

Crítica ao pensamento jurídico brasileiro, segundo Mangabeira Unger :: Felipe Seligman (Jota, em 13.07.2015)

Conjuntura e perspectivas

Enquanto a crise política toma conta da Praça dos Três Poderes e deixa sob os holofotes suas principais lideranças, há pelo menos um gabinete da Esplanada que, por obrigação, precisa ficar alheio a todas essas questões efêmeras.

“Alheio” talvez não seja a melhor palavra. Mas esse pequeno espaço precisa ver o que se passa sob uma ótica contextualizada, na qual essa crise política e institucional, por exemplo, não passa de uma consequência de um mal maior.

Em outras palavras, o que se quer não é entender como resolver a disputa entre a presidente Dilma Rousseff, fortalecendo sua autoridade e popularidade, ou em situar divergências entre PSDB e PT, mas compreender o que leva a isso e quais mudanças sistêmicas e estruturais precisam acontecer para que um país complexo como o Brasil avance sem a necessidade de crises.

Esse gabinete é a Secretaria de Assuntos Estratégicos do Governo Federal que, pela segunda vez em menos de 10 anos, é chefiado pelo filósofo brasileiro e professor de Harvard, Roberto Mangabeira Unger.

No fim de maio, ele recebeu o JOTA para uma entrevista um tanto quanto heterodoxa, em suas próprias palavras, quando expôs seus pensamentos sobre o que precisa ser feito para que o Brasil passe por uma transformação social efetiva.

Revolução de ideias

Uma nova orientação do pensamento jurídico brasileiro

Mangabeira Unger defende uma mudança radical na forma como o direito é pensado no Brasil e avalia que as mudanças estruturais passam pela mudança de mentalidade do jurista brasileiro.

Cabe a esse jurista a responsabilidade de modificar, desde simples regras até o pensamento vigente — um tanto quanto colonizado pelos preceitos das doutrinas americana e alemã.

Para Mangabeira Unger, o Brasil precisa passar uma revolução de ideias para ter condição de quebrar o fascínio “colonialismo mental” e se colocar no comando do pensamento jurídico mundial. Assim — e somente assim — podemos criar o que ele chama de “democracia de alta energia”.

“Diante do prestígio da idealização sistemática cultivada no pensamento jurídico americano e alemão, nós devemos dizer não e rebelarmos contra a substituição do formalismo anterior [do

século 19] pelo formalismo novo [do século 21] e conceber o direito de outra forma. De uma maneira que seja, ao mesmo tempo mais realista e mais transformador”, diz ele.

“Precisamos quebrar o fascínio do colonialismo mental ao qual ainda estamos submetidos e conceber a ideia, que ainda nos parece estranha, de que nós podemos estar na frente do pensamento. Pelo menos neste setor do pensamento jurídico, nós podemos estar na frente. Nós na precisamos e não devemos seguir os alemães, os americanos e os mistificadores do direito que agora estão no comando do pensamento jurídico mundo a fora”, continua.

Mangabeira Unger avalia, por exemplo, que ao importar elementos da tradição constitucional americana, de um lado o princípio liberal, “a fragmentação do poder”, e do outro, o princípio conservador dos freios e contrapesos, o Brasil acabou criando a pior forma de governo. “Essa forma mostrenga do presidencialismo de coalização combina, de alguma maneira, o cesarismo com o loteamento de poder, sem fundamento programático. Aí evoluímos para um sistema perverso em que o Executivo legisla, o Congresso investiga o Judiciário administra. É muito difícil imaginar um sistema pior do que esse”

A tal democracia de alta energia, por sua vez, precisa ter cinco elementos para que funcione e gere mudanças sem a necessidade de crises institucionais:

- 1- Elevar o nível de participação popular organizada na política;
- 2- Criar mecanismos para resolução pronta de impasses — Por exemplo, eleições antecipadas;
- 3- Aprofundar o sentido experimentalista do federalismo;
- 4- Estabelecer no Estado um poder e uma prática destinada a resgatar grupos que se encontram em situações de subjugação ou exclusão — e que não conseguem escapar por seus próprios meios; e
- 5- Enriquecer a democracia representativa com elementos de democracia direta ou participativa.

Tudo isso para resolver o grande problema do país, segundo ele: a busca por um crescimento econômico que produza a escalada da produtividade e que vá além do modelo “nacional-consumista”, que emprega a grande maioria dos brasileiros em serviços de baixa produtividade.

“Através do fenômeno econômico está uma tragédia humana, que é a coexistência no país de um vasto dinamismo empreendedores e criativo com a negação de instrumentos e oportunidades para produzir e criar para a grande maioria dos brasileiros.”

Cláusula pétrea não existe

Desafios da organização federativa

Essa forma de pensar do jurista brasileiro acabou gerando um sistema contraditório que se inspira na tradição americana do federalismo rígido, mas possui, na própria Constituição, brechas para a cooperação federativa. Como exemplo, o ministro cita o fato de o artigo 23 da

Constituição de 1988 – que trata das competências comuns dentro da Federação – jamais ter sido regulamentado por lei.

Outro exemplo, de acordo com Mangabeira Unger, está na educação. “Todo avanço em educação passa pela cooperação federativa. A União Federal pouco pode fazer sozinha, tem que acertar com Estados e municípios”, diz, para constatar que “nós não temos na educação, assim como na maior parte dos setores de políticas públicas, um desenho institucional equivalente ao desenho que temos na saúde. O desenho da cooperação federativa que temos na saúde pode ter muitos problemas e defeitos, mas é sob, muitos aspectos, um desenho admirável.”

“Não temos algo equivalente a isso na educação e precisamos ter. Não é transpor mecanicamente o desenho da saúde para educação, mas precisamos ter um desenho. E o desenho da cooperação federativa na educação precisa comportar três elementos. O primeiro elemento é a avaliação, onde estamos muito avançados, mas teríamos que crescer pelo menos um aspecto de importância. Não basta avaliar passivamente, é preciso identificar o que funciona, os experimentos que dão certo, reconhecê-los e propagá-los dentro da federação. Não adianta experimentar se não sabemos quais os experimentos que funcionam e não difundi-los”, afirma Mangabeira.

O segundo elemento, por sua vez, seria a redistribuição de recursos e até quadros, de locais mais ricos para locais mais pobres. Já o terceiro deveria focar em recuperar redes escolares “defeituosas”. “O que fazer quando, apesar de todos os esforços de apoio, uma escola ou rede escolar não consiga alcançar um patamar mínimo aceitável? Aí o princípio básico é que a qualidade de educação que uma criança brasileira recebe não deve depender do acaso de onde ela nasce. O direito da criança se sobrepõe às prerrogativas do gestor. Nós temos que ter um procedimento de recuperação, mas ele não pode ocorrer por uma intervenção federal. Só pode ocorrer em uma ação conjunta dentro da federação, em que União federal, Estados e municípios se juntem em órgãos colegiados, como são as comissões intergestoras do SUS, para resgatar aquela rede ou escola defeituosa.”

Para isso, no entanto, de acordo com o ministro, essa cooperação exigirá, inclusive mudanças constitucionais. “É inteiramente errado objetar as propostas transformadoras e dizer ‘ah, são inconstitucionais’. E daí que são inconstitucionais? Claro que as transformações mais audaciosas não cabem no desenho constitucional existente”, argumenta. Para Unger, até mesmo a existência de cláusulas pétreas é algo questionável. “Cláusula pétrea não existe, mas isso é outra controvérsia. Não é que seja subjetivo, mas o conceito de cláusula pétrea é a ideia de que dizer que algo é de granito, que não muda e isso é uma ilusão”.

Para Mangabeira, tais mudanças exigirão a abertura do Estado para que a sociedade civil participe desse processo, para que exista uma alternativa à privatização dos serviços públicos — na busca de melhorar a qualidade.

“Então funcionaria assim: o estado operaria no chão dos serviços públicos, comprometido em manter o acesso a um mínimo universal. Ao mesmo tempo, o estado atuaria no teto, no desenvolvimento dos serviços públicos mais caros, mais complexos e mais experimentais que

a sociedade civil não pode desenvolver sozinha. E no vasto espaço intermediário entre o chão e o teto, o estado trabalharia junto com a sociedade civil, ajudando a prepará-la, organizá-la, financiá-la e monitorar a sua atuação para que ela participasse junto com o estado na qualificação dos serviços públicos. A melhor maneira de qualificar os serviços públicos é envolver a sociedade civil, porque a sociedade civil faz o que o estado sozinho tem dificuldade de fazer, que é experimentar.”

“A cooperação federativa e o experimentalismo na provisão dos serviços públicos são dois aspectos do mesmo impulso e exigem o mesmo tipo de construção jurídica. Isso por si só é uma grande agenda para os juristas brasileiros”, afirma Mangabeira.

O vazio do Direito versus a camisa de força

O paradoxo brasileiro

Para que tudo isso aconteça, no entanto, ainda é preciso lidar com um paradoxo brasileiro, segundo o ministro. Trata-se do que ele chama de vazio de direito, de um lado, e o excesso de controle (camisa de força), do outro.

Em relação ao primeiro problema, ele usa como exemplo o direito ambiental. Para ele, não existe esse tipo de direito no Brasil e sim um “conflito aberto entre as ideologias e os interesses”.

O que dita a atuação na área ambiental no Brasil é o princípio da prevenção. Ou seja, como não se sabe se as mudanças serão benéficas ou malélicas, opta-se por minimizar as mudanças naturais criadas pela presença humana. De acordo com o ministro, no entanto, não há regras que delimitam a utilização desse princípio.

“Sem discutir a legitimidade desse princípio da precaução, ele só funciona quando transformado num conjunto de regras (...) Ele coexiste no nosso pseudo-direito ambiental com uma delegação de poderes discricionários quase ilimitados a um elenco de pequenos potentados administrativos. Então, por exemplo, o nosso pseudo-direito ambiental ordena estudos de impacto ambiental, mas não estipula os critérios de julgamento. Por exemplo, não há regras claras que distingam o tratamento das áreas antropizadas e das áreas virgens. Quando há uma delegação de poderes discricionários quase ilimitados, a autoridade administrativa vira um brinquedo no meio dos conflitos de interesses e ideologias contrastantes. E o resultado é reproduzir esse pesadelo para os produtores de todas as classes. Esse é um lado da medalha,”

No fim das contas, tudo isso gera maior judicialização. Não do direito, mas de “preconceitos ideológicos”.

“Aí o juiz segue um modismo ideológico ou outro. É isso que estou chamando de pseudo-direito. Veja que este entendimento da situação contrasta com o entendimento comum. Não é que a regra ambiental seja exigente demais ou não exigente o bastante, é que, à rigor, não há

regra. Porque a combinação do princípio da precaução com a delegação de poderes discricionários não é direito, é a negação do direito”, aponta.

Do outro lado, a camisa de força está presente na legislação de controle, regida por um outro princípio — o da desconfiança. “Em geral, nossa legislação de controle exprime a cultura da desconfiança e a sua realidade prática é um exemplo dos resultados dessa cultura. Porque a desconfiança do gestor público estabelece regras muito restritivas, tão restritiva que fica difícil ao gestor com intenções transformadoras atuar”, diz.

É claro que o rigor extremo é uma tentativa do estado de evitar a corrupção, mas, para Mangabeira, esse excesso na realidade, tolhe as potencialidades do Brasil e praticamente extingue a possibilidade do surgimento de soluções inovadoras para velhos problemas.

Mangabeira cita o exemplos das universidades públicas, que só pelo fato de terem que contratar pessoas ou material para laboratório dentro das regras de licitações públicas brasileiras “inviabilizaria a existência de universidades de referência mundial no Brasil.”

As universidades são apenas um exemplo. Ele afirma que o Brasil está proibido por lei, devido a essas amarras, de adotar uma prática administrativa já adotada em outros países, que é a de encomendar a solução de um problemas em troca de premiação.

“Ele não sabe a solução, sabe que há um problema, sem ter a menor ideia de qual seja a melhor solução. Isso tem um valor imenso, porque é uma maneira do estado organizar a criatividade das soluções dos problemas, mas no Brasil não pode. É proibido por lei”.

Mas a mudança não deve ocorrer da noite para o dia, nem de forma automática Para que ocorram essas mudanças, das mais abstratas às mais concretas, exige-se uma mudança da forma de pensar. Ou, nas palavras de Mangabeira Unger: “O país precisa desesperadamente dessa revolução na forma de direito”.

Três pares de temas

A íntegra da entrevista

Mangabeira Unger – Indo do concreto para o abstrato, do concreto para o teórico, eu imaginei três pares de temas. O primeiro tema, mais concreto, tem a ver com a forma jurídica da ação do Estado e seu impacto sobre os cidadãos. Em particular, em dois pontos: o não direito a falta de regra no direito administrativo em geral e no direito ambiental, que eu chamo de pseudo direito, porque é inteiramente processual. O segundo tema é o reverso desta medalha, que é a camisa de força da legislação de controle, que engessa o estado e o obriga a buscar brechas e evadir-se das regras formais. Então a falta de regra de um lado e camisa de força de outra. Subindo um pouco na escala de generalidade desta ação, aí vem dois temas que tem a ver com a organização do estado e da sua prestação de serviços públicos ao cidadão. São dois temas também: um é a cooperação federativa, o desenho do federalismo e as inibições que cria para a cooperação da federação. E o segundo tema, neste segundo par, é o

experimentalismo na provisão dos serviços públicos e como que eles podem ser qualificados com o engajamento da sociedade civil. Os dois temas estão muito ligados. Na verdade, esse segundo par de temas tem como ponto comum o experimentalismo democrático. E como o estado e o direito precisam ser reorganizados para permitir o experimentalismo necessário. O terceiro par de temas é a orientação geral do pensamento jurídico brasileiro, que caiu na trapaça da sistematização idealizadora, que nós importamos dos Estados Unidos e da Alemanha, e que é hostil ao realismo crítico à percepção de que o direito é um conjunto de contradições que pode ser mobilizado para as inovações institucionais necessárias. O segundo tema é a tradição constitucional brasileira, que é uma combinação do que eu chamo do liberalismo protodemocrático e um “waimarismo” (Weimar) tardio. Por exemplo, a constituição, ao invés de organizar as alternativas institucionais ou processo para criá-las, enche-se de promessas vãs, desde felicidade até a saúde. Esse é o temário amplo. A minha hipótese é que seria melhor começar do chão e subir de tema, que me parece mais pedagógico.

Podemos seguir nessa linha de conversa. Começando por esta falta e excessos de regras.

Só acho que seria interessante eu dizer algumas palavras para contextualizar a respeito da relação de tudo isso com o novo modelo de desenvolvimento do País, que dá sentido a tudo isso. Nós nos aproximamos agora de um momento decisivo na nossa história nacional. Temos que mudar de caminho. No período histórico recente, construímos um modelo de desenvolvimento baseado primordialmente na produção e exportação de commodities e na democratização do consumo. As circunstâncias mudaram no mundo e revelaram as limitações desta estratégia. Mas a maior limitação não tem nada a ver com circunstâncias passageiras. Este modelo que seguimos no período recente permitiu um nível muito baixo de produtividade na economia brasileira. Por exemplo, nós mantivemos, em subidas e descidas do ciclo econômico, um nível muito alto de emprego. Porém, empregamos a grande maioria dos brasileiros em serviços de baixa produtividade. Agora, nós não podemos crescer sem organizar uma escalada de produtividade e não podemos organizá-la dentro do limite deste modelo consumista, deste nacional-consumismo, por assim dizer, que compensou a falta de instrumentos para a energia dos brasileiros com o aproveitamento de recursos naturais. Atrás do fenômeno econômico está uma tragédia humana, que é a coexistência no país de um vasto dinamismo empreendedor e criativo com a negação de instrumentos e oportunidades para produzir e criar a grande maioria dos brasileiros.

Esse é o contexto maior do problema. Agora, precisamos construir um modelo de desenvolvimento baseado em aplicação de capacitações educacionais e de oportunidades econômicas. A grande diferença entre democratizar a economia do lado da demanda e democratizá-la do lado da oferta, é que a democratização do lado da demanda se pode fazer só com dinheiro. Enquanto que a democratização do lado da oferta sempre exige inovações institucionais. E aí chegamos ao direito, porque o direito é o terreno imprescindível e instrumento indispensável para as inovações institucionais. Os nossos interesses e os nossos

ideais estão sempre pregados na cruz das instituições e das práticas. E o direito é o sítio dessa crucificação, é isso que acontece. E agora eu proponho então explorar esse terreno da relação do direito com o novo modelo de desenvolvimento, numa série de planos de campos começando por algo concreto.

E, nesse caso, quando o senhor diz da falta de regras e da camisa de força, é uma mistura de falta de regras que possibilitem a garantia dessa inovação e camisa de força que criam amarras para que essas inovações aconteçam?

Sim, então o primeiro terreno em que estudar o potencial transformador do direito e sua relevância para a construção do novo modelo de desenvolvimento tem a ver com a forma do direito, e como a forma do direito impacta o cidadão. Aí há, no nosso direito e na nossa realidade, uma situação paradoxal que eu chamo da coexistência do vazio do direito, em algumas áreas, com a camisa de força, em outras áreas. Consideramos o direito administrativo brasileiro em geral. E como exemplo, o nosso direito ambiental.

O licenciamento ambiental virou um pesadelo no Brasil para os produtores de todas as escalas, em todos os setores e em todos os locais do País. O problema não é que o direito ambiental seja exigente demais, como muitos imaginam, o problema é que, a rigor, nós não temos um direito ambiental. Nós temos um pseudo direito, quase inteiramente processual. Esse direito é essencialmente uma combinação de dois elementos. Um deles é um princípio, que não é um conjunto de regras. O princípio é chamado no direito ambiental universal de princípio de precaução. O planeta está constantemente mudando e não é possível estabilizar a natureza num ponto fixo. As atividades humanas modificam a natureza. Alguma dessas mudanças podem ser boas ou ruins, é como as mutações genéticas, que podem trazer as doenças, mas também providenciam o material para a evolução natural.

O princípio da prevenção diz que, já que não sabemos se as mudanças serão benéficas ou maléficas, optamos por minimizar as mudanças naturais criadas pela presença humana. Sem discutir a legitimidade desse princípio da precaução, ele só funciona quando transformado num conjunto de regras. No geral, no direito ambiental, ele não está transformado em um conjunto de regras. Ele coexiste no nosso pseudo direito ambiental com uma delegação de poderes discricionários quase ilimitados a um elenco de pequenos potentados administrativos. Então, por exemplo, o nosso pseudo-direito ambiental ordena estudos de impacto ambiental, mas não estipula os critérios de julgamento. Por exemplo, não há regras claras que distingam o tratamento das áreas antropizadas e das áreas virgens. Quando há uma delegação de poderes discricionários quase ilimitados, a autoridade administrativa vira um joguete no meio dos conflitos de interesses e ideologias contrastantes. E o resultado é reproduzir esse pesadelo para os produtores de todas as classes. Esse é um lado da medalha.

Ou seja, deixando esse princípio abstrato sem regras concretas façam as regras do jogo, você deixa apenas a pura subjetividade...

Pior do que a subjetividade, é um convite para substituir o ordenamento jurídico por um conflito aberto entre as ideologias e os interesses. E aí o administrador se situa de forma arbitrária nesse conflito, não guiado por regras.

E o interessante, me desculpa te interromper, é que isso, em última instância no Brasil, acaba no judiciário. E por falta de regra, acabam sendo impostas pelo judiciário.

Não é a judicialização do direito. É a judicialização do embate entre preconceitos ideológicos opostos. Aí o juiz segue o modismo ideológico ou outro. É isso que estou chamando de pseudo-direito. Veja que este entendimento da situação contrasta com o entendimento comum. Não é que a regra ambiental seja exigente demais ou não exigente o bastante, é que, à rigor, não há regra. Porque a combinação do princípio da precaução com a delegação de poderes discricionários não é direito, é a negação do direito.

É o vazio do direito. É isso que nós temos de um lado na forma jurídica da atuação do estado, claramente disciplinar. É uma realidade que não se limita ao direito ambiental, é apenas um caso extremo. Porque a mesma combinação de princípio abstrato com discricionariedade ilimitada se reproduz em muitos campos do direito administrativo. Nós temos que acabar com esse vazio do direito, porque ele é inibidor do desenvolvimento e subversivo da ordem jurídica.

Agora, o outro lado desta mesma medalha é o oposto, que está explicitamente revelado na legislação de controle. A legislação que os Tribunais de Contas aplicam e, em nome do qual, o Ministério Público também atua. Em geral, a nossa legislação de controle exprime a cultura da desconfiança e a sua realidade prática é um exemplo dos resultados da cultura de desconfiança, bem compreendidos em todo o mundo. Porque a desconfiança do gestor público estabelece regras muito restritivas. Tão restritivas que fica difícil ao gestor com intenções transformadoras atuar. Ele tem que, então, procurar brechas nessa sistemática de regras restritivas ou tentar evadi-las, de alguma maneira. O resultado desta ação compensatória, por parte dos gestores, é acrescentar mais restrições. E as mais restrições motivam mais evasão e mais busca de brecha e assim vem um círculo da cultura da desconfiança, que acaba na camisa de força. E é isso que nós temos.

A camisa de força é o outro lado da falta de regras, são os dois extremos que se complementam na forma jurídica da atuação do estado brasileiro. Há certos casos extremos que mostram o absurdo a que se chega. Vou dar um exemplo da legislação que se aplica às universidades, sobretudo as públicas, que estão aprisionadas nesta camisa de força. Então como pode uma universidade contratar gente ou contratar material para os laboratórios dentro das regras das leis que regem as licitações públicas? Esse fator, por si só, sem a presença dos muitos fatores, inviabilizaria a existência de universidades de referência mundial no Brasil. Agora, o tema que aí é dramatizado, a respeito das universidades, tem uma aplicação muito mais geral, que é a vedação de todas as ações experimentais na fronteira da gestão pública.

Eu vou dar outro exemplo. Uma prática administrativa muito promissora, e já experimentada em vários países no mundo, é que um departamento do governo encomenda a solução de um problema e oferece em troca uma premiação. Não encomenda uma solução específica, como uma tecnologia por exemplo. Ele não sabe a solução, sabe que há um problema e que irá estimular a criatividade dos cidadãos na proposta de solução deste problema, sem ter a menor ideia de qual seja a melhor solução. Isso tem um valor imenso, porque é uma maneira do estado organizar e incentivar a criatividade nas soluções dos problemas. No Brasil não pode, isto é proibido por lei. Isto é um exemplo mais geral das consequências práticas desastrosas da camisa de força. Os juristas brasileiros tem aí, portanto, uma grande tarefa. Essa tarefa dual da forma jurídica de organização do estado, que é de um lado preencher o vazio do direito, onde não existe direito, e do outro lado romper a camisa de força onde há.

Você ter essas possibilidades, como o exemplo que o senhor citou, não existe, porque talvez sejam características de estados que incentivam essa inovação, que seja talvez um problema cultural brasileiro.

É fácil atribuir malogros que resultam da organização das coisas à cultura. A cultura paga o preço, o conceito da cultura vira uma espécie de caixa preta, como se fosse a medida da nossa ignorância. Quando, na realidade, aquilo que atribuímos à natureza das pessoas, na verdade, é resultado de uma maneira de organizar a sociedade e o estado. Eu garanto que se nós mudarmos essas instituições não haverá qualquer obstáculo cultural a esse experimentalismo. Pelo contrário, o espírito predominante no País é o espírito do sincretismo e da anarquia criadora. Em completa contradição com a camisa de força.

O papel do direito não é “liberar geral” de um lado e suprimir do outro lado. O papel do direito é ordenar o experimentalismo. E esse tema, a respeito do qual estamos conversando, está ligado a uma preocupação mais geral que tem a ver com a forma do direito. Concepção convencional do direito é que ele exige universalidade. Não pode singularizar. Então, o estado, de acordo com essa concepção, ou impõe uma solução genérica pra todos ou não propõe a solução. É tudo ou nada. Mas este tudo ou nada não permite avançar de uma maneira experimental. O Estado deveria ter maneiras de experimentar soluções antes de generalizá-las, se não está generalizando no escuro. Esse é um problema profundo que tem a ver com a relação entre experimentalismo e generalidade no direito. Nós temos que repensar o direito para que ele não seja inimigo do experimentalismo. O grande perigo do experimentalismo específico é que ele pode permitir os favorecimentos e castigos a categorias especiais. Temos que construir critérios que nos permitam atender a essa preocupação legítima sem suprimir o experimentalismo.

Uma dúvida que eu tenho, é que quando a gente debate sobre a necessidade dos juristas se unirem para combater justamente essa falta de regra em alguns lados e o excesso em outros, o ambiente para isso seria, em tese, inicialmente no mundo acadêmico, eu imagino né. Porque

essas discussões nascem na academia e em muitos países o diálogo entre estado e academia funciona muito bem. E aqui no Brasil não sinto tanto isso...

Não sei se elas têm de nascer na academia. E, sobretudo, não na nossa academia jurídica como ela está orientada hoje. Espero falar sobre isso depois, mas a nossa academia está vidrada nas formas de idealização sistemática do direito que importamos dos Estados Unidos e da Alemanha. Então, ao invés de ser solução, faz parte do problema. É a realidade prática, o imperativo da transformação e do desenvolvimento que impõe essa agenda. Então, pode vir da prática o desafio e aí, se bate na porta da academia, talvez interrompa os devaneios da idealização sistemática que prevalece na elite do pensamento jurídico e constitucional brasileiro.

E qual seria o ambiente, na sua avaliação, para que isso ocorra? O próprio estado?

Qualquer um. Não penso como os marxistas, não acho que existam agentes ou ambientes pré-determinados a serem terreno da mudança. Se essas alternativas vão surgir na academia ou surgir na prática e se impor a academia, é algo que nós não podemos prever. Aí é a contingência dos movimentos coletivos e intelectuais. O que eu sei é que tem de surgir, porque o país precisa desesperadamente dessa revolução na forma de direito.

Que é muito menos uma questão de reformas pontuais e muito mais uma questão de visão de mundo.

Sim, mas como esses exemplos ilustram, visão ancorada em problemas prementes que não cabem dentro das ideias estabelecidas. Não é trocar um arcabouço intelectual por outro apenas por preferência teórica. É porque a experiência está nos ensinando algo que não cabe dentro de nossa vã filosofia. Aí chegamos ao segundo par de temas, que tem a ver com a organização do estado de direito e o experimentalismo democrático.

Um deles é a cooperação federativa. É a segunda vez que estou no governo brasileiro. Participo há muito tempo dos debates públicos no Brasil, mas quase sempre na oposição. Agora, por acidente, estou no estado por convite, primeiro do presidente Lula e agora pelo convite da presidente Dilma, com quem tenho uma profunda afinidade. Mas nunca esperei essa oportunidade. A minha militância ao longo da minha vida foi uma militância de oposição às correntes de pensamento e interesses dominantes do País. E nestes dois períodos de engajamento, eu constatei a centralidade da cooperação federativa para o avanço a todas as nossas políticas públicas. Um caso dramático é a educação, que tem sido uma preocupação prioritária por encomenda da presidente.

Uma palavra a respeito do federalismo: nós o importamos historicamente dos EUA. É o federalismo clássico americano. Há uma contradição nesse federalismo. A ideologia é uma ideologia experimentalista, tanto assim que na doutrinação americana, os estados federados são descritos literalmente como laboratórios de experimentação. Entretanto, o arcabouço do

federalismo clássico é hostil ao objetivo experimentalista, porque atribui poderes estanques aos três níveis da federação rigidamente separados. Essa separação é incompatível com o ideal experimentalista. Tem de haver, é claro, uma divisão de trabalho, uma especialização de funções, dentro da federação. Mas essa especialização não pode ser tão rígida que impeça a colaboração dentro da federação, que é indispensável para a transformação.

Há dois tipos de cooperação federativa, a cooperação vertical, entre diferentes níveis da federação, a união, os estados e os municípios, e a cooperação horizontal, entre estados ou entre municípios. E ambos esses tipos de cooperação são indispensáveis na qualificação das políticas públicas. Nós, em geral, continuamos na tradição americana do federalismo rígido, mas a constituição abre brechas para a cooperação federativa.

Por exemplo, o artigo 23 da constituição de 88 trata das competências comuns dentro da federação, mas jamais foi adequadamente regulamentado em lei. Vou dar um exemplo da educação, da importância de desdobrar a cooperação federativa. Todo o avanço em educação passa pela cooperação federativa. A União federal pouco pode fazer sozinha, tem que acertar com os estados e municípios.

A verdade é que nós não temos na educação, assim como na maior parte dos setores de políticas públicas, um desenho institucional equivalente ao desenho que temos na saúde. O desenho da cooperação federativa que temos na saúde pode ter muitos problemas e defeitos, mas é sob, muitos aspectos, um desenho admirável. Não temos algo equivalente a isso na educação e precisamos ter. Não é transpor mecanicamente o desenho da saúde para educação, mas precisamos ter um desenho. E o desenho da cooperação federativa na educação precisa comportar três elementos. O primeiro elemento é a avaliação, onde estamos muito avançados, mas teríamos que acrescentar pelo menos um aspecto de importância. Não basta avaliar passivamente, é preciso identificar o que funciona, os experimentos que dão certo, reconhecê-los e propagá-los dentro da federação. Não adianta experimentar se não sabemos quais os experimentos que funcionam e não difundi-los.

O segundo elemento do desenho da cooperação federativa na educação é a redistribuição de recursos, e eventualmente até de quadros, de locais mais ricos para locais mais pobres. O Fundeb tem sentido levemente redistribuidor, mas nós precisaríamos organizar uma redistribuição mais substancial para poder qualificar o ensino básico.

E o terceiro elemento, e o mais controvertido no desenho da cooperação federativa, tem a ver com a recuperação de redes escolares defeituosas. O que fazer quando, apesar de todos os esforços de apoio, uma escola ou rede escolar não consiga alcançar um patamar mínimo aceitável? Aí o princípio básico é que a qualidade de educação que uma criança brasileira recebe não deve depender do acaso de onde ela nasce. O direito da criança se sobrepõe às prerrogativas do gestor. Nós temos que ter um procedimento de recuperação, mas ele não pode ocorrer por uma intervenção federal. Só pode ocorrer em uma ação conjunta dentro da

federação, em que União federal, estados e municípios se juntem em órgãos colegiados, como são as comissões intergestoras do SUS, para resgatar aquela rede ou escola defeituosa. Eventualmente reorientando a gestão e mobilizando recursos financeiros e humanos adicionais.

O senhor vê também o papel da iniciativa privada nessa recuperação ou é uma atitude que precisa passar pelos estados?

O que eu diria é que esse desenho de cooperação federativa vertical precisa ser enriquecido por dois outros elementos. Um dos elementos adicionais é mais um passo para a cooperação horizontal da federação, cooperação entre municípios e estados, como de maneira informal já ocorre no Brasil. Nós temos muitos experimentos exitosos de cooperação horizontal. Mas ainda não há um ordenamento dos passos e dos procedimentos para essa cooperação. O outro elemento que teria de enriquecer a cooperação vertical é um espaço para o engajamento da sociedade civil, ainda muito limitado dentro das nossas regras.

Vou dar um exemplo. Nós nos preocupamos com ter, na educação brasileira, não só uma sequência curricular padrão, um currículo orientado para aquisição de competências analíticas, mas também currículos especiais para os que estejam enfrentando maior dificuldade ou que tenham vocações extraordinárias em determinados contextos. Não há porque não aproveitar o saber de especialistas ou das escolas privadas dentro do sistema público.

Um outro exemplo é saber aproveitar as tecnologias, como as aulas em vídeo, o ensino a distância, para sacudir o ambiente de mediocridade na sala de aula. E, novamente, há especialistas que não fazem parte do sistema público. Nós estamos discutindo como poder organizar a participação desses quadros da sociedade civil dentro do sistema público. Isso não é a privatização do sistema público, isso é o enriquecimento do sistema público, por essa provocação que vem de fora. E o sistema público não deve ser tão fechado que não permita essas intervenções vindas de fora.

Existem benchmarks importantes fora do Brasil né...

Há muitas experiências no mundo que nós estamos estudando, mas o que eu digo é que, ultrapassando os limites do exemplo da educação, a construção do federalismo cooperativo é uma grande tarefa para os juristas brasileiros. E é uma tarefa a ser executada em todas as políticas públicas. Como o exemplo da educação revela, ainda nesta etapa histórica de organização do federalismo cooperativo, há caracteristicamente três etapas a percorrer em cada área das políticas públicas. Primeiro, há uma etapa que eu chamaria de práticas infralegais. Muito pode ser feito sem mudar as leis, por mera reorientação das práticas. O governo federal pode trabalhar mais com os estados e municípios e os estados, entre eles, assim como os municípios, podem trabalhar mais sem qualquer revisão de leis.

Há uma segunda etapa que é de revisão de leis. E dou dois exemplos. Um eu já mencionei, que é a regulamentação legal das competências comuns do artigo 23 da Constituição Federal.

Voltando um pouco nestas questões de prática, o senhor poderia nos dar um exemplo?

Claro. Dados os desníveis na federação e a tarefa fundamental de reconciliar padrões nacionais de qualidade e de investimento com a gestão local das escolas e municípios, os três níveis da federação precisam e podem começar a trabalhar juntos mais do que trabalham hoje sem mudar qualquer lei. É claro que a existência de órgãos colegiados, como aqueles a que me referi, facilitaria essa colaboração. Mas essa colaboração não precisa esperar pela instauração desses órgãos colegiados. Isso é mudança de prática, não é mudança de lei.

Aí vem a segunda etapa, que é a mudança de leis. Dou dois exemplos. Um deles é a regulamentação legal do artigo 23 da Constituição. Outro exemplo é desdobrar o regime de cooperação que é invocado no artigo 7º do Plano Nacional de Educação. Mas que não é explicado ou organizado pelo Plano. São mudanças de leis.

Agora vem a terceira etapa, que é a revisão constitucional. Não é para fazer um fetiche da Constituição. A constituição abre brechas, como eu dizia, para a cooperação federativa, mas o seu conjunto continua ainda presa à tradição federalista americana, de um federalismo anti-cooperativo e anti-experimental. No futuro, nós precisamos considerar também revisões constitucionais. É inteiramente errado objetar as propostas transformadoras e dizer “ah, são inconstitucionais”. E daí que são inconstitucionais? Claro que as transformações mais audaciosas não cabem no desenho constitucional existente. Por isso que os países mudam as suas constituições. A constituição não deve ser encarada como uma prisão a que estaremos presos indefinidamente. Por outro lado, não faz sentido contemplar revisões constitucionais sem ter uma ideia clara do propósito, do seu vínculo com essas ações transformadoras.

E não envolve nenhuma discussão de cláusulas pétreas, né, são mudanças constitucionais possíveis de serem feitas.

O tema das cláusulas pétreas é outro tema. Cláusula pétrea não existe, mas isso é uma outra controvérsia. Não é que seja subjetivo, mas o conceito da cláusula pétrea é a ideia de dizer que algo é de granito, que não muda. Isso é uma ilusão, não existe isso. A motivação é boa, defender caracteristicamente os direitos humanos fundamentais. Mas não se defendem os direitos fingindo que as tempestades da história eximem uma parte da organização da sociedade e nem se aprofundam os direitos dessa forma.

Mas eu gostaria de acrescentar, em relação a cooperação federativa. Tudo isso que nós estamos discutindo tem a ver com uma etapa histórica. Se nós olharmos para o futuro, é possível vislumbrar um segundo momento no desenvolvimento do federalismo. Não é para agora, é para outro momento histórico. Uma radicalização do experimentalismo dentro da federação. A tradição do pensamento federativo é dizer se há um potencial de divergência de

uma parte da federação, o mesmo potencial de divergência precisa ser simultaneamente atribuído a todos. Isso limita drasticamente o potencial de divergência. E não precisa ser assim. No futuro, numa democracia de alta energia, é possível imaginar que o estado conceda temporariamente um poder de divergência extraordinária para determinadas partes da federação ou determinados setores da economia.

Vou dar um exemplo. Os chineses, que é um exemplo de um acidente histórico. A China tem o que é chamado de um país e dois sistemas. Hong Kong é um acidente histórico. Quando a cidade foi reincorporada à China, permitiu-se que tivesse um sistema completamente diferente. Um sistema econômico, mas também um sistema político divergente. Não tão divergente quanto eles gostariam de ter, mas é divergente, inclusive na organização do governo. Isso é um interesse de um país dizer quando construímos um caminho decisivo de transformações, queremos contrabalançar a nossa aposta, fomentando a criação de contramodelos do futuro nacional. E veja que esse tema está ligado a algo profundo na política e no direito. Cada vez mais nós redescobrimos a necessidade das mudanças estruturais, as mudanças das instituições básicas, como os liberais e socialistas do século 19 reconheciam. E como o social-democratas e o social-liberais do século 20 deixaram de reconhecer.

Entretanto, ao contrário dos liberais e socialistas do século 19, nós não podemos confiar mais em soluções institucionais dogmáticas ou permanentes. Aí vem um grande problema para a política e para o direito. Como nós podemos cultivar uma imaginação estrutural sem sucumbir a um dogmatismo estrutural? Nós temos que nos lançar a mudanças estruturais, mas manter abertas as portas para as alternativas. Daí a importância para criar um espaço para esses contramodelos. Não podem ser apenas ideias, que ideias abstratas são impotentes, tem de ser uma ideia encarnada numa outra maneira de organizar as coisas.

E aí a gente chega numa outra questão que o senhor disse sobre a orientação geral do pensamento jurídico brasileiro, que passa por essa discussão.

Claro, mas antes de chegar a esse tema mais teórico, eu queria complementar a discussão sobre federalismo cooperativo com outra manifestação de experimentalismo democrático, que também tem a ver com as tarefas centrais do direito. Esta outra maneira é o experimentalismo na maneira de prover os serviços públicos. Veja o contexto disso neste momento da nossa história nacional. No modelo anterior de desenvolvimento, conseguimos que milhões de brasileiros alcançassem padrões mais altos de consumo. Isso foi uma grande conquista. A massificação do consumo, a criação do mercado de bens de consumo em massa. Entretanto, esses emergentes, que ascenderam ao consumo, descobriram que o consumo privado não basta para levar uma vida decente se não for combinado com um acesso a serviços públicos de qualidade, como educação, saúde e segurança. E aí nós temos que descobrir qual é o caminho para a qualificação dos serviços públicos. É um grande tema agora na agenda do País.

E o que temos em matéria de provisão de serviços públicos? O que temos no Brasil, e em geral no mundo, é que o podemos chamar de fordismo administrativo. O paradigma dominante de produção que existe no mundo até recentemente é o que é chamado de fordismo industrial, por alusão à linha de montagem de Henry Ford. Mas uma outra palavra para descrever esse paradigma é o mass production, a produção em grande escala de produtos e serviços padronizados por maquinários e processos produtivos rígidos, mão de obra semi-qualificada e relações de trabalho muito hierarquizadas. E isto tem sido também o cerne do sistema industrial brasileiro. Já está sendo superado no mundo por um outro paradigma de produção, que o chamamos as vezes de pós-fordista ou economia do conhecimento.

Mas o que existe no mundo em questão de provisão de serviços públicos? É um equivalente administrativo a esse fordismo industrial, a provisão de serviços padronizados de baixa qualidade pelo aparato do estado. Quando eu digo de baixa de qualidade é muito simples. É de qualidade mais baixa do que os serviços análogos que possam ser comprados no mercado por quem tem dinheiro. Ou seja, quem tem dinheiro, ainda hoje na maior parte dos países, vai ter uma melhor educação, saúde melhor e segurança melhor. A única alternativa aparente a esse fordismo administrativo é a privatização dos serviços públicos em favor de empresas com os mesmos objetivos.

Mas há uma outra opção. E esta outra opção se tornará cada vez mais importante durante o curso do século 21 e apresenta um grande desafio para o direito. Esta outra opção é o engajamento da sociedade civil independente, sem objetivo de lucro, como parceira do estado na qualificação dos serviços públicos. Então funcionaria assim: o estado operaria no chão dos serviços públicos, comprometido em manter o acesso a um mínimo universal. Ao mesmo tempo, o estado atuaria no teto, no desenvolvimento dos serviços públicos mais caros, mais complexos e mais experimentais que a sociedade civil não pode desenvolver sozinha. E no vasto espaço intermediário entre o chão e o teto, o estado trabalharia junto com a sociedade civil, ajudando a prepará-la, organizá-la, financiá-la e monitorar a sua atuação para que ela participasse junto com o estado na qualificação dos serviços públicos. A melhor maneira de qualificar os serviços públicos é envolver a sociedade civil, porque a sociedade civil faz o que o estado sozinho tem dificuldade de fazer, que é experimentar.

Nós ainda não temos, em qualquer lugar no mundo, um desenho adequado e amadurecido deste modelo de parceria entre estado e sociedade civil na provisão de serviços públicos. Isso aí seria parte do terreno daquilo que, no período entre guerras no século 20, o pensamento jurídico europeu chamou de direito social, um direito que não é público e nem privado. Mas que organiza uma ação de terceiro setor em colaboração com o estado. E aí vem o impulso experimentalista, mais uma vez, vindo de fora pra dentro do estado. A tese geral que unifica essa parte da nossa conversa é que a cooperação federativa e o experimentalismo na provisão dos serviços públicos são dois aspectos do mesmo impulso. E exigem o mesmo tipo de construção jurídica. Isto por si só é uma grande agenda para os juristas brasileiros, é uma

agenda inteiramente construtiva que não cabe no nicho convencional do espectro de esquerda para a direita. A não ser que se identifique a esquerda pelo critério da disponibilidade para a reconstrução institucional a serviço do engrandecimento das pessoas. Mas por esse critério os liberais do século 19 seriam esquerdistas.

Quem seriam esses agentes da sociedade civil capazes de fazer essa colaboração?

Eu que estou agora na área de educação vejo neste setor, e sinto que há em muitos outros setores, uma imensa movimentação na sociedade brasileira desses movimentos, como o Todos Pela Educação. Há um grande elenco de movimentos que são de ativismo cívico, de empreendedorismo social e que se sentem frustrados porque só conseguem alcançar resultados sussurrando nos ouvidos dos burocratas. Ali há um desperdício do idealismo cívico e do ativismo social.

Já tive algumas conversas sobre esse tema específico. Ontem mesmo eu estava conversando com um colega sobre esse movimento Todos Pela Educação, e ele fez uma observação que é que muitas vezes essas organizações tem muitas ideias, mas tem alguns engessamentos que não conseguem colocar em prática tudo isso. Uma das ideias seria criar projetos pilotos, talvez não na área pública, uma escola privada por exemplo, em que você desenvolve esses temas e a partir desse experimentalismo privado, você conseguisse disseminar para a área pública. Isso faz parte desta proposta?

É mais do que isso que eu estou pregando. Não estou pregando apenas uma disseminação, na área pública, daquilo que os agentes fazem, estou pregando um casamento nesta vasta área do que eu chamei de chão e teto. E claramente distinto da privatização dos serviços públicos, isto é, o cooperativismo social e o idealismo cívico mobilizados à serviço de transformações estruturais e dentro dessa ideia básica de que nós precisamos de transformações estruturais, mas não podemos confiar em dogmas. Precisamos descobrir o caminho. Não só abrir o caminho, mas descobri-lo experimentalmente no meio do caminho. Para isso, é preciso multiplicar as vozes na construção das alternativas.

O senhor avalia também que passa pelo engajamento de grandes empresários que tem, por exemplo, intuítos não lucrativos? Cito como exemplo a Fundação Lehmann.

As fundações fazem as coisas com bons intuítos, mas aí vem a discussão da filantropia privada. Empresários são empresários e têm seus interesses. Não é confundir empresário com ativista social. E segundo, a filantropia privada, na medida em que ela é financiada pelo fato tributário, pode virar o financiamento das obsessões dos ricos pelo tesouro. E aí temos que ter um debate sobre os limites disso. Não é que eu esteja desmerecendo o que essas fundações empresariais tem conseguido, mas não devemos confundir a filantropia empresarial com o empreendedorismo social e o idealismo cívico.

E aí chegamos ao último plano da nossa conversa que é a orientação do pensamento jurídico e a tradição constitucional brasileira que formam, de certa maneira, o clima de ideias e de atitudes em que essas tarefas que discutimos serão cumpridas ou não.

Primeiro, o pensamento jurídico brasileiro. Vou simplificar para tornar a minha mensagem polêmica mais clara. O pensamento jurídico brasileiro, em seu conjunto, rendeu-se a onda da racionalização idealizante que prevalece nas culturas jurídicas mais influentes do Atlântico Norte, sobretudo a dos Estados Unidos e da Alemanha.

E aí duas palavras a respeito da história do pensamento jurídico modelo: a sistematização doutrinária dos que prevaleciam no século 19, que nós chamamos muitas vezes de formalismo jurídico ou dogmatismo jurídico, foi seguida, no século 20, por um novo tipo de formalismo. Esse novo tipo reconhece que o direito tem que ser interpretado teleologicamente com respeito aos propósitos que atribuímos ao direito, mas passou a entender o direito como um sistema informado e organizado por princípios e políticas públicas. Uma idealização do direito. E uma idealização justificada em nome do poder que dava aos juristas para melhorar o direito, sobre o pretexto de interpretá-lo.

Essa operação teve três custos. O primeiro foi uma mistificação do direito, subestimando as suas contradições. O segundo custo foi uma usurpação de poder. Os juristas, sobre o pretexto de interpretação do direito, se arrumaram no poder. E o terceiro foi o mais importante, foi inibir a dialética entre visões de ideais e interesses de um lado e práticas e instituições do outro lado, concebendo a evolução do direito como uma marcha evolutiva em direção a uma racionalização cada vez mais perfeita.

Entre esses dois períodos, do século 19 ao século 20, houve um intervalo em que a forma do dogmatismo do século 19 tinha sido desacreditada e o dogmatismo do século 21 ainda não tinha se cristalizado. O direito era visto mais como um terreno de contradições que poderia ser mobilizada a favor das transformações. E entre os juristas que viam as coisas dessa maneira estavam por exemplo Holmes (Oliver Wendell Holmes Jr.), nos Estados Unidos e (François) Géný, na França. Seria um ponto de partida muito melhor para nós. Jurista tem duas vocações. Uma vocação menor e outra maior. A vocação menor é pensar o direito no contexto profissional e jurisdicional. Para isso é preciso interpretá-lo teleologicamente, mas não precisa fingir que ele é um sistema idealizado, que só resulta na mistificação e na usurpação.

A vocação maior do jurista é ser o parceiro da sociedade na imaginação dos seus futuros institucionais alternativos. Para isso, precisa compreender o direito como um terreno de contradições que podem ser mobilizadas como ponto de partida para as alternativas, para o futuro. O pensamento estrutural sem o dogmatismo estrutural. Portanto, o que eu estou dizendo a respeito do pensamento jurídico brasileiro é que, diante do exemplo prestigioso da idealização sistemática cultivada no pensamento jurídico americano e alemão, nós devemos dizer “não” e rebelarnos contra a substituição do formalismo anterior pelo formalismo novo e

conceber o direito de outra forma. De uma maneira que seja, ao mesmo tempo, mais realista e mais transformador. Isso em relação ao pensamento jurídico em geral.

Portanto, isso é uma revolução nas ideias. Quando eu estava tratando antes na nossa conversa dos temas da forma do direito e da organização do estado, eu defendi uma série de reformas, eu fui reformista. Mas, no pensamento, eu sou revolucionário. E sustento que a contrapartida, a reforma na política, é a revolução das ideias. Para isso, nós precisamos quebrar o fascínio do colonialismo mental a qual ainda estamos submetidos e conceber a ideia, que ainda nos parece estranha, de que nós podemos estar na frente do pensamento. Pelo menos neste setor do pensamento jurídico, nós podemos estar na frente. Nós não precisamos e não devemos seguir os alemães, os americanos e os mistificadores do direito que agora estão no comando do pensamento jurídico mundo afora.

Daí o tema da tradição constitucional. A contrapartida dessa reorientação do pensamento jurídico é uma reorientação da nossa tradição constitucional. A tradição constitucional brasileira tem dois elementos. Um elemento é o liberalismo protodemocrático, que está expressa na constituição americana. Foi o figurino que copiamos no presidencialismo brasileiro. Tem dois elementos dentro deste liberalismo protodemocrático dos americanos. Um elemento é o princípio liberal, a fragmentação do poder. O outro elemento é o princípio conservador, a desaceleração da política pelo esquema madisoniano (James Madison) dos freios e contrapesos. Esse mecanismo cria uma espécie de correspondência entre ambição transformadora de um projeto político e a severidade dos obstáculos constitucionais que tem de transpor para realizar-se na prática.

Os americanos imaginam que há um vínculo indissolúvel entre o princípio liberal e o princípio conservador. Mas eles estão enganados. Eles não estão, esses dois princípios, naturalmente relacionados. Eles estão relacionados por decisão política, porque os autores da constituição americana quiseram fazer assim. O que nós deveríamos fazer é reafirmar o princípio liberal e repudiar o princípio conservador. Por exemplo, a manter o regime presidencial, dotá-lo de mecanismos para elevar a participação popular na política e para romper rapidamente os impasses. Por exemplo, as eleições antecipadas, que poderiam ser convocadas unilateralmente por qualquer um dos dois poderes políticos, mas que seriam sempre bilaterais para os dois poderes. Isso está nos meus escritos constitucionais há muito tempo. Não é uma tarefa para agora, é uma proposta para o futuro.

Agora, segundo elemento na tradição constitucional é o que eu chamaria o “vaimarismo” tardio. A tradição das constituições pós-Primeira Guerra Mundial. Tem dois elementos. O primeiro é o dualismo, duas bases de ascensão ao poder central: o presidencial e o parlamentar. Uma espécie de parlamentarização do presidencialismo. Isso teve origem no meio do cesarismo, do poder imperial, depois da Primeira Guerra Mundial. Isto nós não temos formalmente no País, mas temos na pior forma. Essa forma mostrenga do presidencialismo de coalizão, que combina, de alguma maneira, o cesarismo com o loteamento do poder, sem fundamento

programático. Aí evoluímos para um sistema perverso em que o executivo legisla, o congresso investiga e o judiciário administra. É muito difícil imaginar um sistema pior do que esse.

E o segundo princípio do “vaimarismo” é estabelecer na Constituição uma longa lista de promessas de direitos, desde a felicidade até a saúde. Não fomos apenas nós que fizemos isso não, foi o que prevaleceu no mundo neste período histórico. É inteiramente inconsequente, a Constituição fica como uma lista de promessas vãs. Não é pra isso que são as constituições, são para organizar um modelo institucional, sobretudo no Estado, que seja capaz de aprofundar o experimentalismo democrático. Precisaríamos agora reformar essa tradição constitucional, substituindo pouco a pouco, passo por passo, os dois elementos do liberalismo protodemocrático e do “vaimarismo” tardio.

Não é tarefa para agora. Nenhum país muda as suas instituições políticas para depois decidir o que fazer com elas. O que tem de vir primeiro é uma luta, um debate, a respeito da reorientação do caminho social e econômico. E depois, no outro momento histórico, a reorientação da organização constitucional do estado. Neste outro momento, eu vislumbro os elementos definidores de uma política de alta energia e que são essencialmente simples. Primeiro: elevar o nível de participação popular organizada na política. Pelos regimes eleitorais, pelo financiamento público das campanhas eleitorais, pelo acesso aos meios de comunicação em massa e por outras medidas. Segundo elemento: criar mecanismo para resolução pronta dos impasses. Por exemplo, por eleições antecipadas ou por plebiscitos e referendos abrangentes. Terceiro elemento: aprofundar o sentido experimentalista do federalismo, criando oportunidade para a construção de contramodelos para o futuro. Quarto elemento: estabelecer no Estado um poder e uma prática destinada a resgatar grupos que se encontram em situações de subjugação ou exclusão, da qual não conseguem escapar por seus próprios meios. Portanto, uma intervenção estrutural, mas localizada ao mesmo tempo. Não existe no Estado contemporâneo, em qualquer lugar, um poder idealmente organizado para isso. E quinto elemento: enriquecer progressivamente a democracia representativa com elementos de democracia direta ou participativa, sem enfraquecer as garantias individuais.

Esses elementos juntos definem o que eu chamo de democracia de alta energia. Uma democracia de alta energia é uma democracia que, em primeiro lugar, não precisa de crise para permitir mudanças. Em segundo lugar, derruba o governo dos vivos pelos mortos. E em terceiro lugar, permite a mudança estrutural repetida sem sucumbir ao dogmatismo estrutural. Essa tarefa constitucional só vai prosperar num ambiente do pensamento jurídico reorientado da forma que eu defendi. E só vai ganhar vida provocada por baixo, por tarefas concretas, como aquelas que foram objeto da nossa discussão anterior.

Uma última pergunta. O senhor saiu do concreto para o abstrato, do prático para o teórico. Esses movimentos acontecem paralelamente ou sai de um para o outro, ou de outro para um?

O que é a vida, né, é a ideia do pensamento, do sonho, interagindo com a experiência. A experiência traz em sua tarefa o enigma. A experiência revela a superficialidade das nossas ideias e nos surpreendem. Qual é o objetivo maior? O bem supremo é a vida, a vitalidade. O inimigo são os preconceitos, as abstrações mortas, as práticas dogmáticas. O que eu estou pregando, o tema central da nossa conversa, é o triunfo da vida sobre o dogma e sobre as prisões em que nós nos acorrentamos voluntariamente. O direito pensado corretamente é a única alternativa à servidão voluntária.