

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

BRUNO DOS SANTOS VIEIRA

**ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA BUSCA POR
CONSENSO E LEGITIMIDADE**

JUIZ DE FORA

2016

BRUNO DOS SANTOS VIEIRA

**ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA BUSCA POR
CONSENSO E LEGITIMIDADE**

Dissertação de mestrado apresentada ao programa de Mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais da Universidade Presidente Antônio Carlos como requisito para obtenção do grau de mestre.

Orientação: Prof. Dr. Antonio Pereira Gaio Júnior

JUIZ DE FORA

2016

Resumo: A abordagem da dissertação objetiva a verificação, no estado democrático de direito, da participação cidadã no exercício e controle das decisões a fim de dotá-las de maior carga de legitimidade. Optou-se pela realização de uma análise do panorama legal e institucional da democracia baseada nas reflexões acerca do Estado de Direito, Democracia e participação social apoiados na doutrina de autores como Kant, Habermas e Habermas, para buscar o apontamento de requisitos e condições para a possibilidade de consenso e legitimidade no processo decisório. A pesquisa envolveu a leitura e crítica de obras de autores nacionais e estrangeiros versando primordialmente sobre democracia, participação popular e processos interpretativos e comunicativos, sobretudo ligados aos ramos do saber relativos à filosofia política e teoria do direito. Inicialmente apontou-se para a análise teórica dos institutos de participação direta relativos ao estado constitucional brasileiro refletindo-se, em seguida, sobre liberdade, dignidade e a relação entre direito e moral, bem como sobre a ideia de democracia na contemporaneidade. Verificou-se que os institutos do plebiscito, referendo, ações populares e participação local são avanços legais existentes bem como alertou-se para a necessidade de ampliação das esferas públicas de debate e deliberação na busca por consenso e legitimidade, para conjugar-se, ao final, as reflexões levantadas com o papel de crescente relevância dos municípios, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, e a importância dos conselhos municipais como instrumentos democráticos de participação, elaboração legislativa, regulamentação e fiscalização. Conjugando as teorias elencadas com os instrumentos de viabilidade de participação, aponta-se para maior legitimidade democrática. Presentes os requisitos que tornam democraticamente eficazes os processos de formação da decisão, tais como incorporação dos espaços públicos de participação consultiva e deliberativa em que o poder público e a sociedade civil buscam dialogar construtivamente as soluções garantidoras e instituidoras de direitos e o debate discursivo, amplo, permeável, conclui-se ser possível que tenhamos mais legitimidade e portanto maior aceitação, ampliando as perspectivas favoráveis ao Direito mesmo em contexto de crise da razão.

Palavras Chave: Estado de Direito. Moral. Alteridade. Dignidade da pessoa humana. Democracia. Direito à Informação. Legitimidade. Conselhos Municipais.

Abstract: The approach of the dissertation aims to check citizen participation in the exercise and control of public decisions in order to provide them with more legitimacy. It was chosen to conduct an analysis of the institutional and legal panorama of democracy based on studies of the rule of law, democracy and social participation. Supported by the doctrine of authors such as Kant, Habermas and Habermas, the work seeks the requirements and conditions for the possibility of consensual choices and legitimacy in decision-making. The research involved reading of national and foreign authors dealing primarily about democracy, popular participation, interpretative and communicative processes, mainly related with political philosophy and theory of law. Beginning with a theoretical analysis of the institutional possibilities of direct participation, then about freedom, dignity and the relationship between law and morality, as well with the idea of contemporaneous democracy. It was found that plebiscite, *referendum* and local participation are existing legal advances and warned to the need of expansion of public sphere spaces where debate and deliberation takes place to achieve legitimacy. At the end, reflections raised by the increasing importance of municipalities and municipal councils as democratic instrument of participation and search for legitimacy. Combining theories listed with the instruments of participation points treated to greater democratic legitimacy. In the presence of the requirements that effective makes the decision processes, such as public spaces, consultative and deliberative participation in which the public administration and civil society seek to constructively engage the consensual solutions within a discursive debate, it is concluded to be possible to have more legitimacy and hence greater acceptance, expanding favorable law perspectives.

Keywords: Rule of Law, Dignity, Right to information, Legitimacy, Municipal Councils.

FOLHA DE APROVAÇÃO

**DEDICO ESTE TRABALHO À MINHA
FAMÍLIA, À MINHA ESPOSA ROBERTA E
ESPECIALMENTE À MARINA, SEMENTE
DE UM FUTURO, QUIÇÁ, MAIS
DEMOCRÁTICO.**

Agradecimentos

Gostaria de agradecer aos professores do mestrado, principalmente aos professores Theresa Calvet, Nuno Coelho, Cleyson Mello, pela atenção e conselhos valiosos. Ao professor Antonio Pereira Gaio Junior um agradecimento especial pela prioridade de sua dedicação aos assuntos acadêmicos. Agradeço também à equipe da secretaria do mestrado, Aline e Eduarda, pelo auxílio durante o curso e à equipe de bibliotecárias, especialmente à Delma. Ao professor Leonardo Alejandro agradeço pela disponibilidade, generosidade e críticas pertinentes que possibilitam reflexão e aprimoramento constantes.

Agradeço à minha família, João, Sônia, Fernanda, Tatiana, Brunno, Kleber e Marina, pessoas que amo e que são meus verdadeiros alicerces. À minha esposa Roberta deixo o agradecimento final, nem por isso menos importante; pelo contrário: seu incentivo contínuo e ajuda incondicional foram fundamentais para a conclusão da dissertação; obrigado por estar ao meu lado, te amo.

SUMÁRIO

Introdução.....	09
1 Estado de Direito.....	14
1.1 A colocação do problema sob a ótica do Estado Democrático de direito.....	14
1.2 Liberdade e Dignidade: o reconhecimento do outro.....	25
1.3 Autonomia e Heteronomia: A Conciliação Possível entre Direito e Moral.....	33
2 Democracia.....	41
2.1 A Democracia e suas condições de possibilidade: Os desafios de uma ideia em constante aperfeiçoamento.....	41
2.2 Requisitos Imprescindíveis: As Liberdades Constitucionais.....	46
3 Participação Social.....	49
3.1 Direito à Informação, transparência e <i>accountability</i>	49
3.2 Participação Social mediada pelo Direito: representação e legislação.....	55
3.3 Razão, interpretação e participação: A discursividade como ideal de uma Democracia deliberativa na busca por consenso.....	58
3.4 Motivação e ‘ <i>feedback</i> ’ como ferramentas democráticas da participação.....	64
3.5 Participação local: A importância dos Conselhos Municipais no fortalecimento da cidadania.....	74
Conclusão.....	81
Referências bibliográficas.....	86
ANEXO I.....	92

INTRODUÇÃO

A Carta Magna da República Federativa do Brasil é um documento escrito que, não importando o nível de formalização e acerto de seus preceitos, retira sua energia vital do cotidiano social, da observância a seus ditames por parte de seus destinatários. Todos são destinatários das normas, e todos são interpretes da Constituição no dia a dia de suas relações. Somos responsáveis então, diuturnamente, pela força que emana de seus comandos.

Vivemos um contexto de crise de identidade sócio-política e da razão: os processos racionais de elaboração da lei e tomada de decisões não estão se mostrando suficientes quando confrontados com a constatação de baixa carga de participação democrática e grande descompasso entre as demandas sociais e as decisões do poder público. Em boa hora devemos nos valer da hermenêutica para exegese escorreita dos direitos fundamentais e dos preceitos jurídicos constitucionais na busca pelo vigor constitucional de uma sociedade que tenta adquirir maturidade democrática para equalizar o equilíbrio do poder e que luta para ver realizado o ideal de justiça; que, acima de tudo, pretende fazer valer de verdade o rótulo normativo de Estado Democrático de Direito.

A presente dissertação tem como escopo partir das condições que o Estado de Direito contemporâneo permite para uma análise hermenêutica de possibilidades de ampliação e efetivação da legitimidade decisória advinda da participação social.

Para isso, necessário uma reflexão sobre a atual experiência democrática brasileira e possíveis (desejáveis) desdobramentos proporcionados pela efetiva participação social nas esferas públicas de debate e deliberação, principalmente na gênese legislativa e nas decisões administrativas, e suas consequências no exercício e controle dos poderes da república.

O contexto político-jurídico de nosso país motiva o estudo mais aprofundado acerca das possibilidades de exercício democrático do poder principalmente no momento atual de crise da razão em que argumentos apaixonados, em detrimento a argumentos racionais, são transformados em *verdades*. O obscuro momento político enseja, então, a propositura e o levantamento de questões a serem debatidas na presente dissertação a fim de averiguar a robustez da hermenêutica constitucional que proclama o direito como meio tanto de soluções pacíficas e institucionais, como meio de transformações sócio-políticas

com base no discurso¹ para o alcance de soluções consensuais e legítimas. Muitas questões surgem dos estudos relativos às possibilidades democráticas de consenso, tais como se é possível que o poder seja exercido e controlado pela participação social organizada em foros próprio de debate, ou se o Estado Democrático de Direito garante a eficácia contida em seus preceitos fundadores relativos ao exercício da cidadania, do respeito à dignidade da pessoa humana e do pluralismo político; e mesmo quais são efetivamente as possibilidades democráticas no Estado de Direito. Em última instância, busca-se encontrar os caminhos que podemos trilhar na busca pelo equilíbrio político-jurídico voltado a uma sociedade onde seja possível uma busca consensual por *justiça*, e os meios de que meios dispomos para alcançar o consenso democrático por meio da participação social.

Espera-se ao longo do desenvolvimento das ideias contidas no texto, promover algumas respostas possíveis aos questionamentos, sem a pretensão de verdade absoluta e sem a pretensão de esgotamento da temática tão complexa e que comporta variadas abordagens. A fim de delimitar tão extensa temática, não obstante a busca pela tentativa de resposta a todos os questionamentos, a verificação da realidade possível da participação social passa pela análise concreta dos meios democráticos efetivos que estão ao alcance da cidadania. Desta forma, tal verificação será buscada com a pergunta chave: é possível aumentar o grau de democracia no estado de direito a fim de possibilitar maior legitimidade e consenso fundado na ampliação da participação social? Espera-se tanto quanto possível aclarar tão importante questão e colocamo-nos a disposição do corpo acadêmico e social para o diálogo racional, discursivo, fértil em ideias e aberto ao embate saudável de opiniões.

¹ A palavra *discurso* e a temática acerca da *discursividade* são consideradas neste trabalho sob o aspecto do *diálogo racional*, intersubjetivo, da dialética necessária entre argumentos racionais debatidos em *locus* apropriados, ou melhor, em locais institucionalmente legalizados para funcionar como canais de embate público de ideias e proposições. Tomamos como referencial teórico para o tema, não só as lições de Habermas referentes ao *agir comunicativo*, *racionalidade comunicativa*, e o *princípio do discurso*, mas também as lições de Robert Alexy: “O valor das regras e formas do discurso jurídico não se limita à explicação do conceito de argumentação jurídica racional (e, com isso, de pretensão de correção) e à sua função como critério de correção hipotético. Contém simultaneamente exigências sobre as argumentações que ocorrem de fato. Nesse sentido, constituem um critério para a análise das limitações necessárias na busca da decisão jurídica, por exemplo, no processo. Por isso, deve-se partir das fórmulas expostas, isto é, de que em uma determinada situação estão justificadas aquelas limitações que, em comparação com outras ou por si mesmas, oferecem uma maior oportunidade para alcançar um resultado que também teria sido alcançado sob condições ideais. Com isso, a teoria do discurso oferece um critério, em situações específicas, para a racionalidade de processos de decisão e para a racionalidade das decisões produzidas neles. Finalmente, não se deve subestimar a função da teoria do discurso jurídico racional como definição de um ideal. Como ideal, vai além do âmbito da Ciência do Direito. Os juristas podem certamente contribuir para a realização da razão e da justiça, mas não podem fazer isso sozinhos. Isto pressupõe uma ordem social racional e justa”. (ALEXY, 2011, p. 286).

A pesquisa bibliográfica foi a principal forma de análise acerca dos temas e envolveu a leitura e revisão de literatura constituída de ensaios, artigos e livros, versando sobretudo sobre democracia, participação social e mediação do direito. Autores como Habermas, Kant e MacCormick analisados à luz de diversos pensadores nacionais oriundos principalmente do direito, mas com a necessária interdisciplinaridade e comunicação com ramos do saber ligados à administração, à filosofia política e aos processos comunicativos. Encontramos farta doutrina e legislação com colocações pertinentes e ideias a serem implementadas e desenvolvidas, principalmente na imprescindível necessidade de avançar e consolidar as perspectivas da sociedade em ouvir e ser ouvida nas deliberações institucionais que serão os caminhos a serem trilhados rumo ao futuro. A Constituição Federal é um instrumento de notável imprescindibilidade ao desenvolvimento social, político e jurídico do país quando devidamente escorada por uma hermenêutica constitucional discursiva, argumentativa, racional, que deve efetivamente propiciar o desenvolvimento do Direito enquanto ciência e prática da harmonização social regrada.

Para tratar da temática, observa-se a necessidade de, inicialmente, discorrer brevemente acerca do Estado Democrático de Direito, fundado na cidadania e na dignidade da pessoa humana, consagrador dos ideais de liberdade elencados na Constituição Federal de 1988 e que permitem um extraordinário subsídio ao avanço da participação democrática tanto quando elenca formas de participação direta quanto quando protege direitos fundamentais ao exercício de direitos de liberdade e cidadania. Colocamos então a problemática oriunda da carência de legitimidade derivada do distanciamento entre interesse público e poder estabelecido na consecução das vontades sociais. Busca-se apontar a solução apregoada por Habermas baseada na junção de perspectivas liberais e republicanas em um modelo democrático discursivo.

A seguir, coloca-se a liberdade em debate sob o prisma de poder de realização com respeito aos limites do espaço do outro e do mútuo reconhecimento. Considera-se a doutrina kantiana da autonomia e dignidade para encontrar a possibilidade de um princípio de alteridade e, em seguida, realizar-se uma incursão na importante relação entre *direito*, enquanto ordem normativa institucionalizada – portanto, *imposta* de maneira *relativamente*² heterônoma – e *autonomia*; em outras palavras, da relação entre *direito* e

² Vamos tratar com maior clareza o assunto, mas consignamos aqui um inicial esclarecimento. Sobre o tema vale a leitura do artigo de Neil MacCormick, *The Relative Heteronomy of Law.*, em que o autor faz uma distinção entre autonomia moral e *relativa* heteronomia do Direito asseverando que a distinção entre moral

moral. A moral no sentido kantiano de *autonomia da razão* é distinta e complementar ao direito, sendo este imposto de maneira relativamente heterônoma. Habermas avança para além do transcendentalismo de Kant para instaurar uma teoria de racionalidade comunicativa, *pragmático-universal*. O papel do direito enquanto instrumento regulatório das atividades humanas e sua relação com a moralidade e com a liberdade do ser humano possibilita o reconhecimento do outro, e na alteridade, permite a possibilidade de imparcialidade³ e de soluções discursivas.

No capítulo seguinte busca-se trazer alguns estudos mais recentes sobre a ideia de democracia e sua idealidade, recorrendo sobre alternativas de incremento democrático e verifica-se a posição de diversos autores, entre eles de Habermas, bem como realiza-se uma análise da realidade do sistema político brasileiro, apontando o que existe de concreto e o que se pode alcançar para efetivamente controlar e exercer democraticamente o poder.

O próximo passo importante para a dissertação será, então, a contextualização do Direito Constitucional pátrio, das garantias advindas da ordem jurídica vigente (positivada) como condições mesmas de existência da possibilidade de democracia; em última instância, dos meios que possibilitam a deliberação democrática visando o consenso e legitimidade. Corolários do Estado de Direito, *liberdade de expressão* e *direito à informação* são essenciais para a transparência nas relações políticas do exercício do poder.

Somente com o conhecimento do está sendo feito em nome do povo pelos que detêm, de fato e de direito, o *poder*, poderemos apoiar, quando for o caso, e denunciar e nos insurgir quando práticas antidemocráticas e ilícitas forem utilizadas. Desta forma, aborda-se no capítulo 3 a participação social possível e alguns requisitos essenciais no reconhecimento da sociedade como intérprete das leis e possuidora de direitos à plena

(autônoma) e direito (heterônomo) é uma questão ainda não suficientemente respondida, mas que sob o ponto de vista do agente moral, o direito não é imposto de modo a suplantear a autonomia de maneira totalmente heterônoma. O julgamento, a decisão em conformidade com a ordem jurídica, por seu caráter de autoridade legal, irá prevalecer por questões intrínsecas ao direito enquanto sistema de coerção, mas a parcela de autonomia moral do destinatário da decisão permanece íntegra. Desta forma, McCormick procura demonstrar a *relatividade* da heteronomia. Ver MACCORMICK, Neil. The Relative Heteronomy of Law. *European Journal of Philosophy* 3:1 ISSN0966-8373.Oxford: Basil Blackwell Ltd. 1995. pp.69-85.

³ “Só é imparcial o ponto de vista a partir do qual são passíveis de universalização exatamente aquelas normas que, por encarnarem manifestamente um interesse comum a todos os concernidos, podem contar com um assentimento universal – e, nesta medida, merecem reconhecimento intersubjetivo. A formação imparcial do juízo exprime-se, por conseguinte, em um princípio que força *cada um*, no círculo dos concernidos, a adotar, quando da ponderação de interesses, a perspectiva de *todos os outros*. O princípio da universalização deve forçar aquela troca de papéis universal que G.H. Mead descreve como “ideal role-taking” (“adoção ideal de papéis”) ou “universal discourse”. ” (HABERMAS, 2003, p. 86)

informação e direito de colocação de propostas com a devida resposta às proposições, visando implementar a permeabilidade social das discussões e o *accountability*. Como é notório em nosso país, gozamos de um grau baixíssimo de *accountability* apesar das garantias legais de acesso à informação; destarte, a otimização da liberdade de informação e da liberdade de expressão são fundamentais para a melhora da participação social na elaboração e monitoramento das políticas públicas.

Finalmente, busca-se a possibilidade de repercussão das reflexões críticas no âmbito local, principalmente nos conselhos municipais; bem como apontar o que o tensionamento alargador das práticas de participação democrática pode legar a nosso país combatido pela existência de relações de poder arcaicas apoiadas na concentração absurda de *feudos* oligarcas financiados por interesses privados.

A nova configuração e ocupação de espaços públicos e a pluralidade ideológica dos cidadãos aflora como um chamado premente por atenção e cuidado com a coisa pública e por uma veemente resposta democrática discursiva acerca dos direitos e deveres relacionados com a busca da justa implementação e alargamento das instâncias democráticas de deliberação.

As perspectivas de realização do direito no contexto de crise da razão exigem que o debate democrático seja amplamente difundido e exercido pela maior parcela possível de agentes sociais, principalmente no âmbito local, como meio de assegurar democracia e soluções consensuais na necessidade de legitimidade das decisões políticas e jurídicas.

1 ESTADO DE DIREITO

No presente capítulo, busca-se colocar a importância da consolidação do estado de direito verdadeiramente democrático para a resolução do descompasso com que muitas vezes nos deparamos, entre idealidade constitucional e legislação em vigor, em grande parte decorrente da ausência de utilização dos mecanismos de participação direta e da falta de implementação dos direitos e garantias fundamentais por parte dos detentores de mandato, considerando-se a falta de real assunção do interesse público sobre interesses particulares no exercício do poder. Discorre-se sobre a autonomia como pressuposto assecuratório da dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, como *fundação* do estado democrático de direito. Encerramos o capítulo apresentando reflexões sobre a relação complementar entre direito e moral para ilustrar a importância da alteridade, da imparcialidade e da possível conciliação entre ordem autônoma e ordens heterônomas, conciliação que não implica confusão entre moral e direito, mas uma distinção que aponta pontos convergentes principalmente no tocante à discursividade⁴ dos institutos. Ressalta-se ainda a construção habermasiana de racionalidade comunicativa onde a intersubjetividade entra em cena para substituir uma capacidade individual monológica de julgamento moral presente em Kant.

1.1 A COLOCAÇÃO DO PROBLEMA SOB A ÓTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O surgimento dos Estados Constitucionais modernos guarda relação intrínseca com as tentativas de limitação do poder. Rechaçados os poderes divino e despótico, as revoluções burguesas foram exitosas em conter a supremacia e ingerência dos Reis, colocando limites à atuação destes e fazendo surgir a semente das futuras liberdades constitucionais. O surgimento dos Estados Nacionais, e sua posterior consolidação, apoiaram-se nas declarações de direitos escritas, tais como o *Bill of Rights* do estado da Virgínia em 1776 e a *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, culminando com a Constituição Francesa de 1848:

A Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 4 de novembro de 1848, dando sequência à essa série de documentos escritos caracterizadores do

⁴ Para aclarar por completo tema *discursividade* seria necessária a elaboração de uma monografia sobre o tema tantas são as considerações tecidas por diferentes autores. Não buscamos aqui sistematizar ou analisar regras que regem o discurso (apesar de mencionar algumas ao longo do trabalho), mas acentuar que, tanto a moral quanto o direito possuem regras argumentativas (discursivas), sendo ambos os institutos, porquanto encerram proposições normativas, subespécies da *razão prática*.

constitucionalismo moderno, foi um texto precursor do Século XX, pois previa em seu texto, que a República Francesa tinha por princípios a liberdade, a igualdade e a fraternidade, tendo por base a família, o trabalho, a propriedade e a ordem pública e estabelecendo competir à República a proteção do cidadão, inclusive no tocante a seu trabalho. (MORAES, 2008, p.3-4).

As lutas sociais pela delimitação do poder estatal geraram, portanto, diversas tentativas práticas e teóricas de organização dos poderes constituídos até o atual modelo constitucional que hoje temos em vigor. De acordo com o que se pretende ilustrar ao longo do trabalho, o surgimento da *tutela da liberdade*, associado à sua positivação e ao aumento da possibilidade de participação, ou seja, a institucionalização constitucional de direitos acarretou condições propícias à crescente constatação de que *liberdade e igualdade* são condições de possibilidade e validade na afirmação de ideias que apostam no consenso para a aproximação entre legitimidade e legalidade. Segundo Claudia Toledo, em sua apresentação à edição brasileira da obra de Robert Alexy “Teoria da Argumentação Jurídica”:

No entanto, a *institucionalização estatal da liberdade e da igualdade* não precisa alcançar o patamar da perfeição para que qualquer um possa adentrar o discurso, introduzindo ou contestando asserções, dado ser a *democracia* regime que se desenvolve e consolida no seu exercício, seja mediante a *instrução formal* dos cidadãos seja por sua concomitante *formação ética*. A relação entre *capacidade intelectual* dos cidadãos e sua participação no *discurso* público não é exigida por normas constitucionais, mas é necessariamente *existente* por ser condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, Estado que eles mesmos construíram mediante a elaboração de sua *Constituição* e cujo aperfeiçoamento a eles cabe por meio do *discurso*, que, com a busca de um *controle racional*, aproxima-o da *correção*. (...) A existência de um *ordenamento jurídico* preparado pelo organizador do *Estado Democrático de Direito* é o que gera a *institucionalização do discurso jurídico*, delimitando a discussão em seu *objeto*, *participantes* e situação *espaço-temporal*. Ademais, a *racionalidade* e a *universalidade* proporcionam, no discurso jurídico, a *legitimidade* da *legislação* e a *controlabilidade* das *decisões judiciais*, o que favorece também a *imparcialidade* no discurso. Todos esses são requisitos indispensáveis para a *democracia* e para a solidez do *Estado de Direito*. (ALEXY, 2011, p.09-10)

De matriz liberal e conquista recente da humanidade (considerando o tempo histórico das mudanças), podemos considerar como uma novidade a consolidação, pelos Estados Nacionais, do *Rule of Law*⁵. Condição esta que abarca o *devido processo* que, como queremos demonstrar, deve viabilizar não só procedimentos judiciais, mas

⁵ Para fins didáticos, tomaremos a expressão *Rule of Law* como sinônimo de Estado de Direito, Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional, sem levar em conta nuances de diferentes autores e historicidade cultural das expressões, por entendermos que a abordagem do presente trabalho, tratando do Direito Constitucional contemporâneo em vigor, abarca e maximiza as características que são encontradas nas diferentes expressões.

procedimentos participativos, na esteira do que apregoa Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Assim, não mais bastando o **consenso na escolha de pessoas** pelo voto formal, trata-se de buscar um **consenso mais amplo sobre a escolha de políticas públicas** através de outras formas institucionais que possam disciplinar com fidelidade e segurança o processo de formação da vontade participativa, ou seja, a crescente importância da **processualidade adequada** como instrumento democrático. Essa **processualidade participativa**, como qualquer outra técnica jurídica que se destine a disciplinar a ação do Estado para conferir-lhe previsibilidade no procedimento e efetiva garantia dos direitos das partes, envolve sempre uma cuidadosa reafirmação do sentido formal do direito ao devido processo, constitucionalmente garantido, na esteira da contribuição jurisprudencial e doutrinária dos Estados Unidos da América, berço do moderno direito participativo, ao fundar na cláusula constitucional do *due process of Law*, enunciada na Emenda V, o **direito de participar em processos regulamentares**, abrindo aos sistemas constitucionais de todo o mundo, não apenas a possibilidade, mas o **dever** de instituir processos participativos adequados para a satisfação tanto do conteúdo formal quanto do material da referida cláusula. (MOREIRA NETO, 2008, p.2) (grifos do autor).

Infelizmente, o Estado de Direito, ou Estado Democrático de Direito, não possui a consolidação e abrangência global da totalidade dos Estados nacionais, e em muitos países, mesmo de matriz constitucional, ainda resta muito a consolidar para que as instituições democráticas se tornem robustas o bastante para afastar o arbítrio e os desmandos dos poderes legalmente constituídos, conforme elucida Cathrine Audard:

Na verdade, para um Estado não basta ter as instituições do Estado de direito, do *Rechtsstaat* ou da *Rule of Law*. É ainda necessário completá-los com uma cultura política democrática e uma sociedade civil vivas, emancipadas do poder político, tudo que faltou à República de Weimar. O direito positivo, justamente, permite ou não a institucionalização e a estabilização a longo prazo dessas fontes de legitimidade, sem as quais o Estado deixa de legitimar-se. (AUDARD, 2005, p. 83).

Em ensaio intitulado “O encontro da filosofia analítica com a metáfora: A ‘Árvore Viva’ da interpretação judicial” (STRUCHINER e TAVARES, 2014), o professor Waluchow aponta duas importantes razões pelas quais devemos tomar como imprescindíveis as *Cartas Constitucionais Escritas* na manutenção e desenvolvimento de um Estado de Direito. Segundo ele, objetando uma crítica realizada por Jeremy Waldron – que apontava um engessamento histórico proporcionado pela rigidez constitucional – as Cartas Escritas, não obstante representarem certa limitação, não são inflexíveis. Waluchow acentua a necessidade de entrincheirar e estabelecer direitos fundamentais:

Por que não abandonamos simplesmente as cartas de direitos e deixamos que os tribunais e o legislativo, em reação à evolução dos sentimentos da

comunidade, desenvolvam uma jurisprudência de direitos flexível, assim como as cortes fizeram no desenvolvimento do conceito jurídico de negligência? Uma razão importante é que, apesar dos perigos que há em permitir que palavras nos limitem de maneiras indesejáveis, Hart estava certo quando insistiu que normalmente precisamos combinar a flexibilidade desejada com um grau de estabilidade que seja apropriado no contexto. Cartas, afinal, são instrumentos *constitucionais* cuja função primária é de estabelecer e entrincheirar direitos fundamentais de moralidade política contra exercícios injustificados de poder pelo governo. As cartas são capazes de solidificar as limitações e os compromissos que elas representam de maneira que nem sempre são possíveis com instrumentos menos formais. Isso se deve, em parte, ao fato de que uma carta escrita tende a ocupar um lugar mais seguro no espaço público do que outros veículos para a proteção de direitos. Direitos constitucionais tendem a ser bem conhecidos pela população de forma geral e pelos agentes políticos cujos poderes esses direitos pretendem limitar. (...). Uma segunda razão importante para optar por uma carta escrita é seu *valor simbólico*. Cartas de direitos, penso eu, podem ajudar a definir e reforçar o caráter de uma comunidade como publicamente comprometida, nas suas práticas legais e morais, aos direitos e valores que inclui. Esses compromissos públicos podem, naturalmente, ser expressos de outras maneiras, mas as cartas, enquanto documentos fundacionais entrincheirados, amplamente conhecidos e citados, vistos como contendo os compromissos morais fundamentais da nação, são meios muito mais poderosos de expressão destes compromissos do que a maioria dos demais veículos institucionais ou convencionais. (STRUCHINER e TAVARES, 2014, p. 39-40).

É certo que os Estado Constitucionais contemporâneos, e assim considerado o enquadramento do Brasil, apresentam características liberais e republicanas fornecidas pelos contornos sócio-políticos de uma nação. Apresentando, portanto, características de consolidação do capitalismo, do *liberalismo* mitigado pelo *republicanismo* (de proteção máxima ao indivíduo conjugado com livre iniciativa e *welfare state*), Constituições abraçam a cultura do *império da lei*, que vigora como salvaguarda da nação; o respeito à legalidade estrita é impositivo e tudo vai bem quando a legislação é fruto de um debate racional culminando com aceitação e boa regulamentação social. Tudo caminha certo quando a moralidade política está em consonância, a vontade da população e a legislação encontram correspondência. Mas, quando a lei é dissonante dos objetivos e anseios de garantir o ideal liberal-democrático-republicano de liberdade, igualdade e bem-estar, muitas vezes ela carece de legitimidade e força, sobretudo sob uma perspectiva sociológica. Daí muitas vezes leis que “não pegam”, isto é, leis que não são observadas por falta de adesão a seus comandos, seja em decorrência da falta de plausibilidade, por transgredirem mesmo o bom senso, seja por não levarem em conta as peculiaridades locais. Sem entrar na profunda discussão sobre eficácia legal, vale destacar que a lei é, por excelência, o instrumento regulador das relações jurídicas e sociais dentro do Estado, e a todos vincula; daí a preocupação em realizar de maneira satisfatória a missão legislativa. Para Rogério Gesta Leal:

o Direito, enquanto veículo de ordem e segurança, como Lei, e essa, em última instância, como produto do Estado, é exaltado como instrumento de exercício de poder – ou como única instituição de legitimação da coação física e jurídica. (LEAL, 2001, p.190).

No *Rule of Law*, portanto, as leis e principalmente a Constituição, como veículos *instrumentalizantes*, prevêm o *modo de exercício e controle* do poder.

No que concerne ao modo de exercício do poder soberano, vigora, no estado constitucional brasileiro, o princípio representativo conjugado com práticas de democracia direta em que o poder emana do povo e é exercido representativamente ou diretamente, nos termos da lei:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a **cidadania**;

III – a **dignidade da pessoa humana**;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político;

Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.** (Grifo nosso) (BRASIL, 1988)

Os instrumentos de participação direta são importantes possibilidades democráticas de participação social na medida em que proporcionam a verificação da vontade soberana sem intermediários:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito

II – referendo

III – iniciativa popular (BRASIL, 1988)

O plebiscito, instrumento cuja origem nos remete ao direito romano e a nomenclatura deriva do latim *plebe*, é uma forma de consulta popular prévia a ato legislativo ou administrativo que deve ser proposto por decreto legislativo a ser aprovado pela Câmara ou pelo Senado em quórum mínimo de um terço de seus membros.

O referendo caracteriza a possibilidade de ratificação ou rejeição de ato legislativo ou administrativo.

Ambos os instrumentos constituem deliberação popular sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa, nos exatos

termos dispostos no art. 2º da lei 9.709 de novembro de 1998, e a forma de convocação é realizada por decreto legislativo por proposta de um terço, no mínimo, de quaisquer das Casas Legislativas. Apesar da previsão legal, infelizmente os instrumentos não são utilizados com a frequência necessária à efetiva possibilidade de participação, considerando-se que, após o advento da Carta Magna, somente por uma vez foi utilizado o instituto do plebiscito, em 1993, quando foi colocada à consulta popular a mudança da forma do regime de governo, saindo vitoriosa a forma presidencialista. Não obstante, o instrumento legal está positivado, falta vontade política e pressão social visando o aumento de incidência.

Outra importante conquista constitucional, (além da possibilidade de propositura de ações civis públicas por parte do Ministério Público, temática que não será tratada no presente trabalho), temos elencada no inciso LXXIII a ação popular:

Art. 5 – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (BRASIL, 1988)

A lei 9.709 de novembro de 1998 também estipula as regras gerais para a apresentação de leis de iniciativa popular (outro avanço extraordinário), que deve ser subscrita por um por cento do eleitorado nacional distribuído por pelo menos cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, a teor do art. 13 da citada lei. Esse avanço considerável da possibilidade de atuação legislativa direta, estendido inclusive aos Estados e Municípios, constitui forte possibilidade de atuação democrática social.

É bom alertar que a democracia participativa consubstanciada no conjunto isolado de participação direta restrita a chancelas prévia ou pós-legislação carecem de maior densidade de modo a se permitir a *efetiva* participação discursiva. Não nos parece bastante *referendar* ou votar em plebiscitos. Apesar de algumas leis bem elaboradas e bem observadas, muitas vezes dizer *sim* ou *não* a uma lei obscura e cheia de liames interpretativos não nos parece fortalecer em muito a cidadania. Simples anuência ou rejeição a tal ou qual projeto de lei é muito pouco do que se exige agora para fortalecer a

democracia. Não desmerecendo os institutos do *referendo*, *plebiscito* e *ação popular*, importantes instrumentos de verbalização das vontades sociais, a crítica pertinente resulta da falta de debate prévio qualificado, da falta de *embate argumentativo* com o corpo social. Sem contar a iniciativa restrita aos poderes constituídos na convocação da população⁶, o que por si só diminui a quantidade de consultas na medida em que não é praxe política em nosso país deixar margem de escolha ao povo (nos últimos vinte e três anos, somente ocorreram um plebiscito e um referendo), salvo nas eleições (fortemente protegidas pela Constituição que coloca como cláusula pétrea o voto secreto, periódico e universal – aliás bem vinda proteção, pois a levar-se em conta a experiência histórica brasileira, não fosse a salvaguarda constitucional, certamente políticos não iriam hesitar em fazer minguar as chances de expressarmos nossa vontade nas urnas.)

Mudanças realizadas “de cima para baixo”, partindo-se do poder nacional federal para implementação local, muito embora relevantes para o país, carecem de viabilidade em levar conta as peculiaridades regionais e locais num país de dimensão continental, possibilitando assim formar tão somente diretrizes gerais que, importantes ou não, serão tratativas de temas de caráter geral. A problemática resultante do déficit de democracia participativa do corpo social nas escolhas dos caminhos a trilhar verifica-se tanto com relação aos assuntos nacionais, quanto no âmbito local, e essa falta de uma cultura de consulta permanente e ampliada aos diversos setores da sociedade, por falta de participação ou por falta de condições institucionais e mesmo falta de vontade política do poder público, leva muitas vezes a uma baixa adesão e desinteresse ao processo legislativo e decisório administrativo como um todo.

Só ocorrer que a adesão dos destinatários das normas tanto na feitura quanto na obediência só será maior na medida da ampliação das possibilidades de participação e na maior amplitude de debates e posições consideradas, e isso não será tarefa fácil, posto que implica em descentralização de poder decisório, tarefa hercúlea face ao apego ao poder demonstrado pelos representantes do poder político no Brasil; por tudo isso, infelizmente, o índice de legitimidade que decorre da participação/adesão conjugado com consecução dos objetivos pelos representantes – muitas vezes por falta de possibilidades

⁶ Plebiscitos e referendos são convocados pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado, nos termos do art. 3º da Lei 9709/98 ou ainda nos moldes das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas municipais, de acordo com a competência.

político-jurídicas de participar e aderir a comandos sem lastro de identificação – é baixo. Segue Leal:

A Lei, inclusive a Constituição, veiculada pelo Estado, é imposta à comunidade, em nome de um pacto ou consenso meramente formal, cuja vigência, eficácia e validade não são discutidas pelos seus destinatários, eis que tais categorias são lidas tão somente no âmbito intra-sistêmico do processo legislativo formal e de sua adequação procedimental e junto às instâncias oficiais de aplicação da norma jurídica. A Constituição, assim, se apresenta como sendo a expressão verbal da normatividade de uma dominação que, em verdade, é exercida para manter ou colocar no poder uma determinada elite. Todo esse processo revela uma profunda crise de legitimidade dos poderes instituídos, principalmente do Estado, colocando em cheque os instrumentos de representação política e a forma tradicional de fazer-se Democracia. (LEAL, 2001, p.14)

O problema coloca-se então, sob o aspecto da crise de efetividade e legitimidade⁷ e, também, por consequência, sob o prisma da representação exercida em nome do povo. Se é certo que o processo de elaboração das leis e decisões administrativas exclui os destinatários de grande parte da discussão e deliberação na formação das vontades, então o sistema representativo falha em garantir a própria democracia no Estado de Direito. Deve-se, contudo, analisar se a falha é intrínseca à própria sistemática da representação política ou a falha é dos representantes que se descolam de seu dever para com a comunidade e colocam interesses pessoais e corporativos como objetivo primordial (neste caso, uma crise de legitimidade na representação). Ao que tudo indica, a segunda opção aflora como sendo a realidade política do Brasil, pois é certo que existe previsão legal de participação e êxito no sistema representativo em muitos países (e mesmo em alguns lugares em nosso país – como o orçamento participativo); êxitos estes ligados a uma representação que mescla o parlamentar tanto como porta voz quanto como ouvinte atento nas esferas democráticas deliberativas públicas (que necessitam de ampliação).

⁷ Utilizo as palavras de Struchiner e Tavares (2014) para ilustrar *legitimidade*, e *efetividade*: “Por efetividade entende-se aqui a capacidade de uma norma jurídica (ou de todo o ordenamento) produzir efeitos concretos, fazendo com que seus destinatários cumpram os comandos nela contidos. A efetividade, portanto, é um fenômeno que depende de hábitos individuais e da adesão social. Por sua vez, a legitimidade é um título atribuído para uma norma jurídica (ou ordenamento) indicando que sua autoridade provém de uma fonte adequada. O direito legítimo é aquele que emana do poder soberano que detém o poder por critérios de justiça, e não pelo mero exercício da força. Desta forma, legitimidade é uma questão de moralidade política. Num Estado Democrático de Direito, a legitimidade do ordenamento jurídico depende que este responda à vontade do povo.” In STRUCHINER, Noel e TAVARES, Rodrigo de Souza, (orgs.) *Novas Fronteiras do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro, Editora PUC – Rio, 2014, p.125-126. Ressaltamos que utilizamos o termo legitimidade no presente trabalho não só em sua acepção legal, mas também como algo alcançado num amplo debate discursivo nas tomadas de decisão, que desta forma, definem-se como legítimas, ou seja, amplamente discutidas em ambiente livre e informado, resultando em consenso possível livremente deliberado.

Portanto, o Estado de Direito que encontramos em vigor no sentido jurídico, *positivado*⁸, sofre com a falta de resolução sobre a questão da legitimidade. A positivação insuficiente diante dos problemas advindos do impasse entre *legalidade* e *efetividade* gera um *gap* entre a dimensão axiológica e a dimensão positiva que gera um descompasso entre *vontade* e *poder estabelecido*. Em artigo publicado nos Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Antonio Carlos Wolkmer analisa a questão sob a ótica de autores como Canotilho e Eliaz Días para concluir que:

Enfim, a construção crítica de uma legitimidade democrática que venha fundamentar o Poder político e o Direito justo tem seu ponto de referência deslocado da antiga lógica de legitimação, calcada na legalidade técnico formal para uma legitimidade “instituinte”, formada no justo consenso da comunidade e num sistema de valores aceitos e compartilhados por todos. Não se trata mais de identificar e reduzir o conceito de legitimidade ao aspecto simplesmente jurídico, ou seja, a estrita vinculação com a validade e a eficácia enquanto produção de efeitos normativos. Numa cultura jurídica pluralista, democrática e participativa, a legitimidade não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas instituintes e das necessidades reconhecidas como “reais”, “justas” e “éticas”. (WOLKMER, 1993, p.31)

Wolkmer (1993) com razão acusa um imbricamento entre os conceitos de efetividade e legitimidade, e aponta, ao que nos parece, a necessidade de moralidade, ética e justiça sobrepondo-se ao positivismo exacerbado. *Invariantes axiológicas* morais – utilizando um termo trabalhado por Miguel Reale – por paradoxal que seja, acabam por apresentar diferentes *approaches* seguindo a tendência mundial de diversidade e pluralidade. Daí maior importância a ser dada à participação. No discurso participativo, o consenso acerca de justiça, ética e moral *pode vir a ser* obtido.

Gostaríamos de ressaltar, com a devida vênia de Wolkmer, que ainda não foi desvendado pelo mundo jurídico qual é o espaço próprio dos julgamentos morais⁹ dentro da legalidade estrita e, como pretende-se demonstrar na defesa de nosso ponto de vista, considerações sobre justiça, ética e moral, *idealmente*, devem permear o debate que antecede a elaboração legislativa, deixando à boa hermenêutica constitucional, à

⁸*In casu*, nosso trabalho parte do direito constitucional vigente. O presente estudo não comporta maiores considerações acerca das diversas correntes positivistas, neopositivistas, naturalistas, pós positivistas e outras; a temática é instigante por si mesma e merece estudos autônomos. Mas, indicamos o texto de Noel Struchiner *Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo*, parte do livro *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito* de organização de MAIA, Antonio Cavalcanti et al. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 399-415, como uma introdução esclarecedora da complexidade da questão juspositivismo vs jusnaturalismo.

⁹ Apesar de não ser objeto do estudo, devemos registrar que teorias da *argumentação jurídica* vêm buscando aclarar a problemática dos julgamentos envolvendo questões morais e direito, principalmente nos denominados *hard cases*.

argumentação jurídica, a busca da correção interpretativa de leis que não se coadunam com a sistemática da Carta Maior, seja por vícios formais, seja por vícios materiais.

No livro intitulado “A Inclusão do Outro”, Jürgen Habermas (1998), baseado nos estudos de Frank Michelman, busca diferenciar liberalismo e republicanismo, apontando a diferença crucial como sendo o modo pelo qual o processo democrático é entendido. Segundo o autor alemão, o viés liberal dá primazia às relações do mercado com as pessoas entendidas em seu aspecto privado onde o Estado é considerado um aparato visando à administração pública. O objetivo primordial é a defesa das liberdades individuais na persecução de interesses privados.

Na visão republicana, os interesses sociais são baseados na ética e no reconhecimento de que todos são livres “associados” legais (“jurisconsortes”) e regidos por leis. No ensaio¹⁰, Habermas propõe uma “terceira via” baseada no termo *política deliberativa* que se traduz numa tentativa de conciliação das posições liberais e republicanas assentadas no discurso e na assunção de que todos devem ter a possibilidade de participar de maneira igual e imparcial na elaboração de um possível consenso que culminará em legislação. Ele pontua vantagens e desvantagens em ambos os modelos, e sugere que a teoria discursiva da democracia une, dentro do possível, as duas visões, e aponta para um futuro onde a racionalidade comunicativa vai desempenhar um papel importante.

Na interpretação de Clodomiro José Bannwart Junior e Eder Winton Gustavo Felix Calado:

A noção liberal determina o status do cidadão conforme a medida dos direitos individuais. Aqui o indivíduo possui direitos frente ao Estado e atinentes aos demais membros da sociedade; o cidadão é portador de direitos subjetivos, que por sua vez são direitos negativos que garantem um espaço de ação alternativo, em cujos limites as pessoas de direito se veem livres das ações externas. Os “direitos políticos” oferecem aos cidadãos a possibilidade de conferir validação a seus interesses particulares, de maneira que esses possam ser agregados a outros interesses particulares. (...) Na concepção de cidadão do Estado republicano, os direitos da cidadania, participação e comunicação política são “direitos positivos”, pois eles garantem a participação em uma *práxis* comum, significando que somente por meio do exercício da cidadania os membros da sociedade se tornam o que tencionam ser – sujeitos politicamente responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais. (...) No republicanismo, o processo político não obedece às estruturas de processos

¹⁰As reflexões são baseadas no texto de Jürgen Habermas, *Three Normative Models of Democracy*, que constitui o capítulo 9 do livro *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*. Ciaran Cronin e Pablo de Greiff (eds.) Cambridge (Mass.): MIT Press, 1998.

de mercado, como no liberalismo, mas, sim, a(sic) interlocução entre os cidadãos (...). (BANNWART JUNIOR e CALADO, 2012, p. 190-191).

Autonomia privada (aquilo que busco enquanto indivíduo) e autonomia pública (aquilo que busco enquanto cidadão) são faces de uma mesma moeda, e, como Habermas, sentimos necessário unir a *díade* liberalismo e republicanismo, para buscarmos a fundamentação da legitimação do poder/dever por meio da associação das perspectivas liberais (o que *posso/devo* fazer, o que não *posso/não devo* fazer) e republicanas (o que *podemos/devemos* fazer, o que não *podemos/devemos* fazer) para a construção do direito contemporâneo e na afirmação do Estado Democrático de Direito.

Não obstante a crise da razão e da legitimidade, se, em última instância, o Estado de Direito contemporâneo busca mesclar características liberais de *individualismo* com republicanas de *coletivismo na participação*, ele chancela o compromisso estatal com liberdades negativas e positivas que proporcionam o aperfeiçoamento das democracias que respeitam e levam a sério os direitos elencados na Constituição. Conforme pretende-se ilustrar no decorrer da dissertação, a solução para uma maior interface entre legitimidade e legalidade deve se apoiar numa maior amplitude de possibilidades democráticas derivadas do respeito à liberdade, à cidadania e à dignidade da pessoa humana consagradas pela moldura constitucional, especialmente quanto ao modo e local de participação social na formação e regulamentação das leis.

O Estado Democrático de Direito exige, portanto, leis que efetivamente realizem as missões constitucionais apoiadas pelas decisões legislativas oriundas de um amplo debate prévio à sua instituição como forma de consolidar práticas democráticas atinentes à participação, debate, racionalidade e busca por consenso e legitimidade. Entendemos que a interface local, especialmente no âmbito municipal, entre poder público e população, pela proximidade dos problemas cotidianos, encontram melhores chances de debate e tomada de decisão consensual.

1.2 LIBERDADE E DIGNIDADE: O RECONHECIMENTO DO OUTRO

De maneira geral, muitas são as acepções a que o termo *liberdade* nos remete. Segundo os ensinamentos de Cleyson de Moraes Mello e Thiago Moreira:

A liberdade está umbilicalmente associada à existência humana. Sem liberdade parte da vida, se não toda a vida, perde seu sentido. Não nos referimos somente à liberdade física, de livre locomoção, mas, também na liberdade de se expressar, de buscar e trilhar todos os caminhos para a realização e efetividade

do que poderíamos chamar de uma vida digna. Melhor e mais fácil que conceituar a liberdade é experimentá-la. Segundo Guilherme Pena de Moraes, a liberdade “é derivada do princípio autonomístico da determinação individual, não somente a ‘liberdade de querer’ exteriorizada pelo poder de escolher entre várias possibilidades, mas também a ‘liberdade de atuar’, externada pelo poder de fazer tudo o que se quer, removidas quaisquer coações ilegais, ilegítimas ou ilícitas.” (MELLO e MOREIRA, 2015, p. 164).

Num contexto social pautado pela juridicidade, a liberdade não é absoluta: nossa liberdade é limitada pela liberdade dos outros; em outras palavras, nossa liberdade termina quando começa a interferir na liberdade de outras pessoas. Assim, sou livre para ir e vir, desde que meu *ir* não transpasse os limites impostos pela propriedade privada de outrem. E mesmo em áreas públicas, meu direito de permanecer em um logradouro público está sujeito a limitações impostas em razão das peculiaridades do local. Se uma praça é cercada e foi determinado pela municipalidade que, em razão de segurança, o horário de funcionamento vai até às 22h, não posso por lá permanecer depois do horário estipulado. O ideal é que os limites à liberdade sejam impostos de maneira racional e razoável, sempre com motivações plausíveis, sem arbitrariedade e de acordo com normas de convivência social e juridicamente aceitas. Juridicamente, a própria constituição de nosso Estado impõe limites explícitos em nosso agir. Em prol da convivência harmoniosa, devemos abrir mão de certas prerrogativas, seja no tocante ao ir e vir, seja no tocante ao discurso ou a arte. Muito embora às vezes controversas, tais restrições são necessárias para preservar o respeito mútuo e as garantias fundamentais relativas à vida, à incolumidade moral de outras pessoas ou mesmo ao respeito aos costumes dos povos. Assim é a restrição imposta, por exemplo, à liberdade de expressão na Alemanha quando impõe sanções jurídicas àquele que portar o símbolo da suástica; ou nos Estados Unidos a quem, a despeito da conotação artística, trabalhar com o nu de menores.

Assim é que o Estado acaba por interferir na esfera pessoal do cidadão impondo restrições de ordem jurídica à exteriorização de nossas ações. Para que não sejam arbitrárias as limitações, o respeito aos Direitos Humanos¹¹ é de observância obrigatória.

No Estado de Direito, temos, portanto, como prerrogativa básica, essencial e basilar, o respeito pelos direitos fundamentais.

Considerando, portanto, a Constituição Federal de 1998 como ponto de partida, pode-se observar a consagração do valor *dignidade* como um pilar de fundação e sustento

¹¹ A profusão de estudos e artigos sobre o tema nos impede de, aqui, relacionar as nuances relativas a nomenclatura e historicidade, mas apontamos, no caso de nossa Constituição, que os Direitos Humanos foram em grande parte positivados e são elencados em rol extenso, porém não limitativo, no art. 5º da Lei Maior.

do sistema político-jurídico de nossa nação. Mas o que significa exatamente *dignidade da pessoa humana*? Seria um conceito indefinido, cuja abrangência ultrapassa definições relacionadas tão somente ao jurídico ou podemos adequar o conceito ao estudo do Direito?

Acredita-se que a *dignidade* possui matizes maiores do que o enquadramento político-jurídico é capaz de perceber, sendo necessário mesmo um mergulho filosófico na própria questão do *ser humano*. Nos estreitos limites do presente estudo vamos buscar elucidar brevemente o que entendemos por dignidade, trabalhando o conceito como possibilidade de *ser e sobreviver* em condições *adequadas*¹² com poder de *livre posicionamento e livre tomada de decisão* diante dos problemas e questões inerentes à vida em sociedade. Destaca-se que por livre posicionamento e livre decisão deve-se entender o adjetivo *livre* dentro dos contornos constitucionais, portanto, sujeito a limitações. Toma-se o sentido de dignidade como valor intrínseco ao ser humano.

Ricardo Lobo Torres fala em *situações existenciais dignas* e Cleyson de Moraes Mello e Thiago Moreira lecionam:

A dignidade da pessoa humana, hoje, é epicentro do ordenamento jurídico e imprescindível seu entrelaçamento com o estudo dos direitos fundamentais e do direito constitucional de forma geral no contexto do Estado Democrático e Social de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988. É pois, um conceito em eterno processo de construção e desenvolvimento – histórico-culturalmente situado no mundo da vida que vai se concretizando (aqui o papel do hermenêuta e exegeta é fundamental a partir da práxis constitucional. (MELLO e MOREIRA, 2015, p. 104).

José Afonso da Silva (2000 p. 147) posiciona-se sobre o tema analisando a filosofia de Kant (em Kant, a dignidade toma forma na medida em que devemos ser tratados como fim, nunca como meio) e alertando que a dignidade da pessoa humana é mais que um princípio, é um “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do Homem, desde o direito à vida”. Segundo ele:

Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspira a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como *fundamento* da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é *fundamento* é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do país, da democracia e do Direito. Portanto não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da

¹² *Condições adequadas* pode ser traduzido como *condições básicas de desenvolvimento físico e espiritual*, correspondendo ao *mínimo existencial* apregoado por diversos autores.

ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. (SILVA, 200, p. 147).

Se a dignidade da pessoa humana é inerente a cada um e é base fundamental para a construção da Constituição de uma República e *valor supremo*, se é base de sustentação, se é como Pedro, pedra fundamental sobre a qual será erguida a igreja, então pode-se afirmar sem receio que o homem é um *fim em si mesmo* e merecedor de institucionalizações normativas protetivas de sua condição. Melhor esclarecendo, o homem é medida de consideração máxima, é realização da humanidade. Ninguém pode ser considerado *fim em si mesmo* se serve tão somente de meio para outrem. Por esse motivo, a escravidão viola a dignidade da pessoa humana; a humilhação, o cárcere, a violência e a discriminação, todos, a seu modo, formas de escravidão e aviltamento da identidade. Não existe dignidade fora da liberdade, e não haverá liberdade sem reciprocidade no reconhecimento de que cada um é fim em si mesmo. A dignidade como autonomia não carece de chancela exterior, mas goza da proteção heterônoma da lei. Todo ser humano deve ter sua autonomia respeitada como ser digno. Qualquer ordem normativa que viole a dignidade, que não reconheça a *finalidade em si*, intrínseca, do ser humano, que não respeite a autonomia moral do ser humano, não tem condições de fundar uma ordem jurídica justa em que devem prosperar os princípios da igualdade, liberdade e fraternidade.

Espécie do gênero dignidade, a liberdade aflora como requisito visceral para que possamos ter capacidade plena de pensar, refletir e agir. Liberdade de expressão, de informação, e de ação, formam uma tríade indissociável ao pleno desenvolvimento do ser humano sócio-político. Para que a liberdade exista de fato (pois na teoria, no *Direito Constitucional escrito* ela é garantida), e consequentemente para que o livre posicionamento seja pleno, é necessário, inicialmente e essencialmente, que existam tolerância e respeito recíprocos entre as pessoas; necessário um princípio de alteridade em que o reconhecimento recíproco seja possível e desejável. Sem tal respeito, dificilmente haverá consenso possível. Pode haver certa *discursividade*, mas a finalidade será sempre subjugar a posição do outro, sem, contudo, estar aberto a posições divergentes, sem ao menos reconhecê-las como merecedoras de atenção e reflexão e portanto, sem *discursividade ideal*¹³.

¹³ Para Alexy, a idealidade considerada em todos os aspectos do discurso pressupõe condições relativas, dentre outras, a: temporalidade ilimitada, participação ilimitada, disposição completa para a troca de papéis e ausência total de preconceitos. Alexy critica a teoria consensualista de Habermas apontando uma

A condição de autonomia sob o prisma *kantiano* e também, de certa forma, sob o aspecto *habermasiano*, somente será possível e até mesmo viável, se houver o reconhecimento da alteridade, se conseguirmos enxergar no outro um *igual*, em direitos e deveres. A manifestação do livre pensar caracteriza expressão exterior da autonomia do sujeito, e consequentemente, exercício de *ser* e *poder opinar*, discordando ou não das práticas legislativas, judiciárias e executivas, ou mesmo cotidianas. Para além dos dogmas, ser livre significa poder expressar, discutir, argumentar, discordar ou entrar em acordo, sem que para isso seja necessário subjulgar o argumento contrário à força bruta ou desqualificar pessoas e opiniões simplesmente porque são contrárias ao que propomos.

Podemos não concordar com o que outra pessoa diz ou acredita, mas temos o dever de defender o direito de *livre manifesto* do outro, que em última instância, é a própria defesa que possuímos em prol de nosso livre manifestar.

O livre pensar e comunicar o pensamento guarda estreita relação com o estudo de Kant a respeito da moral e do direito, uma vez que o filósofo se empenhou com maestria na função de sistematizar e pensar os conceitos que ainda hoje permeiam o universo jurídico-filosófico.

Kant representa uma corrente filosófica calcada no sujeito; um sujeito que *conhece*, que detém as condições de possibilidade do conhecimento, uma vez que nosso modo de representação do objeto não se regula pelo objeto considerado em si. No preâmbulo à Introdução à Crítica da Razão Prática de 1787, Kant expressa de maneira clara os objetivos almejados com a adoção da filosofia do sujeito.

E o desafio de Kant¹⁴ ao considerar o sujeito é justamente afastar o subjetivismo para sistematizar um conhecimento por meio da filosofia moral destituída de empirismo, uma filosofia moral que, ainda que afaste as inclinações pessoais, guarda ligação com a *racionalidade* entendida como *capacidade que possuímos de julgar*, com a filosofia prática, mas não com experiências e idiossincrasias pessoais:

As leis morais com seus princípios, em todo o conhecimento prático, distinguem-se, portanto, de tudo o mais em que exista qualquer coisa de empírico, e não só se distinguem essencialmente, como também toda a Filosofia moral assenta inteiramente na sua parte pura, e, aplicada ao homem, não recebe um mínimo conhecimento do homem (Antropologia), mas fornece-

idealidade impraticável e aduzindo que não obstante a presença, *in totum*, dos requisitos *formais* do discurso, ainda assim a *substancialidade* do consenso não está garantida. Segundo Alexy: “Não há nenhum procedimento que permita uma previsão segura sobre como agiriam os participantes do discurso enquanto pessoas reais, sob as condições admitidas, e não reais, do discurso ideal. Não se pode, por isso, nem excluir nem aceitar uma garantia de consenso”. (ALEXY, 2011, p.36-37).

lhe como ser racional leis a priori. É verdade que estas exigem ainda uma faculdade de julgar apurada pela experiência, para, por um lado, distinguir em que caso elas têm aplicação, e, por outro, assegurar-lhes entrada na vontade do homem e eficácia na sua prática. (KANT, 1986).

Muito embora existam críticas pertinentes relativas ao caráter extremamente transcendental da doutrina kantiana, e também a uma idealidade muitas vezes dissociada da realidade diuturna das relações sociais, em Kant encontra-se o início da *possibilidade* de um princípio de alteridade, de reconhecimento do outro como igual na medida em que a lei moral impõe condutas que devem ser universalizáveis;¹⁵ e condutas que *reconheçam* o outro nunca tão somente como um meio. Dos imperativos categóricos, sobressai a segunda formulação (fórmula do *fim em si*): “Age de tal modo que trates a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca simplesmente como meio”. (MAGALHÃES, 2006, p.25). Ora, se devemos *tratar* (portanto *agir*) os outros como fim e nunca somente como meio devemos inicialmente *reconhecer a existência do outro*. Para isso devemos *considerar, refletir, pensar* o outro, o que significa na prática ou na *razão prática*, reconhecimento da alteridade (do outro) como finalidade e nunca tão somente como meio. Essa análise necessária de nossa figura e da figura do outro para o cumprimento fiel do imperativo categórico impõe o reconhecimento próprio e o de outrem. Daí, pode-se falar em possibilidade de um princípio de alteridade. Princípio este que se consolida com a virada filosófica da linguagem, que apresenta como figura expoente o professor Jürgen Habermas.

Habermas apresenta uma visão *aperfeiçoada* da doutrina de Kant na medida em que avança do transcendental para o pragmático-universal. Segundo sua visão, mesmo o imperativo categórico kantiano necessita de reformulação, pois:

quando se tem presente a função coordenadora que as pretensões de validade normativa desempenham na prática quotidiana (sic), percebe-se por que os problemas que devem ser resolvidos em argumentações morais não podem ser superados monologicamente, mas exigem um esforço de cooperação. Ao entrarem numa argumentação moral, os participantes prosseguem seu agir comunicativo numa atitude reflexiva com o objetivo de restaurar um consenso perturbado. As argumentações morais servem, pois, para dirimir consensualmente os conflitos da ação. Os conflitos nos domínios das interações governadas por normas remontam imediatamente a um acordo

¹⁵Segundo Kant “(...) não se deve praticar nenhuma ação segundo uma máxima diferente daquela suscetível de valer como lei universal, ou seja, tal que *a vontade, com base na máxima, possa considerar a si mesma ao mesmo tempo como universalmente legisladora*” KANT, Immanuel. Autonomia Moral, *apud A ideia de Justiça de Platão a Rawls*. Organização de Sebastião Maffetone e Salvatore Veca. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.221.

normativo perturbado. A reparação só pode consistir, conseqüentemente, em assegurar o reconhecimento intersubjetivo para uma pretensão de validade inicialmente controversa e em seguida desproblematizada ou, então, para uma outra pretensão de validade que veio substituir a primeira. (HABERMAS, 2003, p.87-88)

Habermas propõe então um princípio universal (U) fundante da ética do discurso que, diferentemente de uma conclusão monologicamente alcançada por um indivíduo, necessita de intersubjetividade comunicativa. O princípio universal de Habermas diz o seguinte:

(U) Toda norma válida tem que preencher a condição de que as conseqüências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância *universal*, para a satisfação de *todo* indivíduo possam ser aceitas sem coação por *todos* os concernidos. (HABERMAS, 2003, p.147).

O princípio habermasiano possui como características o *cognitivismo* (possibilidade de fundamentação racional e distinção entre juízos morais corretos e errados), o *universalismo* (possibilidade de alcance universal de aceitabilidade das normas de ação por parte dos participantes) e *formalismo* (toma como elimináveis os conteúdos de orientação axiológicos – por exemplo o “bem viver” – privilegiando a retenção, como argumentativamente decidíveis, das questões de justiça estritamente normativas.

Se Kant propõe a *consideração* do outro, Habermas propõe a necessária *inserção* do outro. Ele afirma que a contingência derivada da pluralidade de agentes (HABERMAS, 2001) adiciona um problema relativo à busca de objetivos coletivos e à harmonização de interesses. Afirma ainda:

Ethical-political discourses have as their goal the clarification of a collective identity that must leave room for the pursuit of diverse individual life projects. The problem of the conditions under which moral commands are reasonable, motivates the transition from morality to law. And, finally, the implementation of goals and programmes gives rise to question of transfer and neutral exercise of power. Modern rational natural law responded to this constellation of problems, but it failed to do justice to the intersubjective nature of collective will formation which cannot be correctly construed as individual will formation writ large. Hence, we must renounce the premises of the philosophy of subjects on which rational natural law is based. From the perspective of a theory of discourse, the problem of agreement among parties whose wills and interests clash is shifted to the plane of institutionalized procedures and

communicative presuppositions of process of argumentation and negotiation that must be actually carried out¹⁶. (HABERMAS, 2001, p. 16).

Conforme colocado, considerar o *outro* é, portanto, condição básica de liberdade recíproca balizada pela ética; no lugar comum, tratar os outros como deveríamos ser tratados (note-se que não se trata de ser tratado como *gostaríamos*, pois, isso implicaria em analisar idiossincrasias, inclinações pessoais, contrário tanto ao que Kant apregoa quanto o que Habermas aduz quando “elimina” questões culturais valorativas privilegiando a deontologia sobre a ontologia);

Reconhecer o outro constitui, portanto, uma imposição moral universalizável que leve em conta a humanidade inerente a cada um de nós, que guarda então relação com os direitos humanos mais básicos e fundamentais, como o direito de podermos nos expressar dentro dos limites de nossa liberdade (que exige o respeito à liberdade de outrem de não ser injuriado psíquica ou fisicamente, por exemplo). A relação de alteridade é o que permite o mútuo entendimento que pode culminar então com a ideia de que podemos ser ao mesmo tempo autores e destinatários das leis (*lato senso*) conjugando, consequentemente, Moral e Direito.

Segundo Cleyson de Moraes Mello e Thiago Moreira:

É, pois, uma nova essência contida na exegese das relações jurídicas interprivadas. Referimo-nos à chamada *alteridade* ou *alteritas*. É um agir pensando no outro, isto é, o “*eu*” reclama um agir pressupondo o “outro”; o *ego*, o *alter*. Não podemos pensar o “eu”, sem nesse pensar já ir envolto o “outro”. Essa alteridade, é, pois, da essência do direito civil-constitucional. Desde Tomás de Aquino (1225-1274) até os presentes estudos do Existencialismo, a alteridade esteve e está presente. O *eu* e o *outro* são como os dois pólos da relação jurídica, sempre *plural*, nunca *singular*. Ora é aqui que justamente se nos impõe a ideia de superação do individualismo de índole liberal, já que as relações jurídicas se aproximam mais à ideia de *colaboração*, *convivência*, *mundo vivido*, *solidariedade* e *justiça social*. É, pois, a essência da alteridade que se desvela ao mundo jurídico. (MELLO e MOREIRA, 2015, p. 112).

¹⁶Tradução: Discursos ético-políticos possuem como objetivo a clarificação de uma identidade coletiva que deve deixar espaço para a busca de projetos de vida individuais diversos. O problema das condições sob as quais comandos morais são razoáveis (racionalizáveis), motivam a transição de moralidade para direito. E, finalmente, a implementação de objetivos e programas levanta questões sobre transferência e neutralidade no exercício do poder. O Direito Natural racional moderno respondeu a essa constelação de problemas, mas falhou em não conceder mérito à natureza intersubjetiva na formação da vontade coletiva, que não pode, como largamente difundido, ser corretamente construída como vontade individual. Devemos então renunciar às premissas da filosofia do sujeito em que o direito natural racional se baseia. De uma perspectiva da teoria do discurso, o problema do acordo entre partes cujas vontades e interesses são colidentes é transferido para o plano dos procedimentos institucionalizados e pressuposições comunicativas de processos de argumentação e negociação que devem ser realizados de fato. (Tradução livre).

Para Habermas, a relação entre liberdade e reconhecimento mútuo é essencial na aquisição de *imparcialidade* na comunicação e nos processos comunicativos de debate racional (que eventualmente, em ambiente legal, irão culminar em legislação) e o envolvimento pessoal, livre e racional é pressuposto na busca de uma idealidade da *fundamentação e aplicação* do direito em sociedades cada vez mais plurais. A busca pelo consenso torna-se mais complexa. Em tempos de ativismo judicial chegando às raias da irracionalidade política, em que operadores do direito abraçam argumentos passionais em detrimento dos argumentos racionais, importante colacionar os ensinamentos de Habermas:

A neutralidade do juiz em relação às partes conflitantes – a venda nos olhos da *Justitia* – é agora insuficiente como modelo da *práxis* de fundamentação exigida. Pois nela devem tomar parte, com igualdade de direitos, todos os membros potencialmente envolvidos, de modo que não haja uma separação de papéis entre um terceiro privilegiado e as partes envolvidas em cada caso. Agora, todos igualmente se tornaram partes que pretendem se convencer *reciprocamente* na competição pelo melhor argumento. (HABERMAS, 2004, p.298).

Segue o professor alemão:

No entanto, a ideia de que mesmo as normas subjacentes à aplicação provêm da mera *aplicação* de uma concepção abrangente do bem pôde se manter por certo tempo no direito natural moderno. O exemplo dos Estados nacionais de constituição democrática mostra efetivamente que a forma de vida comum da nação e o bem coletivo nela corporificado influenciam pelo menos as normas igualitárias de uma sociedade com estrutura igualitária. Mas essas concepções concretas de uma vida boa, em que as normas abstratas e gerais são a cada vez incrustadas, perdem seu caráter auto-evidente, o mais tardar quando os atritos entre diferentes formas de formas de vida cultural – quer no nível internacional, quer no nível inter-estadual – conduzem a conflitos que necessitam de regulamentação. Então se dá nos debates interculturais um novo movimento de reflexão e abstração, que faz aparecer as implicações universalistas de *justiça*. (HABERMAS, 2004, p. 298).

Concluindo e percorrendo sobre a imparcialidade que será então demandada pelo processo, assevera Habermas que:

Quanto mais a substância de um consenso axiológico se evapora, mais a ideia de justiça se funde com a ideia de uma fundamentação (e de uma aplicação) imparcial das normas. Quanto mais a substância de um consenso axiológico se evapora, mais a ideia de justiça avança, mais a “justiça” se purifica como um conceito procedural, mas de maneira nenhuma menos exigente. A expectativa de legitimidade – segundo a qual merecem reconhecimento apenas as normas “igualmente boas para todos” – só pode ser doravante satisfeita com o auxílio de um processo que, nas condições da inclusão de todas as pessoas potencialmente envolvidas, garanta imparcialidade no sentido de consideração igual de todos os interesses afetados. (HABERMAS, 2004, p.198).

Como se depreende do texto, Habermas enfatiza o conceito procedimental da busca por justiça, calcado não em valorações sobre o “bem”, mas sobre o “bem” que pode ser alcançado discursivamente entre sujeitos envolvidos no debate imparcial. Para garantir ainda mais eficácia às palavras de Habermas, *considerar* igualmente os interesses afetados significa olhar o interesse do outro como se fosse o próprio; é uma troca de papéis; colocar-se no lugar do outro e pensar sob a ótica da alteridade; é, em última instância, considerar e apreciar os argumentos racionais colocados comunicativamente em ambientes próprios.

1.3 AUTONOMIA E HETERONOMIA: A CONCILIAÇÃO POSSÍVEL ENTRE DIREITO E MORAL

Fazer a distinção entre autonomia e heteronomia, significa recorrer à conclusão já consolidada entre os *jusfilósofos* de que a autonomia é interna, incoercível, enquanto o direito é externo, coercível, e, conforme defendemos, *relativamente* heterônomo. Mas apesar da distinção, a relação existente entre moral e direito é objeto de estudos e teorias variadas, sem que se possa apontar ainda uma resposta final à questão. Para efeitos do presente trabalho, moral como liberdade, *autonomia moral*, é característica do ser humano (moral em sentido estrito) e não pode ser confundida com moral social¹⁷, ou moralidade comunitária, política (moral em sentido amplo). E mesmo quando as expressões são utilizadas com cautela e procuram delimitar o âmbito de aplicação, o tema ainda é instigante e aberto. Waluchow, ilustrando a questão, leciona:

Longe de se basear na noção duvidosa de que autores constitucionais tem repostas certas para os tipos de moralidade política que surgem na interpretação das cartas de direitos – respostas que lhes cabem sacramentar e impor sobre nós – minha alternativa deriva precisamente do oposto: do reconhecimento de que eles – e nós – não temos, na verdade, todas essas respostas sobre moralidade política, e que seria sábio projetar as nossas instituições políticas e legais sem ignorar esse aspecto da condição em que nos encontramos. (STRUCHINER e TAVARES, 2014, p. 23).

¹⁷ Existem estudos que tratam da dignidade da pessoa humana sob os aspectos autônomo e heterônomo, podendo ser citado o competente e laureado trabalho de Letícia de Campos Velho Martel, *Direitos Fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida* (MARTEL, 2010), em que os dois prismas são analisados. Contudo, na presente dissertação, optamos por analisar somente o prisma kantiano que dissocia a moral pessoal da moralidade pública. Essa dissociação permite analisar a autonomia e a dignidade decorrente dessa autonomia como intrínsecos ao ser humano, independente de elementos externos ou valores compartilhados por uma comunidade ou grupo; independente de normas *heterônomas* para o reconhecimento. Tomamos aqui o sentido de autonomia como incoercível, intrínseca, personalíssima. De forma geral, a vertente que toma a dignidade como sendo uma condição de autonomia é majoritária.

Segundo Miguel Reale, a questão relativa ao papel da moral e do direito adquiriu um sentido mais vital no período da época moderna, com a eclosão de dissensos entre a igreja católica e os cultos protestantes, quando reis pressionavam os súditos para que adotassem uma ou outra religião conveniente ao Reino:

Cada chefe de estado passou a se atribuir o direito de intervir na vida particular dos cidadãos a fim de indagar de suas convicções religiosas: uns queriam que seus súditos fossem católicos, outros que fossem protestantes. Houve, então, a interferência do poder público – o que só seria possível através de uma distinção entre o mundo jurídico e o mundo moral e religioso. Aí o problema adquiriu um significado mais profundo e urgente, provocando o pronunciamento de vários mestres. O mais notável dos estudiosos desta matéria foi o jurista alemão Thomasius, que escreveu a obra mais importante entre 1700 e 1705. Esse mestre, que gozava da admiração de outro grande vulto da época, Wilhelm Leibniz, voltou sua atenção para o problema, procurando apresentar uma diferenciação prática entre o Direito e a Moral, de maneira a tutelar a liberdade de pensamento e de consciência, com uma delimitação entre o que chamou “foro íntimo” e “foro externo”. (REALE, 1996, p. 53-54).

Para Kant, autonomia moral é condição imprescindível ao reconhecimento da dignidade:

Aquilo que concerne às inclinações e às necessidades gerais dos homens tem um *preço de mercado*; aquilo que, sem levar em conta a necessidade, está em conformidade com certo gosto, ou seja, com a satisfação que se experimenta pelo simples jogo sem objetivo das nossas faculdades mentais, tem um *preço de afeição*; mas aquilo que constitui a condição necessária para que algo possa ser fim em si não tem apenas um valor relativo ou um preço, mas um valor intrínseco, ou seja, *dignidade*. Desse modo, a moralidade é a condição exclusiva para que um ser racional possa constituir um fim em si, pois somente com base nela esse ser pode constituir-se enquanto membro legislador do reino dos fins. Eis por que somente a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, podem ter dignidade (...). É a *participação na formulação de leis universais*, que consente ao ser racional ser membro de um reino dos fins possíveis; o ser racional já era destinado a isso por sua própria natureza de fim em si, portanto, de legislador do reino dos fins, liberado de todas as leis da natureza, obediente apenas àquelas que ele próprio institui, e com base nas quais suas máximas podem dar lugar a uma legislação universal (à qual ele próprio se submete contemporaneamente). De fato, nada mais tem valor além daquilo que a lei estabelece. Mas a legislação da qual deriva todo valor deve, justamente por essa razão, ter uma dignidade, ou seja, uma validade incondicionada e incomparável, em relação à qual somente o “respeito” constitui a expressão adequada da estima que um ser racional deve tributar-lhe. A *autonomia* é, portanto, o princípio da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional. (KANT, *apud* MAFFETONE E VECA, 2005, p.222-223).

A evolução da tutela da autonomia pelo direito culminou com instituição da liberdade de culto, da liberdade de expressão e liberdade política, abraçadas por nossa Constituição.

Conjugar liberdade e direito é uma necessidade advinda do convívio social. Delinear direitos e deveres respeitando a autonomia de cada um é uma condição necessária. De acordo com Kant, a lei universal do direito de agir externamente, de modo que o livre uso de seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal (MAFFETONE e VECA, 2005) impõe a coexistência da liberdade de arbítrio de cada um com a liberdade de todos os outros. Contudo, diferentemente do aspecto ético, Kant, discorrendo sobre o princípio universal do direito – “qualquer ação é conforme ao direito quando, por meio dela ou segundo sua máxima, a liberdade do arbítrio de cada um puder coexistir com a liberdade de todos os outros segundo uma lei universal” (MAFFETONE e VECA, 2005, p.213) – afirma que:

Portanto, se minha ação ou, em geral, meu estado pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, comete injustiça contra mim quem me impede nesse aspecto, pois esse obstáculo (essa resistência) não pode coexistir com a liberdade segundo leis universais. Por conseguinte, tampouco pode-se pretender que esse princípio de toda máxima seja, ele próprio, a minha máxima, vale dizer que eu *a erija como a máxima* de minhas ações, porque cada um pode ser livre, embora sua liberdade me seja completamente indiferente ou eu possa, em meu íntimo, desejar de fato prejudicá-la, contanto que não lhe cause nenhum dano com minha *ação externa*. Querer atribuir a si próprio a máxima de agir corretamente é uma exigência imposta pela ética. (KANT, *apud* MAFFETONE E VECA, 2005, p.212-213).

O respeito à autonomia moral por parte do direito pode ser exemplificado quando citamos a obrigatoriedade relativa ao serviço militar em nosso país, uma exigência constitucional que em última instância respeita a autonomia daqueles que, por crença pessoal, não queiram alistar-se, concedendo a opção de exercer outra prestação que não tenha como base o serviço militar.

Para Habermas, moral e direito possuem uma relação de complementariedade, embora a distinção:

Like morality, law is too supposed to protect the autonomy of all persons equally. Law too must prove its legitimacy under this aspect of securing freedom. Interesting enough, though, the positive character of law forces autonomy to split up in a peculiar way, which has no parallel in morality. Moral self-determination in Kant's sense is a unified concept insofar as it demands of each person *in propria persona*, that she obey those norms that she herself posits according to her own impartial judgment, or according to a judgment reached in common with all other persons.¹⁸(HABERMAS, 1998, p.257).

¹⁸Tradução: Como a moralidade, o direito também pressupõe a proteção igualitária das pessoas. O direito também deve provar sua legitimidade sob o prisma de assegurar liberdade. Interessante o suficiente,

MacCormick (1995) assevera que a singularidade de cada um faz com a moral seja intrinsecamente autônoma, e, conseqüentemente, discursiva e controversa. Segundo ele, o direito é relativamente heterônomo, impositivo, institucional, discursivo e controverso. Mas um traço comum aos dois institutos pode ser apontado enquanto consideramos ambos, moral e direito, como espécies do gênero de argumentação prática. Enquanto a moral é interna e constitui lei dada internamente pela (minha) própria razão, o direito constitui lei colocada externamente à (minha) própria razão. Não obstante, MacCormick afirma que o traço comum, paradoxalmente, exacerba a distinção:

All this is highly important, and a necessary corrective to a merely narrow legalism. Yet, it does not elide the distinction of the legal and the moral. If anything, it exacerbates it. For the more we insist that the judge or other authoritative interpreter of the law is herself or himself a moral agent who must take moral responsibility for the decision she or he issues, and for the interpretative decisions involved in justifying the main decision, the more we return to facing the controversial quality of moral reasoning. So far as there is room for impartial and institutional legal expertise, we rely upon judges to have it. But when it comes to moral justification, there is no room for a claim to institutional expertise. At this level, the judge's reasoning convinces or fails to convince by the authority of its reason, not by reason of its authority. That the judge has honestly and committedly reached his or her best judgment about the proper moral grounding for an interpretative decision does not make that decision morally conclusive for any other autonomous moral agent. Yet, that very decision would be pointless if not legally authoritative.¹⁹(MACCORMICK, 1995, p. 83).

Desta forma, o jurista escocês revela de maneira magistral não só uma distinção entre direito e moral como aponta a diferença como *necessária*, como um meio de assegurar a autoridade e coerção do direito sem desrespeito à autonomia moral de cada um. MacCormick enfatiza a importante distinção e desautoriza a pretensão de verdade

entretanto, o caráter positivo do direito força a separação da autonomia de maneira peculiar e sem correspondência na moralidade. A autodeterminação moral no sentido kantiano é um conceito unificado porquanto demanda de cada um *in propria persona*, obediência às normas por ela mesma colocada de acordo com um julgamento imparcial ou de acordo com um julgamento alcançado em conjunto com todas as outras pessoas. (Livre tradução).

¹⁹ Tradução: Tudo isso é de suma importância e um necessário corretivo a um mero legalismo estrito. Ainda, isso não elide a distinção entre direito e moral. De tudo, a exacerba. Pois quanto mais insistimos que o juiz ou outro intérprete autorizado do direito são agentes morais que devem suportar a responsabilidade moral pelas decisões que proferem e pela motivação em justificar a decisão principal, mais nos deparamos com a qualidade controversa da justificação moral. Onde houver lugar para a *expertise* legal institucional e imparcial, nós depositamos confiança em que os juízes a tenham. Mas quando lidamos com justificação moral, não há espaço para uma pretensão de *expertise* institucional. Neste nível, a motivação do juiz convence, ou falha em convencer, em razão de sua autoridade [um argumento legal] e não pela autoridade de sua razão [um argumento moral]. Que o juiz tenha honesta e comprometidamente alcançado seu melhor julgamento sobre a base moral adequada a uma motivação isso não torna a decisão moralmente conclusiva para qualquer outro agente moral autônomo. Essa decisão seria inócua se não fosse a autoridade legal. (Livre tradução).

moral ou autoridade moral para ressaltar a autorização dos julgamentos baseada no Direito. Daí a afirmação de *relativa* heteronomia:

To conclude, this in fact supports a more, rather than less, legalistic approach to decision-making in the sphere of the state. The more we take legal decision-making within state law to be a public matter drawing on public sources, the less we force agents into the position of having to knuckle under the decisions of particular judges and other legal officials as though these enjoyed some general moral authority. They do not. They enjoy technical-legal authority, and the institutional authority required for deciding particular cases conclusively. Legal institutions, even when they best respect the autonomy of moral agents, and most carefully acknowledge the limits of legal expertise, cannot but remain relatively heteronomous from a moral agent's point of view.²⁰(MACCORMICK, 1995, p. 84).

Em última instância, somente a decisão autônoma do sujeito em participar e opinar, (conjugando, portanto, reflexão e ação – razão prática) com objetivos supra individuais, poderá culminar em situações ideais (possíveis) de regras de convivência universalizáveis. Mas essa participação, segundo Habermas, deve ser mediada pelo Direito. Segundo o jusfilósofo alemão, o Direito é, por excelência, o caminho a ser trilhado pela ação comunicativa.

Somente será possível o debate se o Direito for o instrumento garantidor do respeito às posições autônomas dos participantes; a mediação do Direito é, sob o esse ponto de vista, essencial para a participação regrada na busca pelas razões no ambiente deliberativo. O ambiente deliberativo democrático deve ser aquele que proporciona instrumentos eficazes de participação, de espaços próprios institucionalizados de debates que assegurem a troca de ideias e experiências na formação de uma solução trazida por argumentos racionais diversos. Para continuar avançando e consolidando o Estado de Direito, assegurando a liberdade, o exercício e o controle equilibrados do poder, a Democracia deve procurar absorver mais participação social. Ilustrando, Leal afirma que:

Assim, uma vez existindo instrumentos eficazes de reflexão e debate público das questões sociais vinculadas à gestão de interesses coletivos – e muitas vezes conflitantes –, e ainda, contando com os fundamentos da organização política e social do homem erigidos com o advento dos movimentos emancipacionistas do final do século XVIII – os direitos liberais de liberdade,

²⁰ Tradução: Para concluir, isso na verdade alicerça uma visão mais legalista no processo de decisão dentro da esfera estatal. Quanto mais tomamos o processo de decisão dentro do direito estatal como sendo um assunto público cujos contornos são fontes públicas, menos forçamos os agentes a capitular sob decisões de juízes ou oficiais legais como se eles gozassem de alguma autoridade moral de caráter geral. Eles não a possuem. Eles gozam de autoridade técnico-jurídica e autoridade institucional necessárias à decisão conclusiva de casos particulares. Instituições legais mesmo quando melhor respeitam a autonomia de agentes morais e reconhecem de maneira mais cautelosa os limites da expertise legal não podem senão permanecer relativamente heterônomas sob o ponto de vista de um agente moral. (Livre tradução).

de opinião, de reunião, de associação, etc. – forja-se ao longo dessa história um núcleo de direitos invioláveis, que representam os pressupostos necessários para o funcionamento dos mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático: os direitos humanos e fundamentais. De qualquer sorte, mesmo com tal instrumentação formal e material do fenômeno político, dirigido à gestão das demandas sociais, revela-se inexorável a percepção de uma crise da representação política que vai denunciando a fragilidade dos instrumentos e mecanismos referidos, principalmente no âmbito da representatividade, colocando em xeque as próprias instituições clássicas da democracia liberal burguesa (Parlamentos, Partidos Políticos, Poder Judiciário e Executivo, etc). Daqui, em razão também da complexidade industrial, outro modelo vai se estabelecendo no cenário do século XX: a possibilidade de uma democracia mais participativa. (LEAL, 2001, p.198-199).

A positivação está posta para garantir a autonomia e exercício das liberdades. Não é à toa que optamos por discorrer sobre o presente tema sob a égide constitucional: ora, a Constituição Federal é o documento máximo de uma nação e, felizmente, possui regramento suficiente para a defesa das prerrogativas de cidadania sem as quais não poderíamos pleitear parcela alguma de poder.

Conjugando-se, portanto, *Estado de Direito e Liberdade*, podemos assegurar institucionalmente que as vontades expressadas no ambiente próprio devem ser reconhecidas, *debatidas*. Essa participação livre, mediada pelo direito, garante parcela de exercício do poder ao corpo social e caracteriza uma ideia inicial de democracia deliberativa propugnada, dentre outros, por Habermas, que será objeto de maiores considerações no capítulo próprio.

Para Luis Roberto Barroso (2010), a dignidade é o *link* por excelência entre a moral e o direito; ele atribui à dignidade três acepções: como valor intrínseco da pessoa humana, como autonomia da vontade e como valor comunitário, sendo importante para o presente estudo os dois primeiros aspectos:

O *valor intrínseco* é o elemento ontológico da dignidade, traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros. A inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação são atributos únicos que servem de justificação para essa condição singular. Do valor intrínseco decorrem direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica. A *autonomia da vontade* é o elemento ético da dignidade humana, associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas. Ínsita na autonomia está a capacidade de fazer valorações morais e de cada um pautar sua conduta por normas que possam ser universalizadas. A autonomia tem uma dimensão privada, subjacente aos direitos e liberdades individuais, e uma dimensão pública, sobre a qual se apoiam os direitos políticos, isto é, o direito de participar do processo eleitoral e do debate público. Condição do exercício adequado da autonomia pública e privada é o mínimo existencial, isto é, a satisfação das necessidades vitais básicas. O *valor*

comunitário é o elemento social da dignidade humana, identificando a relação entre o indivíduo e o grupo. Nesta acepção, ela está ligada a valores compartilhados pela comunidade, assim como às responsabilidades e deveres de cada um. Vale dizer: a dignidade como valor comunitário funciona como um limite às escolhas individuais. Também referida a dignidade como heteronomia, ela se destina a promover objetivos sociais diversos, dentre os quais a proteção do indivíduo em relação a atos que possa praticar capazes de afetar a ele próprio (condutas autorreferentes), a proteção de direitos de outras pessoas e a proteção de valores sociais, dos ideais de *vida boa* de determinada comunidade. (BARROSO, 2010, p. 22-24).

Ousamos ir além do mestre constitucionalista para dizer que não só a dignidade, mas também a democracia é *link* de conciliação por excelência, pois permite assegurar que outro pilar fundamental de sustento da Constituição permaneça íntegro: a cidadania.

Conciliar direito e moral não significa sobremaneira tentar igualar ou mitigar as notáveis diferenças entre um e outro; significa, sobretudo, distinguir apropriadamente os institutos, cada qual com suas características, e aprofundar a aproximação entre moral e direito no que de fato eles possuem em comum: a possibilidade discursiva, o debate argumentativo racional, a fim de aproximar as vontades coletivas universalizáveis na feitura da legislação que irá vigorar sobre todos.

Se podemos vislumbrar a *discursividade* como um traço comum aos institutos do direito e da moral e apontamos a democracia como possível elo, podemos afirmar que a democracia deve, também, ser *discursiva*. Conforme iremos desenvolver no próximo capítulo, a característica de discursividade democrática, embora pouco abordada, trará reflexos dos mais importantes.

A cidadania e a dignidade da pessoa humana consagradas constitucionalmente podem proporcionar o exercício da política com respeito à diversidade. O momento cidadão de participação política deve ser consolidado nos debates que antecedem as tomadas de decisões administrativas e legislativas. A moral deve então fundir-se no que for possível e desejável racionalmente, nas reais condições ideais dialeticamente encontradas, para que o direito esteja carregado de conteúdo axiológico; e que será imposto de maneira relativamente heterônoma, mas carregado da legitimidade derivada da participação. Quanto maior for a participação nos momentos que antecedem as decisões fundamentais para a elaboração da lei, maior será a possibilidade de adesão a comandos oriundos da positivação. Maior será a possibilidade de identidade entre *vontade* e legislação.

2 DEMOCRACIA

Avançando nos estudos, neste capítulo apresenta-se a democracia de maneira menos dogmática. Desloca-se o olhar que outrora focava em democracia como poder de decisão da maioria para um olhar mais atento à ideia democrática como capacidade criadora. Procura-se na “indefinição” da palavra democracia possibilidades que se descortinam com a assunção de que democracia é uma ideia em constante aperfeiçoamento, indomável em laços e sem possibilidades de aprisionamento em molduras estanques. Muito embora sob uma visão realista, por vezes pessimista, existam correntes doutrinárias²¹ que são críticas e céticas do poder criativo *realmente* possível, acreditamos que um período histórico de maturação cultural em ambientes estatais com

²¹ Recomendamos a leitura do livro *Direito, Pragmatismo e Democracia* de Richard A. Posner (2010) como ilustrativo das diversas correntes doutrinárias e análises conjunturais da experiência democrática, sobretudo nos EUA.

maior participação pode levar a uma maior carga de participação e consequentemente, de mais possibilidades de busca por consenso e legitimidade.

2.1 A DEMOCRACIA E SUAS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE: OS DESAFIOS DE UMA IDEIA EM CONSTANTE APERFEIÇOAMENTO

Definir a ideia *democracia* é tarefa árdua. Por maiores que sejam os esforços intelectuais dos teóricos da filosofia política, a democracia constitui verdadeiro desafio quando buscamos uma definição que traduza a plenitude de características que a experiência prática pode alcançar. Certamente a dificuldade esbarra no grau de variabilidade das experiências democráticas ao longo do tempo e do espaço. Por seu caráter cambiante, podemos afirmar que a ideia não pode ser aprisionada em um conceito estanque, apesar de podermos apontar características inerentes à prática democrática, e, muito embora existam características consolidadas quando dizemos que uma república se afirma como democrática, como a existência de *sufrágio universal*, livre, periódico e observando-se a devida lisura formal e material que deve permear o processo de votação, existem características que somente o efetivo exercício da ideia democrática pode tornar visível e passar assim a fazer parte de seu conceito. Somente o fator do componente majoritário na tomada de decisões não satisfaz as condições do que o mundo contemporâneo exige.

Apesar da relativa importância, não iremos recorrer a perspectivas históricas ou voltar à Grécia clássica para tratar de uma democracia que hoje difere radicalmente da experiência grega; isso não significa denegar a origem do termo, mas acentuar o sentido contemporâneo que ele hoje assumiu e que não se coaduna com as práticas excludentes de outrora,²² considerando a pluralidade aglutinadora dos que hoje podem participar na formação dos parlamentos, cidadãos que nos idos tempos não poderiam ser assim denominados. Utilizaremos a etimologia da palavra tão somente para tentar desmistificar o sentido usual da palavra “democracia” para tentar inculcar no leitor maior dinâmica ao termo, que se relaciona com uma *capacidade criadora*, como mecanismo para atingir-se a correta distribuição e exercício do poder.

²² Wendy BROWN (AGAMBEN *et al*, 2011, p. 51) em seu ensaio “*We are all democrats now...*” afirmava: “As is well known, ancient Athenian democracy excluded 80-90 percent of the adult Atticans population from its ranks – women, slaves, free foreign residents and others who did not meet the strict lineage requirements for citizens. Tradução: *Como é bem sabido, a antiga democracia ateniense excluía 80 a 90 por cento dos atenienses adultos de sua incidência – mulheres, escravos, residentes estrangeiros livres e outros que não se enquadravam nos estritos requisitos para serem considerados cidadãos.* (Tradução livre).

Analisando a etimologia da palavra e considerando os radicais gregos que a compõem, bem como a historicidade cultural, Josiah Ober (2013) apresenta um rol de possibilidades entre as quais uma chama a atenção e culmina com a seguinte conclusão por parte do autor:

O que nos traz, finalmente, à *demokratia*. *Demokratia* não pode significar o “*demos* monopoliza os cargos” já que o *demos* (diferentemente dos implícitos plurais *hoi oligoi*, *hoi aristoi*) tem de referir-se a um corpo coletivo [*corporate body*] – a um “público” – e esse público não pode ser coletivamente um “detentor de cargo” no sentido ordinário. Mas se extrapolarmos da definição que propus para *isokratia*, o termo tem sentido ao mesmo tempo filológico e histórico: *Demokratia*, que emergiu como um tipo de governo com a histórica auto-asserção de um *demos* em um momento de revolução, refere-se à **capacidade coletiva do *demos* de fazer coisas no domínio público** (grifo nosso), de fazer coisas acontecerem. Se isto é correto, *demokratia* não se refere em primeira instância ao controle monopolístico do *demos* da autoridade constitucional pré-existente. *Demokratia* não é apenas “o poder de *demos*” no sentido de “o poder superior ou monopolístico do *demos* no que diz respeito a outros potenciais detentores do poder no Estado. Antes significa, de forma mais abrangente, “o *demos* com poder” – é o regime no qual o *demos* ganha uma capacidade coletiva de efetuar mudanças no domínio público. E, assim, não se trata simplesmente de uma questão de *controle* de um domínio público, **mas da força e capacidade coletiva de agir nesse domínio e, na verdade, de reconstituir o domínio público através da ação.** (Grifo nosso). (OBER, 2013, p101).

Ober não entra no mérito sobre como surgiu e propagou-se a distorção que ganhou a proporção dos dias de hoje, em que se compara democracia a simples *regra majoritária*, mas apresenta sua crítica e, tal qual exposto acima, instiga e nos leva a pensar *out of the box*, dando valiosas lições sobre como definições reducionistas de fato enfraquecem e levam a democracia a um estado de vulnerabilidade sujeita a críticas baseadas na errônea compreensão de que democracia seria um simples mecanismo de decisão com base em votos, como mecanismo puro de dominação majoritária. A importância adquirida sob a perspectiva de *criação* (democracia como capacidade criadora) afigura-nos vital para a adoção de práticas que permitem à sociedade maior adesão ao debate propositivo. O ponto de vista expresso por Ober (2013) facilita a abertura dogmático-ideológica ao surgimento da democracia deliberativa na medida em que desmistifica um pouco o sentido estanque de análise da democracia como algo dado e consolidado; tal perspectiva descortina um novo caminho na busca da deliberação, e, portanto, no caminho da participação efetiva das pessoas na gênese das leis e na tomada de decisões.

Orlando Villas Bôas Filho (2013) apresenta a democracia como tendo um conceito indeterminado face à dificuldade de delineamento de seu contorno. Em seu texto

“Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental” o autor realiza uma pesquisa histórica, baseada em autores como Rancière, Rosanvallon e Koselleck, e alerta sobre as possibilidades das “torções semânticas diante de usos políticos diversos”. (VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 690)

Em "We are all democrats now..." (AGAMBEN *et al*, 2011), Wendy Brown tem como objetivo provocar uma profunda reflexão sobre a democracia. A autora faz uma contundente crítica ao neoliberalismo, levanta importantes questões que vão desde a necessária simbiose entre soberania e democracia até questões sobre os limites que devem ser impostos à democracia para que o *querer* popular de povos avessos à democracia, mas utilizando sua sistemática para impor sua vontade, não acabe por proporcionar o avanço do fascismo; e questiona até mesmo a viabilidade da democracia enquanto escolha contemporânea de caminho a seguir. Ao procurar as possibilidades, Brown aduz que a profunda e honesta deliberação sobre as mínimas condições para a construção de *pontes* com o objetivo da distribuição democrática do poder pode ser um caminho eficaz.

Analisando o tema sob outro ponto de vista, discorrendo sobre política e democracia e aduzindo o caráter instrumentalizador da política como um canal viabilizador de possibilidades, não de assunção de fins, mas de *local* de acesso a esses fins, no ensaio “Finite and Infinite Democracy”, parte do livro “Democracy in What State?”, Jean-Luc Nancy (AGAMBEN *et al*, 2011) enxerga a *política* como possibilidade e a democracia como *meio* nunca como *fim* em si mesmo, pois segundo ele existe mesmo uma indefinição de finalidades ideais. De acordo com sua perspectiva, a democracia, tal qual a política,²³ seria um *caminho para chegarmos*, e na eventualidade de existir uma finalidade democrática, esta seria uma *comunidade*, seria a admissão da diversidade e da multiplicidade das inter-relações na esfera do comunitário. A fim de pontuarmos o ponto de vista de Nancy, entendemos, como o autor, que tal comunidade a ser defendida não é

²³ Jean-Luc Nancy, no seu ensaio “Finite and Infinite Democracy”, realiza uma análise filosófica da democracia que mistura reflexões sobre a linguagem e considerações sobre política como *veículo*: “Politics must give the form of access to openness of the other forms: it is the antecedent of a condition of access, not a foundation or determination of meaning. That does not subordinate politics, but it does confer upon it the particularity of supreme service. In return, it must not constitute itself as form – or not in the same way at any rate: the other forms and registers do in effect envelop ends that are ends in themselves (the arts, language, love, thought, knowledge...). But in compensation, it allows the imposition of form on power to take place.” In AGAMBEN, Giorgio [et al.] *Democracy in what state?* p. 73. Tradução: A Política tem que permitir forma de acesso para a abertura de novas formas: é uma antecessora da condição de acesso, não uma fundação ou determinação de sentido. Isso não a torna subordinada, mas confere sobre ela a particularidade de serviço supremo. Em contrapartida, não pode constituir-se como forma – não no mesmo sentido de qualquer maneira: as outras formas e registros efetivamente englobam fins que são fins em si mesmo (as artes, linguagem, amor, pensamento, conhecimento...). Mas em compensação, a política permite a imposição de forma para que o poder se estabeleça. (Tradução livre).

a comunidade total de meios de produção, não é a ausência de esferas particulares pessoais e patrimoniais, e sim a comunhão de ideias e participação na esfera pública do que é comum, nas decisões que irão repercutir essencialmente na *coisa pública*.

Habermas (1996) propõe uma solução *procedimental* conjugando o que ele denominou de *princípio do discurso* com *princípio de democracia*. O autor alemão sublinha a importância da institucionalização jurídica dos procedimentos democráticos: os espaços de deliberação democrática estão assegurados pelo direito. Para Habermas, o princípio de democracia deve não só estabelecer o *procedimento* legítimo de criação do direito, mas balizar mesmo a legislação:

The principle of democracy is what then confers legitimating force on the legislative process. The key idea is that the principle of democracy derives from the interpenetration of the discourse principle and the legal form. I understand this interpenetration as a *logical genesis of rights*, which one can reconstruct in a stepwise fashion. One begins by applying the discourse principle to the general right to liberties – a right constitutive for the legal form as such – and ends by legally institutionalizing the conditions for a discursive exercise of political autonomy (...). Hence the principle of democracy can only appear as the heart of a *system* of rights. The logical genesis of these rights comprises a circular process in which the legal code, or legal form, and the mechanism for producing legitimate Law – hence the democratic principle – are *co-originally constituted*²⁴. (HABERMAS, 1996, p. 121-122)

Pode-se observar, portanto, que a própria noção de democracia varia interdisciplinarmente e entre vários autores, sem que exista de fato a primazia de um conceito pronto e acabado. Por esta razão, considerando a pluralidade conceitual e da ideia de Democracia, assumimos o critério de ser ela não um fim, mas um meio, um caminho, uma *possibilidade*. Deixamos um pouco de lado a dualidade descrita por Agamben (2011) que observa a democracia ora como meio de constituição do corpo político, ora como técnica de governo, para lançar luzes sobre a *anfibiologia*,²⁵ a polissemia

²⁴Tradução: O princípio da democracia é que, então, confere força legitimadora no processo legislativo. A ideia central é a de que o princípio de democracia é oriundo da interpenetração do princípio do discurso e da forma legal. Eu entendo essa interpenetração como uma *gênese lógica de direitos* que pode ser reconstruída de forma gradual. Alguém começa aplicando o princípio do discurso ao direito genérico às liberdades – um direito constitutivo para forma jurídica como tal – e termina institucionalizando juridicamente as condições para o exercício discursivo da autonomia política (...). Então o princípio de democracia somente pode aparecer como o coração de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos abrange um processo circular em que o código legal ou a forma jurídica e o mecanismo de produção legítima do Direito – então processo democrático – são *cooriginalmente* constituídos. (tradução livre).

²⁵ Em seu artigo, “Notas introdutórias ao conceito de Democracia”, tradução livre de “Introductory Notes on the Concept of Democracy” (AGAMBEN *et al*, p2.), Agamben aduz: “When the same fundamental political concept can be translated to mean either “constitution” or “government”, then we have ventured out beyond ambiguity onto the featureless terrain of amphibology (**a term from Grammar and rhetoric signifying indeterminacy of meaning**)” (grifo nosso). Quando um mesmo conceito político fundamental pode ser traduzido para significar tanto *constituição* quanto *governo*, então nós entramos para além da seara da

que o termo suscita e, adotar, para fins didáticos, a falta de conceituação acabada; melhor dizendo, a indefinição terminológica do termo para evitar o cerco à fertilidade advinda da ideia de democracia.

Mas não se pode deixar de lado, por maior que seja o problema da definição, alguns requisitos essenciais para que as práticas democráticas sejam possíveis. Nos valem aqui de Rancière que alega o seguinte:

podemos enumerar regras que definem o mínimo necessário para um sistema representativo se declarar democrático: mandatos eleitorais curtos, não acumuláveis, não renováveis; monopólio dos representantes do povo sobre a elaboração das leis; proibição de que funcionários do Estado representem o povo; redução ao mínimo de campanhas e gastos com campanha e controle da ingerência das potências econômicas nos processos eleitorais. (RANCIÈRE, 2014, p. 92).

Pode-se ir um pouco mais fundo do que o autor para dizer que a proibição do financiamento privado de campanhas eleitorais e a adoção da total transparência nas deliberações e votos dos parlamentares (fim do voto secreto *tout court* no desempenho parlamentar) seriam também de grande valia. Ao lado da ampliação dos espaços legais de debate pré-gênese legislativa, acreditamos que as medidas citadas em muito contribuiriam para a consolidação da democracia.

Por fim, ilustrando um profundo e perturbador ensaio sobre democracia e direitos humanos, em que questiona a abrangência dos direitos, sua universalidade e a relação com o desenvolvimento, Jean Leca leciona:

Talvez tenha chegado o momento de nos questionarmos sobre o esgotamento cultural das sociedades democráticas, entrevisto por Tocqueville e Weber, nas quais algo ou alguém só é digno de interesse em razão *exclusivamente* de seus direitos, que devem ser defendidos em nome da justiça e/ou do *self interest*, como se a compaixão, a generosidade, a honra (não ousamos falar do amor nem de caridade) fossem motivações por demais suspeitas para sustentar ou justificar uma mobilização solidária. (ARDANT *et al*, 2001, p.441).

Sob o ponto de vista estritamente legal, temos a chancela da Carta Constitucional para efetivarmos a capacidade criadora e buscar o parcelamento do poder político baseado num sistema de freios e contrapesos calcado nos limites constitucionais impostos ao exercício do poder. Ainda assim, restará sempre o indomável poder econômico

ambiguidade, no terreno da anfibologia (um termo da gramática e da retórica significando indeterminação de sentido.) (Tradução livre).

transnacional que não se submete à lógica político-jurídica e constitui desafio da maior grandeza à efetivação democrática da vida em sociedade.²⁶

2.2 REQUISITOS IMPRESCINDÍVEIS À DEMOCRACIA: AS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS

Sob o aspecto legal, a liberdade encontra abrigo constitucional e nunca é demais ressaltar que o Estado de Direito consolidou (ou busca consolidar) o respeito à liberdade individual e à liberdade coletiva por meio de uma série de garantias fundamentais positivadas, protegidas e inderrogáveis. Essas garantias dizem respeito às liberdades e negativas e positivas.

Para José Afonso, a democracia é o valor que dimensiona e humaniza a dignidade da pessoa humana e faz o link necessário a efetivar os direitos fundamentais assentados na Constituição, e conforme podemos avançar relacionando liberdade e direito, devemos agora desmembrar para melhor análise as variadas formas de liberdade constitucional que possibilitam, de maneira democrática, exercitar e controlar o poder.

Dentre as tantas liberdades positivadas, não podemos olvidar da conquista constitucional do direito à *liberdade de expressão*. O alcance do direito à liberdade de expressão é maior do que simplesmente a liberdade de dizer o que pensamos. O verbo *expressar* deve ser entendido em sentido amplo, de modo a abarcar qualquer ato corporal, intelectual, seja por meio de escritos, da fala, da arte, do ir e vir. Mas para a finalidade democrática, não basta que essa liberdade seja pública, no sentido de poder ser exercida na comunidade; ela deve também poder ser exercida no ambiente próprio das tomadas de decisões; devemos possuir, portanto, condições reais (formais e materiais) de exercício do direito a expressar nosso ponto de vista e opinião e de obtermos um *feedback* por parte dos detentores do poder estatal. Nos dizeres de Mello e Moreira (2015):

De fato, a liberdade de expressão é uma prerrogativa de indescritível valor para a formação e a manutenção de um Estado democrático de Direito. Um povo

²⁶ Muito embora tal constatação fuja ao objeto da dissertação, não podemos deixar de pontuar o peso do sistema capitalista baseado na exploração do trabalho com objetivo do lucro. É possível socializar o capital sem incorrerem em ultrapassadas concepções ligadas ao socialismo real de estrondoso fracasso? Alguns exemplos de *social democracia* existentes especialmente nos países nórdicos, como na Dinamarca, constituem uma luz no fim do túnel. Mas comungamos do temor de que tal idealidade esteja longe da realidade político cultural de nossa nação...assim como comungamos da esperança de que uma real social democracia possa quiçá erguer-se junto com o exercício consciente da cidadania.

sem voz é um povo morto, submisso e sujeito a toda sorte de repressão e vilanias. A correlação entre democracia e informação é bem delineada por Vincenzo Ferrari ao dizer que “se a democracia significa liberdade e igualdade no gozo de direitos e oportunidades, parece claro que a informação livre, como acentuado no início, dela constitui fundamento, um fundamento essencial [...] Compreende-se assim ‘informação’ não é somente ‘o ato de informar’ como diz o vocabulário, mas em geral é parte essencial do processo de formação de conhecimentos, de opiniões, e, portanto, da própria personalidade do indivíduo. (...) A falta de informação bloqueia o desenvolvimento da personalidade, tornando-a asfixiada. Outrossim, uma informação unilateral, advinda de uma só fonte, mesmo que quantitativamente rica e qualitativamente sofisticada, direciona a personalidade para canais preestabelecidos, limitando objetivamente a oportunidade de escolha e a capacidade crítica do indivíduo, prejudicando desta forma a sua participação nos processos democráticos[...]A relação entre democracia e informação, é portanto, biunívoca, de coessencialidade, no sentido de que uma não pode existir sem a outra e o conceito de uma comporta o conceito da outra”. (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 175).

É de fácil constatação em nosso país o infeliz acúmulo dos veículos midiáticos nas mãos de poucas oligarquias que não possuem o menor pudor em manipular e distorcer fatos e informações a fim de apoiar interesses próprios. Favorecidos pela forma de concessão de transmissoras, os políticos oligarcas também detêm sua fatia de retransmissoras a prestar enorme desserviço com a falta de imparcialidade e fidelidade às situações mais diversas. A leitura crítica do que é propagado pelos veículos midiáticos no Brasil torna-se cada vez mais essencial à população em geral; infelizmente, muitas mentiras são repetidas num exercício de massificação de informações distorcidas que acabam por consolidar-se no imaginário popular e em redes sociais como verdades absolutas. Com todos os dissabores advindos de práticas espúrias, contudo, devemos louvar o salutar princípio da liberdade de imprensa que felizmente vigora a amparar a todos: bons e maus jornalistas – o julgamento pertence ao destinatário dos noticiários, ao consumidor dos ensaios jornalísticos, e somente a maturidade cultural e o acesso formal à educação e formas plurais de informação são as armas da luta pela imprensa séria.

3 PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Chegamos então ao capítulo final da dissertação em que se busca interligar estado de direito e democracia com base na assunção habermasiana de que existe uma *cooriginariedade* de constituição entre os códigos legais e o processo democrático. Uma *cooriginariedade* entre forma jurídica e mecanismos de produção legítima do direito. Desta forma, vamos tentar demonstrar o diálogo permanente entre direito e democracia explicitando as condições para que possamos ter a participação ampliada e com isso uma maior carga de legitimidade, consenso, controle e exercício *democráticos* do poder.

3.1 DIREITO À INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA E ACCOUNTABILITY

A Constituição Federal possui remédios constitucionais tais com o *habeas data*, que vincula legalmente a obrigação do fornecimento da informação a nosso respeito por parte do órgão do poder público que a detém. A legislação infraconstitucional também opera de maneira importante tornando obrigatória a disponibilização de dados e informações relevantes em áreas cada vez mais abrangentes.

Como bem assevera Miguel Reale, citando Frosini:

Como bem observou Vittorio Frosini, a liberdade de informação, tanto como a liberdade política, ou a econômica, tem duas faces, uma *negativa* relativa à

proteção do que é individual e próprio e outra *positiva*, no sentido de ser lícito à coletividade obter dados particulares, desde que não atinjam a privacidade do indivíduo ou a exclusividade de uma entidade econômica. Há, diz ele, com razão, um direito à informação contraposto a um direito ao segredo, e este é o limite natural daquele. (REALE, 1984, p.23).

O direito à informação anda de mãos dadas com a transparência. Por transparência devemos entender possibilidade de aquisição de dados claros e confiáveis disponibilizados publicamente sobre quaisquer ações perpetradas pelo poder público. A fonte deve ser oficial, isto é, o ente federativo, o Tribunal, o Ministério, o Congresso Nacional, enfim, qualquer pessoa jurídica de direito público deve garantir a informação e o acesso público a seus gastos e ações institucionais. Somente com o advento da Lei da Transparência (BRASIL, 2011), lei que assegura o direito fundamental à informação, dados importantes foram tornados públicos, e em recente levantamento realizado em conjunto por Controladoria Geral da União, mapearam inclusive o nível de transparência dos municípios brasileiros. A lei de transparência possibilita acesso mínimo a informações diversas, inclusive com possibilidade de criação de serviços de informação ao cidadão nos órgãos e entidades do poder público bem como a realização de audiência e consultas públicas, além de incentivo à participação popular. Cabe agora à sociedade civil organizada fazer uso da prerrogativa legal e fiscalizar os dados colocados à disposição. De nada adianta a legislação sem a respectiva adesão cidadã na análise e cobrança embasadas em números e informações agora disponíveis.

Em recente decisão colegiada, o Supremo Tribunal Federal²⁷ consolidou importante entendimento que busca afastar da obscuridade as tratativas perpetradas entre os legisladores: fora das hipóteses constitucionais, não pode ser secreta a votação parlamentar. O Tribunal guardião da Constituição, ao julgar e reafirmar a posição de transparência, ajuda na consolidação do controle do poder. O jogo de cena espúrio permitido pela votação secreta rouba do povo o direito sagrado de ciência sobre o que está sendo feito de seu voto, de sua representação. Jogar a luz do sol, arejar os gabinetes onde são tomadas decisões é medida urgente que se impõe na combalida e desgastada jovem democracia brasileira, que sofre dos males da escuridão, impermeável aos olhos da cidadania. Mas devemos estar atentos aos meios de obtenção das informações que dever guardar absoluta consonância com a reserva legal referente aos direitos e garantias inscritos na legislação constitucional.

²⁷ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 378 de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso.

A respeito da liberdade de debate e informação, vale o registro de importante lição de John Rawls quando analisa a liberdade sob o pensamento de Stuart Mill:

Naturalmente, Mill tem em mente a opinião sobre questões gerais das doutrinas: políticas, sociais, morais, filosóficas e religiosas. Para ele, faz parte dos interesses permanentes (segurança e individualidade) do homem como ser progressista saber quais dessas doutrinas são verdadeiras ou mais razoáveis; a condição necessária da crença razoável nessas questões seria, segundo ele, a completa liberdade de debate e informação. (...). Assim, ao impedir que uma pessoa expresse uma opinião incorremos em dano ao processo público do livre debate. E esse livre processo de debate é necessário para promovermos os interesses permanentes do homem com um ser progressista na era atual. Além disso, o dano ao livre debate é causado sem qualquer vantagem compensadora. Silenciar o debate não apenas educa o tipo errado de caráter nacional, como também tende a privar a sociedade e seus membros dos benefícios da verdade. Este último argumento é apresentado em *Sobre a liberdade*, II: ¶¶ 3-11, o “argumento da infalibilidade”, no qual Mill sustenta que nenhum ser humano, independente de suas convicções, é infalível; e, se todos que expressarem opiniões contrárias forem oprimidos, os que estiverem errados perderão a chance de descobrir a verdade. (RAWLS, 2012, p.321).

O outro lado muitas vezes não analisado quando discorremos sobre direito à informação é a via de mão dupla bem ilustrada com a passagem de Nilson Vidal Prata:

Parte-se do pressuposto de que um importante insumo para o desenvolvimento de uma casa legislativa são as informações que uma casa parlamentar recebe, busca ou capta junto à sociedade que representa, as quais traduziriam uma parte significativa das demandas e preferências do cidadão. Em contrapartida, o Parlamento também seria, ele próprio, um fornecedor de informações à sociedade, as quais traduziriam uma parte significativa dos resultados institucionais da ação parlamentar. Acredita-se que esse fluxo informacional torna-se mais visível quando são institucionalizados mecanismos de interlocução entre o Legislativo e a sociedade. (PRATA, 2009, p.31).

Analisamos o direito à informação que queremos obter por parte do poder público e muitas vezes esquecemos de que nós mesmos, enquanto sociedade civil representada, devemos ser fonte de informação para a formação da vontade do parlamentar. Daí a importância já salientada, das esferas de debate e deliberação dentro dos poderes constituídos, que devem ser abertos às sugestões e anseios da população a fim de *oxigenar* com ideias e soluções as decisões parlamentares.

Prata analisa ainda a questão da assimetria informacional caracterizada, segundo o autor, por duas vertentes: uma delas, pelo *déficit* de informação oriunda do poder público, a sonegação de informação por parte do governo:

(...) numa democracia é de fundamental importância que os cidadãos tenham oportunidades de acesso a conteúdos informacionais que lhes permitam compreender os complexos temas públicos, incluindo as leis que os

regulamentam. A divulgação insuficiente de informações (ou a sua não divulgação) constitui um obstáculo tanto para que os cidadãos sinalizem suas necessidades e preferências aos governantes quanto para acompanhamento do desempenho destes. (PRATA, 2009, p.35).

A informação que recebemos e fornecemos somente possui como filtros a credibilidade da fonte da qual emana e a capacidade de leitura crítica. Ambos os mecanismos (credibilidade e crítica) aparecem em franca decadência se observarmos as *barrigadas* jornalísticas, a seletividade das informações, o casuísmo e a parcialidade derivados principalmente do monopólio dos meios de comunicação²⁸. Falta, e muito, *accountability* informacional por parte do poder público e seriedade e imparcialidade jornalística por parte dos – poucos e escassos – veículos de comunicação midiáticos. O filtro é social é soberano e cada país tem a imprensa que cultiva. Esperamos que os dizeres de Pulitzer (“*Com o tempo, uma imprensa cínica, mercenária, demagógica e corrupta formará um público tão vil como ela mesma*”) não se torne realidade em nosso país.

Apesar de avançar na temática tocante à informação, nosso país carece, como ressaltamos, de *accountability*. O termo *accountability* guarda relação com o nível de confiabilidade, de correspondência entre a disponibilização e o bom uso da informação, e também pode ser utilizada para aferir a *determinabilidade* de certos comportamentos, como uma aferição entre expectativas e consolidação das expectativas. Isso vai refletir na apuração da legitimidade do exercício do poder, no controle entre a identidade do querer e sua devida implementação.

²⁸ Segundo se extrai do debate Seminário Internacional Mídia nas Américas, ocorrido em setembro de 2015 na cidade de São Paulo: “Por videoconferência, Edison Lanza, Relator Especial para Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos (OEA), defendeu que diversidade e pluralidade nos meios de comunicação é uma condição fundamental para garantir a liberdade de expressão. Ciente da ausência de regulação do setor no Brasil – o advogado e jornalista esteve em Brasília recentemente reunindo-se com autoridades políticas e entidades da sociedade civil – Lanza criticou a concentração dos meios de comunicação e o falso argumento de que regulação é censura, o que já se tornou uma espécie de ‘mantra’ dos grandes empresários do setor. “Monopólios e oligopólios atentam contra a democracia e liberdade de expressão”, disse. “É obrigação do Estado garantir este direito a partir da regulação do sistema de comunicação”. Segundo ele, os governos não devem intervir no que se produz, mas sim facilitar e construir políticas públicas para garantir que haja diversidade de vozes nos meios. Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, explica Lanza, é papel do Estado impedir uma excessiva concentração de meios, o que atenta contra a diversidade de fontes e opiniões (...) Referência em estudo de mídia e democracia no Brasil, Venício Lima avalia que a urgência em se democratizar a comunicação no país diz respeito a findar um processo sistemático de corrupção da opinião pública (...) Segundo Venício, uma simples folheada nas manchetes dos grandes jornais, em um único dia, escancaram a falta de diversidade e pluralidade. “A narrativa da mídia é tão homogênea que é como se houvesse um super editor que editasse as notícias de todos os meios”, critica. Retirado da notícia publicada em 18 de setembro de 2015, com chamada: “ ‘Sem pluralidade na mídia, não há liberdade de expressão’, afirma debatedores.” Disponível no site <intervozes.com.br>. Acesso em 02 de abril de 2016.

Segundo Angela Maria Albuquerque de Paula Ricardo, analisando a temática do *accountability* sob a ótica de autores como Carla Bronzo Ladeira Carneiro e Bruno Lazzaroti Diniz Costa:

O tema da prestação de contas através da responsabilização (*accountability*) tem ocupado, nos últimos anos, espaço central no debate sobre a qualidade e desempenho das democracias, tanto do ponto de vista da legitimidade, quanto do ponto de vista da eficiência da ação governamental. O mecanismo central de *accountability* em sociedades democráticas – o voto do eleitor – é considerado insuficiente como mecanismo de prestação de contas dos governos a seus eleitores, uma vez que, com o voto, o eleitor expressa, a cada ciclo eleitoral, tanto uma avaliação retrospectiva em relação ao desempenho passado de diversos candidatos e partidos quanto uma preferência em relação às diretrizes e orientações políticas futuras. (RICARDO, 2003, p.230)

Ricardo (2003) assevera que o *accountability* possui duas dimensões (bidimensional), quais sejam, o *answerability* (que seria a necessidade de resposta e informação pelos detentores de mandato público), e o *enforcement* (que seria a capacidade sancionatória e derogatória do poder imposto pelos órgãos àqueles que violarem os deveres públicos). Apesar das formas usuais de *accountability* utilizadas pela literatura especializada darem mais ênfase aos aspectos horizontal e vertical²⁹ do *accountability* como instrumento de controle e fiscalização, ressaltamos a importância do *accountability* no combate à *opacidade* que vigora no exercício dos poderes políticos por parte dos mandatários e achamos por bem ilustrar a vertente de estudos que apresenta o *accountability societal* como forma específica de controle:

Uma concepção alternativa de *accountability* é fornecida a partir de outros recortes e configura o âmbito da *accountability societal*. Tais perspectivas partem de uma matriz teórica que privilegia a dicotomia estado e sociedade civil, partilhando da ideia de que o controle da sociedade sobre a ação governamental constitui uma especificidade e merece uma distinção à parte das perspectivas de *accountability* vertical ou horizontal, abrindo vertentes para a discussão do *accountability societal* (...)Apresentando a noção de *accountability societal*, os autores a definem como um mecanismo de controle não eleitoral, que emprega ferramentas institucionais e não institucionais (ações legais, participação em instâncias de monitoramento, denúncias na mídia, etc.) que se baseia na ação de múltiplas associações de cidadãos, movimentos ou mídia, objetivando expor erros e falhas do governo, trazer novas questões para a agenda pública ou influenciar decisões políticas a serem implementadas pelos órgãos públicos. (CARNEIRO e COSTA, 2001, p.4-5).

²⁹ *Accountability* vertical seria um controle “de baixo para cima”, bem ilustrado pelo mecanismo das eleições, enquanto o horizontal seria entre esferas no mesmo plano, como no mecanismo de *checks and balances* existente entre os poderes da república.

Da leitura realizada de diversos autores sobre *accountability*, pode-se concluir que o instituto constitui importante requisito para a consolidação de um modelo de governança democrática em que existam mecanismos de aferição das condutas perpetradas pelos diversos detentores de poder. Ao exigir uma governança transparente e baseada nos ideais de direito e democracia, a sociedade elege como essenciais a transparência nas relações e a possibilidade de sanções sociais, políticas e jurídicas contra aqueles cujas ações se mostrem contrárias ao interesse público e às realizações de políticas públicas voltadas ao bem-estar social. A cidadania consubstanciada pelos meios de pressão social para a consecução das finalidades essenciais da república pode vir a tornar-se um efetivo impulso democrático para realinhar a identidade entre vontade popular e exercício do poder. A disponibilidade e o uso das informações afiguram-se neste processo como pedra angular da possibilidade de fiscalização e cobrança. Vemos, então, que a importância do *accountability* para o aperfeiçoamento da participação social é questão de urgente prioridade, e imprescindível que tenhamos transparência nas relações de poder e nas instâncias de tomada de decisão.

3.2 PARTICIPAÇÃO SOCIAL MEDIADA PELO DIREITO: REPRESENTAÇÃO E LEGISLAÇÃO

Sem nos aprofundarmos neste tópico nas controvérsias existentes nas teorias acerca da temática de legitimação do poder, passaremos a analisar o que possuímos de concreto com base na assunção lógica de que o Direito pátrio, ao elencar em sua Carta Maior a ideia de Estado Democrático de Direito, conferiu à democracia *status* de imposição legal constitucional que *deve*, no sentido mais jurídico do termo, balizar a conduta estatal esteja ela onde estiver. Desta forma, no presente tópico, não se irá tratar do diálogo necessário e fecundo entre direito e democracia, mas da análise da democracia *abrigada* sob o manto coercitivo do Direito, e, portanto, como objetivo constitucional normativamente garantido(r). Essa prática se coaduna com o que Habermas prega quando afirma que quando os cidadãos ocupam o papel de co-legisladores, eles não são mais livres para escolher o meio para a realização de sua autonomia, não possuem o poder de decidir a linguagem da qual irão se utilizar; a ideia democrática de auto-legislação somente pode adquirir sua validade *mediada* pelo Direito³⁰.

³⁰ Em “On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy” [1995], Habermas aduz, *ipsis litteris*: *The democratic Idea of self-legislation must acquire its validity in the medium of law itself (in The Inclusion of the Other – Studies in Political Theory*. Ciaran Cronin e Pablo de Greiff(eds.). Cambridge (Mass.): MIT Press, 1998, p.260.) Tradução: A ideia democrática de auto legislação deve obrigatoriamente adquirir sua validade no direito. (Tradução livre).

Essa mediação fornece, portanto, todas as garantias jurídicas ao fértil terreno de aperfeiçoamento da democracia. Isto significa que a democracia goza de prerrogativas relacionadas à liberdade de expressão, liberdade de informação, de participação, garantias contra o arbítrio e contra a incolumidade, tais como o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, enfim, toda a série de remédios constitucionais a proteger e proporcionar o desenvolvimento democrático, inclusive, prevendo formas diretas de exercício do poder através do plebiscito, referendo e ações de iniciativa popular (instrumentos já mencionados no presente trabalho)

Embora presentes algumas formas de participação democrática denominada *direta*, no direito constitucional brasileiro vigora, via de regra, conforme já exposto, a chamada *democracia representativa*. Muito embora existam hoje vigorosos defensores da democracia direta e suas vertentes, Patricia Garcia Gonçalves alerta para o risco de retirada do poder político da representação parlamentar aumentar a concentração de poder nas mãos do poder executivo, dizendo ainda que existe a necessidade de conjugação entre meios representativos e participativos para a boa distribuição de poder sem a diminuição das esferas públicas de debates inerentes a cada tipo de democracia:

O grande desafio para a democracia representativa, sob o risco de tornar-se obsoleta, estagnada e mera instância formal, é adaptar-se a essa nova realidade. Ao cidadão cabe entender o Parlamento como também um local de participação e se apropriar efetivamente de tal espaço. De posse de novos instrumentos políticos, mas informado e conhecedor de seus direitos, situação propiciada pela participação, o cidadão passaria a atuar ativamente, desconcentrando e, ao mesmo tempo, controlando o poder dos profissionais do jogo político, exigindo transparência e publicidade sobre a atuação deles e desmantelando o poder oligárquico. (GONÇALVES, 2009, p.19).

Assiste razão à autora quando pondera a necessidade de complementação entre práticas democráticas representativas e participativas. Segundo ela, existe um entrelaçamento que une representação e participação advindo da exigência de viabilidade operacional geográfica da democracia, sendo a representação facilitadora na ausência de condições espaciais de deliberação participativa; no entanto, pelo menos no âmbito municipal, verifica-se que muitas vezes a proximidade entre poder público e sociedade permite sim a ampliação de formas híbridas de representação política formadas em conjunto entre poder político e sociedade civil, tais como os conselhos municipais, tema que será tratado como importante catalisador do canal de interlocução e demandas sociais. (Muito embora ainda subsistam críticas quanto à prestação de contas por parte dos representantes e quanto à dificuldade de representação de múltiplas identidades).

Patricia Garcia Gonçalves levanta ainda a importante questão:

A proliferação dos espaços públicos traduz a esperança insistente na conquista da autonomia. A sua simples existência, porém, pouco representa, se não inaugurarem uma nova fase de criatividade política. Deve-se refletir se a institucionalização de tais espaços garante sua permanência e amplia suas possibilidades de atuação ou se essa institucionalização torna-se uma armadilha que os enlaça na heteronomia, aniquilando gradativamente a busca da autonomia. (GONÇALVES, 2009, p.24.)

A crítica da autora é pertinente apesar de discordarmos da forma com que a autora aborda heteronomia como sendo uma armadilha oriunda da institucionalização. Ora, o próprio direito como ordem imposta, possui características de heteronomia; a luta é por uma maior participação na gênese e realização do próprio direito, para que a parcela de nossa autonomia – *tolhida* então pelo direito, – seja em prol da garantia da autonomia da maior parcela possível dos destinatários das normas, nos moldes da terceira acepção de dignidade proposta por Barroso. A prevalência de autonomia absoluta não se coaduna com liberdade dentro da sociedade, pois o regramento que limita a liberdade (e, portanto, limita a autonomia absoluta), o faz em prol de liberdades exercidas simultaneamente por todos. O que não se pode confundir aqui é autonomia moral (autonomia da vontade no sentido kantiano), esta sim absoluta, com autonomia legal, esta passível de constringências. Não podemos confundir *querer* com *poder*.

Avançando nas considerações acerca de autonomia e heteronomia, chega-se, portanto, até o limiar do *querer versus poder*: a legislação. Imposta de maneira relativamente heterônoma, a legislação, de acordo com o que podemos constatar com a leitura do que foi até aqui realizado, deve conformar-se aos limites delineados pela Carta Fundamental da República. Sob pena de inconstitucional.

Segundo Jeremy Waldron, “de todas as funções políticas da democracia, nenhuma é mais importante que a legislação.” (ARDANT *et al*, 2001, p. 229) e colaciona:

Não se trata naturalmente da única função, e com certeza é verdade que o povo não deve ser implicado apenas na elaboração das leis, mais também nas decisões importantes a respeito da guerra e da paz, dos tratados, do comércio e do orçamento. Contudo, é na legislação que a democracia adquire todo o seu sentido. O corpo legislativo detém por si só o poder de modificar as regras fundamentais e as estruturas que regem a vida em sociedade. Quando queremos mudar a base sobre a qual os divórcios são decididos, a base sobre a qual a assistência social é proporcionada, os criminosos são punidos, os mercados são regulados, ou quando queremos proteger o meio ambiente ou instituir um sistema nacional de saúde, voltamo-nos em primeiro lugar para a legislação, pois só ela pode fornecer a autoridade necessária para introduzir inovações dessa importância. (ARDANT *et al*, 2001, p. 229).

O processo de feitura das leis, portanto, configura função importantíssima a merecer atenção especial por parte de elaboradores e destinatários. A representação popular conferida pelo voto deve ser fiscalizada por todos, e deve ser pública e transparente para que a fiscalização se dê de modo eficaz. Infelizmente o sentimento e muitas vezes a constatação de que o processo legislativo possui meandros obscuros de tráfico de influência e interesses corporativos fica bem ilustrado com a passagem crítica de Waldron:

Mas existe uma outra maneira de ver o processo de elaboração das leis. Muito embora, de um ponto de vista filosófico, possamos qualificá-las de quintessência da autonomia, as leis não têm muito boa reputação no mundo dos políticos. São consideradas frágeis, acarretando disputas e corrompendo as Assembleias. As discussões que provocam são informes e cheias de meandros, e as medidas são aproximativas e desajeitadas; reina invariavelmente a impressão de que as formalidades do debate e a deliberação mascaram acordos secretos elaborados num interesse bem particular em salas enfumaçadas. (ARDANT *et al*, 2001, p232).

É patente em nosso país a falta de pleno dever cívico, por parte dos políticos, e de exercício pleno da cidadania, por parte dos eleitores; ambos, em sua maioria, só buscam uma maior interação na época da eleição. Passado o sufrágio, muitos, aliás, a maioria dos eleitores, não se lembra em quem votou ou qual *a plataforma/projeto político* de seu candidato; muitos inclusive votam na esperança de verem seus pleitos pessoais assegurados, seja um cargo comissionado para um parente em dificuldades seja na esperança do empenho parlamentar em aprovar projetos de interesse pessoal. Não obstante a legitimidade do voto *independentemente* do objetivo perseguido pelo eleitor, o compromisso ético com a coletividade é observável com cada vez mais raridade. E se esse jogo de interesses reflete na falta de compromisso dos envolvidos nas eleições, que dirá pós-pleito, no cuidado com a coisa pública, com as verbas e com os compromissos constitucionais da nação.

Tendo em consideração a falta de responsabilidade política tantos dos atores (eleitos) quanto da plateia (eleitores), não se pode, entretanto, capitular. Ainda que falte o interesse, deve-se buscar soluções para quem estiver interessado, e a solução passa pela receptividade de um maior número de participantes informados, pela maior quantidade de razões, justificações e fundamentações colocadas ao crivo da opinião pública:

Em razão disso, estamos convencidos de que, numa concepção mais ampliada e crítica do espaço público e de gestão pública (em que a sociedade figura em postura estratégica, enquanto razão fundante deste próprio espaço e gestão), eles se apresentam como o único lugar possível de assegurar a prática do entendimento entre os cidadãos. **É aqui, garantidos o aparecimento e a explicitude das razões de justificação e fundamentação da ação política**

(no sentido de constituição do real/social) que podemos pôr à prova nossas perspectivas e propostas de vida em comunidade, elegendo, sempre, o que queremos para nossas vidas. Em outras palavras, a democracia contemporânea pensada numa perspectiva processual, garantidor de processos democráticos de exercício do poder público. (Grifo nosso) (LEAL, 2001, p.205).

O regramento imposto a toda a sociedade deve ser fiscalizado pela mesma. Somente quando identificamos as leis como sendo de fato expressão de uma vontade de melhora das condições sociais, econômicas e políticas podemos nos contentar. E dificilmente vamos conseguir esse regramento se deixarmos somente a cargo dos políticos o debate prévio e deliberativo acerca das questões que dizem respeito à coletividade.

3.3 RAZÃO, INTERPRETAÇÃO E PARTICIPAÇÃO: A DISCURSIVIDADE COMO IDEAL DE UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA NA BUSCA POR CONSENSO

A próxima fronteira a ser conquistada pela expansão da democracia certamente passa pela absorção de ideias por meio de debates que incluam participação heterogênea nas esferas de poder, principalmente no processo legislativo. A ideia de que todos somos parte do auditório universal, de que todos seremos destinatários das normas, exige que seja lançada luz sobre a interpretação da Constituição. Ora, se a própria Constituição apregoa que *todo poder emana do povo e será exercido diretamente ou por meio de representantes*, isso nos torna a todos legisladores e intérpretes das leis; com a devida vênua, respeitada a necessária representatividade partidária, podemos afirmar que todos são legitimados constitucionais para influenciar a elaboração das leis.

Processos racionais de deliberação transformados em legislação possuem um forte clamor por requisitos de correção. Mas a deliberação somente pode existir se ela for discursiva, ou seja, se ela for uma via de mão dupla de debates com real embate de ideias e busca racional de respostas às questões colocadas na busca de soluções.

Afinado com o que pretendemos e considerando a experiência alemã, Peter Haberle propõe uma maior abertura democrática à interpretação constitucional:

todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. (HABERLE, 2002, p.15).

Ao ampliar o rol dos interpretes da constituição sob o ponto de vista sociológico da ciência da experiência, Haberle sistematiza essa amplitude e esclarece que existe uma dinâmica cotidiana tanto teórica quanto prática no uso da interpretação constitucional.

O rol de intérpretes e os sentidos interpretativos devem ser abarcados legitimamente na realidade integradora da interpretação constitucional, rompendo com a estanque definição de mera subsunção. Sob o prisma teórico constitucional, Haberle aduz que:

A legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da “res publica” na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário (...). Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um auto engodo. (HABERLE, 2002, p.33).

Ao verificar que a Constituição é “fonte de luz”, possuindo uma função diretiva eminente, Haberle acentua a necessidade de inclusão pública para a legitimação das teorias constitucionais.

No que concerne à teoria democrática como legitimação, Haberle critica a mera delegação formal de responsabilidade (povo-órgãos estatais) e aduz que:

O povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional; como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania (...). A possibilidade e a realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos “sobre” e “sob” as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade um caráter multifacetado. (Acentue-se que esse processo livre está sempre submetido a ameaça e que também a nossa ordem liberal-democrática apresenta déficit em relação ao modelo ideal). (HABERLE, 2002, p.37-39).

Referindo-se ainda à experiência alemã ele faz um alerta de que peculiar reflexão demandam as leis que provocam profundas controvérsias no seio da comunidade.

Em alusão ao direito processual constitucional e sua relação com a sociedade, Haberle com muita propriedade afirma:

Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. (...). Indubitavelmente a expansão da atividade jurisdicional da Corte

Constitucional significa uma restrição do espaço de interpretação do legislador. Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria da Democracia. (HABERLE, 2002, p48-49).

Vamos além de Haberle para dizer que *ótima* conformação legislativa tem que absorver efetivamente a participação da sociedade na *produção legislativa* até para poder produzir esse refinamento interpretativo ao qual alude o autor.

Em Haberle, percebe-se uma crítica relacionada à falta de interface entre jurisdição e legislação no que concerne à interpretação constitucional levada a efeito pelo legislador, que estaria adstrita à presunção de legitimidade da atuação legislativa, à liberdade de conformação nos limites do sistema axiológico e na negação à atuação arbitrária, carecendo, segundo o autor, do desenvolvimento de uma compreensão positiva para o legislador, enquanto intérprete da Constituição seja enquanto ele, o legislador, pré-formula, no processo político, seja enquanto participa formalmente do processo constitucional.

Vê-se efetivamente em Haberle, um clamor por inserção democrática na *interpretação* do Direito; e na inserção democrática desejável na feitura das leis, não podemos deixar de observar que elaboração e aplicação são etapas complementares, ambas carecendo de carga democrática, cada qual a seu modo³¹. Seria o início ou a semente germinativa de um estado de coisas democrático que com o devido tempo histórico pode vir a ser o início da democracia deliberativa. Segundo apresenta José Luis Martí:

Qualquer que seja exatamente o seu significado, a democracia deliberativa transformou-se em um dos ideais mais promissores da teoria democrática, muito embora não haja uma explicação única e privilegiada deste ideal. Em vez disso, podemos dizer que existem diversas visões sob um manto comum, sendo, portanto, a democracia deliberativa aquilo que James Bohman qualifica como “um conjunto de pontos de vista segundo o qual a deliberação pública dos cidadãos livres e iguais é o centro do processo legítimo de tomada de decisão política e de autogoverno”. (MARTÍ, 2008, p.15-16).

Segue o autor dizendo que:

³¹ Conforme defendemos, o debate pré elaboração das leis leva em conta a moralidade coletiva, a moral pessoal, as idiosincrasias, enfim, tudo o que deve ser permitido livremente pelo debate, com o resultado *desejável* de consolidação de regras equânimes e universalizáveis. Já a aplicação da lei deve procurar afastar a individualidade moral e os hábitos coletivos para fazer valer a lei desejada e oriunda do debate racional. A elaboração legislativa carece de maior carga de participação no debate racional, e a aplicação da lei carece de maior participação no controle e exercício dos poderes que a lei confere.

A democracia deliberativa é um ideal normativo de democracia. O adjetivo “deliberativo”, associado ao termo democracia refere-se a uma forma particular de tomada de decisão, baseada na argumentação ou na deliberação, em contraposição à barganha e ao voto. Como ideal democrático, a democracia deliberativa postula a inclusão de todos os que são (potencialmente) afetados por uma decisão no próprio processo de tomada de decisão reconhecendo em cada um deles uma capacidade igual de influenciar a decisão final. (MARTÍ, 2008, p. 17).

Ainda que em nossa opinião o voto deva ser sempre um meio a ser levado em conta para dirimir posições antagônicas, a visão do autor representaria uma visão democrática do princípio da igualdade. As partes na deliberação seriam tratadas como iguais, distinguidas somente pelas ideias lançadas, com a assunção consensual de um ou outro ponto de vista mais coerente, razoável, racional, justo, discursivamente debatido.

Transportando o ideal para a realidade palpável das práticas legislativas em nosso país, audiências públicas, consultas, pontos de vista de *experts*, enfim, todo o processo com a finalidade de dar subsídios informativos, que venha trazer para a mesa de debate posições e principalmente razões para a implantação desta ou daquela solução administrativa ou legal seria de grande valia. E ainda que o ponto de vista mais correto e imparcial não seja adotado pelo legislador/administrador, as razões pelas quais se adotou ponto de vista diverso, seja tal adoção motivada por barganhas, relações espúrias do tipo “toma lá, dá cá” ou mesmo porque mais sensatas e racionais, ficariam mais evidentes.

Quando se discorre sobre processo legislativo no plano federal, no atual estágio, pretender vincular o que foi consagrado no debate ao resultado final resta fora de cogitação porquanto a exclusividade da redação e aprovação da lei pertence, por força constitucional, aos representantes eleitos. Por isso, entende-se necessário que tenhamos deliberação democrática que seja *consultiva* e não *vinculativa* no sentido jurídico de vincular o legislador, eleito democraticamente, aos argumentos apostos na discussão – salvo previsão legal expressa em contrário, ou seja, caso a lei diga que será vinculativa a tomada de decisão, disposição esta que ocorre em certas legislações tocantes aos conselhos municipais – apesar do caráter consultivo, saberemos, todos, quais os reais interesses atendidos na feitura da lei, e, escancarados os motivos, argumentos e preferências, maiores seriam os subsídios dados aos eleitores e principalmente ao poder judiciário, que encontraria aí uma verdadeira e democrática legitimidade de julgamento com base na exposição prévia dos motivos apresentados, rechaçados e adotados, o que enriqueceria previamente o debate judicial que por ventura venha a ocorrer. Isto é, ao argumentar discursivamente e com um auditório social heterogêneo, o debate que

antecede a gênese da lei estaria bem embasado e ricamente ornamentado da discussão, municiando o judiciário com um debate racional prévio, democrático e propositivo. Em 1992, Diogo Figueiredo Moreira Neto já alertava:

Com a adoção da participação decisional obrigatória para certos termos, o debate seria naturalmente aquecido e a filtragem de objetivos políticos prioritários, mais simplificada. Estar-se-á resolvendo, a nível preliminar, conflitos que não chegariam em bloco e tumultuadamente à decisão política final. Observe-se que essa decisão última não admitiria coparticipação, pois isso arriscaria distorcê-la emocionalmente: a participação se cingiria à preparação da decisão política, através de debates públicos, consultas populares e de outros meios de coleta de opinião. (MOREIRA NETO, 1992 p.38).

Seguindo ainda Martí, corroborando o que foi dito:

Enquanto processo discursivo baseado em razões, a deliberação assume tanto a existência de correção nas decisões políticas, quanto a possibilidade de saber qual é a decisão correta ou imparcial (...). Na medida em que a deliberação democrática envolve a possibilidade de trocar razões e de desenvolver a comunicação racional, os participantes devem assumir a existência de algum critério intersubjetivo de validade para suas reivindicações. (MARTÍ, 2008, p.18).

Desta forma, aduz o autor que o processo intersubjetivo de correção buscada na deliberação contrapõe-se à barganha; a força dos argumentos deve prevalecer sobre interesses próprios.

Martí apresenta em seu artigo uma defesa da concepção epistêmica (*epistemic conception*). Enquanto uma justificação intrínseca ou procedimental pura estaria ligada ao *modus operandi* da deliberação, isto é, à maneira com que o debate se realiza (procedimentalista “pura” ou “imparcial” ou “expressivismo democrático”) a justificação epistêmica, instrumental, atribui valor à decisão, busca afirmar a justeza da decisão, a mais correta dentro do processo deliberativo. Particularmente, no presente trabalho nos atemos a analisar as linhas gerais da democracia deliberativa por ainda entender que independente do resultado da deliberação, as razões consignadas seriam argumentos suficientes a fornecer a almejada transparência no debate *parlamento – sociedade*, debate este subjacente à elaboração legislativa.

Rennan Mafra aponta que:

Um movimento recíproco na deliberação mostra-se essencial: os sujeitos precisam se ver obrigados a fornecer justificativas, e a aceitar ou a recusar proferimentos com base numa racionalidade, acionada no mesmo contexto do debate. O diálogo deliberativo vai além, portanto, de uma exposição de opiniões, uma vez que ambas as partes devem considerar os argumentos dos envolvidos e o problema da legitimidade também parece ser respondido na medida em que os

sujeitos, de forma recíproca, podem conceber a deliberação como legítima se sentirem-se pertencidos a esse processo público – reflexivo, aceitando ou recusando argumentações conflitantes, tomando parte no uso público da razão. (MAFRA, 2008, p.67).

Deve-se dar ênfase a uma característica até então pouco abordada quando se estuda a democracia: seu caráter *participativo* e *discursivo*.

Já se constata em Habermas que a sociedade aberta dos intérpretes constitucionais deve ampliar o rol de participação. O que se propõe aqui é conciliar a verticalidade e a horizontalidade dos direitos, assumida principalmente com a constitucionalização dos direitos *tout court*, para afirmar que não basta a participação do povo em escolhas mediante voto ou mesmo debate na feitura da legislação. A radicalidade democrática em garantir o uso público da *capacidade criadora*, exige que a observância da democracia se dê também no seio administrativo dos poderes constituídos como forma de democratização do controle e exercício do poder. Assim, a busca pela idealidade passa, por exemplo, por uma luta pela participação dos servidores e juizes na representação e controle dos poderes administrativos dos judiciários estaduais, pela luta dos promotores de justiça pela composição plural na tomada de decisões administrativas do comando da instituição, enfim, pela absorção de maior número de representantes das categorias que compõem o quadro dos poderes estaduais, seja no executivo, no legislativo e principalmente no judiciário, por ser um poder com certo *déficit* democrático em sua composição. Ainda, devemos alertar para a necessidade da busca de democratização mesmo nas relações horizontais, ou seja, entre particulares. Desta feita, a luta é pela participação democrática em clubes, associações, empresas e demais entidades privadas que muito embora gozem de uma autonomia oriunda do direito privado, estão sujeitas à constituição, e portanto, sujeitas à democratização de sua administração, ainda que a democratização seja mitigada pelo direito de autodeterminação; sobrevive o aspecto discursivo da democracia, constituindo direito público subjetivo do cidadão o acesso às razões pelas quais ele é governado *heteronomamente*, seja ele funcionário público, seja ele funcionário da iniciativa privada. Sobre a temática, válida a posição de Ela Wiecko de Castilho citando Alexy:

Nessa toada, Robert Alexy, ao tratar do exercício do poder a partir de uma perspectiva democrática, ressalta a necessidade do fluxo argumentativo entre representantes e representados como base para uma concepção correta de democracia, que vai além de um modelo decisionista baseado exclusivamente no sufrágio e na regra da maioria, tecendo as seguintes considerações: “No caso da dação de leis parlamentar(sic), a relação entre o *repraesentandum* – o

povo – e o *repraesentans* – o parlamento – é determinada, essencialmente, por eleições. Agora, é possível esboçar uma imagem da democracia, que contém nada mais que um procedimento de decisão centrado nos conceitos de eleição e de regra da maioria. Isso seria um modelo puramente decisionista de democracia. Um conceito adequado de democracia, contudo, não se deve apoiar somente no conceito de decisão. Ele precisa também abarcar o de argumento. O abarcamento da argumentação no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio de tomada de decisão pública. Desse fundamento, a união entre o povo e o parlamento precisa ser determinada não somente por decisões, mas também por argumentos. Desse modo, a representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional ou decisionista e argumentativa ou discursiva.” (CASTILHO, 2015, p.11)

Sem deixar de acentuar um importantíssimo aspecto da *discursividade democrática* que irá repercutir no poder judiciário: a motivação das decisões judiciais. Assim é que veio em socorro da argumentação jurídica carregada de discursividade democrática o artigo 489 do novo Código de Processo Civil³² que exacerba de maneira saudável a necessidade de motivação das decisões judiciais, ajudando sobremaneira na busca pelas consolidações de processos racionais, discursivos e argumentativos. Ao exigir do Juiz a abordagem ponto a ponto do que foi colocado à apreciação, a lei garante a substancialidade do contraditório e consolida a necessidade de motivação, gerando ainda a transparência necessária aos processos judiciais, tornando claras as decisões e proporcionando a verificação da observância do direito, mitigando ainda a discricionariedade judicial.

Ainda assim, os avanços reclamam por algo imprescindível e, paradoxalmente, ainda inexistente em nossa legislação: assegurar o direito de obtenção de uma resposta formal e motivada aos pleitos e questões lançados em audiências públicas.

3.4 MOTIVAÇÃO E ‘FEEDBACK’ COMO FERRAMENTAS DEMOCRÁTICAS DA PARTICIPAÇÃO

Muitos autores alertam para a perda de identidade social advinda da profusão miscigenatória de informações, conteúdos e valores transnacionais; os efeitos do progresso da globalização que integra e aproxima cada vez mais as fronteiras geográficas, políticas, científicas, filosóficas e teológicas, é sentido em escala mundial e traz à tona questões até então tidas por pacíficas e bem definidas relacionadas com a Teoria do Estado clássica e com a Sociologia. Conceitos como soberania, nação e identidade

³² Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015.

cultural sendo questionados e reconstruídos. A realidade *avant garde* tornando obsoletas a cientificidade de conceitos, termos e expressões que já não são capazes de explicar e catalogar em categorias a vivência contemporânea. Como explicar e conciliar, por exemplo, soberania e constituições supranacionais? A profundidade dos questionamentos não nos permite a análise científica que as respostas merecem nesta presente dissertação, mas fazemos constar aqui a premente necessidade de estudos e reflexões. Para nós, importa aqui lançar luz tão somente na definição de participação social como sendo um conjunto de possibilidades que o cidadão possui (de questionamento, debate, manifestações sob todas as formas), devidamente exercidas.

Participação esta que está atrelada e garantida pela cidadania (fundamento da República) e que de acordo com Ela Wiecko Volkmer de Castilho, em parecer ministerial colacionado ao Habeas Corpus 129.330 – DF, citando Renato Siqueira de Pretto:

A cidadania, fundamento de nossa República (art. 1º, inciso II, da Constituição Federal), instrumentaliza-se como participação política, social e econômica do cidadão nas atividades do Estado. Ademais, como alicerce da democracia, ela se fortalece à medida que se provoca maior participação: jurídica (democratização do acesso à Justiça e participação popular no processo decisório governamental – ação popular e ação civil pública) – e política (participação nos destinos e nas políticas públicas do Estado, por intermédio do princípio da publicidade – só com o conhecimento das atividades do Estado se provoca a participação, nas audiências públicas – com a exposição de certa política pública, ouvindo-se interessados para se legitimar e influenciar a decisão administrativa, pelos Conselhos de políticas públicas, pela sociedade civil organizada (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Lei n. 9790/99 – e Organizações Sociais – Lei n. 9637/98) e participação no processo legislativo – artigo 61, § 2º da Constituição Federal e Lei 9709/98). (CASTILHO, 2013, p10).

Ainda segundo os ensinamentos da ilustre procuradora do Ministério Público Federal:

A ideia de cidadania adotada pela Constituição, pois, é indissociável da abertura de todas as instâncias do Estado à participação dos membros da comunidade política, dos quais não se pode retirar a possibilidade de influenciar os rumos das decisões adotadas pelo Poder Público. Fazê-lo equivaleria, ainda, a ferir o princípio democrático, que também se irradia por toda a teia normativa da Carta Magna (CASTILHO, 2015, p.10-11).

Controlar e exercer o poder exige da sociedade efetivo engajamento em seu direito de manifestar suas possibilidades frente ao poder constituído. O poder é uma via de mão dupla: é *fonte* e *consumo* por parte dos delegatários. A lei *dá* (delega) o poder e o delegatário *submete-se* a ele.

Se somos realmente os delegatários e delegados do poder do Estado, embasado na Lei Fundamental conforme foi proposto ao longo do trabalho, o exercício do poder é vinculado a uma série de pré-condições idealizadas com o intuito de consenso, respeito e reconhecimento.

Ausente o *reconhecimento* do outro, quando tratamos alguém somente como meio, ficamos sem o requisito pré-condicionante da alteridade, de enxergarmos o outro, em sua diferença, como um igual em perspectiva. Macula-se, portanto, a imparcialidade.

Quando o poder constituído nos deixa de fora do ambiente próprio do debate político-democrático mediado pelo direito, perdemos a pré-condicionante relativa às liberdades positivas. Enfraquecido, desta forma, o princípio democrático.

Se somos censurados, perdemos a pré-condicionante das liberdades negativas. Tolhe-se, com isso, a liberdade de expressão, vertente importante da cidadania.

Na matemática jurídica e social, as contas não irão fechar e ficaremos então com um grande *déficit democrático de direito*. Por isso tratamos dos requisitos *imprescindíveis*. Sem uma orquestração adequada a sinfonia não irá tocar da maneira correta.

Se reconhece a difícil conjugação da alteridade, participação e liberdade. Mas entende-se ser possível; e a evolução histórica de nosso país vem nos mostrando diversas formas de governo, cada qual com suas características próprias, uns mais aptos outros menos, a proporcionar estruturas institucionais de participação política; podemos observar um saudável aumento gradativo nas possibilidades de participação e opinião. No ano de 1977, no dia 03 de dezembro, o antigo partido MDB, em nota à imprensa rebatendo a conceituação de “democracia relativa” do então Presidente Ernesto Geisel, ponderou:

A Democracia não é um instituto, é um regime, como tal somatório de institutos, de garantias e de direitos. Democracia é uma forma ou estilo de vida. Não é certificada por adjetivos, mas pela existência e funcionalidade de institutos, direitos, garantias e possibilidades. A Democracia é uma realidade e uma prática, não adjetivos ou intenções. (GUIMARÃES, 1978, p.163).

Afastado o nefasto período de ditadura militar, e aperfeiçoadas as instituições do Estado, hoje vivemos, garantido por Lei, sob a égide de um Estado de Direito que apresenta diversas possibilidades democráticas pelas quais muitos lutaram. As garantias constitucionais que hoje protegem de maneira intangível as eleições periódicas, o voto secreto e universal, a soberania do povo exercida pelo sufrágio, pela participação direta, e o pluralismo político, são todas expressões de um *princípio democrático*.

Sem embargo aos mecanismos legais de requerimento e acompanhamento, essenciais ao controle e ao exercício do poder, a ocupação dos espaços públicos com manifestações livres em prol de determinadas causas também pode ser apontada como controle eficaz do poder na medida em que tais manifestações democráticas repercutem na grande mídia e despertam na sociedade a cidadania muitas vezes adormecida nos períodos entre as eleições. Cidadania esta que acaba por despertar o envolvimento pessoal de cada um quando defende causas de interesse comum. Discorrendo sobre cidadania, afirma José Afonso da Silva que:

Uma ideia essencial do conceito de cidadania consiste na sua vinculação com o princípio democrático. Por isso pode-se afirmar que, sendo a democracia um conceito histórico que evolui e se enriquece com o evoluir dos tempos, assim também, a cidadania ganha novos contornos com a evolução democrática. É por essa razão que se pode dizer que a cidadania é o foco para onde converge a soberania popular. (...) A cidadania, assim considerada, consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro e de contribuir para o aperfeiçoamento de todos. (SILVA, 2000, p.142).

Quanto maior for a mobilização social, maior a eficácia atingida pelas demonstrações cívicas no controle do poder. Contudo, e aqui colocamos um alerta importante, embasamos nosso texto essencialmente na saída democrática mediada pelo direito: isto significa essencialmente que os espaços de discussão e deliberação válidos são os espaços institucionais. Por maior que seja a adesão das ruas a ideias ou faixas estendidas, o recado das ruas é difuso na busca de soluções. Se uma babel de vozes se ergue em coro sem que haja a canalização de propostas concretas nos espaços instituídos – e aqui podemos incluir as audiências públicas como exemplo de tal espaço, – as manifestações, as vozes, não irão ecoar como resposta na resolução de impasses.

Além de manifestações públicas e democráticas, o que gostaríamos de ver efetivado é a regulamentação da participação da população em ambientes públicos e oficiais de deliberação e discussão. A liberdade de participação, e consequente debate, possibilitaria maiores questionamentos e respostas e esses questionamentos que jogariam luzes de holofote nos reais interesses que buscam guarida na obscuridade da falta de debate. Daí a importância, já ilustrada no trabalho, do direito pleno à informação. Não nos basta a insípida torrente de dados publicados em *sites*. O que se faz realmente necessário é a resposta aos questionamentos acerca dos dados publicados.

Não nos interessa simplesmente o acesso ao voto nominal dos parlamentares que votaram contra ou a favor de determinadas medidas, e sim as respostas que foram dadas aos questionamentos realizados quando do debate anterior aos votos que cancelaram ou refutaram as leis. A frieza de números e informações objetivas não constitui arsenal bastante a abastecer de informação, quando o que buscamos são as *razões subjacentes*, os interesses atendidos, os objetivos buscados. E tais buscas serão inócuas se não sabemos onde questionar, onde fazer as perguntas e a quem perguntar.

Importante salientar então as audiências públicas como instrumentos inovadores de participação social. As audiências públicas encontram-se previstas na legislação nacional e segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Sua importância [audiências públicas] todavia, tem progredido com grande visibilidade desde a expansão da politização das massas, da tomada de consciência dos interesses metaindividuais e de que, *efetiva* e não apenas *retoricamente*, todo poder emana do povo. (...) Em síntese, a aplicação criteriosa e oportuna das audiências públicas apresenta inúmeras vantagens sobre as práticas tradicionais, predominantemente unilaterais e inquisitoriais, quando não autoritárias, capitalizando para os governantes que delas se vale, o respeito e popularidade, pois: evidencia sua intenção de produzir a melhor decisão; galvaniza o consenso em reforço da decisão que vier a ser tomada; manifesta o cuidado com a transparência dos processos administrativos; renova permanentemente o diálogo entre agentes eleitos e seus eleitores.(MOREIRA NETO, 1997, p. 18-19).

Moreira Neto (1997) enumera inclusive os princípios legais presentes no instituto das audiências públicas, elencando o princípio da *cidadania*, o princípio da *legitimidade*, decorrente do princípio democrático (conformação do agir estatal em consonância com a vontade popular), o princípio da *participação política* (instrumentalizante do princípio da cidadania), o princípio da *igualdade* (com objetivo de impedir tratamento desigual dos participantes), o princípio *associativo*, que resguarda a liberdade de manifestação gregária e no reconhecimento da legitimidade das entidades associativas, o princípio do *devido processo legal* com seus consectários (contraditório e ampla defesa), princípio da *realidade* (identidade entre demandas e melhores condições possíveis de atendimento destas), princípio da *lealdade* (respeito à boa fé e ao interesse público), entre outros dentre os quais cumpre-nos citar ainda o princípio da *prevenção de litígios*, “prudente concepção que recomenda esgotar-se todo o elenco de meios com o fito de evitarem-se os inúmeros inconvenientes dos conflitos e das demandas.”(MOREIRA NETO, 1997, p.17).

Interessante observar o imprescindível compromisso de resposta às questões levantadas pelos participantes, nem sempre presente na lei como requisito essencial, mas que em nosso entender decorre da própria sistemática interpretativa dos princípios que regem a legislação, motivação essa que é essencial ao aprimoramento discursivo do instituto.

Segundo Lucia Valle Figueiredo, discorrendo sobre audiências públicas no âmbito da lei 8666/93:

A Constituição de 1988, inequivocamente, pretendeu que a democracia se realizasse por meio dos representantes eleitos pelo povo, mas, também diretamente, nas formas permitidas por ela própria. Assim, no capítulo referente ao Meio Ambiente, vez primeira introduzido na Constituição de 1988, consagrou para as obras, que pudessem provocar impacto no meio ambiente, a obrigatoriedade do estudo de impacto ambiental, a qual se daria ampla publicidade, naturalmente com a participação pública. O art. 74 §2º da Constituição outorgou a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, legitimidade para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas. O art. 31 da Constituição, §3º, determinou que as contas municipais ficassem à disposição para que, qualquer contribuinte, pudesse fiscalizá-las. O Art. 37, referente à Administração Pública, também, pela primeira vez, trouxe inseridos, diretamente na Constituição, como princípios expressos, os da *publicidade* e *moralidade*. José Afonso da Silva, ao se referir ao direito de participação, distingue-o da seguinte forma: (1) participação direta (direito ao processo decisório), (2) participação orgânica, como a dos trabalhadores, empresários e aposentados na gestão da seguridade social, e, finalmente, (3) direito de participação da comunidade. Traz como exemplo exatamente o art.31§3º da Constituição, citado por nós. É a defesa do interesse público, da coletividade. A audiência, que nos propomos a tratar, é autêntico direito difuso. Não se trata de direito individual, porém de direito público subjetivo de defesa da comunidade, somente reflexamente poderá ser direito individual. É pertinente ao interesse de todos e de cada um, de cada um e de todos. (FIGUEIREDO, 2007, p.23).

Aqui, constata-se um pequeno problema em colocar a audiência pública como direito público subjetivo difuso, ou direito subjetivo individual por via reflexa: entendemos que o direito de participação é um direito público subjetivo derivado do princípio fundante *cidadania*. Audiências públicas são formas legais *instrumentalizantes* do exercício da cidadania. Mas não vemos maiores consequências na adoção da terminologia direito público subjetivo difuso, vez que proporciona efetivamente o exercício de direitos de participação.

O que importa é enfatizar a premente necessidade de descentralização dos espaços deliberativos, da descentralização dos fóruns de debate e decisão. Pulverizar o poder pela comunidade naquilo que for atingí-la, propiciar audiências públicas locais e incentivar a participação com publicidade e transparência. A esse respeito, a importante reflexão de Maria Clara Oliveira Santos que defende a obrigatoriedade de manifestação

estatal sobre demandas objeto de decisões tomadas em deliberações públicas onde a participação social fez-se presente e apresentou alternativas. Segundo Santos (2011), parte do processo dialógico pleno somente tomará forma se existir a *manifestação estatal* sobre as colocações dos partícipes sociais:

No entanto, apesar de todos os esforços para ampliar os espaços de debate, discussão e decisão públicos, cabe ao Estado reforçar seu papel de consolidador do regime democrático, através de instrumentos que sirvam para assegurar a viabilidade das decisões, como também a executoriedade dessas políticas públicas elaboradas. Isto porque a prática democrática estabelece-se em processo dialógico, onde existe também a necessidade de resposta à demanda elaborada durante a participação. (SANTOS, 2011, p.124).

Segue a autora discorrendo sobre o perigo da má utilização (uso” eleitoreiro”) das audiências públicas por políticos profissionais asseverando:

Para evitar tais situações, acredita-se que a regulação das audiências possa se apresentar como adequada, desde que determine a manifestação obrigatória do poder público sobre as decisões coletivas. Nisto não reside o encargo de execução de uma política pública específica, mas o ofício de completar o processo dialógico estabelecido com as discussões. Se não há a possibilidade técnica, ou até mesmo política, de realizar determinada ação, deliberada e decidida pelos instrumentos de participação popular, cabe ao poder público fundamentar a decisão que exclui o cumprimento daquela deliberação. À lei cabe, neste ponto, unir os vértices do processo participativo. (...). Neste ponto, reforça-se o vínculo com o processo de participação, que ocorreu de forma satisfatória, e procede-se, desta maneira, a uma consagração do princípio da eficiência administrativa: deverão ser realizadas as audiências que realmente direcionarão políticas públicas; aquelas que, por ventura, não forem consagradas no resultado final, deverão receber uma resposta dialógica, garantindo o processo de comunicação entre sociedade civil e Estado. (SANTOS, 2011, p. 125-127).

A extensão da necessidade de motivação principalmente nas ações tomadas que excluem o fruto da deliberação é garantia máxima de transparência nas relações entre Estado e sociedade. Não sendo acatadas as manifestações sociais apresentadas, paciência! Mas que a exclusão das propostas seja motivada, para que a própria sociedade seja capaz de analisar e filtrar os reais interesses atendidos.

Muito embora hoje exista uma profusão de ideias e soluções apresentadas por diversos e importantes autores de como *democratizar* o exercício do poder, infelizmente vemos o trabalho diuturno de boa parcela dos legisladores em evitar a descentralização do poder com intuito mesmo de manter uma posição quase despótica sobre a sociedade brasileira. Corrompidos pelo poder, pela ganância, trabalham contra a abertura das possibilidades de participação social. E parecem inexplicavelmente blindados contra

qualquer ação contrária a seus interesses. Fruto de anos e anos de uma política financiada pelo capital de grandes empresas e “consórcios”, abastecidas com contratos milionários com o poder público, as figuras emblemáticas do retrocesso permanecem sentadas nas cadeiras de comando do poder legislativo e executivo de todos os níveis, municipal, estadual e federal. Operam sistematicamente contra a *permeabilização* das esferas de decisão; defendem com “unhas e dentes” a manutenção do *status quo* e operam na surdina contra qualquer tentativa de democratizar a tomada de decisões.

Para ilustrar a atuação orquestrada pelos poderosos, que muitas vezes conta com a ajuda providencial de uma mídia também detentora de monopólios e com retransmissoras de propriedade de políticos oligarcas, a questão sobre a participação social na elaboração legislativa sofreu um ataque fatal da Câmara dos Deputados, que *derrubou* o decreto presidencial 8243, um esforço louvável do poder executivo que previa a unificação legislativa e regulamentadora, no decreto, de *possibilidades de atuação cidadã* (de maneira consultiva) e que era instrumento democrático de abertura da discussão normativa nos termos defendidos no presente trabalho. Fruto de uma deturpação por quem detêm o poder, veiculou-se, principalmente na mídia comprometida com o jogo de poder e com o *status quo*, que o decreto seria uma espécie de *bolchevismo*, de *bolivarianismo*, e todos os tipos de rotulagem em estereótipos absurdos, com objetivo de desvirtuar o real sentido do decreto, que nada mais era do que uma busca da regulamentação da atuação da sociedade civil organizada. Ao contrário do apregoado “aparelhamento” de instâncias consultivas de debate, o decreto iria dar funcionalidade às formas legais de participação que se hoje não são tão eficazes devem tal condição justamente à falta de vontade política para funcionamento. O interesse corporativista e monopolista dos políticos “profissionais” quer na verdade engessar o amplo debate, torná-lo marginal, a fim de continuar ditando as regras do jogo ao bel prazer dos interesses que muitas vezes os governam, interesses estes traduzidos na defesa dos grandes doadores de verba para campanhas eleitorais, dos grandes grupos de poder econômico que hoje regem os rumos da atuação de muitos mandatários eleitos democraticamente. Infelizmente, o que se vê é ainda o apego ao poder por parte de uma minoria que distorce os fatos, associado ainda à falta de informação e capacidade de análise crítica culminando com a contenção de um avanço democrático importantíssimo, que, ao contrário de usurpar as funções do congresso, dignifica o trabalho do parlamentar idôneo, fortalecendo a transparência, o debate e a deliberação argumentativa.

Fica comprometida a estratégia apregoada por Habermas de mediação do debate pelo Direito, uma vez que os responsáveis pela legislação erguem barreiras à participação.

Vejamos então o que versava o natimorto decreto n. 8243 de 2014, que “institui a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação – SNPS, e dá outras providências”.

Logo em seu artigo primeiro, o decreto coloca como objetivos o fortalecimento e a articulação entre os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo com o intuito de estabelecer um diálogo atuante entre sociedade civil e administração pública federal. O decreto procura exacerbar o direito à participação, conforme ilustrado no artigo 3º, I:

Art.3º São diretrizes gerais da PNPS:

I – reconhecimento da participação social como direito do cidadão e expressão de sua autonomia;(grifo nosso) (BRASIL, 2014).

A análise *in totum* do decreto não cabe nos estreitos limites da presente dissertação. Por essa razão, optamos por colacionar em anexo o texto integral. Não obstante, pontuamos alguns itens que servem de ilustração à carga democrática contida na regulamentação. Nos artigos 16 incisos IV e V e 17 inciso VI, temos a importantíssima colocação referente ao compromisso de resposta às propostas recebidas, nos moldes defendidos aqui por Maria Clara Oliveira Santos, e nos exatos termos já consagrados, por exemplo, por nossos *hermanos* fronteiriços da República Argentina:

Art. 2º: Las opiniones recogidas durante la Audiência Pública son de carácter consultivo y no vinculante. Luego de finalizada la Audiencia, la autoridad responsable de la decisión debe explicitar, em los fundamentos del acto administrativo o normativo que se sancione, de qué manera há tomado em cuenta las opiniones da la ciudadanía y, em su caso, las razones por las cuales las desestima. (Grifo nosso) (SANTOS, 2011, p.126).

Este ponto é crucial e por isso repisamos: constitui possibilidade inédita de avanço democrático porquanto propicia um diálogo efetivo entre cidadania e poder público, com possibilidades reais de exposição de razões e melhora no *accountability*. Ainda que o debate não seja vinculante para o poder público, este deverá *motivar* a opção por decisões contrárias ao proposto pelo corpo social. E a ciência dos reais motivos, por si só, propicia a reflexão e o julgamento político por parte dos cidadãos, acarretando,

assim, a médio e longo prazo, numa melhora do *accountability* eleitoral.³³ Isto porque, de posse das informações, a população pode cancelar ou não as decisões tomadas pelos representantes do poder mediante uma análise de sua atuação, contrária ou a favor aos fins que o elegeram.

Art. 16: As audiências públicas devem observar, no mínimo, as seguintes diretrizes:

IV – publicidade, com ampla divulgação de seus dos resultados, e a disponibilização dos conteúdos dos debates; e

V – **compromisso de resposta às propostas recebidas;**

Art. 17 As consultas públicas devem observar, no mínimo, as seguintes diretrizes:

VI – **compromisso de resposta às propostas recebidas;**(Brasil, 2014)

O decreto estimula, com clareza solar, a participação social. Sua rejeição pelo legislativo é retrato fiel da ausência de vontade do corpo político estabelecido em permitir o debate democrático e compartilhar de possibilidades de exercício e controle do Poder.

Ressaltando ainda mais a importância das disposições referentes ao compromisso de resposta, resta claro que tal exigência é corolário do *due process of law* nos termos propostos por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Maria Clara Oliveira Santos e por nós também defendida. Se a legislação prevê a realização de audiências públicas, não cabe ao destinatário das informações, o próprio poder público, fazer “ouvidos de mercador” e deixar sem resposta as demandas e sugestões apresentadas. Deixar sem resposta, sem refutação, o que foi colocado em pauta, seria como se não existissem para o poder público, tais colocações. O que impressiona ainda mais a falta de exigência expressa de resposta. Analisando-se a legislação esparsa que versa sobre as audiências públicas, não encontramos sequer a menção ao compromisso de resposta às proposições.

Como podemos buscar debate e consenso sem argumentos de ambos os lados?

Felizmente a semente das audiências públicas vem germinando e espalhando seus ramos pela República, tais como previstos nos procedimentos do Ministério Público conforme a lei 8625/93, que dispõe em seu artigo 27 que na defesa dos direitos constitucionais o *Parquet* poderá promover audiências públicas. Na lei de licitações, 8666/93, o art. 39 impõe expressamente a necessidade de audiência pública sempre que o valor estimado para uma licitação ou conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior ao valor elencado no art. 23 da referida lei. Na lei 9784/99, que regula o

³³ Podemos nos referir a *accountability* eleitoral, de uma maneira simplificada, como uma aproximação entre a *identidade* entre a vontade política do eleitor e a satisfação desta vontade por parte dos representantes.

processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, o art. 32 prevê a possibilidade de audiência pública para debates sobre a matéria do processo. Os exemplos são muitos, não vamos enumerar todos.

A tarefa ainda a ser desenvolvida, mas que foge as teorias analisadas e conclusões deste trabalho, é buscar o despertar da consciência cívica da sociedade para que sejam ocupados os lugares destinados ao debate institucional.

3.5 PARTICIPAÇÃO LOCAL: A IMPORTÂNCIA DOS CONSELHOS MUNICIPAIS NO FORTALECIMENTO DA CIDADANIA

O Federalismo brasileiro, oriundo da necessidade de descentralização e divisão administrativa de um país de dimensões continentais, ao contrário do federalismo clássico existente nos Estados Unidos da América, foi denominado de “federalismo às avessas” por conta da divisão artificial, hoje tripartite, do “todo” em “partes” (União, Estados e Municípios). Sem adentrar na evolução histórica do instituto do Federalismo, porquanto optamos pela análise dos temas da dissertação sob a égide da Constituição Federal de 1988, daremos especial atenção, portanto, ao inegável avanço na conquista de poderes por parte do Município com a Constituição Cidadã. Ao ampliar a autonomia municipal e a competência legislativa concorrente do município para legislar sobre assunto de peculiar interesse local³⁴, a Constituição Federal de 1988 alçou o município a verdadeira posição de ente federado com poderes próprios e contribuiu sobremaneira para o fortalecimento do poder político local, gozando este, inclusive, de poder constituinte decorrente com competência para estabelecer sua própria *Constituição* (Lei Orgânica Municipal) que deve estar consonante com os ditames constitucionais federais e estaduais. A distribuição de competências advinda do modelo federativo atribuiu áreas de atuação exclusivas aos entes federados, sendo de exclusividade do município, entre outros casos, o de elaborar um plano diretor. Com a distribuição de competências (exclusivas, concorrentes e suplementares), veio também o aumento das atribuições municipais no tocante à sua auto-organização, e não obstante a escassez de destinação de recursos enfrentada por grande parte dos municípios brasileiros, a nova conformação federalista possibilitou o aumento da participação dos munícipes em questões inerentes às

³⁴ Na esteira da doutrina de Horst Fuchs (2008) analisando a Constituição Federal, o interesse local abrange as competências comuns elencadas no art. 23 da CF/88 bem como as competências exclusivas contidas no art. 30 incisos V ao IX e a competência suplementar do inciso II do referido artigo.

peculiaridades locais. A importância da participação local é bem ilustrada por José Luiz Quadros de Magalhães:

Para nós, no Brasil, que não vivemos um Estado social efetivo, que fosse (sic) capaz de oferecer saúde, educação e previdência de qualidade para todos, o caminho para a inclusão e efetiva participação de nosso povo como cidadãos é o da fragmentação coordenada do poder, a descentralização radical de competências fortalecendo os estados e principalmente os municípios, assim como tornar permeável o poder, com a criação de canais de participação popular permanentes, como os conselhos municipais, o orçamento participativo e outros mecanismos de participação (...). (MAGALHÃES, 2006, p.33.).

Mesmo Posner (2010) – um crítico da democracia deliberativa que aponta com razão a difícil missão ideal de deliberação democrática face à realidade existente dos interesses individuais e de grupos – discorre sobre a importância da participação local como possível meio eficaz de deliberação:

Os democratas no Conceito 2 não são tão cínicos, nem tão irracionaisistas, a ponto de negar que existam valores em discussão. Isso seria um absurdo, mesmo para os que não aceitam (como eu aceito) o conceito de democracia epistêmica de Dewey, que atribui grandes benefícios a compartilhar ideias e comparar perspectivas. As pessoas reagem a fatos mesmo que não reajam a argumentos, e a deliberação pode ser um meio de intercambiar fatos, apontando o caminho para novas soluções, mesmo para controvérsias inflamadas de longa data. A deliberação mesmo por cidadãos comuns pode ser significativa e produtiva ao lidar com conflitos políticos locais, que com maior probabilidade envolvem questões práticas com balizas concretas e prontamente determináveis do que controvérsias em relação a valores fundamentais e metas de última instância. (POSNER, 2010, p.106.).

Segundo Fuchs (2008), a necessidade de incentivo à participação dos munícipes é verdadeiro desafio a ser enfrentado, principalmente no que concerne às metas para o desenvolvimento da economia municipal citando o exemplo da cidade de Serra – ES:

Importante passo nesse sentido faz o município de Serra com a Agenda 21 e o projeto Serra legal. A Câmara Municipal empreende esforços para levar até a comunidade os projetos de Lei para serem discutidos perante a sociedade bem como, abre oportunidades para que a população informe sobre o nível de satisfação da Administração Pública em seu território. (FUCHS, 2008, p.35.).

Entre os instrumentos legais fortalecedores da cidadania podemos citar a lei 10.257/01, que estabelece diretrizes gerais da política urbana, trazendo em seu capítulo IV as seguintes disposições:

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

- I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;
 - II – debates, audiências e consultas públicas;
 - III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;
 - IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;
- Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para a aprovação pela Câmara Municipal.
- Art.45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania. (BRASIL, 2001)

Como se pode observar, existem instrumentos elencados na Constituição Federal e em diversas leis, destinados à participação social em todas as esferas do poder público, e no caso dos municípios, pela proximidade da população com os problemas cotidianos diários, sobressai a importância de tais instrumentos para dar vazão aos pleitos em prol de melhorias em todas as áreas de atuação do poder público, sobretudo nos deveres de garantia dos direitos à saúde, ao meio ambiente e à educação.

De todo o exposto na dissertação, é no âmbito municipal, pela proximidade entre eleitores e eleitos, que podemos potencializar os pleitos de melhoria da governança e real implementação de *accountability*. Os espaços públicos municipais abertos às reivindicações constituem, portanto, verdadeiros canais de interlocução com o poder público e possibilidade democrática de exercício e controle do poder.

Para que haja democracia local é necessário que exista um modelo de governança democrático que aproxime a realidade democrática relativa aos mecanismos de eleições competitivas conjugado com as condições legais de garantia às liberdades fundamentais associadas: direito à informação, transparência, liberdade de expressão, temas já tratados quando analisamos os requisitos imprescindíveis ao sistema democrático. Entramos então novamente na questão relacionada ao *accountability*: quanto maior for a confluência entre as expectativas geradas e as consequências do exercício do poder, maiores serão as chances de desenvolvimento da cidadania, que passa a ser valorizada na medida da constatação pela sociedade de que existe real correspondência entre vontade exercida nas urnas e realidade aplicada no uso do poder pelos representantes.

O advento da Constituição de 1988 e as práticas legislativas de regulamentação da participação prevista constitucionalmente ocorridas nos anos 90, proporcionaram a proliferação dos conselhos gestores, e hoje temos os exemplos dos conselhos municipais como verdadeira realidade proporcionando participação efetiva e aproximação de diversos segmentos da sociedade civil organizada com certo grau de governança e *accountability* que, se não são ainda ideais, são avanços consideráveis, principalmente com o controle e divulgação pelas redes sociais, hoje tão comuns, da atuação do poder público.

De acordo com Prata:

No campo normativo a Constituição Federal de 1988 traz um rol de garantias e direitos que têm potencial para promover a expansão da participação dos cidadãos na tomada de decisão acerca de temas públicos. Podem ser citados, por exemplo, mecanismos como o plebiscito e o referendo, os direitos de associação e de acesso à informação, a possibilidade de iniciativa popular de projetos de leis, a participação da comunidade na gestão das políticas de saúde, de atenção à criança e ao adolescente de educação e cultura entre outros. No campo prático, principalmente a partir da década de 1990, outros mecanismos institucionais surgiram com o objetivo de propiciar a participação da sociedade civil em determinados espaços da gestão pública. Talvez a iniciativa conhecida como Orçamento Participativo seja a face mais visível dessa inovação institucional; contudo, a criação de conselhos gestores de políticas, as consultas e as audiências públicas e os comitês de bacias hidrográficas são exemplos de diversas outras ações que buscam promover a participação democrática da cidadania organizada e o estabelecimento de um novo modelo de relacionamento entre a sociedade e os poderes estatais. (PRATA, 2009, p.30)

Para Maria da Glória Gohn, os conselhos municipais são essenciais por estarem próximos e ao alcance dos cidadãos, possibilitando a estes conhecer a realidade em que vivem, despertando o interesse em saber como são tomadas as decisões relativas aos assuntos locais. (SANTOS JUNIOR *et al*, 2004). Discorrendo sobre os Conselhos, Orlando Alves dos Santos Junior assevera:

Os conselhos constituem canais de participação e representação das organizações sociais na gestão de políticas públicas específicas. Obrigatórios por lei federal em diversos setores (saúde, educação, criança e adolescente, assistência social e trabalho), os conselhos se diferenciam de acordo com o município: (i) pelo poder de decisão, deliberativo ou consultivo; (ii) pelos critérios de representação dos diferentes segmentos sociais, amplos ou restritos; e (iii) pela dinâmica e pelas condições de seu funcionamento, isto é os instrumentos e a estrutura à sua disposição. Neste sentido, entendemos que os conselhos municipais são a maior expressão da instituição, pelo menos no plano legal, do modelo de governança democrática no âmbito local. (SANTOS JUNIOR *et al*, 2004, p. 21).

Os Conselho Municipais afloram como importante medida democrática de busca pela eficiência e efetivação das políticas públicas bem como na possibilidade de interferência cidadã nos processos decisórios. Segundo Santos Junior *et al* (2004)³⁵ três aspectos importantes caracterizam os conselhos como “espaços institucionais com potencial de se transformarem em instrumentos da constituição da governança democrática dos municípios.” (SANTOS JUNIOR *et al*, 2004, p. 47). O primeiro aspecto seria a instauração de uma agenda legitimada de demandas, problemas e objetivos, acarretando em pressões legítimas sobre o poder executivo e sobre a tomada de decisões no âmbito do secretariado municipal com forte capacidade de questionamento de ações que não encontrem correspondência entre conteúdo e conformidade. O segundo aspecto apontado seria o surgimento de alianças estratégicas entre o conjunto de atores locais e poder público e mesmo entre esferas do poder público que não cooperavam entre si. Na medida em que proporcionam lugares públicos e institucionalizados para a realização discursiva de debates e apresentações de propostas, os Conselhos garantem a possibilidade de aplicação prática da teoria de Habermas que propõe o discurso amplo de setores sociais como chave na busca pelo consenso. Alinhado com o que pensamos, Santos Junior *et. al.*, (2004) ilustram, e esse é o terceiro aspecto advindo do funcionamento dos conselhos:

Em consequência, este é o terceiro aspecto, a experiência dos conselheiros incentiva de práticas sociais propícias à instauração de relações baseadas na racionalidade comunicativa prevista por Habermas (1997), isto é, capaz de gerar os entendimentos necessários à formação democrática da vontade e à legitimação do exercício do poder político. Na prática, a dinâmica dos conselhos tem propiciado moleculares – mas importantes – aprendizados da alteridade, elemento fundamental para que os conflitos de interesse e de demandas possam ser gerenciados de forma democrática e, ao mesmo tempo, racional. (SANTOS JUNIOR *et al*, 2004, p. 48).

Quanto às formas de deliberação dos conselhos, consultiva ou vinculativa, e aos meios de composição, se paritário (com proporcionalidade representativa do poder

³⁵ Orlando Alves dos Santos Junior em conjunto com Luiz Cesar de Queiroz Ribeiro e Sérgio de Azevedo coordenaram uma pesquisa, parte integrante do projeto *Metrópoles, Desigualdades Socioespaciais e Governança Urbana* em que foram analisadas a atuação dos conselhos municipais nas regiões metropolitanas do Rio de Janeiro, Belo Horizonte, São Paulo, Recife e Belém, inclusive com aplicação de questionários e entrevistas com mais de 1.540 conselheiros, buscando elucidar as questões: seriam os conselhos municipais a expressão da emergência de um novo regime de ação pública, decorrente tanto do fortalecimento da esfera municipal de governo quanto da maior presença dos atores sociais na cena pública? A experiência dos conselhos municipais pode aprofundar nossa democracia e possibilitar a instituição de modelos municipais baseados na governança democrática? O trabalho dos autores, que culminou com a publicação do livro *Governança democrática e poder local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil* (SANTOS JUNIOR *et al*, 2004) constituiu importante fonte de consulta e reflexão no presente trabalho.

público e da sociedade organizada) ou não, independente das opções legislativas, o fato é que os conselhos permitem permeabilidade social e aumentam as possibilidades de governança local e *accountability*.

Forte nas conclusões apresentadas pelos estudos citados, novamente frisamos que o pragmatismo advindo das análises sociológicas que colocam de lado o consenso como algo inatingível na atual conjuntura derivada das relações de poder, não afasta a importância da busca pela utopia democrática calcada no reconhecimento do outro, na alteridade, na verdadeira assunção do papel de legisladores e destinatários das normas. A realidade dura da política subdesenvolvida e baseada nos *conchavos* (clientelismo) e interesses econômicos de manutenção do poder não pode afastar as perspectivas de esperança em obtermos um modelo melhor. Tal qual o personagem de Cervantes, que luta por aquilo em que acredita, não por aquilo que vê, devemos seguir firmes na batalha por condições ideais.

Um exemplo prático do legado participativo muito bem ilustrado é encontrado na dissertação de mestrado de Leonardo Alejandro Gomide de Alcántara (2008) quando discorre sobre o papel crucial exercido pelo Conselho Municipal de Meio Ambiente de Juiz de Fora, que lutou e obteve êxito na implantação de um Jardim Botânico destinado à Universidade Federal de Juiz de Fora. À época dos fatos, interesses imobiliários visavam obter licenciamento de uma área de mata Atlântica na cidade de Juiz de Fora, objetivando a implementação de um condomínio privado. O poder público local também tinha interesse em ver instalado o condomínio, mas felizmente o debate e a visibilidade provocado pela ação do Conselho proporcionou permeabilidade e controle social efetivo no debate, e resultou em destinação mais condizente com a preservação do meio ambiente e dos interesses coletivos em detrimento do interesse de poucos. O exemplo mostra de forma clara que apesar da dificuldade na chegada ao consenso, as discussões notadamente marcadas pela participação de diversos segmentos sociais e a visibilidade provocada pelos embates discursivos possibilita um alcance maior na exposição dos motivos pelos quais as decisões são tomadas, realizando assim o ideal de democracia e dotando de carga democrática e legítima as soluções alcançadas. Segundo Alcántara:

Porém, reconhecendo as limitações, acredito que os conselhos podem em muito contribuir para corrigir e aprimorar o sistema existente, proporcionando uma participação social diferente da [participação] da lógica das massas, mais afim ao pluralismo e à diversidade. Também a possibilidade de se discutir abertamente as políticas públicas e decidir a forma como estas serão desenvolvidas dentro da sociedade, o que é um grande avanço de legitimidade. Os conselhos quando conseguem transparecer e fiscalizar os atos públicos e o

desenrolar das ações políticas, podem impedir que a gestão da coisa pública beneficie interesses de oligarquias incrustadas no seio da sociedade, ou, ao menos, deixar explícito o que acontece (inclusive quando isso acontece no seu interior). (ALCÁNTARA, 2008, p.125).

Com razão, autores destacam que o “jogo de interesses” sempre estará presente na formação das vontades públicas em esferas públicas de debate. Exigir ou presumir uma ação ideal sem interesse particular direto é fechar os olhos para as realidades derivadas da própria natureza humana, falível. Contudo, na esfera local certamente em muitos dos casos o interesse particular encontra correspondência no interesse público. O exemplo da destinação dada à área de mata Atlântica em Juiz de Fora demonstra isso, uma vez que grande parte da sociedade encontra similitude no interesse ao meio ambiente equilibrado e no uso de uma área para finalidades acadêmico-sociais em detrimento do uso exclusivo de uns poucos condôminos, e aqui entra em choque o interesse particular somente daqueles que de certa forma iriam auferir lucro ou vantagem pessoal com o empreendimento. Em qualquer das hipóteses, não podemos criminalizar a possibilidade de defesa dos interesses particulares por quem quer que seja. O que devemos ressaltar é que no âmbito comunitário local, muitas vezes ocorre a convergência entre interesse público e interesse privado, principalmente quando os assuntos tratados são de importância comunitária ampla, tais como saúde, educação e meio ambiente; o fato de canais de deliberação tornarem mais transparentes e facilitar a divulgação e permeabilidade das discussões, apresentará uma tendência de adesão da comunidade ao interesse público que irá aumentar sobremaneira a dificuldade de burlar interesses maiores de uma maior parcela da população para que sejam atendidos interesses de uma minoria.

CONCLUSÃO

De tudo o que foi exposto, sobressai no presente trabalho o elemento democrático social-participativo como força motriz de avanços sociais. Devemos,

contudo, lembrar sempre que a democracia sem a mediação do direito (portanto sem balizas constitucionais à atuação), sem espaços institucionais (portanto sem os locais próprios ao desenvolvimento do discurso) e sem a efetiva participação (portanto sem a perspectiva da cidadania) não será consolidada. Sem a conjugação destes fatores, não há saída consensual possível.

Não podemos deixar de consignar que o consenso não é ponto de partida para a resolução dos problemas. O consenso muitas vezes sequer chega a ser atingido mormente em casos de conflitos de interesses extremos. Não olvidamos do fato de que é no dissenso que se encontra o ponto de partida dos debates e proposições. Contudo, o Direito como ciência do *dever ser* impõe um norte de busca por consenso, ainda que tais soluções consensuais ideais sejam demasiadamente utópicas; conforme já mencionamos, o mar navegado sem bússola a orientar o norte, é barco à deriva, errante, sem rumo, sem objetivo a alcançar. Entendemos, portanto, que devemos sempre colocar como meta situações ideais, ou idealizadas, e lutarmos por elas. A busca pela utopia nunca é vã, e servirá, quando pouco, para corrigirmos a direção do caminho a ser percorrido.

A sistemática interpretativa oriunda da hermenêutica constitucional, em que todos são intérpretes das leis, voltada para a prática e consolidação democrática, na medida em que exige a plenitude da cidadania, o respeito à dignidade e o pluralismo político, legitima o pleito pela criação e consolidação de instrumentos de debate político abertos à sociedade como forma de controle e exercício de poder. Somente com a possibilidade real de nos assumirmos como legisladores e destinatários da norma estará assegurada a eficácia social (legitimidade e efetividade) do sistema de direitos enquanto garantidor da autonomia pública e privada. A instrumentalização do controle e exercício do poder deve ser obtida pela possibilidade de participação discursiva em ambientes institucionais de tomada de decisão, com o devido debate racional discursivo (assegurado o direito de cidadania: dever de resposta motivada por parte do poder público).

A democracia ressalta o conteúdo participativo necessário, *vital*, essencial para que as opiniões possam ser colocadas e devidamente debatidas. O processo democrático mediado pelo direito proporciona o debate das proposições, e a adesão será proporcional na medida da participação, ou pelo menos da possibilidade de participação. O mínimo exigido é que existam condições de diálogo. Não podemos afastar os interesses de cada indivíduo ou grupo de maneira seletiva, mesmo porque nem se pode presumir algum interesse, e mesmo que exista, a pessoa ou grupo tem direito legítimo a defender

discursivamente seus interesses. E justamente o diálogo possível no discurso já constitui por si só avanço considerável no incentivo à participação.

Tecla batida em demasia dizer que processo de consolidação de práticas democráticas exige uma maior participação; somente o engajamento advindo da educação crítica e cidadã poderá funcionar como força emancipadora para que o auditório universal não seja estanque, para que o auditório deva ser capaz não só de figurar como ouvinte mas como participante efetivo da construção legislativa e do controle administrativo e, portanto, com maior *capacidade* de propor, controlar e argumentar, forçando a motivação das decisões legislativas e administrativas e exposição dos interesses pelos quais optou-se por esta ou aquela (re)forma legal, por esse ou aquele empenho de verbas; em outras palavras, tornar explícita, desvelarem as razões que norteiam a elaboração de determinada lei pelo legislativo e as decisões administrativas pelos poderes da república. Essa transparência gerada pelo debate irá repercutir, inclusive, e de maneira a fornecer subsídios, também ao intérprete jurídico por excelência (Juiz), que terá em mãos não só o instrumento legal a ser analisado, mas as razões pró e contra a lei ou ato editado, de modo a permitir ao julgador conhecer os anseios sociais e as razões atendidos ou não pelo poder republicano. Isso certamente provocará a inserção de maiores argumentos a serem levados em conta nos julgamentos e, em última instância, irá delinear (quicá nortear), ainda que de maneira tênue (não vinculativa), as decisões judiciais.

A consolidação das práticas democráticas irá, portanto, reforçar a legitimidade dos processos administrativos e legislativos. Isso implicará em maior carga de debates e certamente será salutar para a consolidação da Democracia Constitucional.

O respeito, portanto, ao processo constitucional democrático, deve carregar de legitimidade democrática o debate prévio (na gênese legislativa e administrativa) e o posterior (controle por parte do judiciário) acerca da aplicação da lei e favorecer o controle e a transparência necessários para alcançarmos um estágio ulterior de democracia deliberativa. Somente com a exposição dos reais fatores determinantes na adoção de tais ou quais pontos de vista poderemos analisar com clareza os interesses atendidos. Os parlamentares possuem a prerrogativa funcional constitucional de legislar, os agentes públicos possuem poder de decisão, mas a sociedade tem o direito inalienável de saber as razões e motivos que irão prevalecer nas votações parlamentares e escolhas administrativas, e possuem o direito intangível de poder participar na formação das vontades decisórias.

O poder judiciário possui membros que não são eleitos pelo povo, e que muitas vezes têm o dever de poder *contramajoritário*, assegurando a integridade constitucional a despeito do impulso das maiorias. As decisões judiciais não gozam, *data venia*, de balizas impostas pela participação social; mas certamente possuem a vinculação constitucional do princípio da motivação, sob pena de nulidade. Portanto, Juizes e Tribunais também possuem o dever constitucional de motivar e informar. Controlar o poder é forma de exercitá-lo, como num sistema de *checks and balances* democrático.

A Constituição Federal não permite a instituição de feudos, sejam eles administrativos, executivos, judiciários ou de qualquer outro tipo. As instituições da república estão sujeitas à democracia com todas as suas possibilidades de debate racional, de participação, de respostas e de controle. Descortinar o poder, para que possamos distribuí-lo e controlá-lo é etapa essencial na evolução democrática.

É hora de estender e consolidar em todos os poderes, *iguais e harmônicos entre si*, instrumentos republicanos democráticos de exercício e controle do poder. Se as leis existem para amparar a independência do judiciário e a independência da representação política, se vigora para amparar as ações parlamentares e políticas de opção dos poderes constituídos, o mínimo exigido e devido aos cidadãos, por razões éticas, racionais (e principalmente democráticas), é dar ao povo a possibilidade de cancelar os comportamentos dos representantes do poder nas urnas, praças, tribunas e tribunais.

Mas esse controle só será possível se realmente soubermos o que está sendo feito em nosso nome e os reais interesses do jogo político. Somente na transparência nossa escolha poderá ser, efetivamente, democrática; e livre.

A valorização da cidadania exige o fortalecimento das audiências públicas, especialmente no âmbito legislativo, e o aumento de sua ocorrência, bem como a inserção legal da obrigatoriedade de resposta formal às proposições apresentadas, que em nosso entender é a necessidade mais urgente em prol do debate político institucional.

Os mecanismos de participação direta previstas na Carta Maior, que são subutilizados, poderiam trazer ainda maior riqueza de subsídios ao poder público, propiciando melhora no diálogo entre população e governantes.

Os Conselhos Municipais, enquanto vetores de consultas e deliberações com base no debate entre sociedade civil e poder público, emerge então como veículo imprescindível de participação democrática na medida em que aproxima os destinatários das decisões do processo político-administrativo de tomada de decisões.

Ao refletir sobre as atuais condições apresentadas pela conjuntura política em nosso país, devemos nos perguntar se existe efetivo espaço para proposições racionais e embate saudável de ideias. A polarização direita-esquerda, a luta radical pela vitória, a falta de abertura ao diálogo e ao consenso delineiam um horizonte de nuvens escuras a sinalizar tempestade política. De nada adianta ampliar os espaços públicos deliberativos se não houver a compreensão de que a vitória não pertence a um grupo político específico, mas a todos os destinatários das decisões.

A conciliação requer então uma lógica menos mercantilista. A conciliação possível passa pela reafirmação constitucional da dignidade da pessoa humana, condição precípua de sustentabilidade do sistema legal. E no reconhecimento do outro como igual em direitos e deveres. Requer o abandono de vaidades e dogmas em prol da razão universalizável em possibilidades concretas de diálogo e aceitação. Exige um desapego utópico em prol do destino ideal, uma utopia necessária para que a navegação não seja a esmo. E exige, sobretudo, a hermenêutica constitucional possível por meio de uma argumentação jurídica fundante de uma nova retórica.

Ao ocupar os espaços públicos de debate municipal dos conselhos, o cidadão faz valer seu direito de opinião e atuação cidadã. Ao permitir o acesso dos munícipes, a legislação reforça a possibilidade de participação popular nos processos de tomada de decisão. Se ainda não encontramos o fiel da balança para que o consenso sempre seja alcançado, se ainda não somos capazes de encontrar a solução no agir comunicativo que busca unir as vontades de maneira discursivamente ideal, nem por isso devemos deixar de lado a idealidade pelo pragmatismo. O direito enquanto ciência do *dever ser* e em perspectiva, trará reflexões e soluções que certamente, em estágios mais maduros da sociedade organizada, poderão ser alcançadas.

Verifica-se que a permeabilidade social aberta pela exposição dos assuntos nos conselhos municipais promove ainda a possibilidade de maiores instrumentos de pressão sobre o poder político, dificultando a adoção de decisões contrárias ao interesse público na medida que promove visibilidade dos debates a diferentes setores organizados da sociedade civil. Com isso, os arranjos políticos em prol do interesse de pequenos grupos ficam mais difícil.

Os conselhos municipais caracterizam-se, portanto como instrumentos assecuratórios da liberdade, assecuratórios de autonomia política da cidadania, principalmente aqueles conselhos que possuem composição paritária entre sociedade civil

e poder público e que gozam de poder deliberativo, vinculando a atuação do poder público.

A liberdade de participação e voz ativa nos canais municipais como prerrogativa do cidadão é garantidora de autonomia moral e jurídica.

Somente como seres humanos livres podemos realizar objetos comuns de vida em sociedade. Liberdade das amarras da ganância, da sede por poder, do domínio monetário. Liberdade para amar, para falar, para discutir, para *ser*; liberdade é requisito de dignidade, de reconhecimento de si e de outrem, de alteridade, de solidariedade. Libertar-se é compartilhar. Vínculos sociais, econômicos e políticos costuram com linhas variadas a teia de relações interpessoais e a conquista do Direito como instrumento harmonizador e de possibilidade de regramento social de condutas deve sempre pautar-se pelo respeito à autonomia e impor-se pela força de seus argumentos racionais democraticamente debatidos mais do que pela força bruta da espada da sanção; não é o temor da punição ou mesmo sua certeza, que deveria fazer com que os homens seguissem seus comandos, mas a própria consciência de que podemos elaborar e respeitar esses comandos baseados em proposições justas, equânimes, *consensuais*, fruto maduro de um embate de proposições racionais, da *discursividade*. A legitimidade do Direito reside na possibilidade de identificação democrática de todos como criadores e destinatários da lei; sem vencedores e vencidos, todos ganhadores no acordo consensual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio [et al.] **Democracy in what state?** William McCuaig (trad.) New York: Columbia University Press, 2011.

ALCÁNTARA, Leonardo Alejandro Gomide. **Conflito, Consenso e Legitimidade:** Delimitação e análise de embates sociais no Conselho Municipal de Meio Ambiente de

Juiz de Fora. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2008. Disponível em <www.ufjf.br>. acesso em 01 maio 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da Fundamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AUDARD, Catherine. O princípio da legitimidade democrática e o debate Rawls – Habermas. **Habermas: o uso público da razão**. Rainer Rochlitz (org.). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2005.

BANNWART JUNIOR, Clodomiro José; CALADO, Eder Wilton Gustavo Felix. Habermas e a crítica à política republicana e liberal: a proposta de democracia deliberativa baseada na Teoria do Discurso. **Revista Mestrado em Direito da UNIFIEIO**, ano 12, n. 2. Osasco: EDIFIEIO, 2012.

BARROSO, Luis Roberto, **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>> Acesso em 21 mar. 2016.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Marco Aurélio Nogueira (trad). São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BROWN, Wendy. We are all democrats now..., in Giorgio Agamben [et.al.]. **Democracy in what state?** New York: Columbia University Press, 2011. p.44-57.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Parecer Ministerial da Procuradoria Geral da República** de 08/09/2015, no Habeas Corpus 129.330 – DF, de relatoria do Ministro Edson Fachin. Brasília (DF). Disponível em< www.stf.jus.br>. Acesso em 02 fev. 2016.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da Administração Consensual: a Audiência Pública e sua finalidade. In **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, número 11 – agosto/setembro/outubro 2007. Salvador, Bahia. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/participação>> Acesso em 22 mar. 2016.

FUCHS, Horst; FABRIZ; Daury Cesar. Interesse Local e Direitos Fundamentais na Federação Brasileira a partir de 1988. **Depoimentos: Revista da Faculdade de Direito de Vitória**, n. 13, jan/jun,2008, p.21-37. Vitória: FDV, 2008.

GONÇALVES, Patricia Garcia. Desafios da Construção Democrática. In: **Cadernos da Escola do Legislativo** vol. 11 – número 17 jul/dez.2009, p.5-27. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

GUIMARÃES, Ulysses. **Rompendo o Cerco**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação. Ensaio Filosófico**. São Paulo, Loyola, 2004.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Guido A. de Almeida (trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Justification and Application**. Remarks on Discourse Ethics. Ciaran Cronin (trad.) Cambridge(Mass.) MIT Press, 2001.

_____. **The Inclusion of the other – Studies in Political Theory**. Ciaran Cronin e Pablo de Greiff (eds.) Cambridge (Mass.): MIT Press, 1998.

_____. **Between Facts and Norms**. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Willian Rehg (trad.). Cambridge (Mass.): MIT Press, 1996.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Gilmar Ferreira Mendes (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela (partir da edição de Cassirer de 1922). Lisboa: Edições 70, 1986.

KANT, Immanuel. Autonomia Moral. *In: A ideia de Justiça de Platão a Rawls*. Sebastiano Maffetone (org.) e Salvatore Veca (org.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEAL, Rogerio Gesta. **Teoria do Estado**. Cidadania e Poder Político na Modernidade. 2 ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MACCORMICK, Neil. The Relative Heteronomy of Law. **European Journal of Philosophy**. pp.69-85.Oxford: Basil Blackwell Ltd., 1995.

MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (org.). **A ideia de Justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAFRA, Rennan. Deliberação Mediada e Legitimidade Discursiva: uma aproximação possível? **Cadernos da Escola do Legislativo** – vol.13, n. 20. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo democrático na América Latina e a superação da modernidade europeia. **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença** ano X n. 10, outubro de 2013. Juiz de Fora: Editar, 2013.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (coord.) **O Município e a construção da democracia participativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. Os dois caminhos da liberdade em Kant: Ricoeur Leitor de Kant. **Revista da Faculdade Mineira de Direito** v. 10, n. 20. Pp. 129-154. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2009.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis**: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese de doutorado apresentada ao Curso de Doutorado em Direito Público da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Disponível em <http://woks.bepress.com/leticia_martel/5/>. acesso em 05 maio 2016.

MARTÍ, José Luis. Defesa da Concepção Epistêmica da Democracia Deliberativa: razões, correção e autonomia política igualitária. **Cadernos da Escola do Legislativo** – vol.13, n.20. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2008.

MELLO, Cleyson de Moraes. MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da Democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. **Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> acesso em 25 de mar. 2016.

_____. A Legitimidade Plena (A democracia pela racionalidade no manejo do Poder) **Revista de Informação Legislativa**, v. 29, n. 114, abr/jun.1992. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176073>> Acesso em 25 mar. 2016.

_____. Audiências Públicas. **Revista de Direito Administrativo** vol.. 210, out/dez 1997, p.11-23, Rio de Janeiro. Disponível em <bibliotecadigital.fgv.br> acesso em 29 abr. 2016.

OBER, Josiah. A significação original de “democracia”: Capacidade de fazer coisas, não regra majoritária. Lucy Rodrigues de Figueiredo (trad.) e Marcelo Garcia Santana (trad.)

Theresa Calvet de Magalhães (rev.trad.). **Direito, Filosofia, Ética e Linguagem**. Cleyson de Moraes Mello e Nuno M. S. Coelho (coord. Geral) Juiz de Fora: Editar Editora, 2013, pp. 95-104.

OLIVEIRA, Herik Nelson Franco e MUNAIER, Eduardo Antonio Dias. **Audiência Pública como instrumento de participação social e legitimação das atividades da Administração Pública**. Disponível em <[http://www.der.mg.gov.br/trabalhos academicos](http://www.der.mg.gov.br/trabalhos_academicos)>. Acesso em 23 mar. 2016.

OLIVEIRA, Tânia Maria de. **A Audiência Pública como instrumento de participação social no processo legislativo**. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/510147>> Acesso em 29 de mar. 2016.

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Teresa Dias Carneiro (trad.) Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PRATA, Nilson Vidal. Informação, Democracia e Poder legislativo: A dimensão informacional do processo de participação política dos cidadãos. **Cadernos da Escola do Legislativo**, vol. 11 – n.17 jul/dez 2009. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à Democracia**. Mariana Echalar (trad.). São Paulo: Boitempo, 2014.

RAWLS, John. **Conferências sobre a história da filosofia política**. Organização Samuel Freeman. Fabio M. Said (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2012.

REALE, Miguel. **Direito Natural/Direito Positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RICARDO, Angela Maria Albuquerque de Paula. O papel dos Conselhos na Administração Pública: Democratização da Gestão, Fiscalização e Responsabilização. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos** – vol.10 (2003). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Maria Clara Oliveira, **Ampliação da Democracia Participativa: Necessidade de Manifestação do Poder Público após o Procedimento Participativo**. Tese de Mestrado apresentada na Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>> Acesso em 17 mar. 2016.

SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos [et al.]. **Governança democrática e poder local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, Fase, 2004.

SILVA, Jose Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular** (estudos sobre a Constituição) São Paulo: Malheiros, 2000.

STRUCHINER, Noel (org.); TAVARES, Rodrigo de Souza, (org.) **Novas Fronteiras do Direito**: da filosofia moral à psicologia experimental. Rio de Janeiro, Editora PUC – Rio, 2014.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Democracia: polissemia de um conceito político fundamental. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 108 jan/dez. 2013, p 651-696.

WALDRON, Jeremy. A Legislação. In **Democracia** [Phillipe Ardant *et al.*] Robert Darnton (org.); Olivier Duhamel (org.). Clóvis Marques (trad.). Rio de Janeiro: Record, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Uma nova conceituação crítica de legitimidade. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política** ano 2, n. 05, outubro-dezembro de 1993. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Legislação:

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <www.planalto.gov.br> acesso em 02 jan. 2016.

BRASIL. **Lei 9.709 de 18 de novembro de 1998**. Regulamenta a execução do disposto nos incisos, II e II do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em <www.planalto.gov.br> acesso em 25 abr. 2016.

BRASIL. **Lei 10.257 de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em <www.planalto.gov.br> acesso em 27 abr. 2016.

BRASIL. **Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informação previsto n no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei 8112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em <www.planalto.gov.br> acesso em 27 abr. 2016.

ANEXO I

DECRETO Nº 8.243, DE 23 DE MAIO DE 2014

**Institui a Política Nacional de
Participação Social - PNPS e o Sistema
Nacional de Participação Social - SNPS, e**

dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, **caput**, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 3º, **caput**, inciso I, e no art. 17 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003,

DECRETA:

Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Participação Social - PNPS, com o objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil.

Parágrafo único. Na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação de programas e políticas públicas e no aprimoramento da gestão pública serão considerados os objetivos e as diretrizes da PNPS.

Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se:

I - sociedade civil - o cidadão, os coletivos, os movimentos sociais institucionalizados ou não institucionalizados, suas redes e suas organizações;

II - conselho de políticas públicas - instância colegiada temática permanente, instituída por ato normativo, de diálogo entre a sociedade civil e o governo para promover a participação no processo decisório e na gestão de políticas públicas;

III - comissão de políticas públicas - instância colegiada temática, instituída por ato normativo, criada para o diálogo entre a sociedade civil e o governo em torno de objetivo específico, com prazo de funcionamento vinculado ao cumprimento de suas finalidades;

IV - conferência nacional - instância periódica de debate, de formulação e de avaliação sobre temas específicos e de interesse público, com a participação de representantes do governo e da sociedade civil, podendo contemplar etapas estaduais, distrital, municipais ou regionais, para propor diretrizes e ações acerca do tema tratado;

V - ouvidoria pública federal - instância de controle e participação social responsável pelo tratamento das reclamações, solicitações, denúncias, sugestões e elogios relativos às políticas e aos serviços públicos, prestados sob qualquer forma ou regime, com vistas ao aprimoramento da gestão pública;

VI - mesa de diálogo - mecanismo de debate e de negociação com a participação

dos setores da sociedade civil e do governo diretamente envolvidos no intuito de prevenir, mediar e solucionar conflitos sociais;

VII - fórum interconselhos - mecanismo para o diálogo entre representantes dos conselhos e comissões de políticas públicas, no intuito de acompanhar as políticas públicas e os programas governamentais, formulando recomendações para aprimorar sua intersectorialidade e transversalidade;

VIII - audiência pública - mecanismo participativo de caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais;

IX - consulta pública - mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa a receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto, na forma definida no seu ato de convocação; e

X - ambiente virtual de participação social - mecanismo de interação social que utiliza tecnologias de informação e de comunicação, em especial a internet, para promover o diálogo entre administração pública federal e sociedade civil.

Parágrafo único. As definições previstas neste Decreto não implicam na desconstituição ou alteração de conselhos, comissões e demais instâncias de participação social já instituídos no âmbito do governo federal.

Art. 3º São diretrizes gerais da PNPS:

I - reconhecimento da participação social como direito do cidadão e expressão de sua autonomia;

II - complementariedade, transversalidade e integração entre mecanismos e instâncias da democracia representativa, participativa e direta;

III - solidariedade, cooperação e respeito à diversidade de etnia, raça, cultura, geração, origem, sexo, orientação sexual, religião e condição social, econômica ou de deficiência, para a construção de valores de cidadania e de inclusão social;

IV - direito à informação, à transparência e ao controle social nas ações públicas, com uso de linguagem simples e objetiva, consideradas as características e o idioma da população a que se dirige;

V - valorização da educação para a cidadania ativa;

VI - autonomia, livre funcionamento e independência das organizações da sociedade civil; e

VII - ampliação dos mecanismos de controle social.

Art. 4º São objetivos da PNPS, entre outros:

I - consolidar a participação social como método de governo;

II - promover a articulação das instâncias e dos mecanismos de participação social;

III - aprimorar a relação do governo federal com a sociedade civil, respeitando a autonomia das partes;

IV - promover e consolidar a adoção de mecanismos de participação social nas políticas e programas de governo federal;

V - desenvolver mecanismos de participação social nas etapas do ciclo de planejamento e orçamento;

VI - incentivar o uso e o desenvolvimento de metodologias que incorporem múltiplas formas de expressão e linguagens de participação social, por meio da internet, com a adoção de tecnologias livres de comunicação e informação, especialmente, softwares e aplicações, tais como códigos fonte livres e auditáveis, ou os disponíveis no Portal do Software Público Brasileiro;

VII - desenvolver mecanismos de participação social acessíveis aos grupos sociais historicamente excluídos e aos vulneráveis;

VIII - incentivar e promover ações e programas de apoio institucional, formação e qualificação em participação social para agentes públicos e sociedade civil; e

IX - incentivar a participação social nos entes federados.

Art. 5º Os órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta deverão, respeitadas as especificidades de cada caso, considerar as instâncias e os mecanismos de participação social, previstos neste Decreto, para a formulação, a execução, o monitoramento e a avaliação de seus programas e políticas públicas.

§ 1º Os órgãos e entidades referidos no caput elaborarão, anualmente, relatório de implementação da PNPS no âmbito de seus programas e políticas setoriais, observadas

as orientações da Secretaria-Geral da Presidência da República.

§ 2º A Secretaria-Geral da Presidência da República elaborará e publicará anualmente relatório de avaliação da implementação da PNPS no âmbito da administração pública federal.

Art. 6º São instâncias e mecanismos de participação social, sem prejuízo da criação e do reconhecimento de outras formas de diálogo entre administração pública federal e sociedade civil:

- I - conselho de políticas públicas;
- II - comissão de políticas públicas;
- III - conferência nacional;
- IV - ouvidoria pública federal;
- V - mesa de diálogo;
- VI - fórum interconselhos;
- VII - audiência pública;
- VIII - consulta pública; e
- IX - ambiente virtual de participação social.

Art. 7º O Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, coordenado pela Secretaria-Geral da Presidência da República, será integrado pelas instâncias de participação social previstas nos incisos I a IV do art. 6º deste Decreto, sem prejuízo da integração de outras formas de diálogo entre a administração pública federal e a sociedade civil.

Parágrafo único. A Secretaria-Geral da Presidência da República publicará a relação e a respectiva composição das instâncias integrantes do SNPS.

Art. 8º Compete à Secretaria-Geral da Presidência da República:

- I - acompanhar a implementação da PNPS nos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta;
- II - orientar a implementação da PNPS e do SNPS nos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta;
- III - realizar estudos técnicos e promover avaliações e sistematizações das

instâncias e dos mecanismos de participação social definidos neste Decreto;

IV - realizar audiências e consultas públicas sobre aspectos relevantes para a gestão da PNPS e do SNPS; e

V - propor pactos para o fortalecimento da participação social aos demais entes da federação.

Art. 9º Fica instituído o Comitê Governamental de Participação Social - CGPS, para assessorar a Secretaria-Geral da Presidência da República no monitoramento e na implementação da PNPS e na coordenação do SNPS.

§ 1º O CGPS será coordenado pela Secretaria-Geral da Presidência da República, que dará o suporte técnico-administrativo para seu funcionamento.

§ 2º Ato do Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República disporá sobre seu funcionamento.

Art.10. Ressalvado o disposto em lei, na constituição de novos conselhos de políticas públicas e na reorganização dos já constituídos devem ser observadas, no mínimo, as seguintes diretrizes:

I - presença de representantes eleitos ou indicados pela sociedade civil, preferencialmente de forma paritária em relação aos representantes governamentais, quando a natureza da representação o recomendar;

II - definição, com consulta prévia à sociedade civil, de suas atribuições, competências e natureza;

III - garantia da diversidade entre os representantes da sociedade civil;

IV - estabelecimento de critérios transparentes de escolha de seus membros;

V - rotatividade dos representantes da sociedade civil;

VI - compromisso com o acompanhamento dos processos conferenciais relativos ao tema de sua competência; e

VII - publicidade de seus atos.

§ 1º A participação dos membros no conselho é considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.

§ 2º A publicação das resoluções de caráter normativo dos conselhos de natureza

deliberativa vincula-se à análise de legalidade do ato pelo órgão jurídico competente, em acordo com o disposto na Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

§ 3º A rotatividade das entidades e de seus representantes nos conselhos de políticas públicas deve ser assegurada mediante a recondução limitada a lapso temporal determinado na forma dos seus regimentos internos, sendo vedadas três reconduções consecutivas.

§ 4º A participação de dirigente ou membro de organização da sociedade civil que atue em conselho de política pública não configura impedimento à celebração de parceria com a administração pública.

§ 5º Na hipótese de parceira que envolva transferência de recursos financeiros de dotações consignadas no fundo do respectivo conselho, o conselheiro ligado à organização que pleiteia o acesso ao recurso fica impedido de votar nos itens de pauta que tenham referência com o processo de seleção, monitoramento e avaliação da parceria.

Art. 11. Nas comissões de políticas públicas devem ser observadas, no mínimo, as seguintes diretrizes:

- I - presença de representantes eleitos ou indicados pela sociedade civil;
- II - definição de prazo, tema e objetivo a ser atingido;
- III - garantia da diversidade entre os representantes da sociedade civil;
- IV - estabelecimento de critérios transparentes de escolha de seus membros; e
- V - publicidade de seus atos.

Art. 12. As conferências nacionais devem observar, no mínimo, as seguintes diretrizes:

- I - divulgação ampla e prévia do documento convocatório, especificando seus objetivos e etapas;
- II - garantia da diversidade dos sujeitos participantes;
- III - estabelecimento de critérios e procedimentos para a designação dos delegados governamentais e para a escolha dos delegados da sociedade civil;
- IV - integração entre etapas municipais, estaduais, regionais, distrital e nacional, quando houver;

V - disponibilização prévia dos documentos de referência e materiais a serem apreciados na etapa nacional;

VI - definição dos procedimentos metodológicos e pedagógicos a serem adotados nas diferentes etapas;

VII - publicidade de seus resultados;

VIII - determinação do modelo de acompanhamento de suas resoluções; e

IX - indicação da periodicidade de sua realização, considerando o calendário de outros processos conferenciais.

Parágrafo único. As conferências nacionais serão convocadas por ato normativo específico, ouvido o CGPS sobre a pertinência de sua realização.

Art. 13. As ouvidorias devem observar as diretrizes da Ouvidoria-Geral da União da Controladoria-Geral da União nos termos do art. 14, **caput**, inciso I, do Anexo I ao Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013.

Art. 14. As mesas de diálogo devem observar, no mínimo, as seguintes diretrizes:

I - participação das partes afetadas;

II - envolvimento dos representantes da sociedade civil na construção da solução do conflito;

III - prazo definido de funcionamento; e

IV - acompanhamento da implementação das soluções pactuadas e obrigações voluntariamente assumidas pelas partes envolvidas.

Parágrafo único. As mesas de diálogo criadas para o aperfeiçoamento das condições e relações de trabalho deverão, preferencialmente, ter natureza tripartite, de maneira a envolver representantes dos empregados, dos empregadores e do governo.

Art. 15. Os fóruns interconselhos devem observar, no mínimo, as seguintes diretrizes:

I - definição da política ou programa a ser objeto de debate, formulação e acompanhamento;

II - definição dos conselhos e organizações da sociedade civil a serem

convidados pela sua vinculação ao tema;

III - produção de recomendações para as políticas e programas em questão; e

IV - publicidade das conclusões.

Art. 16. As audiências públicas devem observar, no mínimo, as seguintes diretrizes:

I - divulgação ampla e prévia do documento convocatório, especificado seu objeto, metodologia e o momento de realização;

II - livre acesso aos sujeitos afetados e interessados;

III - sistematização das contribuições recebidas;

IV - publicidade, com ampla divulgação de seus resultados, e a disponibilização do conteúdo dos debates; e

V - compromisso de resposta às propostas recebidas.

Art. 17. As consultas públicas devem observar, no mínimo, as seguintes diretrizes:

I - divulgação ampla e prévia do documento convocatório, especificando seu objeto, metodologia e o momento de realização;

II - disponibilização prévia e em tempo hábil dos documentos que serão objeto da consulta em linguagem simples e objetiva, e dos estudos e do material técnico utilizado como fundamento para a proposta colocada em consulta pública e a análise de impacto regulatório, quando houver;

III - utilização da internet e de tecnologias de comunicação e informação;

IV - sistematização das contribuições recebidas;

V - publicidade de seus resultados; e

VI - compromisso de resposta às propostas recebidas.

Art. 18. Na criação de ambientes virtuais de participação social devem ser observadas, no mínimo, as seguintes diretrizes:

I - promoção da participação de forma direta da sociedade civil nos debates e decisões do governo;

II - fornecimento às pessoas com deficiência de todas as informações destinadas ao público em geral em formatos acessíveis e tecnologias apropriadas aos diferentes tipos de deficiência;

III - disponibilização de acesso aos termos de uso do ambiente no momento do cadastro;

IV - explicitação de objetivos, metodologias e produtos esperados;

V - garantia da diversidade dos sujeitos participantes;

VI - definição de estratégias de comunicação e mobilização, e disponibilização de subsídios para o diálogo;

VII - utilização de ambientes e ferramentas de redes sociais, quando for o caso;

VIII - priorização da exportação de dados em formatos abertos e legíveis por máquinas;

IX - sistematização e publicidade das contribuições recebidas;

X - utilização prioritária de softwares e licenças livres como estratégia de estímulo à participação na construção das ferramentas tecnológicas de participação social; e

XI - fomento à integração com instâncias e mecanismos presenciais, como transmissão de debates e oferta de oportunidade para participação remota.

Art. 19. Fica instituída a Mesa de Monitoramento das Demandas Sociais, instância colegiada interministerial responsável pela coordenação e encaminhamento de pautas dos movimentos sociais e pelo monitoramento de suas respostas.

§ 1º As reuniões da Mesa de Monitoramento serão convocadas pela Secretaria-Geral da Presidência da República, sendo convidados os Secretários-Executivos dos ministérios relacionados aos temas a serem debatidos na ocasião.

§ 2º Ato do Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República disporá sobre as competências específicas, o funcionamento e a criação de subgrupos da instância prevista no **caput**.

Art. 20. As agências reguladoras observarão, na realização de audiências e consultas públicas, o disposto neste Decreto, no que couber.

Art. 21. Compete à Casa Civil da Presidência da República decidir sobre a

ampla divulgação de projeto de ato normativo de especial significado político ou social nos termos do art. 34, **caput**, inciso II, do Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002.

Art. 22. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 23 de maio de 2014; 193º da Independência e 126º da República.

DILMA ROUSSEFF

Miriam Belchior

Gilberto Carvalho

Jorge Hage Sobrinho

Este texto não substitui o publicado no DOU de 26.5.2014