



**PLURALISMO JURÍDICO DE ANTÓNIO MANUEL HESPANHA: UM ESTUDO DO
DECRETO PRESIDENCIAL N.º 8.243/2014 À LUZ DA TEORIA DA AÇÃO
COMUNICATIVA DE HABERMAS**

**ANTÓNIO MANUEL HESPANHA'S LEGAL PLURALISM: A STUDY OF THE
PRESIDENTIAL DECREE 8,243/2014 IN LIGHT OF HABERMAS'S THEORY OF
COMMUNICATIVE ACTION**

Clayton Moreira de Castro¹
Samir Alves Daura²

RESUMO

O objetivo deste artigo é estudar o pluralismo jurídico de António Manuel Hespanha, mormente quanto ao que o autor português adota da teoria da ação comunicativa de Habermas, e analisar os consensos comunitários que seriam possíveis por meio da Política Nacional de Participação Social (PNPS), instituída pelo Decreto Presidencial n.º 8.243, de 23 de maio de 2014, que ficou conhecido como “decreto bolivariano de Dilma”. Utilizou-se o método indutivo como método de abordagem e o estudo de caso como método de procedimento. Concluiu-se que a PNPS consiste em uma possibilidade de concreção da teoria pluralista do Direito de Hespanha.

Palavras-chave: Pluralismo jurídico; Teoria da ação comunicativa; Decreto Presidencial n.º 8.243/2014; Decreto bolivariano de Dilma; Participação social.

ABSTRACT

The present paper aims to study António Manuel Hespanha's legal pluralism in light of Habermas's communicative action theory and analyze the formation of community consensus through the National Policy of Social Participation (NPSP), established by the Presidential Decree 8,243 of 2014, commonly known in Brazil as “Dilma's Bolivarian Decree”. In order to do so, the inductive method of approach was used alongside with the case study as procedural method. Furthermore, it was hereby concluded that NPSP consists in a possibility of concretion of Hespanha's theory of legal pluralism.

Keywords: Legal pluralism; Theory of communicative action; Presidential Decree 8,243 of

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU, Uberlândia, (Brasil). Registra. Graduado em Direito, Administração Pública e Engenharia Civil. **E-mail:** claytonmcastro@yahoo.com.br

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia- UFU, Uberlândia, (Brasil). Possui graduação em Direito e especialização em Direito Tributário. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). **E-mail:** samirdaura@gmail.com





1 INTRODUÇÃO

Vive-se em uma sociedade multicêntrica, globalizada e hipercomplexa. A conjuntura traz em seu bojo uma crise do Direito, do Estado e da dogmática jurídica. Na política, vê-se a desconstrução do Estado tradicional. A lei caiu no desprestígio. O paradigma do Direito agora é pós-estatal ou pluralista. O Estado já não é mais a única fonte do poder e do Direito. O pluralismo jurídico constitui uma realidade inexorável. No cenário político da América Latina, o bolivarianismo³ de países como a Venezuela aterroriza os anseios democráticos do povo brasileiro (ou da elite deste).

A paisagem é complexa e fragmentada. Entre luz e sombra, descortina-se a possibilidade de implementação de uma Política Nacional de Participação Social (PNPS), por meio do Decreto Presidencial n.º 8.243, de 23 de maio de 2014, o qual ficou conhecido como o “decreto bolivariano de Dilma”⁴.

É nesse cenário que o presente trabalho analisa a teoria do Direito de António

³ O termo “bolivarianismo” provém do nome do general venezuelano do século XIX Simón Bolívar, o qual foi líder de movimentos de independência na América do Sul, em especial na Bolívia, na Venezuela, na Colômbia, no Equador, no Peru e no Panamá. Hodiernamente, “bolivarianismo” é designado para nomear o movimento político existente em parte da América do Sul, especialmente na Venezuela liderada por Hugo Chávez até a sua morte em 2013. Esse movimento defende um conjunto de doutrinas políticas, econômicas e sociais de esquerda (nacionalismo econômico, igualdade social, anti-imperialismo cultural, etc.), que questionam, em suma, o neoliberalismo e o Consenso de Washington. A respeito de Simón Bolívar, veja o livro “Bolívar: o libertador da América”, de autoria da jornalista peruana Marie Arana, publicado em português pela Editora Três Estrelas. Sobre o “bolivarianismo”, veja a reportagem intitulada “Você sabe o que é bolivarianismo?”, publicada no dia 07.11.2014 pelo portal “Carta Capital”, disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/politica/o-que-e-bolivarianismo-2305.html>>. Ademais, também é interessante ver a matéria intitulada “Afinal, o que é bolivarianismo?”, veiculada no dia 31.10.2014 pelo portal “Diário Liberdade”, da Associação Cultural Diário Liberdade, com sede na Galícia, comunidade autônoma espanhola situada no noroeste da Península Ibérica, disponível em <<http://www.diarioliberalidade.org/america-latina/batalha-de-ideias/52220-afinal,-o-que-%C3%A9-bolivarianismo.html>>.

⁴ “Decreto bolivariano de Dilma” é uma expressão para referir-se (pejorativamente) ao Decreto Presidencial n.º 8.243/2014, ato normativo do Poder Executivo Federal, editado pela Presidente Dilma Rousseff, em 23 de maio de 2014, imputando-lhe a intensão velada de instalar no Brasil uma “ditadura por decreto”, que seria implementada por meio de instâncias e mecanismos semelhantes aos conselhos comunais venezuelanos ou até mesmo aos antigos conselhos operários (ou soviéticos) da extinta União Soviética. A expressão em comento foi bastante utilizada pela oposição ao governo da Presidente Dilma, conforme pode ser verificado pela reportagem intitulada “Câmara derruba decreto de conselhos populares e impõe 1ª derrota a Dilma após reeleição”, veiculada pelo jornal Folha de São Paulo, em 28.10.2014, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1540016-camara-derruba-decreto-de-conselhos-populares-e-impoe-1-derrota-a-dilma-apos-reeleicao.shtml>>. Além do mais, a própria imprensa utilizou-se fartamente da expressão, como pode ser constatado pela matéria intitulada “O lado eleitoral do decreto bolivariano de Dilma”, veiculada pelo portal da revista Veja (“Veja.com”), no dia 08.06.2014, disponível em <<http://veja.abril.com.br/politica/o-lado-eleitoreiro-do-decreto-bolivariano-de-dilma/>>.



Manuel Hespanha, adotando para isso, metodologicamente, o estudo do Decreto Presidencial n.º 8.243/2014.

Dessa forma, o tema a ser tratado neste artigo é o pluralismo jurídico. O tema pode ser delimitado adotando-se como objeto principal de pesquisa a análise da possibilidade de concreção da teoria pluralista do Direito de António Manuel Hespanha, mormente quanto ao que ele adota da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, por meio do Decreto Presidencial n.º 8.243/2014.

Definido e delimitado o tema do trabalho, é possível apresentar o problema ou a questão central da pesquisa, isto é, em meio ao tema escolhido, a questão (ou questões) que se pretende responder.

Dessa forma, os seguintes problemas podem ser apresentados:

- O Decreto Presidencial n.º 8.243/2014, que institui a Política Nacional de Participação Social, consistiria em uma alternativa para concreção da teoria do Direito de António Manuel Hespanha, mormente em relação ao que ele adota da teoria da ação comunicativa de Habermas?
- Os consensos comunitários possíveis de serem alcançados por meio da Política Nacional de Participação Social seriam alargados, adequados e reflexivos?

Diante dos problemas anteriormente formulados, podem ser apresentadas as seguintes hipóteses de estudo, que consistem nas respostas provisórias aos problemas da pesquisa: a) a Política Nacional de Participação Social, instituída pelo Decreto n.º 8.243/2014 consiste em uma possibilidade de concreção da teoria pluralista do Direito de Hespanha, em especial no tocante ao que o autor português adota da teoria da ação comunicativa de Habermas; e b) os consensos comunitários possíveis de serem alcançados por meio da Política Nacional de Participação Social poderiam ser alargados, adequados e reflexivos.

A relevância e a atualidade do tema do presente artigo ficam evidenciadas quando se percebe a escassez de trabalhos técnico-científicos voltados ao estudo da possibilidade de concreção de uma teoria pluralista do Direito, bem como o possível alcance social da Política Nacional de Participação Social estabelecida pelo Decreto Presidencial n.º 8.243/2014.

Ademais, optou se por desenvolver o objeto de pesquisa por meio do estudo de caso, porque, assim, é possível uma aproximação entre a teoria (na espécie, a teoria pluralista do Direito de Hespanha) e o plano concreto de prática do Direito.



Com efeito, o presente trabalho possibilita reflexões aprofundadas sobre questões jurídicas, orientadas pelas situações concretas decorrentes da possibilidade de implementação de uma Política Nacional de Participação Social, nos moldes da estabelecida pelo Decreto Presidencial n.º 8.243/2014.

Por todo o exposto, ficam evidenciadas a relevância e a atualidade do tema desta pesquisa, cujo objeto é investigado, do ponto de vista metodológico, por intermédio do estudo de caso.

Como marco ou referencial teórico deste artigo, tem-se a teoria pluralista do Direito de António Manuel Hespanha, em especial o que o jurista português adota da teoria da ação comunicativa formulada por Jürgen Habermas⁵.

Hespanha (2009, 2013) defende a necessidade de “democratização do Direito” e adverte para o risco que o atual contexto impõe em mitigar essa necessidade. Para o autor, além do Direito estatal, existem normas de origem diversas e com diversas fontes de manifestação, o que evidencia um novo paradigma pluralista ou pós-estatal do Direito. Isso ocorre, principalmente, pela mobilidade do mundo de hoje, pela globalização e pelo desajustamento e lentidão do Direito e da justiça estatal.

O objetivo geral ou mediato do presente trabalho é estudar o pluralismo jurídico de António Manuel Hespanha e os consensos comunitários que seriam possíveis por meio do que dispõe o Decreto Presidencial n.º 8.243/2014.

Os objetivos específicos ou imediatos do trabalho são: a) estudar o pluralismo jurídico de António Manuel Hespanha, de forma orientada por uma situação concreta, a saber: o Decreto Presidencial n.º 8.243/2014; b) verificar a possibilidade de concreção da teoria pluralista do Direito de Hespanha; e c) permitir a aproximação entre essa teoria e o plano concreto de prática do Direito.

Para consecução dos objetivos propostos, adotou-se o método indutivo como método de abordagem, que diz respeito aos fundamentos lógicos e à organização do raciocínio desenvolvido em todo o trabalho.

⁵ Hespanha (2013, p. 189-190) esclarece que inicialmente era negativa a ideia de Habermas sobre o Direito do Estado, de forma que este defendia a multiplicidade de esferas comunicativas, geradoras de direitos libertadores. Não obstante, posteriormente, Habermas modifica seu pensamento, passando a considerar o poder do Estado (democrático) como uma força positiva, uma vez que possui origem dialógica. Hespanha deixa claro que a ideia inicial, da multiplicidade de esferas comunicativas, geradoras de direitos libertadores, permanece como fundamento de algumas versões do pluralismo jurídico (como a dele próprio) e como base teórica adequada às principais correntes da “teoria da argumentação” (como a de Robert Alexy).



Quanto ao método de procedimento, o qual se refere à forma como se obtém, processa e valida dados sobre o problema investigado, utilizou-se o estudo de caso.

Ademais, este trabalho envolve levantamento bibliográfico, com compilação e revisão rigorosa de material doutrinário bibliográfico acerca do tema proposto. Foram revisados conceitos e ideias importantes para a perfeita compreensão de toda a extensão desta pesquisa. Paralelamente, adotou-se a análise documental, com avaliação (crítica) em profundidade da legislação pertinente.

2 O DECRETO PRESIDENCIAL N.º 8.243/2014

Neste tópico, é feita a descrição do caso objeto de estudo, exibindo todos os elementos necessários à compreensão dos desdobramentos do caso, relativamente à delimitação da abordagem pretendida no presente trabalho. Aqui é apresentado um conjunto de informações sistematizadas, de forma a propiciar a dimensão da situação concreta analisada.

Com efeito, são selecionadas e processadas as informações sobre a situação concreta em estudo, a fim de propiciar a elaboração de um artigo descritivo e analítico, composto pela narrativa e pela apreciação técnica e crítica do caso.

Nesse sentido, é preciso inicialmente destacar que o Decreto Presidencial n.º 8.243, de 23 de maio de 2014, instituiu a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS). O referido Decreto, objeto deste estudo de caso, não chegou a ser implementado, apesar de não ter sido revogado nem mesmo sustado pelo Congresso Nacional.

A discussão acalorada em torno do Decreto n.º 8.243/2014, levou a Câmara dos Deputados a aprovar o Projeto de Decreto Legislativo n.º 147, de 2014, o qual susta o Decreto Presidencial. No entanto, o mencionado Projeto de Decreto Legislativo ainda se encontra em tramitação no Senado Federal⁶.

A PNPS, nos termos do art. 1º do Decreto Presidencial n.º 8.243/2014, possui “objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil.” (BRASIL, 2014).

⁶ A informação de que o Decreto Legislativo n.º 147, de 2014, ainda está em tramitação no Senado Federal foi confirmada pela última vez no dia 3.7.2016, no *site* do Senado. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118766>>.



O objetivo da PNPS, de acordo com o que dispõe o Decreto, está perfeitamente em consonância com a democracia, quicá se encontra além da democracia reinante atualmente no país, porquanto pretende institucionalizar a busca pelo diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil.

O Decreto estabelece as diretrizes gerais e os objetivos da PNPS, bem como estatui instâncias e mecanismos de participação social (formas de diálogo entre administração pública federal e sociedade civil).

O art. 3º do Decreto Presidencial n.º 8.243/2014 estabelece que, dentre outras, “são diretrizes gerais da PNPS: I - reconhecimento da participação social como direito do cidadão e expressão de sua autonomia; [e] II - complementariedade, transversalidade e integração entre mecanismos e instâncias da democracia representativa, participativa e direta” (BRASIL, 2014). É importante destacar, uma vez mais, que o Decreto evidencia a pretensão da participação social e da democracia.

Relativamente aos objetivos da PNPS, em seu art. 4º, o Decreto Presidencial em comento estabelece, dentre outros, os seguintes: “I - consolidar a participação social como método de governo; II - promover a articulação das instâncias e dos mecanismos de participação social; III - aprimorar a relação do governo federal com a sociedade civil, respeitando a autonomia das partes; IV - promover e consolidar a adoção de mecanismos de participação social nas políticas e programas de governo federal; e V - desenvolver mecanismos de participação social nas etapas do ciclo de planejamento e orçamento” (BRASIL, 2014).

Não há como afastar-se do que o Decreto Presidencial n.º 8.243/2014 estipula de forma clara: a PNPS visa a consolidar a participação social na atividade administrativa da União, deixando evidente que, assim sendo, essa participação social já existe, senão não haveria que se falar em consolidação.

De fato, no Brasil já há casos de participação social exitosa, como os Conselhos de Saúde existentes em âmbito federal, estadual e municipal; o Orçamento Participativo surgido no final da década de 1980, cujas experiências de maior projeção (nacional e internacional) ocorreram em Porto Alegre e Belo Horizonte; e as audiências públicas, que propiciam a troca de informações entre particulares e agentes públicos.

Segundo a legislação brasileira, as audiências públicas podem ocorrer como instrumento de realização da missão institucional do Ministério Público e como instrumento



de diálogo no âmbito de processo legislativo, processo judicial e processo administrativo (em casos específicos que versam sobre meio ambiente, licitações e contratos administrativos, concessão e permissão de serviços públicos, etc.).

A questão controversial refere-se ao fato de o Decreto n.º 8.243/2014, consoante o seu art. 2º, inciso I, englobar como sociedade civil “o cidadão, os coletivos, os movimentos sociais institucionalizados ou não institucionalizados, suas redes e suas organizações” (BRASIL, 2014).

Não se pode questionar, por óbvio, que os movimentos sociais pertencem à sociedade civil. A celeuma criada em torno do Decreto Presidencial n.º 8.243/2014 está no fato de os movimentos sociais (ou grande parte deles) estarem ligados ao Partido dos Trabalhadores⁷. Entretanto, não se pode olvidar que toda participação social deve observar o princípio democrático, que, por sua força normativa de envergadura constitucional, nortearia a Política Nacional de Participação Social. O lado bom do Decreto é que ele deixa isso bem claro.

A politização (radical) da participação social, no sentido de militância político partidária, poderia, de fato, atrapalhar a discussão dos agentes da sociedade civil, e colocaria em xeque a capacidade de a participação social produzir consensos reflexivos, alargados (justos) e estabilizadores. Os movimentos sociais precisariam radicalizar-se para o diálogo.

Lado outro, historicamente, todos os níveis de governo brasileiro também têm dificuldade em dialogar com os movimentos sociais. Esquecem que o diálogo com a sociedade (especialmente com os movimentos sociais) é importante fato de legitimação do agir estatal. Nesse sentido, há muito o que fazer visando ao fortalecimento da democracia e à concreção das demandas sociais. E a PNPS tentaria exatamente isso, embora não fosse o único (nem o principal) canal de diálogo do governo com a sociedade civil.

Seja como for, uma coisa fica evidente: a PNPS tinha como um dos objetivos

⁷ É notória a necessidade de os partidos políticos se articularem com a sociedade civil, pois somente assim seria possível a sua existência duradoura e estável. Aliás, para alguns autores, em conformidade com a visão de Karl Marx, os partidos são a expressão política de uma classe social. Nesse sentido, é natural os partidos políticos se articularem com os chamados movimentos sociais. Não obstante, no Brasil, diante da falta de fidelidade partidária da maioria dos políticos e da aversão a partidos políticos de grande parte dos eleitores, os maiores partidos brasileiros não têm significativa articulação com os movimentos sociais. A relação desses partidos políticos com os movimentos sociais acontece incipiente e casualmente, em determinadas circunstâncias e casos específicos. A exceção disso é o Partido dos Trabalhadores (além de outros pequenos partidos de esquerda), que, desde sua origem, de forma permanente, estratégica e institucionalizada, mantém relação estreita com sindicatos, movimentos étnico-raciais, movimentos de gênero e grupos de sem-terra, sem-teto, trabalhadores, estudantes, indígenas, quilombolas, etc.



fortalecer (ou consolidar) a articulação de espaços participativos na administração pública federal. O Decreto n.º 8.243/2014 regulamentou o funcionamento e a garantia de instâncias e mecanismos de participação social, embora não tenha disciplinado a forma de ocupação desses espaços, o que seria importante para assegurar os interesses do povo.

No tocante a essas instâncias e mecanismos, o Decreto Presidencial, em seu art. 6º, cria as seguintes formas de diálogo entre administração pública federal e sociedade civil: conselho de políticas públicas; comissão de políticas públicas; conferência nacional; ouvidoria pública federal; mesa de diálogo; fórum interconselhos; audiência pública; consulta pública; e ambiente virtual de participação social (BRASIL, 2014).

A Constituição da República de 1988 (de forma não taxativa) estabeleceu instrumentos de democracia participativa, tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Além disso, possibilitou a criação de instâncias e mecanismos de participação direta da sociedade no processo decisório da administração pública. Nesse sentido, existem, há muito tempo, conselhos para os mais variados temas: saúde, educação, meio ambiente, segurança pública, idosos, juventude, merenda escolar, drogas.

Assim, o Decreto Presidencial n.º 8.243/2014 não inovou em relação à participação da sociedade na gestão das políticas públicas. Em princípio, com o Decreto, não houve (pronta) radicalização da nossa democracia, tampouco foram dados privilégios do governo federal a qualquer segmento da sociedade.

Isso porque, na prática, entre a previsão da participação social na formulação e implementação de políticas públicas e a sua efetivação, certamente haveria a necessidade de um longo tempo. O caminho seria espinhoso. O tempo seria de negociação, inclusive quanto ao poder decisório que teria a participação social disciplinada pela PNPS.

3 APRECIÇÃO TÉCNICA E CRÍTICA DO CASO OBJETO DE ANÁLISE

Nesta seção, será analisado e discutido o caso apresentado no tópico anterior, buscando associá-lo ao referencial teórico (Hespanha e Habermas) e aos objetivos propostos. Com efeito, aqui serão apresentadas reflexões críticas em torno de questões jurídicas envolvidas no caso em estudo.



3.1 A participação da sociedade civil na tomada de decisões sobre políticas públicas no Brasil

A participação da sociedade civil na tomada de decisões políticas no Brasil não é algo recente. A título de exemplo, pode-se citar o Conselho Nacional de Saúde. Desde as primeiras décadas do século XX, de quando remonta a sua origem, o Conselho Nacional de Saúde vem exercendo um papel importante, tendo sido um dos grandes responsáveis pela formação das bases do Sistema Único de Saúde (SUS) do país.

Na década de 1980, a democracia participativa tornou-se extremamente relevante no contexto político brasileiro, principalmente com a queda do regime militar e o soerguimento de uma Constituição calcada no paradigma do Estado Democrático de Direito. A partir daí, o número de conselhos populares e de movimentos surgidos na sociedade civil, organizados ou não, multiplicou-se, com vistas especialmente ao controle e à melhor alocação de recursos públicos. Como consequência disso, cite-se a instituição do orçamento participativo, que hoje é uma realidade em centenas de municípios do Brasil.

Pode-se dizer que o Brasil apresenta uma Constituição aberta ao aprofundamento da democracia, no sentido de ela contemplar em seu bojo os procedimentos democráticos representativo e participativo, havendo total harmonia com a proposta pluralista que orienta o presente trabalho.

Dessa forma, é somente em consonância com esse espírito democrático que o Decreto Presidencial n.º 8.243/2014 poderia ser inserido no ordenamento jurídico brasileiro. Não haveria espaço para qualquer outra intenção, muito menos a de dar início ao bolivarianismo no Brasil. Qualquer interesse escuso estaria fadado a se perder com o tempo.

Enfim, repita-se, com o Decreto n.º 8.243/2014 somente poderia ser almejado aquilo que este estabelece (em seu art. 1º) como objetivo para a Política Nacional de Participação Social: “fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil.” (BRASIL, 2014).

Com efeito, não parece que o Decreto analisado disse mais do que deveria, quando sua ideia principal foi a de destacar o direito fundamental de participação política da sociedade.



3.2 A teoria pluralista do Direito de António Manuel Hespanha

Reinante desde a Revolução Francesa de 1789, hoje se encontra em crise o paradigma estatal do Direito, segundo o qual apenas o Estado tem legitimidade para estatuir validamente normas jurídicas.

Ser o Direito uma criação exclusiva do Estado encontrou por mais de dois séculos fundamentos eloquentes e, assim, inquestionáveis: soberania estatal e democracia (no sentido de ser o Estado o porta voz do povo).

Entretanto, conforme leciona Pietro Costa, vivemos uma crise da democracia representativa. O autor destaca o mito da autodeterminação do povo e a constatação de que a representação política, em verdade, abarca os interesses de um pequeno grupo da sociedade (elite), o que reproduz uma realidade conhecida desde as revoluções burguesas e a instalação do Estado Moderno. Essa realidade, de forma alguma consagra a participação de todos os grupos que formam a sociedade (COSTA, 2010).

Neste sentido, o autor trabalha com uma nova teoria de democracia, baseada no pluralismo, tendo como marco histórico o constitucionalismo do segundo pós-guerra. Constatando que o poder não é restrito apenas a determinados grupos, Costa (2010) destaca que a participação política é um atributo da sociedade em toda sua pluralidade, de modo que as decisões são fruto das interações ocorridas e dos debates estabelecidos.

Segundo Pietro Costa:

Não existe um *demos* unitário, titular de um poder unívoco e compacto. O poder é difuso e fragmentado entre uma pluralidade de grupos que influenciam de maneiras diversas o processo decisional complexo. É a contínua “contratação” e interação entre os diversos grupos e as diversas forças sociais, é o conflito entre interesses em competição que determina a distribuição do poder e o funcionamento do sistema político. A democracia não é o poder de um *demos* unitário: é a interação entre grupos e poderes diversos, é uma poliarquia; e é precisamente a substância poliárquica da democracia que a torna compatível com a liberdade. (COSTA, 2010, p. 263-264).

Atualmente, o Estado tradicional enfrenta um processo de desconstrução, agravado pela hipercomplexidade da sociedade contemporânea, decorrente principalmente da quantidade de fatos a serem regulados na sociedade globalizada.

Claudia Lima Marques e Bruno Miragem lembram que “se vive atualmente em uma



sociedade pós-moderna⁸, sociedade de consumo e de produção de massa, sociedade de serviços, sociedade da informação, altamente acelerada, globalizada e desmaterializada.” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 20-21).

As profundas e rápidas transformações sociais que acontecem hodiernamente exigem uma resposta jurídica, que o Estado sozinho não consegue atender. Ademais, a construção de espaços políticos multinacionais, consistentes em novas formas globalizadas de organização políticas, como a União Europeia, dão ao Estado aparente feição de instituição obsoleta e portadora de interesses paroquiais (HESPANHA, 2013, p. 48).

É nesse contexto que Hespanha (2009, 2013) constata a crise do paradigma estatal do Direito e defende a busca de um novo modelo de pensar a relação entre Direito e Estado. Essa nova relação, segundo o mencionado autor, daria origem ao paradigma pluralista ou pós-estatal do Direito, no qual, apesar de ainda ser importante ator (o mais importante, registre-se), o Estado perderia o *status* de único legitimado a poder dizer o que é Direito.

Com o pluralismo jurídico, característico da pós-modernidade, rompe-se com o clássico paradigma estatal do Direito, emergindo uma nova realidade que consiste na constatação de que “existe toda uma regulação alternativa, que com frequência é puramente social, mas que passa por relações tradicionalmente consideradas como jurídicas” (ARNAUD, 1991, p. 247).

A partir do paradigma pós-estatal ou pluralista, António Manuel Hespanha constrói sua teoria do Direito. Ele utiliza-se da corrente realista (teoria realista do Direito), da qual Hart é um dos mais notáveis representantes.

Aliás, anote-se que a teoria do Direito de Hespanha (2009, 2013) funda-se nas propostas teóricas sobre a natureza do Direito de Herbert Lionel Adolphus Hart (norma de

⁸ A expressão “pós-modernidade” (ou “pós-modernismo”) não possui uma acepção única ou precisa. Neste trabalho a expressão é utilizada para referir-se à época atual, período depois da Segunda Guerra Mundial, em que se verifica profunda modificação do Direito, como o reconhecimento da força normativa dos princípios, da supremacia da Constituição e da primazia dos direitos fundamentais. Fernando Rodrigues Martins leciona que na pós-modernidade “há uma abrupta transformação de pontos-chave da sociedade e de seus aparelhamentos via economia”, o que alcança a ideia de Estado, enfraquecendo-o (MARTINS, 2011, p. 171-173). Para o referido autor, “se a pós-modernidade é uma ‘era’ ou ‘época vivente’, veio ela acompanhada de um modelo diferenciado daquele existente no tempo anterior. A esse modelo ou contexto atual dá-se o nome de globalização” (MARTINS, 2011, p. 170). Ademais, Marques e Miragem (2014, p. 128) defendem que “pós-modernismo” trata-se de “uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (*Umbruch*), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado.”



reconhecimento), Jürgen Habermas (razão comunicativa) e Niklas Luhmann (sistema autorreferencial)⁹.

Hespanha (2013, p. 153) inspira-se nesses três autores porque as propostas teóricas deles seriam mais capazes de dar conta do atual modelo de Direito, o qual, nas palavras do professor português, é descentralizado, não hierárquico, pluralista, em rede (e não em pirâmide) e flexível (*soft, mite, dúctil*)¹⁰.

Do realismo (ou positivismo) de Hart, Hespanha (2013, p. 153) colheu para sua teoria do Direito “a ideia de que a identificação do Direito deve partir da observação do que se passa na comunidade, e não de uma noção apriorística ou dogmática do que seja o Direito”.

De Habermas, embora de forma menos otimista, como deixa claro o professor português, Hespanha (2013, p. 153) adotou a ideia de que o reconhecimento pelos tribunais de uma norma como Direito deve ter como base os consensos comunitários inclusivos (alargados) e justos (adequados), e não uma lei do Estado.

Aqui, é interessante mencionar que o Decreto Presidencial n.º 8.243/2014, em seu art. 3º, inciso I, estabelece como diretriz geral o “reconhecimento da participação social como direito do cidadão e expressão de sua autonomia”.

Em verdade, esse direito de participação social possui envergadura constitucional, se considerada uma releitura do princípio democrático, adequada a um mundo pós-moderno, no qual existe notória vinculação da atividade estatal e administrativa à consecução dos direitos fundamentais, mormente em relação àqueles direitos que garantem minimamente uma existência digna à pessoa humana.

Essa vinculação da atividade administrativa aos direitos fundamentais impõe uma nova relação entre a administração pública e o povo, de forma que seja incentivado e consolidado o exercício da cidadania tão necessário à promoção digna da pessoa humana, bem como buscada a legitimação na formulação e na implementação de políticas públicas, por meio do diálogo entre administração pública e sociedade, cuja finalidade consiste na formação de consensos comunitários.

E, no atual momento histórico, somente na promoção da cidadania e na busca por consensos comunitários poderia consistir a finalidade da participação social prevista no

⁹ Para maiores detalhes sobre as propostas teóricas em que se funda a teoria do Direito de Hespanha, vide as seguintes obras: Hart (2001), Habermas (1997, 2002) e Luhmann (1983, 1985).

¹⁰ Sobre o Direito dúctil, vide a obra de Gustavo Zagrebelsky, “**El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**”. (ZAGREBELSKY, 2005).



Decreto Presidencial n.º 8.243/2014.

Feito esse adendo, é de se continuar dizendo que Hespanha (2013, p. 153-154) colhe de Luhmann a ideia de que é o próprio Direito que estabelece o Direito, e não o Estado, a sociedade, a economia, a necessidade ou a oportunidade. Enfim, Hespanha busca em Luhmann a confirmação de que “o Direito diz o que ele é”.

Além disso, em Luhmann, Hespanha ainda busca a estabilidade que o Direito deve proporcionar. Do sociólogo alemão, teórico da sociedade como sistema autopoiético, António Manuel Hespanha colhe a ideia de que o estabelecimento do Direito visa à redução da complexidade e à criação de situações de estabilização das expectativas.

Fiel à metodologia adotada, António Manuel Hespanha observa a realidade e dela retira um fato: o pluralismo jurídico. Ele afirma que “o pluralismo normativo é um fato, antes mesmo de ser um ideal ou um perigo” (HESPANHA, 2009, p. 524).

Para o autor, o pluralismo jurídico sempre existiu, ou seja, o Direito sempre consistiu em uma ordem normativa pluralista. Esclarece ainda que “o monismo legislativo é, na ordem dos fatos, uma ficção simplificadora”, uma vez que “qualquer sociedade tem mais normas do que as legais” (HESPANHA, 2009, p. 65).

3.3 O consenso como elemento legitimador do Direito

Na formulação de sua teoria do Direito, Hespanha (2013, p. 117) parte do fato de que a Democracia é marco civilizacional dos nossos dias, de forma que não se pode abandonar o paradigma democrático de legitimação (validação).

O autor defende que o Direito deve ter *pedigree* democrático. Não obstante, a democracia de Hespanha não é a democracia representativa. Para ele, a legitimação do Direito a partir de um hipotético contrato social que originasse uma vontade geral é um mito. O jurista de Portugal parte de um conceito mais complexo de democracia, que, embora não exclua a democracia representativa, vai muito além dela (HESPANHA, 2013, p. 80-81).

Em verdade, a democracia de Hespanha tem como frutos os consensos comunitários alargados e inclusivos. De fato, o autor defende que o elemento de legitimação do Direito é o consenso.

Como se viu, o Decreto Presidencial n.º 8.243/2014, na essência, busca o diálogo entre administração pública federal e sociedade civil, de forma que haveria um claro propósito



nisso: a formação de consensos comunitários.

É preciso observar que “há muitos consensos, uns aparentes, superficiais, hegemônicos, manipulados; outros tendendo para condições ideais”, em que o diálogo impera perfeitamente, abrangendo todos os interessados, de forma inclusiva e abrangente, isenta de manipulação e rica em reflexão (HESPANHA, 2013, p. 79-80).

Nessa senda, nem todo tipo de consenso produz Direito. Para produzir Direito, é preciso que o consenso comunitário seja inclusivo, reflexivo e estabilizador. Dessa forma, não produzem Direito os consensos internos de um grupo corporativo assente nos seus pontos de vista particulares, egoístas ou não. Hespanha (2013, p. 118) esclarece que, se uma norma é fruto de um consenso imperfeito (aparente, superficial, hegemônico, manipulado, etc.), ela oferece poucas garantias de constituir uma moldura regulativa sustentável, porquanto estará sujeita à crítica deslegitimadora daqueles que não participaram do consenso que a instituiu.

Assim, os consensos alargados e inclusivos são condições da eficácia jurídica das normas e dos efeitos sociais estabilizadores que o Direito pretende (HESPANHA, 2013, p. 118).

Partindo de uma observação empírica, para Hespanha (2013, p. 77), a simples vigência de uma norma não garante a sua validade jurídica. É que o autor faz claramente uma distinção entre vigência e validade jurídica. Para ele, vigência é o “atributo das normas que são observadas numa comunidade de Direito” (HESPANHA, 2013, p. 291). Vigência é, portanto, uma característica de obrigatoriedade da observância de uma determinada norma, em um determinado espaço e tempo.

Validade jurídica, por sua vez, é “a vigência geral, inclusiva¹¹, adequada (justa, *fair*), sustentável¹², estabilizadora¹³ para todos os destinatários”, em decorrência de se fundamentar em um “consenso alargado, adequado e reflexivo”, bem como cumprir “o requisito da consensualidade e capacidade estabilizadora” (HESPANHA, 2013, p. 119).

Enfim, na teoria do Direito de Hespanha, as normas jurídicas devem corresponder a

¹¹ Para Hespanha (2009, 2013), norma inclusiva refere-se à necessidade de ela não ser de solidariedade grupal, de defesa de interesses particulares, de comportamento egoisticamente orientado.

¹² A norma deve ter a capacidade para permanecer no tempo, com validade jurídica. Entretanto, registre-se que, conforme Hespanha (2013, p. 78), a sustentabilidade não será ilimitada, porque as sociedades evoluem, assim como os pontos de vista sobre a adequação das normas.

¹³ Apesar de todos os elementos complexos e mutantes, a norma deve proporcionar alguma estabilidade e ter condições de sustentação que lhe permita criar maior estabilidade e previsibilidade. Isso será mais provável de acontecer se a norma tiver a capacidade de responder a expectativas gerais, sendo fruto de um consenso adequado (HESPANHA, 2013, p. 78).



consensos sociais alargados e adequados (*fair*), bem como serem estáveis e estabilizadoras.

Uma questão que poderia ser colocada é quanto à capacidade de as instâncias e mecanismos de participação social institucionalizados pelo Decreto Presidencial n.º 8.243/2014 serem capazes de produzir consensos alargados, adequados e reflexivos.

Entretanto, a experiência brasileira com os conselhos comunitários, o orçamento participativo e as audiências públicas sinaliza no sentido de ser possível produzir consensos de boa qualidade. Seja como for, é sempre hora de aprender a conversar, a ouvir e a decidir juntos. Isso é um processo, em que todos ganham e a democracia se fortalece.

3.4 A ação comunicativa de Jürgen Habermas e o Decreto Presidencial n.º 8.243/2014

Ao desenvolver a teoria da ação comunicativa, Jürgen Habermas objetivou romper com o paradigma da consciência, que, em síntese, divide o mundo ou a filosofia em dois: de um lado o sujeito, de outro o objeto. Nesse sentido, o filósofo alemão visa a inserir suas ideias sob um novo paradigma filosófico, calcado na comunicação. O agir comunicativo ocorre perante as relações intersubjetivas, efetivando-se por meio do diálogo e da formação de consensos perante o espaço público (HABERMAS, 1997, p. 44).

Sobre o tema, importante em Habermas é a análise da racionalidade e da forma como ela ocorre, visando à obtenção da coesão social. No caso, ela pode se dar por meio da própria ação comunicativa advinda do paradigma filosófico sujeito-sujeito, denominada de racionalização convivial ou comunicacional (HESPANHA, 2013, p. 187); ou pode ser do tipo instrumental, “a qual se estrutura no uso não comunicativo do saber em ações dirigidas a fins” (PINTO, 1995).

Sob a perspectiva pluralista analisada no presente trabalho, cumpre concordar com Habermas quando o filósofo critica a racionalidade instrumental, uma vez que ela está embasada no modelo legalista, que, em relação à sociedade e às interações entre as pessoas, mostra-se autoritária e reducionista, no sentido de limitar o destino da população às metas, às regulamentações e aos objetivos traçados pelo Estado.

É dizer, no atual paradigma pós-moderno em que se insere o ser humano, restringir o Direito às normas produzidas pelo ente estatal corresponde a negar uma realidade evidente, qual seja, a de que o fenômeno jurídico também exsurge da sociedade e de outros espaços públicos.



O favorecimento ao diálogo e à formação de consensos na sociedade, expressados linguisticamente, de fato, propicia o que se pode chamar de “soberania do povo”, mas em um sentido que supera a democracia representativa (uma conquista obtida no Estado Moderno).

Fala-se hoje em democracia participativa e a inclusão da sociedade civil como agente legítimo a participar da pauta política, no tocante aos seus próprios interesses. Nesse diapasão, insere-se o Decreto Presidencial n.º 82.483/2014, objeto deste estudo de caso.

Os consensos são formados perante um espaço público, que em Habermas, ganha o nome de “mundo da vida”. Nesse ambiente, “a conduta pessoal de vida e a tradição cultural são transportadas cada vez mais para discursos de autoentendimento” (HABERMAS, 1997, p. 130), em que se repele (ou ao menos deveria repelir) qualquer forma de dominação, desigualdade ou utilização indevida do procedimento comunicativo. Conforme destaca Hespanha (2013, p. 187), o objetivo corresponde à formação de consensos por meio de um “diálogo, transparente e igualitário”, expressão do procedimento democrático que deve nortear a produção do Direito por meio da ação comunicativa.

O aprofundamento da democracia, inclusive do modelo representativo, certamente é condição de possibilidade para se alcançar os consensos legítimos, chancelados pela racionalidade convivial. Todavia, é de se questionar se esses novos parâmetros democráticos (cite-se o modelo de democracia participativa) adequam-se à teoria habermasiana ora estudada. Em específico, é preciso perquirir a respeito da adequação ou não do Decreto Presidencial n.º 8.243/2014 à teoria da ação comunicativa.

O citado Decreto, buscando instituir a Política Nacional de Participação Social no Brasil, em síntese, objetivou organizar e propiciar o relacionamento harmônico entre os diversos conselhos de participação social, conferindo à sociedade civil, organizada ou não, a oportunidade de participar das discussões relativas à formulação e à implementação de políticas públicas.

Não obstante, a reação da maioria dos parlamentares do Congresso Nacional e de outros setores da sociedade foi extremamente contrária ao Decreto n.º 8.243/2014, sob a alegação de que este usurparia a competência legislativa e alteraria a própria Constituição, visto que esta não permitiria outros mecanismos de democracia direta que não sejam o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular¹⁴.

¹⁴ Como já anteriormente destacado, o rol do art. 14, *caput*, da Constituição da República de 1988 não pode ser taxativo. Em outras palavras, os mecanismos de democracia direta previstos na Constituição (plebiscito,



Em relação a essa reação, importante é a análise de Habermas sobre o desvirtuamento da ação comunicativa por meio do que ele denominou de “colonização do mundo da vida”. Certamente, o modelo de democracia representativa que não se abre à participação social, mas, ao contrário, visa simplesmente a impor o paradigma estatal do Direito à sociedade civil, ignorando a produção do Direito que ocorre no âmago da própria comunidade, não é mais adequado nesta quadra da história.

Nesse sentido, como destaca Hespanha (2013), a “colonização do mundo da vida” tenderia para a adoção da racionalidade instrumental rechaçada por Habermas, posto ser ela propícia ao paradigma legalista e incompatível com um modelo de pluralismo jurídico norteado pelo aprofundamento da democracia, como bem defende o jurista e historiador lusitano. Em outras palavras, essa atitude impositiva por parte do Estado seria contrária à formação de consensos, sendo, portanto, autoritária, não democrática e ilegítima.

Assim, é de se criticar a forma como o Decreto n.º 8.243/2014 foi tratado, pois, a rigor, o que se pretendeu foi uma tentativa de aprofundamento da democracia no Brasil, em que haveria maior diálogo entre a administração pública federal e a sociedade civil.

4 CONCLUSÃO

O Brasil apresenta uma Constituição aberta quanto ao aprofundamento da democracia, sendo perfeitamente possível a implementação de procedimentos democráticos de participação social, como a Política Nacional de Participação Social (PNPS), instituída pelo Decreto Presidencial n.º 8.243/2014.

Ademais, o ambiente democrático e o grau de maturidade de nossas instituições garantem que a PNPS somente pudesse ser implementada com espírito democrático, esvaziando qualquer eventual pretensão escusa que pudesse existir na edição do Decreto n.º 8.243/2014.

Portanto, qualquer comparação entre o Decreto n.º 8.243/2014 e o denominado “bolivarianismo”, não se mostra adequada, sobretudo porque o Decreto visa apenas a estabelecer o diálogo entre a sociedade civil e o Estado, o que certamente contribuiria para o

referendo e iniciativa popular) são apenas exemplificativos. De fato, no Brasil já existem várias instâncias e mecanismos de participação direta da sociedade no processo decisório da administração pública. A título de exemplo, vejam os conselhos comunitários existentes em âmbito federal, estadual, distrital e municipal, para os mais variados temas, tais como saúde, educação e meio ambiente.



fortalecimento da democracia e o aprimoramento das políticas públicas.

Diante das inúmeras críticas, muitas vezes desproporcionais, proferidas por determinados setores da sociedade, a PNPS acabou não sendo efetivada, sendo o Decreto Presidencial alvo de Projeto de Decreto Legislativo para sustação de seus efeitos. Certo é que o Brasil perdeu a chance de ao menos aprofundar as discussões em torno do seu sistema democrático, o que demonstra que o paradigma estatal do Direito ainda se encontra fortemente arraigado em nossa cultura política.

No tocante à teoria do Direito de António Manuel Hespanha, fundada no paradigma pós-estatal ou pluralista do Direito, é de se ressaltar que ela tem como elemento legitimador o mesmo elemento último da Política Nacional de Participação Social: o consenso.

Com efeito, a PNPS, instituída pelo Decreto Presidencial n.º 8.243/2014, busca na essência o diálogo entre o Estado e a sociedade civil, havendo um claro propósito: a formação de consensos comunitários.

Assim, é bastante nítido que a Política Nacional de Participação Social consistiria em uma possibilidade de concreção da teoria pluralista do Direito de Hespanha, em especial no tocante ao que o autor português adota da teoria da ação comunicativa de Habermas.

Além disso, é perfeitamente razoável admitir, em decorrência de nossa experiência exitosa de participação social (conselhos comunitários, orçamento participativo e audiências públicas), a capacidade de as instâncias e mecanismos de participação social institucionalizados pelo Decreto Presidencial n.º 8.243/2014 serem capazes de produzir consensos alargados, adequados e reflexivos.

Por fim, é importante registrar que neste artigo não se faz uma defesa parcial da Política Nacional de Participação Social estabelecida pelo Decreto n.º 8.243/2014, muito menos de eventuais pretensões veladas de grupos sociais, sejam eles partidos políticos ou não. Da mesma forma, não se ataca o Decreto simplesmente por ele institucionalizar canais de diálogo com a sociedade civil, aí incluídos os movimentos sociais. O que se pretendeu neste trabalho, repita-se, uma vez mais, é discutir a teoria pluralista do Direito de António Manuel Hespanha, orientada pela participação social institucionalizada pelo Decreto Presidencial n.º 8.243/2014.



REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Tradução Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução de: *Le Droit trahi par la Philosophie*.

BRASIL. Decreto n.º 8.243 (Decreto do Poder Executivo Federal), de 23 de maio de 2014. Institui a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 maio 2014. Seção 1, p. 6. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm>. Acesso em: 3 jul. 2016.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Tradução Alexander Rodrigues de Castro et al. Curitiba: Juruá, 2010. 304 p. (Biblioteca de História do Direito).

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. Tradução de: *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução de: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats*.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Tradução de: *The concept of law*.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed., reelaborada. Coimbra: Almedina, 2009.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Estudos alemães). Tradução de: *Rechtssoziologie I*.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. (Estudos alemães). Tradução de: *Rechtssoziologie II*.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINTO, José Marcelino de Rezende. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. **Paidéia (Ribeirão Preto)**, Ribeirão Preto, n. 8-9, p. 77-96, ago. 1995. ISSN: 1982-4327. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/n8-9/07.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005. Tradução de: *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*.