

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

MELISSA BARBOSA TABOSA DO EGITO

**CONSELHOS SOCIAIS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS:
NATUREZA DE SUAS DECISÕES E CONTROLE JURISDICIONAL**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2012**

MELISSA BARBOSA TABOSA DO EGITO

**CONSELHOS SOCIAIS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS:
NATUREZA DE SUAS DECISÕES E CONTROLE JURISDICIONAL**

SÃO PAULO

2012

MELISSA BARBOSA TABOSA DO EGITO

CONSELHOS SOCIAIS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS:
NATUREZA DE SUAS DECISÕES E CONTROLE JURISDICIONAL

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito sob a orientação da Professora Doutora Flávia Cristina Piovesan.

SÃO PAULO

2012

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

À Professora Flávia Piovesan, por haver aceitado a orientação deste trabalho e pelas valiosas contribuições que possibilitaram concebê-lo e, por fim, concluí-lo.

Aos demais professores da PUC/SP, pelas discussões em sala de aula, que trouxeram elementos importantes para essa pesquisa.

Aos meus pais, Enyldo e Regina, por haverem propiciado todas as formas de ampliar meu horizonte de compreensão do mundo, estimulando-me a “tirar os pés de chumbo do chão” desde cedo.

Aos dois Marquinhos: ao Andrade Silva pela força e incentivo quando havia dúvidas sobre o momento de abraçar esse novo projeto; ao Freitas Barros pela troca de ideias que motivaram esta pesquisa. À querida Emanuelle (Lelli), pelo auxílio na elaboração do projeto e pela amizade tão antiga.

Ao Instituto Pólis, por me franquear o acesso à sua biblioteca, com a contribuição ativa de Tânia Masselli na pesquisa bibliográfica.

Aos colegas do GEDAIS – Grupo de Estudos em Direito e Sistemas de Informação, da PUC/SP, João Ibaixe, Marcos, Simone e Melila, por me apresentarem uma nova forma de compreender o mundo, que se reflete além das linhas de uma pesquisa acadêmica. As discussões dentro e fora da sala de aula estão neste trabalho e em todos os ramos de minha vida.

A Fábio, pelas discussões de questões sensíveis relacionadas a este trabalho, pela leitura crítica do texto, pela paciência e compreensão, por seu amor, por dividir comigo a vida.

A Luciana Daltro, minha (com certeza) irmã até então desconhecida, que só encontrei em terras paulistanas. Lu, sem você essa estada possivelmente teria terminado de forma prematura; foi minha mãe, irmã, amiga. Obrigada pela troca acadêmica, pelo ombro, pelo colo.

A Mirella, minha irmã, e a Pedro, meu primo, pelo auxílio imprescindível nos ajustes finais logísticos e no fechamento do texto.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a investigar o caráter das decisões dos conselhos gestores de políticas públicas e a postura do Poder Judiciário, quando diante da judicialização de um impasse entre conselho e Executivo, isto é, quando houver negativa, por parte do gestor, de aplicar a política deliberada pelo conselho. Para realizar sua análise, parte-se de algumas das principais teorias democráticas do século XX e analisa a participação social na Constituição de 1988. Em seguida, trata especificamente dos conselhos de políticas, sua previsão legal, sua participação na formulação e fiscalização das políticas públicas. Diante dos conflitos plurissubjetivos, característicos dos impasses que versam sobre direitos sociais objeto de políticas públicas, impende que o Judiciário faça uso de um modelo hermenêutico em que a interpretação não consista ato de silogismo. Por isso, o trabalho analisa a hermenêutica filosófica de Gadamer e sua influência na Teoria Estruturante do Direito de Müller, da qual faz parte a noção de concretização constitucional. Assim, é preciso que se introduzam elementos da realidade no processo hermenêutico, a fim de construir a norma para o caso concreto. Aborda a ideia de que são os reais intérpretes da Constituição todos os seus destinatários (Häberle) para concluir que, considerando a previsão constitucional, quando da judicialização dos impasses entre Poder Executivo e conselhos, o juiz deve inverter o ônus argumentativo, de forma que cabe a este Poder, comprovar que a decisão do conselho não é a que melhor se coaduna com a promoção dos direitos sociais.

Palavras-chave: Participação social. Democracia participativa. Conselhos gestores de políticas públicas. Direitos sociais. Hermenêutica constitucional. Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

ABSTRACT

The present study aims to investigate the character of decisions of the boards policymakers and the attitude of the Judiciary, when faced with the legalization of an impasse between the board and executive ie, when negative, by the manager, applying the policy decided by the board. To perform the analysis, is necessary to take off from major democratic theories of the twentieth century and to analyze the social participation in the 1988 Constitution. Then it deals specifically about the policy councils, their legal prevision, their participation in the formulation and monitoring of public policies. Before the multi subjective conflicts, characteristic of the impasses that deal with social rights that are object of public policies, Judiciary is required to make use of an hermeneutical model in which interpretation does not consist in an act of syllogism. Therefore, this paper analyzes the philosophical hermeneutics of Gadamer and its influence on the Structuring Law Theory of Müller, which is part of the constitutional concept of concretion. Thus, it is necessary to introduce elements of reality in the hermeneutical process in order to build the order for the concrete case. Approaches the idea that the real interpreters of the Constitution are all the ones it addresses to (Häberle) to conclude that, considering the constitutional prevision when the judicialization of the impasses between the Executive and councils takes place, the court must reverse the burden of argument, so that it fits this Power to check that the board's decision is not the one that best targets the promotion of social rights.

Keywords: Social participation. Participatory Democracy. Councils policymakers. Social Rights. Constitutional Hermeneutics. Open society of the interpreters of the Constitution.

Abreviações e siglas

CCL – Conselhos de Coordenação Local (Peru)

CCR – Coordenação Regional (Peru)

CEAS – Conselho Estadual da Assistência Social

CES – Conselho Estadual de Saúde

CF/88 – Constituição Federal Brasileira de 1988

CMS – Conselho Municipal de Saúde

CMS/Natal – Conselho Municipal de Saúde de Natal

CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente

CRESS – Conselho Regional de Serviço Social

EUA – Estados Unidos da América

FEAS – Fundo Estadual da Assistência Social

FECEB – Federação dos Conselhos Comunitários e Entidades Benéficas do Rio Grande do Norte

FUNDEB – Fundo Nacional de Desenvolvimento do Ensino Básico

FUNDEF – Fundo Nacional de Desenvolvimento do Ensino Fundamental

LDB - Lei de Diretrizes e Bases da Educação

LDO – Lei de diretrizes orçamentárias

LOA – Lei orçamentária anual

ONG – Organização não governamental

PPA – Plano plurianual

SESAP-RN – Secretaria Estadual de Saúde Pública do RN

SINDISERP – Sindicato dos Servidores de Parnamirim/RN

SUAS – Sistema Único de Assistência Social

SUS – Sistema Único de Saúde

UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OS MODELOS DE DEMOCRACIA REPRESENTATIVA	18
2.1 Breve esboço histórico. O Estado moderno e o modelo liberal	19
2.2 Algumas concepções de democracia representativa	24
2.3 A insuficiência da democracia representativa.	34
3 A PARTICIPAÇÃO SOCIAL	41
3.1 A teoria democrática da participação de Carole Pateman	42
3.2 A participação social na América Latina	48
3.3 A participação social no Brasil	55
4 OS CONSELHOS SOCIAIS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS	61
4.1 Considerações sobre a possível origem dos conselhos de políticas públicas	61
4.2 Previsão legal	63
4.3 Definição. Composição. Mecanismos. Eficácia deliberativa	65
4.4 As políticas públicas. Conceito. Objeto	72
4.5 A iniciativa da política pública e os conselhos gestores	78
4.6 Dificuldades dos Conselhos gestores no Rio Grande do Norte.	80
4.7 Impasses entre gestor e conselhos. Análise de dois julgados	90
5 OS IMPASSES ENTRE GESTOR E CONSELHOS. O PAPEL DO JUDICIÁRIO.	
5.1 Controle jurisdicional de políticas públicas. A legitimidade do Judiciário e a discricionariedade administrativa	96
5.2 Da interpretação como ato silogístico à concretização constitucional	104
5.2.1 O Positivismo Jurídico e a interpretação como ato silogístico	106
5.2.2 A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer	113
5.2.3 A hermenêutica como concretização constitucional	119
5.3 A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.	124
6 CONCLUSÕES	136
REFERÊNCIAS	142

1 INTRODUÇÃO

A participação social e a deliberação ocupam importante lugar no debate mundial acerca do fortalecimento da democracia e, no Brasil, não ocorre de forma diversa, especialmente se se considerar o lugar de destaque conferido à participação popular pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) e pela legislação infraconstitucional.

A efetivação dos direitos sociais está contemplada na CF/88, que, além de prevê-los expressamente, estabeleceu os instrumentos para implementá-los e promovê-los, definindo, de forma detalhada, as políticas públicas a serem engendradas a fim de realizá-los.

O cidadão deixa de ser mero cliente do Estado, contra ao qual direciona suas demandas, para, por intermédio desses atores sociais, questionar a própria lógica da ação estatal, buscando novas formas de participação nas decisões (NOBRE, 2004). Não basta que se dirija ao Estado com suas reivindicações, é preciso efetivamente formular as políticas que entende prioritárias, acompanhar sua execução e modificá-las, se necessário.

A previsão constitucional de instrumentalização dos direitos sociais está aliada à da participação popular na gestão pública em diversos dispositivos. O artigo 29, inciso XII, por exemplo, estabelece a “cooperação das associações representativas no planejamento municipal como preceito a ser observado na Lei Orgânica Municipal”. Essa cooperação poderá se dar por intermédio do instituto do orçamento participativo.

Quando trata dos princípios que regem a Administração Pública, a CF/88, no art. 37, § 3º, determina que a lei ordinária discipline as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta. A Carta Magna obriga ainda as comissões permanentes e temporárias do Congresso Nacional a realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil (art. 58, § 2º, inciso II).

No âmbito dos direitos prestacionais, existe previsão de participação social da comunidade como diretriz do SUS – Sistema Único de Saúde (art. 198, inciso III) e do SUAS – Sistema Único de Assistência Social, sendo neste último “por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis como diretrizes para organização das ações governamentais” (art. 204, inciso II). O artigo 227, § 7º estende a previsão do art. 204 às políticas públicas afetas à criança e ao adolescente.

Além da previsão constitucional, a participação social também está presente na legislação infraconstitucional. Diplomas como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90); as leis que regulamentam o controle social no SUS (Lei nº. 8.142/90); e no SUAS (Lei nº. 8.742/93); a Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei nº. 9.394/96); o Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/01); o Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741/03) e a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº. 101/2000) trazem dentre seus principais instrumentos de controle a participação da sociedade, seja por intermédio de audiências públicas, seja pela instituição de conselhos de políticas públicas.

Com essa base normativa, o papel dos canais de participação tem sido ampliado consideravelmente, por meio da inserção de novos atores políticos – movimentos sociais, entidades representativas, organizações não governamentais (ONGs), e isso provoca um processo de irritação e acomodação institucional na organização e na direção da atividade política do Estado (CAMPILONGO, 2010; SOUSA JÚNIOR, 2002).

Explica-se: a coordenação da direção política do Estado, por meio da organização tripartite de poderes, desenvolveu-se paralelamente à evolução da democracia representativa. Assim, tradicionalmente, construiu-se a ideia de que a efetivação de direitos mediante políticas públicas é missão do Legislativo (na elaboração por leis) e do Executivo (definição por decretos, resoluções e na efetiva execução da política). A introdução de novos atores reclama a alteração das estruturas de decisão dos sistemas político e jurídico, especialmente no que tange à definição de políticas públicas. Noutros termos, os órgãos da democracia representativa, que antes tomavam as decisões políticas, agora têm de coexistir com outras instâncias de decisão.

A atividade dos conselhos gestores de políticas públicas se insere nesse contexto. Resumidamente, esses conselhos são instrumentos da democracia participativa, consistentes em colegiados paritários (formados por membros da sociedade civil e da gestão pública), responsáveis por deliberar e formular políticas públicas nas diversas áreas sociais.

Durante a atuação profissional desta pesquisadora como integrante do Ministério Público do Rio Grande do Norte, foi possível observar o crescimento de conflitos informais entre os conselhos gestores de políticas públicas e os gestores públicos, especialmente nas áreas de saúde e educação. Nada obstante, durante a pesquisa, verificou-se a falta de dados estatísticos a demonstrar o índice de conflituosidade ou mesmo a judicialização desses conflitos.

Para explicar tal dificuldade, trabalha-se com as seguintes hipóteses: a solução de impasses pela via política; a submissão dos conselhos às decisões do Executivo; e o desconhecimento, por parte dos conselheiros, sobre o caráter de suas deliberações e sobre a possibilidade de uma intervenção eficaz do Judiciário para efetivar essas deliberações. Todas essas hipóteses convergem para um ponto: a fragilidade institucional desses conselhos no contexto constitucional.

Devido a problemas estruturais dos conselhos, como a ausência de paridade entre os membros, o desconhecimento de seus membros das suas atribuições e a resistência do gestor em ofertar informações e documentos essenciais para o exercício da atividade, além da ausência de condições administrativas mínimas de trabalho (LYRA, 2007; GOHN, 2001; TEIXEIRA, 2000; TATAGIBA, 2002), por muito tempo, – e ainda hoje – as ações que visavam à emancipação desses colegiados buscavam solucionar esses impasses.

Assim, a capacitação de seus membros para o exercício direto da democracia, o efetivo funcionamento dos colegiados meramente burocráticos, a autonomia administrativa dos conselhos é que eram objeto de reclames dos

próprios membros. Portanto, buscava-se tutelar o instrumento de deliberação das políticas públicas, e não estas propriamente ditas¹.

Com o avanço – ainda que tímido – dessas ações, os conselhos passaram a exigir do Poder Executivo que observassem às decisões do colegiado no que tange à escolha de programas e políticas a serem estruturadas, debruçando-se, desta feita, sobre suas questões de fundo (deliberação, discussão sobre políticas a serem formuladas e implementadas).

Diante da omissão do gestor em implementar a política ou o programa deliberado pelo conselho ou da execução de política incompatível com a deliberada pelo conselho, surge a questão de como e em que medida o Judiciário pode intervir nas hipóteses de judicialização de conflitos que tenham como objeto a tutela dos direitos sociais pela via da política pública. Para tanto, é importante delimitar a repercussão das deliberações dos conselhos gestores nas decisões a serem tomadas pelo Estado.

Nisso resulta a importância do estudo: é preciso examinar os impasses entre os conselhos gestores e o Executivo, seja quanto à formulação de políticas públicas, quanto à destinação de recursos públicos no processo de elaboração do plano plurianual ou da peça orçamentária. Ainda que esses impasses sejam resolvidos no âmbito da política, em que alguns colegiados mais articulados – ou composto por entidades que possuem mais força política – eventualmente podem conseguir fazer prevalecer suas decisões junto ao Executivo, é preciso definir quais as consequências jurídicas da resistência do Executivo em relação às deliberações dos conselhos.

Houve dificuldade em localizar casos de judicialização de conflitos, fato que por si só é digno de nota. No entanto, é possível antever a resistência do Executivo, que tende, no âmbito do conflito, a argumentar com o caráter

¹ Vilar (1997, p. 153-4), quando fez um estudo das pautas das reuniões durante o ano de 1995, no Conselho Municipal de Saúde de Natal (CMS/Natal), verificou que, nas pautas se observava discussões sobre a organização sobre a organização e funcionamento do conselho, como necessidade de serem reconhecidos (relatando distorções na representatividade); novamente condições materiais insuficientes para o funcionamento.

meramente consultivo do conselho no que se refere à formulação de políticas públicas (RIO GRANDE DO NORTE, 2008)².

A despeito da escassez de casos, com o progressivo fortalecimento desses colegiados, a tendência é a judicialização de tais questões; é preciso que o Poder Judiciário esteja apto a decidir de forma teoricamente embasada, a fim de atender aos reclamos constitucionais de implementação dos direitos sociais por via de políticas públicas, tendo em mente a organização constitucional de competências, que coloca no âmbito do Executivo o local natural para equacionamento das decisões coletivamente vinculantes (CAMPILONGO, 2002). Dito de outro modo, é preciso analisar de que forma o Judiciário pode interferir na relação entre conselhos e Executivo.

O controle das políticas públicas pelo Judiciário já tem, por si só, causado grandes discussões³, pois o estudo do tema implica imiscuir-se em questões delicadas, como a (re)leitura do princípio da tripartição dos poderes e os conceitos de mínimo existencial e de reserva do possível. Discute-se o papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito e sua legitimidade para intervir na seara das políticas públicas.

Não se pode ignorar a delicada posição em que se encontra o administrador. Embora os conselhos possuam conhecimento aprofundado sobre a matéria específica em que atuam, o administrador tem de levar em consideração inúmeras outras questões que interferem no seu processo decisório: é preciso formular escolhas sobre disponibilidade orçamentária, trabalhar obtenção de maiorias junto ao Legislativo; enfim, eleger prioridades ante a variada gama de políticas públicas igualmente relevantes.

O conselho, por sua vez, realiza conferências municipais, estaduais e federais – cada um no ente federativo ao qual está vinculado – e dessas conferências resultam prioridades de atuação. Essa questão é extremamente complexa e impõe que se considerem pelo menos alguns parâmetros a fim de que seja garantida a efetividade do conselho como instrumento de democracia

² Processo número 001.08.013101-9, em trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública de Natal/RN.

³ A respeito, ver PIOVESAN (2003); BARROS (2008).

participativa sem, no entanto, reconhecer a total submissão do administrador ao órgão colegiado. É possível que existam situações em que a solução deva resolver-se no âmbito estritamente político⁴.

Sob o ponto de vista teórico, verifica-se que os mecanismos de participação direta são recentes, o que pode explicar a pouca importância que lhes é atribuída pelos estudos voltados ao tema do controle jurisdicional das políticas públicas.

Demandas que impliquem a judicialização de políticas públicas têm chegado ao Poder Judiciário com frequência e, embora grande parte de seus membros já entenda ser possível adentrar no mérito das políticas públicas, não há afinidade com os institutos de participação popular, tampouco adota-se uma postura hermenêutica consentânea com a força normativa da Constituição.

A despeito do discurso teórico acerca do Pós-Positivismo, a interpretação dos textos constitucionais ainda se dá com base na plataforma racionalista, sob uma influência iluminista, liberal e, portanto, individualista. O método silogístico ainda é abundantemente difundido. Da análise de algumas decisões judiciais encontradas sobre a matéria, veremos que, mesmo quando a parte dispositiva é favorável à promoção dos direitos sociais, a argumentação trabalha com a tentativa de subsunção de fenômenos complexos e polissêmicos a textos normativos constitucionais consagradores de direitos sociais (VERÍSSIMO, 2006, p. 106), tal como se o conflito *sub judice* fosse uma disputa intersubjetiva do tipo Tício vs. Caio.

Atualmente, embora existam muitos estudos da Ciência Política e da Sociologia – como traremos ao longo do trabalho – sobre os conselhos gestores, no âmbito do Direito, especialmente sob o ponto de vista supra referido, a matéria ainda não é adequadamente explorada. Por essa razão, como o leitor poderá observar, as análises acerca da dinâmica dos conselhos sociais e de seus

⁴ Apenas para problematizar, por exemplo, se gestor e conselho concordarem sobre a necessidade de implementar controle de natalidade, mas divergirem sobre o modo de execução dessa política, do tipo o gestor desejar estimular a laqueadura e o conselho o uso de contraceptivos, é possível que a solução para o impasse ocorra exclusivamente no campo político.

impasses com a administração não costumam levar em consideração o aspecto deontológico normativo próprio de estudos jurídicos.

Levando em consideração essas premissas, este trabalho dissertativo tem por objetivo investigar os limites e parâmetros que norteiam a atuação do Poder Judiciário na determinação aos gestores de realização de políticas públicas formuladas pelos conselhos gestores.

A título de objetivos específicos, propõe-se a analisar os fundamentos teóricos da democracia representativa e da democracia participativa, seu surgimento no Brasil e sua posição na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, especificamente no que tange à atuação dos conselhos sociais gestores de políticas públicas.

Naturalmente, também será estudado o papel do Judiciário na tutela dos novos direitos, especificamente no que se refere à sua legitimidade para intervir nas demandas que tenham como objeto a realização de uma política pública. Almeja-se, enfim, estudar e delimitar o conceito de política pública, a fim de localizar o papel dos conselhos nos momentos de formulação e de execução das políticas públicas. Em seguida, analisaremos o papel do Judiciário nesse processo, levando em conta que o intérprete da constituição definidora de direitos sociais é a sociedade para a qual eles são destinados.

Considerando todas essas nuances, trabalhamos com a hipótese de que o juiz poderá adotar uma inversão do ônus argumentativo em favor do conselho e contra o Estado, a fim de que este demonstre que, eventualmente, a política deliberada pelo conselho é incompatível com outra política já em execução ou constante do plano plurianual, ou ainda que está em dissonância com as conferências municipais, estaduais ou nacionais. Essa inversão é perfeitamente cabível, na medida em que o Estado possui mais elementos técnicos capazes de demonstrar tais circunstâncias, afinal é ele quem tem a visão da floresta, ao passo que o conselho, por mais que atue de forma articulada com os demais colegiados, tem a visão apenas da árvore, ou seja, setorial – relativa à área em que atua.

Dito de outro modo, pretendemos elaborar um estudo crítico sobre os papéis dos conselhos sociais gestores de políticas públicas (seus avanços e desafios) e da judicialização de suas decisões, avaliando a consistência da legislação existente que visa a garantir a realização dessas políticas públicas e, finalmente, propor parâmetros para o controle dessas decisões pelo Judiciário.

Para tanto, será necessário inicialmente, no que diz respeito à participação, tratar de algumas das teorias da democracia representativa e do surgimento das teorias participativas de democracia, para, posteriormente, tratar propriamente da participação social e dos conselhos sociais gestores de políticas públicas.

Na sequência, feitas algumas considerações sobre as políticas públicas e o papel dos conselhos na sua elaboração e na fiscalização da execução, será abordada a superação da interpretação como ato silogístico – característico do Positivismo Jurídico – para o surgimento da Hermenêutica Filosófica de Gadamer e sua leitura pelo Direito, formulada por Friedrich Müller, na sua metódica estruturante. Tal incursão será necessária para a abordagem da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle.

2 OS MODELOS DE DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Os mecanismos de participação popular estão fortemente relacionados aos modelos de Estado e suas justificações filosóficas, bem como suas condições materiais.

A primeira manifestação concreta de participação se deu na Grécia Antiga (GOHN, 2001, p. 23; COSTA, 2002, p. 97), destacando-se seu exercício em Atenas, onde o povo participava do Governo de forma direta, em assembleias. Dentre suas características, pode-se citar o autogoverno e a participação da classe dos cidadãos no governo da cidade, independentemente de sua renda ou posição social⁵, discussão pública prévia às decisões de interesse comum, ao controle da ação dos governantes e à prestação de contas das ações de governo⁶.

Trataremos das principais formas de democracia do século XX e, para tanto, analisaremos as bases do Estado moderno, passando pelo Estado social e chegando ao Estado pós-social. Essa restrição ocorre tanto em razão das limitações temporais desta pesquisa, como porque é a partir do Estado moderno que se observa maior influência nas formas de organização burocráticas atuais.

No Ocidente, o surgimento da Modernidade, o desenvolvimento do modo de produção capitalista, a ascensão da classe burguesa e as revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX envolveram a construção de um novo modelo de organização político-administrativa dos países. Igualmente, trouxe repercussões no âmbito do Direito, impondo um modelo hermenêutico que fosse interessante à sua manutenção e à resolução de suas crises⁷.

⁵ A expressão cidadão aqui tinha alcance restrito na Grécia Antiga: não representava a totalidade da população, mas apenas homens nascidos em Atenas e não escravos. Excluía-se, portanto, dessa participação as mulheres.

⁶ COSTA chama atenção para o fato de que, em Atenas, os cidadãos não eram “naturalmente” interessados na política. Por isso, “a reforma de Clístenes introduziu primeiro remuneração pela participação nos negócios da *polis*, e depois, pela simples frequência às reuniões da Assembleia” (2002, p. 97).

⁷ A construção do Direito Positivo Moderno e do deslocamento do governo de homens para governo de leis, com o consequente combate às sentenças de império, pode ser interpretado, dentre outros fatores, como uma exigência do modo de produção capitalista. Nesse sentido, (WEBER, 2006)

Por este motivo, faremos um resumo sobre o contexto histórico e político, capaz de auxiliar a compreensão da base teórica desse trabalho e dos fatores que viabilizaram a formação e o desenvolvimento de instrumentos de participação política cidadã nas democracias do século XX. Somente com esse alicerce, poderemos tratar propriamente da democracia participativa e, em seguida, das ideias de concretização constitucional e da sociedade aberta para os intérpretes da Constituição, de Häberle. Assim, o presente capítulo se propõe a contextualizar as espécies de participação popular existentes na democracia representativa.

2.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO. O ESTADO MODERNO E O MODELO LIBERAL.

A fim de delimitar no tempo a pesquisa, nossa incursão inicia-se a partir da formação do Estado liberal “justamente por ser na era moderna que a democracia volta a ser uma característica central dos regimes políticos do Ocidente” (MENDES, 2007) em um contexto histórico que antecedeu as revoluções liberais, com a ascensão da burguesia. Faremos algumas referências às bases econômicas, políticas e filosóficas desse modelo de Estado, fundado no governo de leis e nos postulados do constitucionalismo e da democracia representativa.

Nos anos 1700, a partir da superação da Idade das Trevas e o advento do Século das Luzes⁸, o racionalismo e o antropocentrismo irradiaram sua influência por todo o pensamento da época, inclusive o jurídico.

Com o Renascimento, o caráter sagrado do direito dá lugar ao que Ferraz Jr. chama de *Era do Direito Racional*, que compreende os anos entre 1600 e 1800 e se caracteriza pela influência dos sistemas racionais na teoria jurídica (2006, p. 65).

⁸ Esses termos eram usados pelos iluministas e revelam um propósito, que parece ter tido êxito, de menosprezar o período antecedente, indicando a construção de um discurso negativo que influenciou o pensamento de historiadores e juristas até os dias atuais.

É a partir desse momento que se fala em Estado Constitucional, governo representativo e Estado de direito (MIRANDA, 2002, pp. 68-71). Miranda define Estado constitucional como aquele assente numa constituição reguladora de sua organização e que visa à limitação do poder; governo representativo é definido por ele como aquele em que se opera uma dissociação entre titularidade e o exercício do poder: enquanto a titularidade pertencia ao povo, seu exercício era delegado a governantes eleitos. Por fim, o autor define Estado de direito como aquele que se caracteriza pela divisão do poder e pelo respeito à legalidade, como forma de garantir os direitos do cidadão (2002, p. 71).

As ideias iluministas, de racionalismo, antropocentrismo e individualismo, que tiveram em Immanuel Kant um dos seus principais expoentes e até hoje influenciam o pensamento liberal capitalista, orientaram os textos escritos políticos ocidentais do final do século XVIII⁹.

A Filosofia de Kant, baseada na racionalidade e no subjetivismo, rompe com a metafísica, operando o que se denominou uma *revolução copernicana* no pensamento da época. Assim se afirma porque, até então, a perspectiva do processo de conhecimento centrava-se no objeto. A metafísica buscava conhecer o objeto como ele é. A partir das críticas formuladas por David Hume¹⁰, Kant formulou sua teoria do conhecimento, conciliando o racionalismo e o empirismo no campo da gnosiologia (MASCARO, 2010, pp. 208-9).

⁹ O art. 1º da Declaração de Direitos do Estado de Virgínia prevê: “todos os homens são, por natureza, livres e têm certos direitos inatos, de que, quando entram no estado de sociedade, não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar a sua posteridade, nomeadamente o direito à vida e à liberdade, tal como os meios de adquirir e possuir a propriedade e procurar obter a felicidade e a segurança”. Na Declaração de Independência dos EUA, lê-se o seguinte: “todos os homens são criaturas iguais, são dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis e, entre estes, acham-se a vida, a liberdade e a ânsia de felicidade; os governos são estabelecidos entre os homens para assegurar estes direitos e os seus justos poderes derivam do consentimento dos governados (...). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelece que “o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (art. 2º). A transcrição dos trechos das declarações demonstra a prevalência do indivíduo em detrimento da coletividade.

¹⁰ A dicotomia entre os pensamentos empiristas e racionalistas resumia-se da seguinte forma: os empiristas entendiam que apenas era ciência o que pudesse ser verificado com os métodos, a única origem do conhecimento era a experiência e as sensações eram o ponto de partida de tudo o que se conhece. De outro lado, os racionalistas afirmavam o papel preponderante da razão no processo cognitivo. Segundo estes, apenas a razão gerava verdades universais. Segundo David Hume, que era empirista, as experiências não podiam gerar juízos universais porque estas eram locais. Ou seja, ainda que uma experiência tivesse um resultado X, esse resultado não poderia ser

Segundo Kant, a realidade em si é incognoscível: não é possível conhecermos a coisa em sua essência (o “nômeno”), como acreditavam os metafísicos, mas apenas suas manifestações (o “fenômeno”). Para ele, todos somos sujeitos cognoscentes e temos um *a priori* (tempo e espaço) que se soma aos elementos da experiência para, daí, resultar a experiência de conhecer (MASCARO, 2010, pp. 210-4). O homem tem papel central no ato de conhecer, pois ele opera uma síntese dos elementos que os sentidos captam. Conhecer não é uma atitude passiva de recebimento do que as sensações proporcionam. É passar por nossas condicionantes de tempo e de espaço e imprimir algo (uma marca) pessoal no que nossos sentidos captam. Portanto, conhecer é o mesmo que se submeter à subjetividade¹¹.

A ideia de subjetividade utilizada por Kant no âmbito de sua teoria sobre a gnosiologia também se encontra presente quando trata do papel do Estado na vida do indivíduo, revelando a tônica dos textos constitucionais escritos a partir de então. Com efeito, entende que o homem reuniu-se em sociedade e aceitou o Estado para que este garantisse seu único direito natural inato: a liberdade. Além disso, o Estado deve garantir a coexistência das liberdades de todos os indivíduos, a fim de que cada um, utilizando-se de seu livre-arbítrio, ponha em prática seu projeto de vida particular e atinja a felicidade da forma que melhor lhe aprouver (BOBBIO, 2000).

O surgimento de um Estado constitucional se dá atrelado às ideias liberais, especialmente o direito à liberdade e à propriedade. Para tanto, deixa-se de lado a *vontade do príncipe* – em voga no Estado absolutista – para se dar lugar à *vontade da lei*, assim entendida como aquela que protege os indivíduos do próprio Estado e que limita o poder deste. Funda-se ainda em ideias como a teoria clássica da separação de poderes e a posterior codificação das leis, tudo para viabilizar a maior circulação de riqueza e de mercadorias, adequando o Estado, portanto, ao modelo que interessasse à burguesia. Esse “é o Estado racional, único

universalizado, pois, se a experiência fosse repetida em outro lugar, não haveria como se garantir que fosse ter resultado idêntico. Segundo o próprio Kant, foram os questionamentos de Hume que o fizeram acordar do que denominou de seu “sono dogmático”.

¹¹ Para mais sobre o pensamento de Kant, vide BOBBIO (2000); PASCAL (1996); WALKER (1999).

terreno em que o capitalismo moderno pode prosperar. Tal Estado se apoia numa burocracia especializada e num direito racional” (WEBER, 2006, p. 308).

Nesse contexto, a Revolução Francesa é o símbolo de derrocada do Estado absolutista e da implementação das ideias de intervenção mínima do Estado na vida do indivíduo. Em consequência, foram consagrados os direitos de liberdade. No mesmo período histórico, eclode a Revolução Industrial e, nos Estados Unidos, promulga-se a primeira constituição escrita¹².

O papel do Estado liberal era implementar uma ordem social que garantisse a liberdade individual. Cada pessoa era livre para conceber e executar seu projeto de vida e para alcançar a felicidade como bem entendesse.

Com esse pano de fundo, até mesmo a participação popular que existia visava a fortalecer a sociedade civil para evitar ingerências indevidas do Estado – sob a ótica do liberalismo – na vida privada (GOHN, 2001, p. 15).

É importante que se tenha em mente esse registro, a fim de que, na leitura de teóricos liberais, não se cometa o equívoco de entender que defendem a participação tal qual existente nos dias atuais, principalmente no que concerne à sua finalidade. Toda a compreensão de Rousseau e Stuart Mill relativa à participação social deve levar em conta a concepção de Estado vigente no Estado liberal.

O surgimento do Constitucionalismo Moderno¹³ está atrelado, portanto, à ideologia liberal ou burguesa, buscando pôr freios no poder estatal, a fim de viabilizar o exercício da atividade mercantil pelo terceiro Estado, sem as vicissitudes de uma intervenção arbitrária do poder estatal. Segundo Loewenstein,

¹² Os Estados Unidos promulgaram a Declaração de Direitos da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, ambas em 1776; e a França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, consideradas os primeiros textos escritos que preveem direitos e garantias individuais, essencialmente dos cidadãos contra o Estado.

¹³ Karl Loewenstein entende ser equivocado afirmar que o constitucionalismo surgiu apenas com o advento das revoluções modernas. Para o autor, a existência de uma constituição escrita não se identifica com o Constitucionalismo; outros povos já instituíram limites ao poder político e, a despeito de não existir documento escrito, governantes e governados respeitavam as regras. Desde os hebreus, passando pela Grécia Clássica, havia uma espécie de Constitucionalismo (1965, p. 154). Também nesse sentido, Lassale fala até em uma Constituição Feudal, na qual “a nobreza ocupa um lugar de destaque. O príncipe não poderá criar sem seu consentimento novos impostos e somente ocupará entre eles a posição de *primus inter pares*” (2009, p. 39.).

La historia del Constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre políticos de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detendadores del poder, aí como el asfuerzo de estabelecer uma justificación espiritual, moral o ética de la autoridade, em lugar del sometimiento ciego a la facticidad de la autoridade existente (LOEWENSTEIN, 1965, p. 150)¹⁴.

Assim, toda constituição possui uma dupla significação ideológica: proteger os cidadãos do poder absoluto de seus dominadores e lhes assegurar uma participação legítima no processo do poder (LOEWENSTEIN, 1965, p. 151).

Enquanto o antigo regime buscava a legitimidade de seu poder em uma raiz divina, o novo modelo de Estado, fundado em bases racionais, construía um novo conceito do qual derivaria a legitimação do poder político. Esse conceito, vinculado inicialmente às ideias de soberania e de Nação, seria transmutado para a noção transcendental de povo. O “povo”, como percebeu Müller, substituiu o papel de Deus na legitimação da ordem política de um Estado que se pretendia racionalista:

Desde que Deus se retirou da vida política (e se despediu da história), seu cargo na estrutura funcional não foi declarado vago. Assim como outrora ELE, o povo foi desde então usado da boca para fora e conduzido aos campos de batalha por todos os interessados no poder ou no poder-violência, sem que antes lhe tivessem perguntado. A diferença reside no fato de que o povo poderia ter sido perfeitamente consultado (MÜLLER, 2004, pp. 21-2).

O discurso da soberania do povo tende a favorecer a legitimação da ascensão da burguesia às searas de decisões políticas antes restritas à nobreza por meio da sustentação racionalista ilusória de que todos fizeram parte daquele projeto de poder, que, na realidade, correspondia ao interesse de um grupo definido.

O fundamento do tipo racional-legal de dominação, de Weber, como pressuposto de legitimação do Estado, é a crença no dever de obediência a um conjunto de regras abstratas, em contraposição à dominação pessoal do modelo anterior. Esse modelo pressupõe a igualdade formal perante a lei, que é

¹⁴ A história do Constitucionalismo é a busca de limites ao poder absoluto exercido pelos detentores do poder, como um esforço de firmar uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade, ao invés da submissão cega à facticidade da autoridade existente (tradução livre).

exatamente o mesmo fundamento que embasa o surgimento dos direitos humanos de primeira geração, destinados a proteger o cidadão frente ao Estado.

A igualdade formal pressupõe, necessariamente, governo de leis abstratas e gerais, com repúdio à denominada justiça de gabinete (SIMON, 1985, p. 45). Há uma relação dialética entre essa conjuntura estrutural e a dimensão filosófica transcendental, a resultar numa concepção de direito que parte de pressupostos principiológicos dedutivos, ou seja, de soluções que reclamam a adoção de uma lógica dedutiva do tipo subsunção do fato à norma, tudo de forma a permitir o conhecimento prévio das regras do jogo e, portanto, o cálculo do risco envolvido nas relações jurídicas, especialmente mercantis.

A justificação filosófica do Estado de direito é resultado de uma confluência de fatores históricos, econômicos, políticos e filosóficos da época. Mais adiante, no item 5.2.3, retomaremos o assunto para demonstrar que, a despeito dessa falta de legitimidade, é possível efetivar sua legitimação posteriormente, na concretização da norma constitucional, com base no texto normativo supostamente atribuído ao povo (MÜLLER, 2004).

Se, no âmbito do direito, a codificação posteriormente deu origem ao Positivismo Jurídico, acarretando repercussões na interpretação dos textos legais – o que será tratado logo adiante –, na seara da teoria democrática, o Estado liberal assentava-se na ideia de democracia representativa como forma de executar suas funções.

Passaremos a discorrer sobre algumas das principais teorias democráticas que surgiram a partir do século XX para situarmos a transição de um modo de democracia exclusivamente representativa para uma vertente mais contemporânea, que agrega os modelos de participação e de deliberação.

2.2 ALGUMAS CONCEPÇÕES DE DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.

Inicialmente, faz-se necessário registrar a observação de Hirst (1992, p. 31), segundo a qual não existe “democracia” no singular, “o que existe é uma variedade de doutrinas da democracia e uma variedade de mecanismos políticos e processos de decisão ditos democráticos”. Partindo dessa premissa, passaremos a tratar de alguns modelos teóricos vigentes a partir da década de 1940 (Schumpeter) e do Pós-Guerra.

Dentre os modelos de democracia contemporâneos, nem todos consagram a participação popular como elemento do processo democrático. Assim, as concepções minimalista (Schumpeter) e institucionalista (Dahl, Held) de democracia, embora diverjam em vários aspectos, consagram unicamente a perspectiva da representação por intermédio do processo eleitoral (GUIMARÃES, 2006). A democracia como forma em detrimento da democracia como substância foi, segundo Avritzer e Santos (2009, p. 43), “uma resposta dada pela teoria democrática hegemônica às críticas feitas pela teoria marxista à democracia”. Não tratam, portanto, dos institutos de participação social.

Durante muito tempo, a teoria democrática identificou, na esteira do que preconizou Rousseau¹⁵, a identidade da vontade geral com a vontade da maioria. Nesse aspecto, verifica-se que o elemento *decisão* ocupava lugar central no processo deliberativo (AVRITZER, 2000).

A concepção de Weber de democracia prescinde de participação e de deliberação. Ele afirma que a complexidade administrativa do Estado moderno é incompatível com os elementos argumentativos e participativos: somente a racionalidade administrativa (capacidade dos atores de buscarem fins de forma metódica e sistemática) é capaz de produzir resultados eficientes (AVRITZER, 2000).

O modelo de Joseph Schumpeter, explicitado em seu *Capitalismo, socialismo e democracia*, de 1943, rechaçava o que denominava teorias clássicas

¹⁵ “Quanto uma lei é proposta na assembléia popular, o que é perguntado a eles (os representantes) não é tanto se eles aprovam ou rejeitam a proposição, mas sim se ela está de acordo com a vontade geral, que também é a deles. Toda pessoa ao votar dá a sua opinião a respeito dessa questão e a vontade geral é então deduzida da contagem dos votos. Portanto, quando uma opinião contrária a minha prevalece, isso apenas prova que eu estava equivocado e que aquilo que eu supus ser a vontade geral não o era” (Livro IV, caput 2).

da democracia¹⁶, que seriam, segundo ele, normativas e “carregadas de valor” para defender uma teoria empírica. Ou seja, as teorias clássicas se fundavam em um cidadão ideal (que se interesse por política, por exemplo), cuja existência seria impossível, ao passo que uma teoria empírica consideraria o “homem médio” e, portanto, mais próximo da realidade.

Para a teoria clássica¹⁷, o método democrático é aquele que busca o bem comum, mediante a escolha, pelas pessoas, de indivíduos que desempenharão o papel de alcançá-lo. O alcance do bem comum seria possível a qualquer um mediante uma explicação racional, exceto se houver, por parte da pessoa, ignorância, estupidez ou interesse antissocial. Todos poderiam discernir entre o bom/mau e tomariam partido pelo bom (SCHUMPETER, 1961, pp. 305-6).

A teoria clássica destacava ainda dois aspectos: primeiro, para alguns assuntos, seria preciso haver especialistas para decidir; segundo, em uma comunidade de qualquer tamanho, especialmente onde há divisão de trabalho, é inconveniente para todos os cidadãos ter que contatar outros cidadãos a fim de decidir. Assim, seria mais vantajoso que houvesse a escolha de um grupo de delegados ou representantes para tomar as decisões cotidianas e que a consulta individual aos cidadãos ocorresse apenas em algumas situações mais importantes, por intermédio, por exemplo, de referendo.

Para elaborar sua teoria, Schumpeter formula alguns ataques à teoria clássica: primeiro, poucos efetivamente se preocupariam em considerar os interesses do outro; ainda que assim se tentasse fazer, ainda que os representantes não quisessem o contrário do *bem comum*, não haveria um sentido único para *bem comum*, o qual pode significar coisas diferentes para indivíduos e grupos. Isso porque os valores supremos para os indivíduos não estão no campo da lógica e, portanto, não são alcançáveis a partir de um argumento racional;

¹⁶ Pateman registra que nem Schumpeter tampouco seus sucessores definiram o que seriam “teorias clássicas” (1992, p. 15). Entretanto, observa, em vários trechos de sua obra, que Schumpeter denomina clássicas aquelas teorias que se fundam no utilitarismo de Stuart Mill e que se fundavam no indivíduo racional e hedonista. Pode-se afirmar que clássicas, no sentido empregado por Schumpeter, são as teorias que têm como base a existência de uma vontade geral, tal como concebida por Rousseau e Mill. A crença na vontade geral era a base racional do utilitarismo.

¹⁷ Vide nota anterior.

mesmo que se definisse o que é bem comum (por exemplo, para o utilitarismo, é o máximo proveito econômico), as soluções seriam diferentes para casos iguais. Para esclarecer o que diz, Schumpeter exemplifica: as pessoas podem até concordar sobre a prioridade para a saúde, mas discordam se deve haver vacinação ou vasectomia (1961, pp. 306-7).

Em razão dessas críticas, o conceito de vontade geral ou “volonté générale” também se desvanece, uma vez que esta pressupõe um bem comum para todos. Para os utilitaristas, que, segundo Schumpeter, conferem base teórica para os adeptos da teoria clássica, a vontade geral é a soma das vontades individuais¹⁸. Ele observa que, ainda que os indivíduos soubessem definir o que querem e agissem com base na racionalidade, não haveria qualquer garantia de que as decisões políticas obedecessem a um processo para gerar a vontade do povo. Impossível, portanto, efetivamente conhecer ou alcançar o espírito do povo (1961, p. 308).

Com essa base, Schumpeter formula sua teoria alicerçada na ideia de liderança. Para ele, o papel do povo é formar um governo, escolher seus representantes. Propõe a substituição da ideia de “governo pelo povo” para “governo aprovado pelo povo” (1961, p. 300). E adota a seguinte definição de democracia: “o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor” (1961, p. 328)¹⁹.

Assim, segundo sua teoria, a liderança tem um papel vital. Para ele, não é realista imaginar que o eleitorado tem grau elevado de iniciativa, ignorando-se a liderança. Propõe, portanto, que se adote uma postura realista e se reconheça que quem efetivamente decide as políticas é o líder escolhido pelos cidadãos. Ele até admite a existência de vontades coletivas autênticas, mas afirma que, sem um

¹⁸ Em *Do Contrato Social*, Rousseau afirma que a vontade geral não se identifica com a vontade particular, tampouco como a soma das vontades individuais. Tanto é assim que, diante da insatisfação de indivíduos, que a manifestação de vontades particulares funciona como a vontade geral não é destruída, porém pode ficar subjugada a outras vontades (Livro IV, p. 142).

¹⁹ Assim, sendo um método político, a democracia não pode ser um fim em si mesma. Para explicar a assertiva, propõe um exercício mental: se, em uma sociedade em que o antissemitismo é plenamente aceito, essa decisão foi tomada com base no método democrático, seria aceitável? A resposta natural à pergunta é negativa.

líder que as transforme em fatores políticos, essas vontades permanecerão latentes (SCHUMPETER, 1961, p. 329).

Parece ser adequada a comparação formulada por Schumpeter, segundo quem a luta competitiva pela liderança se assemelha à concorrência na esfera da atividade econômica, não ignorando casos como concorrência desleal, fraudulenta ou limitação da concorrência.

Por fim, destaca-se um aspecto de importância para este trabalho: para Schumpeter, os indivíduos não exercem qualquer controle sobre seus líderes políticos, “exceto pela recusa de reelegê-los” (1961, p. 331). Ele assevera que os eleitores devem respeitar a divisão de trabalho entre si e os políticos que elegem e que, “uma vez tendo eleito determinado cidadão, a ação política passa a ser dele, e não sua. Significa isso que ele deve abster-se de instruí-lo (...)” (1961, p. 326).

Essa é justamente uma das fortes críticas que se pode fazer à teoria schumpeteriana: não há limites para as ações dos representados ou análise da qualidade nas políticas executadas. Por essa razão, estabelece-se um hiato entre representantes e representados. O modelo proposto por ele é incapaz de impor limites aos representantes, tampouco de responsabilizá-los politicamente, na medida em que o poder de quem o escolhe exaure-se com a sua escolha. Além disso, não é crível que os eleitos efetivamente representem toda a diversidade social existente.

Santos e Avritzer criticam Schumpeter por ter, durante o período entre guerras e no imediato pós-guerra, transformado o procedimentalismo em uma forma de elitismo democrático (2009, p. 44). Para esses autores,

a redução do procedimentalismo a um processo de eleições de elites parece um postulado *ad hoc* da teoria hegemônica da democracia, postulado esse incapaz de dar uma solução convincente para duas questões principais: a questão de saber se as eleições esgotam os procedimentos de autorização por parte dos cidadãos e a questão de saber se os procedimentos de representação esgotam a questão da representação da diferença (2009, p. 46).

A teoria pluralista, em que se pode incluir Robert Dahl, critica a ausência de limites para o governante, presente na obra de Schumpeter, afirmando que a democracia representativa deve ser aprimorada a partir da criação de

instituições que serviriam de canais para expressar e processar as demandas sociais junto ao poder público. Para essa teoria, mecanismos de *accountability*²⁰ horizontal (processos eleitorais) não são suficientes; a democracia não é forma de governo autolegitimada, e sua consolidação parte da ideia de que a eleição é mecanismo precário de controle dos representantes (DAHL, 1997, p. 44).

A despeito das críticas que lhe podem ser formuladas, Schumpeter influenciou de forma indiscutível as concepções de democracia posteriores. Sua crítica da *teoria clássica* e a forma como caracterizou o método democrático e a participação nesse método foram aceitos por grande quantidade de teóricos que o sucederam no período pós-guerra, especialmente no que diz respeito à absorção, em suas concepções de democracia, da crítica schumpeteriana ao eleitor da teoria clássica, um cidadão idealmente interessado em política (PATEMAN, 1992, p. 14).

É importante lembrar que essas críticas às teorias clássicas têm lugar em um contexto de mudança do modelo de Estado, que se transformava consideravelmente a partir da crise de 1929 e em razão do pós-Guerra. Buscava-se, sob o aspecto econômico, resolver o problema fundamental que provocou a crise de 29: era preciso criar meios de escoamento do excesso de produção.

Com as graves crises econômicas e a insuficiência de suprimentos essenciais, foi necessário que o Estado mínimo desse lugar a um Estado assistente, que proveesse seus governados de direitos sociais. Inicia-se a construção do Estado do bem-estar social, passa-se a ter um reconhecimento paulatino dos direitos sociais e fortalecimento dos direitos trabalhistas, com embriões de participação das bases operárias em indústrias e de bases populares na atividade política (sindicados, organização partidária). A política realizada no âmbito da relação empregado-empregador foi geradora da participação dos trabalhadores na política partidária²¹.

²⁰ Segundo RODRIGUES (2008, p. 36), “*accountability* é um dos aspectos do Estado de Direito em que agentes públicos prestam contas por seus atos dentro de um modelo legal e constitucional pré-estabelecido que delimita poderes e limites de agentes estatais e órgãos do Governo (...). A tradição democrática liberal requer o vínculo entre Estado de Direito e política democrática”.

²¹ A respeito, Marcos Nobre afirma: “o *Welfare State* resultou de uma ampla negociação entre movimentos sociais, sindicatos, entidades patronais, partidos políticos e burocracia estatal. O

Assim, o modelo econômico do Estado de bem-estar social tinha condições de se desenvolver através da intervenção na economia, o que envolvia contratação de servidores, obras de infraestrutura e desenvolvimento de serviços públicos gratuitos e projetos sociais capazes de absorver a mão de obra excedente, criar demandas e movimentar a economia.

Nesse cenário, o poder deixa de ser centralizado e hierárquico; há vários centros de poder dispersos na sociedade. Os grupos são os mais diversos, em tamanhos e interesses. Abandona-se a ideia de uma minoria governante para se defender que “existem muitas minorias que estão em constante disputa a respeito dos mais diversos temas, e que estas minorias precisam ser levadas em conta pelos governantes” (GUIMARÃES, 2006, p. 41). Assim, estabelece-se uma *concepção pluralista* de democracia, que tem em Robert Dahl seu expoente.

Autores como B. R. Berelson e G. Sartori, além do próprio Dahl, referido nesta pesquisa, também defenderam a limitação da participação popular à escolha dos líderes, assim como se preocuparam com a estabilidade do sistema e, em algum momento, associaram a intensa participação do cidadão a algum abalo a essa estabilidade (PATEMAN, 1992, p. 14).

Com o objetivo de elaborar uma teoria que tivesse uma forma descritiva, Berelson assevera que os altos níveis de participação são exigidos apenas de uma minoria e que a apatia e desinteresse da maioria são relevantes para a manutenção da estabilidade do sistema. Ele conclui que a participação que ocorre de fato é a necessária para um sistema democrático estável. Não é requisito do sistema democrático, portanto, o máximo de participação (PATEMAN, 1992, p. 15).

Dahl pressupõe que é impossível que os Estados representem efetivamente todos os interesses dos cidadãos e ainda com igual intensidade. Por isso, considera o ideal inatingível e trabalha com a ideia de *poliarquia* (DAHL, 1997, p. 42), que são regimes que se aproximam do ideal democrático com um razoável pluralismo e representação que contemple as diversidades sociais.

Até o início dos anos de 1970, época em que Dahl escreveu a primeira edição de *Poliarquia: participação e oposição*, não se cogitava a possibilidade de um processo de democratização, assim entendido como transição de regime autoritário para democrático. Em regra, os cientistas políticos buscavam enquadrar os regimes existentes em democráticos ou autoritários, associando, geralmente, o desenvolvimento ao regime democrático e o subdesenvolvimento ao regime autoritário (1997, p. 12).

Nesse contexto, sua tese representa um paradigma, na medida em que, adotando como ponto de partida a teoria da modernização de Seynor M. Lipset²², Dahl rompe com o pensamento até então vigente e torna objeto de seu estudo a transição de regimes, descartando inclusive a ideia de que democracia está associada à situação de desenvolvimento econômico, como pensou Lipset (DAHL, 1997, p. 13).

Dahl parte do pressuposto de que a responsabilidade total ou quase total do Governo às preferências de seus cidadãos é característica chave da democracia. Enumera oito aspectos que devem ser levados em consideração a fim de avaliar se determinado regime é democrático ou não: liberdade de formar organizações, liberdade de expressão, direito ao voto, elegibilidade, direito de líderes disputarem apoio, fontes alternativas de informação, eleições livres e idôneas e instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência. Naturalmente, a observância de cada uma dessas condições tem amplitude variada nos diferentes regimes e, quanto maior a amplitude, maior o caráter democrático.

O termo *poliarquia* foi cunhado por DAHL para denominar as democracias efetivamente existentes, as quais considerava uma pobre aproximação do ideal democrático. Para ele, as sociedades se distinguem de acordo com o grau de pluralismo: em uma sociedade plural, nenhum grupo teria acesso aos os recursos de poder e controle sobre eles. Não haveria

²² Segundo essa teoria, a transição do autoritarismo para a democracia apenas poderia ocorrer via modernização, ou seja, modificações das estruturas sociais de tradicionais para modernas. Assim, o desenvolvimento socioeconômico seria requisito para a democratização. Em países não desenvolvidos, necessariamente, inexistiria a democracia (DAHL, 1997, pp. 13-6).

preponderância de um grupo sobre o outro, mas neutralização recíproca dos grupos em conflito²³.

A ampliação da participação também provoca mudança na composição das lideranças: por exemplo, quando os trabalhadores têm direito a voto, aumenta a quantidade de trabalhadores nos cargos eletivos. Embora isso não signifique que a liderança política seja sempre uma amostra representativa das diversas camadas – a classe média e ocupações profissionais são sobre-representadas e a classe trabalhadora, sub-representação –, pelo menos todas tiveram a oportunidade de formular suas escolhas pelo direito ao voto.

São elementos de um sistema democrático a competição entre os líderes e a igualdade política, traduzida pelo sufrágio universal (cada homem vale um voto). Esses componentes favorecem a participação das minorias, que podem influenciar as decisões políticas.

Segundo Dahl, o grau de pluralismo não depende do processo histórico de desenvolvimento, ou seja, não haveria incompatibilidade intrínseca entre democracia e subdesenvolvimento²⁴, ao contrário do que afirmavam os adeptos da teoria da modernidade.

A despeito dessa assertiva, ele admite que o desenvolvimento econômico favorece o pluralismo, razão pela qual sofreu críticas e foi acusado de se render à teoria da modernização. Não se observa, entretanto, incoerência na teoria de DAHL, pelo menos não em relação ao ataque apontado: refutar que o desenvolvimento socioeconômico seja requisito para a implantação de um regime democrático não implica desconsiderar que pode ser um fator de aceleração da democracia. É sabido, até mesmo por intermédio da análise de indicadores sociais, que os países de melhor condição econômica asseguram aos seus cidadãos a

²³ Essa neutralização não se dá como equilíbrio harmônico entre os competidores envolvidos, mas é fruto de um cálculo em que os atores políticos em conflito sopesam suas chances de eliminar o adversário: a situação apenas tolera a oposição quando for menos onerosa essa opção do que o risco de perder o poder; a oposição aceita participar da eleição quando lhe é menos custoso do que tomar o poder por meios revolucionários. Interessante que a noção de neutralização como predicado da democracia é a base, também da antiga doutrina da separação de poderes.

²⁴ Embora atualmente se utilize a expressão países de desenvolvimento tardio para denominar os países capitalistas em que não se alcançou o patamar dos denominados desenvolvidos, preserve-se aqui o vocábulo “subdesenvolvido”, por ter sido o utilizado pelo autor.

observância de seus direitos sociais e, por consequência, o componente democrático desses direitos.

Embora saliente o papel da participação das minorias, Dahl alerta que o excesso de participação contém em si um perigo: o aumento da participação diminui o consenso sobre as normas da poliarquia e, com isso, aumenta-se a taxa de conflito. Essa situação representa um risco para a estabilidade do sistema democrático, segundo esse autor (1997).

Ainda que Dahl tenha ampliado o papel da participação social, se comparado a Schumpeter, sua teoria não ultrapassa a perspectiva da representação unicamente no processo eleitoral (GUIMARAES, 2006, p. 42). Nesse aspecto, assim como Schumpeter, Dahl não vê na participação um caminho viável para as escolhas políticas.

Interessante observar que Dahl e Berelson, agrupados por Pateman na expressão *teoria contemporânea da democracia* (1992, p. 24), referindo-se aos autores que escreveram suas obras após a Segunda Grande Guerra, rejeitaram a participação social, em razão da experiência nazifascista. Como os regimes totalitários baseavam-se em uma alta taxa de participação das massas, ainda que de forma forçada pela intimidação e coerção, é uma constante nos autores do pós-guerra o receio de que o excesso de participação levasse ao totalitarismo. Para eles, o nível de participação da maioria não deveria crescer além do mínimo necessário para conservar a máquina eleitoral funcionando.

A *teoria contemporânea* apresenta, portanto, apenas duas alternativas existentes: um sistema em que os líderes são passíveis de controle pelos eleitores, devendo lhes prestar contas, e escolhidos por estes durante uma competição; ou um sistema no qual não ocorrem tais mecanismos de controle, ou seja, um sistema totalitário. Assim, para evitar o segundo, aderiria-se ao sistema representativo.

Esses autores apontam como elemento democrático principal a competição entre os líderes pelos votos, em eleições periódicas e livres. Para conservar a estabilidade do sistema entendem que o nível de participação não deveria crescer acima do mínimo necessário a fim de manter o método

democrático funcionando. Pateman, citando Bachrach, assevera que “esse modelo de democracia pode ser visto como aquele em que a maioria (não elites) obtém o máximo de rendimento (decisões políticas) dos líderes, com o mínimo de investimento (participação) de sua parte” (PATEMAN, 1992, p. 26).

A representação, portanto, é o principal elemento da “teoria contemporânea” e, para rechaçá-la, na elaboração de sua teoria da participação, Pateman critica Schumpeter em dois aspectos: primeiro, por atribuir a teóricos clássicos o que eles não disseram²⁵; segundo, por enquadrar no mesmo grupo conceitual teóricos tão divergentes como Rousseau e Jeremy Bentham.

A teoria da participação social de Pateman será melhor explicitada no capítulo 3. Antes, faz-se necessário formular algumas reflexões sobre a insuficiência da exclusividade da representação no processo político democrático.

2.3 A INSUFICIÊNCIA DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.

Atualmente, ao limitar a participação do cidadão às eleições, partidos e grupos de pressão, as teorias hegemônicas da democracia representativa buscam dar uma ideia de estabilidade institucional e fazem com que pareça ser a única forma natural que a democracia pode ter. Essas teorias propagam a noção de que a democracia representativa liberal é o estágio mais elevado de desenvolvimento político (SHETH, 2009, pp. 109-11), pois a organização do poder político deve se dar por intermédio de instituições que intermedeiam as relações entre indivíduos e poder. Assim, a legitimidade decorreria do princípio da maioria²⁶.

Manter a democracia como uma operação que Boaventura de Sousa Santos denomina de *baixa intensidade*

“pode conduzir à integração da economia (capitalista) mundial porque isso ajuda os governos nacionais dos países periféricos a dispersarem e afastarem os movimentos democráticos populares que se opõem à

²⁵ Para Pateman, Schumpeter compreendeu de forma equivocada as causas que fizeram com que o homem típico se afastasse da política.

²⁶ Nesse sentido, ver HELD (1995).

implementação de ajustes estruturais e a outras políticas que a estrutura de poder global transmite aos governos nacionais” (2009, p. 111).

Sheth indica dois movimentos capitaneados pelos teóricos da democracia representativa que viabilizaram incorporar o conceito de participação no interior do paradigma estrutural-funcional dessa teoria. O primeiro quer fazer acreditar que a história da democracia se passa de forma linear e evolutiva (a democracia direta de Atenas deu lugar à democracia representativa, e apenas esta possibilita o funcionamento do Governo em uma escala maior), de modo que algumas noções de participação até podem ser incorporadas na democracia representativa, mas seria um retrocesso pensar em cidadãos participando diretamente de decisões do governo. O segundo movimento evoca a ideia de que os governos atuais precisam de especialistas e peritos, tamanha a complexidade dos assuntos a serem decididos (2009, pp. 111-2). Por esse motivo, a participação de cidadãos nas decisões políticas não seria viável, a não ser como uma atividade política marginal, secundária, como forma de fazer pressão para a consecução das políticas desejadas.

Novamente, assim como ocorreu no Estado moderno, busca-se viabilizar um projeto de Estado em que o direito seja uniforme; fala-se em conceitos universais, em regras comuns, em leis abstratas, em igualdade, desta feita no contexto da globalização econômica. E o discurso da representação, por intermédio do direito de sufrágio, insere-se nesse contexto.

A resistência à representação existe, porém grande parte dos teóricos contemporâneos – aqui incluídos os que defendem a participação direta – não discutem sobre a aceitação do elemento representação no processo democrático, apenas o refutam como forma exclusiva desse elemento, defendendo sua convivência com a participação social, por intermédio de instrumentos de democracia direta ou semidireta (HIRST, 1992; PATEMAN, 1992).

As críticas às teorias de democracia representativa concentram-se na falta de fiscalização das lideranças por parte do povo e de aptidão das eleições para impor limites aos representantes.

O problema da representação se coloca a partir de um hiato que se cria entre representantes e representados. As eleições não oferecem

mecanismos claros, capazes de informar aos eleitores, de forma eficiente, a respeito da qualidade das políticas desenvolvidas pelos políticos eleitos (GUIMARÃES, 2006, p. 40).

Avritzer (2000) elenca três elementos decisionísticos²⁷ e antiargumentativos evidenciados na teoria que se tornou hegemônica na primeira metade do século XX: a noção de que as diferenças culturais não podem ser resolvidas pela argumentação, de forma que estas apenas poderiam ser solucionadas deixando as diferenças de lado; a ideia de que a complexidade somente pode ser administrada pela burocracia estatal, ou seja, apenas existe eficiência com uma gestão não participativa; e, por fim, o pensamento de que não há modificação das ideias dos agentes sociais durante o processo eleitoral, estes têm preferências pré-formadas que não são passíveis de mudança pela argumentação entre pessoas com interesses diferentes.

Hirst (1992), embora desenvolva uma alternativa à representação baseada no corporativismo²⁸, como elemento suplementar à democracia representativa para suprir suas falhas – o que não é defendido neste trabalho –, contribui com lúcidas críticas à democracia representativa vigente nos países ocidentais.

Em sua obra, cujo original britânico data de 1992, Hirst parte do pressuposto de que é inviável romper com o sistema vigente e, em razão dessa constatação que utilizou como premissa, teve como objetivo geral do seu trabalho propor uma maior democratização sem uma crítica cabal da democracia representativa. Fala, não em suplantação da democracia representativa pela participação, mas em complementação.

²⁷ No artigo *Teoria democrática e deliberação pública* (2000), o autor se propõe a caracterizar a passagem, no interior da teoria democrática de um conceito decisionístico de deliberação para um conceito argumentativo de deliberação. É com o propósito de apontar as características da espécie decisionista presente nos autores que classifica como integrantes da “teoria que se tornou hegemônica na primeira metade do século XX” e elenca os elementos ora mencionados.

²⁸ O corporativismo é, para Hirst, um meio de gestão da economia através da negociação entre indústria, trabalho e Estado no âmbito nacional, no regional e no local; é também uma forma de representação dos interesses sociais organizados para permitir uma maior influência popular. Hirst assevera que “é um suplemento valioso para a democracia representativa e tende a sê-lo porque é conveniente para a gestão da economia” (1992, p. 19). Verifica-se que o viés da participação por intermédio do corporativismo é essencialmente econômico; em momento algum, Hirst refere-se a esse arranjo como forma direta de implementação de direitos sociais. Porém, ainda assim, suas críticas à representação como fórmula exclusiva são interessantes, porquanto constata seus limites. Essa constatação pode ser apropriada por nós para justificar a necessidade de uma participação complementar desligada do processo de eleição de governantes.

Assevera que, após a rejeição da democracia representativa pelos movimentos estudantis na década de 1960, na década de 1980, “a esquerda rendeu-se à democracia”, porém sem descurar de grandes problemas, dentre os quais se encontram os níveis baixos de prestação de contas pelo Governo e de influência da população nos processos decisórios (HIRST, 1992, p. 8).

Para promover uma democratização dentro de parâmetros capitalistas – que são os existentes – pelo menos duas principais correntes surgem: o *novo republicanismo*, que propõe o fortalecimento da participação de cidadãos para revitalizar as formas de governo existentes, visando à ampliação de direitos sociais, forte nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha; e, de outro lado, o polo da “sociedade civil”, que encontra eco na experiência do Leste Europeu e nos novos movimentos sociais do Ocidente (como movimentos de integração racial e de gênero) e defende uma sociedade ativa, organizada fora da estrutura estatal, para agir como substituta do Estado.

No modelo adotado no Brasil, aparentemente, prevalece a primeira corrente. Há espaços públicos de formato previamente delineados, previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional, de caráter paritário (membros do Governo e da sociedade civil organizada); porém, na composição desses colegiados, há membros que representam movimentos sociais e organizações sociais não governamentais, que têm como objetivo executar ou fiscalizar determinada política pública setorial.

Em uma breve análise da democracia representativa contemporânea, Hirst observa que ela tem servido mais a legitimar o poder do Governo, “e não como meio de obrigar efetivamente o Governo a prestar contas e a se abrir à influência da população”. E prossegue: “se a democracia de massa dá ao eleitorado o poder real de escolher alguns dos principais membros do Governo, ao mesmo tempo torna a participação política rotineira e a minimiza” (1992, p. 10). Isso por que a limitação da participação não é uma falha de algumas democracias ou ocorre em razão de circunstâncias; é uma característica institucional do sistema democrático de massa.

Uma das desvantagens desse sistema democrático (de massa) é que os grandes partidos monopolizam a agenda política. Até o espaço da oposição é monopolizado por um grande partido, e esta, na esperança de chegar ao poder, evitará o radicalismo (HIRST, 1992, p. 11). Com efeito, esse arranjo, combinado com um governo centralizado, nega o pluralismo e a influência política popular, que é a base social de uma verdadeira democracia, porquanto submete o poder à fiscalização (1992, p. 14).

Ademais, as noções de que o parlamento expressa a vontade do povo e de que a delegação de poder pelo sufrágio legitima esse poder exercido pelos governantes – dominantes na política – trazem em si várias contradições.

Aqui, a observação de Müller a respeito do poder constituinte também pode ser estendida ao Legislativo e ao Executivo: o Poder Constituinte – e aqui o poder do Parlamento – é uma figura de argumentação, a fim de propagar a ideia de que existe uma representação unitária e harmonizadora do povo. Não se admite a cisão do povo em grupos desiguais, pois a Constituição não é ditada por um grupo específico, mas oriunda da totalidade das pessoas (2004, pp. 24-5). Esse discurso promove a noção de que todos são iguais, como se fosse possível uma homogeneidade do povo, que delega poderes aos governantes.

Dentre as contradições decorrentes do argumento da representação, a primeira enumerada por Hirst é o fato de a doutrina identificar processo de decisão e leis. Os eleitores até escolhem algumas das pessoas responsáveis pelas decisões, porém não podem escolher estas diretamente. A segunda contradição está presente na ideia de que as leis são normas gerais e, por isso, não ferem direitos individuais. Essa contradição decorre exatamente do uso legitimador da noção do Estado de direito (que supõe um assentimento democrático), com uma dupla autoridade delegada: do povo para o corpo legislativo e deste para o Governo. Na realidade, o Executivo nem de longe é um servo do Legislativo, tem objetivos a perseguir e ainda é partidário. A terceira contradição apontada por Hirst é de que a avaliação da representação apenas pode se dar em comparação a outro. Ou seja, não existe forma pura de representação, e sim pacotes de mecanismos políticos: sistemas de votação, meios de determinar distritos eleitorais.

Para aferir a representatividade de determinados pacotes, necessariamente há que se compará-lo a outros (1992, pp. 43-6).

Para Hirst, a tendência dos sistemas de democracia exclusivamente representativa cresce por adição, tornando-se fechada e indiferente. Analisando a democracia Grã-Bretanha, o autor registra que, no modelo partidário tal como existente naquele país – de duplo governo de partidos e burocratas –, é difícil obter as mudanças necessárias sociais e econômicas necessárias para enfrentar o declínio econômico e as tensões sociais acarretadas por esse declínio (1992, pp. 40-1). Seria necessário, portanto, uma abertura política para novos arranjos e atores.

Numa análise mais recente do que a de Hirst e sob uma perspectiva sistêmica, Campilongo (2011, pp. 71-8) enumera três fatores que são, comumente, apontados como responsáveis pela crise da democracia representativa: a) a fragilidade dos partidos políticos; b) os desequilíbrios e custos econômicos das campanhas eleitorais; e c) o peso da mídia na formação da opinião pública.

Os partidos não mais se organizam em torno de valores morais e ideológicos estáveis, uma vez que a fragmentação de valores e interesses e a complexidade das decisões políticas impõem agregações de interesses pontuais. Dito de outro modo: a estrutura partidária, criada para fortalecer a representação de interesses numa lógica que envolvia basicamente o Poder Executivo e o Legislativo, torna-se obsoleta num contexto em que as decisões políticas dependem de *outras arenas de escolha pública*, envolvendo circunstâncias econômicas e políticas que superam os lindes do território nacional (CAMPILONGO, 2011, p. 73).

Também não é desprezível o impacto do poder econômico no processo político representativo, alavancando candidaturas, subvertendo uma concorrência que, em princípio, deveria ser livre, tal como a concorrência empresarial de mercado. Disso decorre o terceiro problema apresentado: a influência de uma mídia financiada por grandes anunciantes e capaz de influir significativamente na construção de uma opinião pública que nem sempre representa a vontade livre dos representados no processo político.

Esses fatores, todavia, seriam insuficientes para explicar e determinar essa crise.

Para Campilongo, a crise da representatividade é sistêmica: é impossível haver uma identidade entre a democracia representativa e a opinião pública, traduzida pelos meios de comunicação de massa, pois o sistema político representativo é limitado, não tem condições de apreender a totalidade das demandas complexas da opinião pública e operacionalizá-las adequadamente como temas da política. Assim, a crise de legitimidade pode ser explicada a partir do hiato entre as pretensões ilimitadas da opinião pública e a capacidade limitada de processamento de um modelo representativo, mais do que a mera falta de identidade entre representante e representado (2011, p. 76).

Como a opinião pública é instável, frágil e mutável, ela se vê sempre no presente. Constrói, no presente, seu futuro. Por isso pode-se dizer que a opinião pública é o resultado da evolução da sociedade. A opinião pública é o horizonte de observação da sociedade. Por isso, também, desestabiliza o sistema político, mostra um horizonte vulnerável de possibilidades e incorpora a inevitável contingência do futuro (2011, p. 76).

Na realidade, essa fragilidade é, paradoxalmente, fruto da evolução democrática. Numa sociedade complexa (entendida como complexidade o excesso de possibilidades de escolha), a contingência é a nota da democracia: a possibilidade de inclusão de novos temas, de revisão constante das decisões, de alteração de rumos. A instabilidade, portanto, faz parte da democracia (CAMPILONGO, 2011, p. 74).

Os autores referidos – Hirst e Campilongo – não apresentam como solução a participação social na forma tratada no presente trabalho, mas suas reflexões sobre as limitações da representação nos são úteis para demonstrar a insuficiência do modelo exclusivamente representativo.

3 A PARTICIPAÇÃO SOCIAL.

Para equacionar o problema da crise da democracia representativa, manifestada na perda da vitalidade da própria democracia, em razão dos novos arranjos sociais, fala-se em deliberação no sentido argumentativo e em participação direta, como formas de conferir emancipação aos cidadãos e aos grupos sociais minoritários no que tange à intervenção na vida política.

O principal efeito indesejado da política de promoção da igualdade material, base do estado social ou *Welfare State*, é a implementação de uma relação clientelista e paternalista entre cidadão e Estado. Como já dito aqui de outro modo, a participação na vida pública é substituída pela técnica da burocracia estatal.

A crise fiscal dos Estados e a crise de legitimidade do arranjo político e social do pós-guerra são apontadas como causas concorrentes para o declínio do Estado social (NOBRE, 2004; ALMEIDA, 1995) e, nesse cenário, também despontam os novos movimentos sociais, que questionam a afirmada neutralidade da burocracia estatal. Dito de outro modo: esses novos movimentos questionam a lógica estatal do paternalismo e deixam de simplesmente demandar direitos do Estado (como clientes):

não basta dirigir-se ao Estado com suas reivindicações, mas é preciso participar nas esferas públicas, em espaços de expressão da opinião pública, de modo a fazer com que a própria sociedade reconheça essas reivindicações como legítimas (NOBRE, 2004).

Evidenciado aqui o componente democrático dos direitos fundamentais, o *status activus processualis*, ideia desenvolvida por Peter Häberle no início da década de 1970, que respeita à dimensão procedimental e organizatória desses direitos (SARLET, 2004, p. 169; CANOTILHO, 2008, pp. 72-4). (CANOTILHO, 2008, pp. 72-4) Esse *status* é uma complementação às categorias de direitos da classificação de Jellinek, detalhada na nota de rodapé nº. 47.

Explicitando melhor o que Häberle defende, Canotilho afirma que

(...) o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade.(2008, p. 73).

Nesse cenário, a partir dos anos 70, a teoria democrática fundada no consenso antiargumentativo ou teorias decisionísticas – já explicitadas no capítulo anterior – revela-se enfraquecida, ao passo que outras ganham força (AVRITZER, 2000).

No plano teórico, destacamos a teoria democrática participativa, de Carole Pateman, cuja obra data de 1970. Em seguida, passamos a tratar de algumas experiências de participação ocorridas na América Latina, especialmente nos países que transitaram do regime militar para a democracia, como ocorreu com o Brasil. Na sequência, abordaremos a participação social no Brasil.

3.1 A TEORIA DEMOCRÁTICA DA PARTICIPAÇÃO DE CAROLE PATEMAN

Carole Pateman, cientista política britânica, escreveu *Participation and Democratic Theory*, em 1970, obra em que buscou responder à questão de situar a participação em uma teoria da democracia contemporânea e viável.

Inicia sua obra explicando o receio que se tinha à participação no período pós-guerra, justamente em razão de os regimes totalitários nazifascistas haverem se baseado em altas doses de participação de massas (PATEMAN, 1992, p. 11). Na sequência, critica Schumpeter, nos termos já mencionados no capítulo anterior, para, em seguida, partir de Rousseau, Stuart Mill e Cole – que são os que os contemporâneos como Schumpeter denominaram de teóricos clássicos – a fim de defender que, pelo menos no que concerne à democracia participativa, os clássicos não são irrealistas e obsoletos, como acreditou Schumpeter. Pateman utiliza esses teóricos como referencial para demonstrar o contrário: que é possível dotar o cidadão comum de instrumentos para estar presente em alguns aspectos da “vida política”, o que pode ser alcançado por intermédio da participação.

Pateman refere-se a esses autores como *teóricos da democracia participativa*. E prossegue:

Davis (1964) dizia que a teoria clássica (ou seja, a teoria da democracia participativa) tinha um propósito ambicioso, “a educação de todo um povo até o ponto em que suas capacidades intelectuais, emocionais e morais tivessem atingido o auge de suas potencialidades e ele tivesse se agrupado, ativo e livremente, numa comunidade genuína”, e que a estratégia para alcançar este objetivo seria por meio do uso da “atividade política e do governo com vistas à educação pública, a qual, no entanto, depende da participação em muitas esferas da sociedade na ‘atividade política’ entendida num sentido bastante abrangente” (1992, p. 33)

Dentre as ideias de sua teoria, Pateman destaca que não basta para a democracia a existência de instituições representativas no âmbito nacional. É preciso que o máximo de participação ocorra em outras esferas, para que o indivíduo possa desenvolver suas qualidades psicológicas e adquirir prática de habilidades e procedimentos democráticos. Essa função – a educativa – é a principal da teoria da democracia participativa.

Ao afirmar isso, não parece que esteja rechaçando a necessidade de uma liderança (teoria de Schumpeter), mas reconhecendo sua insuficiência. Ela inicia seu trabalho asseverando que, embora Rousseau tenha escrito sua obra em época anterior às instituições modernas da democracia e sua cidade seja não industrial, há, em sua obra, “hipóteses básicas a respeito da função da participação em um Estado democrático” (PATEMAN, 1992, p. 35).

Vale destacar alguns aspectos da teoria de Rousseau apropriados por Pateman: a participação ocorre na tomada de decisões propriamente (não apenas na escolha dos líderes); serve para proteger os interesses privados e assegurar um bom governo; deve ser exercida diretamente pelos indivíduos, e não por grupos organizados, sendo admitidos estes apenas se inevitáveis, porém, caso isso ocorra, devem ser tão numerosos quanto possível, evitando-se que grupos vençam às custas de outros.

Pateman vislumbra como principal função da participação na teoria de Rousseau a educação política. Seu sistema ideal “é concebido para desenvolver uma ação responsável, individual, social e política como resultado de um processo participativo” (PATEMAN, 1992, p. 38). É a partir da efetiva participação que o

indivíduo passa a agir de acordo com seus próprios desejos, aprendendo a ser realmente um cidadão.

Além da função educativa, outras se destacam: a participação faz com que as decisões coletivas sejam aceitas mais facilmente; ela dá a sensação de que cada indivíduo pertence à sua comunidade (PATEMAN, 1992, p. 41).

Mill reforçou as ideias de Rousseau no que diz respeito à função educativa, ao aumento da autoestima do indivíduo por intermédio da participação em questões públicas. Para Mill, quando o indivíduo se ocupa de seus assuntos particulares, como ganhar dinheiro, deixa de desenvolver capacidades para uma ação pública responsável (PATEMAN, 1992, p. 45). Também conferiu grande importância à função integrativa, salientando o papel da discussão política na transformação de um indivíduo em membro da comunidade. Vislumbrou a participação na organização industrial como preparatória para a vida pública.

A crítica que Pateman faz a Mill parece devida: ele adotava como pressuposto para esse exercício de participação na indústria a substituição de uma relação de subordinação por uma de cooperação entre trabalhadores e empregadores. Acreditava que essa cooperação seria inevitável, na medida em que os trabalhadores já haviam saído do estado de tutela (PATEMAN, p. 50-51). Essa premissa não parece possível e, de fato, quase meio século depois, não se operaram as transformações citadas; ao contrário, o que se observa é que, sob o discurso do “bem-estar do trabalhador”, diversas formas de subjugação do indivíduo são empreendidas, com o objetivo de posicioná-los de modo a servir o sistema de produção.

Mill ainda trouxe novas e mais amplas dimensões à teoria rousseauniana, na opinião de Pateman: vislumbrou sua aplicação à sociedade em larga escala – a sociedade industrial – o efeito educativo, que ocorre no âmbito local (1992, p. 46), e é nesse âmbito (local) que se aprende a democracia, para, então, exercê-la no plano nacional.

Pateman sintetiza sua teoria da democracia participativa da seguinte forma:

é construída em torno da afirmação central de que os indivíduos e suas instituições não podem ser considerados isoladamente. A existência de instituições representativas a nível nacional não basta para a democracia; pois o máximo de participação de todas as pessoas, a socialização ou treinamento social precisa ocorrer em outras esferas, de modo que as atitudes e qualidades psicológicas necessárias possam se desenvolver. Esse desenvolvimento ocorre por meio do próprio processo de participação. A principal função da participação na teoria da democracia participativa é, portanto, educativa: educativa no mais amplo sentido da palavra, tanto no aspecto psicológico quanto no de aquisição de prática de habilidades e procedimentos democráticos. (1992, pp. 60-1).

A autora chama a atenção para a inexistência de risco para a estabilidade do sistema com o máximo de participação, ao contrário do que defendiam seus antecessores. Para ela, a participação “promove e desenvolve as próprias qualidades que lhe são necessárias; quanto mais os indivíduos participam, melhor capacitados eles se tornam para fazê-lo” (1992, p. 61).

Uma das grandes dificuldades, no âmbito do exercício direto ou semidireto da democracia pela população, é a apatia política, que esteve presente mesmo na Grécia Antiga, onde se chegou inclusive a fazer reformas – como Clístenes procedeu – a fim de conferir estímulos à participação dos cidadãos, como a remuneração pela atividade política na *polis* grega²⁹.

Sob influência do socialismo liberal de G. D. H. Cole, Pateman assevera que “as esferas de atuação como a indústria, poderiam ser vistas como esferas de atuação política por excelência, oferecendo áreas de participação adicionais ao âmbito nacional” (1992, p. 61). Desse modo, o remédio para combater a apatia política³⁰ seria a combinação entre dois fatores: a atividade educacional política abrangente e a vida política que os indivíduos teriam no interior da indústria, por ser onde passam a maior parte de seu tempo.

Ao defender a necessidade de educação política, Pateman admite que o homem médio não possui atributos para a política, alinhando-se ao pensamento de Schumpeter. Com efeito, parece que ambos os teóricos apenas divergem da solução apontada para essa falta de educação política: para Schumpeter, é a liderança; para Pateman, a educação política.

²⁹ A respeito, a nota de rodapé 6.

³⁰ Que seria, para Schumpeter, a preponderância da liderança na tomada de decisões governamentais.

Por fim, Pateman, quando trata da participação, a concentra no âmbito da indústria, onde é possível o exercício direto por parte do indivíduo; não se debruça, porém sobre a problemática da participação em um quadro de grandes estruturas de Estado, possivelmente porque, à época da publicação da sua obra, as principais demandas sociais referiam-se aos impasses entre empregados e trabalhadores.

Posteriormente, outros teóricos trataram da deliberação em sua perspectiva argumentativa³¹, como fizeram Jürgen Habermas e Joshua Cohen, que vão um pouco além de Pateman ao transportar a participação direta do âmbito da indústria para a esfera pública.

Interessante o registro de Canotilho, quando trata da dimensão procedimental dos direitos fundamentais nos anos 1970 e nos anos 1980: enquanto naquela década, a participação no procedimento é complementar à democracia, nos anos 1980, ela é uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais (2008, p. 75).

Habermas (2012) entende que a democracia deliberativa é realizada de duas formas: pela formação da vontade que é construída de forma democrática em espaços institucionais e também pela construção da opinião informal em espaços não governamentais.

Para Habermas, os atores podem tão somente influenciar a esfera administrativa; eles não possuem poder político. Somente depois que passa pelos filtros dos procedimentos institucionalizados na formação democrática da opinião e da vontade política, gerando uma forma legítima de legislação, é que a opinião pública se transforma em poder administrativo. Para ele, a opinião pública é informal e deve manter-se informal (AVRITZER, 2000).

A concepção de deliberação argumentativa habermasiana tinha um problema que Cohen tentou solucionar, que era justamente o fato de Habermas somente vislumbrar a deliberação em arranjos argumentativos fora dos sistemas

³¹ Remetemos o leitor à nota 27, em que se estabelece a diferenciação entre deliberação no sentido decisionístico e no sentido argumentativo.

político e administrativo. Dessa forma, esses arranjos não assumiam a forma institucional (AVRITZER, 2000).

Cohen transformou o processo de discussão argumentativa a que Habermas se referiu em processo de deliberação institucional: ele tentou “propor um procedimento capaz de conduzir a decisões políticas em situações nas quais a pluralidade de valores e concepções morais aparece como dada” (AVRITZER, 2000).

Sua ideia – que denominou de Poliarquia Diretamente Deliberativa – era institucionalizar soluções de problemas diretamente pelos cidadãos e não somente promover discussão informal com possíveis influências na esfera política formal (FARIA, 2010; COHEN, 1989). No modelo desenvolvido por Cohen, haveria um novo modo de funcionamento das instituições políticas: em um modelo ideal, os indivíduos apresentam suas razões, seus interesses e, ao final, terão condições de chegar a um consenso (AVRITZER, 2000).

Uma diferença entre Habermas e Cohen que é cara para esta pesquisa é que este vê legitimidade em decisões que não ocorram pelo consenso, ao contrário daquele, pois ainda que haja discordância e a decisão precise ser tomada pela regra da maioria, em razão do diálogo estabelecido, a minoria vencida aceitará a decisão vencedora (FARIA, 2010).

Não é objeto deste trabalho, quer em razão da definição do âmbito de pesquisa, quer em razão de suas limitações, realizar uma profunda análise dos teóricos políticos da democracia, mas tão somente trazer o posicionamento de alguns dos principais autores que trataram do tema, a fim de situar o leitor sobre o papel e a forma da participação popular nas principais teorias democráticas.

3.2 A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA AMÉRICA LATINA

O processo de democratização dos países da América Latina, ocorrido no início dos anos de 1980, teve forte influência dos movimentos sociais, inseridos em uma luta pela ampliação do político e pela transformação de práticas

dominantes, além de inserção na política de excluídos. Essa presença gerou a necessidade de se constituir uma nova gramática social que viabilize transformações nas relações de gênero, de raça e de etnia (AVRITZER; SANTOS, 2009, p. 53).

Nas últimas décadas, na maioria dos países da América Latina, houve a institucionalização de mecanismos de participação da sociedade, o que ocorreu mediante a realização de reformas constitucionais e legais que garantem uma maior participação dos cidadãos nos assuntos políticos” (JARA, 2006).

Em vários desses países, o instrumento essencial de participação social é o orçamento participativo, como ocorre na Argentina, Peru, dentre outros. Outros possuem modelos mais semelhantes ao brasileiro, como o Equador. Passemos a trazer algumas experiências de participação na América Latina.

No Peru, por exemplo, há colegiados à semelhança dos nossos conselhos de políticas públicas. No entanto, esses colegiados são incorporados ao instituto do orçamento participativo, que não têm previsão específica na Constituição, mas estão previstos na *Ley Marco del Presupuesto Participativo* ou Lei Marco do Orçamento Participativo (nº. 28056).

Grompone relata que, naquele país, a participação popular está constitucionalmente prevista e se evidencia por intermédio de três institutos: há um que se assemelha à iniciativa popular de lei, em que 0,3 % dos eleitores podem fazer com que o Congresso considere uma determinada iniciativa legislativa. A segunda forma de participação é a do referendo e, por fim, também há previsão do afastamento das autoridades locais, em que pelo menos 25% dos eleitores de uma localidade podem manifestar rechaço à gestão de um prefeito ou vereador (2009, p. 102).

O autor registra que, dentre os instrumentos de participação previstos na Constituição, o único que efetivamente é exercido é o do afastamento. Isso acontece principalmente em localidades predominantemente rurais, pois o número reduzido de eleitores viabiliza atingir a quantidade de assinaturas mínimas e, além

disso, por haver grande fragmentação política, muitos prefeitos são eleitos com pouca porcentagem de aprovação (2009, p. 209).

Por se tratar de tema que interessa a essa pesquisa, registra-se o que o autor observa sobre a (ir)relevância da opinião da população: “algumas consultas que os cidadãos promovem, às vezes de acordo com as autoridades locais, não são mais que uma simples pesquisa de opinião e não são levadas em conta” (GROMPONE, 2009, p. 103).

Os orçamentos participativos surgiram no contexto do retorno à democracia peruana, com o objetivo de tornar mais transparente a distribuição de recursos. Após treze anos de conflito armado interno, que se iniciou na década de 1980, pretendia-se que as organizações camponesas estabelecessem uma relação com as autoridades (GROMPONE, 2009, p. 106), escolhendo as prioridades na aplicação do dinheiro público.

A Constituição do Peru, de 1993, prevê que participar do governo municipal é direito e dever dos moradores do País, deixando para a lei a regulação dos mecanismos diretos e indiretos da participação (artigo 31).

Grompone critica o número excessivo de regras para disciplinar o orçamento participativo, assim como a padronização de regras para diferentes comunidades, em população, em tradição política, em território, dentre outras dissonâncias. O orçamento participativo era complementado pelos Planos de Desenvolvimento Concertado, que eram iniciativas propostas pela sociedade organizada às autoridades regionais e aos prefeitos (Lei Orgânica de Governos Regionais nº. 27.862, complementada pela Lei nº. 27.902). Existiam colegiados semelhantes ao que encontramos no Brasil, lá denominados Conselhos de Coordenação Regional (CCR) e Conselhos de Coordenação Local (CCL) provincial e distrital, ambos integrados por prefeitos das províncias e por representantes da sociedade civil. A paridade, entretanto, não existia: 60% de seus membros eram governamentais e apenas 40% pertenciam à sociedade civil.

Assim como se passa no Brasil, naquele país, havia receio, por parte dos governantes eleitos, que grupos mobilizados interferissem em sua gestão. Os

defensores do instituto, em contrapartida, salientavam o reconhecimento da insuficiência do sistema político e sustentavam que o instituto buscava fortalecer o sistema (GROMPONE, 2009, pp. 107-8).

A lei marco do orçamento participativo (nº. 28.056), estabeleceu regras para o processo de que, prevendo oficinas de trabalho, instâncias de capacitação e identificação dos participantes. GROMPONE (2009) critica a padronização legal promovida pelo Ministério de Economia e Finanças, que não se coadunaria, a seu ver, com realidades locais as mais diversas, razão pela qual as CCLs foram perdendo importância.

Um outro colegiado existente é o comitê de vigilância, nomeado pela comunidade e que tem a função de noticiar discrepância entre o que é decidido de forma participativa e é cumprido.

Algumas iniciativas são destacadas pelo autor como de maior êxito, porquanto adaptaram o sistema às necessidades locais. É o caso de Limatambo, um distrito camponês de Villa El Salvador localizado em Lima e que possui mais de trezentos mil habitantes. Esse distrito criou o Conselho Comunal e de Moradores, com reuniões trimestrais, onde se reuniam seis delegados (três homens e três mulheres) de cada comunidade e dos bairros urbanos, com o objetivo de discutir sobre recursos, obras, infraestrutura e serviços básicos. Apesar da dificuldade de consenso, há notícia de progressos substanciais no funcionamento do conselho (GROMPONE, 2009).

Dentre os problemas da participação social peruana apontados por Grompone (2009), encontra-se a falta de continuidade das ações relativas ao orçamento participativo quando há mudança de prefeito; a falta de penetração no âmbito local da classe política; a debilidade das organizações, em razão da grande influência da proposta neoliberal. Além disso, é frequente que as autoridades governamentais que fazem parte dos CCLs fixem unilateralmente tetos orçamentários e conduzam a participação da sociedade civil; as equipes técnicas tentam impor seus critérios por entender que a população não tem condições de avaliar adequadamente a realidade ou mesmo modificam critérios definidos pela comunidade – quer por clientelismo, quer por discordar das decisões da sociedade

civil, quer por relações de clientelismo – sob o argumento de que os projetos não alcançam padrões mínimos de qualidade.

Panfichi e Dammert (2006), que tratam sobre uma outra experiência de participação naquele país – a saber, as Mesas de Concertação para a Eliminação da Pobreza – também relatam que setores importantes da classe política sentiram-se incomodados com a participação da sociedade civil e neutralizaram progressivamente os mecanismos participativos, sob o argumento do poder conferido pela representação obtida nas eleições. Em seguida, imputam isso à recente democratização, sem modificações profundas nas raízes autoritárias.

Grompone registra que os casos de orçamento participativo bem sucedidos são exatamente aqueles em que se formulam inicialmente consultas em bairros ou aldeias locais, nas quais se estabelecem prioridades, nomeiam-se delegados e se discutem previamente as questões. Apenas assim, há um processo que efetivamente retrata os interesses da comunidade.

No Equador, a nova Constituição, elaborada pela Assembleia Constituinte e ratificada em um referendo ocorrido em outubro de 2008, consagrou a participação social.

O contexto equatoriano, durante a elaboração dessa nova Constituição foi o de saída de uma intensa crise política: em dez anos, seis presidentes se sucederam e três deles foram destituídos por pressão popular. Enquanto um grupo defendia reformas neoliberais, outro se opunha, até que, nos anos de 1990, uma parte das organizações populares exigiu uma nova constituição, que contemplasse maior inclusão e equidade social (TRUJILLO, 2009, p. 29), razão pela qual, em 1998, foi constituída uma assembleia por voto popular, com o objetivo de elaborar a nova Carta.

Essa Constituição, embora supostamente fosse fruto de uma conciliação entre grupos antagônicos, viu surgir uma longa crise política, financeira e econômica. Os setores empresarial e político eram parceiros e este se tornou refém do primeiro. A falta de regulação do setor financeiro acarretou uma crise bancária grave e o Estado foi que assumiu os prejuízos.

Formava-se na sociedade um movimento que visava a pôr fim à colusão de interesses entre empresários e políticos, gerando falta de legitimidade da classe política, pois ela era cúmplice dos abusos, segundo essa visão. Utilizavam o termo *partidocracia* para nominar a política própria dos partidos, representada pela direita e pelos grupos ligados às oligarquias e que era rechaçada, para conferir força aos cidadãos, sem vínculos com partidos com e política (TRUJILLO, 2009, pp. 30-1).

Nesse cenário de deslegitimação da classe política, o então presidente Rafael Correa, com o discurso de pôr fim à *partidocracia*, conseguiu maioria para instalar a Assembleia Constituinte de 2008, sob o argumento de que “era necessário criar uma ordem social que não permitisse o neoliberalismo” (TRUJILLO, 2009, p. 32).

Além de um extenso rol de direitos de liberdade, políticos e sociais, a Constituição de 2008 previu os direitos de participação, dentre os quais está a “participação em democracia”, que compreende a participação na tomada de decisões, no planejamento de gestão e controle das instituições e dos representantes.

Além dos instrumentos de democracia representativa, portanto, também é consagrada, na carta constitucional a democracia direta e comunitária, em que a participação do cidadão pode ocorrer por intermédio de organizações ou simplesmente por pessoas de modo individual, não vinculadas a entidades ou partido político.

Existem instâncias de participação nos três níveis de governo, formadas por representantes das autoridades eleitas, representantes do nível da divisão político-administrativa (município, província, paróquia) e também os da sociedade civil. Cabe a essas instâncias

“elaborar planos e políticas públicas; melhorar o investimento público, definir agendas de desenvolvimento; fortalecer a democracia com mais transparência, exigência de prestação de contas e exercício de controle dos representantes em todos os níveis do Estado, impulsionar a formação cidadã e processos de comunicação” (TRUJILLO, p. 38).

Essa participação é feita por audiências públicas, inspetoriais, conselhos consultivos, dentre outros meios. O artigo 101 da Constituição estabelece que, em cada instância de representação, deve haver uma cadeira vazia para um representante da sociedade civil. Também há participação da sociedade civil nos “Conselhos Nacionais de Igualdade”, previsto no art. 156 da Carta, e que os quais devem ser responsáveis pelo acompanhamento das políticas públicas de cada área.

Ao lado da participação nos processos decisórios, de forma semelhante ao Brasil, ela também existe na forma de controle social e é exercida pelo “Conselho de Participação cidadã e de controle social”, cujas funções estão elencadas no art. 208 da Constituição:

Promover a participação e a deliberação pública, estabelecer os mecanismos de controle social, instar entidades a assumir questões que sejam de sua alçada, investigar casos de corrupção, proteger as pessoas que denunciem corrupção, nomear o procurador do Estado e os superintendentes de algumas entidades privadas (como bancos, companhias) a partir de listas tríplices elaboradas pelo Executivo.

Todas essas funções, antes exclusivamente afetas ao Legislativo, passaram a caber ao Conselho de Participação e Controle Social, possivelmente também em razão do excesso praticado pelos arranjos entre partidos,

Para este exercício, o poder dos representantes é diminuído, ou seja, o poder do voto popular, do qual também resulta o presidente. Este poder cidadão e, assim, colegislador e controlador de fato. Efetivamente, implica a perda da defesa do exercício da representação política e a constituição de um poder acima dela que não provém do voto popular, mas das possibilidades de exercício da democracia direta (TRUJILLO, 2009, p. 40).

Por fim, instituiu-se no Equador um “Sistema Nacional Descentralizado de Planejamento Participativo”, que é integrado por um conselho nacional de planejamento e conselhos vinculados aos demais níveis de governo, sempre compostos por representantes do Governo e da cidadania. De modo semelhante ao caso brasileiro, o desenho dessas instituições revela uma busca de concertação entre as pessoas que simbolizam a democracia representativa e as que simbolizam a cidadania (TRUJILLI, 2009, p. 41).

Na Argentina, inexistem instrumentos de participação na gestão pública na ordem constitucional. Observa-se apenas o exercício da participação

pela iniciativa legislativa popular e por instrumentos de consulta popular, como referendo e plebiscito.

Porém, no âmbito de Buenos Aires, na sua Constituição (art. 1º) há a previsão de organização de suas instituições de forma democrática e participativa. Também foi instituído (art. 52) o orçamento participativo, por influência da prática que já ocorria em Porto Alegre (PERUZZOTI, 2010).

O México não teve o desenvolvimento da participação social tanto quanto em outros países. Em 2000, com a derrota do Partido Revolucionário Institucional, ocorreu a queda do regime autoritário mais duradouro do Século XX. A derrota do regime é resultado da mobilização da sociedade civil a partir de meados da década de 1980 (OLVERA, 2002).

Entretanto, as lutas de setores do povo, como sindicatos, organizações camponesas e movimentos urbanos, foram perdendo eficácia especialmente no início dos anos 90. Nesse período, as lutas eleitorais adquiriram centralidade e muitos elementos da sociedade migraram para o campo das lutas partidárias ou para movimentos em prol da democracia (OLVERA, 2002).

Assim, embora o espaço político tenha se aberto para a ação dos atores civis, essa ação restringiu-se à atuação político-partidária: nenhum partido pensou novas formas de contato com a cidadania ou abriu novos espaços de transcendência política. Em outras palavras: a luta pela democratização do México mobilizou os setores da sociedade civil para a luta pela democracia, porém com um viés político-partidário, deixando de lado o diálogo Estado/Sociedade Civil.

Na Constituição mexicana, o único mecanismo de cogestão previsto é a Comissão Nacional de Trabalhadores (art. 123, fr. IX) e, de caráter consultivo, existe o Sistema Nacional de Planejamento Democrático (art. 26) e o Conselho Consultivo (art. 102) (JARA, 2006).

Além das experiências ora relatadas, podemos enumerar ainda outros países que possuem, em seu texto constitucional, participação na gestão pública: o Chile prevê em sua Carta essa cogestão no Conselho Nacional de Televisão (art. 19, fr. 12) e no Conselho Regional (art. 102); a Colômbia estabelece

os Conselhos de território indígena (art. 331), a Comissão de seguridade social (transitório 57); na Constituição de El Salvador, existe previsão do Conselho Superior de Saúde Pública (art. 68); a Constituição uruguaia consagra os Conselhos Diretivos Autônomos de Educação (art. 202), o Conselho Diretivo da República (art. 203), o Conselho Nacional de Ensino Primário e Normal (transitório N); na Venezuela, estão presentes a Assembleia de cidadãos e cidadãs, instâncias de atenção cidadã, cogestão (art. 70) e o Conselho Nacional Eleitoral.

3.3 A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO BRASIL

As constituições brasileiras anteriores à de 1988 não tinham previsão de garantia e promoção de direitos sociais, tampouco de instrumentos para a consecução de políticas públicas a fim de promover esses direitos ou instrumentos de participação cidadã.

A única referência relativa à participação de cidadãos por intermédio de elementos alheios ao voto existe na Constituição de 1824. Nela, possivelmente em decorrência do direito português, eram previstos os “conselhos gerais de província”, que eram formados por cidadãos, obedecidas algumas condições, como a renda mínima, dentre outras. A esses colegiados caberia “propôr, discutir, e deliberar sobre os negócios mais interessantes das suas Províncias; formando projectos peculiares, e accommodados às suas localidades, e urgências” (art. 81).

De acordo com o texto constitucional, esses conselhos eram proibidos de propor ou mesmo deliberar sobre interesses gerais da Nação, sobre quaisquer ajustes com outras províncias, dentre outras questões, a fim de evitar independência do poder do imperador. As resoluções dos conselhos eram remetidas ao Executivo, a fim de que este enviasse à Assembleia Geral como proposta de lei, e a Assembleia, por seu turno, avaliasse sobre a possibilidade de convertê-las (artigos 84 a 88).

Pode-se afirmar que, considerando o contexto histórico, bem como o fato de ainda não haverem sido semeadas as ideias do Estado social, deduz-se que as matérias objeto de deliberação desses conselhos eram de interesse local,

porém sem qualquer referência a direitos sociais. No auge do modelo liberal de Estado – que estava a todo vigor na Europa Ocidental – sequer se cogitava a promoção de direitos sociais.

Os conselhos gerais das províncias eram compostos por intermédio de eleições indiretas: as assembleias paroquiais escolhiam os eleitores da província e estes, os representantes da nação e da província (artigo 90). Esses eleitores de província também precisavam cumprir alguns requisitos, como idade e renda mínimas.

A Constituição de 1891 suprimiu a previsão dos conselhos de província e, nas cartas que se seguiram, sequer se falou em participação popular.

Sobre o início do século XX, Tatagiba (2002, p. 92) registra que, a partir de 1930, passou a existir a participação da sociedade, acompanhando a ampliação das atividades do Estado, porém, isso não significou a democratização das decisões, uma vez que a função desses membros era meramente consultiva. As decisões sobre políticas públicas eram, na realidade, extremamente centralizadas no âmbito do Executivo Federal (ALMEIDA, 1995, P. 88).

Gohn (2001, pp. 49-50) noticia que o único registro de participação existente é o relativo às propostas de “desenvolvimento da comunidade”, ocorrido nos anos 50, geralmente atrelados a instituições americanas que prometiam ajuda a países não desenvolvidos no contexto da Guerra Fria. Ressalva, porém, que tal participação era comprometida com seus mentores, porquanto era “pensada como incorporação dos indivíduos em ações previamente elaboradas pelas autoridades ou grupos de missionários que desenvolviam programas assistenciais nas comunidades”.

Desde a década de 1970, começaram a se formar grupos compostos por moradores, amigos, vizinhos, com o objetivo de discutir problemas concretos por ele vivenciados, especialmente nas periferias das grandes cidades, constituindo os denominados movimentos populares (SOUSA JÚNIOR, 2002, p. 54).

Somente na década de 1980, foi que passou a existir uma participação mais efetiva desses grupos em tomadas de decisões, em razão dos movimentos sociais, sindicatos, associações comunitárias, comunidades eclesiais de base etc. Esse foi um período de luta nacional pelo reconhecimento de direitos sociais, pelo direito de eleger os representantes. Já no final da década de 1970, iniciaram-se os protestos e as mobilizações pela democratização no Brasil.

Nesse contexto, assim como ocorria no plano internacional, noticiado por NOBRE (2004) no capítulo anterior, a luta pela participação envolvia mais que demandas contra o Estado: objetivava-se a criação de canais participação e se começou a discutir também como seriam esses canais (GOHN, 2001). Inicialmente, buscava-se a mera presença e, com o tempo, passou-se a efetivamente constituir um campo democrático no seio da sociedade civil, formado por movimentos sociais os mais diversos, organizações não governamentais, partidos oposicionistas. Porém, para Gohn, ainda na década de 1980, colegiados arquitetados, que atuavam por vezes com base valores como o clientelismo e o paternalismo, serviam apenas para legitimar uma pseudodemocracia.

O resultado da luta pela redemocratização e pela maior presença da sociedade civil nas decisões governamentais acarretou a previsão da participação social na Constituição vigente, fruto da atuação de movimentos sociais contra o regime institucionalizado e preparar a sociedade para o rompimento da ordem vigente (LYRA, 2007). Além dos movimentos sociais, capitaneados principalmente pela classe trabalhadora, que almejava melhores salários e condições de trabalho, também foi fator decisivo para as disposições constitucionais de fortalecimento da democracia participativa a consolidação das instituições de cunho filantrópico³².

Analisando esse contexto, Gilson Carvalho registra que, na base de tais movimentos, estava a classe trabalhadora (2007, p. 39) e foi com a participação maciça dos movimentos sociais que a VIII Conferência Nacional de

³² A respeito da execução de políticas por entidades da sociedade civil, é importante registrar a ambiguidade existente entre tais parcerias entre Estado e ONGs, pois implica, por vezes, a não responsabilização do Estado de realizar suas tarefas e garantir o acesso aos direitos fundamentais. Assim, deixa-se aberta a implementação das políticas garantidoras desses direitos aos interesses privados, que, comumente, são de cunho assistencialista, tornando os beneficiários dependentes da ajuda privada.

Saúde, ocorrida em 1986, deu origem ao Sistema Único de Saúde – SUS tal qual ele está previsto na Constituição Federal.

Além desses fatores, também se observa que a participação social está intimamente relacionada à descentralização da formulação e da execução das políticas sociais, e esta se deu em razão da grave crise fiscal enfrentada pelo Estado. A fiscalização das ações dos entes da federação pela população, por intermédio dos mecanismos de participação previstos constitucionalmente, veio como corolário da descentralização (ALMEIDA, 1995, p. 92).

A CF/88 acolheu, em seu modelo democrático, diversas formas de participação da comunidade, como aponta Gilson Carvalho, que prefere falar em *participação da comunidade* ao invés de *controle social*:

a) Todo poder emana do povo (CF, 1, § único); b) Participação do trabalhador, do empregador (CF, 10); c) Participação do usuário na administração pública (CF, 37); d) Participação dos trabalhadores, empregadores, aposentados na gestão da seguridade (CF, 194); e) Participação da comunidade (CF, 198); f) Participação popular (LC 101,2000, art. 48, § único); f) Participação da comunidade na gestão (Lei 8.142/90).

Além disso, a Constituição ainda prevê que deve haver colaboração de associações representativas da coletividade no planejamento municipal (art. 29, XII, CF); a colocação das contas dos municípios à disposição dos cidadãos (artigo 31 § 3º); a participação dos usuários dos serviços públicos nas Administrações Direta e Indireta (art. 37, § 3º); a realização de audiências públicas pelo Legislativo com entidades da sociedade civil (art. 58, § 2º, II); a obrigação de o gestor dar informações e de ouvir o cidadão (artigos 74, § 2º e 75); a obrigação de o gestor assegurar aos conselheiros a oportunidade de formulação de estratégias e acompanhamento e fiscalização dos fundos de saúde (artigo 77, § 3º, ADCT) e do orçamento; a colaboração da sociedade para a defesa do patrimônio cultural brasileiro (artigo 216, § 1º) e do meio ambiente (artigo 225); a participação popular na formulação de políticas de assistência social (artigo 204) e em defesa da criança e do adolescente (artigo 227, § 7º).

Assim, observa-se que o texto constitucional tende a promover a participação dos cidadãos na formulação de políticas públicas sociais e na escolha

de prioridades para destinação do dinheiro público (orçamento participativo), independentemente do exercício do direito ao voto. É a consagração da participação ao lado da representação, pelo menos no plano da previsão constitucional.

Ao reconhecer a participação da sociedade como um dos elementos-chave na organização das políticas públicas definidoras de direitos sociais, o constituinte agiu de modo a garantir os instrumentos para a efetivação dos direitos sociais e conferir maior legitimidade a quem escolhe as políticas públicas para a efetivação de tais direitos. Muitos autores apontam esse tratamento privilegiado à participação popular como uma das importantes inovações institucionais ocorridas no Brasil³³.

No Brasil, os arranjos deliberativos expressos nas figuras dos orçamentos participativos e dos conselhos de políticas têm pelo menos três características centrais, como Avritzer aponta: primeiro, implicam uma cessão de espaço decisório por parte do Estado; segundo, a forma com que esses arranjos tratam a informação que é importante para as deliberações de governo difere dos modelos antiargumentativos³⁴: a informação é tornada pública³⁵; a terceira característica é a “possibilidade de testar múltiplas experiências”, porquanto parte da noção de que “a inovação institucional depende da capacidade de experimentar e partilhar resultados”. Assim, enquanto os arranjos decisionísticos têm como elemento central a unidade, os deliberativos o têm na diversidade e na possibilidade de variação (2000).

³³ A respeito, veja-se SILVA, F. B. (2005).

³⁴ Nesses modelos, as informações que a burocracia detém não precisam se tornar públicas tampouco ser divididas com os atores, afinal quem tomará a decisão será o aparato estatal, sem a intervenção dos demais agentes.

³⁵ “Os arranjos deliberativos se baseiam em duas mudanças em relação a essa concepção de informação. A primeira é que o Estado, assim como o mercado, possui informações incompletas para a tomada de decisões e que, portanto é preciso que os atores sociais tragam informações para que a deliberação contemple plenamente os problemas políticos envolvidos. Em segundo lugar, tais informações têm que ser partilhadas e discutidas, isso é, os arranjos deliberativos assumem que as informações ou soluções mais adequadas não são *a priori* detidas por nenhum dos atores e necessitam serem construídas coletivamente” (AVRITZER, 2000).

Para Silva, F. B. (2005, p. 275), três enunciados sintetizam os sentidos que a participação social passa a tomar:

- a) a participação social promove transparência na deliberação e visibilidade das ações, democratizando o sistema decisório;
- b) a participação social permite maior expressão e visibilidade das demandas sociais, provocando um avanço na promoção da igualdade e da equidade das políticas públicas; e
- c) a sociedade, por meio de inúmeros movimentos e formas de associativismo, permeia as ações estatais na defesa e alargamento de direitos, demanda ações e é capaz de executá-las no interesse público.

Assim, a demanda pela participação social nos processos decisórios das políticas públicas consolidou-se na Constituição por meio da determinação da gestão democrática e participativa, a qual também foi institucionalizada por leis infraconstitucionais.

À presente pesquisa, interessam os conselhos sociais gestores de políticas públicas, e é desse assunto que trataremos no capítulo a seguir.

4 OS CONSELHOS SOCIAIS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O presente capítulo destina-se a tratar propriamente do instrumento de participação definido como conselho gestor de política pública. Nele, serão abordados seus referenciais históricos referidos na literatura sobre a matéria, suas características, a natureza de suas decisões, seus mecanismos e sua dinâmica de trabalho, como reuniões, conferências, interação com a sociedade, suas principais dificuldades junto ao gestor público.

Ao final, introduziremos o cerne da pesquisa, para refletir sobre a possibilidade de suas decisões terem caráter vinculante para o Executivo. A partir dessa construção, teremos a base para adentrar no último capítulo, no qual buscaremos apontar alguns parâmetros para a forma com que o Judiciário poderá fazer o controle dessas decisões políticas.

4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS POSSÍVEIS ORIGENS DOS CONSELHOS.

Afirma-se que “os conselhos são uma invenção tão antiga quanto a própria democracia participativa e datam suas origens desde os clãs visigodos” (GOHN, 2001, p. 65). Gohn noticia que, em Portugal, entre os séculos XII e XV, existiam *concelhos*³⁶ municipais, que eram a forma de administrar suas colônias. Registramos, todavia, que esses *concelhos* não devem ser confundidos com os instrumentos de cogestão tratados nessa pesquisa. Representam tão somente formas de organização político-territorial (HESPANHA, 1994, pp. 103-7).

Teixeira aponta a origem dos conselhos a partir de três vertentes: a resultante de movimentos insurrecionais, como ocorreu com a Comuna de Paris e os *soviets* da Rússia (FERRAZ, 2008, p. 4; COSTA, 2002, P. 94; GOHN, 2001, p. 65; MENDES, 2007, p. 7); a de instância de poder nos lugares de trabalho; e, por fim, nos países de capitalismo avançado, como arranjos neocorporativistas com

³⁶ A grafia com “c” era a vigente à época.

objetivo de negociar demandas de trabalhadores, usuários e outros grupos de interesses (TEIXEIRA, 2000, pp. 99-100).

A Comuna de Paris, idealizada por Marx, funcionou por dois meses na França, em 1871, e consistiu em uma gestão operária por meio de conselhos. A ideia marxista é de que a Comuna fosse uma estrutura de poder local, formada por conselheiros municipais, eleitos pelos habitantes de cada distrito ou bairro da cidade. Além de poderem ter seus mandatos revogados a qualquer tempo, os eleitos tinham *mandato imperativo*, limitados pelo poder conferido pelos seus constituintes. As oficinas da Comuna fixavam salários, jornada de trabalho, escolha das chefias, com a participação de todos os trabalhadores organizados em comitês³⁷.

Sua importância histórica está no fato de haver inaugurado a autogestão da coisa pública pelos próprios mandatários, além da participação direta da população na gestão da cidade e, principalmente, da articulação entre a gestão da produção e a gestão pública estatal (GOHN, 2001, p. 66).

Os *soviets* russos³⁸, que surgiram em 1905 e, em 1917, foram recriados pela revolução socialista, eram organismos de classe e desempenhavam tarefas públicas que eram de responsabilidade do Estado, em áreas como a saúde e a segurança pública (GOHN, 2001, p. 67). Eles proclamavam a si próprios como organização alternativa de poder: “todo poder aos *soviets*” (TEIXEIRA, 2000, p. 99).

A segunda direção referida por Teixeira é a de instância de poder nos lugares de trabalho, organizadas em assembleias operárias. Daí a denominação “conselhos operários”, “conselhos de fábrica” e “conselhos populares”. Supriam a necessidade de filiação sindical. Na Itália, em 1906, as comissões de fábrica surgiram e, em 1919, os “conselhos de fábrica”, como instrumento de defesa dos interesses do operariado. Na Espanha, no final do século XIX, surgiram formas operárias de comissões operárias, sufocadas pela ditadura de Francisco Franco.

³⁷ Marx descreveu essa estrutura em “The Civil War in France”, citado por Mendes (2007, p. 7); COSTA (2002, p. 94);

³⁸ Referidos por Ferraz como Conselhos russos (2008). Teixeira explica que, na sua primeira fase, a denominação era *soviets* de Petrogrado, em 1905. Após a Revolução Russa de 1917, ressurgiram como *soviets* da Revolução Russa (2000, p. 99).

Após 1955, voltaram no âmbito nacional e provincial e passaram a atuar paralelamente aos sindicatos, organizando greves e lutando contra o regime militar.

Por fim, na terceira direção apontada por Teixeira, os conselhos surgem com o objetivo de negociar junto ao Estado demandas de trabalhadores, usuários e outros grupos de interesse. São grupos de pressão e em alguns países, como no Brasil, são instrumentos de descentralização e de participação, envolvendo representantes de sindicatos, do governo e de outras organizações (2000, p. 100).

Essas experiências de colegiados que, em alguns contextos, exerciam uma parcela de poder estatal ou lutavam contra o Estado ou o empregador, principalmente no âmbito do movimento operário, não representam exatamente a participação popular existente nos dias de hoje, que visa à efetivação de direitos sociais (saúde, educação, assistência social). Entretanto, como traço comum com os atuais conselhos, temos o exercício do poder de forma direta ou semidireta por pessoas alheias ao Governo.

4.2 PREVISÃO LEGAL

Além da Carta Magna, outros diplomas legais também consagraram a participação popular em nosso país. A Lei 8.080/90, em seu artigo 33, prevê a fiscalização dos fundos pelos conselhos de saúde e a Lei 8.142 do mesmo ano trouxe todos os dispositivos relativos à participação popular vetados na da sanção da Lei 8.080: a previsão das instâncias colegiadas da Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, o qual atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros (artigo 1º, II, §2º da Lei 8.142/90).

O repasse de verbas fundo a fundo (do Ministério da Saúde para o Município e Estado) é condicionado à existência do conselho de saúde.

A Lei Complementar 101/2000, em seu artigo 48, § único, obriga a realização de audiências públicas no processo de elaboração e discussão dos

planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos, de modo que existem, em menor escala que os demais, os conselhos de orçamento.

A Lei Federal 8.742, de 07 de dezembro de 1993, previu a criação dos conselhos nacional, estaduais e municipais de assistência social, que são instâncias deliberativas do sistema descentralizado de assistência social, à semelhança do SUS. Dentre outras ações, cabe ao Conselho Nacional aprovar a proposta orçamentária da Assistência Social; acompanhar e avaliar a gestão de recursos; e estabelecer diretrizes, apreciar e aprovar cinco programas anuais e plurianuais do Fundo Nacional de Assistência Social.

Os conselhos do idoso foram previstos pela Lei 8.842, de 04 de janeiro de 1994, alterada pela Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003, e têm a atribuição de acompanhar, fiscalizar e avaliar a política nacional do idoso, no âmbito de suas respectivas instâncias. Ademais, o Decreto Federal nº. 5.109, de 17 de junho de 2004, dispõe sobre a composição do Conselho Nacional do Idoso e atribui a este a elaboração de diretrizes para a formulação e a implementação da política nacional do idoso, bem como a avaliação de sua execução.

A Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), ao tratar da política de atendimento, prevê a criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais (artigo 87, inciso II). O CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - foi instituído pela Lei Federal 8.242/91 e tem a atribuição de elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento aos direitos das crianças e adolescentes, fiscalizar as ações de execução e avaliar as políticas estaduais e municipais, além de avaliar a atuação dos conselhos estaduais e municipais.

Além disso, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996) prevê, dentre os princípios do ensino público, o da gestão democrática, que se operacionaliza mediante a participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola e na participação das

comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes (artigo 14). Esses conselhos, entretanto, não são propriamente de políticas públicas, porém os entes podem instituir conselhos de educação.

4.3 DEFINIÇÃO. COMPOSIÇÃO. MECANISMOS. EFICÁCIA DELIBERATIVA

Os conselhos sociais gestores de políticas públicas são espaços públicos que integram o organograma do Município, do Estado ou da União, de composição paritária – membros do Governo e da sociedade – nos quais os cidadãos exercem a democracia de forma semidireta, visando à discussão e à decisão sobre elaboração e execução de políticas públicas, ações e programas governamentais. Como veremos mais adiantes, foram criados por legislação infraconstitucional, em obediência à previsão contida na Carta de 1988 relativa à participação popular.

Caracterizam-se pela distribuição de poder, que deixa de se concentrar na pessoa do gestor público, para garantir, ao lado deste, a participação das entidades envolvidas na execução de políticas sociais e pessoas afetadas por essas políticas públicas: os cidadãos usuários dos serviços públicos e destinatários das políticas; os prestadores de serviço (no caso específico dos conselhos de saúde).

Ao lado dos conselhos gestores, há, no Brasil, outros instrumentos de participação popular e compartilhamento de poder, como os orçamentos participativos, as audiências públicas.

A fim de delimitarmos o objeto de pesquisa desse estudo – os conselhos gestores de políticas públicas – utilizamos a distinção entre os diversos tipos de conselhos proposta na pesquisa “Conselhos Municipais e Políticas Sociais” (IBAM, IPEA, Comunidade Solidária, 1997), adotada por Tatagiba (2002), que divide os conselhos em três espécies: (I) os *conselhos de programas*, que são vinculados a programas governamentais específicos, a fim de fiscalizar sua

execução e aplicação de recursos afetos a esses programas. Não dizem respeito à extensão de direitos ou garantias sociais, mas a metas geralmente vinculadas ao acesso a bens e serviços. São exemplos dessa espécie os Conselhos de Alimentação Escolar e os de Habitação; (II) os *conselhos de políticas*, os quais são ligadas às políticas públicas mais estruturadas ou concretizadas no sistema nacional, de caráter global. São colegiados vinculados a uma determinada esfera governamental (União, Estado ou Município), participando da elaboração da própria política. “São também concebidos como fóruns públicos de captação de demandas e negociação de interesses específicos dos diversos grupos sociais e como uma forma de ampliar a participação dos segmentos com menos acesso ao aparelho do Estado”. Encontram-se nesse grupo os conselhos de Saúde, de Assistência Social, de Direitos da Criança e do Adolescente; (III) Os *conselhos temáticos* são aqueles que não se vinculam a um sistema ou legislação nacional, sendo geralmente associados a movimentos e ideias que são enfatizadas na agenda do Município ou Estado. O estudo exemplifica essa espécie de conselho: os municipais de direitos da mulher, de cultura, de esportes, de transportes.

Podemos acrescentar aos elementos de diferenciação trazidos pela pesquisa citada que, enquanto os conselhos de programas pressupõem uma política já definida, cabendo ao conselho fiscalizá-la; os conselhos de políticas efetivamente participam da definição/elaboração das políticas, inclusive escolhendo quais programas devem ser implementados a fim de garantir a implementação da política escolhida.

O colegiado é composto por membros representantes da sociedade civil e do Poder Público, devendo existir paridade entre Estado e sociedade, ou seja, cada um deve ter igual número de membros. Essa concepção visa a manter o equilíbrio nas decisões do conselho. Os representantes da sociedade civil são escolhidos pelas suas respectivas entidades, que são as associações comunitárias, movimentos sociais, igrejas, organizações não governamentais. As entidades que possuem representação em cada conselho são definidas pela respectiva lei de criação do colegiado, editada pelo ente federativo ao qual ele é vinculado.

É importante registrar que a perspectiva de representação ora delineada, além de estar regida por critérios diferenciados da representação

parlamentar, não se refere apenas aos beneficiários, mas também ao conjunto de outros atores envolvidos na execução dessas políticas: grupos profissionais, setores privados e especialistas (SILVA, F. B., 2005, p. 376).

É importante registrar que, mesmo quando exista paridade numérica, esta não é suficiente para garantir que o processo decisório seja equilibrado. É preciso que haja diversidade interna a fim de que sejam abertos espaços para articulações durante os processos deliberativos. Em cada colegiado, há sujeitos com diferentes visões sobre o papel do conselho, sobre o processo decisório, com diferentes interesses que o moveram a pleitear um assento (por recursos financeiros, por evidência social). Essas observações tanto são pertinentes para a pessoa que representa a entidade quanto para a própria entidade³⁹.

Essa diversidade não é necessariamente danosa e é inerente ao regime democrático, desde que haja reconhecimento da legitimidade da representação de cada membro, bem como disposição para estabelecer acordos em torno de interesses específicos.

A pluralidade da composição do conselho não diz respeito apenas à relação entre Estado e sociedade, mas também aos arranjos internos de ambos os segmentos. É extremamente delicada a questão da escolha das entidades que compõem a parte não governamental do colegiado, pois a defesa da pluralidade também significa que grupos antidemocráticos, conservadores e reacionários integrem os conselhos.

O conselho delibera suas prioridades de acordo com os objetivos definidos na conferência nacional, estadual ou municipal, levando em conta as

³⁹ COELHO, V. S. (2010), em "Mobilização e participação: um estudo sobre as dinâmicas de conselhos de saúde da cidade de São Paulo", ao analisar seis conselhos locais de saúde (órgãos vinculados ao Conselho Municipal de Saúde, com circunscrição territorial correspondente às subprefeituras), optou por escolher três em localidades com histórico de movimentos sociais na área da saúde e outros três sem esse histórico. Interessante a conclusão do estudo, que constatou que, nos locais em que havia experiência de mobilização, existia incremento de participação de atores sociais mais vulneráveis, maior inclusão de pessoas com menor grau de escolaridade, de mulheres e de não brancos, discussões com posicionamentos mais incisivos, mais conexões com atores políticos e institucionais. Em compensação, nos locais em que não havia histórico de mobilização, os participantes, por serem menos ligados a movimentos de saúde, discutiam mais proposta de mudança nos procedimentos e nas reuniões, o que levou o estudo a concluir que eram mais receptivos à mudança de dinâmicas.

necessidades e peculiaridades da população da área a que está adstrito. Além disso, é importante que o conselheiro se reporte com frequência à entidade que representa, mantendo constante intercâmbio entre as ações do conselho e seus representados.

É exatamente dessa estreita vinculação do representante à sua entidade e desta à população que decorre a legitimidade dos conselheiros.

Teixeira (2000) aduz que essa nova institucionalização dos conselhos permite incorporar novos agentes ao processo político e “modifica a natureza dos filtros pelos quais o sistema tradicional processa as demandas da população”, passando, desta feita, por processos de negociação e de explicitação de interesses. Nesse processo, ocorre o fortalecimento da democracia.

Com o objetivo de organizar a agenda dos colegiados, a respectiva legislação – federal, estadual e municipal – prevê a realização de conferências em cada unidade da federação, de modo que, primeiramente, ocorra nos municípios, em seguida, com as deliberações em cada ente, nos estados e, por fim, a nacional, que reúne representantes de todos os estados.

No que tange à Conferências Nacional de Saúde, por exemplo, está prevista na Lei nº. 8.142/90:

§ 1º - A Conferência de Saúde reunir-se-á cada 4 anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por este ou pelo Conselho de Saúde

As conferências estaduais estão previstas nas respectivas leis estaduais de controle social, que criam os conselhos estaduais. No Rio Grande do Norte, a Lei Complementar Estadual nº. 346 estabelece, dentre as atribuições do Conselho Estadual de Saúde – CES, “convocar as conferências estaduais de saúde, e definir as normas sobre sua organização e seu funcionamento” (inciso X do art. 2º).

Interessante a sugestão de Carvalho, que trata da participação da comunidade na gestão da saúde, no sentido de que só deve subir às conferências

estaduais o que for da amplitude deste, pois “não se pode em âmbito estadual discutir polêmicas de características apenas locais”. Carvalho defende que, além das conferências municipais, estaduais e nacional, sejam realizadas pré-conferências em bairros e regiões. Assim, “em âmbito de município se deveria verificar as decisões anteriores das pré-conferências e da Conferência Municipal e separar o cumprido do não cumprido, atualizar as demandas e propostas e fazer o consolidado municipal” (2007, p. 97).

Somente assim, evitar-se-á reiniciar toda a discussão em cada conferência, como se nada houvesse sido trazido pelas conferências/pré-conferências anteriores.

As conferências visam a planejar e subsidiar a elaboração dos planos municipais, estaduais e federal, como ocorre com as áreas da saúde e educação e, além disso, também servem para motivar as opiniões dos conselhos na elaboração do plano plurianual, leis de diretrizes orçamentárias e a própria lei orçamentária⁴⁰.

Além das conferências, os conselhos também realizam reuniões mensais, que visam a tratar dos assuntos relativos à sua área de atuação, como a execução do orçamento tal qual definido e votado pelo respectivo órgão legislativo (câmara municipal, assembleia de deputados ou congresso nacional), ou das políticas definidas como prioritárias. Nas reuniões periódicas, também é possível ao conselho editar resoluções, as quais devem, nos termos legais, ser homologadas pelo gestor público.

Questão extremamente palpitante é aquela afeta à natureza das decisões dos conselhos, sejam elas por intermédio de resoluções ou de enunciados oriundos das conferências.

Nos trabalhos científicos existentes, observa-se que é frequente afirmar-se o caráter vinculante das deliberações dos conselhos, registrando-se que os conselhos mais ativos possuem mais força em suas deliberações. (FERNANDEZ, 2010; COELHO, V. S., 2010; FUKS, 2006). Porém, o que se verifica

⁴⁰ Para mais detalhes sobre as conferências, como estrutura, organização, dinâmica de sua realização, vide o já citado CARVALHO (2007, pp. 97-116).

é que essas pesquisas se concentram em verificar se dados colegiados têm suas decisões efetivamente acatadas pelo gestor público. Nenhuma delas se debruça sobre o caráter normativo dessa vinculação do gestor. Dito de outra forma, não houve a investigação da seguinte questão: “as decisões dos conselhos vinculam o gestor público?”.

Inicialmente, cumpre registrar que não há qualquer previsão constitucional sequer acerca da existência dos conselhos, como já verificamos anteriormente. A Carta Magna fala em *participação*. A legislação infraconstitucional foi que trouxe em seu seio a previsão dos conselhos e da natureza de suas decisões.

Vejamos.

A Resolução nº 333/2003 do Conselho Nacional de Saúde, que aprovou as diretrizes para criação, reformulação, estruturação e funcionamento dos conselhos de saúde prevê competências de caráter decisório para esses colegiados, estabelecendo que lhes cabe “definir diretrizes para elaboração dos planos de saúde e sobre eles deliberar; deliberar sobre os programas de saúde e aprovar projetos a serem encaminhados ao Poder Legislativo (...); aprovar a proposta orçamentária anual da saúde, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias (art. 195, § 2º da Constituição Federal), observado o princípio do processo de planejamento e orçamentação ascendentes (art. 36 da Lei nº 8.080/90); fiscalizar e controlar gastos e deliberar sobre critérios de movimentação de recursos da Saúde, incluindo o Fundo de Saúde e os transferidos e próprios do Município, Estado, Distrito Federal e da União”.

No âmbito municipal de Natal, há registro que o Executivo Municipal⁴¹ encaminhou o anteprojeto que se transformou na Lei nº. 4.007, de 22 de julho de 1991, de criação do Conselho Municipal de Saúde (CMS/Natal). A lei previa o caráter deliberativo do conselho e, dentre suas finalidades, estabelecia: atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política municipal de

⁴¹ Cujá chefe – prefeita – tinha, curiosamente, o *slogan* de sua campanha eleitoral, “transparência e participação – quem sabe faz” (VILAR, p. 123)

saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, acrescentando, diante disso, novas competências, de acordo com o art. 2º da Lei 4.007. Anteriormente, o conselho tinha a finalidade de “apresentar sugestões e acompanhar a política de saúde municipal sem o exercício do controle” (p. 123-5).

O Decreto nº 5.109, de 17 de junho de 2004, que dispõe sobre o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso também estabelece o caráter deliberativo no sentido decisório das decisões, ao estabelecer que lhe compete “elaborar as diretrizes, instrumentos, normas e prioridades da política nacional do idoso, bem como controlar e fiscalizar as ações de execução; acompanhar a elaboração e a execução da proposta orçamentária da União, indicando modificações necessárias à consecução da política formulada para a promoção dos direitos do idoso; e

A Lei de criação do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (nº 5.109) estabelece elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Lei 8.742, de 1993 confere ao Conselho Nacional de Assistência Social poderes de “normatizar as ações e regular a prestação de serviços de natureza pública e privada no campo da assistência social; apreciar e aprovar a proposta orçamentária da Assistência Social a ser encaminhada pelo órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social; aprovar critérios de transferência de recursos para os Estados, Municípios e Distrito Federal (...); estabelecer diretrizes, apreciar e aprovar os programas anuais e plurianuais do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS)”.

Diante dos dispositivos transcritos, observa-se que as leis ordinárias de criação de cada conselho realmente lhe atribuíram natureza vinculante, na medida em que a legislação traz expressões como “função de deliberar sobre a política” ou “formular a política”.

Um hermeneuta tradicional – positivista – diria que, da ótica constitucional, não há que se falar em vinculação do gestor público, haja vista que a Constituição menciona apenas o termo “participação popular”. Assim, para que o conselho passasse a ter caráter meramente consultivo, seria preciso tão somente que se modificasse a lei de sua criação. Essa modificação legislativa poderia ser feita, naturalmente, pelo gestor que desejasse não ter mais problemas – leia-se, o gestor que é confrontado por um conselho independente, por exemplo – com a atuação dos conselhos de seu município ou estado.

Entretanto, como demonstraremos ao final, é possível reconhecer o caráter vinculante das decisões dos conselhos sob a ótica constitucional – e é justamente essa a interpretação que mais se coaduna com a efetiva promoção dos direitos sociais e com a força normativa da Constituição.

4.4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS. CONCEITO. OBJETO

Já asseveramos que os direitos sociais são promovidos por intermédio de políticas públicas, de modo que a atividade do Estado é exercida pelo Executivo ou Legislativo, através, respectivamente, da implementação das políticas já definidas na Constituição ou da edição de lei infraconstitucional que preveja a política pública ou a regulamente, viabilizando sua execução.

As políticas públicas são intrinsecamente relacionadas ao Estado social e à efetivação de direitos fundamentais sociais. O conteúdo das políticas públicas é um dos principais motivos de preocupação dos Estados em razão da difícil tarefa de melhorar os índices de bem estar social, em contraposição às imposições de reformas e à necessidade de redução dos gastos públicos. Essas questões levam à análise da legitimidade da democracia, de sua capacidade de avaliar reivindicações do processo e reconhecer seus atores e sua relação com o Estado, numa nova visão deste com a sociedade, em um governo que faz gestão de políticas públicas (ENRÍQUEZ, 1998).

Segundo Enríquez, a origem dos estudos sobre políticas públicas está nos Estados Unidos, pois foi nesse país que se defendeu a necessidade de

desenvolver uma doutrina científica aplicada à Administração, separando-se a decisão política de sua execução burocrática. O fordismo e o taylorismo também estão atrelados a esse contexto (1998, p. 4).

Na doutrina nacional, Maria Paula Dallari Bucci, na busca de um conceito de política pública no Direito, registra inicialmente que “é uma locução polissêmica cuja conceituação só pode ser estipulativa” (2006, pp. 252-3). Em seguida, passa por alguns elementos de seu conceito no âmbito da Sociologia Política, que são de difícil transposição para o Direito, como a omissão do Governo, que pode ser intencional ou motivada por um impasse político. Ainda sob a ótica política, tem-se, de um lado, o

ponto de vista de quem quer demonstrar a racionalidade da ação governamental, apontando os vetores que a orientam; de outro lado, da perspectiva dos seus opositores, cujo questionamento estará voltado à coerência ou à eficácia da ação governamental. Essa dimensão axiológica das políticas públicas aparece nos fins da ação governamental, os quais detalham e concretizam em metas e objetivos.

Maria Louredo dos Santos traz os seguintes elementos na tentativa de formular um conceito: “a) a busca por metas, objetivos ou fins; b) a utilização de meios ou instrumentos legais; e c) a temporalidade, ou seja, o prolongamento no tempo” (2008), para, em seguida, definir políticas públicas como a

coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente (ou economicamente) relevantes e politicamente determinados” (BUCCI: 1997, p. 91) ou simplesmente como o conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado (SANTOS, 2008).

Mancuso (2001, p. 730/731) apresenta a definição de políticas públicas que entendemos melhor transcrever, para, posteriormente, analisar cada um de seus elementos:

(...) a política pública pode ser considerada a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

Comparato arremata, afirmando que “é um programa de ação governamental. Ela não consiste, portanto, em normas ou atos isolados, mas sim

numa *atividade*, ou seja, uma série ordenada de normas e atos, do mais variado tipo (...). Implica, portanto, uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos (...) aptos à consecução desse resultado” (2003, p. 249).

Todos os conceitos transcritos têm em comum a ideia de que as políticas públicas visam à implementação da ordem social constitucional – ainda que a norma constitucional tenha sido integrada por lei ordinária, como se observa no conceito trazido por Mancuso. Assim, a partir dessa noção, pode-se concluir que “o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública”⁴².

É importante ressaltar que, como afirma Comparato na definição aqui transcrita, não se incluem na definição de política pública atos isolados. Tal premissa é relevante para que se estabeleça que inexistem direitos subjetivos públicos individuais a uma dada política pública. O que há são direitos cuja realização depende de “tarefas de Estado” (HESSE, 1996, p. 97). Se entendêssemos que “toda conduta comissiva ou omissiva” do Estado é política pública, teríamos que estabelecer dois tipos de políticas públicas: aquelas exigíveis individualmente (que seriam os direitos reflexos) e as exigíveis apenas coletivamente (as políticas públicas propriamente ditas)⁴³.

Isso não significa a impossibilidade de judicialização da política pública, seja em razão de sua omissão, seja por sua formulação ou execução incompatível com os preceitos legais e constitucionais. Dizer o contrário seria negar força normativa à Constituição e aos direitos sociais. Dito de outro modo: ressalta-se tão somente que determinados direitos são judicializáveis pelo indivíduo, ao passo que outros – como aqueles que demandam a formulação uma política pública que alcança vários destinatários indistintamente – devem sê-lo pela coletividade, por se tratar de típicos direitos difusos⁴⁴.

⁴² Comparato inclui, dentre as políticas públicas, a edição de leis, como é o caso da política de pleno emprego (art. 170, inc. III, CF) e da política de proteção do trabalhador na relação de emprego (arts. 7º e 8º, CF).

⁴³ Os direitos reflexos são aqueles individuais que decorrem de uma política pública já instituída ou prevista em lei.

⁴⁴ A título de exemplo, não há como se reconhecer, no nosso entender, o direito a um tratamento de saúde no exterior não previsto em política pública a ser custeado pelo Estado.

Ao se afirmar que o direito à saúde é garantido mediante políticas sociais e econômicas, reconhece-se que os recursos econômicos são limitados e que a garantia a esse direito fundamental deve ocorrer de forma difusa, a todos os indivíduos – e não de forma particular àquele que assim demandar em juízo⁴⁵.

As políticas públicas podem ser previstas sob as mais variáveis formas exteriores: no texto da Constituição, em leis infraconstitucionais e também podem ser instituídas por ato administrativo ou por um conjunto desses atos, como acontece em relação ao sistema de transporte, em que os conflitos entre interesses das companhias de ônibus e usuários resultam na política pública de transporte (BUCCI, 2006, p. 257). Assim, observa-se que as políticas públicas podem estar disponíveis no mundo jurídico de diversas formas, sendo, na maioria das vezes, em textos normativos.

A falta de um padrão uniforme pelo qual a política se exteriorize que seja claramente apreensível pelo mundo jurídico (lei, decreto, ato administrativo ou conjunto destes) repercute tanto quando se pergunta se ela tem caráter vinculante ao gestor público quanto quando se discute a possibilidade de ver seu cumprimento exigido em juízo (BUCCI, 2006, p. 257).

Com efeito, a vinculação do gestor à execução de uma política é mais facilmente aferível quando se trata de um programa definido em lei, com suas metas e modo de exercício de cada ação.

O modo de atuação do Estado em relação às políticas públicas é explicitado de forma analítica, primeiro quando dispõe sobre os instrumentos orçamentários, como o plano plurianual (PPA), lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e lei orçamentária anual (LOA), que são as expressões jurídicas de políticas públicas, por excelência (BUCCI, 2006, p. 15).

A CF/88 prevê a Política Urbana no Capítulo II do Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira) e estabelece algumas diretrizes e deixando para a lei ordinária o estabelecimento de outras regras orientadoras (art. 182, *caput*); no

⁴⁵ A respeito, vide BARROSO (2010).

Capítulo III do mesmo Título, especifica a Política Agrícola e Fundiária e a Reforma Agrária.

Quando trata do direito à saúde, no Título VIII (Da Ordem Social), que mais diretamente interessa a este trabalho, por se tratar de direito social, o texto constitucional é enfático ao refutar a existência de direito público subjetivo à saúde:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Outro exemplo de política pública em matéria de saúde é a Emenda Constitucional nº. 29, que estabelece recursos mínimos a serem gastos com a saúde por cada ente da federação e foi regulamentada pela Lei Complementar nº. 141, em janeiro de 2012.

No que se refere à assistência social, a Constituição também prevê a formulação de políticas públicas, exatamente no dispositivo que trata da participação popular (art. 204, inc. II).

Na legislação infraconstitucional, em geral, as políticas públicas estão contidas nos planos, como ocorre com o Plano Nacional de Desenvolvimento, o Plano Nacional de Saúde, o Plano de Educação, dentre outros. “Há um paralelo evidente entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento” (BUCCI, 2006, p. 259).

Os objetos de uma política pública podem ser os mais diversos, como ações de ordem econômica, agrária, dentre outras, e ainda, a promoção de direitos sociais. É sobre as políticas afetas aos direitos sociais que os conselhos gestores ora estudados discutem e deliberam. Os direitos sociais objetos dessas políticas são principalmente aqueles que não podem ser usufruídos pura e simplesmente, como direito público subjetivo⁴⁶, ou seja, os que dependem de programas, a serem

⁴⁶ Referimo-nos, por exemplo, ao direito de moradia, que não pode ser exercido de forma imediata, sendo necessário um planejamento adequado mediante a escolha de prioridades. Pode-se incluir também até mesmo o direito à saúde, haja vista que também não é legítimo ao cidadão demandar do Estado qualquer ação de saúde, como um tratamento médico experimental ou no exterior. A constituição é explícita ao estabelecer que o direito à saúde será garantido por intermédio de políticas públicas (art. 198, CF).

incluídos nos planos plurianuais (PPAs), nas leis de diretrizes orçamentárias (LDOs) e nas leis orçamentárias anuais (LOAs).

Assim, a principal forma – ou pelo menos a forma coletiva de fazê-lo – de promoção de direitos sociais é por intermédio de uma política pública. Se adotarmos uma classificação tradicional, os direitos sociais se enquadram dentre de *segunda dimensão*⁴⁷, geralmente definidos como aqueles que geram obrigação de ações positivas por parte do Estado, colocando o cidadão numa posição de credor do poder público.

Se adotarmos um critério funcional, utilizaremos a dicotomia entre *direitos de defesa* e *direitos sociais*, para distinguir os direitos de primeira e os de segunda dimensão, respectivamente⁴⁸. Fala-se também em direitos negativos e positivos, na medida em que estes exigem, em regra, prestações por parte do Estado; ao passo que os primeiros exigem um comportamento omissivo por parte do Estado, para que sejam observados.

Entretanto, é sabido que essas dicotomias restam superadas, na medida em que, frequentemente, mesmo para a realização dos direitos denominados de defesa, demanda-se uma conduta estatal comissiva. É o caso, por exemplo, do exercício dos direitos políticos, classificados como direitos negativos, mas que, para que sejam efetivados, impendem a realização, por parte do Estado, de atividades positivas, como o processo eleitoral^{49 50}.

⁴⁷ O alemão Georg Jellinek adotou uma classificação dos direitos fundamentais em quatro espécies: o *status subjectionis*, em que o indivíduo assume uma situação passiva de destinatário da norma emanada; *status libertatis*, no qual se reconhece uma esfera de liberdade individual, garantindo uma não intromissão; o *status civitatis*, que se refere aos direitos positivos ou prestacionais; o *status activae civitatis*, que se refere aos direitos políticos (LUÑO, 2007, pp. 24-5).

⁴⁸ Um equívoco dos adeptos da terminologia das gerações de direitos fundamentais apontado por DIMOULIS e MARTINS (2009, pp. 30-1) é o de que aqueles se referem aos direitos sociais como os que advieram da crise do Estado Liberal, na primeira metade do século XX. Porém, os documentos históricos demonstram, segundo os autores citados, que a Constituição Francesa de 1791, por exemplo, “previu o dever do Estado de criar instituições públicas com o objetivo de prestar assistência a crianças abandonadas, indigentes ou com enfermidades e oferecer trabalho a desempregados” Essa crítica se soma à das gerações, já descrita neste trabalho.

⁴⁹ A respeito, Galdino (2002), analisando a obra de Sustain e Holmes, norte-americanos que escreveram “The Cost of Rights” (O Custo dos Direitos), observa que todos os direitos são positivos,

Por outro lado, diversos direitos sociais podem assumir feição de direito de defesa, como o direito ao benefício de prestação continuada, previstos nos artigos 203 e 204 da Constituição.

É importante frisar também que a teoria das dimensões dos direitos fundamentais não sugere uma sucessão cronológica de garantia desses direitos (como poderia parecer quando se utilizava o termo *gerações*), pois todos os direitos convivem ao mesmo tempo.

O que importa, neste momento, é deixar vincado que os direitos prestacionais são veiculados em normas que preveem políticas públicas a serem implementadas pelo Administrador.

Comparato (2003, p. 249) observa que “uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos é o fato de ainda não se haver percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública”.

4.5 INICIATIVA DA POLÍTICA PÚBLICA E OS CONSELHOS GESTORES.

Com efeito, as políticas são instrumentos de ação dos governos (BUCCI, 2006, p. 252) as quais visam a ordenar a atividade dos gestores, especificando as atividades que são consideradas prioritárias.

Para Bucci (2006, p. 265), as políticas públicas são uma “forma de controle prévio de discricionariedade na medida em que exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão”. É no momento da formulação que o administrador deve fornecer os dados materiais que vão gerar a decisão por determinadas prioridades e, conseqüentemente, viabilizar o controle dos motivos que o fizeram decidir de dada forma.

haja vista que sempre demandam algum tipo de prestação estatal para sua efetivação, afirmando que “direitos não nascem em árvores”.

⁵⁰ A respeito, veja-se Galdino (2002) e Sarlet (2004).

Naturalmente, na escolha das prioridades, inúmeras são as variáveis a serem consideradas. Para a definição de uma política de educação, saúde, ou meio ambiente, o Estado dependerá sempre de recursos públicos, que são finitos. Diante dessa limitação, é preciso fazer escolhas por vezes trágicas, sacrificando-se a política em uma área em benefício de outra.

Vimos que os conselhos exercem deliberação tanto em suas reuniões periódicas quanto por intermédio das conferências municipais, estaduais e nacional, nas quais a sociedade, por intermédio das entidades associativas e comunitárias, é ouvida e escolhe que os programas devem ser priorizados. Nessas conferências, são elaborados enunciados que orientarão a formulação dos instrumentos legais que veiculam as políticas do Governo: o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias, as leis orçamentárias anuais, os planos municipais, estaduais e nacional das respectivas áreas, como os planos de saúde, os planos de educação.

Na legislação, há previsão de conselhos que exercem a efetiva escolha, consulta ou decisão sobre a formulação das políticas a serem implementadas (conselhos de saúde, de assistência social, da criança e do adolescente) e outros que efetivam o controle social, como ocorre com o conselho do FUNDEB (Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação Básica), previsto na Lei nº. 11.494, de 20 de junho de 2007.

Os primeiros atuam na fase de elaboração da política, sem prejuízo de fiscalizar sua execução, até mesmo para garantir que sua deliberação seja cumprida. Os últimos atuam na fase posterior à execução das políticas, mediante a fiscalização das prestações de contas e da efetiva prestação dos serviços propostos.

Os conselhos de políticas tanto podem ter a iniciativa da política pública, mediante resolução, após realização da respectiva conferência – municipal, estadual, nacional – conforme seu âmbito de atuação, fazer inserir essas deliberações no PPA, na LDO e na LOA, quanto podem editar planos relacionados à sua área de deliberação e ao ente federativo perante o qual atua: plano municipal de saúde; plano estadual de educação.

BUCCI (2006, p. 266) elenca três momentos da política pública: o da apresentação dos pressupostos técnicos e materiais; o de análise das medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa; e, por fim, o de avaliação dos efeitos de cada escolha possível, em razão dos pressupostos apresentados.

A complexidade dos fatos e dos elementos materiais que comporão os motivos da atividade administrativa será, desse modo, exposta às partes no processo administrativo e examinada em suas implicações, de tal forma que a decisão administrativa resultante seja plenamente informada, do ponto de vista substantivo, e não apenas resultado de uma contraposição formal, em que os elementos de fundo da questão permanecem ocultos (BUCCI, 2006, p. 266).

O conselho gestor parece ser um fórum deliberativo em que as questões suscitadas por Bucci podem ser amplamente debatidas por ter em sua composição representantes do Governo, que devem ter conhecimento técnico e poder de decisão; e ainda representantes da sociedade civil, que oferece uma ótica diversa da do Governo, para uma tomada de decisão baseada na maior quantidade e melhor qualidade de dados.

4.6 DIFICULDADES DOS CONSELHOS SOCIAIS GESTORES NO RIO GRANDE DO NORTE

No presente tópico, pretendemos explicitar as principais dificuldades enfrentadas pelos instrumentos de participação social e que estão presentes nos conselhos. Com a finalidade de concentrar no espaço a pesquisa, optamos por analisar as dissertações existentes na Biblioteca Central da Universidade Federal do Rio Grande do Norte que tratem da matéria. As dificuldades ora apontadas são comuns a instrumentos de participação social de praticamente todo o País.

Assim, serão analisados os trabalhos de Vilar (1997), que relatou a experiência do Conselho Municipal de Saúde de Natal/RN (CMS/Natal), entre 1991 e 1996; Rêgo, A. R. F. (2002), que se debruçou sobre a experiência do Conselho Estadual de Assistência Social do Rio Grande do Norte (CEAS/RN); Rêgo, A. C. D. (2002) Santos Filho (2002), cuja pesquisa tratou do Conselho Municipal de Saúde

de Natal, entre 1991 e 2001; Moraes (2006), que estudou o Conselho do FUNDEF (Fundo de Desenvolvimento da Educação Fundamental⁵¹) de Parnamirim/RN.

Registre-se que, embora as pesquisas referidas não se concentrem propriamente na temática dos *conselhos gestores de políticas públicas*, como acontece com os do FUNDEF (Fundo Nacional de Desenvolvimento do Ensino Fundamental), optamos por incluí-las em nossa apreciação, seja porque as dificuldades apontadas são semelhantes às relatadas nos conselhos gestores (em razão da natureza parecida desses instrumentos de participação), seja porque a quantidade de trabalhos científicos a respeito da matéria é restrita.

Embora a metodologia dos trabalhos eventualmente seja diferente, nossa análise se deterá nas conclusões acerca das dificuldades encontradas nos conselhos analisados pelos trabalhos. A escolha do Estado deu-se em razão de ser nesse local que esta pesquisadora reside e exerce sua atividade profissional. É certo, porém, que as dificuldades ora relatadas podem ser encontradas em outros lugares do Brasil.

Dentre as principais variáveis que dificultam a construção da democracia no interior do conselho, diante dos trabalhos referidos, buscamos enumerar as seguintes: a) a forma de escolha dos conselheiros e a quebra da regra da paridade; b) a falta de representatividade dos membros; c) a falta de articulação interna (entre os membros) e externa (com outros conselhos e outras entidades); d) a ausência de caráter propositivo ou participação efetiva; e) o grau de transparência dos governos locais; e f) a falta de autonomia administrativa dos conselhos.

Muitos dos problemas enumerados estão intimamente imbrincados, como: a falta de articulação do conselho gera uma ação pouco propositiva e meramente burocrática; a ingerência do gestor na escolha dos membros acarreta

⁵¹ Com a Lei nº. 11.494, de 20 de junho de 2007, o FUNDEF deu lugar ao FUNDEB – Fundo de Desenvolvimento da Educação Básica, inexistindo diferença de aplicação de recursos em toda a educação básica. Anteriormente a essa lei, os recursos – que eram do FUNDEF – eram vinculados ao ensino fundamental, sendo vedada sua aplicação em ações que não se enquadrassem nessa hipótese.

baixa representatividade e, por consequência, participação deficiente dos colegiados.

Igualmente observaremos que é nota comum aos trabalhos consultados a resistência dos gestores como um dos principais entraves,

pois historicamente, eles mantiveram o total controle dos recursos públicos e das informações necessárias ao processo de tomada de decisões no campo das políticas públicas, o que lhe garantia um papel privilegiado nesse processo (RÊGO, A. R. F, 2002, p. 88)

Comumente, verifica-se, especialmente nos municípios de menor porte, devido à falta de informação, de capacitação e de politização da comunidade, a total ausência de funcionamento dos conselhos sociais ou o seu funcionamento deficiente, seja para fiscalizar as contas públicas, seja para deliberar acerca das políticas públicas prioritárias para o Município.

Além disso, também encontramos conselhos cujo funcionamento é mascarado, com membros que sequer sabem que o são ou cujo papel é apenas cartorial, de assinar as atas de reuniões que jamais existiram, tudo sob a coordenação do gestor público⁵².

a. Ingerência na forma de escolha dos conselheiros. Quebra da regra da paridade.

No que tange à *forma de escolha dos conselheiros*, observa-se grande ingerência por parte do gestor ou mesmo de lideranças comunitárias que não discutem o processo de escolha dos membros e, por vezes, escolhem ou conduzem a escolha dos representantes da sociedade civil organizada.

A respeito da situação do Conselho Municipal de Saúde de Natal/RN entre 1991 e 1996, Vilar (1997, p.128) constata a ingerência da FECEB – Federação dos Conselhos Comunitários e Entidades Benéficas do Rio Grande

⁵² A respeito, pelo menos três estudos que analisaram diversas outras pesquisas que se debruçaram em análises comparativas entre conselhos específicos, podem ser apontados para retratar essa realidade: Faria; Ribeiro (2010); Tatagiba (2002) e Guimarães (2006), estes últimos já mencionados neste trabalho.

do Norte, que coordenava a escolha dos representantes dos usuários (sociedade civil).

Santos Filho (2002, p. 138), que também tratou do Conselho Municipal de Saúde de Natal, porém estendeu sua pesquisa até o ano de 2001, igualmente noticia essa ingerência por parte da FECEB e ainda a resistência por parte de diversos segmentos da indicação da entidade nas escolhas dos conselheiros no ano de 2000. Contestou-se, à época, a legitimidade da federação para indicar os membros.

Interessante observar que a FECEB foi criada em 1980, por incentivo da Assessoria de Promoção Social, órgão da Prefeitura de Natal, a partir de provocação de lideranças de conselhos comunitários e participação de entidades mais independentes do movimento social⁵³.

Na pesquisa de Moraes (2006), também se verifica, a partir de entrevista com os próprios conselheiros do FUNDEF, que a escolha não era realizada de forma a promover a participação e a democratização da gestão:

“Funcionário 01 (entrevista): Eu fui convidado pelo SINDSERP. Foi o SINDSERP que entrou com uma ação no Ministério Público para a criação desse conselho e me convidou a participar (...) não houve eleição no caso. Não foi algo totalmente espontâneo (2006).

Vilar (1997, p. 125) também noticia que, no CMS/Natal, a paridade passou a ser prevista na Lei Municipal nº. 4.007 por influência da Lei Federal nº. 8142, a qual, porém não incluía o Secretário Municipal de Saúde nesse quantitativo e previa voto comum e de qualidade para ele, o que, na prática, quebrava a paridade.

⁵³ Em 1995, na reunião do CMS, uma representação do movimento comunitário do Distrito Sul reivindicou mudança na representação dos usuários desse distrito por não reconhecer como legítima a representação pela FECEB. Foi a partir daí que o conselho encaminhou resolução para o fórum da Conferência Municipal de Saúde, estabelecendo que deveria haver discussão e votação do assunto. Na II Conferência Municipal de Saúde foram aprovadas no relatório duas propostas relativas ao tema, para que a escolha dos representantes dos usuários se desse pelas instituições da sociedade civil e os conselheiros fossem escolhidos dentre os componentes dos conselhos distritais (VILAR, 1997, p. 130).

Santos Filho também observa que havia mais representantes do Governo, prestadores e profissionais de saúde, em detrimento dos usuários no CMS/Natal (2002, p. 135).

Também se observa *quebra da regra da paridade* e, ainda que esta exista de forma quantitativa (numérica), por vezes, não há de forma qualitativa. Esse equilíbrio desejado pela da paridade deve ser construído no cotidiano das práticas e das articulações no interior dos conselhos (TATAGIBA, 2002, p. 58).

Exemplo de quebra da paridade qualitativa é o verificado por Santos Filho (2002, p. 91), segundo o qual

o agente técnico, muitas vezes, realizava uma palestra ou comunicação à população de um bairro ou região usando uma linguagem totalmente fora da capacidade compreensiva daquela comunidade. A consequência disso é que, mesmo a reunião sendo validada por uma lista de presença, a população não tinha acesso às informações necessárias para resolver e/ou encaminhar os problemas e impasses frente às questões de saúde.

Rêgo, A. C. F. D (2002, p. 80) noticia que, em Luís Gomes/RN, Município situado a 450 quilômetros de Natal/RN, os problemas não são diferentes dos da capital: há paridade numérica mas não em termos decisórios: nesses momentos, o governo sempre tem maioria, evidenciando a ausência de independência dos conselheiros em relação ao Executivo.

b. A falta de representatividade dos membros

A questão da *representatividade* dos conselheiros é ligada à forma de escolha deles bem como ao seu caráter propositivo; quanto mais representativo um membro, maior será sua conduta emancipadora, sua participação efetiva – e não meramente formal.

Na pesquisa realizada por Vilar (1997, p. 131), verifica-se que, em 1993, em uma oficina de trabalho, constatou-se, dentre outros problemas, que os conselheiros não conheciam suas funções. No mesmo trabalho, a autora observou que, em 1995, somente 25% (vinte e cinco por cento) dos usuários conheciam o conselho e 22,85% (vinte e dois vírgula oitenta e cinco por cento) sabiam sobre sua representação no CMS/Natal.

Um problema que decorre diretamente dessa postura alheia ao conselho é a falta de compromisso com as políticas públicas e com a abertura para a sociedade. Em entrevista conferida a Rêgo, A. R. F (2002, p. 89), a representante da Casa de Apoio à Criança com Câncer, Rilma de Fátima Paiva Campos Lima, disse:

Lógico que quando a gente se inscreve para ser eleito, a gente se inscreve para defender a sua entidade. Mas lá você é conselheiro do Estado e você não deve defender os interesses somente da sua entidade, mas os interesses coletivos. Você tem que ter essa consciência mas na realidade não há uma articulação interna entre uma instituição e outra. Eu não sinto muito isso.

c. A ausência de articulação interna e externa

A ausência de articulação tanto entre os membros quanto com outros conselhos intersetoriais e ainda com outras entidades, também é apontado como um dos entraves ao exercício satisfatório da democracia.

No âmbito do CEAS/RN, a representante do CRESS (Conselho Regional de Serviço Social⁵⁴) Rita Medeiros Albuquerque, ressentindo-se por não estabelecer uma interface com outras entidades fez o seguinte registro:

As universidades têm um espaço no conselho, mas a gente sente que não existe uma articulação. O conselho poderia crescer muito se isso não acontecesse. Quanto aos conselhos existia uma proposta de que no prédio da antiga LBA funcionassem todos os Conselhos. A proposta era que esse prédio ficasse a disposição do Estado, como um empréstimo e os conselhos pudessem funcionar lá, num só local. Mas eu digo o seguinte: quando eu fui do Conselho Estadual da Criança e do Adolescente eu tentei fazer um trabalho integrado com o conselho Estadual da Assistência Social, mas não senti uma abertura. Eu acho o CEAS muito fechado. Falta muito proa sociedade civil assumir o seu papel e lutar contra isso (RÊGO, A. R. F, 2002, p. 91).

No mesmo conselho, o representante da Casa do Menor Trabalhador, Carlos Alberto de Lima, também faz referência às dificuldades de articulação interna: “há necessidade deles buscarem o mesmo discurso, eles não querem sair daquela filosofia, daquele referencial. Agora, em relação às entidades não

⁵⁴ O Conselho aqui referido é entidade de classe e não se confunde com os conselhos gestores objeto deste trabalho.

governamentais e articulação não existe porque cada um está ali por si” (RÊGO, A. R. F, 2002, p. 91)

Com efeito, o conhecimento de cada conselho é setorial e há direitos sociais a serem garantidos que interessam a vários conselhos ao mesmo tempo. Por exemplo, existem ações de saúde que são voltadas aos cidadãos em geral e que repercutem no âmbito de discussão do conselho da criança e do adolescente e há outras direcionadas à população infanto-juvenil no conselho de saúde, por exemplo. Em ambas as situações, é preciso estabelecer um contato estreito entre os colegiados, visando a não somente se inteirar dos dados técnicos e não técnicos em jogo, mas também unir esforços tanto na implementação da política quanto na fiscalização de sua execução.

d. A ausência de caráter propositivo ou participação efetiva

O problema que denominamos de *falta de capacidade propositiva* é o que possui as referências mais diversas em todas as pesquisas acadêmicas examinadas. Ele se revela em discursos que revelam o caráter meramente informativo das reuniões, a resistência por parte dos gestores em acatar as deliberações dos colegiados, a participação meramente burocrática, não efetiva, por parte de conselheiros, dentre outros.

A despeito do caráter deliberativo das resoluções dos conselhos gestores, assegurado pela lei que os criou, é comum verificarmos pareceres dos gestores públicos afirmando o caráter apenas consultivo dos conselhos, restringindo sua atuação ao campo da opinião e do aconselhamento.

No trabalho desenvolvido por Vilar (1997, p. 135), a autora afirma que, no âmbito do CMS/Natal, entre 1991 e 1992, as reuniões tinham caráter meramente informativo, mas se observa, nas atas, que vários conselheiros reclamavam ser necessário discutir assuntos e não o faziam em razão do tempo tomado pelas explicações técnicas. Em entrevista à autora, em 30.7.1992, um conselheiro disse: “particularmente, o que tenho sentido é que nos passamos muito tempo discutindo um assunto, mas não geramos documentos, nem deliberamos sobre coisas concretas que sirvam para auxiliar a administração municipal”.

Segundo Vilar (1997, p. 145), em 1993, começa a ficar evidente, nas reuniões, a preocupação com a ineficiência do conselho como órgão fiscalizador, como ocorreu na reunião de 7.3.1993. Foi também neste ano que o orçamento participativo de Natal/RN não envolveu os representantes do CMS/Natal.

O ano de 1994 foi o ano em que o CMS menos se reuniu. Além disso, as deliberações aprovadas não eram encaminhadas e sequer foi publicada uma resolução (VILAR, 1997, p. 146). Já em 1995, verifica-se uma maior participação do CMS, mesmo enfrentando resistência da Secretaria Municipal de Saúde: foram aprovados os projetos do Sistema Municipal de Auditoria e o de criação de uma Escola Municipal de Saúde (VILAR, 1997, p. 149).

A conselheira do CEAS/RN, Deneide Gonçalo Guedes, em entrevista a Rêgo, A. R. F (2002, p. 102), disse que o colegiado não interferia na distribuição dos recursos do Fundo Estadual de Assistência Social (FEAS), tampouco tinham conhecimento dos critérios de partilha desses recursos. Segundo ela, as metas eram definidas pelos governos federal e estadual.

Interessante observar que, na visão de parte dos conselheiros, a participação é vista como mera presença, independente de ação propositiva. Na pesquisa realizada no Conselho do FUNDEF de Parnamirim, Moraes (2006, pp. 153-4) constatou que 100 % (cem por cento) dos entrevistados afirmaram participar ativamente em todas as reuniões. Ao serem indagados por que se consideravam participativos, a presidente, o representante dos professores e a representante dos funcionários adotaram discurso idêntico:

porque estou sempre presente a todas as reuniões. Então, como representante da categoria dos professores eu acho que eu não deveria, não devo faltar às reuniões porque é de interesse. Segundo, porque eu aceitei o desafio e terceiro porque eu sou redatora das atas de reuniões” (representante dos professores) (2006, p. 154).

A representante dos funcionários também afirmou que é ativa “porque eu participo de todas as reuniões” (funcionário 02) (2006, p. 154). O representante dos pais, porém, assume uma atuação mais eficiente, afirmando que participa das discussões e que acredita na mudança da educação se todos participarem. Por fim, afirmou ainda que, por intermédio do conselho, ele fica informado sobre as verbas da educação e sobre as escolas do Município (2006, p. 155)

Com efeito, os depoimentos dos conselheiros revelam que o gestor público, a partir da resistência ofertada pelos meios mais diversos, buscam “transformar os conselhos gestores em simples veículos de legitimidade de suas políticas, obstaculizando assim, a viabilidade da descentralização das políticas públicas no País” (RÊGO, A. R. F, 2002, p. 102).

e. O baixo grau de transparência dos governos locais

Justamente com o desiderato de enfraquecer o poder decisório dos conselhos, os gestores deixam de fornecer as informações necessárias para a deliberação desses últimos. É comum o gestor apresentar documentos aos membros somente no momento da reunião, ocasião em que não tem a chance de ler e de se inteirar de seu teor. Cinco conselheiros entrevistados por Rêgo, A. R. F (2002, p. 95) relatam essa dificuldade.

Morais também verifica esse problema, por meio de seus entrevistados (conselheiros do FUNDEF de Parnamirim/RN), que apresentam as seguintes falhas naquele conselho: “ausência de preparação para análise das planilhas contábeis apresentadas pela Secretaria (2006, p. 207); “falta de informações vitais da Secretaria de Finanças, a desarticulação dos conselheiros (2006, p. 207).”

4.6.6 A falta de autonomia administrativa

A falta de estrutura física e administrativa própria também está associada a dois outros problemas: o da falta de transparência das informações fornecidas pelo gestor e o da sua baixa capacidade propositiva.

A dependência da secretaria ao qual o conselho está vinculado “está diretamente ligada à sua capacidade de decisão tanto do ponto de vista técnico, financeiro, administrativo como político” (RÊGO, A. R. F, 2002, p. 91). No CEAS/RN, há unanimidade dentre os entrevistados acerca da existência desse problema e da necessidade de se conferir ao conselho um espaço próprio, com funcionários e estrutura: “o conselho é muito dependente financeiramente (sic), estruturalmente (sic) e administrativamente da Secretaria (...). Tem horas que você confunde o que é o Conselho e o que é a Secretaria. Ele funciona dentro da sala da Secretaria”.

O então presidente do CEAS também afirmou que o fato de não haver estrutura própria dificulta o fornecimento das informações com antecedência por parte do Executivo.

Tais dificuldades, especialmente a limitada capacidade propositiva, possivelmente se explicam pela falta de tradição participativa da sociedade civil em espaços de gestão pública, pelo pouco tempo que os conselheiros ocupam seus cargos e, por vezes, pelo desconhecimento de suas possibilidades.

Em um estudo realizado sobre os conselhos de saúde da região metropolitana do Rio de Janeiro, Bravo (2002) constata dificuldades semelhantes às do Rio Grande do Norte: articulação insuficiente; problemas na representatividade; falta de apoio do poder público local.

Para uma efetiva implementação da democracia participativa nos moldes que o Constituinte desejou, faz-se necessário que seja garantida a representatividade dos diferentes segmentos sociais; que se garanta a paridade entre os membros da sociedade civil e do Governo; que haja o acesso às informações da gestão. Além disso, a capacitação deve ser permanente, não apenas dos membros, mas também das lideranças comunitárias e dos cidadãos em geral, que são conselheiros em potencial. A capacitação não deve se limitar ao papel do conselheiro, mas deve abranger a matéria orçamentária, a gestão de políticas públicas e sua operacionalização. Somente ciente de suas possibilidades e da forma como exercer sua intervenção, os conselheiros exercerão suas funções de forma qualificada.

Não há dúvidas de que “os conselhos, tanto quanto o Estado, não se configuram no outro lado do mundo privado, mas estão permeados por forças heterogêneas e conflitivas, que se traduzem nos compromissos de co-gestão das políticas públicas” (SILVA *et al.*, 2005, p. 386), e isso é natural no exercício da democracia.

Gohn (2001) salienta a necessidade de se discutirem alguns elementos para suprir as lacunas hoje existentes no controle social: a criação de mecanismos que garantam o cumprimento de seu planejamento; instrumentos de

responsabilização dos conselheiros por suas resoluções; estabelecimento claro dos limites e das responsabilidades decisórias às ações dos conselhos; ampla discussão sobre restrições orçamentárias; necessidade de ações coordenadas entre os diversos conselhos, que competem por verbas e espaços políticos.

Os conselhos gestores têm grande potencial para transformar politicamente uma sociedade e, se efetivamente representativos, poderão realmente traduzir o que a sociedade deseja para si, dado o processo de formação das políticas e de tomadas de decisões.

O fortalecimento do conselho implica cessão de poder por parte do Executivo. Por isso, parece-nos que, quanto maior a autonomia do conselho, mais entraves ele enfrentará junto ao gestor.

4.7 IMPASSES ENTRE CONSELHO E GESTOR. ANÁLISE DE DOIS JULGADOS.

Visando a realizar uma análise dos posicionamentos jurisprudenciais acerca de decisões judiciais em que se tratasse propriamente do caráter das decisões dos conselhos, solicitamos a diversos Ministérios Públicos do Brasil – como São Paulo, Distrito Federal, Rio Grande do Norte, Goiás, Paraná, Pernambuco – informações acerca da judicialização de decisões de conselhos gestores.

Somente Rio Grande do Norte e São Paulo nos retornaram positivamente em relação à judicialização dessa questão. Como já asseveramos, atribuímos o baixo índice ao fato de as questões serem resolvidas, em sua maioria, no âmbito político ou à resistência à submissão de conflitos policêntricos ao Judiciário.

Passamos, assim, à análise dos casos trazidos.

Um dos casos mais emblemáticos acerca da judicialização de deliberação de conselho de política pública foi o que resultou no Acórdão do

Recurso Especial nº. 493811, da relatoria da Ministra Eliana Calmon. Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra o Município de Santos, a fim de obrigar este a implantar o programa oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos, tal qual definido na Resolução Normativa nº. 005/97, do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Santos. O Ministério Público requereu que o Judiciário determinasse que o Município, na elaboração das futuras leis orçamentárias, destinasse recursos suficientes para a execução do projeto que visava ao tratamento da drogadição de crianças, adolescentes e seus respectivos pais.

No primeiro grau, o pedido foi julgado improcedente, sob o argumento de que o Município já vinha oferecendo o Programa. Em segundo grau, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que o programa oferecido pelo Município não era suficiente:

APELAÇÃO CÍVEL - Ação civil pública - Obrigação de Fazer - Implantação de programa para atendimento de crianças e adolescentes viciados no uso de entorpecentes e inclusão de previsão orçamentária respectiva, com adoção de providências administrativas cabíveis - Sentença de improcedência, sob argumento de que o Município já vem oferecendo este programa - Inadmissibilidade - Necessidade de observância de resolução baixada pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente - Programa oferecido que, em última análise, não atende aos casos crônicos, por não prever tratamento mais acurado, com internação, se necessária - Dever do Poder Público em dar cumprimento às normas programáticas previstas na Constituição Federal - Vinculação e efetividade dessas normas - Implantação de programa e inclusão de previsão orçamentária determinada, assim como adoção de todas providências indispensáveis à sua efetivação - Desacolhimento da argumentação de que há intromissão indevida do Judiciário na esfera de atuação do Executivo - Necessidade, no entanto, de que seja fixado prazo para cumprimento de todos os pedidos - Recurso provido. (SÃO PAULO, 2002)".

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Eliana Calmon asseverou que “não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador”.

Não há dúvidas de que a decisão sob comento foi paradigmática e repousa isolada ao lado de inúmeros julgados nos quais se entendeu que o Judiciário não poderia imiscuir-se na decisão do Administrador, tampouco determinar inclusão de verba orçamentária. Entretanto, a despeito de o resultado

ter sido favorável à defesa dos direitos sociais, o que deve ser reconhecido e registrado, verifica-se que carece de argumentação consistente.

O caso envolve pelo menos as questões cruciais a serem problematizadas para que o julgador se posicione sobre: a legitimidade do Judiciário para decidir sobre política pública, que envolve a discussão sobre a independência entre os poderes e a (im)possibilidade de o Judiciário determinar que o Executivo execute uma política pública; o caráter vinculante ou não da decisão do conselho gestor que deliberou pela formulação e pela execução de uma dada política pública que não foi acatada pelo Executivo.

O voto limitou-se a dizer que não é mais possível afirmar que “o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador”. Quanto ao caráter das resoluções do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, apenas tocou de passagem no assunto, enquanto afirmava que o Ministério Público tinha legitimidade ativa: “o pedido foi a implementação de um programa adredemente estabelecido por um órgão do próprio município, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com função normativa fixada em conjugação com o Estado (Município) e a sociedade civil”.

O segundo caso trazido à análise neste trabalho concerne ao julgamento de uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte contra o Estado, em razão da inobservância, por parte do Estado do RN, da Resolução nº 109/2008 do Conselho Estadual de Saúde (CES), que prevê que sejam submetidos ao CES todos os contratos firmados pela Secretaria Estadual de Saúde Pública do RN (SESAP-RN) com prestadores de serviços.

Nos termos da inicial, o Estado negou vigência ao previsto no art. 1º, parágrafo 2º da Lei nº. 8.142/90⁵⁵ - que prevê o caráter deliberativo dos conselhos de saúde, nos âmbitos federal, estadual e municipal –, bem como à citada

⁵⁵ “O Conselho de Saúde, em **caráter permanente e deliberativo**, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros (...)” (grifos acrescidos).

Resolução e contratou diversas pessoas jurídicas para prestação de serviços de saúde sem que tivesse submetido as minutas de contrato ao CES (Conselho Estadual de Saúde).

Em primeiro grau, o juízo entendeu que a Resolução do CES não era exigível, pois não encontrava respaldo no art. 77, § 3º⁵⁶, da ADCT. Segundo a sentença, “os verbos previstos são apenas ‘acompanhar’ e ‘fiscalizar’, não havendo previsão do verbo ‘deliberar’ sobre as ações - já que esta é função do gestor estadual da saúde”. Em seguida, ressalta que

A previsão de ‘participação da comunidade’, consoante o art. 198, III, da Constituição Federal, não dá respaldo para a concessão de poder deliberativo em favor do Conselho Estadual, em detrimento da competência deliberativa própria do gestor público da pasta.

Ademais, a leitura minuciosa de todos os dispositivos da Constituição na seção DA SAÚDE (art. 196 a 200) não induz a um juízo de afirmação de respaldo constitucional para que os Conselhos de Saúde ‘açambarquem’ a função deliberativa de autorizar, ou não, o aperfeiçoamento de um contrato.

(...)

Embora essa segunda decisão trate de questão aparentemente formal – mera sujeição do contrato do prestador de saúde ao conselho -, em que a ofensa a direito fundamental não salta aos olhos, sua relevância se estabelece na medida em que trata especificamente da natureza das decisões desses órgãos.

O entendimento a ser firmado sobre essa característica do conselho implica interpretar a Constituição Federal de modo a lhe conferir força normativa no que se refere à implementação e à garantia dos direitos fundamentais, especificamente no que concerne ao peso da participação social pela via dos conselhos gestores. Sua importância é inegável, porquanto, do mesmo modo que se discute a vinculação do administrador no que se refere à submissão

⁵⁶ 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que **será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde**, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)".

do contrato, pelas mesmas razões discutir-se-á quando se tratar de formulação, execução e modificação de políticas públicas.

Na primeira decisão, observa-se que o acórdão, proferido com base no voto vencedor, da Ministra Eliana Calmon, concentrou sua argumentação principalmente na possibilidade de o Judiciário intervir no Executivo no que se refere à execução de políticas públicas, sem, no entanto, tratar profundamente dessa matéria, fundando-se, exclusivamente, em argumentos de autoridade – pela simples afirmação da relatora aliada à demonstração por intermédio da transcrição.

Naturalmente, é admissível do ponto de vista político que os tribunais superiores decidam – até porque o fazem em última instância. Entretanto, juridicamente, sob a ótica teórica, é preciso que a fundamentação decline o caminho percorrido. Apenas assim se conferirá legitimidade do controle judicial dessas questões sensíveis, como as que o Judiciário intervém no âmbito da escolha política do Executivo.

O segundo caso objeto de nossa análise teve mais sorte, pois a decisão se deteve especificamente na questão nodal: se as resoluções do Conselho de Saúde têm caráter vinculante e se a Constituição conferiu a tais decisões esse caráter. Entretanto, cometeu-se uma falha: não afastou a aplicação do art. 1º, parágrafo 2º da Lei nº. 8.142/90 (que prevê o caráter deliberativo do órgão colegiado), para, só então, sustentar o caráter meramente consultivo das decisões dos conselhos. Além disso, a decisão interpretou a Constituição de forma a subsumir o fato à norma, desconsiderando todas as variáveis que conferem legitimidade ao CES para deliberar sobre a prestação de um serviço de saúde.

A decisão limitou-se a afirmar que, em momento algum, a Constituição fala em caráter vinculante ou em obrigação de observância às decisões dos conselhos pelo administrador, quer nos dispositivos que prevê a participação popular, quer nos dispositivos da ADCT. Segundo ele, o texto constitucional não confere base para avaliar a Resolução do CES, segundo a qual o administrador deveria submeter ao conselho o contrato firmado com o prestador de serviço de saúde.

Nos casos sob análise, a grande questão, do ponto de vista jurídico, é saber se a LOA pode conferir um caráter vinculante a uma decisão que constitucionalmente estaria a cargo do Executivo.

5 OS IMPASSES ENTRE CONSELHOS E GESTOR. O PAPEL DO JUDICIÁRIO.

5.1 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍCIAS PÚBLICAS. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.

Partindo da ideia já assentada de que a realização das políticas públicas que efetivarão os direitos sociais implica prestações estatais positivas, há que se fundamentar, em se operando a omissão do Poder Público, a possibilidade de o Judiciário, na qualidade de Poder da República, compelir o Executivo ou o Legislativo a realizar seu dever.

Quando há omissão legislativa, urge o controle de constitucionalidade por omissão. De outra banda, quando o legislador já cumpriu seu papel e editou lei implementando a política pública, diante da omissão do administrador em executá-la, cabe a intervenção jurisdicional, por meio de ação civil pública para compelir o administrador a cumprir sua obrigação.

Entretanto, vários são os óbices apontados pela doutrina para afirmar a impossibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas.

Gargarella (2010), em estudo que analisa várias decisões judiciais nos EUA, verificou que a literatura sobre a democracia deliberativa que respeita à aplicação judicial dos direitos sociais tem impacto quase nulo nas decisões sobre direitos sociais; é difícil encontrar uma elaboração judicial interessante nas decisões no que tange às referências à democracia nos casos relacionados aos direitos sociais.

Também se observa a alta de cuidado dos juízes quando transitam das premissas democráticas às conclusões sobre o que fazer em relação aos direitos sociais. Geralmente, afirmam a obrigação de respeitar a democracia e, em consequência, respeitar a vontade do legislador, para concluir pela sua incapacidade (do Judiciário) em intervir. Por fim, mesmo as decisões que usam diferentes concepções de democracia chegam à mesma conclusão: o respeito à

democracia exige que os juízes não implementem os direitos sociais (GARGARELLA, 2010).

Afirma-se que haveria ofensa ao princípio da Tripartição dos Poderes – alicerce do então Estado Moderno – e o erigiu à categoria de cláusula pétrea na Constituição brasileira. Também se argumenta que o Judiciário, na apreciação do ato administrativo, deve limitar-se a analisar a forma e se há ofensa à legalidade, tendo em vista o poder discricionário do administrador, abstendo-se de tomar decisões que tenham consequências políticas. Assevera-se ainda que a atividade jurisdicional é essencialmente substitutiva, só podendo ter lugar se existir um direito subjetivo público.

Quanto ao primeiro óbice apontado, alega-se que, ao controlar as políticas públicas, o Judiciário estaria invadindo competências constitucionais de outros Poderes, pois ao Legislativo cabe editar as normas e ao Executivo, fazê-las cumprir. Ao Judiciário restaria, tão somente, a apreciação dos requisitos de forma e legalidade da atuação desses Poderes.

É importante que se registre que esse argumento é quase sempre invocado como um dogma pelos que o utilizam, sem uma reflexão mais crítica. Quase sempre, ouve-se a afirmação de que determinado ato “viola o princípio da separação de poderes”, como se ele fosse ordem divina, eterna, fórmula imutável e correta em si mesma, não comportando interpretações.

Convém lembrar, a respeito, que no momento em que o Princípio da Tripartição dos Poderes foi idealizado por Montesquieu, nascia o Estado Moderno Liberal, sob forte influência do iluminismo, notadamente de caráter individualista. Sucedendo o Estado Absolutista, a teoria de Montesquieu veio para resguardar os cidadãos dos arbítrios do rei, baseando-se, para tanto, na ideia de que todos deviam submeter-se à lei. Assim, sua finalidade era muito clara: a contenção do poder do Estado pelo próprio Estado, evitando-se abusos.

Naquele momento histórico, grande relevância era emprestada ao Poder Legislativo, na medida em que a lei representava garantia para os cidadãos. Assim, a atividade estatal se exauria na edição da norma legal, e seu

descumprimento sujeitaria os infratores às sanções previstas. Entendia-se que o Estado garantia os direitos do cidadão mediante a promulgação de leis e, uma vez violados os direitos subjetivos, caberia ao ofendido buscar a reparação através da tutela jurisdicional.

Tratava-se de buscar um equilíbrio de forças através da neutralização de um poder pelo outro. Sob essa concepção, o papel do Judiciário deveria ser exercido numa posição de total sujeição à lei, num modelo de equilíbrio estático. Criou-se, na tradição jurídica continental europeia, a ideia de que a aplicação do direito poderia e deveria prescindir de qualquer forma de intermediação jurisdicional (FERRARESE, 1984, pp. 81-2).

Nos Estados Unidos, contudo, o Judiciário adquiriu importância similar a dos demais Poderes, a partir da aceitação do controle difuso de constitucionalidade. Como observa Ferrarese, a centralidade do referente constitucional no desenvolvimento da atividade jurisdicional colocou os juízes em uma posição na qual deveriam aplicar a lei, mas não estavam totalmente subordinados a ela (1984, p. 28). Essa condição, por outro lado, permite vislumbrar um equilíbrio dinâmico entre os Poderes. Nesse sentido, Krell afirma que os federalistas Hamilton, Jay e Madison já apresentavam uma visão mais flexível a respeito da aplicação prática desse princípio teórico (2002, p. 88).

Com a Revolução Industrial e o advento do Estado Social, passou a ser necessária uma mudança na ideia de predomínio da lei em face das demais atividades estatais. Nas palavras de Mancuso, “o Estado é colocado em posição de *débito* perante a sociedade, e esta é posta na condição de credora” (2001, pp. 733-4).

Assim, a separação de Poderes, tal como concebida originariamente, não manteve sua figuração estática ao longo do tempo: mesmo nos Estados Unidos, em que o Congresso manteve, por longos períodos, controle sobre a normatividade interna, foi possível observar o crescimento da capacidade normativa do Executivo, através da profusão de leis delegadas.

As demandas sociais e o crescente reflexo das condições econômicas sobre as decisões políticas cada vez mais remetiam a um sistema de normatividade conjuntural que foi paulatinamente assumido pelo Executivo. No Brasil, por exemplo, o Legislativo cedeu espaço ao Executivo, que passou a legislar por meio de instrumentos como o Decreto-Lei e a edição indiscriminada de medidas provisórias. Nos Estados Unidos, o Judiciário exerceu papel central na definição dos limites da delegação da atividade legislativa, demonstrando estreita vinculação entre as funções estatais (VASCONSCÉLOS, 1994).

Nesse contexto, a edição de uma lei constitui apenas o começo da atividade estatal, é o meio através do qual o Poder Público declara os valores erigidos à categoria de bem jurídico (MANCUSO, 2001, p. 736). Para que essas declarações sejam operacionalizadas e implementadas, é necessária a atuação dos entes públicos não só para garantir sua observância, mas sobretudo para realizá-las.

Em síntese, hoje, a atuação estatal se dá em dois planos: na edição da norma, quando indica as políticas públicas relevantes e os instrumentos de seu alcance, determinando seus objetivos e metas; e na execução da política, quando, pautado pelos princípios constitucionais, o administrador realiza as ações necessárias para o objeto descrito na norma.

No Brasil, facilmente é possível evidenciar que o princípio da separação de Poderes não é absoluto: o Executivo julga seus processos e edita normas, podendo legislar por medidas provisórias e leis delegadas. O Judiciário administra e também edita normas. O Legislativo, por seu turno, julga os crimes de responsabilidade e administra no âmbito de sua Casa Legislativa. Cada Poder, na verdade, exerce, de forma predominante, dada função.

Ademais, é de se observar, a par desses argumentos em favor da mudança de paradigma no que concerne a esse princípio, que ao Judiciário foi atribuída a função de guardião da Constituição, adotando-se uma versão flexibilizada da separação de poderes.

A segunda objeção comum é a de que o Judiciário carece de legitimidade democrática para controlar a constitucionalidade das políticas públicas, tendo em vista que seus representantes não são eleitos.

Essa ideia parte da falsa premissa de que democracia é apenas o governo da maioria. Modernamente, é sabido que a democracia implica a realização dos direitos das minorias.

A respeito, convém explicitar as lições de Ana Paula de Barcellos (2002, p. 227), para quem

A democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não. Na verdade como já se referiu, os direitos fundamentais – e não apenas os individuais e políticos, mas também os sociais – apresentam-se como condições pressupostas do regime democrático e é nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra seus limites principais.

A autora arremata, elencando as demais razões que legitimam o Judiciário ao controle da forma e do conteúdo da atuação da Administração quando esta fere o *princípio da dignidade da pessoa humana*:

(I) o Judiciário foi criado pela própria Constituição do Estado, derivando dela sua autoridade e compondo, juntamente com Executivo e Legislativo, o Poder Político nacional;

(II) os órgãos de cúpula do Judiciário são formados pela vontade conjunta de Executivo e Legislativo, o que lhes confere considerável grau de representatividade em sua formação;

(III) aos magistrados é assegurado um conjunto de prerrogativas capazes de proporcionar uma situação de independência;

(IV) no que diz respeito à atividade jurisdicional propriamente dita, vale observar que ela se desenvolve sempre, e em qualquer caso, com fundamento e limite na norma jurídica – a Constituição ou a lei –, fruto de uma manifestação majoritária. Junte-se a isso que o Judiciário tem o dever de prestar contas de suas decisões publicamente, motivando-as explícita, racional e logicamente (o que não acontece com as deliberações puramente políticas);

(V) a decisão judicial, como regra, não veicula uma vontade única e final, já que será revista por órgãos superiores, assegurando oportunidades de correção de eventuais erros;

(VI) o processo jurisdicional é mais participativo do que qualquer outro processo público, uma vez que às partes é assegurado amplo contraditório; e

(VII) os grupos minoritários, ainda que não tenham acesso ao processo político, sempre terão acesso ao Judiciário para a preservação de seus direitos (2002, p. 231).

Uma das mais fortes objeções à atuação jurisdicional no controle de políticas públicas é a discricionariedade administrativa. Argumenta-se que cabe ao Poder Executivo o papel de decidir qual deve ser a destinação dos recursos públicos, priorizando a área que entender.

Entretanto, a questão merece um exame mais aprofundado. Vem prescrita em lei a competência para que o agente desempenhe suas tarefas, com o fim de alcançar os objetivos nela delineados.

Porém, exatamente em razão da inesgotabilidade dos fatos da vida, é impossível a previsão de todas as situações concretas que demandarão a ação do administrador. Nesse contexto, como técnica destinada a proporcionar uma atuação adequada do Estado, a norma estabelece um espaço decisório para que o administrador atue com vistas ao bem público, em que lhe é possível avaliar a competência e a oportunidade da prática da ação em questão.

O problema é que, em face da timidez do Judiciário no controle dos atos administrativos, firmou-se uma falsa ideia de que a discricionariedade se constituía uma carta branca para que o administrador atuasse ao seu bel-prazer, o que é incompatível com o Estado de Direito.

A discricionariedade não se constitui em um poder, um privilégio atribuído ao gestor de livremente escolher o caminho a ser tomado na gestão da coisa pública. Bem diferente disso, a discricionariedade relaciona-se com a ideia de um *poder-dever*, instrumento/ferramenta atribuído ao administrador de agir, diante das possíveis escolhas, obrigatoriamente com vistas ao melhor interesse público. Desse modo, ele tem uma liberdade mínima de se conformar à norma, dentro dos limites previstos na própria norma.

Assim, é natural que a atuação do administrador esteja jungida, de maneira absoluta, à principiologia constitucional que rege a matéria (moralidade, impessoalidade, publicidade, etc.), sendo sindicável perante o Poder Judiciário, sob o enfoque constitucional, o exame da adequação e da razoabilidade da escolha

administrativa versada, mais ainda quando se tratar da efetivação de direitos fundamentais.

De fato, inexistem espaços públicos ou privados que estejam livres da incidência constitucional, razão pela qual não se pode aceitar que o gestor não esteja jungido aos seus limites e que sua atividade não seja sindicável perante o Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, em *leading case* sobre a matéria – a ADPF nº. 45⁵⁷ – tratou de pontos sensíveis relativos à judiciabilidade dos direitos sociais, abordando questões como *mínimo existencial* e *reserva do possível*. No que concerne à legitimidade do Judiciário para enfrentar a demanda decorrente de omissão estatal relativa à promoção de direitos sociais, o referido Tribunal entendeu que, em princípio, não deve haver intervenção do Judiciário em

área reservada a outro Poder para substituí-lo em juízes de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional (BRASIL, 2004).

Na ADPF, o STF não tergiversou sobre a delegação popular ofertada aos detentores de cargos eletivos, porém registrou que

a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo são absolutas. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável (*sic*) ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (BRASIL, 2004).

A decisão proferida na ADPF 45 é paradigmática no que tange à tutela dos direitos sociais, porquanto enfrenta quase a totalidade das questões sensíveis: legitimidade do Judiciário para enfrentar tais demandas, intervindo na esfera

⁵⁷ Tinha o objetivo de impugnar a Lei 10.707/2003 (LDO), a qual definiu, para os fins da Emenda Constitucional nº 29/2000, que *ações de saúde e serviços públicos de saúde* seriam a totalidade das dotações do Ministério Público.

reservada em princípio à discricionariedade do administrador; mínimo existencial e reserva do possível, dentre outras⁵⁸.

Mancuso também trata do assunto e assevera que, embora a doutrina tradicional conceitue o poder discricionário como sendo aquele em que o administrador tem um leque de alternativas, estas encontram limites na finalidade da lei, no interesse público e nos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, é errônea a ideia de que o administrador pode, de forma indiferente ao Direito, escolher uma opção qualquer dentre as várias à sua disposição. Isso porque a Lei ou a Constituição traz uma imposição ao administrador, e é sua obrigação obedecer a ela (MANCUSO, 2001).

A existência de conceitos vagos e indeterminados, característicos das normas definidoras de direitos sociais, são inevitáveis em normas que encerram princípios, diretrizes e metas. Em virtude da vaguidade dos conceitos, afirma-se, com frequência, que o Judiciário não tem condições técnicas de verificar o melhor modo de atender à norma, devendo ela ser complementada por outra, para que lhe seja conferida eficácia.

George Marmelstein Lima assevera, com propriedade, que esse entendimento ofende o princípio da inafastabilidade da jurisdição, bem como retira o significado da norma constitucional, que atribui ao Poder Judiciário a responsabilidade pela “guarda da Constituição” (2003, p. 21).

Afirma-se ainda que a atividade jurisdicional é essencialmente substitutiva, e quaisquer interesses que não se erijam à categoria de direito subjetivo público não podem ser conhecidos por esse Poder. Apenas podem ser objeto de tutela, portanto, através da lei ou do agir da Administração, ou seja, por intermédio dos Poderes Legislativo e Executivo.

⁵⁸ A decisão monocrática assumiu uma postura *social-democrata* a respeito do direito de tutela, em contraposição a uma postura *liberal* (negativa de direitos sociais) (DIMOULIS; MARTINS, 2010, p. 31).

É de se registrar, quanto a essa ideia, que o Judiciário, ao determinar que o administrador realize dado mandamento legal, não está ocupando o lugar do Executivo no que tange à sua função primordial, a saber, a eleição de prioridades na aplicação dos recursos públicos. Tal atividade é exercida mediante ato complexo, que se perfaz através da atuação do Executivo e do Legislativo na elaboração do orçamento e daquele no momento da execução da lei orçamentária.

Entretanto, havendo descumprimento de um mandamento constitucional que determina, por exemplo, a aplicação de determinado percentual do orçamento em áreas específicas, como ocorre com a saúde e educação, ou ainda, quando o Executivo nega-se, por ação ou omissão, a cumprir o previsto na lei orçamentária ou em diploma legal que tenha criado a política pública, cabe ao Judiciário intervir para determinar que o gestor público cumpra o que a norma legal prescreve.

Pode-se afirmar, assim, que, embora ao Judiciário não seja legítimo escolher qual caminho o administrador seguirá, pode determinar que este não escolha o caminho que vai de encontro ao interesse público.

Mancuso observa acertadamente que, quando há negativa ou omissão do Estado em tutelar os interesses metaindividuais, há uma lide na concepção de Canelutti (conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida), caracterizando-se a resistência pela não efetivação desses interesses. Assim, presente a ideia de lide, é aceitável a atividade jurisdicional para garantir a efetivação dos interesses em jogo (MANCUSO, 2000, p. 127/128).

Exige-se do Judiciário uma postura mais ativa do que a que marca o processo individual, devendo esse Poder fiscalizar se o administrador e confirmar a força normativa da Constituição, garantindo a promoção dos direitos sociais.

5.2 DA INTERPRETAÇÃO COMO ATO SILOGÍSTICO À CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

O presente capítulo se propõe a abordar o tema da hermenêutica, especificamente sua concepção pós-positivista, aqui explicitada na Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller. Naturalmente, em razão do objetivo do presente trabalho, não faremos um estudo aprofundado das teorias hermenêuticas, mas tentaremos fazer uma breve digressão da interpretação no Positivismo Jurídico à Hermenêutica Concretista.

É possível reconhecer uma evolução mais ou menos paralela entre as formas de Estado, as teorias democráticas, o reconhecimento dos direitos sociais, a centralização do judiciário na execução desses direitos e as teorias hermenêuticas. Assim, da mesma forma que pudemos observar uma modificação na dimensão da atuação jurisdicional com o fortalecimento da teoria dos direitos fundamentais, ao tempo do desenvolvimento dos Estados de bem-estar social, como abordado no tópico anterior, as teorias constitucionais mais recentes e as escolas hermenêuticas também sofreram modificações ao longo da história.

Se o discurso da neutralidade do juiz no Estado Liberal foi substituído gradativamente pela noção do juiz ativista, que visa a conferir força normativa às normas constitucionais, também o discurso teórico a respeito das formas de interpretação se transformou, muito embora ainda hoje haja significativa influência das bases racionalistas tanto no âmbito de operacionalização da atividade judicial como no fundamento das doutrinas científicas do Direito.

Registramos que, exatamente em função da relação entre as formas de Estado, as teorias democráticas e as teorias hermenêuticas, passamos a – novamente – tratar das bases do Estado Moderno, desta feita para situar as teorias hermenêuticas positivista e concretista. Essa observação parece importante na medida em que o leitor poderá ter a impressão de estar diante de um capítulo introdutório.

5.2.1 O Positivismo Jurídico e a interpretação como ato silogístico

A despeito da ascensão do Estado Social, no século XX, com o reconhecimento da necessidade de compatibilizar a garantia dos direitos de

liberdade com os direitos sociais, o racionalismo e o antropocentrismo liberal, característicos do século XVIII, não foram soterrados; ao contrário: continuam a influenciar nosso modo de pensar.

A ideia de que somente a razão pode nos levar à verdade encontra forte respaldo no modo de pensar atual e tendemos a repelir qualquer recurso a meios não verificáveis pela razão. É por este motivo que Habermas questiona se podemos afirmar estarmos na Pós-Modernidade (HABERMAS, 2002). Com efeito, se considerarmos a ideia de *subjetividade*, cunhada por Hegel para distinguir a Modernidade dos tempos anteriores, e especificamente a sua conotação de *individualismo*, em princípio, pode-se falar que o pensamento da Modernidade ainda é dominante.

Se o pensamento iluminista era o que reinava no momento histórico do surgimento das constituições escritas, o Direito também acompanhou essa tendência e se alicerçou na base teórica racionalista. Com as constituições escritas, a partir da Revolução Francesa, também se iniciou o processo de codificação do Direito, aliado à ideia de que apenas o Direito escrito traria segurança jurídica à sociedade, tão supostamente oprimida pelo poder do rei durante o Regime Absolutista⁵⁹.

Mesmo antes da Escola Positivista, outras escolas já adotavam um conceito de interpretação como ato silogístico. A partir do século XIX, a positivação ganhou força, de modo que o império do rei deu lugar ao império da lei. Na França, a Escola da Exegese destacou-se, e com o Código Civil francês, de Napoleão (1804), formou-se a ideia de que direito e lei eram sinônimos. Diante da vinculação do Judiciário ao governante, que teve lugar durante o Absolutismo, passou-se a

⁵⁹ Supostamente, porque a noção amplamente disseminada de que os monarcas concentravam um poder inesgotável remete a uma ideia difundida por historiadores e teóricos iluministas que cuidavam de solapar qualquer referência positiva ao Antigo Regime. No entanto, uma análise menos comprometida revela que os monarcas tinham, durante a transição para o Estado moderno, de dialogar com múltiplas instâncias de poder e com uma estrutura jurídica complexa, destinada, dentre outras coisas, a resguardar direitos de cidadãos (HESPANHA, 1994). Assim, embora fosse época de arbítrio e de uma incipiente estrutura jurídica de proteção ao indivíduo, parece que a homogeneização do argumento decorre de um propósito ideológico, próprio de discursos legitimadores promovidos por vencedores.

nutrir um respeito quase mítico⁶⁰ pela lei, de modo que a atividade judiciária reduzia-se praticamente à aplicação da lei.

Considerando o período histórico vivido pela França, em que acabara de deixar o regime absolutista, era natural que buscasse segurança jurídica na codificação do Direito. Acreditava-se que, com o Direito escrito, haveria segurança jurídica por parte do cidadão:

a estabilidade decorrente do fato de os cidadãos terem certeza da lei que regia sua vida, sem ficar ao sabor de caprichos deste ou daquele governante, pesou muito para que a adaptação dos artigos às realidades que surgiram no decorrer do século XIX fosse feita sem pensar em abater as instituições fundamentais da vida jurídica” o papel do juiz seria uma ação mecânica, a fim de evitar os abusos cometidos pelo Estado (DE CICCIO, 2009, p. 186).

A lei passa a ser a principal fonte do Direito, sendo vedada qualquer forma criadora por parte do intérprete. A divisão de Poderes garantia uma separação entre política e Direito, e “a neutralização política do Judiciário significará a canalização da produção do direito para o endereço legislativo, donde o lugar privilegiado ocupado pela lei como fonte do direito” (FERRAZ Jr., 1996, p. 73).

Enquanto na França, a Escola da Exegese destacou-se, na Alemanha, predominou a Escola Histórica, que se difundiu entre o fim do século XVIII e o início do século XIX (BOBBIO, 2006, p. 45) e foi capitaneada por Carl Von Savigny, para quem o Direito não estava nas leis, mas na consciência geral ou na convicção. Ele substituiu o “Espírito das Leis” pelo “Espírito do Povo” (*Volksgeist*) (CICCIO, 2009, p. 209). Em razão disso, essa Escola era contra a codificação como um ideal abstrato, que se formasse do nada, pois muitas vezes ela não corresponde ao que a sociedade realmente quer.

Savigny se posiciona contra as bases da Escola Clássica do Direito Natural do século XVIII, pois, enquanto esta só considera justas as normas que tenham seguido um critério de racionalidade para sua constituição, para o autor, esse critério varia de povo para povo e deve ser buscado na História, refutando, dessa forma, o caráter universalista do Iluminismo (CICCIO, 2009, p. 209). A

⁶⁰ Expressão cunhada por FERRAZ Jr. (2006).

História também varia, assim como varia o próprio homem: não existe um homem único, com características imutáveis e iguais.

Para a Escola Histórica, jamais se prescinde da interpretação: “La interpretacion no depende, por tanto, como muchos opinan, de la casual circunstancia de la oscuridad de una ley”⁶¹ (SAVIGNY, 1949, p. 80).

Embora resistente à codificação pelas razões já expostas, a Escola de Savigny aproximava-se da Exegética na medida em que concebia a interpretação como a reconstrução do pensamento da lei:

(...) se colocan mentalmente em el punto de vista del legislador y repiten artificialmente sua actividad, engendran, por consiguiente, la ley de nuevo en su pensamiento. He aqui la actividad de la interpretación, la cual, por consiguiente, puede ser determinada como la reconstrucción del pensamiento ínsito de la ley (a)⁶² (SAVIGNY, 1949, p. 83).

Como bem registram BOBBIO (2006, pp. 45-6) e DE CICCIO (2009, pp. 210), a Escola Histórica preparou o terreno para o Positivismo Jurídico. Foi Gustavo Hugo que, antes mesmo de Savigny, afirmou que o direito positivo é o direito posto pelo Estado, o que não significava que fosse o direito posto pelo legislador, como sustentou o Positivismo Jurídico posteriormente.

Ao se referir à Escola Histórica, Ferraz Jr. demonstra como ela antecede o positivismo:

a tarefa do jurista, que se torna então tipicamente dogmática, a partir daí circunscreve-se cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento de seus fundamentos, descambando por fim, já no final do século XIX, para o positivismo legal, com um autolimitação do pensamento jurídico ao estudo da lei positiva e ao estabelecimento da teste da estabilidade do direito” (FERRAZ Jr., 2006, p. 77).

A positivação também trouxe para o Direito a ideia de mutabilidade: ao se identificar o direito com a lei, com a mudança desta última, aquele também se transforma. Essa mudança de concepção gerou uma perplexidade inicial –

⁶¹ Em uma tradução livre: a interpretação não depende, portanto, como muitos acreditam, da obscuridade eventual de uma lei.

⁶² Colocam-se no lugar do legislador e repetem sua atividade artificialmente e, por consequência, produzem a lei novamente em seu pensamento. Tem-se aqui a atividade de interpretação, que pode ser definida como a reconstrução do pensamento da lei.

porquanto, até então, o direito tinha um sentido ético e imutável, relacionado a um bem agir – que deu lugar à afirmação da historicidade do direito. “Se o direito muda, isto não invalida a qualidade científica de seu conhecimento, pois ele muda historicamente” (FERRAZ Jr., 2006, p. 77).

Bobbio destaca dois princípios ideológicos ou ideias-matrizes que embasam o movimento pela codificação da legislação: primeiro, dar prevalência à lei como fonte do Direito exprime a concepção deste como algo racional, universal (que não é capricho ou arbítrio); segundo, dar a prevalência à lei também demonstra a possibilidade de o homem transformar a sociedade (BOBBIO, 2006, p. 119-20).

O Estado moderno era intimamente envolvido nas noções de racionalidade, individualismo e antropocentrismo e foi marcado pela liberação da tutela da Igreja. Com o poder de coerção concentrado em suas mãos, o Estado passa a ser a fonte exclusiva do Direito e a sobrepõe sobre as demais ordens jurídicas até então existentes. Mas a ordem jurídica estatal tem um rigor formal muito mais amplo que as demais e a execução das normas editadas por esse Estado seria garantida pela coerção (CHEVALLIER, 2009, p. 117).

Assim, o Direito moderno é concebido segundo um conceito piramidal, em que “o Estado aparece como a única fonte do direito e única sede de juridicidade” (...), “como uma totalidade coerente, uma ‘ordem’ unitária, vale dizer, um sistema de normas solidárias e hierarquizadas, reunidas entre si por relações lógicas e necessárias; essa sistematicidade lhe confere clareza, simplicidade, certeza (...)” (2009, p. 117).

É importante lembrar que, mesmo na Alemanha, onde a codificação não ocorreu no século XIX em razão da oposição da Escola Histórica e especialmente por causa de seu fracionamento político-territorial, também existia um movimento pela unificação da legislação.

A própria Escola Histórica, a despeito da resistência à codificação, concordava com a necessidade de se dar a uma sociedade um Direito unitário e sistemático. Ela também era contra o Direito judiciário, porém acreditava que seria

mais eficaz remediar os problemas do Direito pela Ciência Jurídica do que pela codificação, porque aquela poderia garantir unidade e sistematização sem tornar o direito rígido, como ocorreria com a codificação (BOBBIO, 2006, p. 121).

Os ideais racionalistas tiveram repercussão nas Ciências Sociais, através da compreensão de que o discurso científico deveria estar estabelecido em bases metodológicas claras, capazes de permitir o estudo do objeto de forma isenta. As correntes positivistas, portanto, ganham terreno nas Ciências Biológicas e Humanas.

Influenciado por essas correntes, Hans Kelsen procura elaborar uma teoria científica sobre o Direito. Sua intenção, desde logo apresentada, é de isolar o objeto de estudo da ciência do Direito, expungindo a confusão com disciplinas como a Psicologia, a Sociologia, a Ética e a Teoria Política (2009, pp. 1-2).

Através dessa teoria, Kelsen tornou-se expoente do Positivismo Jurídico. Dentre suas características ou problemas fundamentais, Bobbio enumera: o direito deve ser considerado como um fato e não como um valor; o direito é definido em função da coação; a legislação é fonte premente do Direito; a norma é um comando (teoria imperativista do direito); o ordenamento jurídico é um conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade e é coerente (impossível a existência em um mesmo ordenamento de normas contraditórias) e completo (não há lacunas no Direito); a interpretação do texto legal deve ser mecânica, ou seja, na atividade do jurista, deve prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito; enfatiza a *teoria da obediência absoluta da lei*, sintetizada no aforismo “lei é lei” (BOBBIO, 2006, p. 133).

O sexto item elencado evidencia o dogma da subsunção, pelo qual o raciocínio jurídico se caracteriza pelo estabelecimento de uma premissa maior (a norma ou texto legal, que aqui têm o mesmo significado), com uma diretiva legal genérica; e uma premissa menor, que expressa o caso concreto. O resultado dessa atividade, sua conclusão, é a decisão ou a manifestação do juízo concreto (FERRAZ Jr., 2006, p. 80).

Os postulados de coerência do Positivismo decorrem da formulação de uma teoria que vê no sistema jurídico um conjunto fechado de normas, autorreferenciadas em função do conceito de validade extraído de normas superiores, cujo ápice seria a Constituição, como norma posta, e a norma hipotética fundamental, como norma pressuposta.

Para o Positivismo de Kelsen, portanto, a aplicação do direito envolve o enquadramento das situações concretas às normas abstratas, num processo silogístico dedutivo. Ao jurista não importa o conteúdo da lei, tampouco os motivos que levaram o legislador a editá-la ou ainda qualquer ato de adequação à realidade. A validade decorre de um pressuposto formal – a adequação da norma dentro do sistema normativo, seja através da regularidade de sua edição, seja através da conformação com as regras de coerência do sistema, destinadas a impedir eventuais antinomias.

O Positivismo de Kelsen estabeleceu as bases de um direito racional, mas relativista, na medida em que o conteúdo da aplicação do direito estaria fora da análise científica proposta. No capítulo final de *A teoria pura do Direito*, contudo, Kelsen explica sua opção metodológica. Para o autor,

A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula – como já se mostrou – o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar.

Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão não pode vincular em todas as direções, sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato (2009, p. 388).

Por isso, segue o autor, não há como definir cientificamente um único significado correto para uma dada norma a ser interpretada. Isso pode ser atribuído especialmente à plurissignificação da maioria das normas jurídicas, razão pela qual o autor considera uma ficção, até vantajosa politicamente, a ideia de que é possível estabelecer uma interpretação correta para determinada situação de aplicação da

norma jurídica (2009, p. 396). Para Kelsen, a interpretação, seja ela promovida pelos aplicadores do direito (autêntica), seja imaginada pelos cientistas do Direito, sempre resultará um ato de vontade e, portanto, insusceptível de ser tratada como objeto científico. Dito de outro modo: a ciência do direito permitiria examinar o funcionamento do sistema normativo, mas não teria condições de tratar da interpretação concreta.

A visão de Kelsen confronta a noção tradicional a respeito das atividades de interpretação do Direito, para a qual *descobrir* a relação entre o texto abstrato e o caso concreto, ou seja, aplicar o Direito, significa

descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo: o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, - determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito (MAXIMILIANO, 1996, p. 127)

O autor prossegue: “Com as luzes da Hermenêutica, o jurista explica a matéria, afasta as contradições aparentes, dissipa as obscuridades e faltas de precisão, põe em relevo todo o conteúdo do preceito legal” (MAXIMILIANO, 1996, p. 127)

O intérprete deveria, portanto, *descobrir* o sentido da norma – aqui referida como texto legal – que se encontrava escondido em suas palavras. “A forma é sempre defeituosa como expressão do pensamento; e é este que se deve buscar” (1996, p. 135).

A existência de um sentido correto a ser descoberto pressupõe reconhecer

o processo desta interpretação como se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que corresponderesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo (KELSEN, 2009, p. 391).

Se, de um lado, reconhece-se a impossibilidade de obtenção de verdades únicas e soluções corretas, também é certo que o relativismo radical,

presente no positivismo de Kelsen, encontrou resistência, sobretudo em razão dos regimes totalitários da Segunda Guerra.

O uso do sistema jurídico posto para legitimar a ação dos regimes totalitários gerou a necessidade de se estabelecer uma teoria constitucional fundada em valores capazes de evitar ações semelhantes às dos regimes nazi-fascistas. Essas críticas fizeram ressurgir o interesse em desenvolver uma teoria que aliasse o reconhecimento de circunstâncias inerentes à compreensão por parte do intérprete

A teoria hermenêutica do século XX sofre as influências dessa oposição. Muitos dos teóricos do chamado *neopositivismo* tentam superar o relativismo, o que, aliás, reflete a antiga contenda entre filósofos idealistas e concretistas, marcada por essa oposição.

Pode-se dizer que essa controvérsia, no que diz respeito ao Direito, permeou discussões teóricas tensas sobre a possibilidade de obtenção de um sentido correto da norma, negada pelo Positivismo. Nisso reside o cerne das discussões que permearam as doutrinas jusfilosóficas do século XX. A tentativa de estabelecer as bases científicas para uma teoria da justiça, por exemplo, passa pela definição da possibilidade de conhecimento e, pois, pela análise do processo hermenêutico.

5.2.3 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER

No presente tópico, teceremos considerações sobre a Hermenêutica Filosófica de Gadamer, que influenciou Müller na sua metódica estruturante do direito, e será útil para desenvolver a ideia de Häberle sobre quem são os reais intérpretes da Constituição. É com base nessa concepção de hermenêutica e de quem são os agentes que interpretam a Constituição que se pode basear o caráter em princípio vinculante das deliberações dos conselhos.

O filósofo alemão Hans-Georg Gadamer, discípulo de Martin Heidegger, partiu da obra de seu mestre para desenvolver sua Hermenêutica Filosófica, refutando a noção de que um método – racional e verificável cientificamente – seria o caminho para que fosse revelada a verdade, única e apenas alcançável por este método (2008).

Gadamer critica a mitificação do método, transportado das ciências naturais para as ciências do espírito, inclusive para o Direito e sua Hermenêutica, a fim de se *descobrir* a verdade oculta sob o texto legal, como já verificamos no item imediatamente anterior. Sua crítica não sugere, entretanto, a adoção de um outro método eficaz para se chegar à verdade. É aí que reside o cerne de sua investigação: ele quer demonstrar que método algum levará a uma verdade única, porque esta não existe.

Com efeito, “o método não traz a verdade. Pode-se até dizer que o método serve mais para explicar uma verdade (uma compreensão) existente do que desvelar uma certeza oculta” (BEZERRA, 2012, p. 78)

O objetivo de Gadamer é desvelar circunstâncias que estão presentes em nosso contato com o mundo, mas às quais não nos referimos: “A questão colocada aqui quer descobrir e tornar consciente algo que foi encoberto e ignorado por aquela disputa sobre os métodos, algo que, antes de limitar e restringir a ciência moderna, precede-a e em parte torna-a possível” (GADAMER, 2008, p. 15). Esse *algo* a que o autor se refere é a compreensão, que é inerente a todo *ser*.

Gadamer deixa bem claro, em sua obra *Verdade e Método*, que não deseja desenvolver uma teoria da interpretação, mas visa a explicitar o que de fato acontece quando se está diante de um texto ou uma situação da vida, como efetivamente compreendemos os fatos que nos são postos. Em outras palavras: pretende realizar uma investigação que descreva como se opera o fenômeno da compreensão.

O fato de eu ter-me servido da expressão ‘hermenêutica’, que vem carregada de uma longa tradição, conduziu certamente a mal-entendidos. Não foi minha intenção desenvolver uma ‘doutrina da arte’ do compreender, como pretendia ser a hermenêutica mais antiga. Não pretendia desenvolver um sistema de regras artificiais capaz de descrever o procedimento metodológico das ciências do espírito, ou que pudesse até

guiá-lo. Minha intenção tampouco foi investigar as bases teóricas do trabalho das ciências do espírito, a fim de transformar em práticas os conhecimentos adquiridos (...) Minha verdadeira intenção, porém, foi e continua sendo uma intenção filosófica: O que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que acontece além do nosso querer e fazer (GADAMER, 2008, p. 14).

Quando se refere à sua investigação, o autor não a põe em relação às ciências do espírito, tampouco em relação à ciência simplesmente. Seu objeto de investigação se refere à experiência humana no mundo e à práxis da vida (2008, p. 16), demonstrando, assim, a pretensão de universalidade de sua hermenêutica filosófica.

Assim, o filósofo se propõe, a partir da experiência da arte, ademonstrar que não existe método capaz de levar a uma única verdade, pois inexiste separação possível entre o sujeito cognoscente e o objeto do conhecimento da forma como pretendida pela hermenêutica tradicional – um sujeito neutro, que tem condições de conhecer o conteúdo do texto mediante a descoberta de sua essência.

Ao contrário, o sujeito está imerso no próprio mundo que busca interpretar e, por isso, possui uma forma particular de compreender esse mundo, que inclui sua própria existência nesse mesmo mundo. Em Gadamer, a *compreensão* é entendida não como a forma de revelar o que há por trás das palavras do texto, tampouco um modo de comportamento do sujeito, mas o modo de ser da própria pré-sença (*Dasein*⁶³) (GADAMER, 2008, p. 16)⁶⁴.

⁶³ O *dasein* é um conceito desenvolvido por Heidegger, em sua obra *Ser e Tempo*, que significa, de forma bastante simplificada, a condição do sujeito de existir, considerando sua relação com o mundo em que ele existe. A expressão também é traduzida como *ser-aí*, que deve ser lida com a compreensão de que, em alemão, os verbos *ser* e *estar* têm a mesma grafia, de modo que essa condição representa mais do que uma essência: é uma condição do *ser* que está no mundo. A relação do *ser* com o mundo em que ele está inserido é influenciada pelo próprio *ser*, bem como este pelo mundo; ambos se afetam simultaneamente e todo o conhecimento produzido pelo *ser* está condicionado por esse mundo, que, por consequência, também é condicionado pelo próprio *ser*. A relação estabelecida no processo de conhecimento, que é definido como um movimento circular por Heidegger, em Gadamer aparece como um movimento em espiral, porquanto tanto o *ser* quanto o mundo sofrem modificações em sua interação.

⁶⁴ “O conceito de hermenêutica foi empregado, aqui, nesse sentido. Ele designa a mobilidade fundamental da pré-sença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, abrangendo assim o todo de sua experiência de mundo. O fato de o movimento da compreensão ser abrangente e universal não é arbitrariedade nem extrapolação construtiva de um aspecto unilateral; reside na própria coisa” (2008, p. 16).

Dito de outra forma, a compreensão não é um comportamento do sujeito “frente ao objeto dado, mas pertence à história efetual, e isto significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido” (2008, p. 18). Isso quer dizer que é impossível ao sujeito compreender o seu objeto do conhecimento de forma apartada de si mesmo, pois aquele está inserido no mundo, em um dado momento histórico, e essa circunstância o influencia na compreensão do objeto. Ele traz consigo a pré-compreensão, a qual condiciona a interpretação.

Assim, no processo de compreensão, do mesmo modo como acontece com a experiência da arte – em que experimentamos a verdade por intermédio da obra, e não pela teoria estética ou por qualquer outro meio, que é limitada pelo conceito científico de verdade – encontramos verdades que vão além do conhecimento metodológico (2008, p. 31). Isso porque não é a razão – ou o método racional – que nos faz encontrá-la, mas uma pré-compreensão, ou um *pré-conceito*, que existe no nosso contato com o objeto e que também é alterado por esse contato.

Esse *pré-conceito* não tem um sentido negativo; significa tão-somente um juízo provisório

que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão. No procedimento da jurisprudência um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva (...). ‘Preconceito’ não significa pois, de modo algum, falso juízo, uma vez que seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente (GADAMER, 2008, p. 360).

Entretanto, o *Aufklärung* – referido por Habermas como *esclarecimento* – conferiu ao preconceito uma conotação negativa, pois o associava a um *juízo não fundamentado*. E apenas teria validade um juízo submetido a um método racional que lhe conferisse dignidade (GADAMER, 2008, p. 361).

No momento da compreensão, da análise, o intérprete está diante de uma mediação entre passado e presente e essa mediação é realizada pela tradição. Impossível o juiz não trazer consigo seu universo de pré-compreensão e também não há como ela deixar de condicionar sua análise do caso posto para julgamento. E isso não é um erro, tampouco pode ser evitado pela aplicação de algum método hermenêutico.

Portanto, não existe uma verdade única; podem existir várias verdades, a depender da compreensão do intérprete, ou seja, não há uma verdade *falsa* e outra *verdadeira*. Ambas podem advir do processo hermenêutico, condicionadas pela pré-compreensão do intérprete e pela tradição. Expliquemos.

Na tentativa de alcançar a verdade única, o racionalismo refutava todos os preconceitos (pré-conceitos), “ela procura compreender a tradição corretamente, isto é, isenta de todo preconceito e racionalmente” (GADAMER, 2008, p. 362). “A última fonte de toda autoridade já não é a tradição mas a razão” (2008, p. 363).

Gadamer entende que é impossível ficarmos alheios à tradição, pois, em nosso comportamento em relação ao passado, “encontramo-nos inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição nos diz pudesse ser pensado como estranho ou alheio”. Assim, não está em questão nosso distanciamento com relação ao transmitido (2008, p. 374).

Por isso, frente ao metodologismo epistemológico dominante, precisamos perguntar se o surgimento da consciência histórica conseguiu separar realmente e por inteiro nosso comportamento científico daquele comportamento natural com relação ao passado. Será correta a autocompreensão das ciências do espírito, quando rejeitar o conjunto de sua própria historicidade do lado dos preconceitos de que temos de nos libertar? Ou será que essa ciência “livre de preconceitos” não estará compartilhando, bem mais do que imagina, daquela recepção e reflexão ingênuas em que vivem as tradições e em que está presente o passado? (GADAMER, 2008, p. 374).

Segundo Bezerra, os preconceitos ou pré-compreensões são “o que torna possível qualquer tipo de compreensão. Os preconceitos não estão separados do passado. Ao revés, são eles que tornam o passado acessível” (2012, p. 81). Esse acesso (comunicação) entre presente e passado é mediado pela tradição e é nesse processo que se dá a compreensão.

(...) “compreender melhor” não se deve a uma conscientização posterior capaz de equiparar o intérprete com o autor original (como opinava Schleiermacher), mas, ao contrário, descreve uma diferença insuperável entre o intérprete e o autor, diferença que é dada pela distância histórica. Cada época deve compreender a seu modo um texto transmitido, pois o texto forma parte do todo da tradição na qual cada época tem um interesse objetivo e onde também ela procura compreender a si mesma. Como se apresenta seu intérprete, o verdadeiro sentido de um texto não depende do aspecto puramente ocasional representado pelo autor e seu público originário. Ou pelo menos não se esgota nisso, pois sempre é determinado também pela situação histórica do intérprete e

consequentemente por todo o curso objetivo da história (GADAMER, 2008, p. 392).

Quando se diz que o intérprete compreende melhor, não se quer dizer que tem superioridade sobre o autor, tampouco que conhece mais a coisa em razão de ter conceitos mais claros. Na verdade, pretende-se dizer que compreende de um modo diferente.

Com a tradição como mediadora da compreensão, o tempo deixa de ser um abismo a ser transposto, para ser “o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes”⁶⁵.

Para Gadamer, é preciso desenvolver a história efetual como nova disciplina auxiliar das ciências do espírito: “o que precisamos é apenas a conhecer-nos melhor e reconhecer que os efeitos da história efetual operam em toda compreensão, estejamos ou não conscientes disso” (2008, p. 398). Suas considerações sobre a história efetual reflete sua noção de que o homem está inserido no mundo e na tradição: ele afirma que a consciência da história efetual somente pode se dar com uma consciência da situação hermenêutica, ou seja, mediante o tornar-se consciente de que se está inserido nessa situação⁶⁶.

Na interpretação de um texto, não há sua reprodução por parte do intérprete, mas propriamente uma *produção*, pois, assim como a obra de arte não pode ser reproduzida e assim como ela se separa do seu autor quando o seu apreciado a descobre, o texto jamais será o mesmo quando conhecido por outro ser e depende de uma mediação histórica.

⁶⁵ Assim, a distinção dos períodos não é algo que deva ser superado. Esta era, antes, a pressuposição ingênua do historicismo, ou seja, que era preciso deslocar-se ao espírito da época, pensar segundo seus conceitos e representações em vez de pensar segundo os próprios e, assim, poder-se-ia alcançar a objetividade histórica. Na verdade, trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, em cuja luz nos é mostrada toda a tradição (GADAMER, 2008, p. 393).

⁶⁶ Ele reconhece que essa tarefa é difícil e que nunca será realizada plenamente: “O conceito de situação se caracteriza pelo fato de não nos encontrarmos diante dela e, portanto, não dispormos de um saber objetivo sobre ela. Nós estamos nela, já nos encontramos sempre numa situação cuja elucidação é tarefa nossa. Essa elucidação jamais poderá ser cumprida por completo. E isso vale também para a situação hermenêutica, isto é, para a situação que nos encontramos frente à tradição que queremos compreender. Também a elucidação dessa situação, isto é, a reflexão da história efetual, não pode ser realizada plenamente. Essa impossibilidade porém não é defeito da reflexão mas faz parte da própria essência do ser histórico que somos. *Ser his'torico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se*” (GADAMER, 2008, p. 399).

Cada época compreenderá seu texto de uma forma diferente, pois o texto transmitido também é uma parte da tradição “na qual cada época tem um interesse objetivo e onde também ela procura compreender a si mesma” (GADAMER, 2008, p. 392). O sentido dado pelo autor não é verdadeiro, e sentido original, o do autor, é apenas parte do sentido que o texto terá quando for compreendido pelo intérprete. Gadamer assevera que o autor não precisa ter reconhecido todo o sentido de seu texto e que o intérprete compreenderá mais que ele e de forma diferente também.

Por isso, a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também é sempre produtivo. (...) Na verdade, compreender não é compreender melhor, nem sequer no sentido de possuir um melhor conhecimento sobre a coisa em virtude de conceitos mais claros, nem no sentido da superioridade básica que o consciente possui com relação ao caráter inconsciente da produção. Basta dizer que, *quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente*” (GADAMER, p. 392).

Gadamer também refuta que a compreensão e a interpretação sejam ações reservadas ao cientista. Trata-se de atividades inerentes a qualquer experiência do homem no mundo. (GADAMER, 2008, p, 20; BEZERRA, p. 79)

É na ideia de que a hermenêutica está presente em toda a experiência humana no mundo que se evidencia o caráter universal dela. Do mesmo modo nossa compreensão do mundo é influenciada por este mundo, no qual estamos inseridos e mantemos relação histórica, quando da interpretação de textos em geral – incluindo-se os textos jurídicos – também realizamos compreensão. A realidade, portanto, está intrinsecamente relacionada à hermenêutica jurídica. Foi a partir da constatação de que era inevitável realizar essa compreensão que Müller desenvolveu a Teoria Estruturante do Direito.

5.2.4 A concretização constitucional

A partir da segunda metade do século XX, o Positivismo Jurídico passou a sofrer duros ataques, principalmente por ter sido a obediência à lei o fundamento de tantas atrocidades, como as ocorridas nos regimes nazista e fascista e inúmeras outras ditaduras. Na tentativa de responsabilização dos

algozes dos judeus, por exemplo, invocou-se a legalidade como alicerce de seus atos, e ainda como fundamento de isenção de sua responsabilidade.

Assim, teve lugar um novo movimento de ruptura em relação às constituições fundadas no Positivismo Jurídico. Tavares observa que a solução seria uma constituição que traria a segurança inerente ao texto escrito, acrescentando-se a ele “a influência dos costumes e dos mais idealistas valores humanos”. O autor também cita como representativas dessa ruptura a Lei Fundamental de Bonn e a Constituição brasileira de 1988 (2006, p. 39-40).

Era premente a necessidade de trazer para o constitucionalismo outros saberes e, nesse cenário, a hermenêutica deixa de ser ferramenta ou técnica interpretativa para o alcance da verdade, para ser um modo de pensar e o próprio modo de ser daquele que compreende o direito. A realidade deixa de estar apartada do texto normativo.

Enquanto, no Positivismo, não havia espaço para um maior conhecimento das outras ciências, no Constitucionalismo a constituição acompanha a realidade (HESSE, 2009). Significa que ela está aberta às mutações da sociedade. Somente dessa forma, poderá haver a evolução do texto constitucional.

A linguagem, que, no Positivismo, desempenhava o papel de instrumento para o alcance do sentido da norma, assume aqui um caráter constituinte da norma. Não é ferramenta, mas integra a produção de significado no caso posto para decisão.

A Hermenêutica Concretista de Friedrich Müller, adotada também por Konrad Hesse, é nitidamente influenciada pela hermenêutica filosófica gadameriana. Registra-se aqui a observação formulada por Bezerra (2012) na abordagem do assunto, segundo o qual o Professor Willis Santiago afirmou que, em conversa pessoal com Konrad Hesse (em que também estava presente Paulo

Bonavides), este dissera “que a parte hermenêutica de sua obra tinha sido transportada da Teoria Estruturante de Müller” (2012, p. 105)⁶⁷.

Bezerra prossegue, asseverando que

“lendo a obra de Hesse, vê-se que esse fato corresponde à mais inteira verdade, pois não há qualquer ideia de Hesse quando fala sobre hermenêutica que não esteja na obra de Müller ou de Gadamer. O que o constitucionalista alemão faz é compilar e esclarecer ambas” (p. 105).

Segundo a Teoria Estruturante do Direito, criada por Friedrich Müller na década de 1960, a norma jurídica é criada diante do caso concreto submetido à análise; não existe norma em abstrato que se aplica ao caso concreto. No máximo, extrai-se dos códigos um texto normativo, que não se confunde com a norma jurídica.

De acordo com o próprio Müller, sua teoria parte da práxis e de um conceito pós-positivista da norma jurídica. Esta não está no código legal (este contém apenas formas precedentes), pois ela é “somente pro-duzida em cada processo individual de solução de um caso jurídico, de uma decisão jurídica” (2003, p. 320). E concretização é justamente a construção da norma jurídica no caso individual.

A Teoria Estruturante incorpora ao direito questões relativas a outras disciplinas, como a Sociologia, a Economia. Influenciado pela Hermenêutica filosófica de Gadamer, Müller leva em consideração aspectos como a tradição (ótica temporal) e a pré-compreensão, desenvolvidos por aquele.

Assim como Gadamer, Müller assevera que o objeto em si não é acessível às ciências e que, inclusive nas ciências naturais, as verdades tidas como absolutas podem ser modificadas com o tempo, com novas descobertas: “nas ciências naturais, o componente temporal não admite mais considerar que um experimento possa ser repetido de forma absolutamente idêntica” (2009, p. 13).

⁶⁷ Assiste razão a BEZERRA, quando afirma que foi Canotilho que enumerou as teorias de Müller e de Hesse como distintas, ao elencar os diversos métodos de interpretação constitucional. Com base no autor português, muitos autores passaram a fazer essa diferenciação (2012, p. 104).

É importante registrar que Müller não refuta o Positivismo Jurídico; ele tenta avançar em relação a ele: o texto normativo é o ponto de partida para a concretização, é a partir de sua análise que surgem os significados e a interação dele com a parcela de realidade atingida por ele. Porém, de forma contrária à noção positivista de norma, para Müller, ela não é um dado pronto e acabado, esperando adequação ao caso concreto. Segundo Müller,

para elaborar a norma jurídica, para construí-la a partir do caso jurídico e dos textos das normas o jurista carece desde o começo tanto de dados de linguagem quanto de dados reais; esta é a realidade do trabalho diário e cotidiano das decisões jurídicas” (MÜLLER, 2003)

Em sua teoria, a estrutura da norma deixa de ser bipartida entre *ser* e *dever ser*, suporte fático e consequência jurídica, norma e conjunto de fatos, para, então, ser composta por duas partes: o programa da norma e o âmbito da norma. Esses elementos da estrutura da norma atuam de forma conjunta no trabalho do jurista, atribuindo-se normatividade a essa atividade (MÜLLER, 2009, p. 15).

Aqui, a *normatividade* tem o sentido de uma “qualidade dinâmica de uma norma assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada” (MÜLLER, 2009, p. 15). Essa assertiva denota caráter dinâmico do processo de decisão.

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto e no seu condicionamento recíproco (HESSE, 2009).

Os elementos da norma não visam a encontrar o significado do texto normativo, “não são meios para encontrar, à maneira do direito natural, verdadeiros enunciados ônticos de validade geral” (MÜLLER, 2009, p. 245), mas servem para construir uma norma que se adapte ao caso concreto. Na esteira do que afirma Gadamer sobre qualquer texto, quer seja jurídico ou não, Müller assevera que o sentido da norma não é descoberto, mas é construído durante o processo de interpretação.

Contrariando essa posição, a norma concepção afirma: para elaborar a norma jurídica, para construí-la a partir do caso jurídico e dos textos das normas o jurista carece desde o começo tanto de linguagem quanto de

dados reais: esta é a realidade do trabalho diário e cotidiano das decisões jurídicas (2003, pp. 320-1).

Nesse processo de concretização da norma, “as ideias normativas fundamentais não podem ser isoladas no caso particular e definidas de modo separado, bem como impostas ao âmbito material empiricamente investigado, sem demais intermediações” (MÜLLER, 2009, p. 246). Os elementos estruturais da norma – o *âmbito normativo* e o *programa normativo* – se influenciam reciprocamente, de modo que não podem ser analisados de forma isolada.

Em um primeiro momento, realizam-se dois processos parciais (não-sequenciais nem totalmente discerníveis como individualidades). Em um deles, com a análise do texto (elementos linguísticos), obtém-se o que a doutrina passou a chamar de *programa normativo*. No outro, que analisa principalmente os dados da realidade (elementos empíricos), alcança-se o *domínio* (ou *âmbito*) *normativo*. Este será formado por um conjunto de elementos fáticos influenciados pela disposição normativa (TAVARES, 2006, p. 63).

Müller leva em consideração que o trabalho jurídico se passa na linguagem e é uma forma de linguagem. Assim, busca definir, em termos pragmáticos, o *programa normativo* como “o resultado da interpretação linguística de todos os dados de linguagem” (2003, p. 321). Compõem o programa normativo todos os elementos que circundam o texto normativo bem como os métodos de interpretação.

O âmbito normativo são elementos da realidade (fatos) que terão influência e serão influenciados pelo programa normativo. Não são todos os fatos sociais, apenas aqueles que se enquadrem nesse *âmbito* de influência ou, dito de outro modo, “é um conjunto de elementos estruturais, obtidos a partir da realidade e que em geral já aparecem tradicionalmente formados ou co-formados pelo direito, sendo formulado como algo possível no mundo real” (MÜLLER, 2009, p. 249).

Ele não é um mero recorte da realidade, pois

como parte integrante da norma estruturante vista, ele só aparece quando o programa normativo assinala, no processo da interpretação prática e na aplicação de normas jurídicas, as estruturas básicas relevantes desse âmbito normativo, considerando caso particular” (MÜLLER, 2009, p. 249).

O âmbito normativo somente aparece, ganha vida, diante do programa normativo. Às vezes, esses elementos são destacados ou expressos no

texto normativo (como regras processuais), caso em que a tarefa de concretização é menos complexa.

A influência de Gadamer na obra de Muller é indiscutível: ao criticar a metódica e a teoria jurídica tradicionais, que não querem admitir o papel normativo dos pontos de vista materiais, Muller salienta que, como é inevitável a incorporação dos dados da realidade, os teóricos “tradicionais” os escondem

“atrás das conhecidas fórmulas em branco (*Blankettformeln*) do tipo ‘conformidade ao fim’ ou ‘razoabilidade do resultado’ ou ‘teleologia’ e similares (adequação, proporcionalidade, justiça ao caso individual). Tais figuras retóricas são imprecisas; elas são também problemáticas do ponto de vista do Estado de Direito, pois muitas vezes não podem ser atribuídas de forma metódica plausível aos teores literais do código legal, aos textos das normas” (MÜLLER, 2003, P. 320).

Essa ideia de inevitabilidade da realidade é justamente a ideia de pré-compreensão de Gadamer – baseada em Heidegger – segundo a qual, independente da vontade do intérprete, influenciaria sua atividade, porquanto ele está inserido em um mundo e não apartado desse mundo.

Também quando fala em “construção”, “pro-dução” da norma jurídica para o caso concreto, Müller refere-se à *compreensão* de Gadamer, reconhecendo ser impossível a reprodução de um texto, sendo possível apenas a “produção” de um novo texto a partir do texto normativo e dos dados da realidade que interferem na leitura desse texto.

5.3 A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

É sabido que a introdução dos novos atores sociais, aliada aos direitos e interesses por eles defendidos, tem causado dificuldades de atuação por parte do Judiciário. Ao mesmo tempo em que se não pode furtar de conceder a prestação jurisdicional, o juiz se depara com questões que não se resumem aos conflitos individuais, mas trata de conflitos plurilaterais ou policêntricos, típicos nas demandas que envolvem políticas públicas. É essencialmente aí que reside a dificuldade de se adaptar o esquema bilateral do processo para lidar com esses impasses, e essa dificuldade reside, dentre outros fatores, no arsenal limitado de

instrumentos de que o juiz pode lançar mão para solucionar a questão (VERÍSSIMO, 2006, p. 86).

Com efeito, os conflitos denominados policêntricos não são solucionáveis mediante mera adjudicação, ou seja, mediante uma decisão baseada na análise racional das provas e dos argumentos das partes afetadas por essa decisão (FULLER & WINSTON, 1978)⁶⁸. Nesses conflitos, não se alcança solução mediante a verificação de culpa por parte de um dos litigantes em razão de cometimento de ato ilícito. Sendo a conflituosidade característica típica dos direitos coletivos em sentido estrito, tal como os direitos assegurados mediante políticas públicas, é preciso analisar várias nuances, como as possíveis consequências decorrentes de priorização de determinada área no orçamento em detrimento de outra.

Como já asseveramos neste trabalho, a previsão dos direitos sociais na Constituição não confere necessariamente ao cidadão direito público subjetivo, mas a garantia deles mediante a efetivação de políticas públicas. O próprio texto constitucional não deixa dúvidas acerca dessa premissa, e é por isso que é necessário considerar, no processo de construção da decisão judicial, tanto a multilateralidade do problema quanto a eventual impossibilidade material de conhecimento da integralidade dessa multilateralidade, pelo julgador.

Fuller e Wiston (1978) asseveram que, quando se tenta solucionar um problema essencialmente policêntrico por intermédio de adjudicação, podem se dar três efeitos indesejados e, às vezes todos simultaneamente: o primeiro é que a solução pode falhar em ocorrência de repercussões não esperadas que tornariam a

⁶⁸ Os autores referem-se a três formas de ordenação social: o contrato, que é baseado na negociação; as eleições, através do voto e a adjudicação, baseada na apresentação das provas e argumentos das partes envolvidas, ora referidas. Enumeram, dentre as características essenciais da adjudicação, a racionalidade, que pode não estar presentes nas demais formas de ordenação social: "The distinguishing characteristic of adjudication lies in the fact that it confers on the affected party a peculiar form of participation in the decision, that presenting proofs and reasoned arguments for a decision in his favor (...). Participation through reasoned arguments loses its meaning if the arbiter of a dispute is inaccessible to reason because he is insane, has been bribed, or is hopeless prejudiced". Em uma tradução livre: A característica da adjudicação que a distingue das demais formas de ordenação social é o fato de ela conferir à parte afetada uma forma particular de participação na decisão, mediante a apresentação de provas e argumentos sólidos, visando a uma decisão em seu favor (...) Participação por intermédio de argumentos sólidos perde sua razão de ser se o julgador da disputa é inacessível à razão porque é insano ou foi corrompido.

solução encontrada ineficaz; em segundo lugar, o suposto árbitro ignora as prioridades judiciais, pois “testa” várias soluções, consulta partes que não são representadas no processo e tenta adivinhar fatos que não estão provados; e, por fim, ao invés de acomodar o procedimento à natureza dos problemas, ele poderá reformular o problema para adaptá-lo ao procedimento “adjudicativo”.

Outro aspecto que muito interessa à presente pesquisa diz respeito à falta de capacidade técnica dos órgãos judiciários, necessária para avaliar os impactos de uma decisão que implique uma política pública. Primeiro, os juízes não têm a informação técnica à ação social eficiente, tampouco possuem as habilidades técnicas precisas para interpretar as ações que possam receber. (VERÍSSIMO, 2006, p. 97). Para Horowitz, o processo judicial leva o juiz a se manter ignorante sobre o contexto social e o força a agir por partes, sem conseguir focar o problema no todo (VERÍSSIMO, 2006, p. 96).

Trata-se de um fenômeno próprio da prática judiciária, até porque o direito trabalha com redução de complexidade externa no equacionamento das soluções a que se propõe. Assim, por exemplo, o “enquadramento” do fato à norma, típico de uma postura positivista clássica, pode ser interpretado como a redução de uma situação multifária a uma realidade representada por aquele modelo normativo.

Para José Reinaldo de Lima Lopes, que estuda especificamente o caso brasileiro, os conflitos plurilaterais revelam a crise do modelo liberal de justiça comutativa, no qual o Judiciário se propõe a resolver exclusivamente conflitos bilaterais, entre indivíduos. Esse modelo liberal separa as noções de Direito e política de tal modo que associa a justiça comutativa ao Direito e a justiça distributiva à política (1994).

Acontece que os assuntos de justiça distributiva têm chegado cada vez mais ao Judiciário e, este poder, que está preparado para resolver conflitos individuais, depara-se com situações em que tende a refutar sua intervenção. A conflituosidade intrínseca dos direitos coletivos dificulta a formação de uma relação processual concebida nos moldes liberais.

A consequência é que a submissão desses conflitos ao Judiciário “acaba provocando a sua ‘conversão’ em uma ‘disputa de direitos’ ou a sua redução a acusações de culpa ou prática de ilícitos” (VERÍSSIMO, 2006, p. 106).

É nesse contexto que se inserem os impasses entre conselho e gestor público (Executivo) quando se submete o conflito ao Judiciário. A tendência é refutar o controle jurisdicional, sob o argumento de que o Judiciário não pode se imiscuir na política.

Como já registramos em momento anterior deste trabalho, não é objeto discutir a legitimidade do Judiciário para controlar políticas públicas, e partimos da premissa de que essa legitimidade decorre do próprio texto constitucional, que consagra direitos sociais e confere ao Judiciário função de resguardar a lesão a qualquer espécie de direito (CF/88, art. 5º, LX).

Porém, inúmeros são os óbices a esse controle.

Dentre as *acusações* contra o protagonismo dos juízes, CAMPILONGO (2002, pp. 57-60) elenca três mais comuns: a parcialidade, contestação à lei e intromissão em funções que não são suas (substituir-se ao político). No primeiro óbice, haveria um juiz que cederia a pressões políticas de partidos e grupos. A segunda crítica refere-se à noção de que o juiz deve completa submissão à lei, o que é, no entendimento do professor, um mito. O juiz político seria o que se afasta da lei para utilizar parâmetros ideológicos. Por fim, a terceira crítica é a de que o juiz estaria se imiscuindo em tarefas que caberiam ao sistema político.

Assim, embora a expressão “politização da magistratura” venha ordinariamente associada a uma dessas três cargas negativas, CAMPILONGO (2002, p. 60) ressalta que é possível se falar em politizar o magistrado sem que isso tenha conotação negativa. E como se daria essa “politização”? Para o autor, que adota uma compreensão sistêmica luhmanniana, a operacionalização do sistema jurídico, ou seja, o processo decisório com todas as suas consequências, está exposta a uma constante irritação proveniente do sistema político e, dessa

forma, o juiz deve sim decidir de acordo com o direito vigente, porém interpretando, construindo, acomodando a legislação em face das influências do sistema político.

O que é nefasto, portanto, não é a influência de um sistema no outro – como ocorre entre o político e o jurídico, no caso sob análise – mas a desnaturação da forma de operação própria de cada subsistema, ou seja, se o sistema jurídico passar a decidir se utilizando dos códigos do sistema político⁶⁹, gerando o que CAMPILONGO nomina uma “corrupção de códigos” (2002, p. 61).

Segundo o professor citado, a existência de um juiz mais ativista, como se deu na Itália, com “um elevado grau de criatividade na aplicação de um direito novo, emergencial e carente da devida complementação de conteúdo. Em resumo: uma magistratura independente e criativa” (2002, p. 59) não representa ingerência indevida de um sistema em outro.

É imperativo que o Judiciário se debruce sobre os conflitos distributivos e, na tentativa de lançar algumas luzes sobre a problemática específica da judicialização das decisões dos conselhos, exporemos em que consiste a tese da sociedade aberta dos intérpretes da constituição, de Peter Häberle.

Häberle inicia seu texto estabelecendo o estágio atual do problema, ou seja, a atual situação da teoria da interpretação constitucional: hoje, segundo ele, existem apenas duas questões essenciais para os estudiosos do assunto. Primeiro, as tarefas e objetivos da interpretação e, a par dessa preocupação, os métodos de interpretação. Não se fala, portanto, no problema relacionado aos *participantes* dessa interpretação (HÄBERLE, 1997, pp. 11-2).

É a partir dessa verificação que Häberle passa a desenvolver sua tese, que pode ser resumida na seguinte assertiva:

“No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado” de intérpretes (HÄBERLE, 1997, p. 13).

⁶⁹ Acontece, por exemplo, quando o juiz decide se utilizando de critérios estritamente políticos ou religiosos ou econômicos.

Atualmente, observa-se que a interpretação constitucional tem sido tarefa de uma sociedade fechada, limitada a juristas. Porém, deveria ser elemento resultante da sociedade aberta e, ao mesmo tempo, elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional devem ser tão abertos tanto quanto a sociedade for pluralista.

O catálogo dos participantes dessa *sociedade aberta*, segundo a ideia defendida por Häberle, é o seguinte: as funções estatais, que se manifestam na decisão vinculante da corte constitucional e nos órgãos com poder de decisão vinculante, mas submetidos à revisão (jurisdição, legislativo, executivo); os participantes dos processos descritos no item anterior, ou seja, as partes no processo constitucional, outros participantes, pareceristas ou expertos, peritos no parlamento ou nos tribunais, associações, partidos políticos, grupos de pressão organizados; a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como estimuladores (a mídia falada e escrita, opinião dos leitores, das associações, igrejas e dos partidos fora de sua atuação organizada); a doutrina constitucional.

Uma teoria constitucional que se concebe como ciência da experiência deve estar em condições de, decisivamente, explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público (*Öffentlichkeit*), o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes (HÄBERLE, 1997, p. 19).

Uma possível objeção à sua teoria, conforme o próprio Häberle registra, seria o argumento de que a interpretação constitucional poderia dissolver-se em um grande número de interpretações e de intérpretes, fazendo com que a unidade da Constituição se perdesse.

Para respondê-la, ele assevera que é preciso passar pela questão da legitimação, especialmente a legitimação dos intérpretes não oficiais. Para os intérpretes oficiais – como os órgãos estatais – a legitimação decorre de um procedimento pré-estabelecido. Porém, para os demais intérpretes sem vinculação restrita, como os cidadãos, grupos e partidos políticos, não há vinculação, mas liberdade (HÄBERLE, 1997, p. 30).

Com essa tese, Häberle, na esteira de Müller, rechaça a orientação hermenêutica da subsunção, salientando que “a ampliação do círculo dos

intérpretes é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação” (idem, p. 30).

Assim como Gadamer reconheceu a existência da compreensão, permeada pela tradição e pelos preconceitos ou pré-compreensões, e não viu prejuízo para a hermenêutica que ela se operasse nesses termos, Häberle também aceita a existência de *influências externas*, rechaçando a suposta e falsa “neutralidade”:

seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial (1997, p. 31).

Qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis. O juiz está vinculado à lei e tem independência funcional, mas isso não o exime interpretar com base na realidade. Sofre influências externas, e isso não é negativo: elas legitimam a interpretação e evitam o livre arbítrio (1997, pp. 31-2). Essa legitimação resulta da participação efetiva sobre a decisão.

Finalmente, em resposta à possível crítica formulada, Häberle afirma que não haveria perda da unidade da Constituição. Ao contrário: a unidade surgiria justamente do concerto resultante da conjugação dos diferentes intérpretes da Constituição.

Sob uma perspectiva da teoria da democracia, a tese do jurista alemão também se legitima: para ele, embora os cidadãos e grupos não tenham legitimação para a interpretação constitucional em sentido estrito, a têm numa sociedade aberta,

por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais, tema muitas vezes referido sob a epígrafe do ‘aspecto democrático’ dos Direitos Fundamentais (HÄBERLE, 1997, p. 36).

Para ele, portanto, a democracia não é vista como exercício da soberania popular no sentido rousseauniano (que atribuiu ao povo poderes equivalentes aos poderes divinos), mas sim a partir da realização de direitos fundamentais. Ele concebe uma noção de povo em que este atua

“em diferentes níveis, por diferentes razões e em diferentes formas, especialmente mediante a cotidiana realização de direitos fundamentais. Não se deve esquecer que a democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia é o “domínio do cidadão” (Herrschaft des Bürgers), não do Povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular (HÄBERLE, 1997, p. 38).

Entendemos que, no Brasil, podemos ir um pouco mais além no que tange à legitimação formal para a interpretação por parte de alguns grupos, especificamente os que compõem os conselhos de políticas públicas. Como a Constituição expressamente consagra a participação popular, parece que erigiu à categoria de intérpretes formais os grupos que integram tais conselhos, seja por parte da sociedade civil (associações, organizações não governamentais, cidadãos), seja por parte do Estado (membros indicados pelo gestor para compor os conselhos).

E é aqui que reside a possibilidade de se sustentar o caráter vinculante de suas decisões, pelo menos em princípio. Não se trata, portanto, de reconhecer o caráter vinculante em razão de sua legislação infraconstitucional, como já mencionamos em item anterior, mas de efetivamente o fazer por vinculação constitucional.

Registre-se ainda que os instrumentos de que o conselho dispõe para eleger as políticas públicas prioritárias que deverão integrar os PPAs, as LDOs e as LOAs, a saber, as conferências, reuniões, que devem ser permeadas de ampla discussão e deliberação, também são fatores que legitimam sua interpretação constitucional.

Os novos arranjos deliberativos se baseiam em duas mudanças em relação a essa concepção de informação. A primeira é que o Estado, assim como o mercado, possui informações incompletas para a tomada de decisões e que, portanto, é preciso que os atores sociais tragam informações para que a deliberação contemple plenamente os problemas políticos envolvidos. Em segundo lugar, tais informações têm que ser compartilhadas e discutidas, isso é os arranjos deliberativos presumem que as informações ou soluções mais adequadas não são *a priori* detidas por nenhum dos atores e necessitam serem construídas coletivamente (AVRITZER, 2000).

Se interpretar a norma constitucional é “concretizar” e esse ato apenas acontece no interior da experiência histórica, em que o intérprete se encontra imerso em suas pré-compreensões (HESSE, 2009, pp. 109-10).

Naturalmente, os conselhos estão sujeitos a ser manipulados por membros ou mesmo por agentes externos que têm interesses que não se coadunam com os da coletividade. Entretanto, esse risco é inerente a qualquer atividade social, e a democracia representativa, por intermédio do sufrágio, também não está imune; tal possibilidade, porém, não deve ser utilizada como fundamento para afastar sua legitimidade.

Tampouco merece acolhida a crítica à tese de Häberle formulada por AMARAL, para quem a sociedade brasileira ainda não está preparada para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Segundo ele, a teoria de Häberle é plenamente aplicável na Alemanha porque naquele país desenvolveu-se uma cultura constitucional, que permite a interpretação constitucional (AMARAL, 2004, p. 135).

Ainda segundo AMARAL, na Alemanha, existe uma Constituição como verdadeiro legado cultural, fonte de desejos e esperanças de um povo, um pacto de gerações, em razão de haver nascido após a Segunda Grande Guerra, resultado de uma verdadeira conquista de seu povo e de naquele país existir uma formação política e educação para a cidadania (apreensão dos princípios básicos formadores do Estado Constitucional, como a dignidade da pessoa humana, a tolerância, entre outros).

Para esse autor, no Brasil, em razão de ainda sermos uma nação em desenvolvimento, não existe a consciência dos valores fundamentais constitucionais, pois a família e a escola não cumprem seus papéis de formar cidadãos conscientes de seus direitos e deveres. Para ele, em nosso país, perdeu-se uma oportunidade para sedimentar esses valores com a Constituição de 1988, que foi marco do fim do período ditatorial. Assim, nenhuma das partes cumpre seu papel: os cidadãos não ajudam no desenvolvimento da Carta Magna porque “a vida constitucional ainda não está enraizada no espírito popular, ou seja, ainda não se

integrou ao processo constitucional à cultura popular”; o Estado, de outro lado, também não compre seu papel de consolidação dos ditames constitucionais⁷⁰.

Mas quem poderia proceder essa educação constitucional? O Poder Público, acusados de negar os direitos sociais previstos constitucionalmente? As organizações não-governamentais, muitas vezes comprometidas com laços primários de relacionamento junto a órgãos do governo?

A Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição deve ter lugar no Brasil já. Os equívocos e abusos decorrentes de sua observância não serão menores do que aqueles decorrentes da interpretação por uma sociedade fechada, fundada em um paradigma positivista de aplicação do Direito. Errar pelo exercício da democracia deliberativa é um risco que devemos correr em benefício da História. O caminho é longo, mas tem de ser percorrido em algum momento.

Ademais, a experiência mostra que somente se aprende a evolução da democracia depende de seu diuturno e efetivo exercício. Se é fato que o Brasil compreende uma nação, um povo ou um país de passado autoritário, esses vícios de outrora ou de ainda hoje não podem servir de instrumento para perpetuação de uma democracia incipiente.

Não há como negar que a Carta Magna tenha sido objeto de graves mutilações, quer por intermédio de sucessivas reformas via emendas constitucionais, quer pela via judicial, quando se nega força normativa a seu texto. Entretanto, isso não deve ser óbice para negar aos destinatários da Constituição – as pessoas comuns, o povo – a legitimidade para interpretá-la, ainda que essa interpretação seja equivocada, ainda que a qualificação técnica seja deficiente. A educação para a Constituição, quer a formal, quer a relativa a seus valores éticos, deve se dar no processo de aplicação dessa mesma Constituição.

Por essas razões de legitimidade constitucional democrática, entendemos que as decisões dos conselhos, em princípio, têm caráter vinculante

⁷⁰ O autor reconhece, porém, que a sociedade aberta está presente por intermédio do *amicus curiae*, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e conclui que a teoria se aplica, embora não integralmente

contra o Executivo e, quando há submissão desse conflito ao Judiciário, este deve atentar para o fato de que quem a definiu são os reais intérpretes da Constituição.

Ao determinar que uma política decidida pelo conselho seja cumprida diante da inércia do Executivo em executá-la ou incluí-la em orçamento, o Judiciário está se utilizando de um intérprete que tem efetivamente o conhecimento, o qual, ainda que não seja técnico, é qualificado, por serem os componentes do conselho justamente os destinatários das políticas públicas.

E como se daria esse procedimento? No nosso entender, independentemente de modificação legislativa, o Judiciário pode, diante do caso concreto, verificando que se trata de decisão de conselho social gestor, presumir de forma relativa que a decisão se encontra adequada à promoção dos direitos sociais, uma vez que os membros dos conselhos são os reais destinatários daquela política pública setorial submetida discutida na lide.

A fim de instruir o feito, o juiz pode chamar o conselho para ser ouvido e fazer com que sua manifestação seja levada em consideração, como elemento probatório e hermenêutico – já há suporte legal para tal determinação, como se observa do artigo 130 do Código de Processo Civil; ou ainda pedir os documentos relativos às conferências, atas de reuniões, a fim de avaliar a pertinência daquela política do ponto de vista jurídico.

Assim, caberia ao gestor demonstrar que aquela política deliberada pelo conselho não está em consonância com o PPA, LDO ou LOA – que também foram construídos pelo conselho – ou mesmo que a política almejada poderia contrariar uma outra política já deliberada pelo conselho em execução.

Agindo dessa forma, evita-se que o Judiciário ou o autor da ação – Ministério Público, associação ou qualquer colegitimado – se arvore na condição de definidor da política, substituindo-se à atividade do administrador e do conselho, que são, por excelência, os legitimados para escolher e formular a política.

Não se está querendo aqui defender a sobreposição da política ao Direito, porque a Constituição deve ser garantida por parte do juiz. Porém, diante da legitimidade do órgão colegiado para decidir a questão que envolva uma política

pública de direito social, que decorre da ampla discussão que gera seus instrumentos decisórios, há de se reconhecer que, durante o processo de concretização da norma constitucional realizadora de direitos sociais, o julgador pode conferir um lugar especial às deliberações dos conselhos.

Por outro lado, o gestor tem representação no interior do conselho, de forma que sequer pode argumentar que não tomou conhecimento prévio das discussões sobre a matéria. Frise-se que o conselho é paritário, o que significa que a quantidade de membros representantes do gestor público é igual aos membros da sociedade civil. Por fim, também não se argumente que seus representantes não possuem poder decisório, pois o administrador é quem é encarregado de indicar os membros e deve fazer com que o encargo recaia sobre quem efetivamente pode decidir.

Um Judiciário comprometido com a realização dos direitos sociais precisa utilizar formas de solucionar os conflitos de justiça distributiva que lhe são postos. As resoluções e demais atos do conselho gestor deve ser, em princípio, vinculantes para o Executivo, porquanto são deliberados em fórum próprio, em que há representação do gestor e da sociedade civil.

Naturalmente, se estamos defendendo uma hermenêutica concretizante do direito, não há como se afirmar, em abstrato, em quais situações prevalecerão as decisões dos conselhos e quando terá prioridade o posicionamento do gestor público. Apenas no caso concreto é que a norma será construída, diante dos elementos da realidade levados ao processo.

6 CONCLUSÕES

1. A Constituição Federal de 1988 consagrou a participação social em diversos dispositivos e, por consequência, a legislação ordinária trouxe a previsão de instrumentos de participação, como conselhos de políticas públicas, orçamento participativo, realização de audiências públicas;

2. Uma das formas de participação social consagradas pela legislação brasileira infraconstitucional são os conselhos sociais gestores de políticas públicas, que são colegiados paritários (formados por membros da sociedade civil e da gestão pública), responsáveis por deliberar e formular políticas públicas nas diversas áreas sociais;

3. Embora tenha havido um incremento nos conflitos informais entre os conselhos de políticas públicas e os gestores públicos, encontrou-se dificuldades para se obter dados estatísticos e demonstrar o índice de judicialização de conflitos, o que se credita à solução dos impasses pela via política ou à submissão dos conselhos à vontade do gestor público;

4. A participação social como está posta hoje é fruto de uma construção histórica que remonta à Antiguidade, porém nossa análise iniciou-se a partir do Estado moderno, em que, no contexto de ascensão da burguesia, da propagação das ideias do iluminismo, como o racionalismo, o antropocentrismo e o individualismo;

5. O Constitucionalismo moderno está atrelado, portanto, à ideologia liberal ou burguesa, e visa a colocar freios no poder estatal, com o objetivo de viabilizar o exercício da atividade mercantil; o direito devia ser previsível para facilitar a circulação de mercadorias;

6. Ainda sob a influência liberal, já no século XX, Joseph Schumpeter, partindo das críticas às teorias clássicas (Mill e Rousseau) desenvolveu sua teoria da democracia com base na liderança. O papel do povo é escolher um governo, que se formaria a partir de líderes, comparando-se a luta pela liderança com a

concorrência na esfera econômica. Essa teoria democrática influenciou indiscutivelmente as concepções de democracia posteriores;

7. Uma das principais críticas feitas a Schumpeter é que, para ele, o poder de quem escolhe os líderes se exaure nas eleições: a única forma de controle dos líderes pelos indivíduos é a recusa em reelegê-los. Dessa forma, não haveria limites para as ações dos representados, tampouco a possibilidade de responsabilizá-los politicamente;

8. Para Robert Dahl, expoente da teoria pluralista, a democracia representativa pode ser aprimorada mediante a criação de instituições que serviriam de canais para expressar e processar as demandas sociais juntos ao poder público;

9. Partindo da ideia de que a democracia é um conceito inatingível, Dahl desenvolveu a noção de *poliarquia*, para definir os regimes que se aproximavam do ideal democrático. Defende uma participação plural, porém alerta para o risco do excesso de participação: diminui o consenso e, em razão disso, aumentam-se os conflitos;

10. As principais críticas aos modelos de democracia exclusivamente representativas reportam-se à falta de fiscalização por parte do povo, gerando um distanciamento deste e de seu governante. Não se fala, todavia, em rompimento com a representação, defendendo-se a complementação dela com instrumentos de participação direta;

11. Com o fortalecimento da atuação dos movimentos sociais, que questionavam a lógica do paternalismo estatal, a sociedade passou a exigir maior participação nas esferas públicas e ganharam força teorias que defendiam uma participação para além da representação;

12. Pateman desenvolveu sua teoria baseada na ideia de que as instituições representativas no plano nacional não são suficientes para uma democracia, pois era preciso haver o máximo de participação de todos os envolvidos no processo democrático. A principal função da participação é educativa (no sentido psicológico e de aquisição de prática);

13. As teorias de Habermas e Cohen vão um pouco mais além de Pateman para tratar da participação na esfera pública. Habermas entende que a participação argumentativa ocorre no âmbito de espaços informais, apenas ganhando poder político após passar pelos filtros institucionais. Cohen, ao contrário, defende que a participação que é informal em Habermas seja institucionalizada, a fim de funcionar;

14. Na América Latina, as experiências relativas à participação social são as mais diversas. Países como Peru e Equador possuem institutos de participação semelhantes aos brasileiros. Em Buenos Aires, por exemplo, existe o orçamento participativo, por influência do realizado em Porto Alegre. Em outros países, entretanto, não se estabelece uma interface satisfatória com a sociedade civil, como ocorreu com o México;

15. No Brasil, em razão da luta pela redemocratização e por instrumentos de participação popular, principalmente com a VIII Conferência Nacional de Saúde, a CF/88 estabelece a participação social em diversos dispositivos, como os relacionados à gestão do SUS, à do SUAS, aos direitos da criança e do adolescente;

16. Os conselhos de políticas públicas são um instrumento de realização dessa participação social e sua previsão infraconstitucional encontra-se na legislação infraconstitucional e se relacionam à cogestão nas áreas da saúde, da educação, do meio ambiente, da criança e do adolescente e do idoso;

17. Os conselhos de políticas públicas são espaços públicos de composição paritária (formado por igual quantidade de membros do governo e da sociedade) nos quais os cidadãos exercem a democracia de forma semidireta, visando à discussão e à decisão sobre elaboração e execução de políticas públicas, ações e programas governamentais. Dentre seus mecanismo, há as resoluções, as conferências, as reuniões periódicas;

18. Na CF/88 não há previsão de caráter deliberativo no sentido decisório; essa regra existe somente nas leis infraconstitucionais. Assim, um hermeneuta tradicional poderia dizer o caráter vinculante não pode ser sustentado

sob o ponto de vista constitucional. Esse entendimento, porém, não é o adotado nesta pesquisa, porquanto se trabalha com a noção de concretização constitucional;

19. As políticas públicas são atividades estatais que visam a implementar metas e programas. Elas são previstas na legislação constitucional e infraconstitucional e seus objetos podem ser relacionados a diversas áreas, inclusive aos direitos sociais;

20. Para cumprir seu mister de promover os direitos sociais, quando escolhe as prioridades, o Estado precisa fazer escolhas *trágicas*, na medida em que as necessidades são muitas e os recursos, finitos;

21. Os conselhos podem ter iniciativa da política pública ou podem realizar a fiscalização de sua execução, a fim de garantir que será cumprida sua deliberação;

22. Dentre as principais dificuldades dos conselhos de políticas no Rio Grande do Norte, enumeramos as seguintes: a forma de escolha dos conselheiros; a quebra da regra da paridade; a falta de representatividade dos membros; a falta de articulação interna (entre os membros) e externa (com outros conselhos e outras entidades); a ausência de caráter propositivo ou participação efetiva; o grau de transparência dos governos locais; e a falta de autonomia administrativa dos conselhos;

23. É imprescindível que esses problemas sejam equacionados, a fim de que se possa estabelecer um espaço realmente argumentativo e decisório no interior dos conselhos. Quanto mais forte o conselho, possivelmente mais impasses terá com o Executivo, haja vista que sua atuação efetiva implica cessão de poder por parte do gestor;

24. Faz-se necessário, para garantir as decisões dos conselhos, que o Judiciário esteja comprometido com a realização dos direitos sociais estabelecidos na Constituição, não devendo prevalecer argumentos contrários à intervenção judicial em questões afetas à discricionariedade administrativa, principalmente

quando o Executivo for omissivo em sua obrigação constitucional de implementar direitos sociais;

25. As escolas da Exegese (França) e Histórica (Alemanha) tinham a concepção de interpretação como ato silogístico. Ambas, embora divergissem quanto à necessidade de codificação, no que tange à interpretação, aproximavam-se por conceber a interpretação como a reconstrução do pensamento da lei;

26. Influenciado pelas ideias do Positivismo biológico, Hans Kelsen desenvolveu sua teoria pura do Direito, sob algumas premissas, dentre as quais a de que o ato de interpretar é um ato de vontade e, portanto, está alheio à Ciência do Direito;

27. Ainda na época do desenvolvimento do positivismo kelseniano, e até os dias atuais, impera a noção de que interpretar é descobrir o sentido por trás do texto ou o sentido que o legislador quis estabelecer (originalistas);

28. Gadamer rompe com a hermenêutica até então em voga ao considerar que os métodos existentes – geralmente adaptados das ciências físicas) não são aptos a levar o intérprete a uma verdade única. Rechaça a ideia de verdade, para afirmar que, queiramos nós ou não, somos influenciados pelo mundo em que estamos e por inúmeras circunstâncias no momento de realizar a compreensão;

29. A hermenêutica de Gadamer tem a pretensão de ser universal: explica a compreensão de todos os fenômenos do mundo, não somente de textos;

30. O filósofo se propõe, a partir da experiência da arte, a demonstrar que não existe método capaz de levar a uma única verdade, pois inexiste separação possível entre o sujeito cognoscente e o objeto do conhecimento da forma como pretendida pela hermenêutica tradicional – um sujeito neutro, que tem condições de conhecer o conteúdo do texto mediante a descoberta de sua essência;

31. Ao contrário, o sujeito está imerso no próprio mundo que busca interpretar e, por isso, possui uma forma particular de compreender esse mundo,

que inclui sua própria existência nesse mesmo mundo. Em Gadamer, a *compreensão* é entendida não como a forma de revelar o que há por trás das palavras do texto, mas o próprio modo de ser do *da-sein*.

30. Gadamer desenvolve os conceitos de tradição e de *pré-conceito*, tão rejeitado pelo racionalismo. Para a razão pura, a tradição e os pré-conceitos estão impregnados de elementos que inviabilizarão o conhecimento da verdade que se busca;

31. A partir de Gadamer – e também influenciado pela Tópica – Müller desenvolveu a Teoria Estruturante do Direito, propondo a incorporação de elementos da realidade ao Direito como algo inevitável, assim como Gadamer se referia à compreensão e à construção de um significado. Ele não rechaça o Positivismo, apenas avança em relação a este, para partir do texto normativo no seu processo de concretização; recusa aplicar a norma em abstrato, como algumas escolas anteriores o faziam;

32. Os novos atores e os novos direitos têm causado dificuldades de atuação por parte do Judiciário, quer porque os conflitos policêntricos não têm soluções pela via adjudicatória (típica dos processos individuais), quer porque esse Poder não tem capacidade técnica para avaliar os impactos de suas decisões;

33. A hermenêutica de Häberle propõe que todos os destinatários da Constituição sejam seus reais intérpretes, devendo a interpretação deixar de ser uma tarefa afeta apenas a juristas. Devem integrar a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, além das funções estatais, outros participantes, como associações, partidos políticos, grupos de pressão organizados, a opinião pública, dentre outros.

34. Se a interpretação, como compreensão que é, ocorre imersa na experiência histórica, os conselhos são órgãos que podem conferir um sentido legítimo, construindo uma norma de direito social que se adeque à sua realidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Hermenia Tavares de. **Federalismo e políticas sociais**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 10, n. 28, jun-1995. pp. 88-108.

AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

AVRITZER, Leonardo. **Teoria democrática e deliberação pública**. Lua Nova, n. 50, 2000. pp. 25-46

_____; SANTOS, Boaventura de Souza. **Para ampliar o cânone democrático**. In: SANTOS, Boaventura de Souza, **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. pp. 39-83

BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Marcos Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para Atuação Judicial**. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 875-904.

BEZERRA, Hallison Rego. **A hermenêutica filosófica e sua influência na hermenêutica constitucional concretista (análise das obras de Friedrich Müller e Konrad Hesse)**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3. Ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **O Estado Social e sua Evolução Rumo à Democracia Participativa**. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 63-86.

BRAVO, Maria Inês Souza. **Gestão democrática na Saúde: o potencial dos conselhos**. In: BRAVO, Maria Inês; PEREIRA, Potyara A., **Política Social e Democracia**. São Paulo: Cortez Editora. 2002. pp. 43-66.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 493811**. Brasília Relatora: Eliana Calmon, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de descumprimento de preceito fundamental 45**. Distrito Federal, Relator: Min. CELSO DE MELLO. Data de Julgamento: 29/04/2004. Data de Publicação: DJ 04/05/2004, p.12 RTJ v.200-01 pp. 191.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.), **Políticas pública: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 1-50.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A crise da representatividade e a perda do espaço público**. In: _____. **Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. **Política , sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad. 2002.

_____. **Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico**. In FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, Gilson . **Participação da Comunidade na Saúde**. Passo Fundo: IFIBE, 2007.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

CICCO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da Filosofia do Direito**. ed. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Vera Schattan *et.al.* . **Mobilização e participação: um estudo sobre dinâmicas de conselhos de saúde da cidade de São Paulo**. In Avritzer, Leonardo (org). **A dinâmica da participação local no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2010. pp. 366-393.

COHEN, Joshua. **Deliberation and democratic legitimacy**. In BOHMAN, J.; REHG, W. **Deliberative Democracy**. 1989. Disponível em

<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/JCOHENDELIBERATIVE%20DE M.pdf>

COMPARATO, Fábio Konder. **O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérulo da Cunha (coord.). **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA, Vanda Maria Ribeiro. **Teoria Democrática e Conselhos de Política Social**. In: BRAVO, Maria Inês Souza; PEREIRA, Potyara Amazoneida **Política Social e Democracia**. São Paulo: Cortez Editora, 2002. pp. 87-112.

DAHL, Robert. **Poliarquia: participação e oposição**. São Paulo: Editora Da Universidade Federal de São Paulo, 1997.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009.

ENRÍQUEZ, Virgílio Hernandez. **Dimensiones Teóricas sobre las Políticas Públicas**. Papeles de Trabajo, 1998.

FARIA, Cláudia Feres; RIBEIRO, Uriella Coelho. **Entre o legal e o real: o que dizem as variáveis institucionais sobre os conselhos municipais de políticas públicas?** In AVRITZER, Leonardo (org). **A dinâmica da participação local no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2010. pp 57-92.

FERNANDÉZ, Ernesto Ganusa. **Novos instrumentos de participação: entre a participação e a deliberação**. In SILVA, Eduardo Moreira da; CUNHA, Eleonora Shettini Martins Cunha (orgs). **Experiências internacionais de participação**. São Paulo: Cortez, 2010. pp.19-40.

FERRARESE, Maria Rosaria. **L'istituzione difficile. La Magistratura tra professione e sistema politico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.

FERRAZ, Luciano. **Novas formas de participação social na administração pública: Conselhos gestores de políticas públicas**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. n. 15. Instituto Brasileiro de Direito Público, set-nov 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FUKS, Mario; PERISSINOTTO, Renato. **Recursos, decisão e poder. Conselhos Gestores de Políticas Públicas de Curitiba**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Sociais, v.21, n.60, Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, pp. 67-81.

FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth. I. **The Forms and Limits of Adjudication**. The Harvard Law Review, vol. 92, n. 2, Dez 1978. pp.353-409.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 10. ed, Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008.

GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos**. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARGARELLA, Roberto. **Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais**. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 207-230.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos Gestores e participação sociopolítica**. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

GROMPONE, Romeo. **A rica experiência dos orçamentos participativos no Peru**. In MORONE, Lizandra e SERAFIM, José Antônio. **Sociedade Civil e novas instituições democráticas na América Latina: dilemas e perspectivas**. São Paulo: Instituto Pólis/INESC, 2009. pp 100-123.

GUIMARÃES, Aline Amorim Melgaço. **Democracia possível: espaços institucionais, participação social e cultura política**. Dissertação de Mestrado. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da Modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. 2. ed. trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Belo Horizonte: Paidéia, 1995.

HESPANHA, António Manuel. **As vésperas do Leviathan: instituições e poder político: Portugal - século XVII**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. In: _____. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Significado de los derechos fundamentales**. In: _____. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

HIRST, Paul Q. **A democracia representativa e seus limites**. Trad. Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zabar Editor, 1992.

JARA, Felipe Hevia de la. **A institucionalização da participação cidadã: análise dos marcos legais da participação na América Latina**. In: DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto J.; PANFICHI, Aldo. (orgs.), **A disputa pela construção democrática na América Latina**. Campinas: Paz e Terra, Unicamp, 2006. pp. 343-368.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 3. Ed. Campinas: Russel, 2009

LIMA, George Marmelstein de. **Efetivação do Direito Fundamental à Saúde pelo Poder Judiciário**. Brasília: UnB, 2003.

LOPES, José reinaldo de Lima. **Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição**. Revista USP, n.21, 1994. pp. 22-33.

LOWENSTEIK, K. **Teoria de la constitución**. Trad. Alfredo Gallego A.. Barcelona: Ediciones Ariel, 1965

LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2007.

LYRA, Rubens Pinto. **Democracia Representativa X Democracia Participativa. A Representação do Estado e da Sociedade Civil nos Conselhos de Políticas Públicas**. Recife: XXII Congresso Brasileiro de Sociologia, Universidade Federal do Pernambuco, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas**. In MILARÉ, Edis (coord.). **Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Belo Horizonte: Forense. 1996

_____, **Interesses Difusos. Conceito e Legitimação para Agir**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. **Representação política e participação: reflexões sobre o déficit democrático**. Rev. katálisis, Florianópolis, v. 10, n. 2. pp. 143-153. 2007. Disponível em www.scielo.br, consultado em 20 de agosto de 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAIS, Pauleany Simões de. **Os conselhos como mecanismos de democratização da política educacional: participação e poder de decisão nas ações do Conselho de Controle Social do FUNDEF no Município de Parnamirim**. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais, especialmente com base na teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Neumann. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003, n.7, pp.315-27.

_____. **Teoria Estruturante do Direito**. Trad. Peter Neumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NOBRE, Marcos. **Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução**. In: NOBRE, Marcos; COELHO, Vera Schattan P., **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Editora 34, 2004. pp.21-40.

OLVERA, Alberto J.. **Sociedade Civil e Governabilidade no México**. In DAGNINO, Evelina, **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002. pp. 331-361

PATEMAN, Carole. **Democracia e teoria democrática**. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

PANFICHI, Aldo; DAMMER, Juan Luis. **Oportunidades e limitações da Participação Cidadã no Peru**. In: DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto J.; PANFICHI, Aldo. **A disputa pela construção democrática na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2006. pp. 229-260.

PASCAL, Georges. **O pensamento de Kant**. Trad. Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 1996.

PERUZZOTI, Enrique. **As políticas de inovação institucional: a implementação do orçamento participativo na cidade de Buenos Aires**. In SILVA, Eduardo Moreira da; CUNHA, Eleonora Shettini Martins Cunha (orgs). **Experiências internacionais de participação**. São Paulo: Cortez, 2010. pp.170-195.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REGO, Adna Rejane de Freitas. **Conselho Estadual de Assistência Social do Rio Grande do Norte: espaço de democratização da política de assistência social?** Dissertação de Mestrado. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2002.

RÊGO, Ângela Cristina Freire Diógenes. **A difícil institucionalização de gestões participativas: os conselhos municipais de saúde**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Natal: Programa de pós-graduação em Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2002.

RIO GRANDE DO NORTE. **Ação Civil Pública**. Ministério Público Estadual x Estado do RN. 2009

RODRIGUES, Leandro do Nascimento. **Conselho Nacional de Justiça como instrumento de accountability horizontal: análise ao período 2005-2007**. Brasília: Instituto de ciência política, Universidade de Brasília, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: editora Ridendo Castigat Mores. Disponível em www.jahr.org, consultado em 15 de junho de 2012.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Políticas Públicas (econômicas) e Controle**. 2008. Disponível em www.jus.com.br/doutrina, consultado em 02 de dezembro de 2010.

SANTOS FILHO, Ivanaldo Oliveira dos. **Conselho Municipal de Saúde: a experiência de Natal/RN (1991-2001)**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2002.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça. Apelação Cível 2002/0169619-5**, São Paulo, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Interpretacion de las leyes**. In SAVIGNY, Friedrich, *et al.* **La ciencia del derecho**. Editorial Rosada Buenos Aires. 77-104

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SHETH, D. L. **Micromovimentos na Índia: para uma nova política de democracia participativa**. In: SANTOS, Boaventura de Souza, **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2009. pp. 85-131.

SILVA, Frederico Barbosa, *et al.* **Políticas sociais no Brasil: participação social, conselhos e parcerias.** In JACCOUD, Luciana. Quastao social e políticas sociais no brasil contemporaneo. brasilia, IPEA, 2005. pp. 373-407

SIMON, Dieter . **La independencia del juez.** Trad. C. Ximénez-Carrilho. Barcelona: Ariel, 1985.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. **Sociologia jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas.** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

TATAGIBA, Luciana. **Os Conselhos Gestores e a democratização das Políticas Públicas no Brasil.** In: DAGNINO, Evelina, **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil.** São Paulo: Paz e Terra, 2002. pp. 47-103.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional.** São Paulo: Método, 2006.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **Conselhos de Políticas Públicas: Efetivamente uma nova institucionalidade participativa?** In: TEIXEIRA, Ana Cláudia; CARVALHO, Maria do Carmo A.A.. **Conselhos Gestores de Políticas Públicas.** São Paulo: Pólis, 2000, pp. 99-119.

TRUJILLO, Jorge León. **A nova Constituição do Equador, 2008: seu processo de definição e as mudanças institucionais.** In: SERAFIM, Lizandra; MORONI, José Antônio. **Sociedade civil e novas institucionalidades democráticas na América Latina: dilemas e perspectivas.** São Paulo: Instituto Pólis e INESC, 2009. pp. 25-50.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar. **A Separação dos Poderes na Constituição Americana. Do veto legislativo ao executivo unitário.** Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

VILAR, Rosana Lúcia Alves de. **Participação social em saúde: a experiência de Natal/RN.** Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 1997.

WALKER, Ralph. **Kant: Kant e a lei moral.** Trad. Oswaldo Giacóia Junior. São Paulo: Editora Unesp, 1999.

WEBER, Max. **História Geral da Economia.** Trad. K. V. Puschen. São Paulo: Centauro, 2006.