionais. Esse limite acentua o desafio da dificuldade em se antever os resultados práticos (se tendentes ou não à

³² Para emprestar a expressão utilizada por George Tsebelis (2009).

³³ Tome-se por exemplo uma proposta de emenda constitucional que tenha por objeto ampliar o tempo de mandato presidencial de forma indefinida ou excessivamente extensa, comprometendo-se a rotatividade no governo, permitindo-se permanência de um mesmo grupo no poder em prejuízo crescente (pelos reflexos gerados nas diferentes estruturas de Estado) à oposição, como se fez presente em casos paradigmáticos apontados por Landau (2013) e Scheppele (2018).

autocratização da democracia) de uma reforma constitucional e deixa em aberto uma tarefa que contribuiria para o roteiro normativo proposto pelo artigo.

Um terceiro limite segue a sorte do segundo: a proposta não tem base na historicidade de uma democracia constitucional específica. Tem base, ao invés, em um modelo teórico geral que, em princípio, ignora contingências econômicas, culturais, sociais etc.

A proposição final do artigo se debilita também se considerado o ponto de vista das instituições informais, ou seja, ela delinea uma estratégia interna ao ambiente das instituições formais jurídicas e de governo; se e em que medida estas influenciam aquelas é uma questão não enfrentada pela pesquisa.

A crítica poderia ir também no sentido de que tais propostas comprometem a estabilidade do Estado. No entanto, conforme Unger (1998, p. 196), um Estado que atue paralelamente a agências descentralizadoras de sua capacidade diretiva (política e econômica) não é um Estado ausente ou fraco. Nem se apresenta como alternativa ao autoritarismo o apelo a um *“democratic soft state”*: o que Unger propõe (1998, p. 196) em função de um programa de empoderamento da democracia é um Estado *“duro” democratizado*. Este é mais que um mero regulador ocasional da iniciativa privada ou um moderador marginal das desigualdades sociais (UNGER, 1998, p. 118).

A causa da inibição ao potencial experimentalista da política é refém da concepção de que as instituições democráticas são atemporais. Para Unger (1998, p. 264), trata-se de uma tradição que adota cega e persistentemente o princípio liberal-conservador de fragmentação do poder com efeito da manutenção dos impasses e das práticas e regras que induzem baixa mobilização política: *“these practices gradually replaced the institutional devices of protodemocratic liberalism (...) that secured property against populism. Progressives must reject and replace both parts of this tradition”* (1998, p. 264).

Finalmente, a proposta do artigo, que se beneficia da teoria ungeriana, não deixa de reconhecer a relevância estratégica dos direitos fundamentais. A agitação e aprofundamento da política experimental exige a (re)afirmação desses direitos (UNGER, 1998, p. 266-67). A salvaguarda dos agentes políticos de uma democracia experimentalista é condição para a exequibilidade desta. Como sustentado por Unger, uma democracia que leve adiante o projeto de experimentação institucional depende diretamente de direitos fundamentais, como, por exemplo, uma herança social fixa e variável, educação crítica básica, direitos individuais de desestabilização das estruturas de poder privado imunes à disrupção imediata pelas ferramentas da política ordinária, como as escolas e a arena trabalhista³⁴

³⁴ Essa relação de dependência entre o experimentalismo e os direitos fundamentais, para Unger, é análoga àquela entre pais e filhos durante as aventuras morais e de autodescoberta destes no curso inicial da vida. Assim deveria ser para cidadãos e cidadãs do ponto de vista da sua relação com a sociedade. Para tanto, Unger apresenta uma proposta de herança social em desfavor à preponderância do sistema de herança privada; a primeira forma de herança garantirá, desde o nascimento, recursos básicos fixos (ou horizontais) e variáveis; estes últimos acompanhariam as

(UNGER, 1998, pp. 267-268; quanto ao sistema de direitos que o autor propõe: UNGER, 1997, p. 367; UNGER, 2001, pp. 508-539).

REFERÊNCIAS

AMATO, Lucas Fucci. **Inovações Constitucionais: direitos e poderes**. Apresentação de Roberto Mangabeira Unger. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2018.

CÂMARA, Heloisa Fernandes. **Populistas e autoritários? Debates sobre usos do conceito**. Revista Direito e Práxis, vol. 12, n. 2, p. 861-884, 2021.

CORRALES, Javier. **The Authoritarian Resurgence: Autocratic Legalism in Venezuela**. Journal of Democracy, vol. 26, n. 2, pp. 37-51, abril, 2015.

DUSSEL, Enrique. **20 Teses de Política**. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

GRABER, Mark A. **What's in Crisis? The Postwar Constitutional Paradigm, Transformative Constitutionalism, and the Fate of Constitutional Democracy**. In: Constitutional Democracy in Crisis? Edited by Mark. A. Graber, Sanford Levinson, Mark Tushnet. New York: Oxford University Press, 2018.

HANSMANN, Henry; GILSON, Ronald J.; PARGENDLER, Mariana. **Regulatory Dualism as a Development Strategy: Corporate Reform in Brazil, the United States, and the European Union**. Stanford Law Review, vol. 63, n. 3, p. 475-537, 2011.

LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism**. University of California Davis Law Review, vol.47, p. 189, 2013.

PRADO, Mariana M; TREBILCOCK, Michael J. **Institutional Bypasses: a strategy to promote reforms for development**. Cambridge University Press, 2018.

PRADO, Mariana Mota, **Institutional Bypass: An Alternative for Development Reform**. 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1815442> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1815442>. Acesso em: 25/06/2022.

desvantagens psicofísicas e sociais (também variáveis) relativas de seus destinatários e poderiam, também, variar conforme critérios de merecimento, na forma de recompensas e estímulo à competição.

PRENDERGAST, D. **The judicial role in protecting democracy from populism.** German Law Journal, vol. 20, n. 2, p. 245-262, 2019.

SCHEPPELE, Kim L. **Autocratic Legalism.** University of Chicago Law Review, vol. 85, n. 2, p. 545-583, 2018.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracy Realized: the progressive alternative.** 1998.

UNGER, Roberto Mangabeira. **False necessity. Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy.** From: Politics: a work in constructive social theory. Verso, 2001.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Politics: The Central Texts: theory against fate.** Verso, 1997.

UNGER, Roberto Mangabeira. **The Critical Legal Studies Movement: another time, a greater task.** London: Verso, 2015.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What Should Legal Analysis Become?.** Verso, 1996.

VAROL, Ozan O. **Stealth Authoritarianism.** Iowa Law Review, v. 100, p. 1673-1742. 2015.

TUSHNET, Mark. **Constitutional Hardball.** J. Marshall Law Review, v. 37, p. 523, 2004.

TUSHNET, Mark. **Constitutional Hardball.** Harvard Public Law Working Paper No. 21-37. 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3921575>. Acesso em: 12 de março de 2023.

TSEBELIS, George **Atores com poder de veto : como funcionam as instituições políticas.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.