
A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO PROCESSO LEGISLATIVO E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Bernardo Vassalle de Castro

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – MG.
End. eletrônico: bernardo@guimaraesoriosorpinheiro.com.br

Resumo: A participação da sociedade na esfera pública e a necessidade de legitimação do exercício do poder estatal são exigências inafastáveis para afirmação do Estado Democrático, proclamado na Constituição de 1988. O presente estudo tem por objetivo reunir esses temas e desenvolvê-los sob a perspectiva do desenvolvimento sustentável. Considerando o princípio democrático que orienta o novo modelo de Estado que se pretende construir, o presente ensaio tenta contribuir com as discussões sobre a participação da sociedade na consecução do interesse público e com o desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Participação. Logística. Desenvolvimento sustentável.

SOCIAL PARTICIPATION IN THE LEGISLATIVE PROCESS AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Abstract: *Both the participation of society as well as the necessity of legitimacy of the exercise of governmental power are crucial aspects for the affirmation of the democratic state, once proclaimed by the 1988 Brazilian constitution. The present study intends to bring these themes together and develop them according to an approach of sustainable development. Considering the democratic principle that guides the new future state model, this essay intends to contribute to the discussions about the participation of society in order to achieve public interest and a sustainable development as well.*

Key words: *Participation. Logistic. Sustainable development.*

1 INTRODUÇÃO

As salsichas e as leis

“Os cidadãos não poderiam dormir tranquilos se soubessem como são feitas as salsichas e as leis.”

Mesmo hoje, no nosso afamado Estado Democrático de Direito, a célebre frase atribuída a Otto von Bismarck é ainda muito atual. Qual o marco regulatório do pré-sal? Sal? Seria o tempero das salsichas citadas pelo chanceler do império germânico? Quais os interesses que circundam a definição da forma de extração de gás e petróleo nesse conjunto de reservatórios antigos? Como uma lei se relacionaria com essa atividade desconhecida, potencialmente lucrativa e impactante? E as questões ambientais que envolvem a exploração? E os royalties? Como administrar, na definição do marco regulatório, interesses tão distintos e aparentemente conflitantes? E o que nós temos a ver com tudo isso?

A extração de petróleo e gás das camadas do pré-sal envolve os mais diversos interesses (públicos e privados) e tem repercussões econômicas, políticas, sociais e ambientais incalculáveis. A importância da norma jurídica nesse contexto é indiscutível. O que precisa ser urgentemente examinado é como serão elaboradas as leis que regulamentarão essa atividade.

A questão do pré-sal é apenas um exemplo da necessidade de ampliarmos os debates de temas aparentemente distantes das nossas realidades, mas extremamente afetos ao desenvolvimento do nosso país, que cotidianamente são objetos de escolhas políticas feitas em nosso nome, muitas vezes à nossa revelia. Poderíamos tratar da reforma tributária e do princípio do poluidor-pagador, do direito agrário, minerário, das águas, enfim... O que é importante ressaltar é que a definição de uma legislação específica para temas tão complexos, polêmicos e ressoantes é tarefa da sociedade; não de fazedores de salsicha.

Assim, ousar discordar da frase citada no início deste artigo. Os cidadãos só poderão dormir tranquilos quando souberem como são feitas as leis e, sobretudo, quando puderem contribuir para a formação das normas jurídicas. O desenvolvimento sustentável requer a conscientização da importância da transparência na elaboração normativa e da criação de processos que permitam a discussão responsável de valores e dos interesses que envolvem a formação das leis.

2 A IMPORTÂNCIA DA LEI PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A primeira metade do século XX marcou a grande preocupação da comunidade jurídica pela dogmática, pela aplicação do direito posto, pelas técnicas de interpretação e hermenêutica. O momento de criação normativa nunca foi o foco da investigação científica, não obstante sua fundamental relevância para a coerência e consistência do sistema jurídico.

Nossa concepção tradicional da Ciência do Direito sempre desenvolveu a metodologia da interpretação, procurando ordenar a matéria tratada na norma a partir de uma reflexão sistemática dos princípios e instituições específicos de cada ordenamento jurídico. A produção normativa nunca foi preocupação central da Ciência do Direito e, conseqüentemente, teve apenas um papel marginal na formação dos juristas¹.

O desafio de compatibilizar o Direito com os anseios da sociedade, principalmente em um tempo de interesses plúrimos, transindividuais e difusos marca uma nova época, em que a norma jurídica deve ser tratada considerando-se a importância fundamental que possui para a afirmação do ideal democrático e do desenvolvimento sustentável.

Este ensaio, longe de se posicionar como positivista utópico e cultuar a norma como único instrumento capaz de solucionar todos os problemas do imaginário jurídico e os reais, tem como proposta a visualização do Direito como uma construção humana e participativa; de fato dialógica². Não se trata de uma apologia pura e simples ao positivismo hermético, e sim de uma busca pela consecução da justiça, do desenvolvimento humano e social, com a consciência de que a norma jurídica integra necessariamente esse processo.

Qualquer projeto de desenvolvimento sustentável perpassa por uma avaliação prospectiva de cenários que considere os diversos interesses que circundam a matéria objeto da intervenção estatal, pelo planejamento legislativo e pela participação da sociedade na definição dos marcos regulatórios.

A participação social na esfera pública e a necessidade de legiti-

¹ MADER, 1991, p. 39.

² Como observa Karl Engisch: “A lei não é uma grandeza apoiada sobre si própria e absolutamente autônoma, algo que haja de ser passivamente aceite como mandamento divino, mas, antes, estratificação e expressão de pensamentos jurídicos aos quais cumpre recorrer a cada passo, sempre que pretendamos compreender a lei corretamente, ou ainda eventualmente restringi-la, completá-la e corrigi-la.” (ENGISCH, 2008, p. 367)

mação do exercício do poder estatal são exigências inafastáveis para afirmação do Estado Democrático, proclamado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3 A formação da norma jurídica no paradigma de Estado Liberal

A norma geral e abstrata, racionalmente posta, tendo como centro de imputação o homem, foi pensada para tornar possível o ideal de liberdade e, de fato, cumpriu com o objetivo de garantir teoricamente proteção aos indivíduos contra os arbítrios do Estado Absolutista. A lei como produto da razão humana, manifestada pela vontade geral a partir dos representantes do povo, foi a grande construção do liberalismo como reação à concepção monárquica do Estado. Na sua origem, representou a segurança jurídica pretendida pela burguesia para defender seus interesses econômicos de livre circulação de bens, de liberdade de comércio e propriedade.

O primado da lei, sustentado pela tripartição de funções, surgiu com o objetivo de garantir a liberdade individual pela limitação do poder estatal. Estabeleceu uma espécie de padrão de certeza e universalidade de condutas que, em tese, viabilizou um sentimento de igualdade entre os destinatários da norma jurídica.

Como instrumento proposto para limitação do poder soberano, o princípio da legalidade representou um enorme avanço político e viabilizou a igualdade formal e a segurança jurídica, fundamentais às aspirações burguesas. Entretanto, para tentar alcançar a segurança capaz de impedir a tirania do soberano, o Estado Liberal estruturou-se a partir de uma lógica de sujeição e subordinação do cidadão ao poder constituído. Essa sujeição foi legitimada pela supremacia da norma jurídica definida unilateralmente pelo Estado, único apto a determinar os interesses da sociedade e revelá-los pela lei.

No Estado Liberal, somente o poder constituído tinha a prerrogativa de definir o interesse social a ser protegido. A contribuição da sociedade para a formação da vontade da Administração era indireta e consistia exclusivamente no voto dos poucos que então eram considerados cidadãos para a escolha de seus representantes.

A construção do ordenamento jurídico era reservada aos representantes eleitos pela burguesia para a defesa de seus interesses políticos e econômicos, e a norma, ou muitas vezes a ausência de regulamentação legal, longe de proteger interesses públicos e os ideais de igualdade e frater-

nidade, manifestava as veleidades dos detentores do poder. A consolidação do Estado Liberal foi, por isso, um processo que não significou imediata ruptura com as estruturas absolutistas.

A unilateralidade e a subordinação, marcantes no antigo regime, continuaram presentes na forma de elaboração da norma. A lei, pensada como instrumento de liberdade, foi utilizada de forma autoritária pelo Estado, que se mostrou unilateral mesmo no plano teórico.

Contraditoriamente, ao homem elevado a fundamento de existência da norma jurídica não foi dada a possibilidade de efetiva participação na elaboração do ordenamento. A construção liberal da norma jurídica não permitiu a participação social e por isso distanciou o cidadão dos núcleos de decisão do Estado. O mero reconhecimento da liberdade geral e a ficção da igualdade formal, importantes contra os abusos dos déspotas, não bastam para a consecução de uma sociedade justa.

A ideia do pacto social como origem do poder oferece uma explicação compreendida na própria essência do poder político que fundamenta o Estado na vontade das pessoas que constituem a sociedade. A justificativa ideológica universalista e democrática do Estado Liberal reduziu o primado da lei aos que integravam o universo político liberal; minoria elitista que detinha o poder. O Estado garantidor das liberdades individuais e da segurança do direito de propriedade dos cidadãos não alcançou, na visão retrospectiva de hoje, a organização da sociedade de maneira justa, apesar de os preceitos teóricos garantirem, em tese, a igualdade formal dos homens perante a ordem jurídica. No Liberalismo, a mera conformidade com a lei garantia a legitimidade das condutas e da própria atuação do Estado, ainda que desconsiderados os aspectos axiológicos e as efetivas demandas sociais³.

A pretensa garantia geral de igualdade revelou, na verdade, a imposição autoritária da vontade de poucos, e os pressupostos para a afirmação da lei como único instrumento de regulação social não se realizaram desde sua concepção⁴. Ficou claro que a normatização liberal careceu de legitimidade, e a festejada regra da maioria teorizada foi manipulada, dan-

³ GOULART, 2008, p. 26.

⁴ “A imposição do direito oficial, escrito e legislativo, significou, assim, uma estratégia de dissolução da ordem periférica e sua substituição por mecanismos disciplinares cujas condições de eficiência não estavam aí verificadas. Em contrapartida, os mecanismos tradicionais de regulação e de composição deixam de poder ser invocados perante os órgãos do Estado. Nem sempre nos damos conta da dimensão deste fenómeno como fator de alienação político-jurídica e de exclusão de largos estratos da população da vida jurídica oficial.” (HESPANHA, 1993, p. 18)

do origem às mais severas formas de desigualdade social⁵.

A igualdade política meramente formal do Estado Liberal foi incapaz de superar as injustiças sociais e engendrou uma sociedade desequilibrada que favoreceu o acúmulo de bens pela burguesia⁶. A lógica liberal clássica excluiu da tutela estatal, principalmente do Legislativo, questões relativas a interesses difusos e metaindividuais.

Peguemos como exemplo uma indústria têxtil do final do século XVIII e analisemos o cenário de expansão da produção industrial a partir de uma ótica liberalista. Nesse contexto haveria espaço para edição de normas tendentes à redução da emissão de gases poluentes? E para leis que objetivassem garantir a proteção do meio ambiente do trabalhador? Não haveria espaço para esse tipo de regulação, nem para os eventuais defensores dessas ideias.

Evidentemente, os interesses de alguma forma aparentemente contrários aos anseios capitalistas da burguesia detentora do poder ficaram ao largo da intervenção legislativa mínima do Estado.

No plano da legitimação, o sistema de representação como estruturado no paradigma liberal afastou o cidadão dos núcleos de poder e decisão do Estado, e o pressuposto do reconhecimento do Direito como construção social se perdeu na ausência de transparência dos laços de participação e representação política. No plano do conhecimento, os pressupostos de acesso e de inteligibilidade do conteúdo normativo enfrentaram a ineficácia dos instrumentos de comunicação do Direito e os problemas relacionados à linguagem e à técnica legislativa⁷.

Com o Liberalismo não surgiu, na realidade, uma sociedade de homens livres e iguais⁸.

É claro que precisamos entender o contexto de inserção dos ideais liberais e interpretá-los historicamente como preceitos que objetivavam combater a atuação arbitrária das monarquias absolutistas. Não podemos hoje, com o conhecimento decorrente da própria evolução histórica do Liberalismo, criticar o projeto de Estado Liberal como se desarrazoado fosse. No entanto, podemos avaliar por que, atualmente, este projeto não é suficiente para atender nossas aspirações, principalmente no que toca aos

⁵ No plano político, os cidadãos do Estado Liberal eram considerados elementos passivos; não intervinham diretamente no funcionamento das instituições políticas. Nas chamadas democracias liberais o sistema representativo mostrava-se contraditório, e o exercício da soberania popular era fictício, monopolizado pelos interesses da burguesia. (SOARES, 2001, p. 130)

⁶ SOARES, 2001, p. 275.

⁷ HESPANHA, 1993, p. 18.

⁸ MAGALHÃES, 2008, p. 1.

ideais de desenvolvimento sustentável.

A preocupação central do Liberalismo era garantir, pela legalidade, a segurança contra os arbítrios dos soberanos para que a burguesia pudesse se desenvolver, protegida em seu direito de propriedade e liberdade de iniciativa. As revoluções liberais têm lugar em meio à opressão dos direitos individuais e representam um resgate à liberdade perdida durante o Absolutismo.

Todavia, a suposta liberdade e a igualdade que existiram, na realidade, existiram para poucos, como também era de poucos a prerrogativa de dizer o que era liberdade e igualdade. O modelo liberal de legitimação meramente formal das decisões políticas mostrou-se insuficiente para a realização material do bem comum, que passou a ser perquirido por uma maior intervenção do Estado, a partir, também, da ampliação da produção legislativa.

Contudo, o incremento na quantidade de normas, além de não garantir a efetividade do ordenamento, reforçou sua falibilidade.

4 A intervenção legislativa do Estado Social

O processo histórico de transformação do Estado Liberal ocorreu de forma lenta e progressiva. A formação do Estado de Bem-Estar Social,⁹ caracterizado pela crescente intervenção do poder público nas relações privadas, foi consequência da crise do Liberalismo e da insuficiência de sua pretensão universalista de assegurar aos indivíduos uma igualdade formal.

A liberdade do Estado Liberal oprimiu¹⁰ e a lógica do *laissez-faire* criou uma sociedade extremamente desigual e injusta. A crise do capitalismo mercantil e as condições de miséria vividas por grande parte da sociedade exigiram do Estado uma atuação direta com objetivo de assegurar a satisfação das necessidades sociais.

Nesse contexto, o Estado social se apresenta como organização de poder que, além de reconhecer os indivíduos como sujeitos de direito,

⁹ Os paradigmas de Estado comumente classificados em liberal, social e democrático não são formações puras, com características próprias e exclusivas, facilmente definidas em um modelo e inexistentes nos demais. A realidade de cada país revela uma organização de poder em constante processo de transformação que possui traços característicos que permitem sua classificação conceitual em um determinado momento. A conformação da organização do poder nos modelos de Estado é, na verdade, uma construção teórica que reconhece o processo histórico lento e gradativo de estabelecimento de um paradigma.

¹⁰ Para Henri Lacordaire, “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta.” (LACORDAIRE apud BARRÓS, 2006, p. 59)

livres e iguais perante a ordem jurídica, busca a satisfação de suas necessidades mínimas, essenciais para uma vida digna. A atuação do Estado passa a ser marcada pela intervenção positiva em esferas anteriormente reservadas ao particular e pela ampliação da elaboração legislativa assecuratória de direitos sociais¹¹.

Dito de outra forma, a grande modificação advinda do Estado de Bem-Estar refere-se ao alargamento das funções do Estado e sua crescente intervenção na esfera privada de modo direto ou a partir de leis que determinam políticas públicas que consagram finalidades de ordem social¹².

Com a consolidação do Estado Social, percebe-se com clareza a modificação da dinâmica de separação entre o público e o privado, deslocando-se a primazia da atuação negativa do Estado na esfera individual à preeminência da soberania estatal afirmativa¹³.

A intervenção direta e ampliada do Estado, justificada pela tentativa de garantir materialmente um mínimo de igualdade entre os indivíduos, teve como consequência o crescimento do aparato estatal e o aumento da esfera de atuação da Administração, que passou a promover os interesses particulares. A Administração considerada agressiva passou a ser entendida como principal instrumento de realização das necessidades dos indivíduos, que criaram uma relação de dependência objetiva com o Estado¹⁴.

As demandas sociais crescentes exigiram do poder público o reconhecimento da impropriedade da presunção de legitimidade formal decorrente do princípio da legalidade. A nova ordem em construção, pelo menos teoricamente, permitiria a ampliação da noção de legitimidade e, de alguma forma, identificaria nos indivíduos e associações interesses capazes de influenciar a tomada de decisões políticas.

¹¹ Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva afirma que “O Estado, durante muito tempo apenas preocupado como o domínio do político, parece descobrir agora uma nova vocação. Como já escrevi, ‘a questão social’ e as ‘crises cíclicas do capitalismo’, dos finais do século XIX e inícios do século XX, vieram colocar novos desafios ao poder político, chamando o Estado a desempenhar novas funções de tipo econômico e social. Por um lado, pede-se ao Estado a criação de legislação e de instituições que permitam pôr termo às condições de ‘miséria operária’, e que assegurem um mínimo de sobrevivência a todos os cidadãos; por outro lado, requer-se a intervenção do Estado na vida econômica, como forma de correção das disfunções do mercado.” (SILVA, 2006, p. 71)

¹² GOULART, 2008, p. 26.

¹³ “A ideia do primado do público se desenvolveu como forma de reação contra a concepção liberal do Estado. A irredutibilidade do bem comum pode assumir diversas formas segundo o diverso modo através do qual é entendido o ente coletivo – a nação, a classe, a comunidade do povo – a favor do qual o indivíduo deve renunciar à própria autonomia. Uma ideia aristotélica e, mais tarde, séculos depois, hegeliana, segundo a qual a totalidade tem fins não reduzíveis à soma dos fins dos membros singulares que a compõem, e o bem da totalidade, uma vez alcançado, transforma-se no bem das suas partes.” (BOBBIO apud DI PIETRO, 1991, p.153)

¹⁴ SILVA, 2006, p. 74.

A expansão das funções públicas conduziu à ampliação da produção legislativa e à transformação da concepção da Administração. No modelo de Estado provedor, o impulso legislativo foi significativo e a lei deixou de representar apenas uma barreira protetora da liberdade individual para passar a determinar que as políticas públicas consagrassem finalidades na ordem social¹⁵. Além disso, a Administração prestadora se fortaleceu e não mais se limitou à execução da lei, mas passou também a realizar com autonomia os objetivos do Estado.

No contexto de extensão da atuação do poder público, verificou-se a impossibilidade de o legislador prever todas as situações e regular todas as matérias. As leis, elaboradas em profusão, passaram a ser utilizadas como programas de governo e a apresentar uma estrutura aberta, decorrente da utilização de conceitos indeterminados para que a Administração, diante da situação concreta, realizasse ou regulamentasse os fins pretendidos pelo ordenamento.

No plano teórico, o Estado Social representou um avanço à unilateralidade liberal por permitir a participação popular na tomada de decisões políticas¹⁶. Na realidade, entretanto, não conseguiu resolver satisfatoriamente a dificuldade de legitimação para a definição do conteúdo da norma jurídica e do interesse público¹⁷.

Os pressupostos teóricos da social-democracia não se tornaram reais e, principalmente nos países mais pobres, os anseios sociais não foram atendidos¹⁸. Dois grandes problemas ficaram sensíveis no modelo de Estado prestador.

O primeiro foi o agravamento da crise da lei. O aumento da produção legislativa ocorreu sem planejamento, o que resultou na formação de ordenamentos confusos, inacessíveis e contraditórios. A utilização da lei como forma de exposição das intenções e plataformas políticas sem a efetiva realização dos comandos normativos também contribuiu para o

¹⁵ GOULART, 2008, p. 26.

¹⁶ Norberto Bobbio cita três argumentos utilizados pelos defensores do Estado Social e da democracia socialista: a) enquanto a democracia liberal nasceu como representativa, a democracia social é direta; b) enquanto a democracia burguesa permitiu o sufrágio, a democracia socialista permite a participação popular na tomada de decisões econômicas; c) enquanto a democracia liberal permitiu a participação indireta nas decisões políticas, a democracia socialista transforma o poder formal de participação em poder substancial e realiza a democracia no seu ideal último, que é o da maior igualdade entre os homens. (BOBBIO, 1990, p. 82)

¹⁷ Nesse sentido, a afirmação de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto sobre a definição de interesse público na perspectiva do Estado social: “Expressar e explicitar o que seja o interesse público na lei mostra-se mais complexo, pois este interesse se aproxima e se envolve com os interesses (ou necessidades) concretos, materiais, de parcela do todo social.” (MARQUES NETO, 2002, p. 91)

¹⁸ GOULART, 2008, p. 28.

sentimento de descrédito da ordem jurídica do Estado social.

O professor António Manuel Hespanha¹⁹ analisa a crise da lei e aponta o que chama de seus três sintomas mais evidentes: a) a generalizada desobediência à lei por parte do cidadão; b) a não aplicação ou a aplicação seletiva da lei pelos órgãos de poder; e c) a ineficiência dos mecanismos de aplicação coercitiva da lei (crise da justiça).

Esses três indícios estão intensamente presentes no Estado Social.

O segundo problema diz respeito à legitimidade para a definição do conteúdo e dos objetivos da norma. O crescimento da atividade administrativa, apesar de teoricamente exigir maior participação dos interessados na atuação da Administração, excluiu a legitimação popular das escolhas do Estado.

No processo de ampliação de suas funções, o aparato burocrático deixou de ser instrumento de atuação do poder político e tornou-se um corpo autônomo, dotado muitas vezes de interesses próprios, escudado na unilateralidade e na excepcionalidade dos poderes inerentes à autoridade estatal²⁰. Em determinados países, a esfera pública de decisão política passou a ser exclusivamente estatal. O interesse público foi confundido com o interesse do Estado que, unilateralmente, impôs à sociedade suas escolhas.

O Estado-poder distanciou-se do Estado-sociedade, causando um déficit de legitimação²¹ que, juntamente com outros fatores, provocou o esgotamento do modelo de Estado de Bem-Estar-Social²². A crise do Estado de Bem-Estar foi o resultado de um conjunto de circunstâncias que mostraram a limitação deste modelo de organização para dar respostas às novas exigências políticas, econômicas e sociais²³.

A ineficiência da intervenção do Estado provocou o questionamento de seu desmesurado crescimento e de sua atuação morosa. O Estado, que abandonou sua posição clássica de imparcialidade, exigiu mais dos

¹⁹ HESPANHA, 1993, p. 18.

²⁰ MARQUES NETO, 2002, p. 95.

²¹ Cf. HABERMAS, 2003.

²² “Como o aparato burocrático não se presta a ser um adequado veículo de interação das esferas do público (aparato estatal) e do privado (sociedade), faz-se crescente o distanciamento entre Estado-poder (transformado num hermeneuta unilateral do que seja o interesse público) e o cada vez mais complexo Estado-sociedade.” E mais adiante: “Este processo ocorre num momento em que o poder político e o aparelho administrativo típicos do Estado Moderno padecem de uma crise de legitimação, ditada em grande medida pelo agigantamento de suas funções e crescente distanciamento do poder político em face dos seus destinatários.” (MARQUES NETO, 2002, p. 98,99)

²³ SILVA, 2006, p. 122.

indivíduos, mas não conseguiu resolver os problemas de integração social e não garantiu o patamar mínimo civilizatório fundamental à dignidade do homem.

5 Por um novo paradigma de Estado

A concepção de um paradigma²⁴ de Estado é, na verdade, a simplificação e a tematização de aspectos centrais que caracterizam, de maneira única, teórica e cientificamente, um modelo de organização jurídica de poder.

O desprestígio do Estado Social marca um novo ciclo do capitalismo e a necessidade de se redimensionar a extensão do aparelho estatal. Com características próprias, surge um novo modelo de Estado que procura reequacionar seu papel. Em um movimento antagônico ao do Estado provedor, verifica-se a retirada progressiva do poder público dos campos em que os atores econômicos atuam de maneira mais eficaz.

O Estado Pós-Social²⁵ incorpora em sua atuação o conceito de eficiência, restringe sua participação na exploração direta de atividades econômicas, reduz o aparato burocrático e redireciona suas funções, regulamentando, como um guardião, as atividades de mercado²⁶. A valorização do indivíduo, a republicização da Administração, a leitura adequada da dicotomia público/privado e a racionalidade do ordenamento jurídico são manifestações ideais desta nova perspectiva de organização do poder. Por

²⁴ Menelick de Carvalho Netto afirma que a construção de um paradigma “padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresentem essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados.” (CARVALHO NETTO, 1999, p. 476)

²⁵ Prefiro utilizar o termo Estado Pós-Social para evitar o conteúdo ideológico que está presente na expressão Estado Neoliberal. A polêmica sobre o termo está presente neste trecho de um artigo de Luiz Carlos Bresser Pereira: “Desde quando eliminar monopólios estatais, desde quando eliminar privilégios na previdência e recuperar seu equilíbrio financeiro, desde quando reformar o aparelho do Estado e tornar a burocracia mais responsável perante o governo e a nação, desde quando privatizar, desde quando abrir o país comercialmente de forma pragmática, desde quando lutar dia a dia pelo ajuste fiscal e a estabilidade da moeda é estar engajado em reformas neoliberais? Estas são reformas liberais apenas para uma esquerda arcaica e populista. Ou para um patrimonialismo conservador, que quer manter o Estado a serviço de suas clientelas. Se essas fossem reformas neoliberais, os neoliberais deteriam monopólio da contemporaneidade e do bom senso.” (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 68)

²⁶ Arnoldo Wald e Luiza Rangel Moraes identificam este novo paradigma de Estado: “Desatrela-se, assim, o Poder Público das tarefas de execução das obras e serviços públicos para assumir a elaboração e execução da política regulatória de todos os setores da economia em que as empresas estatais assumam o papel de concessionárias de serviço público. No contexto da regulação, a dualidade – intervenção estatal versus livre concorrência – implica, essencialmente, a definição de regras estáveis e capazes de assegurar o aprimoramento no desempenho dos serviços públicos, tornando-os mais eficientes, regulares e com preços módicos.” (WALD; MORAES, 1999, p. 143)

isso, o paradigma pós-social não se confunde, no plano teórico, com o liberal; reconhece e valoriza a importância dos direitos individuais, mas intervém e regulamenta as atividades privadas com o objetivo de adequar a ação dos particulares aos interesses comuns da sociedade.

Da mesma forma, distingue-se do Estado de Bem-Estar porque, além de tentar garantir a satisfação dos direitos sociais, ocupa-se da defesa dos interesses coletivos e difusos a partir do reconhecimento da existência e importância de uma esfera pública não estatal de discussão política.

A característica principal deste paradigma pós-social que se apresenta como forma ideal de organização é a fragmentação do monopólio do poder antes concentrado nas estruturas do Estado e o reconhecimento da soberania popular como princípio fundamental capaz de legitimar as escolhas políticas. Daí a denominação Estado Democrático de Direito para designar o Estado Pós-Social ideal ainda em consolidação.

Evidentemente o Estado Liberal clássico não foi democrático²⁷ porque não permitiu a participação e pressupôs uma legitimidade meramente formal decorrente do princípio da legalidade. Da mesma maneira, a experiência social manifestou a concentração do poder pelo Estado, que subverteu o público em estatal.

O qualificativo “democrático” é utilizado para compor a denominação deste paradigma em construção exatamente porque o que o caracteriza é a constante necessidade de legitimação e participação da sociedade nas decisões políticas²⁸.

O Estado Democrático de Direito é o modelo teórico de organização do poder que se estabelece considerando as necessidades e os interesses da sociedade revelados pela participação social nas decisões políticas e que se estrutura tendo como pressuposto o reconhecimento dos interesses difusos, direitos e liberdades fundamentais e a busca permanente da igualdade real entre os homens.

Vivemos hoje a expectativa desse modelo.

No Brasil essa nova forma de organização do poder dá seus primeiros passos, mas ainda enfrenta antigas dificuldades. Nossa burocracia estatal continua ineficiente, e o Estado, que não consegue garantir os direitos individuais fundamentais, ainda enfrenta enormes dificuldades para proteger os interesses difusos.

²⁷ Norberto Bobbio defende um ideal teórico de Estado liberal democrático, mas reconhece que: “o Estado liberal clássico foi posto em crise pelo processo de democratização produzido pela gradual ampliação do sufrágio até o sufrágio universal.” (BOBBIO, 1990, p. 7)

²⁸ “O procedimento democrático de estabelecimento do direito forma a única fonte pós-metafísica de legitimidade.” (HABERMAS, 2003, p. 308)

Temos um grave problema relacionado à intervenção regulatória. A desregulamentação do mercado e a flexibilização das relações de trabalho acontecem sem uma efetiva proteção do Estado aos grupos sociais mais fragilizados e nossa legislação ambiental é um emaranhado de regras sobrepostas, confusas e contraditórias. Nossa ordem jurídica tem um enorme déficit de legitimidade que se agrava com os sucessivos escândalos relacionados à corrupção, protagonizados por agentes públicos, principalmente pelos representantes políticos eleitos.

A elaboração da norma jurídica no Brasil é ainda o reflexo de uma interposição imprecisa e mal-sucedida do arquétipo de ordenação originalmente estabelecido no Liberalismo – fundado em uma legitimidade meramente formal – e da influência legiferante compulsiva do Estado Social. Muito se legisla, muito pouco se preocupa com o ato de legislar. As leis e normas regulamentares formam um verdadeiro cipoal normativo e, neste emaranhado de regras, os cidadãos não se identificam com o Direito posto. A formação da ordem jurídica se dá em um espaço por vezes inatingível para os destinatários da norma, que não se reconhecem na legislação. A distância entre o legislador e os atores sociais revela a crise de legitimação do Estado e tem por consequência um sério problema relacionado à força vinculante do ordenamento.

Para alterar essa realidade, é preciso pensar a ordem jurídica como relevante instrumento para a construção de um ideal de Estado republicano, capaz de viabilizar a realização da justiça, da igualdade material e do bem comum, com fundamento na valorização do homem e em sua dignidade.

A ordem jurídica acompanha o movimento de reforma do poder político e, ao mesmo tempo, é essencial à transformação do Estado. Por isso, o estudo da formação da norma passa a ser significativo para que o Estado Pós-Social seja democrático e alcance um dia os resultados que dele se esperam.

Este Estado em desenvolvimento como um ponto médio entre a completa abstenção liberal e o exacerbado intervencionismo do Estado Social requer uma ordem jurídica própria, legitimada e apta a revelar o interesse público, indicando caminhos para sua consecução.

6 A necessidade de pensar a norma jurídica em uma perspectiva democrática

O sistema representativo como princípio estruturante da concepção moderna de democracia privilegiou escolhas que se mostraram incapazes de promover a justiça e o desenvolvimento sustentável. O ideal de uma norma jurídica imposta universalmente pelo Estado de maneira unilateral se revelou excludente. A regra da maioria²⁹ reforçou interesses pessoais de minorias cada vez mais privilegiadas por uma lógica formalista de representatividade e legitimidade, que afastou o povo do plano decisório e perpetuou as crescentes desigualdades sociais. Questionar a posição do cidadão na definição de um interesse a ser tutelado pela norma é importante para a afirmação do princípio democrático. Revisar a relação cidadão-Estado na definição do conteúdo normativo é fundamental.

Para alguns autores, o impulso legislativo é obrigatoriamente interorgânico; situa-se no domínio do poder político constituído. Assim, a decisão de legislar se dá a partir de uma necessidade aferida pelo Estado. A ponderação da necessidade que determina o impulso legislativo seria a expressão de um interesse e uma finalidade que o Estado pretende atingir com a elaboração da norma jurídica.

Marcelo Rabelo de Souza aponta três possíveis posturas do Estado frente aos interesses que podem ensejar a elaboração da lei³⁰.

Chama a primeira posição de *identificação sistemática*, na qual o Estado, por escolha política do governo, assume certos interesses econômicos e sociais como indiscutíveis e, independentemente de outros interesses, mantém uma linha coerente do discurso legislativo³¹.

Denomina a segunda posição de *rotação de identificação*. Neste modelo, a opção por determinados valores depende das composições, feitas exclusivamente pelo governo, de diversos interesses com o objetivo do equilíbrio político.

Por fim, classifica como *fluidez de identificação* a afirmação de

²⁹ Bobbio dedica um capítulo do seu livro *Liberalismo e Democracia* para explicar o que Alexis de Tocqueville denominou “tirania da maioria”. (BOBBIO, 1990, p. 62-67) O discurso de Tocqueville, apesar de manifestamente revelar sua ideologia liberal, é importante para que as distorções percebidas por um defensor do liberalismo não se repitam no contexto da busca pela afirmação de um Estado democrático.

³⁰ SOUZA, 1991, p. 27.

³¹ O autor apresenta como um exemplo de identificação sistemática a Inglaterra no período de Thatcher, que defendia a liberalização da economia e a formação de grandes grupos econômicos privados ainda que houvesse sacrifício de outros interesses sociais e sacrifício das classes trabalhadoras.

um interesse coletivo do qual o Estado é simplesmente portador, negando-se a existência de interesses previamente estabelecidos a serem tutelados pelo governo, ainda que cambiantes e determinados por uma composição de valores. Afirma que nenhum governo pode ser isento à correlação das forças econômicas, sociais e políticas e que a postura de buscar um interesse coletivo corresponde a não assumir identificação com nenhum interesse.

Com a devida vênia, a concepção interorgânica desvinculada da participação social na formação dos objetivos do Estado é um passo atrás na evolução dos modelos de organização político-jurídicos de poder. Em uma perspectiva democrática, hoje considerada ideal, a escolha de um interesse que impulsiona a elaboração normativa requer participação social. Assim, inconcebível atribuir somente ao Estado ou à Administração a eleição de valores a serem tutelados, conforme uma plataforma política unilateralmente imposta. A decisão de legislar e as escolhas legislativas são da sociedade, ainda que pela representação política. Os impulsos legislativos devem corresponder às condicionantes de natureza social, ambiental, econômica e política, que são exteriores ao Estado. Não pode existir interesse do Estado sem que haja um legítimo interesse da sociedade que o justifique³².

Como ressalta Karl Engisch, evidentemente a decisão do legislador não pode ser menosprezada, mas suas valorações não podem ser isoladas; devem ser relacionadas com outras valorações que vão além da lei.

Os conceitos de justiça, de igualdade, de equidade, de dignidade devem ser elementos ordenadores do Direito e fundamentos de qualquer interpretação, aplicação e complementação da ordem jurídica³³.

Nesse sentido, importante a contribuição da concepção de cidadania ativa de Jellinek,³⁴ que dividiu em quatro categorias a situação do indivíduo em relação ao Estado.

O primeiro estágio das categorias que formam uma linha ascendente é o *status subjectionis*. Revela uma situação meramente passiva dos destinatários da normatividade emanada do poder político, posição que exclui a autodeterminação e, portanto, a personalidade.

³²A doutrina italiana do Direito Administrativo há muito fazia referência a uma espécie de interesse secundário da Administração em contraposição ao interesse primário. Interesse primário seria o interesse público, o ideal de bem comum, e interesse secundário o interesse da Administração como pessoa jurídica. A meu ver, o interesse secundário da Administração não pode existir se não coincidir com o interesse primário. Desta forma, não vejo coerência na classificação dos interesses públicos em primários e secundários.

³³ ENGISCH, 2008, p. 379.

³⁴ JELLINEK, 1954, p. 313.

Em um segundo momento, o Estado reconhece o *status libertatis*, uma esfera individual negativa resguardada das intervenções arbitrárias do poder político.

O *status civitatis* é a possibilidade de reclamar um comportamento positivo do Estado, pretendendo que o poder público atue em favor da sociedade para garantir as prestações e satisfazer materialmente as necessidades.

O último estágio na evolução da posição dos indivíduos é o reconhecimento da cidadania ativa, *status activae civitatis*, que é a capacidade de participar do poder político e contribuir para a formação da vontade do Estado.

A grande questão é como viabilizar a participação social no processo de formação da ordem jurídica e como aproximar a sociedade dos núcleos de decisão política. Outro desafio é afastar a sensação de vazio das falas sobre a participação e a apropriação do discurso democrático por interesses privados.

Pensar a lei além das formalidades impostas pelo processo legislativo é um caminho. É necessário que o Estado saiba articular os interesses que circundam a elaboração da ordem jurídica para conjugar o diálogo das diversas fontes do Direito. É fundamental que os interesses difusos também sejam objeto de tutela estatal e que os diversos grupos organizados da sociedade civil tenham voz na formação e regulamentação de políticas públicas tendentes a garantir o desenvolvimento humano e social sustentável.

Para isso, é fundamental que haja uma avaliação legislativa³⁵ realmente transparente tanto na definição do problema que impulsiona a atuação do legislador quanto na exposição dos objetivos a serem alcançados pela legislação.

7 As contribuições da Legística³⁶

O interesse pelos problemas da formação da lei intensificou-se no final do século XX, impulsionado, sobretudo, pelas preocupações relativas à tomada das decisões públicas, pela generalização dos recursos de técnica legislativa e pela necessidade de se garantir maior eficácia do or-

35 Cf. MADER, 1991.

36 Os termos Legística, Teoria da Legislação e Ciência da Legislação são utilizados indistintamente neste texto, não obstante a controvérsia que existe na doutrina sobre a correta denominação da matéria, sua autonomia como ciência ou vinculação à Ciência do Direito.

denamento. A obra de Peter Noll, *Gesetzlehre*, publicada em 1973, é considerada por grande parte da doutrina como o ponto de partida da moderna Ciência da Legislação.

A racionalização da produção normativa jurídica coloca-se como exigência e, principalmente na Europa, vem sendo elevada a prioridade governamental.

Essa racionalização não se confunde com a racionalidade jurídica sobre a qual foi constituído o Estado Liberal. Jacques Chevalier afirma com precisão que, longe de caminhar no sentido da restauração da racionalidade jurídica tradicional, a racionalização do processo de produção legislativa confirma e acentua o seu declínio, não só porque demonstra que a norma deve ser legitimada, mas, sobretudo, porque a racionalização é indissociável da nova concepção instrumental do Direito³⁷.

A Teoria da Legislação viabiliza a análise do discurso de justificação das normas jurídicas e a discussão acerca da legitimação das escolhas para a compreensão da importância de pensar a lei e criar uma política de bem legislar. Permite ampliarmos nossos objetos de conhecimento e caminharmos além dos limites de uma ciência pura.

Na medida em que o modelo democrático admite que a atividade legislativa não é simples produto de imposições de natureza política, devemos nos interessar pelos efeitos da legislação capazes de solucionar problemas concretos³⁸ e estudar a construção da norma como meio para alcançar a justiça, o bem comum e, na perspectiva deste ensaio, o desenvolvimento sustentável.

A Ciência Jurídica moderna não pode continuar excluindo os aspectos sociológicos da legislação. A época do Direito puro está ultrapassada e, para compreendermos o fenômeno legislativo, devemos nos preocupar com a criação das normas, considerando a ordem jurídica em sua dinamicidade, como um processo reiterativo de integração entre a sociedade e o sistema político-administrativo.

Os estudos da Ciência da Legislação revelam que a eficácia da norma jurídica depende de mecanismos de coordenação e de políticas públicas que aproximem os interessados dos centros de decisão legitimada, fazendo com que as escolhas legislativas manifestem verdadeiramente o interesse público.

³⁷ CHEVALLIER, 1992, p. 09.

³⁸ CANOTILHO, 1991, p. 40.

8 A legitimidade democrática na elaboração da norma jurídica

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, publicada em 1789, já previa que a lei é expressão da vontade geral e que todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente ou por seus representantes para a sua formação³⁹.

É indispensável que os interessados possam participar da elaboração da lei e que lhes seja assegurado o exercício desse direito. A possibilidade de maior transparência e participação nos processos de elaboração legislativa propicia maiores condições de exercício da cidadania no contexto do fortalecimento das instituições democráticas⁴⁰. Isso reforça a legitimidade da lei, diminuindo as resistências que lhe possam ser opostas. A participação material dos interessados é pressuposto para a elaboração concertada⁴¹ da norma jurídica e para a afirmação de uma democracia de fato dialógica⁴².

O conceito de participação que se busca hoje deve ser entendido como liberdade fundamental, como expressão do poder individual ou coletivo de atuar, apto a interferir nos processos de poder do Estado⁴³. A formação da norma jurídica em uma perspectiva democrática não se pode restringir a uma pretensa regra da maioria, obtida por uma distante representação política. A elaboração da lei deve refletir uma composição equilibrada de interesses contraditórios. O Estado que se propõe democrático é essencial nesse processo porque, além de garantir o mínimo de abertura do espaço público para a discussão das escolhas legislativas, tem o dever de criar instrumentos de participação para permitir ao cidadão influenciar

³⁹ Art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente ou pôr seus representantes à sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer ela proteja, quer ela castigue. Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, sendo igualmente admissíveis a todas as dignidades, colocações e empregos públicos, segundo suas virtudes e seus talentos.”

⁴⁰ SOARES; BARROS; FARAJ, 2007, p. 53.

⁴¹ A concertação legislativa é um termo muito utilizado pela Legística e significa a composição e a conciliação de interesses na elaboração da norma jurídica.

⁴² Sobre a participação do cidadão na elaboração normativa como fator que pode determinar maior eficácia da lei, Fabiana de Menezes Soares escreveu: “O Direito que se sustenta pela força tem como fundamento a ideologia de um Estado que se relaciona com seus cidadãos de modo vertical e que considera a compreensibilidade do direito, habilitação para poucos: eis o caráter autoritário do discurso normativo. [...] A possibilidade da presença do representado (cidadão), do seu retorno ao discurso (do qual esteve ausente porque era ‘representado’), e de quando poderá interferir diretamente no diálogo de construção da norma, nos fornece o primeiro desdobramento do papel crucial do contraditório nos procedimentos legislativos: a garantia de uma produção normativa na qual haja condições reais para ocorrência.” (SOARES, 2004, p. 39)

⁴³ MOREIRA NETO, 1992, p. 62.

as decisões políticas. O princípio da participação⁴⁴ é imprescindível para a afirmação de uma ordem jurídica mais eficaz e fundamental instrumento na busca pela organização social e pelo bem comum.

Evidentemente, os interesses que irão compor o cenário político de decisão não são homogêneos, como também não o são as compreensões dos interessados sobre o jogo político que permeia a elaboração das normas. O acesso à informação pelos atores deste processo dialógico é requisito para que o modelo de escolhas coletivas se desenvolva e indispensável para a existência de um debate responsável, capaz de permitir soluções democráticas para os problemas verificados.

É com diálogo, com transparência dos interesses, com discussão no foro adequado e com responsabilidade dos posicionamentos que se faz política e se faz justiça.

Claro que a formação de uma cultura social participativa é um processo contínuo, que envolve acesso à educação, liberdade, transparência – e estamos apenas iniciando esta jornada. Para tanto, é preciso pensar a lei no modelo de complexidade crescente das sociedades contemporâneas e relacionar a importância do processo de elaboração da norma com a maior possibilidade de o ordenamento jurídico ser efetivo instrumento para a realização da justiça.

As crises dos paradigmas de Estado Liberal e Social foram também crises de legitimidade. A ausência de identificação do sujeito com a ordem jurídica que limita sua liberdade põe em cheque o Estado e seu monopólio de decisão, ainda que fundamentado no princípio da legalidade. O Estado Democrático de Direito redimensiona os espaços público e privado e tenta conjugar a democracia com o Direito, para legitimar suas escolhas.

A busca pela legitimação inevitavelmente conduz ao discurso da participação social e da potencialidade de os cidadãos interferirem nas esferas de decisão, antes exclusivamente preenchidas pelo Estado. Esse discurso, em qualquer de suas variadas vertentes, é sempre muito efusivo, desperta noções de cidadania e construção democrática do poder. Por isso, é muito importante que sua abordagem seja fundada em argumentos fac-

44 A participação deve ser elevada a princípio obrigatório na elaboração legislativa e, de forma explícita, integrar as recomendações da OCDE e outros relatórios oficiais que tratam da formação da norma jurídica. “A participação integra, de forma equilibrada, cidadãos e Administração, garantindo a racionalidade e a aceitabilidade das decisões administrativas, revelando três dimensões: Democrática (participação dos cidadãos), do Estado de Direito (participação dos cidadãos interessados), do Estado Social (realização do bem comum). A reivindicação por uma maior intervenção, tanto na formulação quanto na execução de políticas públicas pela sociedade, como meio de realizar mais eficazmente as necessidades públicas, é a essência da participação.” (SOARES, 1997, p. 142)

tíveis, para que a discussão sobre a participação não se resuma à retórica vazia e realmente contribua para o desenvolvimento das instituições e do Estado Democrático.

A realidade está posta e ordenada para ser alterada. O mais difícil, parafraseando Mário Quintana⁴⁵, é a arte de desler; propor novos caminhos.

9 Avaliação de impacto na elaboração da lei

A busca pela qualidade da norma jurídica, fundamental no contexto da afirmação de projetos de desenvolvimento sustentável, ganha com a avaliação de impacto legislativo importante instrumento de aproximação do conteúdo normativo com as reais necessidades da sociedade. Essa avaliação realizada na perspectiva democrática maximiza as potencialidades da lei e amplia a possibilidade de sua eficácia.

Voltemos à questão da exploração do petróleo no pré-sal.

Para uma boa regulamentação da atividade, pautada pelo ideal de um efetivo desenvolvimento sustentável, com vistas à geração de riquezas importantes para o país, mas sem danos ao meio ambiente, é imprescindível que sejam avaliadas as consequências da exploração. É imperiosa a realização de estudos, pesquisas e prospecções que subsidiem a decisão política legislativa quando da fixação do marco regulatório. É fundamental que as regulações sejam elaboradas com a preocupação dos impactos ambientais da modalidade de exploração a ser desenvolvida.

Apesar de a escolha do conteúdo da norma ser momento de utilização ampla da competência discricionária, o diálogo com os interessados e afetados pela normatização deve existir com vistas à qualidade da legislação a ser elaborada e com o objetivo de aproximar o interessado da regra que lhe será aplicada, incrementando sua força vinculante e sua eficácia social. O necessário planejamento legislativo deve ocorrer e pressupõe a avaliação legislativa e instrumentos de participação capazes de interferir, influenciar e muitas vezes determinar a forma e o conteúdo das leis e regulamentos.

Na medida em que se valoriza a atividade de elaboração do Direito, altera-se o paradigma da Ciência Jurídica. A avaliação legislativa, nesta perspectiva, surge como instrumento relevante de eficácia da norma e do ordenamento jurídico.

⁴⁵ QUINTANA, 1973, p. 165.

O processo de avaliação visa a identificar e apreender os efeitos que a legislação produz sobre a realidade social⁴⁶. A avaliação pressupõe um caráter metódico apoiado no raciocínio científico e em uma abordagem sistemática.

Assim, desde a identificação do problema objeto da possível intervenção legislativa, a Ciência da Legislação oferece ferramentas que auxiliam a produção jurídica racional e qualificada.

O impulso para legislar surge das mais diversas fontes, e a primeira questão que deve aparecer na avaliação legislativa é a definição do problema. O problema é sempre uma inquietação decorrente do distanciamento entre a realidade e o dever-ser. Conhecer o problema é fundamental para a análise da necessidade ou não de se legislar. Muitas vezes o conhecimento pormenorizado do problema revela até que sua melhor solução não passa pela criação normativa, e sim por outro tipo de intervenção ou ação. É na definição do problema que se identificam suas causas, natureza, consequências, duração e os afetados envolvidos pela situação.

A correta definição do problema permite a apreciação da oportunidade de uma intervenção ao medir a distância que separa a situação existente e desejada e facilita a escolha dos instrumentos de ação⁴⁷.

Ultrapassada a questão da definição do problema e verificada a necessidade de intervenção legislativa, o passo seguinte é a definição dos objetivos e finalidades da norma a ser criada. A definição dos objetivos deve ultrapassar os interesses individuais e expressar a perspectiva do interesse público, difuso. Neste ponto é fundamental a participação dos interessados na discussão do conteúdo e objetivos da norma.

Determinados tipos de norma requerem, em seu processo de formação, uma ação concertada em que se estabeleça o consenso para sua aplicação. A norma jurídica consensualmente criada em um processo dialógico e participativo apresenta maior força vinculante, o que potencializa sua eficácia. A coordenação de interesses é importante para o planejamento administrativo e para a implementação de políticas tendentes à efetiva consecução do interesse público. Dentre os diversos instrumentos de participação, destaca-se o lobby.

⁴⁶ MADER, 1991, p.42.

⁴⁷ DELLEY, 2004, p. 112.

10 O lobby como instrumento do desenvolvimento sustentável

Lobby⁴⁸ é a postulação de interesses perante agentes políticos (*decision-makers*) pelos chamados grupos de pressão (representantes de setores sociais que buscam influenciar as escolhas públicas). Normalmente a atividade desenvolve-se no âmbito do Legislativo⁴⁹, com o objetivo de garantir a prevalência de determinados interesses na elaboração das leis, mas é também muito frequente no Executivo, na definição e condução das políticas públicas e nos processos políticos de deliberação sobre a alocação de recursos orçamentários. O termo tem no Brasil uma acepção extremamente negativa, relacionada a práticas imorais e à corrupção, que infelizmente se multiplicam de forma manifesta no Estado e na sociedade. Contudo, por trás da barreira terminológica criada talvez até pelo sentido histórico da utilização da palavra⁵⁰, existe uma atividade que faz parte da realidade (não só brasileira) e que, se regulamentada, pode se transformar em mais um importante instrumento de participação política e do desenvolvimento sustentável.

Se o diálogo de pretensões, valores e influências é inexorável nos processos de escolhas públicas, simplesmente desconsiderar a existência dos grupos de pressão, que se dedicam à afirmação de interesses privados, não impede a apropriação da competência decisória por particulares. Ao contrário, para evitar que a atividade se resuma a uma troca de favores com vantagens econômicas escusas, é preciso reconhecer a existência do lobby e estabelecer critérios legais que garantam a transparência, o acesso ao exercício do poder e a isonomia da participação social nas decisões

⁴⁸ Muitos autores ressaltam a diferença entre lobby e advocacy, afirmando que o lobby é a defesa de interesses específicos e particulares, normalmente econômicos, enquanto o termo advocacy aponta para noção da defesa de interesses coletivos e difusos, muitas vezes tutelados por entidades da sociedade civil organizada.

⁴⁹ Nesse sentido, para Fabiana de Menezes Soares e Leticia Camila dos Santos, “lobby pode ser definido como uma atividade de participação no contexto da experiência democrática. Seu objetivo é demonstrar para os legisladores – através de representantes de grupos de pressão e de interesse – as expectativas de vários segmentos da sociedade.” (Tradução nossa.) No original: “lobby can be defined as an activity of taking part in the context of democratic experience. Its aim is to bring to the knowledge of the legislators – through the pressure and interest groups’ representatives – the expectations of various segments of society.” (SOARES; SANTOS, 2006)

⁵⁰ “A palavra lobby significa ‘antessala, átrio, vestibulo, entrada’. Do ponto de vista histórico, com o sentido de postulação de interesses, a palavra refere-se, na Inglaterra, de onde seu uso se generalizou – ao lobby da Câmara dos Comuns. Nele postavam-se os que tinham algo a pleitear dos membros do Parlamento a fim de abordá-los em sua passagem para participar das sessões do plenário. Nos Estados Unidos, a palavra foi adotada com o mesmo sentido, mas a referência era o vestibulo do hotel onde se hospedavam os presidentes eleitos antes de tomar posse e passar a morar na Casa Branca. Ali ficavam os postulantes à espera da oportunidade de apresentar seus pleitos aos futuros ministros, assessores e outros altos funcionários da nova administração.” (FARHAT, 2007, p. 50)

políticas do Estado⁵¹.

O lobby aprimora a decisão legislativa a partir da contribuição de conceitos, juízos e percepções externas, tornando-a mais legítima. A participação dos grupos de pressão no processo legislativo possibilita a criação de um espaço democrático para a discussão aberta dos diversos interesses que envolvem o objeto da regulação e permite, com a aproximação do Legislador dos anseios sociais, a reconstrução da representação, muitas vezes perdida.

O lobby é instrumento que permite a participação social na elaboração normativa e que se destaca pela criação de condições para superação da ausência do indivíduo no discurso legislativo⁵². Suscita o sentimento de co-responsabilidade pelo cumprimento do objeto da proposição legal (finalidade “ilocucionária” da participação⁵³) e favorece a estruturação de um processo dialógico, reflexivo e transparente para a elaboração das normas jurídicas. Esse processo possibilita a formação de consensos, a ampliação da compreensão do conteúdo da lei e impõe aos envolvidos a obrigatoriedade de assumir motivadamente suas escolhas (políticas e técnicas).

Com o lobby regulamentado, a sociedade pode apresentar soluções técnicas até então não consideradas e contribuir para as decisões da Administração no exercício da função legislativa⁵⁴.

No que toca à definição de um marco regulatório da exploração do pré-sal, inúmeros são os interesses que circundam a decisão política e a atividade legislativa. Inafastáveis as tentativas de influenciar os caminhos a serem seguidos pelo legislador de acordo com cada interesse envolvido. Todavia, o lobby regulamentado pode favorecer a tomada da melhor decisão possível, com a definição transparente e responsável das posições de cada partícipe do processo.

⁵¹ Em 1984, o senador Marco Maciel, inspirado na legislação americana, apresentou no Senado brasileiro uma proposta de regulamentação do lobby, com a previsão de registro das pessoas e entidades envolvidas com a atividade e a determinação da declaração de despesas e doações relativas à atuação. O projeto de lei (PLS n. 25/84) nunca foi objeto de deliberação. Em 1989, a mesma proposta foi reapresentada ao Senado, aprovada e encaminhada à Câmara, onde espera votação. Outros tantos projetos tramitam na Câmara dos Deputados com o objetivo de regulamentação do lobby, mas até hoje não foram aprovados.

⁵² “A supremacia do discurso monológico compromete a legitimidade para a satisfação de ‘desejos’, mas também das necessidades humanas que devem ser priorizadas, novamente em conformidade com os direitos fundamentais. A inteligência e apreensão dos significados das necessidades humanas são otimizadas, proporcionalmente, ao maior grau de compreensão da linguagem.” (SOARES, 2004, p. 63)

⁵³ SOARES, 2004, p. 62.

⁵⁴ As resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente, órgão colegiado do Ministério do Meio Ambiente, comprovam a possibilidade de elaboração concertada e participativa de normas regulamentares cujo conteúdo é especializado e essencialmente técnico. O processo deliberativo de edição das regulamentações do CONAMA é tratado na portaria n. 168/2005 do Ministério do Meio Ambiente.

Evidentemente, nas teorizações democráticas não podem ser esquecidos os incontáveis fatores que limitam e distorcem a participação. Nesse sentido, a exclusão social, a dificuldade de compreensão da linguagem normativa e a precariedade da publicidade dos atos normativos regulamentares são os principais desafios a serem enfrentados. É preciso que, em conjunto com os variados canais de participação, desenvolvam-se efetivamente novas formas de publicidade das legislações e de decodificação da linguagem jurídica⁵⁵. Do mesmo modo, são pressupostos fundamentais para a inclusão social e para a garantia de igualdade e liberdade nas escolas públicas o direito à educação e o acesso à informação⁵⁶.

O risco de manipulação da expressão da vontade individual por grandes grupos de interesses (na maioria das vezes econômicos) deve ser considerado, sobretudo no início do processo de afirmação do princípio participativo, mas não pode ofuscar o grande valor da manifestação das aspirações do cidadão comum e da participação da sociedade organizada na gestão pública. A consciência participativa só pode ser fortalecida com seu exercício.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Por um partido de esquerda, democrático e contemporâneo. *In: Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São

⁵⁵ Cf. SOARES, 2009.

⁵⁶ O conhecimento e o acesso universal à informação são condições para a cidadania emancipatória. Dessa forma, novas dimensões comunicativas do Direito devem ser criadas para que se torne possível a aproximação da sociedade do discurso normativo e verdadeiramente livre e democrática a participação. Os programas de simplificação da produção normativa, as novas tecnologias da informação e a técnica legislativa são importantes instrumentos que podem ser utilizados na elaboração e divulgação das regulamentações. Para Fabiana de Menezes Soares, “Ao lado do trabalho como meio dialético de objetivação da igualdade e liberdade, outro elemento é exigido como metacondição do ‘agir consciente’, a educação que efetiva e apura a capacidade de cognição libertadora das falácias comunicativas, da violência da palavra, frutos da dominação dos meios de comunicação e das informações apreendidas sem reflexão crítica. Esta deve ser hábil a situar o homem como construtor da sua história e não como agregado passivo frente ao Estado que lhe ‘concede favores’ ao invés de garantir e efetivar seus direitos. Mais do que nunca o ideal da ‘paideia’ se faz presente como a única aquisição inespoliável do ser humano e indispensável à vida em comunidade (materialmente emancipatória): é *conditio sine qua non* da cidadania.” (SOARES, 2004, p. 81)

Paulo: CEDEC, n. 39, p. 53-71, 1997.

OTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *In: Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, n. 3, p. 473-486, maio 1999.

CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. **Legislação** – Cadernos de Ciência de Legislação, Lisboa: INA, n. 3, p. 9-23, jan./mar. 1992.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 12, p. 101-143, jan./jun. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FARHAT, Säid. **Lobby: o que é, como se faz**. São Paulo: Editora Peirópolis, 2007.

GOULART, Ana Cristina Sette Bicalho; FERRAZ, Luciano. **Participação popular e legitimidade democrática na atuação administrativa**. 2008. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESPANHA, Antônio Manoel. Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma. *In: HESPANHA, Antônio Manoel. Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Porto: Calouste Gulbenkian, p. 07-58, 1993.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del estado**. 2. ed. Buenos Aires: Albatros, 1954.

MADER, Luzius. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do Direito. **Legislação** – Cadernos de Ciência da Legislação. Lisboa: INA, n. 1, p. 39-49, abr./jun. 1991.

MAGALHAES, José Luiz Quadros. Constitucionalismo e Ideologia. **Revista Jus Vigilantibus**, 2008. Disponível em: <http://www.jusvi.com/artigos/31790/3>. Acesso em: 28 out. 2009.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

QUINTANA, Mário. **Do Caderno H**. Porto Alegre: Editora Globo, 1973.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2006.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, Fabiana de Menezes. Comunicação de atos normativos: algumas tendências e reflexões no quadro da circulação de informações jurídicas. **Legislação** – Cadernos de Ciência de Legislação. Lisboa: INA, n. 50, p. 233-244, out./dez. 2009.

_____. **Direito administrativo de participação** – cidadania, Direito, Estado e Município. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Teoria da legislação** – formação e conhecimento da lei na idade tecnológica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

_____. SANTOS, Letícia Camila dos. Learning to divide the law's contents: the lobby as a strategy for a clearer Brazilian legislation. *In: 7th Congress of the European Association of Legislation*, Haia, 2006. Disponível em: <http://www.eal2006.org/downloads/outlines/outline_cami_lo_dos_santos.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2010.

SOUZA, Marcelo Rabelo. A decisão de legislar. **Legislação** – Cadernos de Ciência de Legislação. Lisboa: INA, n. 1, p. 15-38, abr./jun. 1991.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel. Agências Reguladoras. *In*: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, n. 141. p. 143-171, jan./mar. 1999.

Recebido em 09/02/2011

Aprovado em 26/07/2011