

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL - UNISC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS SOCIAIS E
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Guilherme Estima Giacobbo

**PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL NA GESTÃO MUNICIPAL NO BRASIL E
EM PORTUGAL: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO SOCIAL DE GURVITCH**

Santa Cruz do Sul

2014

Guilherme Estima Giacobbo

**PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL NA GESTÃO MUNICIPAL NO BRASIL E
EM PORTUGAL: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO SOCIAL DE GURVITCH**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado - Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Ricardo Hermany

Co-Orientador: Prof. Dr. António Cândido de Oliveira

Santa Cruz do Sul

2014

Guilherme Estima Giacobbo

**PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL NA GESTÃO MUNICIPAL NO BRASIL E
EM PORTUGAL: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO SOCIAL DE GURVITCH**

Dissertação Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado; Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas; Linha de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Doutor Ricardo Hermany
Professor Orientador – UNISC
Prof. Dr. António Cândido de Oliveira
Professor Co-Orientador - UMINHO

Professor (a) Examinador (a)

Professor (a) Examinador (a)

Santa Cruz Do Sul

2014

*À minha mãe, por absolutamente todo apoio incondicional nesta trajetória.
À minha namorada, pelo incentivo, compreensão e companheirismo em todas as
horas.*

*Oh pátria amada, idolatrada, mas não tem quem salve
Será que seus filhos aprendem a lição?
Oh pátria amada, idolatrada, mas não tem quem salve
Não haverá mais perdão*

Project 46 (Erro + 55)

*A luta democrática é, antes de mais, a luta pela
construção de alternativas democráticas*

Boaventura Santos

AGRADECIMENTOS

Nesta íngreme e árdua jornada, que tantos quilômetros me fizeram percorrer em cansativas jornadas entre Rio Grande e Santa Cruz do Sul, de tantas noites mal dormidas (ou não dormidas), de angústias, dúvidas, leituras além do que eu jamais imaginara, muitas pessoas empenharam-se e contribuíram para tornar essa caminhada mais afável, de modo que é até mesmo temeroso tentar nominar cada uma dessas pessoas, sob pena de resvalar na indelicadeza de omitir alguém. No entanto, algumas pessoas são de indispensável menção, sem as quais eu dificilmente teria conseguido concluir tal desafio, quiçá começado.

Em primeiro lugar agradeço e dedico este trabalho a minha mãe, Lúcia, pelo incentivo desde o primeiro lampejo sobre a possibilidade de realização do mestrado. Além de todo suporte psicológico, intelectual e, não raras vezes, material, foram indeléveis marcas da presença dela em todos os momentos, inclusive naquele em que parte dessa trajetória se deu fora do Brasil. Cada artigo e capítulo de livro revisado e corrigido foram de extrema importância, bem como o encorajamento nas horas de dúvidas e dificuldades, sua marca está presente em cada página deste trabalho.

Não menos importante o apoio da Carol, minha namorada e inseparável amiga de todos os momentos, da qual o apoio nos momentos de cansaço e desânimo, e a paciência e compreensão durante minhas ausências em vários momentos (sendo o mais difícil deles minha estada em Portugal) não deixam dúvidas que não haveria pessoa no mundo capaz de tamanha demonstração de carinho e abnegação. Superamos isso com louvor.

Ao meu orientador, professor e amigo Ricardo Hermany, meu sincero agradecimento pela paciência de guiar um pós-graduando com quase nenhuma experiência acadêmica, e ter conseguido me transformar enquanto mestrando, demonstrando um novo panorama teórico, introduzindo a produção intelectual, mas, principalmente, por ter acreditado que eu poderia ir muito além do que eu mesmo imaginava. Espero manter a parceria por longa data.

Agradecimento especial também ao querido co-orientador Prof. Dr. Antonio Cândido de Oliveira, pelos ensinamentos transmitidos durante o período em que estive na Universidade do Minho, mas, principalmente, pela sua calorosa recepção

ao grupo de estudantes, sua disponibilidade em tempo integral e sua humildade e carisma para com todos. Espero retornar brevemente a essas terras e desfrutar de um período mais longo de estudos em vossa companhia. Em geral, agradeço também a todos os professores e funcionários, especialmente a Sra. Carmelinda pela atenção e pelas divertidas tardes de estudo com chimarrão na biblioteca da Uminho.

Destaco também com efusiva gratidão os amigos da FURG, pela confiança, apoio e suporte, que possibilitaram, inclusive, conciliar o mestrado com as atividades laborais. Agradeço por tudo e peço desculpas pela sobrecarga de tarefas que os releguei com minhas ausências, a confiança de vocês em mim foi preponderante. À Maria Rozana que possibilitou de forma muito tranquila essa compatibilização de tarefas, à Karina pelo apoio especial na revisão do meu trabalho, à Aline pela confiança e suporte em minhas ausências, ao Everton e Alessandro pelos debates acalorados, os quais sempre geraram em mim grande reflexão. Ao Eduardo, Pedro, Alisson e Taís, os agradecimentos pela bagunça, pelas risadas diárias proporcionadas e por terem dividido parte da empreitada comigo. Muito obrigado mesmo!

Aos amigos do Mestrado, Márcio pelas risadas, pelos debates e pela companhia nos quase (pasmem) 30 mil quilômetros percorridos em dois anos de viagens, bem como aos meus queridos Albano, Danidani Lipstein, Frão Meotti, Fernando Piedade, Rafael Bueno e Felipe França. Alguns de vocês até além-mar estiveram presentes.

Ao Giovanni, pelos três meses de risadas, cervejas, salas destruídas e muito metal, proporcionados naquele apartamento minhoto que nunca mais será o mesmo, bem como pela amizade de uma década, obrigado pela acolhida mais do que intensa!

A minha tia, Luci, pelo também incentivo e apoio na decisão adentrar nesta aventura acadêmica, sou muito grato por tudo.

A todos aqueles não nominados, mas, que de alguma forma contribuíram positivamente para eu chegasse até aqui, meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo propor uma reflexão sobre a crise do Estado em consequência do esgotamento do modelo jurídico monista e da democracia representativa. Tal crise advém da incapacidade do modelo político-econômico hegemônico, erigido sob os pilares do liberalismo econômico burguês, de atender as complexas demandas sociais do Estado contemporâneo. Esse modelo econômico é analisado sob quatro perspectivas temporais: gênese, expansão, ápice e declínio. A crise de um paradigma é a oportunidade para o surgimento de paradigmas alternativos que substituirão ou complementarão aquele em crise. Portanto, é a partir da constatação da crise do paradigma hegemônico do monismo jurídico que se propõe analisar um referencial teórico alternativo, consubstanciado na ideia de Direito Social Condensado, proposto por Georges Gurvitch ainda na primeira metade do século XX. Esta teoria admite a existência de um pluralismo jurídico amplo e diversificado, indo além da mera ordem jurídica estatal, pulverizado sob a forma de diversos sistemas sociais com suas próprias ordens jurídicas. Dessa forma, o problema central do trabalho reside na possibilidade da existência de um direito social condensado, nos moldes tratados por Gurvitch, com a atual estrutura constitucional e legal existente no Brasil e em Portugal, através da participação e do controle social da gestão pública. Assim, sem a pretensão de superar a lógica jurídica estatal, propõe-se uma nova forma de relacionamento público estatal, admitindo a permeabilidade social nos processos de criação e interpretação legislativa, bem como a rejeição da exclusividade estatal na atividade legislativa e na gestão pública. Assim, propugna-se uma inserção da sociedade, tanto no papel de pré-interprete constitucional quanto na sua atuação ativa na gestão pública compartilhada em âmbito local. Para tanto, verifica-se o grau de autonomia e descentralização na ordem constitucional brasileira e portuguesa, bem como a análise da subsidiariedade enquanto princípio (re)ordenador de competências em ambos contextos jurídicos e seu papel de indutor da autonomia local no panorama político-institucional luso-brasileiro. A partir disso, são abordados os principais mecanismos jurídico-constitucionais e legais presentes em ambos os ordenamentos a fim de demonstrar a viabilidade de um controle social efetivo e da possibilidade de exercício de uma cidadania como parte criadora e transformadora da ordem jurídica. Este paradigma jurídico não deverá mais ser caracterizado por sua exclusividade estatal, mas, será resultado da articulação do Poder Público com sua comunidade subjacente: a sociedade.

Palavras-chaves: Autonomia local, controle social, descentralização, direito social, princípio da subsidiariedade.

ABSTRACT

This paper aims to propose a reflection about the crisis of the State as a result of the exhaustion of monistic model of law and representative democracy. That crisis stems from the inability of the political-economic model hegemonic, erected under the pillars of bourgeois economic liberalism, to meet the complex social demands of the contemporary state. This economic model is analyzed from four time perspectives: genesis, expansion, peak and decline. The crisis of a paradigm is the opportunity for the emergence of alternative paradigms to replace or complement the one in crisis. Therefore, it is from the evidence of the hegemonic paradigm crisis of the legal monist model that aims to analyze an alternative theoretical framework, embodied in the idea of Social Condensed law, proposed by Georges Gurvitch in the first half of the twentieth century. This theory admits the existence of a broad and diverse legal pluralism, going beyond mere official law system, spread in the form of various social systems with their own legal systems. Thus, the central problem of work lies in the possibility of a condensed social right, as referred by Gurvitch, within the current existing constitutional and legal framework in Brazil and Portugal, through participation and social control of public management. Without attempting to overcome the state legal logic, we propose a new form of State public relationship, admitting the social mobility in creative processes and legislative interpretation, and the rejection of the state exclusivity in legislative activity and government processes. Therefore, it is suggested a (re)insert of society, both in the role of pre-interpret constitutional and in its active participation in shared governance at the local level. Within that, it is analyzed the degree of autonomy and decentralization in Brazilian and Portuguese constitutional orders and the analysis of the subsidiarity principle as a mechanism able to re-order competencies in both systems and their inductive role of local autonomy in the Portuguese and Brazilian legal systems. From this, it is analyzed the main constitutional devices and legal mechanisms present in both systems in order to demonstrate the feasibility of effective social control and the possibility of citizenship as a creative and transformative part of the legal order. This order will no longer be characterized by the exclusivity of the State, but is going to be a result of joint Government with its underlying community: society

Keywords: Decentralization, local autonomy, principle of subsidiarity, social control, social law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O PLURALISMO JURÍDICO DO DIREITO SOCIAL DE GURVITCH COMO ESTRATÉGIA DE (RE)DEFINIÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE PODER PÚBLICO E SOCIEADE.....	15
1.1 Premissas introdutórias.....	15
1.2 A transição feudalismo-capitalismo: o projeto da sociedade burguesa para o estado moderno	16
1.3 Ideia geral do Pluralismo Jurídico e Direito Social de Gurvitch	27
1.4 Características essenciais ao Direito Social.....	32
1.5 Classificação e espécies de Direito Social	42
1.5.1 Direito Social Puro e Independente	46
1.5.2 Direito Social Puro, mas submetido à tutela estatal	47
1.5.3 Direito Social Anexado	48
1.5.4 O Direito Social Condensado.....	49
2 A INTERAÇÃO ENTRE SOCIEDADE E ESTADO COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO SOCIAL CONDENSADO	55
2.1 Premissas introdutórias.....	55
2.2 A sociedade como pré-intérprete da Constituição no Estado democrático	57
2.3 Poder Local, Descentralização e democratização do Espaço Público Local	64
2.4 A autonomia municipal no Brasil.....	73
2.5 O princípio da subsidiariedade e sua relação com a autonomia do espaço local no Brasil e na Europa.....	80
3 CONTROLE E PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO ÂMBITO MUNICIPAL NO BRASIL E EM PORTUGAL	88
3.1 Premissas introdutórias.....	88
3.1.1 Mecanismos constitucionais de controle e participação social	92
3.1.2 A Lei de Responsabilidade Fiscal.....	97
3.1.3 O Estatuto da Cidade.....	102
3.2 O princípio Democrático na Constituição da República Portuguesa.....	107
3.3 O Conceito de Autonomia Local e as Autarquias Locais em Portugal	111

3.4 Participação social no Direito Português	115
CONCLUSÃO	121
REFERÊNCIAS.....	125

INTRODUÇÃO

Dentre o turbilhão de acontecimentos do último século, a revolução tecnológica, as grandes guerras, a globalização e as características sociopolíticas do mundo transformaram o Estado Contemporâneo em um emaranhado complexo de inter-relações sociais, de demandas sociais diversas e de paradigmas em crise. Parece claro, que, ao menos duas características são consenso no contexto político institucional ocidental: a crise do paradigma do monismo jurídico e a descrença no modelo da democracia representativa.

A crise do paradigma do monismo jurídico é herança do modelo econômico vigente, desenvolveu-se junto com a expansão do capitalismo, refletindo a hegemonia da sociedade burguesa que necessitava de uma estrutura jurídico-institucional, dotada de segurança e estabilidade para que seus negócios pudessem prosperar. Durante o desenvolvimento do capitalismo, desde sua expansão até seu ápice, o monismo jurídico foi responsável por manter a estabilidade social e a segurança jurídica esperada pela classe burguesa. Contudo, com a complexidade surgida com o pluralismo social do Estado contemporâneo, as crescentes demandas sociais passam a não ser mais eficazmente atendidas. Chega-se à crise do paradigma do monismo jurídico.

Quanto à descrença da sociedade no modelo de democracia representativa, pode-se dizer que ela se revela pelo distanciamento dos representantes políticos e suas realizações das aspirações dessa sociedade complexa com demandas mais urgentes. O poder político passa a atender cada vez mais aos anseios do poder econômico, tornando-se um instituto hierarquizado e de difícil permeabilidade a novas lideranças sociais. Os partidos políticos tornam-se obsoletos frente ao atendimento dos plurais e complexos anseios sociais, acarretando em um amplo desinteresse da população acerca das questões políticas e gerando um desestímulo que beira a letargia, no que tange a sua participação e seu controle da gestão pública.

Desse modo, está-se diante da existência de um sistema jurídico burocratizado e tecnicista baseado no positivismo e no formalismo, admitindo o poder estatal como única fonte da lei e que notadamente não é passível de

atendimento razoável das necessidades sociais de uma sociedade em rápida e constante mutação.

Nesse contexto, a dissertação ora apresentada justifica-se pela proposição de um modelo alternativo ao paradigma do monismo jurídico, que pressupõe a participação ativa dos atores sociais na gestão pública, especialmente de âmbito local, possibilitando o fomento da cidadania, visto que o município consubstancia-se como a esfera mais próxima do cidadão e, conseqüentemente, está mais apta a facultar o envolvimento dos atores sociais na criação e implementação de políticas públicas, bem como na articulação de normas junto ao próprio Estado.

Assim, o presente trabalho enquadra-se na Linha de Pesquisa “Políticas Públicas de Inclusão Social” em face de sua relevância para com o contexto sociopolítico local e o seu enfoque na gestão e controle participativos. Esta linha de pesquisa tem como objetivo delimitar as condições e possibilidades de gestão dos interesses públicos, a partir da construção de políticas de inclusão social e participação política da cidadania. Do mesmo modo, esta dissertação busca delimitar as condições e possibilidades de gestão dos interesses públicos, a partir da construção de estratégias de fomento à participação política na gestão pública baseada na análise dos instrumentos legais existentes na ordem jurídica brasileira e portuguesa.

Nesse sentido, o trabalho se coaduna com a proposta da referida linha de pesquisa, que é a identificação das políticas públicas enquanto fator determinante na promoção dos direitos de cidadania e da dignidade humana. A participação cidadão na gestão pública, desde o processo de pré-interpretção constitucional até a deliberação das políticas públicas de âmbito local, subsume a importância da democracia participativa enquanto processo de emancipação social e indutora de capital social.

O problema central do trabalho reside, portanto, na aferição da possibilidade da existência de um direito social condensado, coadunado com a teoria de direito social proposta por Gurvitch, com a atual estrutura constitucional e legal existente na ordem jurídica democrática do Brasil e de Portugal, através da ampla participação popular e do controle social da gestão pública.

Utilizou-se na confecção deste trabalho o método de abordagem hipotético-dedutivo, o qual é fundamentado por um referencial histórico de inúmeros autores, com destaque para a ideia de direito social de Gurvitch, para a interpretação

constitucional pluralista de Peter Häberle e para o panorama geral da crise do Estado referido na obra de Antônio Carlos Wolkmer. A sistemática procedimental utilizada nesse processo de elaboração, assim como o método científico, revela-se relevante para a consecução dos objetivos propostos.

Desse modo, a técnica empregada foi a da pesquisa bibliográfica. Foram realizadas consultas a livros, revistas, periódicos, dados indicadores de institutos oficiais e demais materiais disponíveis sobre o tema, traçando, em dados momentos, um delineamento demonstrativo dos ordenamentos jurídico-constitucionais do Brasil e de Portugal.

O objetivo geral e o problema do trabalho tangenciam a mesma questão: a possibilidade da (co)existência de um Direito Social Condensado, nos moldes propostos pela teoria do Direito Social de Georges Gurvitch, com o arcabouço constitucional e legal existente no Brasil e em Portugal, através da participação popular e do controle social da gestão pública.

Para tanto, as hipóteses levantadas para solucionar o problema apontam para duas possibilidades distintas: a primeira confirma a possibilidade da existência de um Direito Social Condensado, onde seria possível vislumbrar, no quadro normativo atual, um Estado Constitucional Democrático permeável às decisões da sociedade, acarretando uma nova forma de gestão pública, compartilhada, seguindo o referencial constitucional, ainda que carente de aprofundamento dos instrumentos de participação social. Já na segunda hipótese, a possibilidade aponta para a negação: diante da rigidez do quadro jurídico-constitucional, bem como da insuficiência dos instrumentos de participação e controle social, não é possível conceber a existência de um Estado Constitucional democrático tão permeável às decisões da sociedade quanto àquela que a teoria do Direito Social Condensado propõe.

Dividiu-se assim o presente trabalho em três capítulos, dentre os quais o primeiro faz uma abordagem do paradigma jurídico hegemônico – monista – paralelamente à consolidação do modelo econômico vigente, desde sua gênese, passando pela sua consolidação e apogeu, até chegar a sua aparente crise, que coincide com a crise do paradigma jurídico atual. Demonstradas as evidências dessa crise do modelo econômico e político vigente, o capítulo faz uma análise teórica esmiuçada da ideia do Direito Social de Georges Gurvitch, relacionando-a com o pluralismo jurídico, traçando suas características principais, as espécies de direito

social e buscando coadunar a teoria do Direito Social Condensado com a lógica constitucional democrática vigente, enquanto estratégia de (re)arranjo institucional entre poder público e sociedade.

No segundo capítulo busca-se uma aproximação teórica do Direito Social Condensado com a lógica constitucional vigente, desde o ápice da estrutura normativa estatal até a atuação da sociedade na gestão pública do espaço local. Assim, fundando-se na teoria da interpretação pluralista e procedimentalista da constituição, proposta por Peter Häberle, busca-se demonstrar que a sociedade atua como legítima pré-intérprete constitucional e que a ampliação do círculo de intérpretes constitui uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação.

Da análise da participação social no topo da estrutura normativa, avança-se em direção ao estudo do espaço local, fundando-se em um paradigma de efetivação do princípio democrático e da participação social balizado pelo princípio da subsidiariedade. Para tanto, busca-se demonstrar a viabilidade da autonomia do espaço local a partir dos processos de descentralização e autonomia municipal, ocorridas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e com a ampliação da autonomia local e positivação do princípio da subsidiariedade, a partir da Constituição da República Portuguesa de 1976 e do Tratado de Maastricht em 1992.

O terceiro capítulo, por derradeiro, trata do fortalecimento da democracia participativa a partir da análise dos instrumentos constitucional e legais existentes no contexto brasileiro, bem como na análise do grau de autonomia local que a Constituição Portuguesa garante às autarquias locais. Assim, são analisados diversos dispositivos constitucionais coadunados à participação e o controle social, bem como se realiza uma análise pormenorizada dos instrumentos democráticos previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal e no Estatuto da Cidade, trazendo novos mecanismos democráticos ao espaço local, mas, ainda deficitários de uma implementação mais eficaz que propicie aos atores sociais a concretização da gestão pública compartilhada que se busca realizar.

1 O PLURALISMO JURÍDICO DO DIREITO SOCIAL DE GURVITCH COMO ESTRATÉGIA DE (RE)DEFINIÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE PODER PÚBLICO E SOCIEDADE

1.1 Premissas introdutórias

O projeto de legalidade do Estado contemporâneo é produto do iluminismo político, o qual tinha aspirações de constituir um Direito igualitário e justo. A exigência desse projeto passava pela universalidade dos direitos humanos, pelo equilíbrio dos poderes, pelo arranjo democrático calcado em um sistema representativo e pela libertação sociopolítica do homem. Não causa estranheza a afirmação, no entanto, que esse iluminismo científico-tecnicista não concretizou suas aspirações de realização dos direitos humanos, em suas múltiplas manifestações, e, tampouco, no domínio de suas instituições jurídicas, sociais e estatais.

Importa aqui trazer um delineamento histórico da estrutura jurídica do Estado pré-moderno a fim de compreender a evolução dos institutos jurídicos e suas interconexões com as mudanças sociopolíticas e econômicas ocorridas no contexto ocidental e que moldaram a estrutura jurídico-burocrática que o Estado contemporâneo herdou. Sem ambição de esmiuçar o processo histórico que as sociedades atravessaram até moldar suas estruturas legais, busca-se apenas situar no tempo e espaço as transformações ocorridas nos últimos séculos e que resultaram na atual formação política, social, cultural e jurídica de hoje, as quais acarretaram na adoção do modelo do monismo jurídico – a exclusividade da ação estatal na produção e aplicação de normas jurídicas – desde sua concepção, passando pelo seu auge até a crise paradigmática em que se encontra hoje.

É a partir da explicitação do desenvolvimento do paradigma jurídico com base no desenvolvimento do capitalismo no ocidente, partindo de uma análise sob quatro fases distintas da gênese, expansão e consolidação do modelo econômico vigente, fruto da expansão do pensamento liberal-burguês, e, sobretudo, das teorias que indicam um ponto de ruptura e crise desse paradigma que se busca como referencial teórico abordar uma concepção de Estado mais permeável às inúmeras manifestações de direito social existentes. Baseia-se na constatação da esgotabilidade do modelo jurídico monista para um pluralismo jurídico, o qual refuta a exclusividade do Estado na produção e interpretação das normas jurídicas.

Dessa forma, não se intenta romper com o modelo jurídico vigente e tampouco reinventar o direito, mas, essencialmente, se busca um (re)arranjo estatal baseado em uma nova forma de relacionamento entre Estado e Sociedade onde se estabelece um vínculo mais qualificado e de cooperação, onde nem Estado e nem Sociedade são exclusivos na produção jurídica e na gestão pública, mas, se articulam compartilhadamente segundo o interesse público, sob a guisa do referencial constitucional.

Nessa nova forma de relacionamento entre o social e o estatal, não há espectadores, senão, protagonistas de onde as normas jurídicas são abstraídas da articulação dos membros da comunidade subjacente de um Estado Constitucional Democrático: a sociedade. Nesse contexto, o direito é cooriginário, é pensado pela sociedade em cooperação com as instituições estatais afins, voltadas para essa mesma sociedade. A comunidade subjacente que produz as normas articuladamente, que regularão sua própria vida, é ao mesmo tempo produtora e destinatária das normas, ainda que sejam de alcance restrito, como a regulamentação da sociedade em sede do espaço local em uma dada comunidade.

1.2 A transição feudalismo-capitalismo: o projeto da sociedade burguesa para o estado moderno

É possível afirmar que o direito da Idade Média era dotado de um caráter difuso, pluralista e que prescindia sistematização, na medida em que cada feudo e cada reino regia-se por um direito característico de acordo com os costumes locais, nos precedentes dos juízes da terra e nas autorizações – cartas de privilégio – concedidas pelo senhor feudal (HESPANHA, 1982). Há de se considerar também a influência do Direito Romano, Canônico e Visigótico, os quais reconheciam a desigualdade e a divergência dos interesses estamentais. Esse Direito Medieval, claramente não abrangente, foi concebido para legitimar uma hierarquia social composta pelo clero, nobreza e pelo campesinato no nível mais baixo (WOLKMER, 2001, p. 28).

De um pluralismo difuso do feudalismo, composto por privilégios e desigualdades, se deu a transição para um sistema genérico e unitário moldado de modo a atender as exigências de uma insurgente ordem econômica mercantilista, onde se tornava necessário regulamentar às aspirações imediatas de uma burguesia

nascente. Substitui-se a velha estrutura jurídica descentralizada de produção jurídica feudal por um sistema genérico, unitário e sistematizado de um Direito de cunho Mercantil.

Essa mudança se dá a partir da desagregação do sistema feudalista, entre os séculos XI e XV, após recorrentes crises na formação social e no modo de produção de riqueza, bem como da paulatina transição do contexto econômico agrário para o mercantil, acarretando o esvaziamento dos campos, o declínio da produção e a pulverização de comunidades de pequenos agricultores. “À medida que se esgota o Feudalismo, instaura-se o Capitalismo como novo modelo de desenvolvimento econômico e social em que o capital é o instrumento fundamental da produção material” (WOLKMER, 2001, p. 29). O Capitalismo alcança quase toda Europa após o fim da idade média, constituindo-se como sistema econômico vigente após os séculos XVI e XVII.

O arquétipo de juridicidade que se passa a desejar e produzir até a obtenção da hegemonia começa a ser construído mediante a racionalidade lógico-formal centralista do Direito que passa a ser produzido exclusivamente pelo Estado – dando origem ao monismo jurídico – a partir dos Séculos XVII e XVIII. No entanto, faz-se necessário à compreensão de como a legalidade estatal se tornou o projeto principal da modernidade capitalista, bem como entender o processo de estruturação do modelo Capitalista, abordando, sucintamente, sua classificação e seus níveis e estágios.

O Capitalismo, como modo de produção ou modelo histórico de ação econômica, é desprovido de uma conceituação unívoca. Cabe aqui apenas elencar alguns de seus pressupostos que o distinguem dos outros modos históricos de produção, entre eles: a propriedade privada dos meios de produção com a correspondente presença do trabalho assalariado formalmente livre; o sistema de mercado sob os dogmas da iniciativa e na empresa privada; os processos de racionalização dos meios e métodos diretos e indiretos para a valorização do capital e a exploração das oportunidades de mercado - lei da oferta e demanda – como estratégia de obtenção de lucro (RUSCONI apud BOBBIO et al., 1986).

Ao lado da racionalização técnico-produtiva, administrativa e científica promovida diretamente pelo capital, está em ação uma racionalização na inteira conduta de vida individual e coletiva. Esta racionalização ou modernização política culmina na formação do sistema político liberal, que historicamente coexiste com o Capitalismo. (BOBBIO ET al., 1986, p. 141)

O conceito de Capitalismo, para Marx, é determinado pelo modo de produção de bens, iniciando na Era Moderna e tendo seu ápice a partir da Revolução Industrial, na Inglaterra. Para tanto, tem-se um conjunto de elementos que englobam o estado das forças produtivas e os meios de apropriação dos meios de produção, bem como as relações sociais surgidas nas relações entre os homens como resultado das negociações com o processo produtivo. Dessa forma, o Capitalismo é mais amplo do que um mero sistema de produção de bens, abarcando um sistema social complexo, onde a força de trabalho é convertida em mais uma mercadoria, tornando-se objeto de troca, que se compra e vende no mercado. Marx aponta em suas obras, ainda, não apenas as condições em que o trabalho humano é voltado para atividades alienantes e coisificantes, mas, inclusive, aquelas onde a atividade criadora acaba convertendo-se em processos de automação e desumanização (WOLKMER, 2001, p. 31-32).

Max Weber (1991), contrariamente, não deseja a abolição do mercado que é a garantia da racionalidade e autonomia dos sujeitos, para ele, seu fim acarretaria no despotismo do poder burocrático. Weber buscou compreender o capitalismo tanto como processo de racionalidade da vida organizada quanto como paradigma civilizatório da sociedade moderna europeia.

Se o Capitalismo é o momento econômico do racionalismo, ele reproduz em si as próprias características da *ratio*: controle e domínio dos meios em relação ao fim, através da calculabilidade, da generalizabilidade (sic) e da previsibilidade. O agir capitalista é um exercício pacífico de um poder de disposição, posto em ato racionalmente para conseguir lucro através da exploração inteligente das conjunturas de mercado. Se quisermos falar de "essência do Capitalismo", ela consiste nos processos de racionalização e otimização das oportunidades do mercado — inclusive o mercado do trabalho livre. (BOBBIO, 1998, p.143)

Dessa forma, a ascensão do Capitalismo molda a estrutura econômica da sociedade moderna, criando as condições ideais para a formação de uma nova classe social, detentora exclusiva dos meios de produção, onde seus novos atores, denominados como sociedade burguesa, vão edificar seus direitos com absoluto controle das novas faces de organizações de poder. A partir disso, se solidifica uma concepção de vida social engendrada por interesses específicos do setor produtivo – burguês – que permeiam o caráter econômico, político, religioso e filosófico (WOLKMER, 2001, p. 34-35). Assim, a burguesia pode ser vislumbrada sob

diferentes períodos, concomitantemente com o estágio de desenvolvimento do Capitalismo:

Examinar a burguesia no início da Idade Moderna pressupõe admiti-la como segmento insurgente, dinâmico e implementador de mudanças das estruturas feudais em crise, bem como compreendê-la como parcela social intermediária, entre a nobreza e o clero – detentores do poder e da riqueza – e o campesinato e as classes populares. Já na sociedade de fins do século XIX e meados do século XX, a burguesia representaria o setor social proprietário dos meios de produção, depositário da riqueza e do poder político, edificadora da cultura oficial, que nem sempre é a das massas urbanas e assalariadas. (WOLKMER, 2001, p. 35)

O surgimento da burguesia moderna é produto de um longo processo, moldado por uma série de transformações nas formas de produção e circulação. O poder do Estado moderno acaba sendo um comitê que administra os negócios comuns da classe burguesa. Tudo passa a integrar com rapidez a nova e emergente civilização burguesa: os instrumentos de produção, as comunicações, os produtos intelectuais, as literaturas, o camponês, a maquinaria, a agricultura e as estradas de ferro (MARX; ENGELS; 1998).

Esses fatores resultam na aglomeração das populações, na centralização dos meios de produção, na concentração da riqueza, na centralização do poder político; uma só nação, com apenas um governo, uma legislação, um interesse de classe e uma só fronteira aduaneira; surge do declínio da sociedade feudal a livre concorrência, com sua organização social e política que lhe são inerentes, sob a dominação política e econômica da burguesia. No lugar de uma exploração disfarçada por ilusões religiosas e políticas, a burguesia expõe uma exploração aberta, cínica e direta, empurrando a sociedade para uma estratificação cada vez mais notável em dois campos antagônicos e opostos – burguesia e proletariado¹ (MARX; ENGELS; 1998).

O liberalismo, nascido a partir da prosperidade do comércio e do benefício de uma classe média individualista, fez surgir uma nova visão de mundo ancorada nos valores e interesses de uma classe social burguesa advinda da luta histórica contra a hegemonia do Feudalismo aristocrático.

¹ O proletariado é a classe social que obtém os seus meios de subsistência exclusivamente da venda do seu trabalho, sem se beneficiar de qualquer lucro extraído de qualquer capital. (MARX; ENGELS; 1998).

Assim, o liberalismo tornou-se o reflexo de uma ética alicerçada sob as premissas de liberdade total – desde o social até o filosófico, econômico, religioso e político – onde, no início figurava sob a bandeira revolucionária contra o absolutismo feudal, passando a assumir o poder político e consolidando o poder político e econômico na fase industrial do Capitalismo, fazendo valer os dogmas liberais que lhes eram interessantes e olvidando da distribuição de riquezas, relegando o povo à exclusão e à margem do governo. O liberalismo é contraditório, ao mesmo tempo em que é revolucionário em alguns aspectos, é conservador em outros, mas sempre termina por combater a autoridade popular e a democracia. A análise do conteúdo do liberalismo implica reconhecer:

[...] alguns traços essenciais que passam pelo “núcleo econômico” (livre iniciativa empresarial, propriedade privada, economia de mercado), pelo “núcleo político-jurídico” (Estado de Direito, soberania popular, supremacia constitucional, separação dos poderes, representação política, direitos civis e políticos) e pelo “núcleo ético-filosófico” (liberdade pessoal, tolerância, crença e otimismo na vida, individualismo). (WOLKMER, 2001, p. 39)

Nesse contexto liberal de ascensão do Capitalismo, fez-se extremamente necessária a edificação de uma ordem estável, com concentração da autoridade em um Estado unitário e soberano. O pluralismo social de grupos intermediários, a multiplicidade de ordens jurídicas e a forma assistemática de poder não eram mais condizentes com as exigências da sociedade liberal burguesa. É nesse ínterim que o Estado moderno ocidental avoca o monopólio da coação física legítima e incondicionada, bem como, a construção de um direito fundado sobre orientação laica (advindo da racionalização e generalidade burguesa), organização de um corpo administrativo racional e centralizado, sob regulamentação e padronização explícitas, monopolizando os meios de dominação administrativa e criando um sistema contínuo e regular de tributação (WEBER, 1991).

Estabelecido o contexto histórico da cultura eurocêntrica burguesa, bem como sua transformação econômica e sociopolítica, fundamentadas em um processo de racionalização formal, de cunho individualista e burocrático, cabe agora analisar o modelo de estatuto jurídico que se originou daquele contexto. O estabelecimento de um sistema jurídico não ocorre por autoproclamação, o ambiente histórico-social de determinado tempo e espaço influencia diretamente a caracterização ideológica desse sistema. Nesse viés liberal-individualista, esse novo

contexto jurídico assegurará as aspirações de produção econômica da emergente sociedade capitalista, utilizando-se de um alto grau de racionalização e de uma pretensa neutralidade científica e através de uma composição burocrática, institucionalizada e centralizada.

1.2 Monismo jurídico: da ascensão de um paradigma unitário de normatização à crise da exclusividade estatal

Na emergente sociedade moderna surgem dois grandes sistemas jurídicos que desvelam a base da tradição jurídica e formalista que se tem contemporaneamente. São eles o *Civil Law* – sistema representativo do direito produzido e escrito mediante órgãos oficiais do próprio Estado, criado por um poder unitário e soberano – e o *Common Law* – sistema cuja materialização se dá através da expressão indireta do Estado, como resultado dos chamados precedentes, e pelas práticas consuetudinárias institucionalizadas. O direito estatal, portanto, torna-se a formalização normativa da organização política de uma sociedade moderna liberal (WOLKMER, 2001).

[...] o projeto de legalidade que acaba se impondo, é aquele criado, validado e aplicado pelo próprio Estado, centralizado no exercício de sua soberania nacional. A asserção de que a construção do moderno Direito ocidental está indissolavelmente vinculada a uma organização burocrática, a uma legitimidade jurídico-racional e a determinadas condições sócio-econômicas específicas, permite configurar que os pressupostos da nova dogmática jurídica, enquanto estatuto de representação burguês-capitalista estarão assentados nos princípios da estatalidade, unicidade, positivação e racionalização. (WOLKMER, 2001, p. 45-46)

Essa associação entre positivação formal do direito e a racionalização do poder soberano estatal leva, inevitavelmente, à predominância do monismo jurídico, que concentra o monopólio da produção de normas jurídicas no Estado. É dizer, o Estado é o único ente legitimado a criar normas jurídicas e conformar sua aplicação às transformações sociais que passam a surgir. Essa concepção mantém-se presente até o momento, onde “grande parte da teoria geral do direito europeu é prisioneira de um conceito de direito que pressupõe ‘a imagem simplista do Estado como organismo que estabelece as regras do jogo e institui um árbitro’” (CARRIÓ apud BOBBIO, 2007, p. 01). A burguesia emergente, ao superar o clero e a nobreza e ascender como nova classe detentora dos meios de produção se articula para criar

uma ordem estatal unitária e hegemônica, que comporte legitimar os seus interesses através de um conjunto de normas.

O Estado moderno, então, se constitui de órgãos legitimados tanto para legislar (Poder Legislativo) quanto para julgar (Poder Judiciário), baseado no princípio da separação dos poderes, por meio de leis gerais e abstratas, as quais estão colocadas de forma sistematizada no chamado Direito Positivo. Cabe ressaltar que essas normas não adquirem sua validade por seus atributos de eficácia e aceitação espontânea pela sociedade, mas, essencialmente, por terem sido elaboradas de acordo com os meios oficiais de produção legislativa, sendo dotadas de poder coativo.

É por meio desse processo de legitimação meramente formal que o Estado Moderno consagra a retórica do “Estado de Direito”, limitando-se a sua própria legislação e respeitando alguns direitos individuais sob o signo de uma pretensa neutralidade da legalidade. Esse viés aparentemente neutro da produção normativa tende a ocultar os interesses econômicos da burguesia por meio da generalização, abstração e impessoalidade². Quando se estabelece normas iguais e tratamento igual para diferentes indivíduos, o Direito Positivo forjado no capitalismo, em nome dessa igualdade abstrata, consagra e perpetua desigualdades concretas (WOLKMER, 2001, p. 49).

É possível classificar o processo evolutivo do Monismo jurídico ocidental em quatro grandes ciclos, que desvelam sua formação, sistematização, ápice e crise de paradigma, respectivamente. A formação destes ciclos está engendrada diretamente com a estrutura de poder político e com o viés econômico-produtivo presentes em cada etapa.

O primeiro ciclo consubstancia a própria formação do monismo jurídico, ou seja, na redução do Direito ao Direito Estatal, na qual o absolutismo, utilizando a doutrina jusnaturalista, submete as fontes de produção normativa aos anseios dos

² Neste sentido, refere De la Torre Rangel (1986, p. 35) que as premissas burguesas que fundamentam a sociedade capitalista são a razão da existência de um Direito abstrato, genérico e impessoal: “la norma tiene, pues, como primera característica la de ser general, lo que significa que se elabora para un número indefinido de personas y de actos o hechos, a los cuales se aplica durante un tiempo indeterminado. De esa generalidad de la ley se deriva otra característica muy importante: su abstracción. Esta característica implica que el legislador al crear la norma, no tenga presentes los casos concretos a que vaya a aplicarse la misma, sino que precisamente la elabora en abstracto. Y como consecuencia de las anteriores características deviene una tercera: la impersonalidad; esto es, comprende a un número indefinido de personas y actos o hechos a los cuales se aplica.” Assim, conseqüentemente, “La ley es impersonal porque es abstracta y es general”. (DE LA TORRE RANGEL, 1986, p. 36)

que detém o poder político. Hobbes³ é o pensador a quem se atribui a fundação do moderno Estado Absolutista e o principal teórico da construção do paradigma monista, associando o Direito ao Direito do Soberano e vinculando o Direito Estatal ao processo legislativo oficial. A gênese do monismo jurídico, portanto, está associada à derrocada do Feudalismo e à prevalência dos interesses absolutistas da monarquia, bem como à premente busca de mecanismos regulatórios centralizadores das práticas mercantis predominantes (WOLKMER, 2001).

O segundo ciclo do monismo jurídico está compreendido entre o início da Revolução Francesa até o final dos principais códigos do século XIX, onde o Direito Estatal deixa de ser reflexo do Absolutismo e passa a ser fruto da arquitetura das novas forças surgidas no Capitalismo concorrencial e da ascensão da classe burguesa, fortalecida pelo liberalismo econômico, sob a bandeira da menor intervenção do Estado possível, consolidando o reducionismo do direito à lei estatal e assentando o pensamento jurídico em torno da dogmática jurídica positivista (WOLKMER, 2001, p. 53).

O caráter desse segundo ciclo do Direito Estatal permanece, em grande parte, jusnaturalista. Essa sociedade aristocrática que antes “se caracterizava por uma concepção de mundo demarcada pelo absolutismo político e pela doutrina do Direito divino dos reis, agora, com a nova organização social burguesa se embasa numa ideologia jurídica do liberal-contratualismo” (WOLKMER, 2001, p. 53).

É justamente com a emergência das grandes codificações que aos poucos o positivismo jurídico passa a suplantar o jusnaturalismo, procurando extinguir as ideias de conteúdo metafísico e racionalista do Direito. A juridicidade passa a ser explicada em torno de sua própria materialidade de coerção e punição, sua validade fundamenta-se na existência formal de uma administração política hierarquizada e técnico-burocrática. Assim, o segundo ciclo corresponde, indiscutivelmente, à sistematização dogmática do monismo, relegando o Direito Estatal ao Direito Positivo. Afunilam-se ainda mais a concepção de direito na exegese de que “todo o direito não só é direito enquanto produção do Estado, mas, sobretudo, de que somente o Direito Positivo é verdadeiramente Direito” (WOLKMER, 2001, p. 55).

³ É o que se depreende de algumas passagens da obra “Leviatã” no capítulo XXVI “das leis civis”: “Só depois de instituído o Estado elasefetivamente se tornam leis, nunca antes, pois passam então a ser ordens do Estado, portanto também leis civis, pois é o poder soberano que obriga os homens a obedecer-lhes.” (HOBBS, 1651, p. 91) e “E igualmente que ninguém pode fazer leis a não ser o Estado, pois nossa sujeição é unicamente para com o Estado,” (HOBBS, 1651, p. 90)

Um dos principais juristas do período correspondente ao segundo grande ciclo foi Rudolf Von Jhering⁴ que afirma que o direito é um sistema de normas imperativas e tem como principal característica o monopólio da coação que é garantida pela força do Estado. Ou seja, ao delimitar a validade do direito às normas dotadas de sanção estatal (podendo ser sanções positivas ou negativas), coloca o Estado como fonte única do direito.

A decorrência dessa estrutura normativa lógico-formal capitaneada pelo projeto político burguês desencadeia um terceiro ciclo do monismo jurídico que atinge seu ápice entre as décadas de 1920/1930 até as décadas de 1950/1960, sob as premissas de uma dogmática jurídica com pretensões de cientificidade, onde é clara a influência da obra “Teoria Pura do Direito” de Kelsen (1999) no ano de 1936. Para Kelsen (1999), uma teoria científica do direito não deve se ocupar da função do direito, mas somente dos seus elementos estruturais⁵, enquanto a análise funcional seria confiada aos sociólogos e, talvez, aos filósofos. Esse distanciamento das ciências jurídicas em relação às outras ciências seria um dos motivos a desencadear a crise do positivismo jurídico (BOBBIO, 2007, p. 53).

A expansão do intervencionismo do Estado nas áreas produtiva e trabalhista, a transição do Capitalismo industrial para o monopolista, formado por organizações transnacionais e oligopólios, bem como a elaboração de políticas públicas de âmbito social, aparte da década de 1930 no contexto Keynesianista⁶, favoreceram a arquitetura técnico formal de um Direito produzido enquanto ciência. Assim, “a proposta científica de Kelsen descarta o dualismo Estado-Direito, fundindo-os, de tal modo que o Direito é o Estado, e o Estado é o Direito Positivo” desta forma esse centralismo jurídico se consubstancia extremamente formalista, onde o Estado “é identificado com a ordem jurídica, ou seja, o Estado encarna o

⁴ Bobbio (2007, p. 11) afirma que Jhering, assim como Hegel, distinguia sociedade civil e estado, espelhando a cisão entre a esfera dos interesses econômicos e a dos interesses políticos, e entre a condição do burguês e a do cidadão.

⁵ A teoria estruturalista se refere àqueles que se dedicaram à teoria geral do direito e preocuparam-se muito mais em saber “como o direito é feito” do que “para que o direito serve”. Resultou disso que a análise estrutural foi levada muito mais a sério que a análise funcional até o final do século XX.

⁶ John Maynard Keynes, fundador da teoria econômica denominada Keynesianismo, baseou suas concepções em oposição à ideias liberais, baseado na ideia de um Estado como agente indispensável de controle da economia e que propõe sua intervenção na vida econômica com o objetivo de estabelecer a um regime de pleno emprego. Sua teoria influenciou o processo de reformulação das teorias clássicas e da política de livre mercado (KEYNES, 1992).

próprio Direito em determinado nível de ordenação, constituindo um todo único” (WOLKMER, 2001, p. 57).

Por derradeiro, chega-se ao quarto “ciclo” monista que tem início entre as décadas de 1960 e 1970, o qual se encontra relacionado ao novo Capitalismo de acumulação flexível, impondo uma reordenação e a globalização⁷ do capital monopolista, aliados à debilitação do Welfare State, destacadamente com relação à crise fiscal dos estados e à penosa governabilidade da lógica do Bem-Estar social. O padrão de legalidade científica eurocêntrica que predominou nos séculos XIX e XX passa a dar sinais de esgotamento face às demandas políticas e econômicas e no tratamento dos conflitos entre classes sociais. A complexidade da sociedade de massa passa a apresentar contradições latentes, desencadeando um esgotamento do paradigma de legalidade que acompanhou e serviu de base, por três séculos, à sociedade burguesa capitalista (WOLKMER, 201, p. 58).

[...] embora a dogmática jurídica estatal se revele, teoricamente, resguardada pelo invólucro da cientificidade, competência, certeza e segurança, na prática intensifica-se a gradual perda de sua funcionalidade e de sua eficácia. É por essa razão que se coloca a inevitável questão da crise desse modelo de legalidade. (WOLKMER, 201, p. 58-59)

A ideia de crise, nesse contexto, deve ser entendida como a incapacidade da ordem jurídica de dar respostas eficazes aos conflitos e contradições do presente. O que se encontra em crise é o paradigma da Dogmática Jurídica estatal, associado ao Estado e à sociedade capitalista, bem como aos valores hegemônicos de determinado contexto histórico. É clara a ineficácia e o esgotamento do modelo hegemônico jurídico vigente e até então tradicionalmente aceito.

No entanto, sabe-se que a crise é pré-condição para a emergência de novas teorias e paradigmas passíveis de resolução de, pelo menos, parte dos problemas os quais o paradigma vigente não é mais capaz de resolver. Nesse viés, a Dogmática Jurídica figura como incontestável paradigma científico, sob pressupostos de uniformização, sistematização e “universalização mediante consenso positivado da comunidade científica dos juristas”. A dogmática jurídica tornou-se incapaz de prover diretrizes, respostas e normas aptas a orientar a convivência em sociedade (WOLKMER, 2001, p. 74).

⁷ Santos (2004) obtempera que a globalização é o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista e que visa assegurar a uniformidade a serviço dos atores hegemônicos, tornando o mundo menos unido, distanciando-se de uma cidadania universal e estimulando o culto ao consumo.

É a partir da constatação da crise do modelo normativo hegemônico vigente, pautado pelas aspirações liberal-burguesas e orientado a assegurar as condições econômico-produtivas do capitalismo global que fazem surgir, no campo teórico jurídico, paradigmas alternativos ao modelo da Dogmática Jurídica, em um contexto de enfrentamento ou complementação. Almeja-se uma maior dinamicidade dos instrumentos jurídicos legais e estatais e uma equalização dos antagonismos sociais em uma sociedade cada vez mais complexa e plural, buscando nos elementos não estatais e extralegais um novo referencial teórico jurídico.

Esse novo paradigma do direito, segundo Wolkmer (2001, p. 77), deve estar fundado em um pluralismo jurídico que esteja apto a reconhecer e legitimar as diversas normatividades “extra e infra-estatais (institucionalizadas ou não), engendradas por carências e necessidades próprias das contingências de sujeitos coletivos recentes”, além de absorver singularidades de grupos formados no contexto de do Capitalismo periférico, notadamente caracterizado por desigualdades e conflitos profundos. Esse pluralismo deve ter base democrático-participativa, afastando qualquer aspiração de projetos pluralistas de tendências neoliberais, conveniente aos intentos do Capitalismo global. Portanto, o caráter dessa proposta de pluralismo, nada tem a ver com os interesses hegemônicos de construção de um pluralismo conservador alinhado ao livre mercado, às privatizações e à flexibilização de direitos sociais.

Bobbio (1998, p. 1186), referindo-se ao paradoxo entre monismo e pluralismo jurídico, afirma que “o verdadeiro adversário da Soberania é a teoria pluralista, exatamente porque a Soberania ressalta ao máximo o princípio da unidade e do monismo”. Destarte, Bobbio assevera que as concepções pluralistas de direito, tanto as descritivas que almejam a percepção do processo real de formação da vontade política, quanto àquelas prescritivas que visam ampliar a liberdade em uma sociedade democrática mediante a construção de uma poliarquia

[...] demonstram a não existência de uma unidade do Estado, que possua o monopólio de decisões autônomas, uma vez que, na prática, o indivíduo vive em associações e grupos diferentes, capazes de impor suas próprias opções. Na realidade, o contexto social apresenta uma notável pluralidade de grupos em competição ou em conflito para condicionar o poder político; é justamente esta pluralidade que impede a existência de uma única autoridade, onicompetente e onicompreensiva: o processo de decisão política é o resultado de uma longa e vasta série de mediações. Nesta divisão do poder, nesta poliarquia, não existe um verdadeiro soberano. (BOBBIO, 1998, p. 1186)

Mesmo que se tenha em conta a clara hegemonia do projeto jurídico unitário – monismo jurídico – enquanto direito produzido exclusivamente pelo Estado, há de se levar em consideração a coexistência de um pluralismo jurídico, ainda que não oficial, do ponto de vista institucional, e de uma tradição de práticas jurídicas comunitárias. Nem a hegemonia do monismo jurídico consegue anular a existência e a concomitância de ordens jurídicas independentes da lógica estatal e seus órgãos, onde se pode destacar a proeminência do Direito Internacional e Eclesiástico (WOLKMER, 2001, p. 45).

[...] a propensão segura de se vislumbrar o Direito como fenômeno resultante de relações sociais e valorações desejadas, de se instaurar outra legalidade a partir de uma multiplicidade de fontes normativas não obrigatoriamente estatais, de uma legitimidade embasada nas “justas” exigências fundamentais de sujeitos sociais e, finalmente, de encarar a instituição da Sociedade como estrutura descentralizada, pluralista a participativa. (WOLKMER, 2001, p. 78)

Assim, com o propósito de estabelecer uma possibilidade de subsistência de um pluralismo jurídico no atual contexto jurídico no Brasil e em Portugal sem, contudo, superar a normatividade estatal, mas tornando a ordem jurídica e as instituições atuais permeáveis à participação social aberta em uma lógica de poder compartilhado entre poder público e sociedade, que se busca fundamentar, com base na teoria do direito social proposto por Georges Gurvitch, um novo paradigma de interação entre sociedade e estado. É sobre os preceitos gerais do direito social proposto por Gurvitch, que não se relaciona com os direitos sociais preceituados pela Welfare State, mas, refere-se ao direito criado pela própria sociedade, bem como suas possibilidades teóricas e práticas de aplicação, que o presente trabalho passa a direcionar seu estudo.

1.3 Ideia geral do Pluralismo Jurídico e Direito Social de Gurvitch

É possível submeter à sociedade a uma radical crítica, transgredindo as fronteiras sociais, políticas, teóricas, epistemológicas e culturais, de maneira que se faça cumprir o potencial emancipatório das promessas da modernidade. Para tanto é necessário que se pense radicalmente nas concepções dominantes de direito. É

imperioso que se faça uma contundente crítica ao monopólio estatal e jurídico do direito, de modo que se desenvolvam alternativas ao dogmatismo jurídico e à teoria do positivismo do direito, tendo como objetivo uma concepção contundente de pluralismo jurídico e uma concepção política do direito. Essa concepção de direito de base plural encontra-se evidenciada em diversas formas e diferentes espaços de sociabilidade, que podem assumir o papel de contraditório da sociedade, ou mesmo de complemento à atuação estatal, e atuar, simultaneamente, como fonte de poder (SANTOS, 2007).

O direito, para ser exercido democraticamente, tem de assentar numa cultura democrática, tanto mais preciosa quanto mais difíceis são as condições em que ela se constrói. Tais condições são, efetivamente, muito difíceis, especialmente em face da distância que separa os direitos das práticas sociais que impunemente os violam. A frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia. (SANTOS, 2007, p. 08)

Georges Gurvitch⁸, um dos últimos pensadores modernos a propor de forma audaciosa todo um sistema próprio e genuíno de compreensão e explicação do fenômeno humano e de organização social, baseou suas premissas na conjugação de uma filosofia pluralista nos campos jurídico e social. As posições do autor no campo da sociologia não são neutras, pois, para ele, a sociologia é uma crítica social no sentido que expressa uma concepção do pensamento sociológico como análise crítica das doutrinas, teorias e instituições sociais, refutando as concepções conservadoras da filosofia e da sociologia, procurando desenvolver teorias mais radicais e operantes na prática das transformações sociais (MORAIS, 2007).

Tal fato o tornou de certa maneira um sociólogo marginalizado, tendo ele próprio se definido como um excluído da “horda” dos sociólogos e filósofos, o que explica em grande parte a razão de sua teoria não ter impingido uma influência mais notável em sua época, como era de se esperar de um arcabouço tão vasto quanto o seu (MORAIS, 2007).

⁸ Georges Gurvitch foi um filósofo e sociólogo francês de origem russa, tendo nascido na cidade de Novorossisk, ainda nos tempos da Rússia Czarista, em outubro de 1894, vindo a falecer em Paris em dezembro de 1965. Gurvitch participou diretamente da revolução russa na organização dos Sovietes⁸ (ou conselhos Operários) e dedicou grande parte de sua obra na oposição a concepção dogmática do Direito – o qual se baseava somente em um sistema de regras – e defendia a realidade social do Direito (MORAIS, 1997).

Isso, no entanto, nos permite utilizar muitas de suas reflexões e propostas ainda hoje, corroborando com a reabilitação que reconheça sua contribuição para o pensamento jurídico, aplicada a uma reflexão e (re)formulação das formas de produção do direito atual (PEREZ; PRIETO, 2005). A respeito do legado intelectual de Gurvitch, pode-se afirmar que:

[...] a sua dúplice formação – jurídica e filosófica – bem como a sua experiência vivida, inclusive no período da Revolução Bolchevique, que consubstanciarão no seu intelecto muitas das ideias que o perseguirão por muito tempo, influenciando sua trajetória e marcando suas posições futuras. A experiência direta com este período revolucionário revela ao autor várias das ideias que serão traduzidas mais tarde em sua trajetória acadêmica, entre elas, a ideia do direito social que nasce espontaneamente, independente do Estado e de sua ordem jurídica, podendo relacionar-se com esta de várias formas. (MORAIS, 1997, p. 23)

Para Gurvitch, o direito social é sempre um direito autônomo, produzido originariamente por certos grupos sociais e que jamais poderá ser imposto de forma externa. O direito social confere aos grupos e atores sociais um papel central, tornando-os operantes e refletindo-se no campo jurídico e no pluralismo social, bem como na existência de uma multiplicidade de centros de poder criadores de direito, em uma sociedade de relativa complexidade. É este pluralismo de centros de poder que vai conferir lugar central aos grupos e atores sociais operantes, de tal sorte que o direito social será sempre um direito de integração e nunca de exclusão – onde só admite-se o direito de coordenação inter-individual – e nem de subordinação – vertical, de tendências totalitárias e mecanicistas (PEREZ; PRIETO, 2005).

Morais (1997, p. 25) afirma que esta abordagem traçada por Gurvitch resultou na criação de uma sociologia jurídica definida como o estudo da realidade jurídica de modo pleno, “bem como da transmutação das técnicas e doutrinas jurídicas, do papel dos grupos e das regularidades na formação do direito, no interior de estruturas tanto globais ou genéricas, quanto parciais ou setorializadas”. O direito, nessa concepção, portanto, não é mera normatividade, a experiência jurídica é o reflexo da vivência da coletividade autônoma, reconhecendo sua ordem e garantindo sua manutenção, tal que essa experiência jurídica dos próprios atores sociais e operadores do direito torna-os componentes de um processo de criação ou reconhecimento institucional que tem em si mesmo sua configuração, podendo ser concebida como uma (re) institucionalização do direito (HERMANY, 2007).

Gurvitch considera que o Direito não se limita às regras emanadas por um conjunto de superestruturas do Estado e outros poderes públicos e não se dá somente através de um expoente vertical (poder público emanado como fenômeno de autonomização do poder). Ao contrário, o autor rompe com tal pensamento estatizante afirmando que existe também uma dimensão horizontal da esfera pública jurídica, onde ocorre a reprodução dos marcos sociais em que se afirmam forças autônomas fazendo com que nasçam novas formas de experiência jurídica. Para Gurvitch, “este Derecho Social es ante todo un derecho eminentemente colectivo, que nace espontáneamente e es independiente del Estado” (PEREZ; PRIETO, 2005, p. XV).

Ainda, a função primária do Direito Social é a de produzir uma ordem que possibilite uma reconciliação prévia das tensões entre os valores ativos e a coletividade, destarte, a solidariedade que se expressará em cada grupo em particular determinará também que o direito social seja, por consequência, múltiplo, originando, então, o pluralismo jurídico. Neste contexto de pluralismo descentralizado, portanto, o direito do Estado não ocupa mais do que um lugar relativo e não inteiramente determinante. O estado pluralístico é, assim, uma contraposição ao pensamento jurídico dogmático e estatizante e não necessitaria recorrer a uma autoridade política e jurídica central. Tal multiplicidade de atores de diversos grupos sociais resulta num verdadeiro “mosaico formado por uma pluralidade de marcos de direito social” (PEREZ E PIETRO, 2005, p. XVIII).

Nesse sentido, complementando a síntese do direito social proposto por Gurvitch:

A ideia do direito social é, portanto, um produto essencialmente dos tempos modernos. Foi necessária, como salienta Gurvitch, a emancipação total do pensamento humano no Renascimento, a afirmação de um pluralismo de sistemas equivalentes, a liberação da sociedade humana, como totalidade, de sua confusão com outras espécies de totalidades, uma síntese entre individualismo e universalismo, para que florescesse a construção de um pensamento acerca de um outro direito, ligado não mais ao indivíduo isolado, mas ao (s) grupo (s) social (is), o (s) qual (is) integra. (MORAIS, 1997, p. 30)

A partir disso, o Direito Social pode ser definido como o direito autônomo de comunhão, pela qual se integra de uma forma objetiva a cada totalidade concreta e real, concebendo, assim, um direito de integração, que se diferencia do direito de coordenação, advindo do direito individual, e do direito de subordinação, somente

reconhecido pelos sistemas do individualismo jurídico e do universalismo unilateral. Esta proposição converge com as diversas correntes heterogêneas e antiformalistas do direito, onde a experiência dinâmica do direito social, na visão de Gurvitch, seria capaz de assegurar um controle social democrático da vida jurídica pelos próprios atores sociais, dispensando, dessa forma, a exigência irrefutável de um sistema de controle externo, vinculado a uma estrutura burocrática de caráter elitista e oficial, em nome de uma pretensa autoridade soberana, tal qual como proposta por Max Weber (PEREZ; PRIETO, 2005, p. XXV).

Nesse contexto, não há que se confundir este Direito Social, que serve de base a todo seu sistema pluralista, com aquele direito referente à “política social” do Estado. Essa política, vinculada ao Estado do bem-estar social, certamente teve seu importante papel, enquanto legislação estatal frente às questões sociais. No entanto, essa interpretação restrita é errônea, segundo Gurvitch, do ponto de vista teórico, e perigosa para a democracia. Essa concepção restritiva seria substancialmente equivocada, pois vai de encontro à experiência jurídica do pluralismo jurídico (que advém do pluralismo de fato, na vida real do direito), conectado à realidade social. Ainda, tal interpretação restritiva do Direito social reflete-se na teoria estatizante e monista do direito (PEREZ; PRIETO, 2005, p. XVI/XVII).

Gurvitch (2005) sugere ainda três pontos de vista nos quais o pluralismo pode ser observado: o pluralismo de fato, que em uma perspectiva sociológica é visível em toda a sociedade através de um microcosmo de agrupamentos particulares e grupos de atores coletivos que se sobrepõem dialeticamente; o pluralismo como ideal, o qual pressupõe a harmonia entre a variedade e a união (de onde emerge o ideal democrático), onde o princípio democrático adquire sua máxima importância e assim é inseparável do ideal pluralista e integrador; e, o pluralismo, como técnica consubstanciada na luta pela concretização da liberdade humana e dos valores democráticos.

Com relação à ideia de cidadania ativa e democracia participativa, pode-se afirmar que a mera outorga de feixes de poder à sociedade não pressupõe a existência de um Estado democrático, permeável ao direito social. Ao contrário, o Estado só será verdadeiramente democrático quando os canais de participação propiciarem aos atores sociais exercer uma cidadania ativa, formando uma vontade

pública complexa, constituída pela participação ativa do povo e dos poderes estatais. Assim, pode-se inferir que

[...] La esencia de la democracia no consiste em uma simples transferência del poder del pueblo al poder legítimamente constituido, sino em una participación activa de los individuos y de los grupos organizados em el processo democrático. [...] De ahí su defensa del principio de autogestión socialista que se contrapone al mismo tiempo al pensamiento liberal y a la teoria marxista originaria de inspiración más estatalista. (PEREZ; PRIETO, 2005, p. XXXIX)

Dessa forma, em relação ao pluralismo jurídico pode-se afirmar, segundo Gurvitch, que a normatividade estatal é apenas uma das múltiplas manifestações do direito, o qual se encontra disperso em inúmeros agrupamentos sociais, estando organizados ou não, independentes ou submetidos à tutela estatal e de natureza comum ou particular (MORAIS, 2007). O Direito é, assim, um fenômeno social muito mais amplo e anterior à concepção de Estado (vide Figura 1). Estas inúmeras ordens normativas coabitam o mesmo espaço, ao mesmo tempo, situação em que a normatividade Estatal se diferencia, especialmente, em razão do monopólio da coação incondicionada.

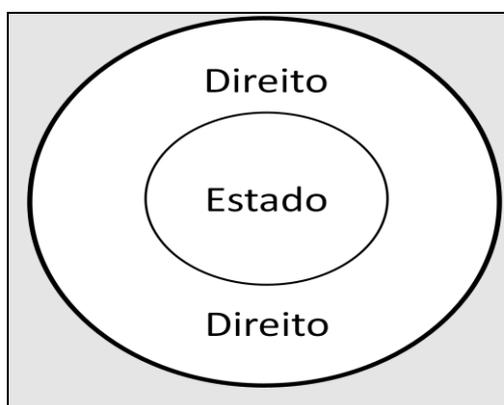


FIGURA 1: Amplitude dos ordenamentos jurídicos em face da ordem estatal.

FONTE: Gurvitch, 2005, p. 164.

1.4 Características essenciais ao Direito Social

Em sua fase primária, o direito social prescinde de qualquer tipo de organização do grupo, não podendo expressar-se de forma organizada, sobretudo,

se a associação estiver fundada no direito da comunidade subjacente objetiva e permeada por ela, ou seja, quando constituir uma associação igualitária de colaboração e jamais uma associação hierárquica de dominação. Assim, o direito social dirige-se à, em sua fase organizada, a sujeitos jurídicos específicos: as pessoas coletivas complexas. Essas pessoas coletivas complexas diferem dos sujeitos individuais isolados bem como das pessoas morais – unidades simples – que absorvem a multiplicidade e o pluralismo de seus integrantes subsumidos na vontade única da corporação ou do estabelecimento (GURVITCH, 2005, p. 19).

Gurvitch (1932) aponta sete características essenciais intrínsecas ao direito social e conexas entre si, as quais são fundamentais para uma compreensão plena da teoria que sustenta. A primeira delas diz respeito à função geral do direito social, o qual se fundamenta na integração objetiva de uma totalidade por meio da comunhão de seus membros. Assim, o sentido do procedimento de integração só pode ser compreendido a partir da premissa de que o ser social, para ser considerado como irreduzível à soma de seus membros, não necessita estar sobreposto a eles como objeto exterior, como uma entidade imutável, transcendental e superior.

Da mesma forma, há de se considerar que a manifestação mais pura do Direito Social consiste em um movimento contínuo de participação interligada do múltiplo no individual e do individual no múltiplo, originando uma correlação indissolúvel da totalidade e de suas partes que se compõe reciprocamente. Porém, o próprio Gurvitch (2005, p. 21) admite a dificuldade prática desta ideia, afirmando que essa síntese em uma totalidade “inmanente del uno y de lo múltiple, de lo individual y de lo universal, puede ser lograda sólo en el ideal moral, en el Espíritu creador supraconsciente cuya matéria está constituída por las personas, valores en sí, que participan en su actividad”.

Essa integração significa uma não-ordenação (ou desordenação), ou seja, a introdução em uma ordem da qual se faz parte de modo ativo e que impõe obrigações sem, contudo, sobrepor-se como um elemento apartado e estático. Os membros, que se encontram integrados em uma totalidade, participam em sua unidade dinâmica (no movimento a qual eles integram) iniciando entre eles relações de comunhão (onde o “nós” é priorizado) em contraponto as relações de oposição (“eu”, “tu”, “ele”) que são características das ordens coordenativas e subordinativas (GURVITCH, 2005, p. 22).

Para ser capaz de conceber a natureza do direito de integração não basta apenas chegar a um consenso acerca da totalidade imanente como ideal do ser social, mas, sobretudo, há de se renunciar aos preconceitos individualistas concernentes à interpretação geral da noção do direito, aliado à necessidade de compreensão de que o direito não é uma ordem puramente negativa e limitativa, que apenas defende. O direito há de ser visto também com uma ordem de colaboração positiva, de sustentação, de ajuda e de incentivo, como uma ordem de paz, de união, de trabalho em comum, tanto quanto uma ordem de separação, de punição, de reparação. Nas palavras do próprio autor, o direito social é:

[...] le droit autonome de communion par lequel s'intègre d'une façon objective chaque totalité active, concrète et réelle incarnant une valeur positive, droit d'intégration (ou si l'on préfère d'ordination), aussi distinct du droit de coordination (ordre du droit individuel) que du droit de subordination, seules reconnus par les systèmes de l'individualisme unilatéral⁹. (GURVITCH, 1931, p. 11)

Bobbio (2007, p. 02), sete décadas mais tarde, assinala esta transformação jurídica de abandono do direito como aparato meramente coativo, baseado em sanções negativas em direção a um direito orientado a promover e incentivar e não somente proibir, reprimir e desincentivar, um direito promocional que seria orientado por sanções positivas. Assinala ainda que “grande parte da teoria geral do direito europeia é prisioneira de um conceito de direito que pressupõe a imagem simplista do Estado como organismo que estabelece as regras do jogo e institui um árbitro”. Bobbio (2007) afirma ainda que é preciso adequar a teoria geral do direito às transformações da sociedade contemporânea e ao crescimento do Estado Social, a fim de descrever com exatidão a passagem do Estado garantista para o Estado "dirigista", e, por conseguinte, a transformação do direito como mero instrumento de controle social a um mecanismo de "direção social".

O vertiginoso aumento das normas de organização do Estado Contemporâneo fará com que se abandone a imagem do direito tradicional com ordenamento protetor-repressivo em direção ao ordenamento com função promocional. Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia,

⁹ [...] o direito autônomo de comunhão onde se integra de maneira objetiva, cada totalidade ativa, concreta e real, encarnando um valor positivo, direito de integração (ou se prefere, de não-ordenação), tão diferente do direito de coordenação (ordem do direito individual) quanto do direito de subordinação, únicos reconhecidos pelos sistemas do individualismo unilatéral. (tradução livre)

aparece com maior e mais frequência a função de promover¹⁰ (BOBBIO, 2007, p.13).

É certo que Gurvitch, ao considerar o direito de integração como um direito de comunhão, de paz, de união e de cooperação, tinha ambições mais ousadas do que aquela constatada por Bobbio. No entanto, ao analisar a passagem de um direito estruturalista, proposto por Kelsen, cuja preocupação central era a maneira como o direito estava estruturado, para um direito de função promocional, cujo objetivo era pensar em “para que o direito serve”, parte da concepção de Bobbio se coaduna com aquela de Gurvitch, no que diz respeito à necessidade de abandono da concepção de um direito baseado unicamente em sanções negativas, de oposição, de separação disjuntiva, de proibições e de conflito.

Destarte, a concepção tradicional do direito como elemento meramente coativo funda-se sobre o pressuposto do homem mau (concebida por Thomas Hobbes), onde as tendências antissociais devem ser controladas. Em contrapartida, o direito como ordenamento diretivo parte do pressuposto do homem inerte, passivo, indiferente, para o que deve ser constantemente estimulado, provocado e solicitado. Assim, “hoje seria mais correto definir o direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de direção social” (BOBBIO, 2007, p. 79).

A segunda característica do direito social assinala que o fundamento da força obrigatória do direito social advém diretamente da mesma totalidade que o integra, ou seja, extrai sua força obrigatória da autoridade direta do todo, cuja vida interior ele regula. Caracteriza-se como um direito autônomo de cada grupo ativo, que carrega um valor positivo e racional, arquitetado diretamente por ele. Uma ordem interior, imposta a um grupo por uma totalidade supra-ordenada a ele, não será um direito de integração, mas, um direito de subordinação (GURVITCH, 2005, p. 23).

¹⁰ Exemplos disso podem ser observados na Constituição Italiana: “art.4º - promover as autonomias locais, art. 5º - promover o desenvolvimento da cultura”. Na Constituição Federal Brasileira: Art. 218. “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.” e Art. 225, § 1º VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;”. Na Constituição Portuguesa: Art. 9º: “d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;” e Art. 58º, 2. “Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover: a) A execução de políticas de pleno emprego; [...]” (grifo nosso)

Se considerarmos como fatos normativos certos acontecimentos reais da vida social que, por sua estrutura própria, podem servir de fundamento à autoridade impessoal e à força obrigatória do direito, é plausível constatar que os fatos normativos, que servem de base ao direito social, são os eventos de união, da sociabilidade por fusão parcial ou comunhão. Dessa forma, os fatos normativos desta espécie incorporam a sua própria existência valores extra-temporais positivos, revestindo-se de um caráter transpessoal. Estes fatos oriundos da união do grupo não necessitam estar organizados ou personificados para adquirir um caráter normativo ao ser puramente o objetivo, o fundamento de sua autoridade (através da comunidade não-organizada subjacente) e ao ser todo fato normativo primário não personificado (GURVITCH, 2005, p. 24).

Já os fatos normativos sobre os quais se fundamenta a força obrigatória do direito individual, são diversos: são os fatos reais da “relação com o outro”, da “relação do um com o outro”, da sociabilidade por oposição recíproca, que incorporam a sua existência em torno de valores positivos específicos, valores pessoais. O direito de coordenação, típico do direito individual, não extrai sua força obrigatória da totalidade na qual está estruturado, mas, da autoridade existente entre seus membros como elementos desconectados, do fato da relação recíproca de um com o outro (MORAIS, 1997). Pode-se inferir, portanto, que

[...] o direito social gurvitchiano refere-se a uma normatividade de integração na qual a sanção, como mecanismo de constrangimento ao cumprimento da ordem jurídica, não tem papel fundamental, estando referido especialmente a grupos não-hierarquizados onde, não sendo unidades simples (indivíduos), não há a redução do grupo a uma unidade coletiva tal como ocorre com as nominadas pessoas morais ou jurídicas. (MORAIS, 1997, p. 37)

Mesmo esses fatos normativos de relação individualista com “o outro” não podem subsistir sem basear-se nos fatos normativos da união, a ordem do direito individual também se encontra de modo indireto e intermediário baseada na totalidade, mas, é apenas no direito social que essa relação se encontra de forma imediata e direta. É possível afirmar, portanto, que “el derecho social e el derecho individual, incluso cuando son engendrados por totalidades autónomas idénticas, se apoyan sin embargo en hechos normativos diferentes” (GURVITCH, 2005, p. 25).

A terceira característica refere-se ao objeto do direito social, que é a regulamentação da vida interior da totalidade, ou seja, do grupo em questão, onde a

validade do direito social não se estende para além dos limites do grupo que integra. Por tal razão, em sua atuação exterior, nas relações com terceiros, sejam estes “terceiros” indivíduos ou agrupamentos, o grupo não estará submetido ao seu próprio direito social. Portanto, o grupo em suas relações exteriores pode perfeitamente estar submetido à ordem de direito individual, figurar no interior desta ordem, seja como pessoa moral simples, seja como uma soma de vontades independentes (GURVITCH, 2005, p. 25).

Tal grupo pode estar integrado, nas suas relações exteriores, em uma totalidade mais ampla e converter-se em um sujeito de direito social novo. Contudo, o direito social próprio do grupo originário que o integra e que dele retira sua força obrigatória, diretamente do fato normativo de sua existência, permanece sempre diverso daquele direito social sobreposto a ele. Assim, a matéria de regulamentação deste direito social, própria do grupo em questão, subsume-se tão somente a sua vida interior.

A quarta característica refere-se à estrutura jurídica intrínseca da relação jurídica no direito social, o qual se dá pela participação direta da totalidade não separada de seus membros, fazendo participar de modo direto sua totalidade, da qual se desprende e oferece a própria matéria de regulamentação, na relação com seus membros, sem tratar este todo como um sujeito separado. É precisamente esta participação direta do “todo” na relação jurídica, fundada no direito social, que se verifica a conexão totalmente única entre os sujeitos deste direito, ou seja, “la interpenetración mutua y la fusión parcial de sus pretensiones y de sus correspondientes deberes” (GURVITCH, 2005, p. 26).

É passível de questionamento que a participação do “todo” nas relações jurídicas com seus membros seja possível e que seja concebível, que um “todo” possa colocar-se em relação com suas partes sem estar separado delas. No entanto, trata-se da introdução, no pensamento jurídico, de novas categorias opostas aos conceitos unicamente discursivos e mecânicos do direito romano. Trata-se da categoria do “sistema concreto”, onde a parte não é uma parte, mas um elemento funcional e dinâmico, onde a unidade e multiplicidade se projetam mutuamente em uma relação de funcionalidade recíproca, antes mesmo de aplicar esta categoria na construção jurídica¹¹ (GURVITCH, 2005).

¹¹ Gurvitch, na década de 1930, anteviu, de certa forma, parte do pensamento da teoria sistêmica, tema que voltaria à centralidade no Estado Contemporâneo e cuja ideia pressupõe que os elementos

A quinta característica reside na manifestação exterior do direito social, o qual se funda no chamado “poder social” que exerce a totalidade sobre seus membros. É o poder instituído pelo direito social que constitui uma das características mais elementares desta espécie de direito, o qual deve ser cuidadosamente distinguido de outras formas de poder. De tal sorte, o poder que serve de expressão ao poder social consubstancia-se em um poder puramente objetivo de integração no todo. É neste poder social que se integra o elemento de unidade da totalidade, unidade essa que compõe a relação funcional com a multiplicidade e que é, portanto, irreduzível a ela. Tal poder social não pressupõe necessariamente uma organização, é perfeitamente possível a comunidades não organizadas (e que nunca venham a admitir qualquer meio de personificação em organizações) exercerem um poder social sobre seus membros (GURVITCH, 2005, p. 27).

Uma regra jurídica é obrigatória, ou seja, é válida, independente do que é, sancionada ou não. A existência de sanção negativa ou positiva não influencia na obrigatoriedade da norma, o caráter obrigatório não tem relação com o caráter condicional ou incondicional da coação, sendo a validade e a coação elementos substancialmente diversos: ao submeter um elemento normativo à coação condicional, não retiramos o caráter obrigatório do direito em questão, que permanece válido, inclusive quando não se estabelece qualquer tipo de coação (GURVITCH, 2005).

A coação condicional, onde se perfaz normalmente o poder social, pode perfeitamente incorporar a livre saída mediante certas condições impostas, por exemplo, por meio de um aviso prévio, de um prazo determinado, pelo pagamento de todas as obrigações, entre outras. Portanto, o que é decisivo é que o interessado conserva a possibilidade de retirar-se da totalidade sem pedir o consentimento, liberando-se assim da coação. Como salientado anteriormente, as sanções e o poder instituído pelo direito social não vão, usualmente, além desses limites.

Este direito social pode cumprir, portanto, sua função de integração plenamente, sem recorrer à coação incondicional. A questão que surge versa sobre

de um problema não podem ser enfrentados e contextualizados isoladamente, estando eles interligados e não podendo, portanto, serem compreendidos através de uma análise individual e fragmentada. Para Capra (2004) com a mudança do pensamento mecanicista para o pensamento sistêmico “As propriedades das partes não são propriedades intrínsecas, mas só podem ser entendidas dentro do contexto do todo maior. Desse modo, o pensamento sistêmico é pensamento “contextual”, uma vez que procura explicar as coisas considerando o eu contexto.

a possibilidade do direito social ser suscetível ao acompanhado, em casos especiais, da coação incondicionada e se esta ligação com a coação não deforma o poder social, transformando-o num direito de subordinação (GURVITCH, 2005, p. 31).

Gurvitch (2005, p. 32) é preciso ao afirmar que a única ordem de direito passível de ser sancionada por coação incondicionada é aquela pertencente à ordem estatal, dela não podendo ser subtraída. O Estado é o detentor do monopólio da coação incondicional. A indagação que faz sentido transcorre no sentido de saber se a ordem do direito estatal manifesta-se como uma espécie *sui generis* do direito social ou se opõe a ele como uma ordem de direito de subordinação. A resposta dependerá precisamente dos atributos e da configuração do Estado em questão.

Desse questionamento decorre a necessidade de distinguir profunda e claramente a ordem de estrutura inteiramente democrática da ordem de direito estatal de qualquer outra estrutura não democrática. Ademais, a forma da qual se reveste o poder em uma estrutura democrática estatal não se configura como um poder de dominação, mas, precisamente, atua como pressuposto de integração na comunidade política subjacente. Sua base está assentada sobre o direito social que se desprende desta comunidade e não sobre um direito de subordinação. O fato de que este direito de integração política seja sancionado por uma coação incondicional não o transforma, de maneira alguma, em um direito de subordinação, mas, somente o adéqua em um direito social de espécie *sui generis* que é o Direito Social Condensado, oposto ao direito social puro (GURVITCH, 2005, p. 32).

O direito advindo do Estado antidemocrático, por outro lado, não possui qualquer relação com o direito social, já que pertence ao direito de subordinação. Dessa forma, a coação incondicional contribui sobremaneira para intensificar o elemento de dominação e subordinação, atribuído, frequentemente, de modo equivocado, a toda espécie de Estado, sem diferenciar sua estrutura intrínseca.

Oponiendo rigurosamente la estructura del Estado democrático a la del Estado no democrático, excluimos completamente a este último de la esfera del derecho social e reconocemos el primero como una especie totalmente particular de este derecho: **derecho social condensado**¹², ligado a una coacción incondicional, un derecho netamente distinto del derecho social puro, que dispone sólo de la coacción condicional. (GURVITCH, 2005, p. 33)

¹² Grifo nosso.

A penúltima característica concernente ao direito social refere-se ao fato de que a sua realização se perfaz através de organizações e pressupõe a primazia do direito não organizado sobre o direito organizado, não admitindo outras manifestações, senão, mediante associações de colaboração em grupos igualitários. O direito correspondente à vertente organizada do ser social, segundo Gurvitch (2005, p. 34), não é um verdadeiro direito de integração, se não estiver completamente fundado e permeado pelo direito social não organizado, que se desprende da comunidade objetiva subjacente.

Quando desvinculado dessa base, declarado independente do direito social subjacente que rege a comunidade não organizada, esse direito social organizado perde imediatamente o caráter de direito de integração em uma totalidade. Ao contrário, opõe-se à totalidade como um direito e uma organização de supraordenação, transformando-se, irremediavelmente, em um direito subordinador, substituindo uma associação, antes igualitária, por uma associação de dominação.

Una vez roto el lazo que une la organización con la comunidad objetiva, quedán solo gobernantes que mandan y gobernados que se someten: y el que tiene la fuerza suficiente o uma situación privilegiada a la que se atribuyan los médios para imponer-se, puede entonces aspirar a gobernar. (GURVITCH, 2005, p. 34)

Obstruída a organização do grupo à influência da comunidade subjacente e apartado o direito desta organização de sua raiz, seu objetivo principal de representação da totalidade e de atuação em seu nome não encontra mais qualquer justificativa. É necessário que o direito social da comunidade subjacente comece a permear novamente a organização sobreposta, relacionando-se com sua base objetiva para que a organização comece a perder, ao menos em parte, seu caráter de dominação e subordinação (GURVITCH, 2005, p. 35).

Dessa forma, para que o direito social possa manifestar-se de maneira organizada, a sua vertente desorganizada e subjacente deverá ter primazia sobre o direito da organização. Esta primazia do direito social não-organizado, da mesma forma, não pode se manifestar de modo organizado, a não ser mediante associações de colaboração e cooperação, mas nunca de dominação. É dizer, o direito social possui uma tendência visivelmente igualitária que se opõe a toda estrutura hierárquica da sociedade, consubstanciada na ideia de uma totalidade e por uma ordem de relação não-hierárquica (MORAIS, 2007).

A última característica em análise refere-se ao sujeito a quem se dirige o direito social organizado e que se manifesta, precisamente, na pessoa coletiva complexa. É sabido que a ordem de direito individual e a ordem do direito social se dirigem a sujeitos de estruturas absolutamente diversas. Os sujeitos da ordem do direito individual são, bem como indivíduos isolados, pessoais morais, concebidas como unidades simples, as quais absorvem completamente seus membros, é dizer: o direito de coordenação subsume-se como um direito inter-individual ou entre grupos.

De outra sorte, figuram os sujeitos da ordem do direito social, pois jamais representam unidades simples, mas, sempre, sistemas complexos. O direito social subjetivo é interpretado em diferentes sentidos por outros direitos subjetivos sociais e que podem ser admitidos somente sob a forma de um elemento parcial da combinação destes direitos, de tal sorte que somente seu conjunto, seu “todo” concreto, fornece um verdadeiro “direito social” subjetivo não deformado (GURVITCH, 2005, p. 36).

As pessoas coletivas complexas, às quais se dirige o direito social organizado, se opõem às pessoas jurídicas (unidades simples – sujeitos da ordem do direito individual) como síntese entre uma relação jurídica e um sujeito único, sua estrutura consiste na organização da unidade no interior de uma multiplicidade, cujos membros conservam sua personalidade, de forma parcial, dentro da personalidade total. Gurvitch (2005, p. 37) cita como as confederações e as federações, sejam políticas ou econômicas, as cooperativas e as sociedades por ações como aquelas podem ser consideradas como os exemplos mais destacados de pessoas coletivas complexas. Certamente, há de se apreender os exemplos ao contexto de meados década de 1930, em que pese seu teor essencial não restarem prejudicados contemporaneamente.

Assim, as pessoas coletivas complexas enquanto sujeitos específicos do direito de integração social estão voltadas, em sua atividade jurídica, para sua própria vida interior. Já em seu funcionamento exterior, em suas relações com outros agrupamentos ou indivíduos (não membros desse agrupamento), podem consubstanciar-se como unidades simples ou, ainda, não ser reconhecidas como pessoas diversas da soma de seus membros (GURVITCH, 2005, p. 37). Pode-se resumir esta última característica do direito social inferindo que

Os sujeitos do direito social são as *peças coletivas complexas* que, à diferença dos atores de direito individual ‘sejam indivíduos isolados, sejam pessoas morais, concebidas como unidades simples, absorvem completamente seus membros’ – possuem uma estrutura que consiste na ‘organização da unidade no interior mesmo de uma multiplicidade, da qual os membros conservam sua personalidade parcial no seio da personalidade total’. Ou seja, não há diluição do membro na totalidade do grupo. (MORAIS, 1997, p. 39)

Após a abordagem acerca das características essenciais ao direito social proposto por Gurvitch em suas diversas manifestações e tendo estabelecido uma noção geral de sua ideia, passa-se a abordar a distinção entre as espécies de direito social.

Utilizam-se, então, quatro pontos de vista diversos como estratégia de classificação: a diferenciação normalmente adotada no âmbito geral do direito entre direito subjetivo e objetivo; a distinção entre direito social desorganizado e organizado; sua distinção quanto a sua abrangência, entre direito social particular e comum; e, por fim, as espécies de direito social segundo sua relação com o Estado, o que leva a oposição entre o direito social puro – dividido ainda em independente e submetido à tutela estatal – direito social anexado e Direito Social Condensado na ordem do Estado democrático, cujo conteúdo, por sua não desvinculação total com a ordem estatal, bem como sua inafastabilidade do referencial constitucional, integra o principal objeto de estudo do presente trabalho.

1.5 Classificação e espécies de Direito Social

A primeira abordagem que se faz necessária acerca do direito social diz respeito à clássica diferenciação, no âmbito do direito em geral, entre direito objetivo e subjetivo: enquanto o direito objetivo deve ser entendido como o conjunto de instituições e normas que formam a ordem jurídica, o direito subjetivo pode ser descrito como o conjunto de competências que as normas atribuem aos sujeitos aos quais se dirigem. Direito social objetivo e subjetivo estão de tal forma inseparavelmente ligados um ao outro que pode parecer desnecessário insistir, especialmente no fato de que o direito social, como qualquer outro no âmbito do direito, tem um aspecto subjetivo (GURVITCH, 2005, p. 54)

Os direitos sociais objetivos são mais evidentes e mais numerosos quando se trata de sua vertente organizada do direito social em comparação a quando se

trata de sua vertente não organizada. Toda organização não convertida em uma associação de dominação será, se considerada juridicamente, apenas um sistema múltiplo e complexo de direitos sociais subjetivos, que se interpenetram reciprocamente (GURVITCH, 2005, p. 55).

Não há que se entender por direito subjetivo somente o conjunto de competências atribuídas pela ordem de direito individual, ou seja, incorrer na tendência de identificar o direito subjetivo com o direito subjetivo individual e da noção de direito social com a do direito objetivo. A ordem social objetiva de cada comunidade não organizada atribui, necessariamente, certa quantidade de direitos subjetivos a seus membros, quais sejam os direitos de participação na comunidade, de aderir ou não a ela, direito de sair de forma livre ou de modo limitado, além do direito de atuar, em caso de extrema necessidade, em nome da totalidade não organizada e de fazer valer o seu poder. Todas essas prerrogativas constituem e indicam uma manifestação dos direitos sociais subjetivos que não necessitam da existência de uma forma organizada. Assim, “no existe por tanto derecho objetivo social, ni tampoco derecho objetivo individual, que no distribuyan al mismo tiempo uma cierta cantidad de derechos subjetivos” (GURVITCH, 2005, p. 56).

A segunda diferenciação que se faz necessária dá-se na dicotomia do direito social não-organizado e organizado. Gurvitch (2005, p. 56) refere que há um predomínio do direito subjetivo no âmbito do direito social organizado e que existe uma primazia equivalente do direito objetivo no âmbito do direito social não-organizado. Dessa constatação, extrai-se que o direito social organizado está conectado de forma inseparável ao direito social não-organizado, no qual ele se funda e tem como base. No instante em que o direito social organizado rompe com a dependência e a ligação com o direito social não-organizado, ele deixa de ser um direito de integração, passando a figurar como um direito de subordinação.

[...] o tipo de grupo ao qual está atrelado o direito social é que permitirá a expressão de uma verdadeira ordem social sob forma organizada. Então, é somente através de associações de colaboração e/ou de cooperação não-hierárquicas que se alcançará uma identificação entre aquele direito social formulado pelas camadas inorganizadas e sua consubstanciação sob a forma organizada. (MORAIS, 1997, p. 48)

Para tanto, a diferença entre o direito social objetivo e subjetivo não é inteiramente coincidente com a distinção entre direito social organizado e não-

organizado, mas apenas se entrecruzam parcialmente. Só se pode afirmar que existe uma tendência mais objetiva da vertente não organizada e de uma tendência subjetiva da vertente organizada desse direito. Constatadas essas tendências, que certamente têm sua importância, pois inferem uma primazia essencial do direito social não-organizado ao organizado, Gurvitch (2005, p. 57) admite que tais tendências corroboram a favor da existência de uma “objetividade jurídica”, intimamente ligada à ideia de direito social.

Contudo, tal objetividade jurídica não tem relação alguma com a negação do direito subjetivo reconhecido por ele, pois a força obrigatória de todo direito não se fundamenta sobre a vontade, sobre o mandato ou sobre uma organização, mas sobretudo, se funda sobre autoridades absolutamente impersonificáveis e objetivas, que não admitem nenhuma expressão organizada (GURVITCH, 2005, p. 57).

O terceiro aspecto distintivo do direito social se refere à espécie do tipo particular e comum. O direito social comum coloca o processo de integração ao serviço do interesse geral e prevalece juridicamente sobre o direito particular com a mesma necessidade que o direito desorganizado prevalece sobre o organizado.

[...] o direito social comum direciona sua atenção a um interesse genérico, global, enquanto o direito social particular se refere a uma parcela de interesses que dizem respeito a uma fatia, um segmento, da comunidade. Percebe-se que, nesta situação, há uma predominância do direito social comum por sobre o particular. (MORAIS, 1997, p. 49)

Gurvitch (2005) exemplifica que se o direito social de um sindicato profissional, inclusive o da Confederação Geral de Trabalho (que reflete, em grande medida, o direito social particularista de todos os produtores reunidos), entra em conflito com o direito social comum, correspondente à comunidade nacional econômica em sua totalidade (abarcando não somente os produtores, mas também os consumidores), não haverá dúvidas de que o direito social sindical deve inclinar-se face ao direito social comum em questão. Assim é o caso do direito internacional que emana da comunidade supraestatal: um direito social comum, puro e independente, que possibilita a integração da totalidade internacional. Assim sendo, as ordens de direito nacionais internas, especialmente as ordens estatais, apenas representam frente a esse direito internacional, ordens de direito social particularista.

Gurvitch (2005, p. 59-60) afirma ainda existir uma escala de primazias do direito social, resultantes do confronto de duas primazias: a do direito social

desorganizado sobre o organizado e do direito social comum sobre o particularista. Dessa forma, o direito social comum, não-organizado da comunidade internacional supra-funcional figura no ápice desta escala, representando não só o triunfo do direito social comum e não-organizado, mas, inclusive, do direito social puro e independente sobre todas as outras manifestações de direito social.

Assim, confrontando o direito social com o direito estatal temos, de um lado, a tradição do individualismo jurídico, vinculado ao direito estatal, como ordem normativa de coordenação, atrelada à ideia de exclusão (sociabilidade bilateral de indivíduos em oposição) e, de outro lado, ordem social integrativa do direito social, onde os interesses se igualam e se compõem. A força obrigatória da normatividade reside na participação imediata no todo. A autoridade do grupo encontra-se em cada um dos seus membros (MORAIS, 1997).

	Direito individual	Direito social
Obrigatoriedade	Busca indiretamente na totalidade, através de fatos normativos da relação com o outro.	Retira sua obrigatoriedade diretamente do fato normativo de uma totalidade existente.
Sociabilidade	Incorpora uma sociabilidade repulsiva ou não-sociabilidade, calcada na exclusão.	Tem uma sociabilidade relativa, congregacional, baseada na comunhão, na integração.
Valores morais	Acentua valores individuais	Incorpora valores comunitários.

FIGURA 2: Quadro comparativo entre Direito Estatal *versus* Direito Social.
 FONTE: MORAIS, 2007.

Por fim, Gurvitch (2005) afirma que algumas das importantes e complexas questões que a teoria jurídica apresenta vinculam-se precisamente à relação entre quatro espécies de direito social, onde a especificação dos fenômenos que se agrupam dentro de cada uma destas variedades permite calibrar todo o âmbito de problemas, os quais a ideia de direito social estaria apta a solucionar, sendo elas: o direito social puro e independente; direito social puro, mas submetido à tutela

estatal; direito social anexado; e, Direito Social Condensado na ordem do estado democrático. Cada uma das espécies será tratada de forma mais detalhada nos tópicos seguintes.

1.5.1 Direito Social Puro e Independente

O direito social será puro quando realizar a função de integração daqueles membros em uma dada totalidade sem necessidade de uso de uma coação incondicionada, ou seja, quando extrair sua obrigatoriedade da própria comunidade em que lhe dá gênese. Este direito social será independente quando, em caso de colisão com a ordem jurídica estatal, tiver prevalência ou equivalência sobre ela. Para atingir o status de independência, o direito social puro deve ser investido na condição de direito social comum, não particularista ou específico (GURVITCH, 2005, p. 60).

Como exemplos de manifestações do direito social puro e independente, pode-se, precipuamente, citar o caso do direito internacional, desde que se reconheceu sua força obrigatória, que se manifesta independentemente da vontade dos Estados que o integram e que dele não podem simplesmente desligar-se de sua força normativa. Tal é a razão que se reconhece o direito internacional como o direito interno de um grande corpo social ou como o direito estatutário da comunidade internacional. Outra manifestação do direito social puro e independente pode ser vislumbrada no direito de integração da comunidade nacional não organizada e supra-funcional, ou seja, que está acima das comunidades funcionais ou de organizações da vida social (GURVITCH, 2005, p. 60).

A teoria do direito consuetudinário da comunidade nacional, que se encontra numa posição de supremacia sobre o direito estatal, em alguns países, coaduna-se com a teoria da supremacia do direito do âmbito social não-organizado sobre o direito estatal monista. Apenas com base na ideia do direito social puro e independente, se torna factível explicar adequadamente o fato incontestado da supremacia do direito não-organizado da comunidade nacional primário sobre todas as outras ordens jurídicas que ela engloba, especialmente a ordem jurídica estatal (GURVITCH, 2005, p. 60).

Também através de certas instituições do direito trabalhista se manifesta o direito social puro e independente, especialmente através do instituto do acordo

coletivo de trabalho. Gurvitch (2005) refere que não há como construir juridicamente este instituto sem pressupor a realidade de uma comunidade industrial preexistente integrada por meio de seu próprio direito. Os acordos coletivos apenas formulam um direito preexistente e as partes contratantes atuam na qualidade de representantes de uma totalidade subjacente. Assim

El derecho social de los convenios colectivos de trabajo es indiscutiblemente un derecho social puro, ya que integra unos miembros em una totalidad e instituye un poder social que sólo dispone de la coacción incondicional; además se afirma muy a menudo como um derecho social completamente *independiente*, ya que surge en muchos casos sin estar previsto por el derecho estatal, y entra en conflicto con el derecho puramente contractual de los códigos civiles. Así, el derecho de los convenios colectivos no sólo se muestra equivalente en relación al derecho oficial, sino que a veces lo supera. (GURVITCH, 2005, p. 66)

Sequer é possível efetuar a distinção entre direito público e privado ao caso: é aplicável aos acordos coletivos de trabalho, ao passo que se torna também impraticável a compreensão da estrutura desta realidade jurídica sem recorrer à noção de direito social puro e independente.

O direito eclesiástico - que é apenas parte do dito Direito Canônico – é outro emblemático exemplo caracterizador do direito social puro e independente¹³, o qual não se aplica a distinção entre público e privado e, por ter a sua disposição somente meios de coação condicional, sendo sua sanção máxima desvelada pela pena de excomunhão da igreja e limitando-se as suas penas impostas na possibilidade de livre saída daquela comunidade, denotando seu caráter de pureza do direito. A independência refere-se ao fato de sua regulamentação jurídica estar restrita ao interior da vida daquela comunidade e extrair sua força obrigatória pela comunhão de seus membros, ou seja, reveste-se de um caráter de associação igualitária de colaboração e está fundada sob a comunidade de seus crentes (GURVITCH, 2005).

1.5.2 Direito Social Puro, mas submetido à tutela estatal

¹³ Cabe salientar que o direito eclesiástico antes do século XVII não pertencia à ordem do direito social puro e independente pelo fato de não existir a separação entre Estado e Igreja. Na Idade Média a sanção era incondicionada e a excomunhão significava, em muitos casos, a execução do excomungado pelos representantes daquele poder secular a serviço da Inquisição. É a partir do Calvinismo, no Século XVII, que a transição para o direito social puro e independente, com a separação entre Estado e Igreja se perfaz completamente.

O direito social considerado puro é aquele que integra os membros de uma totalidade da qual se desprende e institui um poder social sem necessidade de uso da coação incondicional. Este direito estará submetido à tutela do direito estatal quando, ao entrar em conflito ou choque com a ordem do direito estatal, inclinar-se e ceder ante a ele. É o que ocorre na oposição entre o direito privado e o direito público, onde o direito social puro de âmbito de direito privado é dependente da ordem do direito estatal, cabendo aplicação desta prevalência.

Tal é o motivo de que o direito social puro, ainda que situado dentro do direito privado, continuar sendo uma modalidade do “direito da sociedade”, que se encontra em posição de oposição ao Estado, colaborando com o direito social puro e independente sob as limitações da ordem estatal e na formação de contrapesos jurídicos em face dele (GURVITCH, 2005, p. 70). É graças a essa submissão que, em uma série de casos, a liberdade e a segurança individual podem ser garantidas contra o abuso do poder social em determinados grupos, onde esse direito se manifesta de forma particularmente intensa.

1.5.3 Direito Social Anexado

O direito social anexado ao Estado, mas que mantém sua autonomia, ocupa um lugar intermediário entre o direito social puro e o Direito Social Condensado, como ordem de direito estatal, conservando certa autonomia e força obrigacional, não se fundando apenas na delegação do Estado. Não se trata de uma simples submissão em caso de conflito, como é o caso do direito social puro quando precisa ser enquadrado no direito privado (GURVITCH, 2005, p. 77).

O direito social autônomo anexado pelo Estado não é um direito da “sociedade”, pois, no choque entre a “sociedade” e o “Estado”, ele se posiciona ao lado do Estado e não ao lado da sociedade. Contudo, isso não impede que faça valer, no interior da ordem do direito estatal, certas tendências descentralizadoras, estabelecendo assim, de forma intrínseca, alguns equilíbrios nesta ordem. A autonomia do direito social anexado pelo Estado desvela-se muito restrita e incomparavelmente menos eficaz que o direito social puro (GURVITCH, 2005, p. 79).

O grau dessa autonomia do direito social anexado pelo Estado pode ser diferente, segundo a intensidade da anexação, intensidade essa cujas variações geram uma diferenciação das espécies de direito social anexado. A sua eficácia e

autonomia do direito social anexado depende também do regime de Estado, em cuja ordem ele está incorporado. Esta autonomia pode ser observada num regime verdadeiramente democrático. O direito social anexado, mesmo na mais perfeita democracia, se mantém prisioneiro da coação incondicionada do Estado, ao qual está forçado a servir. Por outro lado, para poder conceber a realidade mesma do direito social anexado, mas autônomo, é indispensável recorrer à ideia de direito social puro. O direito anexado representa uma pequena parte do direito social puro. Sem esta ideia não se poderia jamais distinguir um estabelecimento público autônomo de um órgão do Estado que dispõe de um poder delegado (GURVITCH, 2005, p. 80).

[...] a ideia de um direito social anexado, mesmo que dotado de autonomia, não resolve o problema da socialização sem estatização, pois se trata de um direito social a serviço da ordem estatal. Dessa forma, não se vislumbra uma redefinição e qualificação das relações entre sociedade e o espaço público estatal a partir da concretização do princípio da cidadania, mantendo, isso sim, as estratégias tradicionais de obtenção do consenso. (HERMANY, 2007, p. 89)

Na maior parte dos casos, a anexação do direito social se manifesta em caráter involuntário da organização, sendo obrigatório ingressar e de lá não podendo sair por vontade própria. Pode-se vislumbrar esta prática, por exemplo, nas intervenções forçadas do Estado em organizações espontâneas como as trabalhistas, sob a forma da instituição da sindicalização obrigatória, o que decorre, sem dúvida, em uma forma de intervenção do Estado (GURVITCH, 2005, p. 82). Com estas práticas de anexação de organizações de direito social o estado contribui para a criação de uma ordem de corpos intermediários aptos a funcionar como tampão para evitar choques mais bruscos entre as organizações extra-estatais e independentes que estão em formação – inclusive de movimentos sociais – e que começam a figurar como contrapesos jurídicos face ao Estado.

1.5.4 O Direito Social Condensado

A necessidade de compreensão da teoria que envolve o direito social e seus pressupostos teóricos é fundamentada em decorrência da possibilidade de compatibilização da ideia de um controle social das decisões públicas, sem,

contudo, superar a estrutura político-administrativa estabelecida, mas dar um novo enfoque ao uso do poder estatal, integrando-o a uma pluralidade jurídica até pouco tempo ignorada. Esse poder se baseava unicamente na produção legislativa oficial, olvidando um conjunto de ordens jurídicas que coabitam a sociedade.

O diferencial principal da ordem estatal não se resume absolutamente a sua supremacia sobre as outras ordens jurídicas – a saber, a soberania jurídica – e, tampouco, à competência das competências, dita soberania absoluta, mas, unicamente, ao monopólio da coação incondicionada dentro dos limites da própria competência do Estado, correspondente a sua soberania política relativa. Para tanto, os limites da competência do Estado, incluindo a possibilidade de exercer o monopólio da coação incondicionada, estão determinados por outras ordens jurídicas de carácter não estatal que, em caso de conflito, têm a supremacia do direito estatal (GURVITCH, 2005, p. 92).

Uma destas ordens de direito não estatal refere-se à ordem do direito internacional, que estabelece as condições a que deve atender um Estado para ser reconhecido como tal, as delimitações que terá seu âmbito próprio de atuação e o que pertence à competência das organizações internacionais superpostas. De outro lado, o direito social puro e independente que emana da comunidade nacional supra-funcional e primária é a outra ordem não estatal que determina, para Gurvitch, as competências da comunidade política nacional, englobando a superestrutura jurídica organizada, que se desvela no próprio Estado Nacional, em suas relações com a comunidade subjacente e com as outras ordens e grupos coletivos existentes (religiosos, culturais, étnicos). (GURVITCH, 2005)

O monopólio da coação incondicionada e os limites da competência do Estado são determinados, portanto, em face de duas ordens não estatais: o direito internacional e o direito social puro e independente da comunidade nacional. Tais ordens, não possuem o atributo da coação incondicionada e não prescindem, necessariamente, uma forma organizada. Assim, “su soberanía es lo que se ha llamado La pura ‘soberanía del derecho’”. Por outro lado, “el Estado sometido a la soberanía del derecho de los órdenes no estatales, que prevalecen sobre él, posee únicamente el monopolio de la coacción incondicionada para ejercer las competencias que le son atribuídas”. (GURVITCH, 2005, p. 93)

A ordem do direito estatal só se constituirá em uma espécie de direito de integração social quando se tratar de um estado verdadeiramente democrático, ou

seja, se o direito constitucional do Estado estiver permeado pelo direito social que se desprende da comunidade política subjacente. Faz-se referência a um direito social, que será condensado na ordem do direito estatal em razão de sua ligação com a coação incondicionada do Estado. Se do contrário, esta permeabilidade não encontra resguardo, se a organização do Estado é mais ou menos independente da infraestrutura da comunidade política subjacente, tratar-se-á então de uma ordem de subordinação e não de um direito social.

En síntesis, cuando el Estado es una asociación igualitaria de colaboración, el monopolio de coacción incondicionada, que le pertenece, no impide a su orden jurídico afirmarse como una especie particular del derecho social. Al contrario, cuando el Estado es una asociación jerárquica de dominación, su relación con la coacción incondicionada subraya de forma especial el carácter subordinador de su orden jurídico. (GURVITCH, 2005, p. 94)

O fato do direito Estatal estar revestido de uma forma democrática pertencente à ordem do direito social não exime o Estado, sob qualquer aspecto, das tendências estatistas. A ordem do direito Estatal situa-se no interior de um âmbito do direito muito mais vasto e amplo, o que implica, necessariamente, em estudar a estrutura jurídica do estado democrático situada no contexto da teoria geral do direito social e da qual é só uma das múltiplas manifestações.

Ademais, apenas levando em consideração as tendências opostas e reciprocamente limitativas do direito social puro e do Direito Social Condensado, que se apoiam sobre a oposição tão importante entre a sociedade e o Estado é que se consegue compreender os limites reais do direito Estatal. Toda uma gama de problemas “primordiales del derecho constitucional del Estado democrático sólo pueden ser verdaderamente resueltos si recurrimos a la idea del derecho social, que se manifiesta aquí en su forma condensada”. (GURVITCH, 2005, p. 93)

Gurvitch (2007, p. 97) afirma que o princípio da soberania popular, como soberania do direito social da comunidade política subjacente sobre sua própria organização não predetermina em absoluto os processos técnicos do estabelecimento dos corpos eleitorais e das assembleias representativas, e, da mesma maneira, não importa a forma pela qual se dará determinada eleição ou representação. Importa, contudo, que essas técnicas estejam dirigidas a um único objetivo: abrir os órgãos de Estado à penetração mais profunda possível pelo direito e pelo espírito da comunidade política subjacente, vincular tão íntima e intensamente

quanto possível a organização do Estado a esta infraestrutura objetiva, que é suporte da soberania popular.

Gurvitch (2005, p. 102) cita ainda o problema do estado federal com relação ao direito social, pois a essência do Estado federal, em qualquer espécie de federação – incluindo as confederações – não pode ser reduzida a uma situação puramente coordenativa nem tampouco a uma situação de absorção dentro de uma unidade.

Representa, precisamente, uma situação de integração entre os membros de uma totalidade, que, no caso da federação, está assentada sobre o estabelecimento de uma equivalência concisa entre os membros integrados – representados pelos estados membros – e o todo, representado pela própria federação.

Nesse caso, o monopólio da coação incondicionada ou, em outros termos, a soberania política relativa, que caracteriza o estado federal tanto como qualquer outro Estado, é atribuído igualmente, distribuído em partes iguais aos Estados membros e ao Estado central formando, juntos, o Estado Federal como pessoa coletiva complexa (GURVITCH, 2005, p. 102). A unidade desta última revela que não se trata em absoluto de uma partição do monopólio ou da soberania, mas, precisamente, de uma posse em comum por anexação recíproca, posse “pro indiviso” unificada pela personalidade coletiva complexa.

O Direito Social Condensado referido por Gurvitch, ao mesmo tempo em que reconhece a existência de outros atores, além do ente Estatal, permite que se mantenham importantes aspectos inerentes ao espaço público estatal, sem se desvincular dele, especialmente no que se refere à observância aos princípios fundamentais constitucionais que servem como mínimo referencial e deverá balizar as deliberações do corpo social. Desrespeitado esse mínimo referencial, o Direito Social Condensado correria o risco de tornar-se uma ditadura da maioria (HERMANY, 2007). Assim, a ideia de Direito Social Condensado enquanto estratégia de participação social nas decisões públicas:

[...] consiste em estabelecer um vínculo direto e imediato entre *democracia* e *direito social*, para dizer que, mesmo uma ordem normativa sancionada pode ser tida como uma ordem de integração social na medida em que esta normatividade seja penetrada pelo direito social da comunidade subjacente, através da incorporação pela ordem jurídica estatal das regras produzidas pelos grupos sociais, ou seja, o direito social que seria puro e independente

se se mantivesse alheio ao ordenamento do Estado é transmutado em ordem jurídica deste, mantendo, contudo, sua origem. Esta normatividade democrática não se alienaria de sua base social, o que lhe permitiria configurar um modelo de integração social próprio, mesmo como um direito social organizado. (MORAIS, 1997, p. 64)

A característica do Direito Social Condensado deve ser a ampliação dos intérpretes¹⁴ da constituição, redefinindo as relações entre Estado e Sociedade e propiciando um envolvimento mais substancial entre a cidadania e as decisões públicas, jamais podendo esse conjunto de intérpretes, consubstanciados no Direito Social Condensado, afastar-se do norte constitucional. Destarte, a insuficiência da estrutura contemporânea estatal traduz um importante contexto sociopolítico, capaz de maximizar um novo espaço: um Direito Social Condensado a partir do espaço local (HERMANY, 2007).

A integração entre uma ordem democrática Estatal e o Direito Social Condensado dentro de um mesmo espaço de poder pode ser visualizada na figura abaixo, que consubstancia também a dispersão das outras espécies de Direito Social referidas por Gurvitch e sua aproximação ou distância da ordem estatal (representado pela esfera à direita da figura). É possível vislumbrar também que o espaço que corresponde ao Estado não democrático é o único que não possui intersecções com nenhuma espécie de Direito Social pela sua total incompatibilidade com a lógica do direito de integração da comunidade e o caráter de subordinação de um estado totalitário.

¹⁴ A questão da ampliação dos intérpretes constitucionais, para além do formalismo jurídico constitucional, englobando o círculo de pré-intérpretes constitucionais, que se consubstancia na própria sociedade que vive o direito dia a dia, será tratada no segundo capítulo do trabalho.



FIGURA 3: Espécies de direito social esquematizado.

FONTE: Gurvitch, 2005, p. 165.

O esquema acima (Figura 3) mostra a disposição das espécies de direito social, tratadas por Gurvitch, e sua maior ou menor proximidade da ordem estatal. É possível visualizar que inexistente qualquer espécie de direito social no conjunto referente ao Estado não democrático, ao passo que o Direito Social Condensado figura justamente na área de abrangência da ordem estatal, o que demonstra sua coexistência, em tese, na ordem jurídica de um Estado Constitucional efetivamente democrático:

2 A INTERAÇÃO ENTRE SOCIEDADE E ESTADO COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO SOCIAL CONDENSADO

2.1 Premissas introdutórias

Na passagem do Estado de Direito para o Estado constitucional, observa-se uma ruptura deste último em relação ao primeiro, no que tange a diversos pressupostos. São eles: o viés heterogêneo do ordenamento em oposição à homogeneidade do Estado de Direito clássico ligado ao positivismo científico; o protagonismo da Constituição e seu status normativo superior ao revés da supremacia da lei; e, substancialmente, a necessidade de afirmação de valores e princípios que permitam, para além dos aspectos formais, conferir um aspecto material ao direito. Estas características denotam a passagem do Estado de direito clássico para o Estado constitucional e (neo)constitucional (REBOUÇAS, 2012, p. 126). No entanto, essa transição, sob o ponto de vista democrático, também se apresenta eivada de incongruências:

[...] não é menos perigosa e autoritária a perspectiva (neo)constitucional de confiar na racionalidade iluminada de um juiz capaz de encontrar a resposta certa, proporcional e verdadeira para cada caso concreto, baseando-se na polissemia valorativa dos princípios. Mais uma vez, deslocamos o poder mas não o partilhamos. E sem pulverização de poder não há democracia. (REBOUÇAS, 2012, p. 129).

A ideia fundante do (neo)constitucionalismo é (re)atrelar o direito à moral com objetivo de legitimar as decisões dos juízes. Ainda que os juízes decidam, concretizem e criem o direito, eles não o fazem por meio de valores dissociados da Constituição, e, por conseguinte, suas decisões tem como base o próprio direito. (REBOUÇAS, 2012, p. 129) Nessa lógica, não há permeabilidade dos fatos sociais, nem participação social na atividade jurisdicional, pois, ainda que a direção do (neo)constitucionalismo seja a Constituição, ela se encerra em um sistema fechado que não vai além do direito estabelecido. Assim, permanece a tensão entre direito e democracia, pois o foco é justamente acerca dos pressupostos da legitimidade da atividade jurisdicional.

Um dos desafios contemporâneos do Estado consiste no estabelecimento de controles à atividade decisional que possam reaproximar o direito e a democracia. Portanto, a democracia que se busca “como referência para tencionar com o modelo

jurisdicional do sistema jurídico é uma democracia participativa, valorizadora dos espaços públicos, dos momentos coletivos, propulsora de emancipação social” (REBOUÇAS, 2012, p. 131). Corroborando com a teoria do Direito Social Condensado de Gurvitch, o direito não deve, portanto, ser produzido exclusivamente pelo Estado, mas deve se consubstanciar em um sistema aberto e permeável às manifestações dos fatos sociais, desde que inseridos na lógica dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Mais do que isso, a interpretação desse direito – pois interpretar também é criar direito – não deve se resumir em atividade hermética da jurisdição estatal, tendo como direção apenas o próprio direito.

Ratificando a ideia de inexistência da neutralidade do direito, Santos (2008, p. 06) afirma que “a posição eminentemente política do liberalismo de reduzir o direito ao Estado foi a primeira condição da despolitização do direito”. A apatia política gerada a partir dessa despolitização propicia e endossa os argumentos do tecnicismo jurídico, da competência e da racionalidade, onde a teoria do (neo)constitucionalismo, que visa limitar na figura do juiz estas qualidades, avança.

Se o (neo)constitucionalismo é uma tentativa de responder criativamente a um positivismo superado, esta resposta afasta ainda mais direito e democracia, porque substitui, como critério de legitimação, uma representatividade política apenas formal por uma moral individual aleatória, quando não elitista, considerando a formação e classe social mais ou menos definidas dos juízes. (REBOUÇAS, 2012, p. 132)

Ao analisar a participação política dos cidadãos como elemento democrático, não é difícil perceber o alinhamento do Estado de direito com base jurídica monista, sob os pressupostos da supremacia da lei e da abstração normativa com o modelo hegemônico de democracia representativa adotado pelo liberalismo. É justamente com base no elemento democrático da participação, como alternativa de resgate da legitimidade na condução coletiva das sociedades comprometidas com igualdade e liberdade, que se torna imperioso repensar e dimensionar a atividade jurisdicional. (REBOUÇAS, 2012, p. 133).

Não só a democratização da atividade jurisdicional se faz necessária, mas, sobretudo, uma reinvenção da forma de relacionamento entre Estado e sociedade. Isso deve pautar tanto àquela atividade que se encontra no ápice normativo de um Estado, no qual se encontra a Constituição de um Estado democrático, implicando a abertura do processo de interpretação constitucional – a hermenêutica constitucional

– quanto às diversas manifestações pluralistas da sociedade, as quais devem atuar como pré-intérpretes. Não obstante essa mudança de postura institucional se faça necessária no topo da estrutura político-normativa, deve-se atentar também para as bases do Estado, sobretudo nas relações entre o cidadão e poder público no âmbito local, onde a participação social pode exercer influência significativa no sentido de (re)construir o espaço público, para que esse possa ser permeado pelos diversos atores que compõem uma sociedade democrática.

2.2 A sociedade como pré-intérprete da Constituição no Estado democrático

O Direito Social Condensado, no contexto da ordem constitucional democrática, faculta diversas formas de autorregulação social e um protagonismo efetivo dos atores sociais no processo de elaboração das decisões públicas (entre essas decisões, pode-se falar na formulação de políticas públicas, desde a criação até o processo final de implementação e avaliação). Ampliando-se, assim, a comunidade de atores e intérpretes que buscam a efetivação de valores e princípios constitucionais.

Essa ampliação de intérpretes é, inclusive, referida por Peter Häberle¹⁵, ao propor a adoção de uma nova hermenêutica constitucional que seja coadunada à sociedade pluralista, a qual denominou como “sociedade aberta”. Sustentando a tese de que como a Constituição exerce um papel fundamental para o Estado e a sociedade, todo aquele que vive a constituição, consubstancia-se como um legítimo intérprete dela.

Leal (2007, p. 115) refere que a Constituição, para Häberle, pode ser vislumbrada sob uma perspectiva cultural, enquanto elemento vivo e “resultante das interações que o envolve”. Portanto, o direito se afiguraria como produto e causa cultural ao mesmo tempo, condicionando e influenciando essa causa cultural, mas, sendo também diretamente influenciada por ela no que se refere ao processo de interpretação. A constituição reflete, assim, a realidade e constitui essa mesma realidade figurando como sua fonte originária.

¹⁵ A obra de Häberle (1997) tomada como base nesse capítulo é a “*Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*”.

Häberle (1997) aduz ainda que a interpretação constitucional dos juízes, embora importante, não é e nem deve ser a única interpretação, tendo em vista que os cidadãos, os grupos de interesse, os órgãos de Estado, a opinião pública, constituem forças capazes de atuar como intérpretes, ou, ao menos como pré-intérpretes¹⁶ do mosaico normativo constitucional. Ao referir que a interpretação de um ato normativo não é nada além de sua adequação no tempo ou sua integração na realidade pública, Häberle reconhece que a norma não é uma decisão prévia ou perfectibilizada, mas pressupõe a indagação acerca dos participantes no seu desenvolvimento funcional sobre as forças ativas da *Law in Public Action*¹⁷. Disso decorre que a ampliação do círculo de intérpretes constituiria uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação.

A Constituição se converte, então, em ordem jurídica fundamental de um processo livre e aberto, sendo que, enquanto tal, ela mesma se transmuta em um *processo* (permanente), o que faz com que o Direito Constitucional passe a se configurar como sendo o direito público, aberto por excelência. [...] Nessa perspectiva, a Constituição é vista como uma *res publica*, como uma tarefa que diz respeito a todos e a cada um, abrindo-se espaço, assim, para a noção de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, expressão que dá título a um de seus textos mais conhecidos e que pode ser traduzida pela ideia de que ou a Constituição do pluralismo é uma obra, um trabalho de *todos*, indistintamente, ou ela absolutamente não é nada. (LEAL, 2007, p. 115-116)

Dessa forma, o processo constitucional passa a figurar como parte do direito de participação democrática. Tal proposta conduz a ideia de democratização da interpretação constitucional, a qual Häberle (1997, p. 13) denominou como hermenêutica constitucional da sociedade aberta, que se coaduna, em linhas gerais, com a ideia de Direito Social Condensado proposto por Gurvitch, o qual propõe a construção permanente do direito pela própria sociedade no Estado democrático constitucional, onde, o direito produzido pela comunidade subjacente consegue permear a ordem jurídica estatal. Esta permeabilidade entre a ordem social e a ordem estatal é que deve se manter aberta e dinâmica constantemente, refutando a exclusividade do Estado na produção e interpretação normativa, bem como deve estabelecer uma relação de cognoscibilidade com o pluralismo jurídico existente.

Assim, é possível abstrair que as forças fáticas, quaisquer que sejam, contribuem e são relevantes, de certo modo, para a interpretação constitucional. Ao

¹⁶ *Vorinterpreteten* é a expressão utilizada pelo autor alemão para designar o termo “pré-intérprete”.

¹⁷ Lei na ação pública

passo que a restrição desse rol de intérpretes acarretaria em uma diminuição na tarefa interpretativa, bem como na criação de uma ilusão, inapta de se concretizar de modo efetivo. Isso encontra fundamento no fato de que no Estado Democrático, a legitimidade dos atores também deve ser alçada à perspectiva democrática, pois, o desenvolvimento da democracia não se dá sob pressupostos meramente formais, mas, de modo constante, diário, tanto na política quanto na práxis. É a partir desse raciocínio que se depreende que a supremacia do povo se desenvolve para além do dia do sufrágio, a interpretação figura como um desses espaços genuínos de exercício democrático, pois, “na democracia, o cidadão é intérprete da Constituição!” (LEAL, 2007, p. 118).

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HÄBERLE, 1997, p. 15)

A tese de Häberle que propõe a passagem de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta¹⁸ implica admitir que o processo de interpretação da Constituição abarca atores potencialmente vinculados como órgãos estatais, atores sociais, grupos de interesse e cidadãos, não sendo possível estabelecer um rol predeterminado e fechado de intérpretes. Contudo, até o momento, apenas os intérpretes jurídicos que estão intrinsecamente ligados às suas instituições e os participantes formais do processo constitucional têm conseguido participar desse exercício hermenêutico, desvelando um viés fechado da sociedade de intérpretes. Com o intuito de romper com essa exclusividade, Häberle (1997, p. 13) afirma que “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”.

O conceito de interpretação, do ponto de vista jurídico, pode ser apreendido como a atividade que dá explicitação de significado e volta-se à compreensão de uma determinada norma, de forma consciente e intencional. No entanto, no intuito

¹⁸ “*Von der geschlossenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten zur Verfassungsinterpretation durch und für die offene Gesellschaft*” é o termo para a expressão “de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta” (Häberle, 1997, p. 12-13)

de adequar uma pesquisa ou uma investigação a um ponto de vista mais realista, faz-se necessário a utilização de um conceito mais amplo de hermenêutica, que contemple os grupos sociais, os cidadãos, a opinião pública, o sistema público e os órgãos institucionalizados, visto que esses atuam como intérpretes constitucionais em sentido amplo, como forças produtivas de interpretação (HÄBERLE, 1997).

Ainda que permaneça incólume a responsabilidade da jurisdição constitucional de prestar a última palavra acerca da interpretação (atuando como última *ratio*), os intérpretes constitucionais em sentido *lato* atuarão claramente como pré-intérpretes. Assim, “a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas” (HÄBERLE, 1997, p. 14).

O que se depreende é que a interpretação constitucional não figura como evento exclusivamente estatal, tanto do ponto de vista formal quanto material. Toda comunidade política tem, potencialmente, acesso ao processo constitucional, o próprio cidadão que formula um recurso constitucional atua como intérprete da constituição, tanto quanto aqueles legitimados expressamente para propor ações constitucionais de controle abstrato¹⁹. Assim, todo intérprete é orientado tanto pela teoria quanto pela práxis, contudo, essa práxis não é exclusivamente configurada pelos intérpretes formais e oficiais do plano constitucional. Ademais, não há que se olvidar que, mesmo diante da vinculação judicial à lei e à independência funcional dos juízes, o juiz interpreta a Constituição em uma dada realidade e dentro da esfera pública (HÄBERLE, 1997).

¹⁹ No Brasil, os legitimados propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade são regulamentados pelo Artigo 103 da CF. São eles: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Portugal não difere substancialmente no que tange ao controle de constitucionalidade abstrato, o rol de legitimados vem expresso no artigo 281º número 2: “O Presidente da República; O Presidente da Assembleia da República; O Primeiro-Ministro; O Provedor de Justiça; O Procurador-Geral da República; Um décimo dos Deputados à Assembleia da República; g) Os Representantes da República, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respectiva Assembleia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto”.

Quanto maior for a amplitude interpretativa da Constituição, tanto maior deve ser o âmbito dos atores que dela devem participar. A constituição não perde sua unidade com a interpretação pluralista, pois sua unidade surge “da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes” (HÄBERLE, 1997, p. 32). Nesse contexto, a legitimação das forças pluralistas dispersas na sociedade concentra-se no fato destas representarem uma parte considerável da realidade e da publicidade da Constituição, não devendo ser considerados como meros fatos brutos, mas como partes integrantes, mesmo que de forma indireta, na tarefa de interpretação constitucional.

Uma constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (Öffentlichkeit), dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos. (HÄBERLE, 1997, p. 33)

Deflui-se disso que a hermenêutica constitucional não deve estar restrita aos intérpretes institucionalizados pelo Estado, sem estar coadunado com a realidade social. A adoção de um modelo hermenêutico limitado mitigaria o alcance das normas interpretadas. A Constituição deve ser um reflexo da realidade pública. Contudo, sabe-se que os cidadãos em geral e os grupos de interesse não possuem legitimação democrática formal para atuarem como intérpretes constitucionais no sentido estrito. Sabe-se, no entanto, que a realidade democrática não se exaure no plano formal, na delegação de responsabilidade do povo para as instituições estatais, por via do sufrágio. Ao contrário, Häberle (1997, p 36) afirma que em uma sociedade de tipo aberta, a democracia se perfaz por meio de formas qualificadas de mediação do processo público e pluralista da política e da atividade cotidiana, essencialmente pela realização dos Direitos Fundamentais.

A democracia se desenrola justamente diante da contradição de alternativas, soluções, carências e, principalmente, da miscelânea científica sobre demandas constitucionais, não podendo abster-se de dar uma resposta e não devendo existir um dirigente específico. Essencial distinção se perfaz necessária acerca do vocábulo “povo”:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que

se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito de cidadania [...] os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (Beteiligtenkreis). (HÄBERLE, 1997, p. 37)

Importa ressaltar, no entanto, que o sentido de povo não tem relação com a democracia popular referida por Rousseau, mas, sobretudo, deve-se buscar a democracia dos cidadãos. Essencialmente, a democracia é composta pela associação dos cidadãos e está indissociavelmente mais próxima da lógica dos direitos fundamentais do que a democracia popular, na qual a figura do Povo apenas toma o lugar do soberano. A democracia pluralista é aquela onde a cidadania, assentada nas liberdades fundamentais, consubstancia-se como parâmetro para a Constituição Democrática. Na mesma linha, Hermany (1997, p 90) refere que “o texto constitucional, forte em seus princípios, constitui-se, indubitavelmente, no referencial interpretativo, a partir da qual se verifica uma abertura da atividade hermenêutica para além da esfera jurisdicional”. Assim, pode-se afirmar que a preocupação de Häberle, apesar de não ser sua preocupação direta, pode ser apreendida pelo fato de que a jurisdição constitucional:

Reside na noção de abertura, entendida como sendo o princípio (jurídico, de direito, e não unicamente político) da Constituição, como a forma por meio da qual a democracia pode persistir – não como supremacia do povo (*Herrschaft des Volkes*) – mas como a participação do povo (*Demokratie durch das Volkes*). Em meio a este processo, marcado pela publicidade, é que o desenvolvimento da Constituição se converte, então, de simples *Law in action*, em *law in public action*. (LEAL, 2007, p. 128)

Portanto, a emergência de um pluralismo jurídico deve estar conformada com o mínimo referencial constitucional, sem recair na ideia de politização totalitária e em concepções estreitadas que visem reduzir o ideal democrático à mera contraposição entre Estado e sociedade, pois o que se busca com a proposta da ampliação dos intérpretes da constituição e, principalmente, com a ideia do Direito Social Condensado, não é a superação da estrutura estatal, mas, precipuamente, o estabelecimento de um novo paradigma de relacionamento entre Estado e sociedade para além do exclusivismo estatal típico do monismo jurídico. Importante ressalva se faz necessária acerca do conteúdo da soberania popular, pois, esta

deve estar coadunada com a compreensão do que é constitucionalmente adequado, devendo atender materialmente a

[...] diversos princípios fundamentais, inscritos no texto constitucional, sem o que não poderá, à luz da nossa Constituição, pretender legitimar um regime *substancialmente* democrático. Portanto, constitucionalmente, Democracia já não se basta como vontade soberana do povo, pois, hoje, quem diria (?), também a soberania popular tem que se legitimar. Em primeiro lugar, a soberania popular apenas se manifesta legitimamente, no Estado Democrático brasileiro, quando se observa e se submete à onipresença dos princípios constitucionais fundamentais (CF, art. 1º): soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político. (STRECK; CANOTILHO; Et al., 2013, p. 658)

Häberle (1997, p. 42) refere que “o processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto”, pois tal processo não se reduz a única forma de acesso ao processo interpretativo, os atores dessa atividade hermenêutica em sentido *lato*, tanto quanto os intérpretes institucionalizados da Constituição desenvolvem, de forma autônoma, o próprio direito constitucional no sentido material. Por conseguinte, se a “esfera pública pluralista (die pluralistische Öffentlichkeit) desenvolve força normatizadora (normierende Kraft)” como Häberle (1997, p. 41) refere, cabe a Corte Suprema interpretar o texto constitucional em consonância com sua atualização e realidade pública. Essa influência democrática vai ao encontro da ideia do Direito Social Condensado, cujos fatos normativos da comunidade subjacente – representados aqui pelos participantes não oficiais do processo interpretativo constitucional – influenciam e engendram-se à ordem estatal oficial, tornando o sistema de interpretação constitucional sensível às mudanças sociais e reflexivas da vida social, ressalvada a observância do mínimo referencial constitucional atinente aos Direitos Fundamentais.

No entanto, para que se consubstancie um Estado Constitucional verdadeiramente democrático, coadunado com a ideia de Direito Social Condensado, não basta estabelecer uma sociedade aberta de intérpretes constitucionais. A permeabilidade dos fatos normativos de uma grande comunidade subjacente, equivalente à sociedade de um Estado Nacional, deve estar presente também em instâncias de poder estatal inferiores e descentralizadas. Para tanto, faz-se necessário redirecionar o foco do presente para uma abordagem da construção do Direito Social Condensado, a partir da articulação dos atores sociais

no espaço público local, ou seja, a partir das menores instâncias de poder institucional existentes em um Estado Constitucional, o que corresponde à figura das autarquias locais, em Portugal, e ao ente municipal, no Brasil.

É somente a partir das bases de um Estado, da intersecção entre a cidadania local e o poder público, que se entende como possível a realização da tarefa de democratização de um espaço público verdadeiramente permeável à gestão compartilhada, o que corrobora a tese da existência de um Direito Social Condensado oriundo da manifestação democrática proveniente de todos os atores - institucionais ou não – em um Estado Constitucional Democrático.

2.3 Poder Local, Descentralização e democratização do Espaço Público Local

Nos primórdios das ágoras das Cidades-Estados Gregas, havia a possibilidade dos cidadãos, excluídos os escravos, manifestarem diretamente suas opiniões nos assuntos da vida pública. Posteriormente, contudo, devido ao crescimento demográfico das cidades, à complexidade administrativa e ao dinamismo destas, desenvolveram-se sistemas de democracia representativa semelhantes no ocidente, onde os cidadãos passaram a escolher representantes para reivindicar seus anseios e aspirações sociais, econômicas e políticas (RODRIGUES, 2011).

Séculos mais tarde, entretanto, diante da notável crise de legitimidade que o modelo da democracia representativa vinha demonstrando, em especial com a crise do Estado Liberal e, face à necessidade de uma gestão social mais avançada, célere e flexível, novos modelos democráticos entraram na pauta das ciências sociais. Isso fez emergir uma nova forma de articulação política que englobam tanto a democracia direta quanto a representativa (ALMEIDA, 2014).

As conseqüentes transformações estruturais da sociedade contemporânea levam a indagações acerca do conceito de “pluralismo”. Pode-se dizer que o pluralismo não é somente uma nova forma de afirmação da liberdade de opinião ou de convicção, mas, sobretudo, desvela-se em um sistema que pressupõe a liberdade, enquanto parte integrante da estrutura social e da qual não visa desvincular o indivíduo da sociedade. Tal pluralismo leva ao reconhecimento da imprescindibilidade de um processo de equalização entre as múltiplas tensões existentes na ordem social. Diante disso, o Estado tem o condão de assumir para si

a incumbência de promover a tomada de decisão, arcando, inclusive, com a legitimidade do conflito. O poder estatal não deve estar assentado sob uma base unitária e homogênea, onde muitas vezes revelam-se, elas mesmas, como próprias rivais e cúmplices (BARACHO, 1996, p. 06).

Há de se ter em conta que os interesses da sociedade não são incompatíveis ou colidentes com os interesses superiores do poder estatal, ao passo que a auto-organização da sociedade não afasta o princípio da unidade política, pois, a unidade que se busca alcançar por via de consenso é aquela forjada na pluralidade. Assim, a unidade que se busca na diversidade não dirime a estrutura social, por vezes antagônica. Pode-se afirmar que “os conceitos de consenso e pluralismo são categorias gerais, necessárias ao discurso político e normativo”, ao passo que a legitimidade decorrente do embate provém justamente da integração dos corpos intermediários, por meio do consenso e da tolerância, facultando a plenitude da convivência comunitária (BARACHO, 1996, p. 06).

Essa integração que decorre dos corpos intermediários na busca pelo consenso, em uma sociedade plural, não difere em absoluto do direito de integração da comunidade subjacente do Direito Social Condensado proposto por Gurvitch (2005), onde o direito de integração surge, justamente, da relação articulada da comunidade subjacente: Isso não implica na unanimidade de seus membros, mas na consensualidade resultante do choque de interesses conflitantes, ainda que se mantendo dentro do mínimo referencial constitucional.

Ora, em um contexto democrático, os governos estão submetidos a demandas sociais de toda ordem, as quais são sempre crescentes e que, por vezes, acabam sobrecarregando ou inviabilizando sua possibilidade de responder com efetividade por meio de ações concretas. Desse modo, a eficácia de um governo democrático é avaliada por meio de sua capacidade de resolver problemas políticos e conciliar diferentes aspirações na agenda governamental (FERNANDEZ, 2006). Destarte, tão importante quanto o volume de recursos financeiros disponíveis, reside a gestão e a conciliação de interesses conflitantes em um determinado programa governamental ou em uma política pública.

É nesse contexto, portanto, que o espaço público local figura como ambiente privilegiado de interação social e propício à participação pública, pois, é nele que a vida em comunidade se desenvolve, onde as relações sociais são mais bem visualizadas e onde o poder público permanece em contato mais direto com os

cidadãos. Essa aproximação dos cidadãos à esfera de poder local tem a potencialidade de transformar a dualidade Estado-Sociedade em uma relação harmônica e cooperada, instigando um controle social responsivo e passível de fomentar a participação cidadã nos assuntos estatais.

É possível vislumbrar um incremento substancial o qual o Poder Local incorpora no panorama contemporâneo, no que tange ao exercício de poder político, baseando-se na emancipação e na emergência de uma cidadania que busca derrubar as fronteiras burocráticas que limitam seu acesso ao poder estatal, conferindo um controle mais substancial à sociedade, especialmente no âmbito municipal, sob a perspectiva de reconstrução de uma esfera pública democrática e comunitária. Daí emerge a necessidade de “conjuguar práticas de democracia participativa à representação tradicional em que os cidadãos, agindo de forma conjunta com o poder público, passarão a ser responsáveis pelo seu destino e pelo destino de toda a sociedade” (SANTINI, 2007, p. 72-73).

A tarefa que se empreende necessária, a partir da assunção da importância do espaço público local como âmbito privilegiado de interação entre estado e sociedade, gira em torno da ampliação dos mecanismos aptos a contribuir sensivelmente em uma maior amplitude democrática das decisões públicas. A esfera pública é, ou deveria ser, o espaço de comunicação de ideias e projetos que emanam da sociedade e são dirigidas aos tomadores de decisão das instituições estatais. Essa esfera pública encontra-se inserida precisamente entre o Estado e a sociedade:

The public sphere is an essential component of sociopolitical organization because it is the space where people come together as citizens and articulate their autonomous views to influence the political institutions of society. Civil society is the organized expression of these views; and the relationship between the state and civil society is the cornerstone of democracy. Without an effective civil society capable of structuring and channeling citizen debates over diverse ideas and conflicting interests, the state drifts away from its subjects²⁰. (CASTELLS, 2008)

²⁰ O espaço público é um componente essencial da organização político-social, porque é o espaço onde as pessoas se reúnem como cidadãos e articulam suas opiniões autônomas para influenciar as instituições políticas da sociedade. A Sociedade Civil é a expressão organizada destes pontos de vista; e a relação entre o Estado e a Sociedade Civil é a pedra angular da democracia. Sem uma Sociedade Civil eficaz, capaz de estruturar e canalizar o debate cidadão sobre diversas ideias e interesses conflitantes, o Estado se afasta de seus objetivos. (Tradução livre)

Contudo, a efetivação de mecanismos de fomento à participação social de âmbito local esbarra na construção da capacidade dos governos locais, atrasados relativamente às transformações estruturais que o mundo vem experimentando. As cidades “estão na linha de frente dos problemas, mas no último escalão das decisões administrativas” (DOWBOR, 2001, p. 28). A tendência contemporânea que vai ao encontro da democratização, descentralização e gestão participativa implica em profundas transformações nas administrações municipais, no sentido de incremento dos níveis de organização política, social, cultural e econômica. Contudo, a descentralização administrativa e política acabaram por gerar novas fragilidades, as quais os governos locais precisam agora enfrentar:

O deslocamento generalizado dos problemas para a esfera local, enquanto as estruturas político-administrativas continuam centralizadas, criou um tipo de impotência institucional que dificulta dramaticamente qualquer modernização da gestão local, enquanto favorece o tradicional caciquismo articulado com relações fisiológicas nos escalões superiores. (DOWBOR, 2001, p. 29)

Diante disso, é possível sustentar que a tendência atual do espaço local traz que este “pode ser entendido como parte de um processo de reconstrução da esfera pública, orientado para a democratização da gestão de políticas públicas no país, o qual tem na descentralização um de seus componentes centrais” e que por isso os governos locais “têm contribuído para a formatação de novos arranjos institucionais e processos de gestão em que se rompem alguns dos elementos críticos que caracterizavam as políticas sociais até os anos de 1980” (FARAH, 2001, p.132).

Em particular, ao se deslocar boa parte das iniciativas do desenvolvimento para o nível local, aproxima-se a decisão do espaço onde o cidadão pode efetivamente participar, enfrentando em particular a questão das periferias urbanas que se tornaram a forma dominante da manifestação da nossa tragédia social. (DOWBOR, 2008, p.85).

Parece consenso também que nas sociedades contemporâneas, graças às benfeitorias advindas do mundo digital, da comunicação instantânea, do fácil acesso à informação e do aparelhamento técnico, a centralização de poder parece não fazer mais tanto sentido. Assim, o desenho institucional contemporâneo tende a ser montado sobre as bases da descentralização do poder do Estado, de forma a capacitar os cidadãos e propor novas formas de representatividade. O fortalecimento dos governos locais se dá principalmente em decorrência da consolidação do

processo de descentralização, pois “a descentralização ou autogoverno local representa uma resposta à necessidade de maior adaptação do aparato estatal às necessidades sociais em busca de maior eficácia” (FLEURY, 2006, p.26).

Decorre daí que, na tentativa de conter a crise de legitimidade que o Estado Contemporâneo atravessa, especialmente no Brasil, a tarefa democrática deve ser orientada no sentido de substituir o sistema político centralizado por um sistema descentralizado e participativo. Essa tendência de descentralização permeia o ocidente em termos gerais, onde “independientemente de la forma del Estado que se haya adoptado históricamente, puede decirse que en el mundo occidental democrático, el Estado contemporáneo es un Estado descentralizado o en vías de descentralización” (BREWER-CARIAS, 2003, p. 08).

Importa ressaltar que apesar dessa constatação, no Brasil, boa parte da tarefa de descentralização já foi formalmente efetivada com efeito da promulgação da Constituição Federal de 1988, especialmente com a tendência de municipalização de inúmeras tarefas estatais, ainda que essa descentralização subsista sem a necessária transferência de recursos necessários.

A repartição constitucional de rendas é requisito inerente ao Estado Federal, pois, repartindo-se as competências entre os entes federativos, é imperioso que a Constituição lhes propicie os meios econômicos adequados à realização dessas competências. [...] em paralelo a uma repartição constitucional de competências, o constituinte, em obediência à forma federal do Estado Brasileiro, forjou uma repartição constitucional de rendas (ARAÚJO; JÚNIOR, 2009, p. 278).

Daí decorre a necessidade de que, para que se logre uma democracia plena, se estabeleça um sistema de controle institucional sobre o poder estatal, onde a descentralização ocupe posição fundamental, porém, não exclusiva. O equilíbrio e a redistribuição de poderes de forma equalizada são imperiosos para que uma federação não crie bolsões de poder absoluto. A descentralização total do poder estatal incorreria no risco da formação de oligarquias regionais. Portanto, a descentralização deve outorgar poderes sob o controle institucional efetivo dos poderes centrais e da cidadania local.

Por descentralização devemos compreender não apenas a transferência de atribuições, mas, sobretudo, redistribuição de poderes. Contudo, ao revés do que se tem associado nas últimas décadas, para que se concretize a ideia de democratização do espaço público é necessário ir além da descentralização de competências, da

garantia de eleições periódicas ou do estabelecimento de um desenho institucional com independência dos poderes. Consta-se que “la democracia es mucho más que la sola elección popular de los gobernantes, que siempre tiene que ser mediante elecciones periódicas, libres y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión popular”. (BREWER-CARIAS, 2003, p. 02)

Portanto, “é a concretização de princípios democráticos nas instituições políticas de cada nível de governo que define seu caráter e não, a escala ou âmbito das decisões” (ARRETCHE, 1996). O que assegura o caráter democrático de um Estado não é a simples descentralização, o deslocamento de recursos, de competências e de poder decisório para outras entidades, pois isso não implica garantia de democratização, podendo incorrer na mera transferência da dominação do centro para o interior de subsistemas mais autônomos, permanecendo o poder alijado ao alcance dos cidadãos.

Não há como afirmar que a reforma das instituições possa produzir comportamentos democráticos pelo simples fato de alternar o lócus de atuação, por conseguinte, é necessário que se volte atenção à construção de instituições de natureza e formas compatíveis com os princípios democráticos, com foco nos resultados que se almeja atingir. Sem a garantia desses instrumentos de poder descentralizado, transfere-se, tão somente, o âmbito da decisão sem, contudo, possibilitar o empoderamento da sociedade no desempenho ativo de sua cidadania.

Isto não significa que a descentralização de um conjunto significativo de decisões políticas não possa ser um elemento de radicalização e aprofundamento da democracia nas circunstâncias atuais. Mais que isto, faz sentido supor que instituições de âmbito local dotadas de efetivo poder possam representar um incentivo à participação política, dado que podem possibilitar formas mais efetivas de controle sobre a agenda e sobre as ações de governo. No entanto, não é suficiente que se reforme apenas a escala ou âmbito da esfera responsável pela decisão a ser tomada. (ARRETCHE, 1996)

Esse consenso da descentralização enquanto solução definitiva aos problemas de ineficiência de alocação dos recursos e de desvio de finalidade pública pelos clientelismos está equivocado ou, ao menos, sofre de um excesso de confiança, pois, se refere à proximidade como elemento, por si só, garantidor da realização do princípio democrático, da boa gestão e da eficiência. É forçoso referir, contudo, que o uso clientelístico dos recursos públicos, historicamente estabelecido entre a burocracia pública e os partidos políticos, encontra-se relacionado mais à

natureza das instituições envolvidas e menos à escala de prestação de serviços (ARRETCHE, 1996).

Cabe ressaltar também que a descentralização que se busca efetivar, enquanto estratégia de democratização das ações estatais, não deve implicar a abdicação dos recursos e do poder do governo central, sob pena de aprofundamento das desigualdades regionais, face à capacidade destoante das diferentes regiões, no que tange ao investimento de recursos e formulação de políticas públicas; à desigualdade entre ritmo e resultados da sua implementação; à qualidade dos serviços prestados; e, essencialmente, à sua capacidade arrecadatória. A tarefa de superação desse quadro de desigualdades, consubstanciada em objetivo constitucional²¹, não deve estar sob encargo exclusivo dos governos locais, em razão de sua capacidade heterogênea de mobilização de recursos próprios e seu escopo de atuação local (ARRETCHE, 1996).

Decorre imperioso admitir que a tarefa da Descentralização não impõe o enfraquecimento do Estado central, contudo, propõe um redimensionamento de suas funções, tanto na regulação das políticas nacionais, quanto na mitigação das desigualdades nacionais, objetivando a compensação das insuficiências locais. Tem-se nisto um novo papel a ser capitaneado pelo Estado Central.

A transição para um outro tipo de Estado, no sentido de que o governo federal venha a desempenhar novas funções, relacionadas à coordenação, regulamentação e fiscalização de funções descentralizadas[...] Portanto, antes que um esvaziamento das funções dos níveis centrais de governo, o sucesso da descentralização supõe sua expansão seletiva, vale dizer, um reordenamento expansivo das agências do governo central em direção a novas atividades, reordenamento este que implica um governo central fortalecido. (ARRETCHE, 1996)

Importa referir, portanto, que os institutos da descentralização e da democratização não implicam, respectivamente, em uma consequência lógica. Não existe uma ligação prévia e necessária que os una umbilicalmente. Um instituto não pressupõe a existência indissociável do outro. Em que pese o poder repartido em feixes de atribuições bem definidas entre os níveis de governo, com separação horizontal e vertical de competências, tornarem o espaço local mais coadunado com

²¹ Constituição Federal, Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

a tarefa de democratização do espaço público, isso não equivale a estar imune às práticas locais clientelistas ou à formação regional de oligarquias.

Deflui-se, portanto, que a descentralização implica mais do que capacitar plenamente a gestão municipal, mas, sobretudo, deve abranger o alargamento da “base do sistema de tomada de decisão e aproximar a função pública dos cidadãos, uma vez que não se constitui na simples transferência de competências, mas supõe, também, a distribuição do poder decisório entre o governo municipal e a sociedade” (ALMEIDA, 2014, p. 59).

Para tanto, é inevitável o esforço para que se garanta que o processo de descentralização amplie também o espectro democrático, o aperfeiçoamento dos instrumentos de participação popular existentes e a remoção dos obstáculos ao envolvimento da sociedade na vida pública. Em uma sociedade complexa, que se encontra em crise de legitimidade, a gestão pública compartilhada e a integração entre poder público e cidadania são imperiosas no contexto de transformação política do Estado contemporâneo.

No Brasil, a Constituição, promulgada em 1988, definiu em termos legais um novo modelo de gestão, que supõe a abertura do processo decisório à sociedade organizada para tornar mais eficiente a prestação dos serviços públicos, assim como dá respostas eficazes ao quadro de carências locais. (ALMEIDA, 2014, p.62)

Além da previsão constitucional que institui a participação democrática, vários instrumentos participativos, como as audiências públicas, os conselhos gestores, as consultas públicas orçamentárias, as conferências deliberativas de políticas públicas e de direitos, começaram a fazer parte do cotidiano institucional brasileiro. Isto deixa transparecer que esses instrumentos de participação funcionam como instituições complexas “formadas em parte por representantes do Estado, em parte por representantes da Sociedade Civil, com poderes consultivos e/ou deliberativos que reúnem, a um só tempo, elementos de democracia representativa e da democracia deliberativa” (AVRITZER, 2008, p. 18).

Nesse contexto, o Poder Local, analisado sob os pressupostos democráticos, propicia uma

[...] alternativa pela qual os próprios indivíduos, mediante a participação política ativa dentro do município ou comunidade, participam da definição da aplicação dos recursos públicos. Trata-se da elevação da categoria

sociológica do poder local para o âmbito jurídico e político brasileiro, aliando a descentralização com a participação popular, inaugurando uma forma mais democrática de gestão pública, afinada aos principais objetivos da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito brasileiro. (SANTIN, 2010, p. 424).

Reside no fator proximidade entre o cidadão e o poder público o fato de o Poder Local consubstanciar-se como o mais apto a ser democratizado e facultar uma participação mais intensa da sociedade. É através do espaço local que são criadas culturas e características comuns a uma pluralidade de sujeitos, ensejando a construção de um centro decisional que pode cooperar com o poder público estatal (SANTIN, 2010). Esse espaço apresenta-se autônomo, sendo integrado pela Sociedade Civil, em uma relação não mais de subordinação ao Estado, mas de gestão integrada. Daí se estabelece uma tensão permanente e deliberada com o governo de representação, abandonando parte de apatia política criada em consequência da democracia representativa liberal e buscando superar a crise do Estado. Essa crise estatal não se refere apenas à crise da dogmática jurídica e do monismo estatal e tampouco na incapacidade de responder efetivamente perante as reivindicações de uma boa parte da população. A crise do Estado, sobretudo:

Está assentada, também, no aprofundamento da sua intransparência e impermeabilidade para lidar com uma realidade social que se estilhaça e produz incessantemente novos conflitos e novos movimentos, os quais se constroem em torno de novas identidades e buscam criar alternativas para contrapor-se ao brutal isolamento dos indivíduos. A fluidez e a dinâmica do tecido social exigem uma permanente confirmação da legitimidade de poder. (GENRO, 1997, p. 23)

O Estado contemporâneo vem se caracterizando pela assunção de novas funções institucionais, como as de indução e regulação do desenvolvimento, por meio de estratégias inovadoras e democráticas e compartilhando parte de suas responsabilidades com a sociedade. Essa nova forma de atuação estatal o conduz a inaugurar uma nova relação com a Sociedade Civil, baseada, fundamentalmente, nos direitos de participação política e no desenvolvimento de instrumentos que possibilitem o exercício efetivo dessa participação (LEAL, 2005).

Leal (2005, p. 392-393) refere que a outra constatação desta mudança de paradigma reside no “fato de que o Estado perdeu a detenção desta centralidade do poder político, porque participa agora de um novo pacto social”. Mais do que isso, cabe ao Estado não apenas oferecer igualdade de oportunidade às variadas

proposições de institucionalidade democrática, mas, sobretudo, deve “garantir padrões mínimos de inclusão, que tornem possível à cidadania ativa criar, monitorar, acompanhar e avaliar o desempenho dos projetos de governo e proteção da comunidade”, pois estes padrões, ainda que mínimos, são cruciais para converter a instabilidade Estatal em um lócus de deliberação democrática.

2.4 A autonomia municipal no Brasil

Só faz sentido falar em descentralização do poder central e democratização do espaço local quando existe base constitucional e legal para tanto. Seria inócuo discutir e propor meios de democratização do poder local se, de fato, não houvesse o que democratizar. O ente municipal representa o nível institucional local e mais próximo ao cidadão, portanto, representa o poder local enquanto instituição, daí porque só faz sentido tratar deste tema se o ente municipal desfrutar de autonomia e poder que possa ser passível de compartilhamento com os cidadãos.

Nesse contexto, a Constituição Federal, tratando dos princípios fundamentais em seu artigo inicial, dispõe que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Daí vislumbra-se que a federação está consubstanciada como princípio fundamental da república, vinculando, por conseguinte, o desenvolvimento sistemático da organização política, alçando o sistema federativo, como cláusula pétrea²².

Esse federalismo, garantido constitucionalmente, pode ser compreendido como a forma de organização estatal – ou sistema político – em que agrupamentos territoriais e políticos se unem para originar uma organização de maior amplitude. No Estado federal, os estados-membros que fazem parte da União mantêm sua autonomia política, administrativa e financeira, desfazendo-se, no entanto, de algumas prerrogativas em prol da nova figura política emergente, sendo a soberania a mais notável dessas prerrogativas.

A originalidade da Federação está em ter feito surgir um Estado soberano composto por Estados autônomos. Para os Estados independentes que se associam, ingressar em uma Federação significa abdicar de sua soberania,

²² Conforme estatuído nos termos do artigo 60, §4º, inciso I, da CF: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado;”

transferida para o Estado Federal, passando a deter autonomia, nos termos posto na Constituição Federal. Da mesma forma, no caso de Federações formadas por desagregação de Estados unitários, a opção pelo modelo Federal representa conferir às antigas províncias autonomia em grau de que não dispunham, ficando com o Estado Federal a soberania. (STRECK, CANOTILHO et al., 2013, p. 110)

Portanto, em um Estado de base federalista, os estados que o integram mantêm boa autonomia política, administrativa e financeira, abrindo mão tão somente de sua soberania. Essa distribuição do poder político entre os diversos estados federados que compõem um estado federal corrobora com a preservação da diversidade de culturas, das diferentes origens históricas e das tradições políticas em uma determinada sociedade. A Constituição Federal, por conseguinte, é a responsável pela garantia da autonomia local, bem como pela forma de cooperação política para divisão de poder (HERMANY; FRANZ; 2012, p. 197). Assim, pode-se afirmar que “a base jurídica da Federação é sempre uma Constituição escrita, comum a todas as entidades federadas, na qual estão fixados os fundamentos essenciais de suas relações recíprocas” (STRECK, CANOTILHO et al., 2013, p. 110).

Observe-se, entretanto, que o Brasil adotou um federalismo *sui generis*, onde inexistiu qualquer pacto federativo prévio à adoção do modelo federal, afinal, na história constitucional brasileira, não são “os Estados que geram a federação. Isto transparece na Constituição de 1891 e persiste com as subsequentes, que, sempre, confirmam a opção pelo estado federal, e, em consequência, determinam que os Estados se adaptem as suas normas” (FILHO, 2008, p. 43). Daí é possível afirmar que o federalismo brasileiro transcorreu por segregação, imposto por uma opção exclusiva do poder central, permanecendo nesses moldes mesmo na atual Constituição. Assim, a formação do Estado Federal brasileiro:

[...] não obedeceu ao mesmo processo de formação do Estado Federal norte-americano. Enquanto este nasceu da agregação de Estados soberanos, o Estado brasileiro nasceu da segregação de um Estado Unitário. O império mantinha um Estado centralizado e unitário. Com a Proclamação da República, institui-se um Estado Descentralizado, exigindo do poder central distribuição das competências que acumulava. Portanto, os processos foram inversos. (ARAUJO; JUNIOR, 2009, p. 272)

Tradicionalmente os Estados Federais – dentre os quais os Estados Unidos são normalmente utilizados como exemplo *standard* pelos autores²³ – compartilham três características comuns: rigidez da Constituição (absoluta ou relativa); a existência de um poder supremo para dirimir controvérsias entre estados federados entre si ou destes com a união, geralmente com base na Constituição; e, a partilha constitucional das competências federal, estadual e municipal. Destarte, tanto as leis federais quanto as estaduais ocupam o mesmo plano hierárquico, pois todas possuem seu “*fundamento de validade* na própria Carta Magna, apresentando campos de atuação exclusivos e muito bem discriminados. Por se acharem igualmente subordinadas à Constituição, as várias ordens jurídicas são isônomas” (CARRAZZA, 2013, p. 161).

O princípio federativo veta tratamentos jurídicos que possam criar distinções ou preferências, inclusive tributárias, entre os entes políticos. Mesmo assim, o federalismo brasileiro ainda apresenta um viés centrípeto e assimétrico, sendo possível constatar a clara dependência dos Estados e Municípios em relação às receitas provenientes da União, essencialmente em virtude do sistema constitucional de repartição tributária. Tal vedação imposta pelo princípio federativo integra, mormente, apenas o plano formal. A importância do princípio federativo e da repartição de competências e receitas tributárias fazem total sentido, pois “os fundadores do federalismo brasileiro sabem que não existe autonomia, como autogoverno, sem autonomia financeira. Ou seja, sem que os entes federativos possuam fontes próprias de tributação, sobre as quais livremente disponham” (FILHO, 2008, p. 50).

A divisão de competências trazida pela constituição de 1988, contudo, se baseia em um sistema complexo, onde se intercalam competências privativas e competências concorrentes, cumulativas e não cumulativas. Distribui-se competências, relegando à União e aos municípios competências expressas e, aos estados, a competência residual. Daí vislumbra-se parte da importância conferida ao ente municipal, pois “aos municípios, cabe essencialmente administrar os assuntos de interesse local, bem como legislar sobre eles. Claro está que nos limites e

²³ Em que pese o modelo norte-americano se consubstancie apenas como referência histórica, pois este modelo “quando aplicado à realidade institucional de cada país, interagiu com fatores políticos, sociais, econômicos e culturais autóctones, ensejando, nas respectivas Constituições, a adoção de particularidades a cada um desses Estados” (ARAUJO; JUNIOR, 2009, p. 260).

segundo diretrizes traçadas pelo Poder Federal e, mais raramente, pelo Poder Estadual” (FILHO, 2008, p. 49). O vocábulo “interesse local”²⁴ substituiu a expressão “peculiar interesse”²⁵ da constituição de 1967, tornando o âmbito de atuação e autonomia mais amplo em relação àquela conferida anteriormente.

Por um lado a partilha de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas. Isto porque, se o fulcro da autonomia dos entes federados está primordialmente na capacidade de auto-organização e de autolegislação, ficaria destituído de sentido reconhecer esta capacidade sem se definir o objeto passível de normatização pelo poder central e pelos poderes estaduais. Por outro lado, se se quiser a preservação de um relacionamento harmônico entre o conjunto e as partes, é imprescindível delimitar as respectivas atribuições, sem o que seria inevitavelmente conflituosa sua convivência. (STRECK, CANOTILHO et al., 2013, p. 110)

A Constituição Federal de 1988 é a primeira a trazer mecanismos aptos a romper com o paradigma da centralização, arquitetando um Estado de caráter mais centrífugo, conferindo ao ente municipal significativa autonomia, outorgando-lhe competência para legislar sobre assuntos de interesse local, estabelecer sua Lei Orgânica e assumir diversas tarefas constitucionais através dos processos de municipalização. Quanto a essa autonomia, pode-se referir que “sob a óptica do Direito, é a faculdade que a pessoa política Município tem de, dentro do círculo de competência pré-traçado pela Constituição, organizar, sem interferências, seu governo e estabelecer, *sponte propria*, suas normas jurídicas” (CARRAZA, 2013, p. 189).

Em relação a esse acréscimo de autonomia outorgado aos municípios, sustenta-se que é difícil vislumbrar outra forma de união federal na atualidade onde tal princípio da autonomia municipal “tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988” (BONAVIDES, 1996, p. 314).

²⁴ Constituição Federal 1988: “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de **interesse local**,” (grifo nosso)

²⁵ Constituição Federal 1967: “Art 16 - A autonomia municipal será assegurada: [...] II - pela administração própria, no que concerne ao **seu peculiar interesse**, especialmente quanto:

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade, de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei estadual;

b) à organização dos serviços públicos locais. (Grifo nosso)

Ainda que incontestável a autonomia conferida ao ente municipal, o que até então não se havia experimentado na história constitucional brasileira, bem como a clara intenção do constituinte de reduzir o caráter centrípeto do Estado brasileiro, há de se efetuar posição crítica acerca desse (re)arranjo institucional, o qual consubstanciou uma uniformização de regras em um Estado de proporções continentais. Isso fica claro tanto no atinente às diferenças regionais, quanto no que se refere às diferentes matizes dos municípios, sua capacidade financeira e seus variados perfis demográficos. Quanto a isso, certamente pode-se aferir que:

A cultura de adoção de regras uniformes para todo o Brasil muitas vezes encobre a realidade regional e local, sufocando-a em todos os sentidos. O Brasil adotou um modelo de federalismo simétrico em uma federação assimétrica. As relações inter-governamentais devem ser mais e melhor exploradas. (FIGUEIREDO, 2008, p. 119)

Acrescente-se ainda o fato do município ter adquirido competência exclusiva para a elaboração de Lei Orgânica própria, evidência que corrobora com sua capacidade de auto-organização e seu papel protagonista no contexto político nacional. O município, a partir deste acréscimo de competências, torna-se elemento chave na criação de uma nova lógica político-administrativa que enseja uma descentralização dos assuntos de interesse local, especialmente no que tange à criação de políticas públicas próprias, e, substancialmente, tendo o condão de facultar ao poder local, sob a forma de democracia participativa, decidir sobre as matérias afeitas ao seu contexto. Só é possível democratizar e compartilhar poder, quando, de fato, há poder a ser repartido. Daí a importância de se falar em repartição dupla de competências: uma vertical, interinstitucional e outra horizontal, inserida no espaço local próprio, compartilhando o poder entre governo e sociedade.

Tal autonomia municipal afigura-se como um tripé, que se baseia na capacidade do município se autogovernar, auto-administrar e auto-organizar, especialmente quanto à possibilidade de normatização própria – materializada na lei orgânica – na elaboração do plano diretor, capacidade legiferante quanto aos assuntos de interesse local e competência legislativa suplementar, no que tange à legislação federal e estadual.

Saliente-se ainda que a própria Constituição Federal estabelece duas formas de participação popular que devem constar, obrigatoriamente, nas leis orgânicas municipais, como a cooperação das associações representativas no planejamento

municipal e a possibilidade da iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, mediante manifestação de, no mínimo, cinco por cento do eleitorado. Desvela-se, então, o viés democrático que a Constituição tenta incutir ao plano institucional brasileiro, retirando do poder público a exclusividade da gestão pública.

No entanto, em que pese a gama de atribuições e competências herdadas pelos municípios terem contribuído formalmente ao seu processo de autonomia, alguns problemas crônicos permanecem. A concentração de recursos nos níveis de governo superiores tem inviabilizado ações mais incisivas do poder público local no que se refere ao combate de problemas históricos, como saneamento básico, educação e programas de saúde familiar. Isso tem limitado o município a meras atividades de ornamentação de logradouros, construção de praças, serviços de coletas de resíduos e pagamento do quadro de pessoal.

O município se vê, assim, prensado entre as urgentes necessidades e demandas do espaço local, cercado dos mais variados problemas, contendo, de maneira emergencial, as questões mais urgentes, sem dispor dos recursos necessários para realizar uma gestão plenamente eficiente.

Como atribuir competências importa conferir poderes, mas também deveres, para cujo cumprimento são indispensáveis recursos financeiros suficientes, torna-se evidente a importância de uma equilibrada distribuição constitucional de rendas, mormente de receitas tributárias, entre os integrantes da Federação, para que possam desempenhar suas funções sem dependência financeira. Sim, porque a dependência financeira acaba sempre descaracterizando o federalismo, como qual é incompatível a dependência política que aquela provoca. (STRECK, CANOTILHO et al., 2013, p. 110)

O município enfrenta a problemática da criação de obrigações em demasia com recursos escassos para solucioná-las. O problema, no entanto, não remonta uma crise financeira nacional, com carência de recursos, panorama comum até a década de 1990, mas, fundamente, revela uma crise de engenharia institucional, onde a tônica é a centralização orçamentária nos órgãos da União. Não obstante a globalização tenha alterado substancialmente as relações sociais no Estado Brasileiro, que conta hoje com uma população majoritariamente urbana²⁶, a mentalidade dominante no âmbito político-administrativo ainda remonta ao século

²⁶ Segundo o Censo Demográfico do IBGE (2010), de 190.755 milhões de habitantes, 160.925 milhões constituem a população urbana do país, o que resulta na marca aproximada de 85%.

passado: A tendência é de admitir que as formas de organização da vida no cotidiano local devem ser engendradas e administradas por um ente superior e de que as deficiências regionais devam ser sanadas por instâncias centralizadas e distantes do espaço local. Por muito tempo a transferência de responsabilidade envolvendo as políticas públicas aos governos inferiores se deram mediante

[...] o repasse de funções a governos locais sem garantir a autonomia e financiamento, a desconcentração de atribuições da administração central para as agências e, nestas, da cúpula para os gerentes, e ainda a privatização de empresas públicas. Essas ações buscavam reduzir custos e melhorar o desempenho da gestão pública, só que propositadamente negligenciavam o cerne de qualquer processo descentralizador: a democratização do Estado. (ABRÚCIO, 2006, p. 79).

Ainda que as instâncias superiores devam prestar auxílio no que tange à implementação de políticas públicas de âmbito nacional, a iniciativa e a adequação das ações devem ser essencialmente fomentadas no espaço local. Decorre daí a necessidade da criação de uma cultura democrática na base das relações de poder, onde as decisões possam ser deliberadas participativamente nas instâncias locais, criando uma gestão participativa e descentralizada, onde, além do poder público local, os cidadãos sejam parte ativa do processo político.

Tem-se, então, a crucial importância de uma descentralização para além da perspectiva vertical, mas, sobretudo, contemplando a edição de instrumentos legais que englobem a dimensão horizontal, tornando o processo de municipalização de políticas públicas envolta por uma ação institucional que propicie a apropriação do espaço público local pela sociedade. Um novo modelo de democracia, seja participativa ou deliberativa, deve estar assentado na égide do controle social das decisões públicas e deve ser o foco de quaisquer iniciativas de descentralização do poder estatal e da (re)democratização do espaço local.

A descentralização, nesse nível, deverá ser estímulo às liberdades, à criatividade, às iniciativas e à vitalidade das diversas legalidades, impulsionando novo tipo de crescimento e melhorias sociais. As burocracias centrais, de tendências autoritárias, opõem-se, muitas vezes, às medidas descentralizadoras, contrariando as atribuições da sociedade e dos governos locais. O melhor clima das relações entre cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas, gerando confiança e credibilidade. (BARACHO, 1996, p. 19)

Torna-se essencial, ainda, a análise de um referencial teórico complementar, passível de sustentar um poder local que seja compatível com a concretização de um espaço institucional de competências, ao passo que também possibilite uma relação qualificada entre as instituições estatais e a sociedade. É nesse cenário idealizado, que se consubstancia a descentralização e a democratização do espaço local, em que reside a importância do princípio da subsidiariedade, presente implicitamente no ordenamento constitucional brasileiro e explicitamente no Tratado da União Europeia e na Constituição Portuguesa, como estratégia de redefinição de competências.

Essa redefinição parte do pressuposto de que toda decisão que possa ser tomada pelas menores instâncias de poder – sejam institucionais ou não – deve ser tomada naquela instância, só devendo transferir essa decisão para as instâncias superiores por motivos de economia ou eficiência. É precisamente sobre o tratamento do princípio da subsidiariedade na ordem constitucional brasileira e no contexto europeu que tratará o derradeiro ponto deste capítulo.

2.5 O princípio da subsidiariedade e sua relação com a autonomia do espaço local no Brasil e na Europa

Em que pese o princípio da subsidiariedade remeta às lições de Aristóteles, as quais referiam que o poder retirava a sua legitimidade do seu papel de suplência, o referencial mais significativo do princípio da subsidiariedade se materializa na doutrina social da Igreja, onde se considera a existência de uma estratégia subsidiária, ainda que não se utilizasse expressamente o vocábulo “subsidiariedade”. Assim, cabe apontar a Encíclica Papal *Quadragesimo Anno* de Pio XI, a qual consagrou a ideia de valorização dos indivíduos e da atuação das comunidades menores como se defere da passagem:

Deixe pois a autoridade pública ao cuidado de associações inferiores aqueles negócios de menor importância, que a absorveriam demasiado; poderá então desempenhar mais livre, enérgica e eficazmente o que só a ela compete, porque só ela o pode fazer : dirigir, vigiar, urgir e reprimir, conforme os casos e a necessidade requeiram. Persuadam-se todos os que governam: quanto mais perfeita ordem jerárquica (sic) reinar entre as varias agremiações, segundo este princípio da função «supletiva» dos poderes públicos, tanto maior influência e autoridade terão estes, tanto mais feliz e lisonjeiro será o estado da nação (PIO XI, 1931).

O contexto social e político que circunda a edição desse documento reside na preocupação do Vaticano em razão da desorganização social e da assunção, por parte do Poder estatal, de uma demanda crescente de responsabilidades, colocando em risco a administração estatal em face da ineficiência, na passagem para o modelo de *Welfare State* em que o Estado passou a assumir políticas públicas sob a forma de direitos prestacionais (HERMANY, 2012). Nesta senda, é notável um antagonismo face às propostas totalitárias de Estado naquela subsidiária elencada na Encíclica, onde se busca a valorização do indivíduo e das comunidades menores, devendo a atuação das comunidades maiores e das estruturas estatais realizarem-se tão somente em caráter supletivo.

Deflui-se daí que a atuação primária deve ter gênese nas comunidades de menor dimensão, partindo dos indivíduos para, apenas em uma perspectiva subsidiária, invocar a atuação do poder público estatal. Cabe ressaltar que as encíclicas emanam um substancial conteúdo social, o que pressupõe que a lógica subsidiária, em absoluto, deverá significar risco de retrocesso a propostas liberais clássicas, de notáveis lacunas no tangente aos direitos sociais e, conseqüentemente, às garantias constitucionais fundamentais (HERMANY, 2012, p. 12).

Pode-se dizer então que a subsidiariedade proporciona elementos para o empoderamento e a soberania do indivíduo, de maneira que aproxima o diálogo e as decisões do cidadão, fomenta sua participação política e propicia o estabelecimento de diálogos pluralistas. Assim, a subsidiariedade se consubstancia em uma lógica que reforça o papel das comunidades menores e do cidadão, e assegura um lócus delimitado para a atuação do Estado, na medida em que só agirá para resguardar o necessário para a garantia dos avanços sociais, e quando a comunidade não puder, por forças próprias, deliberar e decidir sobre os assuntos públicos.

Se o princípio da subsidiariedade não significa exatamente proximidade, a Carta Europeia de Autonomia Local, ao adotar o critério de repartição de poderes, dá um sentido praticamente sinônimo ao da proximidade. A Carta assevera que os poderes devem ser exercidos e praticados pelas autoridades mais próximas dos cidadãos e que “só assim não deverá ser quando a amplitude e a natureza da tarefa a desempenhar, bem como exigências de eficácia e economia justifiquem a atribuição do poder a outra entidade menos próxima dos cidadãos (MARTINS, 2003, p. 445)”.

Estes são os pressupostos da aplicação do princípio da subsidiariedade que permite que o poder seja exercido ora por uma dada autoridade, a mais próxima do destinatário da decisão, ora por outra autoridade que embora mais longínqua, é aquela que está apta pela natureza e amplitude da tarefa, a realizá-la mais eficaz e economicamente. Isto significa que, consoante as características e a dimensão da tarefa a realizar e, em função dos efeitos que produz e dos recursos que envolve, assim o poder será distribuído pelos vários níveis de decisão. (MARTINS, 2003 , p. 445)

Assim, tem-se que a subsidiariedade, no contexto português por exemplo, vai de encontro a uma administração centralizada, opondo-se à existência de autarquias locais desprovidas de autonomia, pois a subsidiariedade pressupõe, essencialmente, que “a actuação caiba a entidades distintas, capazes e eficazes, sendo a medida da capacidade e eficácia de cada entidade verificada a nível das possibilidades da sua actuação” (MARTINS, 2003, p. 443). Nesse contexto, pode-se afirmar que a subsidiariedade é, antes de tudo, o princípio da autonomia do indivíduo e das entidades sociais no interior do Estado. Este reconhecimento do valor da autonomia, em síntese, segundo Pelizzari (2011), envolve pelo menos quatro diferentes implicações para os níveis superiores de comunidade e, em última instância, uma dela alcança a autoridade pública dotada de soberania:

[...] in primo luogo, questi ultimi devono riconoscere e rispettare l'autonomia dell'individuo e dei livelli interiori; in secondo luogo, devono porre le condizioni de stabilità e sicurezza affinché questa ultima possa realizzarsi; in terzo luogo devono garantire le forme e i mezzi attraverso cui alla società è consentito partecipare alla espressione della sovranità; infine, devono porre le basi affinché le manifestazioni di autonomia si sviluppino e si rafforzino nel corso del tempo²⁷. (PELIZZARI, 2011, p. 597)

O princípio da subsidiariedade se desvela formalmente inserido no contexto da União Europeia e no ordenamento constitucional de muitos países, onde a autonomia local não logrou, ainda, seu alcance máximo, em virtude do carácter tradicionalmente centralizador dos Estados. Para tanto, é imperioso ressaltar que a simples descentralização de atribuições não implica conferir autonomia às autarquias locais. Diz-se isso pelo fato de que seria inócuo consagrar um estatuto

²⁷ Em primeiro lugar, deve-se reconhecer e respeitar a autonomia do indivíduo e dos níveis internos; Em segundo lugar, deve-se criar as condições de estabilidade e segurança, para que este possa realizar-se; em terceiro lugar, deve-se garantir que as formas e os meios pelos quais a sociedade está autorizada a participar enquanto expressão da soberania; Finalmente, deve-se estabelecer as bases para que as manifestações de autonomia possam se desenvolver e sustentar-se ao longo do tempo. (Tradução livre)

jurídico de relevante autonomia legislativa e política caso esse novo *status* de competência não estivesse “acompanhado dos meios jurídicos e materiais adequados à sua efectivação, particularmente em matéria de dinheiros públicos, procurando-se garantir aos órgãos de governo próprio da Região os meios necessários à prossecução das suas atribuições” (ROCHA, 2009, p. 25). Sem meios financeiros para que se desenvolvam e atendam às necessidades surgidas com a descentralização, esse acréscimo de competência se revela meramente formal e inócuo, ao passo que a subsidiariedade pouco influenciará no papel decisório e na consecução da finalidade pública.

A subsidiariedade figura expressamente nas disposições gerais do Título I do Tratado da União Europeia, intitulado “Tratado de Maastricht”, o qual dispõe em seu artigo 5º, número 1, que “a delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.”. A subsidiariedade se desvela como princípio de dupla função, resguardando, ao menos formalmente, a autonomia das autarquias locais em relação ao seus Estados, bem como, dos Estados em relação ao ente supraestatal da União Europeia. Saliente-se que o princípio integra expressamente tanto a Carta Europeia de Autonomia Local quanto o Tratado de Maastricht, o que demonstra o ânimo dos países da União Europeia em garantir a força do princípio enquanto ordenadores da atividade político-administrativa²⁸ em seu âmbito.

Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União. (TRATADO DE MAASTRICHT, Art. 5º, número 2.)

É possível sintetizar o princípio subsidiariedade como a faculdade de aproximação das decisões às menores instâncias de poder, ou seja, as decisões públicas têm de estar adjacentes aos cidadãos tanto quanto for possível, só

²⁸ “Regra geral, o exercício das responsabilidades públicas deve incumbir, de preferência, às autoridades mais próximas dos cidadãos. A atribuição de uma responsabilidade a uma outra autoridade deve ter em conta a amplitude e a natureza da tarefa e as exigências de eficácia e economia” (Carta Europeia de Autonomia Local, Artigo 4º Número 3).

abstendo-se de realização quando, por razões ligadas à eficácia e à economicidade, a instância superior deva realizá-la.

En primer lugar, que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros. Es el requisito o criterio de la “insuficiencia de la acción estatal”, o, dicho de otro modo, de la «necesidad de la intervención comunitaria».

Y, en segundo lugar, que, por consiguiente, dichos objetivos puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Es el criterio de la mayor “eficacia de La intervención comunitaria”. (CARRERA, 1994, p. 784)

A subsidiariedade, além de refutar a exclusividade da administração central no atendimento do interesse público, propicia o envolvimento dos cidadãos e reforça a ideia de democracia participativa. Pode-se dizer que a subsidiariedade se funda na ideia de que “não deve se transferir a uma sociedade maior, aquilo que pode ser realizado por uma sociedade menor” (BARACHO, 1996, p. 52). Deste modo, a comunidade maior só devera “actuar quando, e na medida em que, havendo necessidade de tal intervenção, esta se revele mais eficaz do que a actuação da comunidade menor”, portanto, somente nessas situações “os grupos superiores só deverão executar aquelas tarefas que não possam ser eficientemente executadas pelos grupos inferiores” (VILHENA, 2002, p. 30).

Nesse sentido, Margarida Martins (2003, p. 445) refere que a divisão de responsabilidades públicas deve ser conferida, preferencialmente, às entidades que se encontram mais próximas dos cidadãos e “só assim, não deverá ser quando a amplitude e a natureza da tarefa desempenhar bem como exigências de eficácia e economia justifiquem a atribuição do poder a outra entidade menos próxima dos cidadãos.” Subsidiariedade e descentralização são institutos naturalmente engendrados reciprocamente, pois, ao privilegiar as manifestações de poder das esferas menores, concretiza-se a figura da descentralização como pressuposto indissociável da subsidiariedade, sendo a única exceção, o casos em que, por razões de economia e eficácia política, administrativa ou financeira, outorga-se a competência à esfera superior. Ressalva importante deve-se levar em conta em relação ao binômio subsidiariedade/descentralização:

Se a descentralização implicar, contudo, a manutenção de relações de supremacia entre entidades superiores e inferiores tais que não haja efectiva autonomia, como antes se frisou, então a subsidiariedade deixará de fazer sentido na medida em que sempre a entidade de grau superior

poderá intervir no exercício dos poderes da entidade de grau inferior, anulando a relação de subsidiariedade em favor da relação de tutela. (MARTINS, 2003, p. 461)

Essa aproximação do poder decisório à comunidade proporciona e fomenta o exercício de um papel mais proativo dos cidadãos, que passam a empoderar-se e deliberar acerca das diretrizes políticas e administrativas do espaço que habitam. No entanto, não é suficiente transferir poder decisório às menores entidades, mas, sobretudo, criar mecanismos que possibilitem o exercício da cidadania voltada a uma gestão pública compartilhada. Seria insuficiente deslocar uma gama de atribuições às entidades menores, caso a sociedade permanecesse afastada do processo de tomada de decisão, sob pena de apenas remanejar o lócus de poder sem, efetivamente, democratizar o poder²⁹. Assim, a descentralização e a subsidiariedade devem ter o condão de:

[...] além de dotar de capacidade plena de gestão o município, incluir a ampliação da base do sistema tomada de decisão e aproximar a função pública dos cidadãos, uma vez que não se constitui na simples transferência de competências, mas supõe, também, a distribuição do poder decisório entre o governo municipal e a sociedade. (ALMEIDA, 2014, p. 59)

A subsidiariedade, em que pese não constar expressamente na ordem constitucional brasileira, pode ser abstraída da leitura combinada do artigo primeiro³⁰, artigo 18 e artigo 34 inciso VII, alínea “C”³¹ da Constituição Federal³². A leitura implícita da subsidiariedade na ordem constitucional se coaduna perfeitamente com o modelo federal adotado, tendo em vista que a organização descentralizada dessa forma de Estado se desvela como campo propício à aplicação do princípio: é dizer, o federalismo fornece uma base organizacional substancialmente favorável para que a subsidiariedade possa desenvolver seu

²⁹ As diversas formas de democratização do espaço público, as quais serão abordadas no último ponto do trabalho, concretizam-se de inúmeras formas, não havendo regras rígidas para sua efetivação. As audiências públicas, o orçamento participativo e as consultas eletrônicas sobre diretrizes orçamentárias são exemplos de mecanismos descentralizados de participação social.

³⁰ Constituição Federal, Art. 1º: [...] estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal

³¹ Constituição Federal, Art. 34, Inciso “VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais [...] c) autonomia municipal;”

³² [...] a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

conteúdo e extensão. É o que se depreende também da capacidade de elaboração de Lei Orgânica pelo ente municipal:

Incluirá a lei orgânica de qualquer dos Municípios brasileiros regras para cooperação com associações para planejamento municipal. Tem-se aqui a **confirmação do princípio da subsidiariedade**³³, uma vez que a proximidade da unidade menor não tem como deixar de fora a palavra e o pensamento dos que nela habitam³⁴. (STRECK, CANOTILHO et al., 2013, p. 785)

Convém reafirmar a imprescindibilidade de articular a subsidiariedade com os princípios constitucionais, fundamentalmente no que se refere ao princípio da igualdade, que exerce papel orientador da aplicação da lógica subsidiária. O desafio da democratização do espaço local faz imperiosa a verificação concreta dos pressupostos constitucionais, os quais devem permear e delimitar as competências locais para além da discussão em torno da descentralização estatal, coadunando o fortalecimento do espaço local com o rechaço às pretensões oligárquicas, passíveis de viciar a formação da decisão pública em sua origem.

Ademais, nota-se que a subsidiariedade não se esgota na simples “(re)distribuição de competências e a conseqüente valorização do Município, estendendo-se para uma nova lógica de relacionamento entre o poder público estatal e a sociedade, a partir da efetiva valorização do cidadão” (HERMANY, 2012 p. 13). Descentralizar o poder estatal é pressupor, fundamentalmente, que se concretize um sistema de distribuição territorial – ao exemplo do Estado Português, unitário ou de distribuição vertical do poder público, compatível com a realidade brasileira, de base federalista com autonomia política, administrativa e financeira.

Además de todos los factores clásicos de la democracia, el que asegura su operatividade es el que postula un sistema institucional de control del poder del Estado, por su distribución no sólo horizontal a través del clásico principio de La separación de poderes, sino vertical, en el territorio hasta llegar al Municipio. (BREWER-CARÍAS, 2003, p. 14-15)

Não parece restar dúvida que o esforço pela articulação da subsidiariedade, enquanto estratégia de (re)ordenamento de competência e relacionamento dos

³³ Grifo nosso.

³⁴ O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), baseado nesse preceito, determina que o Plano Diretor dos municípios seja discutido e aprovado pelos poderes executivo e legislativos municipal mediante realização de audiências públicas e participação de associações representativas dos diversos segmentos sociais.

cidadãos com o poder público tendem a contribuir com valorização do espaço local e na concretização de sua autonomia, inclusive no tangente à alocação de recursos compatíveis com as demandas criadas pelo acréscimo de atribuições. A democratização das decisões públicas, baseada na igualdade entre cidadãos, corrobora e fomenta o controle social da gestão pública, criando um ambiente mais difícil de ser contaminado pelas pretensões oligárquicas regionais.

Busca-se assim, inovar a gestão pública, procurando romper com a letargia sociopolítica herdada pelo modelo de democracia representativa típica do modelo liberal. Para tanto, é necessário que o próprio poder público propicie uma inovação institucional mediante implementação de instrumentos que facilitem a gestão pública compartilhada³⁵. É precisamente sobre os instrumentos e mecanismos de participação social na gestão pública que o presente trabalho passa a tratar em seu terminativo capítulo.

³⁵ Os Conselhos Gestores Municipais, são exemplos de mecanismos de participação social que propiciam uma relação mais qualificada entre governo e sociedade, pressupondo, ao menos formalmente, a distribuição do poder decisório entre poder público e cidadão.

3 CONTROLE E PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO ÂMBITO MUNICIPAL NO BRASIL E EM PORTUGAL

3.1 Premissas introdutórias

No contexto latino-americano, surge um grande marco que proporcionou a rediscussão acerca da importância da democracia no continente no início deste século. A edição da Carta Democrática Interamericana (CDI)³⁶ ratifica a democracia como a forma de governo a ser adotada em todos os Estados das Américas, consubstanciando, assim, um compromisso coletivo no intuito de defender e aprimorar o sistema democrático.

Em seu artigo exordial a Carta estatui que "os povos da América têm direito à democracia e seus governos têm a obrigação de promovê-la e defendê-la", referindo ainda que o sistema democrático é fundamental para o desenvolvimento político e socioeconômico dos povos das Américas. O cerne desse diploma reside no fortalecimento e no resguardo das instituições democráticas dos países latino-americanos, e elenca, ainda, os elementos preponderantes à democracia em sua vinculação com o desenvolvimento integral e no combate à pobreza.

Mais do que isso, a CDI sustenta que a democracia deve ser defendida quando estiver em situação de perigo iminente, bem como promove uma cultura democrática nos estados latino-americanos, trazendo, por exemplo, a organização de missões de observação eleitoral para se garantir a lisura ao processo de sufrágio. Em seu artigo segundo, a CDI reforça a importância do regime democrático como o ideal a ser incorporado pelos países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA):

O exercício efetivo da democracia representativa é a base do Estado de Direito e dos regimes constitucionais dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos. A democracia representativa reforça-se e aprofunda-se com a participação permanente, ética e responsável dos cidadãos em um marco de legalidade, em conformidade com a respectiva ordem constitucional.³⁷

³⁶

³⁷ Artigo 2º da Carta Democrática Interamericana (CDI) de 11 de setembro de 2001.

Dentre os pressupostos elementares contidos na CDI elencam-se a democracia representativa, o respeito aos direitos humanos e o respeito às liberdades fundamentais, o acesso ao poder e seu exercício com sujeição ao Estado de Direito, o regime plural de partidos e organizações políticas, a separação e independência dos poderes públicos, bem como a realização de eleições periódicas, livres, justas mediante sufrágio universal e secreto³⁸.

Ainda que a edição da CDI tenha sido essencial ao suporte da democracia na América Latina, verifica-se que a instituição de meras eleições populares, mediante sufrágio universal, não é o bastante para garantir que haja um regime democrático representativo, com permeabilidade democrática material nas instâncias de poder.

La democracia es mucho más que la sola elección popular de los gobernantes, que siempre tiene que ser mediante elecciones periódicas, libres y basadas em el sufrágio universal y secreto como expresión de la soberanía popular; y apunta a um régimen político donde, además, se respeten los derechos humanos; se acceda al poder con sujeción al Estado de derecho, y aquel se ejerza conforme al mismo; exista um régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes este asegurada.(BREWER-CARÍAS, 2003, p. 2)

Em que pese a CDI corrobore para o alargamento da esfera de participação e para a criação de espaços institucionais aptos a propiciar uma articulação maior com a sociedade, há de se persistir na busca pela descentralização do poder estatal, pois esta se configura como uma das formas de controle do próprio estado, sendo característica fundamental em Estados democráticos (ao contrário dos Estados totalitários, cuja caracterização do poder é centrípeta). É por meio do controle dos poderes do estado que se vislumbra viável a ampliação da participação política, contudo, é essencial que se materialize a separação dos poderes tanto de maneira horizontal quanto vertical.

Uma das questões cruciais da democracia na América Latina – especialmente no Brasil em nível municipal – é o motivo pela qual os sistemas democráticos se apresentam mais ou menos desenvolvidos, considerando a similaridade dos sistemas políticos. Brewer-Carías (2003, p. 5) refere que um dos traços essenciais das democracias latino-americanas é o fato dos partidos políticos estarem organizados conforme o princípio do centralismo democrático e,

³⁸ Artigo 3º CDI.

frequentemente, terem assumido e exercido o monopólio da participação e de representatividade política, limitando o espaço para o aparecimento de novas lideranças e ações políticas que estejam distantes do âmbito dos próprios partidos. Dessa forma, resume-se ao voto a única forma de participação dos cidadãos, limitando a escolha em representantes determinados pelos partidos, a que vai de encontro a uma autêntica democracia representativa.

Pero a la democracia de partidos o partidocracia, se ha agregado el centralismo político del Estado y del gobierno, que em muchos casos ha concentrado todo o casi todo el poder en el nivel nacional, vaciando políticamente de poder a las provincias, municipalidades y localidades. (BREWER-CARÍAS, 2003, p. 06)

Em que pese o modelo de representação política vigente, na maior parte do ocidente, ter sido sempre alvo de críticas e contestações, essas críticas tinham como finalidade evidenciar a distância entre os representantes e representados, buscando um modelo que apresentasse uma conexão mais estreita entre mandantes e mandatários. No panorama atual, contudo, uma gama de transformações ocorridas no Estado e na sociedade foram capazes de tornar mais evidente uma série de problemas relativos à concepção tradicional de representação política.

Assim, no transcorrer da democracia representativa, evidenciou-se uma tendência dos partidos políticos monopolizarem a ação política, implicando em uma composição de oligarquias a partir de comitês dirigentes altamente burocratizados e distantes dos anseios sociais. Além disso, há de se levar em conta ainda a forte presença do poder econômico e a influência de interesses de grupos específicos sobre os partidos políticos que acabam desfigurando a representação política e desviando-a bruscamente da vontade popular (BOBBIO, 1961, p. 61).

Importa destacar que se trata de uma crise das regras de sistema político vigente e não de uma crise da democracia. A democracia deverá ser sempre o objetivo a ser perquirido, no intuito de aprimorar as relações entre estado e sociedade. Fundamental ainda que não se confunda a democracia enquanto regime político com o sistema de centralismo de Estado e dos partidos políticos e sua consequente concentração do Poder Público em determinados grupos, pois, a centralização e a concentração conspiram contra a própria democracia. Diante disso, a democracia só pode vislumbrar êxito estabelecendo um controle institucional do poder do Estado, onde figuram como iniciativas essenciais a

descentralização política, administrativa e financeira, bem como a participação e o controle social no Poder Público.

Ao se levantar a hipótese da adoção de outros modelos de democracia, em especial a “democracia direta”, há de se levar em conta que o Estado Contemporâneo, com sua dimensão e complexidade, aliados à imprescindibilidade de dar respostas às urgentes demandas sociais, fica inviabilizado de operar e decidir baseado em decisões adotadas exclusivamente em consultas populares ou assembleias públicas, ou ainda, sob a realização constante de referendos consultivos, autorizativos, ou revocatórios. Ainda que vários desses mecanismos sejam ferramentas de controle direto da sociedade em relação aos representantes políticos, eles se constituem apenas como complemento dos governos representativos e devem constar no plano de ação de uma democracia moderna, sem pretender, no entanto, substituí-la.

A discussão sobre as interseções existentes entre Estado e sociedade nos processos públicos de tomada de decisão, especialmente no âmbito do planejamento em políticas públicas, tem raízes, pode-se dizer, numa concepção de governo que confere relevância ao papel da sociedade como partícipe da construção, direcionamento e monitoramento da administração pública. (PIRES; VAZ, 2012)

Imperioso destacar que a democracia desenvolve-se através do inter-relacionamento de pelo menos três elementos fundantes, tais como as lutas sociais por autonomia, as transformações institucionais dos Estados nas últimas décadas e, por último, a persecução da legitimidade no processo de tomada de decisões. É nesse contexto que importa ressaltar os instrumentos de participação e controle social no Brasil como instrumento catalisador da gestão pública compartilhada entre Sociedade e Estado.

Trata-se de uma tendência na gestão pública brasileira a positivamente de mecanismos legitimadores da participação dos cidadãos na gestão da coisa pública, podendo tornar-se um eficaz instrumento de emancipação da cidadania no controle da atuação de seus governantes, verificando se estão procedendo de forma responsável em sua gestão, bem como na definição conjunta das políticas públicas, a fim de que reflitam realmente os interesses da comunidade que os elegeu. (SANTIN, 2007, p. 73)

Assim, consubstanciam-se como desafios preponderantes da gestão local democrática: atuar com visão estratégica no que tange à atuação do governo em

termos políticos administrativos e econômicos; redefinir as funções do executivo municipal, substituindo as práticas clientelistas por estratégias mais modernas de legitimação democrática, com fulcro no interesse público; reconhecer a importância da promoção de uma imagem favorável da cidade e da administração, promovendo uma integração entre o corpo técnico e a sociedade na gestão de políticas públicas afeitas ao espaço local.

Uma nova concepção de democracia, que enfatiza, real ou simbolicamente a descentralização, a participação popular e as parcerias do poder público com diferentes agentes sociais (cuja composição varia de acordo com a orientação política dos governantes e com a cultura política de cada localidade). (SOARES; GONDIM, 2002, p. 69)

Nesse horizonte de transformação do Estado Contemporâneo, vislumbra-se um novo tipo de relação entre Estado e Sociedade, ratificado pela presença de inúmeros dispositivos constitucionais aptos a facultar um maior controle à participação dos cidadãos na gestão pública, na tentativa de abandonar o caráter tecnicista e elitista das instituições estatais. Esses dispositivos têm o condão de ampliar a permeabilidade social de uma comunidade subjacente na condução da vida política, ampliando o espectro democrático para além da mera intitulação formal de “Estado Constitucional Democrático”.

3.1.1 Mecanismos constitucionais de controle e participação social

Importa destacar, novamente, que a democracia representativa não encerra a possibilidade de exercício de poder pelo povo, segundo o que lhe atribui a Constituição brasileira. É tão legítimo quanto essencial que a democracia seja construída por esse poder também de maneira direta pela sociedade, tanto individualmente, pela ação de cada cidadão nos processos participativos, quanto coletivamente, mediante ação coletiva de movimentos sociais, associações comunitárias, entidades representativas de classe, organizações não governamentais e demais organizações civis de interesse público.

Nesse contexto, convém discutir a importância de mecanismos e políticas que possibilitem a ampliação do exercício da cidadania na construção de políticas públicas, especialmente no que diz respeito ao contraponto que deve ser feito em relação aos interesses mercadológicos que ainda vigoram com peso substancial em

detrimento dos anseios sociais. Tomando como panorama apenas o âmbito federal, há em funcionamento, segundo o levantamento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) no ano de 2012, 270 ouvidorias e 120 conselhos – sendo 40 especificamente sobre Políticas Públicas, compostos por 668 representantes do governo e 818 representantes da sociedade civil. Dentre as conclusões, apurou-se que os conselhos e as conferências demonstraram mais afinidade com programas da área de proteção social, ao passo que as temáticas vinculadas ao desenvolvimento econômico e infraestrutura revelaram um vínculo mais acentuado com consultas e audiências públicas, bem como com reuniões de grupos de interesse (PIRES; VAZ, 2012).

Importante distinção se faz necessária sobre as espécies de democracia e seu papel no contexto sociopolítico contemporâneo. A democracia direta é aquela em que o povo tem o poder soberano e o exerce por si só, sem intermediários e representantes; a democracia representativa, por outro lado, é aquela onde o povo elege os representantes, outorgando-lhes poder para que, como seus mandatários, governem e legislem em nome do povo e para ele; já a democracia semidireta ou participativa consubstancia-se como um sistema misto, mesclando elementos e atributos da democracia direta e a democracia representativa, constituindo-se em um mecanismo apto a propiciar, além da participação concreta na democracia representativa, um controle popular sobre os atos estatais (LENZA, 2008, p 683).

A possibilidade de interferência direta da sociedade na criação legislativa foi amplamente reconhecida na Constituição brasileira de 1988, mediante previsão dos mecanismos de democracia semidireta e de democracia participativa. A utilização de plebiscitos, referendos e iniciativa popular, no processo legislativo, são alguns desses instrumentos, estando previstos no art. 14 que prevê que a “soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”. É a lei federal 9.709/1998 que traz a conceituação destes mecanismos:

Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

§ 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

§ 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

Tal diploma legal ainda dispõe que a iniciativa popular consistirá na apresentação “de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”. Portanto, a iniciativa popular é o instrumento pelo qual um grupo de cidadãos pode elaborar um projeto de lei e apresentá-lo ao Poder Legislativo, mediante o cumprimento dos requisitos³⁹ previstos. Assim, por meio da iniciativa popular, a Constituição incentivou e “estimulou a participação direta do povo na formação da vontade política do Estado, conferindo-lhe a titularidade de iniciativa de lei, autorizando-lhe, sem a necessidade de um representante político, diretamente, propor projetos de lei” (STRECK; CANOTILHO; Et al., 2013, p. 674). A própria CF, em seu art. 18 §§ 3º e 4º, institui como pressuposto formal para os casos de incorporação, subdivisão e desmembramento de Estados-membros ou Municípios, consulta prévia mediante utilização de plebiscito da população diretamente interessada.

Também tem relação com a democracia participativa a norma constitucional que assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos órgãos públicos que tratem dos direitos previdenciários e profissionais dos trabalhadores⁴⁰. As práticas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) consagram o tripartismo em suas normas, as quais exigem que os seus órgãos se componham de representantes de empregados, empregadores e governos, consagrando a justaposição das intenções, opiniões e demandas das três partes envolvidas. A norma contida no art. 10 atende ao preceito democrático da Constituição ao atribuir participação aos trabalhadores e empresários, desvelando uma forma alternativa de representação democrática, substituindo o “povo soberano” por trabalhadores e empregadores indicados por seus órgãos de representação, inclusive na composição de órgãos de gestão governamental (STRECK; CANOTILHO; Et al., 2013, p. 646).

³⁹ Os requisitos referidos na lei 9.709/1998 para a iniciativa popular reproduzem o disposto no Art. 61, § 2º, CF: “A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.”

⁴⁰ CF, Art. 10.

Semelhante previsão tem a Constituição Portuguesa⁴¹ (CP) ao garantir às comissões de trabalhadores a prerrogativa de “Participar na elaboração da legislação do trabalho e dos planos económico-sociais que contemplem o respectivo sector⁴²”. Essa participação prevista no tripartismo da OIT deve se dar apenas nos órgãos públicos, ou seja, não há previsão que assegure essas prerrogativas em organismos privados ou mesmo em entidades da Administração Indireta. Tal dispositivo assegura a condição de órgãos colegiados, não dando margem à existência de organismos monocráticos, assegurando-se o pluralismo de representação.

Ainda, esses órgãos de deliberação tratam de assuntos de interesse profissional e previdenciário, sendo tal previsão mais ampla do que a existente em Portugal, a qual apenas garante a participação enquanto estiver em causa a “elaboração da legislação do trabalho e dos planos econômico-sociais”, ao passo que no Brasil há garantia de participação mesmo em assuntos de menor amplitude. Sempre que a participação consubstanciar exigência legal, sua não ocorrência compromete a validade do ato (STRECK; CANOTILHO; Et al., 2013, p. 646).

Outro importante mecanismo constitucional de participação popular é a diretriz referente ao Sistema Único de Saúde (SUS), prevista no art. 198, inciso III, que assegura a participação direta e indireta da comunidade tanto em relação a sua definição quanto ao controle das ações e políticas de saúde, evidenciando o controle social. Esse processo participativo se dá através de representantes da sociedade junto aos Conselhos de Saúde⁴³, às Conferências de Saúde⁴⁴ e em geral nas agências reguladoras⁴⁵.

Trata-se de uma densificação de uma especial função dos direitos fundamentais, que, no contexto dos direitos a prestações em sentido amplo,

⁴¹ Constituição Portuguesa, Art. 54º, n. 5, letra *d*.

⁴² Semelhante previsão a Constituição Portuguesa traz em seu art. 56, n. 2 letra a: “Constituem direitos das associações sindicais: a) Participar na elaboração da legislação do trabalho;”.

⁴³ Os Conselhos de Saúde tem sua atuação no planejamento e no controle do SUS, incluindo o sistema de financiamento e viabilizando canais de participação popular através de avaliação de sugestões e denúncias (ouvidorias).

⁴⁴ Os Conselhos de Saúde são competentes para propor políticas públicas de saúde nos diferentes níveis da federação.

⁴⁵ Especialmente a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

atuam como direitos de participação na organização e no procedimento, em que se evidencia a faceta democrático-participativa, *in casu*, do direito à saúde retomando a ideia de um *status activus processualis* tal qual defendida, de há muito, por Peter Häberle (STRECK; CANOTILHO; Et al., 2013, p. 1940).

É possível vislumbrar ainda, como desdobramentos dos postulados democráticos e republicanos, as normas contidas no artigo art. 194, parágrafo único, VII, que trata da participação popular na Seguridade Social⁴⁶ e no art. 216-A, incluído na emenda constitucional nº 71 de 2012, que trata da participação no Sistema Nacional de Cultura⁴⁷.

A CF traz ainda em seu art. 204, inciso II, que trata das diretrizes da Assistência Social, a “participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”. Exemplo dessa garantia de participação em todos os níveis da federação pode-se depreender do disposto na Lei nº 10.835, de 09/11/2004, que institui o Programa Bolsa-Família⁴⁸ e prevê a gestão e o controle dos benefícios em âmbito municipal, com envolvimento direto da sociedade civil nos conselhos municipais.

Saliente-se ainda o disposto no parágrafo único do art. 79, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que se refere à gestão do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, afirmando que este terá Conselho Consultivo e acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, desvelando a abertura democrática no processo de diminuição e erradicação da miséria, sob o acompanhamento, auxílio e fiscalização da sociedade civil. A tarefa de eliminação das desigualdades sociais e da marginalização deve ser gerenciada pelo Estado em cooperação com seus cidadãos, afinal, a busca pelo

⁴⁶ CF, art. 194, Parágrafo único: “Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:[...]

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.”

⁴⁷ CF, art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

⁴⁸ Segundo o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) o Bolsa-Família é um programa de transferência direta de renda para famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza e integra o Plano Brasil Sem Miséria, que tem como foco de atuação os brasileiros com renda familiar per capita inferior a R\$ 77 mensais.

bem estar geral é uma busca compartilhada, de forma que não faria sentido apartar o controle social dessa tarefa.

A partir desses pressupostos constitucionais pode-se perceber o grau de abertura democrática que a CF visa inculcar no contexto político institucional pátrio, pois, no Estado Democrático de Direito:

[...] sobrealça a ideia de Democracia, na medida em que passávamos de uma ditadura para uma sociedade livre. Não poderíamos dizer, obviamente, que, embora já tenhamos um certo avanço na Democracia no plano político, esta tenha sido seguida com a mesma velocidade no plano econômico e social. No entanto, nem por isso a Constituição deixa de ser um patamar a partir do qual nós devemos buscar os ideais ali expostos (STRECK; CANOTILHO; Et al., 2013, p. 1906).

Ressalte-se ainda que, em sede de controle social no âmbito local, o Município, além do controle interno – exercido pelo próprio executivo municipal – e, do controle externo, exercido pelo Poder Legislativo Municipal com o auxílio dos Tribunais de contas do Estado ou do Município, haverá um controle popular, “pois as contas do Município devem ficar, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei” (ARAUJO; JÚNIOR, 2009, p. 304).

Há de se referir também, no âmbito internacional, a figura da participação social consubstanciada no Pacto de San Jose da Costa Rica, promulgado pelo Brasil em 1992⁴⁹, e que elenca, no primeiro item do seu artigo 23, que trata dos direitos políticos, que todos os cidadãos devem gozar de direitos e oportunidades e entre eles o de “participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos”.

3.1.2 A Lei de Responsabilidade Fiscal

A lei complementar 101/2000, conhecida por Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), regulamenta o disposto nos artigos 163 e 169 da Constituição Federal e busca estabelecer normas de finanças públicas que se voltem para a responsabilidade da gestão fiscal. Além disso, enfatiza a necessidade, de um efetivo

⁴⁹ O Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992 Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

processo de planejamento, inovando ao garantir aos cidadãos a participação popular através de audiências públicas durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

A LRF busca o zelo na arrecadação das receitas e na realização das despesas públicas, impondo uma restrição orçamentária, com o condão de romper com as práticas irresponsáveis que impregnaram durante séculos a administração do país. Assim dispôs o Ministério de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, quanto à lei:

A lei reforça os princípios da Federação. Governantes de Estados e Municípios não terão que prestar contas de seus atos ao governo federal, mas ao seu respectivo Legislativo, ou seja, à comunidade que os elegeu. Tudo isso será feito de forma simplificada para que a sociedade possa exercer o seu direito de fiscalização. Os governantes serão julgados pelos eleitores, pelo mercado e, se descumprirem as regras, serão punidos. (GUEDES, 2001, p. 7)

A Lei de Responsabilidade Fiscal foi permeada por algumas influências externas na sua elaboração, entre elas, a absorção de algumas práticas de gestão fiscal utilizadas eficientemente em diversas partes do mundo, como o disposto no *Código de Boas Práticas para Transparência Fiscal*, editado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), e algumas regras, como a limitação de empenho e compensação, tiveram origem nos mecanismos constantes no *Budget Enforcement Act* (BEA-1990) dos Estados Unidos. A Nova Zelândia inspirou a LRF quanto à adoção do modelo de transparência e dos procedimentos quanto à publicação de relatórios fiscais e no ensejo da participação ativa da sociedade mediante controle social, previstas no *Fiscal Responsibility Act* (1994). É possível elencar ainda a presença das regras de disciplina fiscal adotadas no Tratado da União Europeia (*Tratado de Maastricht*, 1992). (QUEIROZ, 2001)

A LRF é aplicável a todos os entes da federação, o que acabou desvelando os municípios como os maiores interessados nos seus preceitos, seja pela sua posição mais próxima dos cidadãos e dos problemas locais, seja pela sua distância dos recursos oriundos das receitas tributárias do governo central. Um dos notáveis dispositivos da LRF é a possibilidade de tornar o controle social como parte efetiva do processo de fiscalização das contas públicas, facultando a participação ativa dos cidadãos com a realização compulsória, por exemplo, de audiências públicas

durante o trâmite de elaboração e debate dos planos, leis de diretrizes e orçamentos.

Dentro dessa visão, a ideia que se estaria tentando operacionalizar é a de que os sistemas de controle institucionais, tanto o interno quanto o externo, porque frágeis e carentes, devem ser apoiados, no que couber, pela fiscalização da sociedade, mediante a facilitação e mesmo o estímulo ou incentivo, na dicção da Lei, do maior acesso possível do público às informações e discussões relativas à aplicação da totalidade dos recursos orçamentários e financeiros. (LINO, 2001, p. 162)

Em que pese a LRF ter incorporado mecanismos que garantem a transparência e a participação direta dos cidadãos no direcionamento dos gastos públicos, há pouca difusão e apropriação por parte da sociedade. A atuação mais incisiva das populações locais ainda esbarra no tecnicismo dos dados referentes às contas públicas, divulgados por meio de linguagem complexa, inviabilizando, muitas vezes, a compreensão e afastando uma grande parcela da população do processo de tomada de decisões.

No entanto, a tônica da sociedade parece ser cada vez mais a integração e a informação, na medida em que se torna conhecedora dos seus direitos. Daí decorre a necessidade de transferir as decisões de ações prioritárias do nível dos gabinetes dos gestores públicos para ambientes mais suscetíveis de participação e de maior visibilidade, atingindo uma pluralidade de cidadãos que ainda é invisível em sede de planejamento orçamentário público. Há de se ter em conta as necessidades da população, e quais delas são as mais urgentes, para isso, os gestores necessitam saber do que necessitam os cidadãos pela voz dos próprios atores sociais. Por outro lado, os cidadãos devem cobrar dos gestores o atendimento às suas demandas e exigir sua participação nas decisões que lhe atingem de modo direto ou indireto.

Pode-se dizer que o êxito desse processo de empoderamento está em, uma das exitosas ferramentas que a LRF trouxe, qual seja precisamente a figura da transparência. A transparência vem atender o disposto no art. 37 da CF, consagrando o princípio da publicidade, servindo de guia norteador da administração pública, propiciando um controle social por meio de fiscalização por parte dos cidadãos. Publicidade é justamente o meio pelo qual se dá conhecimento ao público e se inaugura seus efeitos externos.

A transparência possui íntima relação com a atividade de controle, que tem a marcante finalidade de verificar se os atos e fatos que ocupam a preocupação do patamar de controle ocorreram, ocorrem ou ocorrerão de acordo com as orientações que, juridicamente deles se espera” (PESTANA, 2010, p. 627).

A transparência prevista na LRF tem o condão de permitir um controle social mais efetivo e próximo do cidadão, pressupondo que o cidadão, conhecendo a situação das contas públicas, terá mais possibilidades de fiscalizar, exigir e ser ouvido nas suas aceções. Dentre esses instrumentos destacam-se a realização de audiências públicas na elaboração e divulgação dos planos, orçamentos e leis de diretrizes, prestação de contas e avaliação das metas fiscais de cada quadrimestre, não esperando o encerramento do exercício para avaliação do cumprimento de metas, facultando a fiscalização mais efetiva e incentivando a participação popular. (FIGUEIREDO; NÓBREGA, 2001)

A transparência, como um elemento chave da boa governança, inclui assegurar a publicidade em relação às intenções, formulações e implementação das políticas públicas. O orçamento de uma nação é o documento de política pública mais importante dos governos, onde os objetivos políticos de todo o leque de interesses econômicos, sociais e ambientais são combinados e implementados em termos concretos. (KONDO, 2002, p. 13)

Assim, é imperiosa a “gestão participativa com a sociedade. Os diversos segmentos da comunidade devem ser ouvidos, devem ter assento nos órgãos diretivos e fiscais das entidades. Inadmissível é a existência do agente público que desconheça os reais anseios da sociedade.” (OLIVEIRA, 2002, p. 95) A atividade de controle é natural ao Estado Democrático de Direito, é através dele que se faculta a fiscalização e a verificação de todos os órgãos e entidades da estrutura governamental para que estejam em consonância com o interesse público. Essa transparência deve ser assegurada por meio dos planos, orçamentos, prestações de contas, leis de diretrizes orçamentárias, relatórios de gestão fiscal e suas versões simplificadas, podendo ser divulgados na internet em tempo real⁵⁰.

⁵⁰ Art. 48, LRF: São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público [...]

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público

Superada a fase do orçamento autoritário, resolvido dentro de quatro paredes, por autoridades e especialistas na área. Sem audiência do povo, inadmissível a aprovação do orçamento, que pode ser questionado em Juízo. Assim, a audiência popular é requisito de validade para vigência do orçamento. (OLIVEIRA, 2002, p. 96)

Convém ainda reforçar a necessidade de o sistema de transparência fiscal adotar linguagem simples, acessível e compreensível ao cidadão comum, de modo a possibilitar o exercício do efetivo controle social. Além da realização de audiências públicas durante a discussão dos orçamentos, da disponibilização das contas dos poderes executivos e da realização de audiências públicas de avaliação das metas fiscais, outros instrumentos de participação popular podem ser implementados, com vistas a ampliar a esfera de participação, já que o rol elencado na LRF não é exaustivo.

A tarefa que permanece aberta ao legislador e ao administrador público é, precisamente, conferir maior transparência possível à gestão fiscal. Para tanto, isso só pode ser plenamente atendido com o controle social efetivo, que não se dará subitamente, mas, deverá se integrar paulatinamente à cultura política dos cidadãos que, até então, se mantiveram praticamente inertes às atividades político-administrativas institucionais do espaço local de maneira geral.

Ademais, ao promover ampla divulgação dos instrumentos, pelos quais o cidadão pode participar de forma protagonista na gestão do espaço local, busca-se um melhor atendimento das demandas da população, onde a divulgação da destinação dos recursos públicos de forma clara, objetiva e acessível a todos os cidadãos é fundamental para a concretização da democracia participativa que deverá figurar em conjunto com a democracia representativa do país. Campanhas educativas, ações empoderadoras, convocações por meio dos veículos de comunicação comunitários e populares, bem como esclarecimentos mediante uso de linguagem identificada com o cidadão local são estratégias para fomentar e estimular o interesse pela gestão do espaço em que se vive.

Relevante menção deve se fazer ainda acerca da edição da Lei nº 12.593, de 18 de janeiro de 2012, que instituiu o Plano Plurianual (PPA) da União para o período de 2012 a 2015.

A referida lei trouxe em seu texto, como principal diretriz do PPA, a “ampliação da participação social⁵¹” e o “aprimoramento do controle público sobre o Estado”, como princípio orientador do PPA 2012-2015 no decreto regulamentador⁵² da Lei nº 12.593.

3.1.3 O Estatuto da Cidade

A gestão pública participativa, que compõe o chamado controle social, incorporou definitivamente o ordenamento jurídico brasileiro, disto é exemplo a edição do Estatuto da Cidade (EC), Lei 10.527/2001, que prevê a “gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”, prevendo ainda que, em sede de administração municipal, a gestão orçamentária participativa incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual como “condição obrigatória para sua aprovação⁵³”.

Com o Estatuto da Cidade, consagrou-se o disposto na Constituição Federal de 1988 (CF 88) e assentou-se a existência do direito urbanístico brasileiro, fixando objetivos e instrumentos para sua efetivação. O histórico do direito urbanístico tem seu ápice na transição para o *status* de disciplina jurídica, o que se deu através da CF de 88. No entanto, perdurava no direito urbanístico a necessidade de um diploma que disciplinasse suas normas gerais e fixasse as competências legislativas.

A CF de 1988 trouxe a positivação definitiva do direito urbanístico no ordenamento brasileiro, tornando explícito seu campo temático: a política espacial das cidades e instrumentos de implementação; a materialização de conceitos, tais quais: a função social da propriedade urbana e o planejamento urbano; seus objetivos maiores, como a regularização fundiária, a preservação ambiental e a sustentabilidade; o desenvolvimento urbano e participação democrática no planejamento urbano; e, finalmente, os instrumentos hábeis ao cumprimento da

⁵¹ Art. 4º O PPA 2012-2015 terá como diretrizes: [...] II - a ampliação da participação social;

⁵² Decreto nº 7.866, de 19 de dezembro de 2012, que regulamenta a Lei nº 12.593 e institui o Plano Plurianual da União para o período de 2012 a 2015.

⁵³ Lei 10.527/2001, art. 44.

política urbana, podendo-se destacar as licenças urbanísticas, a desapropriação urbana, a obrigatoriedade do plano diretor⁵⁴ e a edificação compulsória.

No entanto, permanecia a imprescindibilidade de normas que efetivassem os instrumentos previstos constitucionalmente, no intuito de conferir operatividade ao direito urbanístico, bem como, rechaçar alguns dogmas da legislação tradicional, precisamente, a civilista e a administrativa. É nesse contexto que advém o Estatuto da Cidade, objetivando a concretização do direito urbanístico brasileiro e, especialmente, buscando consolidá-lo por meio de conceitos determinados e da regulamentação de instrumentos urbanísticos.

Dessa forma, é conferida uma unidade à política urbana, dando rumo expresso ao que se defere da leitura do seu artigo 2º, caput: “A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”. Assim, é possível referir que o direito urbanístico fica:

[...] claramente vinculado a uma visão totalizante de mundo, oposta ao individualismo que, ainda hoje, inspira o direito civil. Ordem urbanística é um conceito caro ao Estatuto da Cidade. Seu primeiro sentido é o de ordenamento: a ordem urbanística é o conjunto orgânico de imposições vinculantes (são as “normas de ordem pública” a que alude o art. 1º, parágrafo único) que condicionam positiva e negativamente a ação individual na cidade. O segundo sentido é o de estado: a ordem urbanística é um estado de equilíbrio, que o conjunto dos agentes envolvidos é obrigado a buscar e preservar. (SUNFELD, 2010, p. 54)

Contudo, possivelmente, a grande singularidade do Estatuto da Cidade reside na abertura democrática do planejamento urbano compartilhado com a sociedade, ensejando a atuação no espaço local, no âmbito municipal. No entanto, passada mais de uma década da edição do ordenamento, verificam-se inúmeros problemas na efetivação dos princípios democráticos trazidos pelo diploma. Grandes quantidades de municípios, ao editarem seus planos diretores, fizeram-nos com maior ou menor fidelidade aos princípios e diretrizes do Estatuto, gerando resultados diversos, no que se refere ao envolvimento popular nas questões urbanísticas.

O artigo 43 do EC⁵⁵ inaugura o capítulo sobre a “Gestão Democrática da Cidade” e enumera uma série de instrumentos hábeis a oportunizar a participação

⁵⁴ Nas palavras de Mukai (2008, p. 37) o plano diretor é um “instrumento legal que propicia o desenvolvimento urbano (portanto, da cidade) do Município, fixando diretrizes objetivas (metas), programas e projetos para tanto, em um horizonte de tempo determinado.

⁵⁵ Estatuto da Cidade, Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

ativa da sociedade no planejamento urbanístico e no planejamento e implementação de políticas públicas urbanas. Essencial observação faz-se necessária acerca da “gestão”, que:

[...] difere do mero ‘gerenciamento’, na medida em que a primeira compreende grande amplitude de responsabilidade de coordenação e planejamento, enquanto a segunda, mais usual na tradição das cidades brasileiras, diz respeito à simples execução cotidiana de tarefas e serviços de administração. Assim, a gestão democrática das cidades implica a participação dos seus cidadãos e habitantes das funções de direção, planejamento, controle e avaliação das políticas urbanas. (BUCCI, 2010, p. 336)

A democratização da gestão da cidade implica no envolvimento e no fomento da participação dos diferentes setores da sociedade para que estes se apropriem dos instrumentos participativos da gestão urbana, em especial, da composição do plano diretor. Para o atendimento do interesse público e do bem comum, como deve ficar claro, em alguns casos, é preciso que uma minoria abra mão dos seus privilégios para que sejam garantidos os recursos territoriais e materiais que permitirão um crescimento equilibrado e sustentável da cidade (BUCCI, 2010).

Os Conselhos Gestores municipais têm papel de destaque no contexto do Estatuto da Cidade, figurando como institutos propícios a impulsionar a participação social de forma a possibilitar uma relação qualificada entre governo e sociedade, pressupondo, ao menos formalmente, a distribuição do poder decisório entre o poder público e os cidadãos. Nesse contexto, ressalta-se que em inúmeras áreas relacionadas aos direitos sociais, os conselhos de políticas passam a integrar “uma nova institucionalidade democrática” no Brasil, combinando “elementos da Democracia representativa e participativa, dando margem ao ‘surgimento de um público não-estatal e de um privado não-mercantil’” (BUCCI, 2010, p. 340).

Acrescente-se ainda que, no âmbito municipal, o art. 44 do Estatuto da Cidade assevera que a gestão orçamentária participativa inclui a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, denotando a obrigatoriedade deste processo de publicização e participação pública como requisito para sua

II – debates, audiências e consultas públicas;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

aprovação e que são de responsabilidade da Câmara Municipal. A inexistência dessas prerrogativas de abertura pública do processo de gestão orçamentário invalida o ato praticado.

Imperioso ainda ressaltar que tal dispositivo que obriga a gestão orçamentária participativa é fruto de uma Lei Complementar anterior ao Estatuto da Cidade, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, que elencou a transparência como um dos grandes marcos da gestão pública brasileira, atendendo ao disposto no art. 37 da CF, consagrando o princípio da publicidade, o qual serve de guia da administração pública, e propiciando um controle social através da fiscalização da sociedade. Ademais, um dos grandes desafios do Estado contemporâneo baseia-se, justamente, na busca da emancipação social e na abertura das instituições estatais.

Dessa forma, tem destaque a regulação de controles à atividade decisional, passíveis de reaproximar o direito e a democracia. A democracia que se busca “como referência para tencionar com o modelo jurisdicional do sistema jurídico é uma democracia participativa, valorizadora dos espaços públicos, dos momentos coletivos, propulsora de emancipação social” (REBOUÇAS, 2012, p. 131). Assim, afigura-se indispensável reinventar a forma de relacionamento entre sociedade e poder público, implicando uma mudança da postura institucional tanto no ápice da estrutura político-normativa como na base estatal, mormente em âmbito local, visando a (re)construção do espaço público.

O modelo clássico de planejamento puramente tecnicista apresenta forte “declínio no país no fim da década de 1980, pela crise fiscal e as dificuldades econômicas do país e dos municípios brasileiros, bem como pelo próprio desinteresse político no planejamento” (FILHO, 2011, p. 287). É a partir dessa ruptura que se afigura mudança legislativa quanto à possibilidade de inserção dos atores sociais no processo de planejamento do espaço local:

[...] o que se percebe a partir do marco do Estatuto da Cidade é a afirmação do modelo de planejamento urbano participativo, com um misto dos sistemas estratégicos (especialmente no planejamento territorial e nas estratégias induzidas a partir dos planos diretores) deliberativo (constituição de instâncias e fóruns deliberativos) e inclusivo (no sentido de ampliar a participação). (FILHO, 2011, p. 286-287)

Em que pese a tendência contemporânea ir ao encontro da descentralização e da gestão participativa, a democratização dos espaços públicos implica profundas modificações do espaço local, especialmente no tocante à melhora dos níveis de

organização política, social, cultural e econômica. Nesse viés, apesar das administrações municipais “incorporarem, mais por exigência legal do que por iniciativa própria, iniciativas que propiciam a participação popular na elaboração dos planos diretores, apenas o fazem formalmente” (FILHO, 2011, p. 292). Portanto, a mera instituição de fóruns, conselhos deliberativos e conferências resulta em discretos avanços, no que se refere ao incremento e qualificação da participação social, se essas estiverem dissociadas de estratégias de envolvimento pleno da sociedade.

[...] disponibilizar espaço de participação é fácil, o difícil é garantir a qualidade desta participação em razão dos interesses envolvidos. Este, talvez seja o maior dilema a ser enfrentado para a efetivação de uma “política urbana” realmente democrática e participativa: a de não transformar a participação em um novo tipo de autoritarismo a serviço de interesses políticos particulares e demandas de grupos mais organizados da sociedade e, ainda pior, legitimado pelo discurso democrático. (FILHO, 2011, p. 295)

Torna-se essencial, desse modo, alavancar e fortalecer a formação de uma cultura democrática de base nas relações de poder, possibilitando que as decisões possam ser articuladas de forma compartilhada no espaço local, ensejando a atuação dos cidadãos enquanto parte ativa do processo de deliberação política. Nesse contexto é essencial o fortalecimento institucional e técnico no âmbito das comunidades locais, de modo a criar as “bases para uma abordagem da sustentabilidade empreendida pela comunidade, estabelecendo e fortalecendo mecanismos que permitam a troca de experiência e conhecimentos entre os grupos comunitários em nível local, nacional e internacional” (KUJAWA et al., 2011, p. 248).

Fica claro que é insuficiente atender as formalidades legais de criação de espaços públicos voltados à participação popular, pois, “o grau de envolvimento social e de participação dos indivíduos na definição das políticas públicas depende de motivação, educação conscientização, mecanismos e formas de participação eficiente e que possuam significado para o cidadão (KUJAWA et al., 2011, p. 249)”. Assim, a idealização da gestão democrática da cidade perpassa, fundamentalmente, pela harmonização da pluralidade inserida na sociedade.

É necessária uma releitura crítica dos instrumentos e dos institutos democráticos previstos, ampliando e “explicitando” ainda mais o sentido da participação proposta e incluindo regras de efetividade destas expectativas [...] incorporando-os no texto do Estatuto da Cidade, bem como na obrigatoriedade da existência de planos diretores participativos em todas as cidades brasileiras e, ainda, ampliando as sanções pelo não cumprimento

destas disposições, para só assim podermos falar na instituição formal de um modelo de planejamento e gestão efetivamente democrático e participativo para as cidades brasileiras (FILHO, 2011, p. 296).

Pode-se afirmar que a concretização da gestão democrática da cidade, elencada no capítulo IV do EC, “não implicou e nem implicará automaticamente ou naturalmente o prescrito na realidade concreta” (KUJAWA et al., 2011, p. 250), somente sendo possível vislumbrar, em um horizonte próximo, um incremento da qualidade da vida dos cidadãos, caso sejam superados os entraves políticos, culturais, logísticos e econômicos que envolvem o modelo de gestão pública atual.

É imperiosa, portanto, a ampliação do espectro democrático da gestão pública de modo geral e da qual o planejamento urbanístico municipal não é exceção. Entre discretos, porém gradativos, avanços, é preciso que se supere a apatia política que ainda permeia o espaço local, afinal, os instrumentos e os mecanismos para uma gestão pública compartilhada estão postos e são passíveis de transformar a realidade urbana brasileira, mediante a atuação conjunta da sociedade civil e do Poder Público.

3.2 O princípio Democrático na Constituição da República Portuguesa

Assim como no Brasil, o princípio do Estado democrático de direito tem relevante papel entre os princípios fundamentais previstos na Constituição da República Portuguesa (CRP), de 1976. Esse princípio é referido no preâmbulo da CRP, sendo tratado especificamente⁵⁶ no art. 2º e o “respeito pelos princípios do Estado de direito democrático” constitui tarefa fundamental do Estado (CRP, Art. 9º b). Tem-se, portanto, que o Estado de direito “é um Estado constitucionalmente conformado. Pressupõe a existência de uma Constituição e a afirmação inequívoca do princípio da constitucionalidade” (CANOTILHO; MOREIRA; 1991, p. 82).

Desse modo, quando se refere ao princípio democrático, se está tratando de um estado democrático de direito.

⁵⁶ CRP, Art. 2º: “A República Portuguesa é um **Estado de direito democrático**, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o **aprofundamento da democracia participativa**.” (grifos nossos)

O Estado de direito só o é verdadeiramente enquanto democraticamente legitimado (pela sua formação e pelo seu conteúdo). O Estado democrático só o é genuinamente enquanto a sua organização e funcionamento assentam no direito e não na prepotência. (CANOTILHO; MOREIRA; 1991, p. 85)

Nesse sentido, o Princípio democrático se desvela multidimensional, podendo ser reconhecidas ao menos quatro dimensões em sua perspectiva da organização do poder político. A primeira dimensão consubstancia-se no viés da forma representativa, pois “ela é a forma constitucionalmente estabelecida para a escolha de alguns dos mais importantes órgãos do poder político” (CANOTILHO; MOREIRA; 1991, p. 193), dentre os quais a escolha da Presidência da República, Assembleia da República, assembleias regionais, assembleias das autarquias locais e câmaras municipais. Tal representação baseia-se no sufrágio universal, igual, direto, secreto e periódico, conforme preceituado no art. 10º e no pluralismo partidário, segundo disposto no art. 51º.

Ainda na seara da primeira dimensão do Princípio democrático, a utilização da decisão popular mediante referendo figura como um desdobramento da democracia representativa, que diz respeito à inovação trazida pela segunda revisão constitucional que o consubstanciou⁵⁷. Consta no regime constitucional do referendo que ele terá natureza deliberativa e não meramente consultiva, podendo apenas ser convocado “por decisão do Presidente da República, mediante proposta da Assembleia da República ou do Governo”, conforme preceitua o art. 215º. Dessa forma, não é admitida a consulta popular do referendo, tampouco sendo permitida sua utilização, enquanto instrumento presidencial, contra a maioria do parlamento português. Ademais, existem vários limites materiais quanto à possibilidade de submissão de referendo, tampouco pode servir ele como instrumento de aprovação ou revogação de lei ou convenção internacional, pois compete precipuamente à Assembleia da República ou ao Governo efetivar tal concretização à decisão popular (CANOTILHO; MOREIRA; 1991, p. 194).

A segunda dimensão do Princípio democrático na ordem constitucional portuguesa materializa-se na dimensão participativa, que reflete a assunção pela CRP de diversas formas de democracia participativa.

⁵⁷ CRP, art. 115º, nº 2: “O referendo pode ainda resultar da iniciativa de cidadãos dirigida à Assembleia da República, que será apresentada e apreciada nos termos e nos prazos fixados por lei”.

Surgida num contexto interno marcado por intensa participação popular e num ambiente político-cultural internacional caracterizado pela exigência da democratização da democracia através da participação, a Lei Fundamental procurou responder ao problema nevrálgico da democracia, que é o da participação popular permanente no exercício do poder. Se o poder político pertence e é exercido pelo povo, então é necessário assegurar aos cidadãos uma possibilidade de participação directa e activa. (CANOTILHO; MOREIRA; 1991, p. 194)

Disso decorre que a participação do povo enquanto governante não pode se subsumir a uma colaboração restrita ao sufrágio eleitoral, mas, sobretudo, pressupõe uma atuação permanente e incisiva que permita a perfectibilização de uma genuína democracia participativa⁵⁸.

Portanto, o Princípio democrático apresenta-se como princípio normativo complexo, onde o engendramento dessas duas dimensões o subsume como princípio multiforme, tendo em vista sua estrutura pluridimensional. Desse modo, a democracia figura como processo de democratização enquanto caminho de aprofundamento democrático de natureza política, socioeconômica e cultural. Posteriormente, tal princípio agrega as duas dimensões que, por muito tempo, foram consideradas antagônicas, onde em um dos polos figuram os elementos de democracia representativa, com órgãos representativos, eleições periódicas e separação de poderes, enquanto o outro polo passa a incorporar algumas demandas fundamentais da teoria participativa, dentre elas a ampliação do princípio democrático, em diferentes perspectivas da visão econômica e sociocultural com a incorporação da participação popular direta e o reconhecimento de associações e organizações como atores relevantes à concretização e dinamização democrática (CANOTILHO; MOREIRA; 1991, p. 195).

A adoção dessas duas dimensões do princípio democrático denota uma evolução do Direito que, a partir do último quarto do século XX, passa a indagar-se acerca das vantagens de um modelo, até então, puramente racionalista e tecnocrático, que estadualiza e abstratiza as soluções normativas, passando a admitir um modelo jurídico pós-moderno que supere o anterior (ROCHA, 2009, p. 09). Assim, de um lado, passa-se a admitir a existência de

⁵⁸ São numerosos os dispositivos constitucionais relacionados à efetivação da democracia participativa, dentre os quais se pode destacar os art. 263º a 266º (que trata da constituição de organizações de moradores); o art. 63º/2 (que trata da participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários); e, art 65º/5 (onde é garantida a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território).

[...] soluções jurídicas que não sejam exclusivamente enformadas, ao nível volitivo, por critérios racionais. Isto porque, no quadro desta compreensão, a sensibilidade e a emotividade também são considerados factores a sopesar no momento decisório, aceitando-se frequentemente a adopção de medidas e soluções que, de um ponto de vista puramente racional, não deveriam ter cobertura nem ser tomadas. (ROCHA, 2009, p. 9)

Por outro lado, o Direito abandona seu carácter marcado pela exclusividade na produção de normas, admitindo e defendendo a existência de normas jurídicas provenientes de núcleos de produção não estatais. Daí é possível vislumbrar uma “pulverização do poder e das fontes de direito, irradiando-se a criação jurídica num sentido supra-estadual (v.g., organizações internacionais, de entre as quais a União Europeia é o exemplo mais visível)” (ROCHA, 2009, p. 10). Da mesma forma admite-se a criação de ordens jurídicas paraestatais, com as oriundas das ordens profissionais, entidades e organismos representativos de classe, bem como infraestatais, como aquelas provenientes das regiões, Autarquias e comunidades locais. Consubstancia-se definitivamente a existência de um pluralismo jurídico na ordem constitucional portuguesa e refuta-se a exclusividade estatal, superando-se o paradigma monista com forte característica tecnocrática e estandardizante.

Isso implicou uma mudança de lógica do Estado Moderno que, apesar da preocupação inicial de generalização e obtenção de uma igualdade meramente formal, passar a admitir, de maneira mais intensa, a proteção das minorias, pois a “verdadeira igualdade pressupõe sempre desigualdades, na medida em que surge constantemente a necessidade de dispensar um tratamento jurídico diferenciado” (ROCHA, 2009, p. 10), pois os sujeitos e os atores jurídicos encontram-se em situação de desigualdade.

Dessa ideia, surge a necessidade de resguardar o direito das comunidades locais, onde se pode identificar, preliminarmente, um movimento de “*reactivação das culturas locais* ou de *renascimento da referência local*” que acaba dando origem a um movimento jurídico de criação de um conjunto de normas próprias, designado como “Direito das Autarquias Locais”, decorrendo destes pressupostos de quebra da exclusividade estatal, deslegalização e referência da cultura local, o ambiente propício para a ocorrência dos fenómenos de descentralização, não apenas sob o viés sociopolítico, mas essencialmente do ponto de vista político (ROCHA, 2009, p. 10).

Tem-se então a vital importância das Autarquias Locais enquanto parte integrante da organização democrática do Estado, pois se desvelam em uma relação intrínseca com a democracia, na medida em que a efetiva participação da sociedade, bem como a articulação dos cidadãos no processo de tomada de decisões, perpassam, necessariamente, pelas Autarquias Locais.

3.3 O Conceito de Autonomia Local e as Autarquias Locais em Portugal

Os fundamentos de base da Autonomia Local estão consagrados precisamente em dois diplomas legais, a saber: A Constituição da República Portuguesa, de 1976, e a Carta Europeia de Autonomia Local, de 1985 representa o “primeiro instrumento jurídico multilateral que define e que garante os princípios da autonomia local”, perfazendo-se como um dos marcos da democracia em que o Conselho da Europa tem por objetivo defender e garantir seu desenvolvimento. Tal autonomia local tem concepção em uma base territorial, ensejando uma certa conjuntura de liberdade e iniciativa que se consubstancia como “um elemento de diversidade inevitável” e que é, em grande medida, colidente com os princípios da uniformidade e igualdade, princípios estes característicos do Estado Moderno (OLIVEIRA, 2013, p. 108/109).

A autonomia local e regional implica uma *concepção descentralizada* do Estado e, em certo sentido, uma *policracia* ou pluralidade de centros de poder, configurando uma separação vertical de poderes, complementar da tradicional separação horizontal de poderes. (CANOTILHO; MOREIRA; 1991, p. 226)

Dessa forma, a Carta Europeia de Autonomia Local destaca já em seu preâmbulo alguns preceitos fundamentais que se coadunam com a ideia de democracia local e participação social no âmbito local, afirmando que “as autarquias locais são um dos principais fundamentos de todo o regime democrático” e que “o direito dos cidadãos de participar na gestão dos assuntos públicos faz parte dos princípios democráticos comuns a todos os Estados membros do Conselho da Europa”, destacando, ainda, que é no nível local que tal direito pode ser mais bem desenvolvido.

Já na Constituição portuguesa, a expressão “autonomia local” aparece uma única vez, denotando a preferência do texto constitucional pelo uso de outra

expressão: “autonomia das autarquias locais”. A autonomia local é elencada como um dos princípios fundamentais (art. 6º, CRP), constituindo limite material em matéria de revisão constitucional, bem como tem seu conteúdo desenvolvido no Título VIII que trata do “Poder Local”. As revisões constitucionais que sucederam a CRP não alteraram a estrutura fundamental no que se refere à autonomia dos autarquias locais, com exceção da revisão constitucional de 1982, que acabou por reforçar a autonomia local restringindo a atuação dos poderes do Governo em relação às autarquias locais no exercício de duas funções administrativas, limitando-se ao exercício da tutela e “eliminando assim a referência ao poder de superintendência que passou a caracterizar a relação do Governo com a administração indireta do estado” (OLIVEIRA, 2013, p. 74) .

As autarquias locais são a verdadeira emanção do poder local, caracterizadas como “pessoas colectivas territoriais dotadas de órgãos representativos que visam a prossecução de interesses próprios e específicos das populações respectivas” (CRP, art. 235º/2). Nelas, diferentemente do Brasil, não há descentralização política e legislativa, mas descentralização administrativa e financeira. Assim, possuem personalidade jurídica, patrimônio e finanças próprias (art. 238º/1) e poder regulamentar⁵⁹ próprio, com os limites estabelecidos no art. 241º da CRP.

Para Rocha (2009, p. 12), as Autarquias locais caracterizam-se como entes administrativos, assim, são “pessoas colectivas de Direito público distintas do Estado e delimitadas territorialmente dentro do âmbito deste, que têm por finalidade essencial a prossecução de interesses específicos das populações inseridas na sua área geográfica”. Já em uma abordagem teleológica-funcional, as Autarquias Locais podem ser descritas como uma das facetas da Administração autônoma, essencialmente se levarmos em conta que “os Interesses públicos a prosseguir não são os Interesses públicos gerais do estado, mas Interesses públicos próprios e específicos (autônomos) das respectivas populações” (ROCHA, 2009, p. 13).

[...] As autarquias, mais do que um dado sociológico, são formas de organização autônoma, de descentralização territorial do estado, dotadas de

⁵⁹ O poder regulamentar é exclusivo das autarquias, mas não atinge o *status* de poder legislativo, porém, ainda assim é autônomo. O poder regulamentar consiste em pormenorizar a Constituição e a legislação ordinária. Na prática o poder legislativo dos municípios brasileiros, tendo em vista os limites de competências expressos na Constituição Federal de 1988 não difere substancialmente do poder regulamentar das autarquias locais.

órgãos próprios e de atribuições específicas e, inequivocamente, são o pilar da organização democrática e constitucional do Estado, confundindo-se com a sua história, e são pré-existentes à própria formação constitucional da organização política. (PRETO, 2013, p. 45)

As Autarquias Locais foram concebidas como “autênticas estruturas de poder local, dotadas de órgãos representativos que visam à prossecução de interesses próprios das populações respectivas, conforme preceituado no art. 237 da CRP” (CANOTILHO; MOREIRA; 1991, p. 226). Assim, fica claro que a “organização das autarquias locais deve ser legislativamente regulada em harmonia com o princípio da descentralização administrativa (art.239º)” (CANOTILHO; MOREIRA; 1991, p. 226).

Após as autarquias locais, surgem as regiões administrativas (Açores e Madeira) enquanto regiões providas de autonomia política, possuidoras de poderes legislativos e executivos próprios, outorgando um dilatado âmbito de atuação política, desde que observados os princípios da integridade da soberania do Estado e normas constitucionais⁶⁰ (CANOTILHO; MOREIRA; 1991, p. 226).

No contexto constitucional português existem duas categorias de autarquias locais: os municípios (concelhos) e as freguesias, sendo a câmara municipal e a junta de freguesia os órgãos executivos e a assembleia municipal e a assembleia de freguesia os órgãos deliberativos que, com exceção da junta de freguesia, são eleitos por sufrágio universal direto. Desse modo, municípios e freguesias são elementos que compõem a democracia e a cidadania portuguesa.

Os municípios ou concelhos são, em Portugal, as autarquias locais (para empregar a locução consagrada tanto na Constituição de 1933 como na de 1976) que têm perdurado ao longo dos tempos e que ainda hoje aparecem revestidos de maior força sociológica. (MIRANDA, 2003, p. 407)

Assim como os concelhos, o constitucionalismo português criou “autarquias inframunicipais – as freguesias – de certa maneira para compensar a extinção de pequenos concelhos a que então se procedeu” (MIRANDA, 2003, p. 407). Após 1976 observou-se um crescimento no número de freguesias existentes, em que pese a existência de leis restritivas que regulavam sua criação, desencadeando, em 2011, uma reforma que reduziu substancialmente o número de freguesias (OLIVEIRA, 2013, p. 307).

⁶⁰ O Artigo 227.º da CRP estabelece o rol de poderes das regiões autónomas.

Uma das demonstrações mais claras da autonomia das autarquias locais refere-se à limitação do poder de ingerência do Governo Central no assuntos locais, restringindo-se ao poder de tutela. Deste modo, só poderá haver tutela do Governo em relação às autarquias locais nos termos e casos expressos em lei, entendendo-se por tutela o poder/conjunto de poderes de controle atribuídos a um órgão ou órgãos de uma pessoa coletiva pública – Estado/regiões autônomas – relativamente à atividade de outras pessoas coletivas. A tutela tem por finalidade a verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos, liminarmente excluindo a tutela de mérito.

Segundo Canotilho e Moreira (2010, p. 746/747), a tutela, que nada tem a ver com o instituto da tutela do Código Civil, incumbe ao Poder Central verificar apenas o cumprimento da lei, por parte dos órgãos autárquicos, excluindo-se assim as tutelas orientadoras, homologatórias substitutivas e recursos tutelares. Assim, não se controla o mérito da administração, mas vela-se apenas pela legalidade da administração, incluindo não apenas as leis em sentido formal, mas, todas as normas que vinculam as autarquias, desde regulamentos da União Europeia e governamentais, até normas editadas pelas próprias entidades autárquicas. Desse modo, a adoção de medidas tutelares exige procedimento justo, devendo ser contextualmente motivado.

Para Miranda e Medeiros (2007, p. 501) o controle de legalidade é garantia essencial da autonomia local. O mérito técnico, econômico, ambiental e social das decisões tomadas pelas autarquias locais apenas pode ser julgado pelo eleitorado ou por via interna – mediante petição de interessado, reclamação ou instrumento administrativo próprio – pelos interessados. Trata-se, portanto, de atividade discricionária das autarquias locais, resumindo-se ao Poder central a análise da legalidade dos atos. Não se trata apenas de apreciar a conformidade dos atos ou omissões das autarquias locais com os atos legislativos, devendo-se levar em consideração o bloco de legalidade ou juridicidade como parâmetro balizador onde se incluem as normas constitucionais, normas de direito internacional recepcionadas pela ordem jurídica interna e de direito comunitário derivado que sejam aplicáveis.

Assim, os poderes tutelares relativos às autarquias locais consubstanciam-se apenas no Governo da república e nos governos regionais – no caso das regiões autônomas. Esta garantia da margem de liberdade da atuação das autarquias locais, relegando ao ente central a mera conformidade legal é demonstração inequívoca do

processo de descentralização e de garantia da autonomia local. Desse modo, garante um governo local autônomo, com margem para decidir e governar de acordo com o interesse local, podendo, com base no princípio da subsidiariedade, efetuar a descentralização em dimensão horizontal, propiciando a ampliação da democracia participativa e fomentando a concretização de uma gestão autônoma com base participativa e compartilhada.

3.4 Participação social no Direito Português

Ao analisar o contexto da participação popular, especialmente no direito administrativo, é necessário observar a evolução dos ordenamentos que tratam da ampliação do espectro democrático sob dois prismas temporais diferentes: o primeiro deles, antes do pós-guerra, correspondente ao direito administrativo Napoleônico que perdurou e se expandiu no século XIX até a 2ª Grande Guerra, quase desconhecia qualquer princípio referente à participação pública na atividade administrativa. Mesmo em Estados Democráticos que adotaram sistemas semelhantes ao francês ou britânico, a materialização do princípio da participação era discreta e frágil, não indo além de meras garantias como o direito à informação acerca do andamento de procedimentos administrativos, mesmo que desacompanhados de tutela jurisdicional e direito à audiência prévia do acusado em sede de procedimentos disciplinares. Excepcionalmente, admitiam-se formas análogas de participação nos procedimentos administrativos (QUADROS, 2005, p. 109).

Tal contexto se transforma radicalmente após o advento da 2ª Guerra Mundial, reforçando-se os dispositivos que tratam da participação dos particulares no exercício do poder administrativo, passando a integrar-se no contexto geral de proteção e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos que ganharam importante destaque com a edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. Quadros (2005, p. 109) refere que justamente a Alemanha foi a precursora da salvaguarda dos direitos dos particulares à participação no exercício do poder administrativo, especialmente em sede de procedimento administrativo. Nesse contexto, em 1976 a Alemanha aprova a Lei do Procedimento Administrativo (“Verwaltungsverfahrensgesetz”) que consagra o direito de participação dos cidadãos nos procedimentos administrativos em diversas matérias, o que acabou

influenciando, de forma direta, o Direito Administrativo de uma série de Estados europeus, dentre eles, Portugal.

A Constituição da República Portuguesa, de 1976, majorou substancialmente o âmbito de alcance da participação dos cidadãos em sede de poder administrativo, elencando explicitamente tal matéria em seu artigo 267º, n. 5, que trata da Estrutura da Administração, garantindo no processamento da atividade administrativa “a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito”. Também nesse artigo é previsto, no nº 1, que a Administração Pública portuguesa será estruturada de forma a “aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva” afirmando que esse processo se fará através de “associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática”. Assim, vislumbra-se que a questão da participação dos particulares na seara do poder administrativo é tratada como preceito essencial na Lei Maior portuguesa.

O artigo 267º foi materializado na edição do Código de Procedimento Administrativo (CPA) de 1991 (atualmente com quatro revisões, sendo a última através do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29/01), que elenca em seu preâmbulo que um dos objetivos do CPA é justamente “assegurar a informação dos interessados e a sua participação na formação das decisões que lhes digam respeito” e enuncia os Princípios Gerais em seu Capítulo II da primeira parte do código.

O artigo 7º trata do princípio da colaboração da Administração com os particulares e dispõe que “os órgãos da Administração Pública devem actuar em estreita colaboração com os particulares, procurando assegurar a sua adequada participação no desempenho da função administrativa”. Este dispositivo denota a clara abertura democrática na seara público-administrativa, podendo falar-se em gestão pública compartilhada, com cada polo da relação jurídico-administrativa atuando conforme seus deveres e possibilidades. Assim, igualmente, essencial destaque merece o disposto no artigo 8º que trata do “Princípio da participação”:

Os órgãos da Administração Pública devem assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objecto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes disserem respeito, designadamente através da respectiva audiência nos termos deste Código.

Dessa maneira, não só se elenca o direito do particular de participar ativamente das decisões administrativas a que lhes forem afeitas, mas, admite-se a intervenção de associações, dentre os quais os sindicatos e entidades representativas de classe, na defesa de interesse coletivo de seus representados. Da leitura desses dois dispositivos, decorre do Código de Procedimento Administrativo sua concretização, especialmente do Princípio da participação, por meio da disciplina da “audiência Prévia” (arts. 100° a 105°) e do “direito de informação”, previsto nos arts. 61° a 65°, onde se faz pertinente transcrever o disposto no art. 65° que trata do “Princípio da administração aberta”:

1 - Todas as pessoas têm o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, mesmo que não se encontre em curso qualquer procedimento que lhes diga directamente respeito, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.

2 - O acesso aos arquivos e registos administrativos é regulado em diploma próprio.

Tal dispositivo assemelha-se em grande parte com a Lei de Acesso à Informação⁶¹ (Lei nº 12.527/2011) no Brasil e que regulamenta o direito constitucional de acesso às informações públicas. É pressuposto de qualquer forma de controle social efetivo, a possibilidade de acesso e conhecimento sobre as informações acerca de órgãos e entidades constantes da Administração Pública, salvo àquelas resguardadas sob sigilo. Tal dispositivo é ferramenta ímpar à transparência, a pedra fundamental da gestão compartilhada da qual a sociedade deve ser parte atuante, enquanto interessado, administrado e fiscal.

Saindo da esfera do CPA, sem objetivo de abordar a totalidade dos dispositivos legais constantes na estrutura jurídica de Portugal que tratam da possibilidade de participação popular, destacam-se dois mecanismos em especial: o primeiro refere-se à Lei nº 83/95, que disciplina o “direito de participação procedimental e de acção popular”. Quanto ao Direito de participação popular, frisa-se especialmente o “direito de audiência prévia na preparação de planos ou na localização e realização de obras e investimentos públicos”, conforme estatui seu

⁶¹ Tal norma entrou em vigor em maio de 2012 e criou mecanismos que possibilitam, a qualquer pessoa, física ou jurídica, sem necessidade de apresentar justificativa, requerer o recebimento de informações públicas dos órgãos e entidades da União, Estados e Municípios. A lei aplica-se, inclusive, às entidades privadas sem fins lucrativos a dar publicidade a informações referentes ao recebimento e à destinação dos recursos públicos por elas recebidos.

art. 4º e seguintes. Já o direito de ação popular reveste-se de duas formas “uma acção procedimental administrativa, que se desdobra numa acção popular propriamente dita e num recurso contencioso de anulação, e uma acção popular civil, regulada genericamente como uma acção processual civil” (QUADROS, 2005, p 113).

O segundo mecanismo que merece destaque é a previsão do Decreto-Lei nº 380/99⁶² que recepciona um substancial direito de participação social em matéria de Direito do Urbanismo. Com semelhanças ao Estatuto da Cidade brasileiro, o Decreto estabelece o regime jurídico dos instrumentos de gestão do território, dos planos de ordenamento e urbanismo nos três níveis: nacional, regional e municipal. Cabe destaque o seu art. 6º, número 1 e 2, que trata do Direito de participação:

1 - Todos os cidadãos bem como as associações representativas dos interesses económicos, sociais, culturais e ambientais têm o direito de participar na elaboração, alteração, revisão, execução e avaliação dos instrumentos de gestão territorial.

2 - O direito de participação referido no número anterior compreende a possibilidade de formulação de sugestões e pedidos de esclarecimento ao longo dos procedimentos de elaboração, alteração, revisão, execução e avaliação, bem como a intervenção na fase de discussão pública que precede obrigatoriamente a aprovação.

Em regime de participação dos administrados no exercício do poder administrativo, Portugal tem destaque como um dos mais amplos regimes em sede de Direito Administrativo Comparado, o que não acarreta, necessariamente, em uma fórmula de sucesso de atuação conjunta entre sociedade e poder público. Quadros (2005, p. 115) ressalva que de um lado a Administração pública tem oferecido resistência aos preceitos da participação garantidos por lei, em especial em relação ao cumprimento integral “dos direitos dos particulares à informação, especialmente do direito a consultarem e serem informados, em prazo curto, do estado de procedimentos administrativos em que estejam interessados”. No entanto, por outro lado, os administrados têm utilizado, por vezes de forma abusiva, seu direito à participação, na intenção de retardar ou prejudicar o curso natural do procedimento administrativo.

Quadros (2005, p.116) destaca, ainda, a necessidade de aperfeiçoamento do exercício desse direito, com vistas à obtenção de um consenso entre interesse da

⁶² O Decreto sofreu alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 53/2000, de 7 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 310/2003, de 10 de Dezembro.

administração e administrados que viabilizem a atividade administrativa revestida do caráter democrático que lhe é inerente “de tal modo que este, por um lado, seja integralmente respeitado, mas, por outro lado, dê a devida ponderação ao interesse público no bom, eficaz e célere andamento do procedimento administrativo (QUADROS, 2005, p. 116)”.

Há de se superar os entraves, tanto na esfera da administração pública, quanto dos eventuais abusos cometidos por particulares com uso de recursos procedimentais meramente protelatórios. Para tanto, não se descarta a necessidade de implementação, por exemplo, de dispositivos de responsabilização sobre a administração que retardar prestação de informação a que tem guarda, bem como, sobre o administrado que se utilizar de meios legais de forma abusiva para turbar o procedimento administrativo.

No entanto, mais importante do que a superação e equalização desses desajustes entre administração e administrados, é a demonstração inequívoca do ordenamento jurídico português, no sentido da abertura democrática e da interação entre Poder Público e Sociedade. Tanto em sede de mecanismos constitucionais, quanto na estrutura infraconstitucional, é possível vislumbrar-se a preocupação em garantir a autonomia das autarquias locais, a efetivação do princípio da subsidiariedade e a intenção de criar uma gestão pública compartilhada. Portanto, é inequívoco o direcionamento de toda a estrutura política do Estado para a pessoa humana que é sua própria razão de existência, enquanto sujeito ativo da política:

O cidadão tem ao mesmo tempo deveres para com o seu semelhante, para com a comunidade de que faz parte, utilizando, nomeadamente, as estruturas políticas que, por isso, estão ao seu serviço. Estas considerações sobre a dignidade da pessoa humana, constitucionalmente apoiadas, são fundamentais para entendermos devidamente o conceito de soberania popular (soberania do povo, vontade popular). A dignidade da pessoa humana fundamenta e baliza a ideia de soberania popular. A dignidade da pessoa constitui o sustento da ideia de soberania popular. (OLIVEIRA, 2013, p. 85/86)

Acredita-se que Portugal também detém um arcabouço jurídico que se coaduna com a efetivação de um Direito Social Condensado. Tal direito que, não pressupõe a substituição da democracia representativa, nem tampouco pretende subtrair a competência legislativa estatal, mas tão somente tornar a estrutura jurídica mais permeável às interações de sua comunidade, passível de efetuar a transição de um sistema jurídico fechado para um sistema jurídico aberto, desde a influência

dos pré-intérpretes constitucionais até a gestão compartilhada dos governos locais, onde a sociedade possa ser parte integrante, tanto enquanto partícipe do processo de criação, implementação e administração de políticas públicas, como enquanto destinatários das ações de uma gestão pública democrática.

CONCLUSÃO

Antes de apresentar as principais conclusões desta dissertação, faz-se necessário recapitular o objeto de estudo, o problema envolvido e as hipóteses levantadas levando a termo o presente trabalho com os resultados apropriados, em tese. Nesse sentido, o objetivo geral e o próprio problema em análise se condensam na mesma questão, que é a possibilidade de (co)existência de um Direito Social Condensado, conforme a teoria do direito social de Georges Gurvitch, com as atuais estruturas constitucional e legal existentes no Brasil e em Portugal, através da participação e do controle social da gestão pública.

As hipóteses levantadas para responder ao problema versavam acerca de duas possibilidades antagônicas: a primeira, que afirma a possibilidade da existência de um Direito Social Condensado, nos moldes propostos por Gurvitch. Aqui seria possível vislumbrar, com a atual estrutura jurídica, um Estado Constitucional Democrático e permeável às decisões da sociedade, em uma lógica de gestão compartilhada, conforme o referencial constitucional, ainda que com os necessários aprimoramentos dos instrumentos de participação e da ampliação da participação social mais qualificada. Já a segunda hipótese possui caráter de negação: o arcabouço constitucional e legislativo, bem como os instrumentos de participação e controle social, não seriam suficientes para concretizar a existência de um Estado Constitucional democrático permeável às decisões da sociedade, conforme a teoria do Direito Social Condensado proposto por Gurvitch.

Desta forma, foram propostos quatro objetivos específicos, dos quais os dois primeiros correspondem ao primeiro e segundo capítulos, respectivamente, e os dois últimos estão distribuídos no derradeiro capítulo.

O primeiro objetivo específico reside na construção de um esboço da ideia de Direito Social de Gurvitch e suas espécies, bem como a contextualização da crise do paradigma do monismo jurídico estatal do Estado Contemporâneo. Para tanto, foram tratadas as fases de expansão do modelo econômico liberal, correlacionando com a expansão da burguesia, paralelamente à consolidação do paradigma jurídico monista, conjuntamente com a solidificação da democracia representativa como o modelo hegemônico de representação da grande maioria dos Estados Ocidentais.

A análise perpassa as quatro fases do modelo econômico hegemônico e a concepção do Estado liberal e seu paradigma jurídico, desde sua gênese, sua expansão e consolidação, passando pelo ápice e chegando à constatação de sua aparente crise. Essa crise do modelo hegemônico se dá paralelamente à crise do paradigma monista frente à incapacidade dos atuais modelos jurídicos do Estado Moderno de responder satisfatoriamente às demandas sociais. Ainda no capítulo inicial, realiza-se uma análise teórica da ideia do Direito Social de Georges Gurvitch, relacionando-a com a existência de um pluralismo jurídico, destacando suas características essenciais, apresentando as diversas espécies de direito social e buscando adequar a teoria do Direito Social Condensado com a lógica constitucional democrática do Estado Moderno, enquanto estratégia de (re)arranjo institucional, possibilitando uma relação mais qualificada e simbiótica entre poder público e sociedade.

O segundo objetivo específico é tratado no capítulo seguinte, onde se examina o papel da sociedade enquanto pré-intérprete constitucional, na ideia de Peter Häberle de que todo aquele que vive a Constituição também atua como intérprete, ou, ao menos, como pré-intérprete de suas normas. Busca-se mostrar o papel da sociedade e do cidadão e o seu grau de influência na ordem jurídica estatal, tanto no ápice normativo – enquanto intérprete *lato senso* da Constituição – quanto na base do Estado, que corresponde ao Espaço Local. Desse modo, analisa-se a participação social e sua possibilidade de atuar nas decisões no espaço local, no âmbito municipal, sob os pressupostos da descentralização e do princípio da subsidiariedade.

Assim, ainda no segundo capítulo, ressalta-se o evento que facultou ao município ter sua autonomia reconhecida e consagrada, precisamente com o advento da Constituição Federal de 1988, que corroborou com sua capacidade de auto-organização e sua posição de destaque no contexto político nacional, inclusive evidenciada por sua competência exclusiva para a elaboração de Lei Orgânica própria. Destarte, o município afirmou-se como elemento preponderante na gênese de uma nova lógica político-administrativa que faculta uma descentralização dos assuntos de interesse local, especialmente no que tange à implementação de políticas públicas próprias e de facultar ao poder local, sob a forma de democracia participativa, deliberar e planejar sobre as matérias do seu âmbito.

Tem-se ainda o fato da Constituição Federal estabelecer duas formas de participação popular que devem constar nas leis orgânicas municipais, como a cooperação das associações representativas no planejamento municipal e a possibilidade da iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, desvelando o viés democrático que a Constituição tenta inculcar ao plano institucional brasileiro, retirando do poder público a exclusividade da gestão pública.

O terceiro capítulo buscou examinar os instrumentos constitucionais e legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Buscou-se, ainda, explicar o papel das autarquias locais na organização político-administrativa de Portugal e os mecanismos e instrumentos de participação e controle social no Direito Constitucional Português, elencando as garantias de sua autonomia local, tanto na Carta Europeia de Autonomia Local quanto na Constituição da República Portuguesa, denotando especial proteção à possibilidade das autarquias locais, juntamente com suas respectivas populações, decidirem os rumos de sua política, conforme preceituado pelo princípio da subsidiariedade, relegando ao Governo Central apenas a tutela, acerca da legalidade dos atos das autarquias.

Ademais, é de se referir que a demanda pela democratização dos espaços públicos institucionais é um dos reflexos da crise do Estado moderno. A democracia representativa, oriunda do modelo liberal econômico, não consegue mais atender satisfatoriamente as diferentes demandas oriundas de uma sociedade cada vez mais plural. Assim, os Estados passaram a incorporar, em seus ordenamentos jurídicos, diversos mecanismos e instrumentos factíveis de tornar a gestão pública compartilhada, envolvendo todos os setores da sociedade. Disso não são exceções os Estados Brasileiro e Português, face ao caráter democrático de suas Constituições e os inúmeros instrumentos legais, de ampla abertura democrática, figurando como destaque a Lei de Responsabilidade Fiscal e o Estatuto da Cidade no Brasil, e instrumentos constitucionais que garantem participação dos administrados e a autonomia das autarquias locais em Portugal.

Ainda que formalmente se tenham os instrumentos necessários à democratização do espaço público, materialmente ainda se busca a construção de um empoderamento mais efetivo e pragmático dos cidadãos diante das ferramentas colocadas à sua disposição. Alguns municípios ainda estão em fase inicial de implantação de mecanismos participativos e alguns outros operam de forma precária. Tais mecanismos têm de estar coadunados com a realidade de cada

espaço local, serem claros e passíveis de ser vislumbrados pelos atores sociais. O tecnicismo que envolvia o planejamento urbano não pode se esquivar de seu papel, devendo atuar de forma compartilhada, clarificando os temas e possibilitando a efetivação de uma decisão pública não apenas quantitativa e legitimada democraticamente, mas, sobretudo, qualitativa.

A gestão democrática do espaço local, seja ela nos municípios, ou nas freguesias, deve ser passível de produzir um ambiente plural, onde todos tenham espaço de atuação e que possam desenvolver suas atividades de forma sustentável, devendo, para isso, fiscalizar constantemente os espaços de participação para que a decisão popular esteja imune de ser cooptada por grupos de interesse ou, ainda, ser reduzida à atuação de uma parcela representativa de interesses corporativos. Desse modo, conclui-se como substancialmente plausível a concepção de um Estado Constitucional Democrático de base pluralista, coadunado com a ideia de Direito Social Condensado, com ampla interpenetração entre a ordem jurídica estatal e os fatos normativos da comunidade subjacente – sociedade – e desvelando uma nova e qualificada forma de relacionamento entre poder público estatal e os cidadãos.

REFERÊNCIAS

ABRÚCIO, Fernando L. Para além da descentralização: os desafios da coordenação federativa no Brasil. In: FLEURY, Sônia (Org.). *Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil e Espanha*. Rio de Janeiro: FGV, p. 77-125, 2006.

ALMEIDA, Lindijane de Souza Bento. Gestão Pública e Democracia: Os Conselhos Gestores de Saúde da Região Metropolitana de Natal-RN. In: *Revista Democracia e Participação*. V.1, n.1. p. 44-72. Brasília: Secretaria Geral da Presidência da República, 2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARRETCHE, Marta T. *Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas?* Revista brasileira de ciências sociais, v. 31, 1996. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Marta/RBCS_96.pdf> Acesso em: 14 Out. 2014

AVRITZER, Leonardo. *Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático*. Opinião Pública, Campinas v. 14, n. 1, p. 43-64, 2008.

BARACHO, Alfredo de Oliveira. *O princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 61.

BOBBIO, NORBERTO; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. V1. 11.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BOLSA-FAMÍLIA. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS). Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia>> Acesso em 20 nov. 2014

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Brasília: Centro Gráfico, 2012.

_____. *Estatuto da Cidade: Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm> Acesso em 07 Nov. 2014.

_____. Lei de Responsabilidade Fiscal. lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acesso em 05 Dez. 2014.

_____. Lei nº 12.593, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2012 a 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12593.htm> Acesso em 20 Nov. 2014.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *La descentralización del poder en el estado democrático contemporáneo*. Córdoba, 2003.

Disponível em: <<http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/l.1.874.pdf>> Acesso em 05 jun. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da Cidade. In: DALLARI, A; FERRAZ, Sérgio. (Orgs.). *Estatuto da cidade: comentários à lei federal 10.257/2001*. 3.ed. v. 10, n. 2. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

_____. *Constituição República Portuguesa Anotada - Volume II - Artigos 108.º a 296.º*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*. 9. Ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário São Paulo: Malheiros, 2013.

CARRERA, Angel Boixareu. *El principio de subsidiariedad*. In: Revista de Instituciones Europeas, V. 21, Madrid, 1994, p.771-808.

CASTELLS, Manuel. *The new public sphere: Global civil society, communication networks, and global governance*. In: The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, v. 616, n. 1, p. 78-93, 2008.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. *El derecho que nace del pueblo*. Mexico: Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes, 1986.

DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. *A Reprodução Social: Descentralização e Participação, as novas tendências*. v.3. São Paulo, 2001. Disponível em <<http://dowbor.org/2003/10/descentralizacao-e-participacao-as-novas-tendencias-2.html/>> Acesso em 12 Out. 2014.

FARAH, Marta F. *S.Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo*. Revista de Administração Pública, V. 35, nº 1, 2001, p. 119-145.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos. *Os municípios ea: Lei de responsabilidade fiscal*. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2001.

FILHO, João Telmo de Oliveira. 10 Anos do Estatuto da Cidade e a (In)Efetividade dos Instrumentos de Participação popular. In: MUSSI, Andréa Q; GOMES, Daniela; FARIAS, Vanderlei de O. (Orgs.). *Estatuto da cidade: os desafios da cidade justa*. v.1 P. 284-298. Passo Fundo: IMED, 2011.

FLEURY, Sônia. Democracia, descentralização e desenvolvimento. In: FLEURY, Sônia (Org.). *Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil e Espanha*. Rio de Janeiro: FGV, p. 77-125, 2006.

GENRO, Tarso. Orçamento participativo e o Estado. In: *Orçamento participativo: a experiência de Porto Alegre*. Porto Alegre: Fundação Perseu Abramo, 1997.

GUEDES, José Rildo de Medeiros. *Comentário à Lei de Responsabilidade Fiscal*. Rio de Janeiro: IBAM, 2001

GURVITCH, Georges. *La Idea Del Derecho Social*. Noción y Sistema Del Derecho Social. Granada: Comares S.L., 2005.

_____. *Le Temps Présent et l'Idée du Droit Social*. Paris, J. Vrin, 1931.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: SA Fabris, 1997.

HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o espaço local: Uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

_____. *Município na Constituição: poder local no constitucionalismo luso-brasileiro*. Curitiba, Juruá, 2012.

_____; FRANZ, Diogo. (Re)definindo o pacto federativo: Uma proposta a partir subsidiariedade e do municipalismo. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (orgs.). *Direito e Políticas Públicas VII*. Santa Cruz do Sul, Edunisc: 2012. p. 195 a 214

HESPANHA, António Manuel. *História das instituições: épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. Trad. MONTEIRO, João Paulo; SILVA, Maria Beatriz Nizza da. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>

Acesso em 27 Set. 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Trad. CRUZ, Mário Ribeiro da. São Paulo: Editora Atlas, 1992.

KONDO, Seiichi. Et al. *Transparência e responsabilização no setor público: fazendo acontecer*. Brasília: MP, SEGES, 2002.

KUJAWA, Israel; KUJAWA, Henrique. Estatuto das Cidades Interfaces entre Gestão Democrática e as Políticas Públicas. In: MUSSI, Andréa Q; GOMES, Daniela; FARIAS, Vanderlei de O. (Orgs.). *Estatuto da cidade: os desafios da cidade justa*. v.1 P. 238-251. Passo Fundo: IMED, 2011.

KRELL, Andreas J. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2005.

LINO, Pedro. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal: Lei Complementar nº 101/2000*. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo: Cortez, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Constituição e Cidadania*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada - Tomo III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *A idéia de direito social - O pluralismo de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MUKAI, Toshio. *O estatuto da cidade: anotações a lei n. 10.257, de 10-7-2001*. 2.ed. São Paulo, Saraiva: 2008.

OLIVEIRA, António Cândido de. *Direito das Autarquias Locais*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Responsabilidade Fiscal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAPA PIO XI. *Encíclica Quadragesimo-Anno*. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html> Acesso em: 28 Out. 2014.

PEDRO, Lenza. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PELLIZZARI, Silvia. Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione. *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, n. 3, p. 593-621, 2011.

PEREZ, José Luis Monereo; PRIETO, Antonio Márquez. Studio Preliminar: La "Idea del Derecho Social" en la Teoría General de los Derechos: El pensamiento de Gurvitch. In: GURVITCH, Georges. *La Idea Del Derecho Social*. Noción y Sistema Del Derecho Social. Granada: Comares S.L., 2005.

PIRES, Roberto; VAZ, Alexander. *Participação social como método de governo? Um mapeamento das " interfaces socioestatais" nos programas federais*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/boletim_analise_politico/11112_9_boletim_analisepolitico_01_cap8> Acesso em 20 Nov. 2014.

PORTUGAL, *Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em 12 Nov. 2014.

PRETO, António Ramos. A reorganização territorial: um processo em curso. In: OLIVEIRA, António Cândido. *As Assembleias Municipais e a Reforma do Poder Local*. Braga: Núcleo de Estudos de Direito das Autarquias Locais - NEDAL, 2013. p. 39-45.

QUADROS, Fausto de. O Princípio da Participação no Direito Administrativo Português. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2005.

QUEIROZ, Cid Heraclito; *A Lei de Responsabilidade Fiscal no Contexto da Reforma do Estado*. Ministério do Planejamento. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro_lrf/Cid.pdf> Acesso em 06 Out. 2014.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Tramas entre subjetividades e direito: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ROCHA, Joaquim Freitas da. *Direito financeiro local:(finanças locais)*.Braga: CEJUR, 2009.

RODRIGUES, Marta Maria. Assumpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: Publifolha, 2011

SANTIN, Janaína Rigo. *O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal*. 2007. Disponível em:

<<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12878.pdf>> Acesso em 15 Out. 2014.

_____. Poder Local e Gestão Democrática Municipal: uma análise a partir da teoria do discurso em Jürgen Habermas. In: HERMANY, Ricardo. (Org.) *Empoderamento Social Local*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 419-434.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. Cortez, 2008.

_____. Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SOARES, José Arlindo; GONDIM, Linda. Novos modelos de gestão: Lições que vem do poder local. In: BAVA, Silvio Caccia; SOARES, José Arlindo.(Orgs). *Os desafios da gestão municipal democrática*. 2. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2002. p. 61-96.

STRECK, Lenio Luiz; CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira (Ed.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson A; FERRAZ, Sérgio. (Orgs.). *Estatuto da cidade: comentários à lei federal 10.257/2001*. 3.ed. v. 10, n. 2. São Paulo: Malheiros, 2010.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*.v.1. Brasília:UNB, 1991.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3.ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.