

VANESSA WENDHAUSEN CAVALLAZZI

e-democracia deliberativa

A criação de espaços
de deliberação social em rede
para a implementação
de direitos sociais

2020

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

3

Favorecendo a implementação de direitos sociais por meio de deliberações sociais digitais

O debate sobre a legitimidade das escolhas orçamentárias e sua capacidade de favorecer a implementação de direitos sociais não dispensa uma breve anotação sobre o que sejam esses direitos, qual a sua importância para o cumprimento das funções democráticas e as dificuldades existentes para a sua efetivação. Nessa mesma ordem de coisas e a partir das disfuncionalidades que a judicialização excessiva de direitos sociais vem ocasionando, cumpre apresentar o ambiente orçamentário em conexão com o ideal democrático deliberativo, traçando as potencialidades que daí ressaem, especialmente no que se refere à legitimidade democrática. Em seguida, a análise de algumas experiências deliberativas digitais acerca de escolhas orçamentárias, à luz dos critérios qualitativos procedimentais e substantivos descritos no

capítulo anterior, poderá estabelecer até onde a legitimidade democrática dos *outcomes* produzidos nessas esferas favoreceu a implementação estruturada de direitos sociais.

3.1. A AMBIÊNCIA ORÇAMENTÁRIA COMO *LOCUS* PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais, portanto, vão buscar suas origens no absenteísmo do Estado liberal, que fez crescer a concentração de renda nas mãos dos titulares dos meios de produção, induziu o nascimento de uma massa de trabalhadores urbanos submetidos a condições laborais precárias e agigantou as diferenças entre as classes sociais.¹ Essa condição de miserabilidade extrema precipitou a realização crescente de manifestações populares por melhores condições de trabalho, em meio às quais passaram a transitar as ideias socialistas de abolição da propriedade privada, de estatização dos meios de produção e de luta por uma sociedade igualitária em que todos pudessem viver dignamente do fruto de seu trabalho.²

1. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 15, 2006.
2. José Jobson de Arruda reconstitui o panorama socioeconômico que induziu o surgimento da ideia de direitos sociais como prestações devidas pelo Estado em favor dos marginalizados pelo modo de produção capitalista. Segundo ele, a medida que o progresso se deslocava para o norte; centros como Manchester, abrigavam massas de trabalhadores, em condições miseráveis. “Os artesãos, acostumados a controlar o ritmo de trabalho, agora tinham que se submeter à disciplina da fábrica. Passaram a sofrer a concorrência de mulheres e crianças. Na indústria têxtil do algodão, as mulheres formavam mais da metade da massa trabalhadora. Crianças começavam a trabalhar aos 6 anos. Não havia garantia contra acidente nem indenização ou pagamento de dias parados neste caso. A mecanização desqualificava o trabalho, o que tendia a reduzir o salário. Havia frequentes paradas na produção, provocando desemprego. Nas novas condições, caíam os rendimentos, contribuindo

Como reação ao ideário socialista, positivado na Rússia pela revolução bolchevique (1917), e às crises econômicas do pós-guerra, o capitalismo foi compelido a ceder, permitindo que o Estado traçasse, então, estratégias de contenção do abuso da exploração da classe trabalhadora por meio da outorga de direitos sociais. Esses direitos exigiam do Estado, não mais uma postura somente negativa, traduzida pelo dever de não violar, mas uma obrigação positiva, caracterizada pelo imperativo de prestar. Assim, ao lado dos direitos fundamentais de primeira geração, surgiram os direitos fundamentais sociais, alçados a essa categoria em virtude de constituírem *standards* essenciais à dignidade humana, verdadeiros condicionantes das demais liberdades civis e políticas.³ Passou a ser tarefa do Estado do Bem-Estar Social, então, garantir condições dignas de vida, fornecendo acesso a serviços de saúde, educação, previdência social, moradia, transporte, lazer, além de proteção às relações de trabalho, à infância e à maternidade.⁴

Trata-se, portanto, de uma categoria conectada com a dignidade humana e os postulados de justiça social, voltada à

para reduzir a média de vida. Uns se entregavam ao alcoolismo. Outros se rebelavam contra as máquinas e as fábricas, destruídas em Lancaster (1769) e em Lancashire (1779). [...] A Revolução Industrial provocara a concentração de trabalhadores paupérrimos nos centros urbanos; sua miséria chamou a atenção, pela primeira vez, para a necessidade das reformas sociais. Procurava-se compreender as causas das injustiças sociais e os meios de solucionar esse problema.” ARRUDA, José Jobson de A. *A História moderna e contemporânea*. 17ª ed. São Paulo: Ática, p. 201, 1984.

3. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 59, 2006.
4. DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e Limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde*, Belo Horizonte: Fórum, p. 268, 2011. Vide, também: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 36-45, 2007.

ideia de que ao Estado impende o dever de empreender esforços para mitigar os efeitos nefastos das desigualdades econômicas e sociais, por meio de um conjunto de garantias que propiciem a seus destinatários um mínimo de bem-estar e uma existência digna.⁵ Mas, da norma como ideal à norma como ação, a trajetória para a efetividade dos direitos sociais tem sido longa e difícil. Tidos, em um primeiro momento, como o conteúdo de normas constitucionais meramente programáticas, cujo único objetivo era apontar aos agentes políticos o conduto a seguir, durante muitos anos permaneceram como o signo irrealizado de constituições igualmente simbólicas, que continham, nas palavras de Luís Roberto Barroso, um mero convite à atuação dos Poderes Públicos.⁶

Na Europa, foi somente com a reconstitucionalização que sucedeu à Segunda Guerra Mundial e, no Brasil, com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição Federal de 1988, que a ideia de que as normas constitucionais dispõem de força normativa, de fato, floresceu.⁷ Em terras brasileiras, o desejo de superar a realidade política de opressão e antigas

5. O conteúdo dos direitos sociais guarda várias sinuosidades, dentre elas, por exemplo, a existência de direitos sociais negativos, ou seja, compostos por núcleos de garantias de segunda geração que exigem do Estado não uma obrigação de fazer, mas um dever de abstenção. Ingo Sarlet aponta diversos direitos do trabalho, relacionadas à liberdade sindical, ao direito de greve, que imporiam ao ente estatal uma postura negativa, com o objetivo de garantir-los. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 20 anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?* pp. 6-10, 2008. Disponível em: <<https://www.udf.edu.br/wp-content/uploads/2016/01/Texto-Bibliogr%C3%A1fico-I-Ingo-Wolfgang-SARLET.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

6. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 296, 2016.

7. *Ibidem*, p. 296-297.

assimetrias sociais, enraizadas no patrimonialismo e no clientelismo⁸, por meio de um texto cujo conteúdo fosse prático e assegurasse direitos fundamentais apontados para a dignidade humana como valor central, encontrou no movimento de expansão da jurisdição constitucional um veículo para a sua positivação.⁹ Nesses termos, a constitucionalização dos direitos fundamentais sociais viabilizada pela Constituição de 1988, em alguma medida, imunizou-os contra tentativas do processo político majoritário de lhes diminuir o âmbito de incidência. A guarda desses direitos passou a ser ativamente exercida por um Poder Judiciário ávido por utilizar a legalidade em favor de uma leitura moral do texto constitucional e das leis, por meio do reconhecimento da normatividade dos princípios e de suas diferenças em relação às regras, da reabilitação da razão prática

-
8. Patrícia Perrone Campos Mello, valendo-se de Sérgio Buarque de Hollanda, descreve os traços do cordialismo e do patrimonialismo no Brasil como heranças de seu período colonial. Afirma a existência de uma cultura personalista, de acentuação de vínculos afetivos e de amizades, por meios das quais foram reproduzidas no espaço público características inerentes às relações domésticas. De acordo com a autora: “Os grupos políticos apresentavam, aqui, uma tendência a se constituírem à semelhança das famílias patriarcais. Seus membros se sentiam associados uns aos outros por sentimentos e deveres e não por ideias, e cabia ao chefe do grupo prover e apoiar a todos”. E, mais adiante, complementa: “Este estado de coisas conduz à tomada de decisões públicas com base em relações pessoais, procurando-se fazer favores a amigos e parentes. No Estado patrimonial, falta a ordenação impessoal. A gestão pública é assunto de interesse particular e os cargos devem atender às expectativas e às necessidades de seus ocupantes e não o inverso, confundindo-se, por consequência o que é público e o que é privado. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, p. 214-215, 2015.
 9. NOVAIS, Maria Elisa Cesar. Decisões judiciais e orçamento públicos. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (org.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1.068, 20110.

e da argumentação jurídica, enfim, da formação de uma nova hermenêutica.¹⁰

E, assim, a omissão dos agentes políticos na implementação de direitos sociais foi descobrindo no Judiciário um reiterado contraponto. De medicamentos não disponibilizados pelo sistema público de saúde, passando pela contratação de professores auxiliares para o atendimento de crianças com transtornos de aprendizagem até a adaptação de equipamentos públicos às regras de acessibilidade, o Poder Judiciário passou a atuar numa escala quase infinita de inações estatais.¹¹ Essa atuação foi capaz

10. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 283, 2016.

11. **O direito à saúde foi um dos primeiros direitos sociais a ser indicado pelo STF como sendo dotado de mais do que, apenas, um caráter programático. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário nº 271.289/RS. Relator Ministro Celso de Mello, p. 24.11.2000. PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático**

de garantir a positivação de diversos direitos fundamentais, retirando a Constituição do limbo e dando a ela eficácia normativa. Noutra mão, passou a ensejar discussões acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário para se substituir à representação eleita na efetivação desses direitos e da capacidade institucional do sistema de justiça para a produção de decisões que contivessem as melhores respostas sociais, técnicas ou científicas para as políticas públicas das quais a implementação depende. E, primordialmente, passou a ensejar questionamentos sobre os efeitos colaterais de ordem sistêmica que essas decisões poderiam induzir, como o tumulto da execução orçamentária, a desorganização da atividade administrativa e a descontinuidade de políticas públicas.

Do rol de potenciais disfuncionalidades apontadas, interessa a esse trabalho a última delas. Assim, a par de seus inegáveis méritos, é certo que a interferência judicial desordenada na implementação de direitos sociais promove a desorganização administrativa, exigindo o desvio de recursos orçamentários, materiais e humanos de suas funções originais para o cumprimento

da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.** - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

das determinações. Além disso, induz à ineficiência alocativa de recursos públicos escassos e finitos, impondo a realização de aquisições emergenciais a preços mais elevados; o atendimento de necessidades pontuais em detrimento de políticas públicas mais abrangentes; e a inviabilidade do estabelecimento de uma escala de prioridades, a partir de uma visão panorâmica das necessidades sociais. Por fim, a judicialização excessiva estimula a seletividade das prestações sociais, beneficiando um universo restrito de litigantes, em detrimento do real contingente de destinatários e de suas necessidades.¹²

Há que se pensar, portanto, em alternativas à judicialização como instrumento primário de implementação de direitos fundamentais sociais. Alternativas que se insiram no contexto democrático e que, a um só tempo, consigam induzir a esfera política à concretização desses direitos, estejam afinadas com as reais necessidades sociais, otimizem a aplicação dos poucos recursos públicos, a partir de uma atuação sistemicamente estruturada. Nesse sentido, o orçamento surge como um ambiente apto a fornecer uma visão ampla das necessidades sociais e das possibilidades que o Estado dispõe para satisfazê-las, viabilizando a ordenação de prioridades e a programação financeiramente sustentada de sua efetivação. E é nesse ponto que se encontram orçamento, deliberações sociais digitais e legitimidades democráticas.

No âmbito das escolhas orçamentárias, o constitucionalismo e a democracia se pressupõem, em termos de alocação e

12. MENDONÇA, Eduardo. Remédio Ineficaz: a judicialização desordenada das políticas de saúde. *Jota - do Supremo*, 27 set. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/especiais/remedio-ineficaz-judicializacao-desordenada-das-politicas-de-saude-27092016#content>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

distribuição de recursos. Nesse sentido, pode-se afirmar que a suposta “[...] dicotomia entre o democrático e o constitucional é ressignificada na forma de tensão e complemento, com grande potencial produtivo na imaginação e no desenvolvimento de uma sociedade criativa e de sua riqueza social.”¹³ O ideal democrático condiciona, assim, a atividade financeira do Estado, porquanto é no processo democrático que os atos públicos buscam legitimidade para se fixarem como tal. Daí por que há de haver uma relação de complementariedade entre o Estado fiscal e a espacialidade participativa da esfera pública na composição de interesses conflitantes quanto à forma de aplicação dos recursos, escolha das ações, metas e processos governativos de execução dos recursos.¹⁴ E é nessa dimensão que a deliberação social digital sobre escolhas orçamentárias pode propiciar o incremento da legitimidade democrática, favorecendo a implementação dos direitos sociais de forma sistemicamente estruturada.

3.2. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS: MELHORANDO AS CONDIÇÕES DE IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

Como vimos, a qualidade das deliberações sociais digitais, de maneira geral, mas, também especificamente, acerca de escolhas orçamentárias, é influenciada por dois vetores. De um lado o conduto procedimental, que diz respeito à arquitetura da esfera pública em termos de suas estruturas organizacional, comunicativa, cultural e de desenho das ferramentas tecnológicas,

13. FONSECA, Rafael Campos S. da. *O orçamento público e suas emergências programadas*. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 51, 2017.

14. *Ibidem*, p. 52.

que modelarão o espaço comunicativo, darão marcha às interações conversacionais e permitirão a alquimia de condições destinadas a atingir o maior grau possível de universalidade, igualdade, racionalidade discursiva, reciprocidade e reflexividade. Noutra mão, o vetor substantivo, relacionado com o conteúdo dos *outcomes* e sua capacidade de abrigar os interesses e as ideias daqueles a quem elas afetam; de gerar identidade e pertencimento; de promover os interesses sociais como valores centrais; de respeitar as convicções dos concernidos e de carregar a sua forma de tratar as coisas e de pensar a respeito delas.

A qualidade deliberativa, portanto, é uma medida do grau de legitimidade democrática que as decisões orçamentárias produzidas na esfera pública digital conseguem atingir. E a legitimidade democrática acerca dessas opções, por sua vez, constitui um facilitador da implementação de direitos sociais. Mas em que dimensões isso ocorre? É claro que deliberações sociais que logrem atingir elevados graus de inclusividade, de igualdade e racionalidade discursivas; que consigam promover o exercício da alteridade e produzir reflexões genuínas, que culminem em argumentos fundados na reavaliação das convicções dos indivíduos, formam um plexo decisório mais consistente e, portanto, mais propenso a amparar a concretização de direitos frente às resistências da esfera política. Não resta dúvida de que decisões originadas de deliberações sociais digitais que contêm os *standards* indicados acima lograrão carrear mais apoio da sociedade envolvente e, por isso, encontrarão maior suporte para transpor as barreiras que separam a esfera pública da esfera política. Mas a legitimidade democrática dos resultados deliberativos também produz alguns efeitos sobre a ambiência social e política, tornando-as, como um todo, mais favoráveis à sua recepção.

Assim é que a legitimidade democrática das decisões havidas no interior da esfera pública digital é capaz de estabelecer ou, ainda, de estreitar os laços de confiança social que devem unir os membros de uma comunidade. Esses laços são estabelecidos ou estreitados, primeiro, pela percepção dos participantes de que o produto da deliberação corresponde, em um sentido profundo, à articulação reflexiva de diversas concepções de mundo que, pelo processo de embate e sopesamento desenvolvido na esfera, acabam por serem sintetizados, de forma consensuada ou não, em uma razão social maior do que aquela que anteriormente se tinha. Como consequência da repetição dessas experiências no traço temporal, a sociedade envolvente acaba por assimilar a relevância dos resultados ali produzidos, passando a depositar neles sua confiança e a lhes emprestar a sua força democrática. O estabelecimento de um vínculo de pertencimento firme entre o corpo social e a decisão alocativa opera como um mecanismo de resistência à sua não incorporação pela esfera política, que acaba assimilando a decisão como uma dupla estratégia: de otimização dos recursos públicos em favor de um bem que se revelou do interesse de muitos e de capitalização eleitoral.

A legitimidade democrática das escolhas orçamentárias também abre espaço para o estabelecimento de uma relação de transparência entre o Poder Público e a sociedade, por onde passam a transitar informações sobre arrecadação, prioridades orçamentárias, conformação de políticas públicas, níveis de *deficit* orçamentário, opções administrativas para a realização das despesas públicas e a marcha da execução dessas obras e serviços. A transparência viabilizada por esses canais vai, ao longo do tempo, formando uma cidadania mais capaz de avaliar os dados que lhe são apresentados, de criticá-los e de vocalizar com mais propriedade as suas demandas. O exercício de deliberações alocativas aprimora a capacidade do corpo social de articular