

**Vitor Pinto Chaves**

***JUSTIÇA SOCIAL COMO RECONHECIMENTO E  
DEMOCRACIA DELIBERATIVA:***

*ESTUDO SOBRE GARANTIAS PROCEDIMENTAIS DE PARTICIPAÇÃO NA GESTÃO E DE  
CONTROLE SOCIAL COMO INSTRUMENTOS PARA UMA NOVA LEITURA E PARA  
(RE)CONSTRUÇÃO DE ALTERNATIVAS INSTITUCIONAIS DE CONCRETIZAÇÃO DO  
DIREITO CONSTITUCIONAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL*

BRASÍLIA  
2008

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB**  
**FACULDADE DE DIREITO**

***JUSTIÇA SOCIAL COMO RECONHECIMENTO E***  
***DEMOCRACIA DELIBERATIVA:***

*ESTUDO SOBRE GARANTIAS PROCEDIMENTAIS DE PARTICIPAÇÃO NA GESTÃO E DE*  
*CONTROLE SOCIAL COMO INSTRUMENTOS PARA UMA NOVA LEITURA E PARA*  
*(RE)CONSTRUÇÃO DE ALTERNATIVAS INSTITUCIONAIS DE CONCRETIZAÇÃO DO*  
*DIREITO CONSTITUCIONAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL*

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Mestrado em “Direito, Estado e Constituição” da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

**Orientador:** Professor Dr. Alexandre Bernardino Costa  
**Orientando:** Vitor Pinto Chaves      **Matrícula:** 06/60507

BRASÍLIA, NOVEMBRO DE 2008.

O candidato foi considerado..... pela banca examinadora.

---

Professor Doutor Alexandre Bernardino Costa.  
Orientador

---

Professor Doutor Gilberto Bercovici.  
Membro

---

Professor Doutor Menelick de Carvalho Neto.  
Membro

Brasília, 19 de novembro de 2008.

Para Marluce, Mario, Rodrigo, Mariana e  
Lucas.

## AGRADECIMENTOS

A apresentação deste trabalho simboliza não apenas o último estágio do Curso de Mestrado, mas também representa o final de um ciclo de nove anos quase ininterruptos de Universidade de Brasília. Um período com vários sub-períodos de mudanças pessoais e coletivas em que foram intensos os aprendizados acadêmicos e, sobretudo, morais.

Não poderia deixar de registrar, em primeiro lugar, meu agradecimento a essa instituição por tudo o que me propiciou. Faço isso agradecendo pessoas que foram especialmente importantes nesse processo:

Aos vários professores comprometidos com o projeto de universidade pública, faço meu agradecimento na pessoa do meu orientador, professor Alexandre Bernardino Costa. Ser orientando do professor Alexandre é um privilégio não apenas do Curso de Mestrado. Há anos convirjo com o seu forma de pensar um Direito emancipatório, atrelado a uma prática transformadora. Esta dissertação tenta ser um espelho dessa convergência.

No nome dos companheiros de velha data, Marco Túlio e Jan Yuri, agradeço todos os colegas de mestrado, que, apesar da curta convivência, admirei os esforços para, a partir de diversas perspectivas e problemas, contribuírem para a reconstrução do nosso Direito e de nossa Sociedade.

Agradeço a partir dos professores Cristiano Paixão, José Geraldo e Menelick a todos os integrantes do grupo “Sociedade, Tempo e Direito”. Apesar de minha ausência em sua história recente, devo-lhes, certamente, grande parte da minha incipiente vida acadêmica.

Registro, a partir dos amigos Ramiro Sant’ana e Emmanuel Leal, a importância da minha turma de graduação. Emmanuel me faz lembrar, também, a importância da nossa militância estudantil no CAdir-UnB. Certamente, esse foi o um lugar privilegiado para o pensamento coletivo e para construção de algumas das amizades mais duradouras.

Foi também nesses nove anos de UnB que descobri o autêntico e inusitado sentimento de amizade: a amizade institucionalizada. “Ursão”, “Pavonne”, “Furonnis”, “Corujito”, “Papai Preguiça”, “Gal’Inácio”, ‘Ratolino’, ‘Lions’ e “Guepa”, formam um grupo seleto de verdadeiros amigos que acrescem um motivo especial para eu seja um árduo

defensor da “Floresta”. Vida longa! Que mais dissertações, noivados, casamentos e, em breve, batizados aconteçam com o Sexteto os acompanhando firme e forte.

Agradeço, ainda, na pessoa da Helena, a toda a equipe da Secretaria da Faculdade de Direito. Não é de hoje que eles tornam minha vida acadêmica uma tarefa menos complicada.

Especificamente, este trabalho não teria sido concluído sem a dedicação e a paciência de vários amigos. Agradeço a Ramiro Sant’ana, Tahinah Albuquerque, Daniel Vila-Nova, Rodrigo Macias, Renata Porto, Natália Dino, Emmanuel Sant’ana e Daniel Vargas pelas imprescindíveis contribuições. Cada um, a seu modo, ajudou para que esta dissertação fosse finalmente concluída.

Por fim, agradeço, especialmente, à minha família. Rodrigo, ao longo do processo de redação, certamente foi o meu maior apoiador. Demonstrou, nas noites mal dormidas revisando o texto, e pelos inúmeros favores realizados, um significado ímpar para o amor fraternal. À minha irmã Mariana, agradeço por todo o carinho. Ao caçula, Lucas, devo o cada vez mais renovado sentimento de esperança, que somente a infância pode nos fornecer. Com a minha mãe coruja, Marluce, tenho um sentimento de reconhecimento e amor inigualável, sem o qual seria difícil perseverar em muitos dos caminhos escolhidos. E, ao meu pai, além de traços da personalidade, devo o exemplo constante de retidão, caráter e superação.

A todos vocês, meus sinceros agradecimentos!

## RESUMO

O inciso II do artigo 204 da Constituição Federal de 1988 estabelece que as ações governamentais na área de assistência social devem seguir as diretrizes de participação popular na gestão e do controle social. Entretanto, duas décadas depois, essas diretrizes ainda não possuem um claro significado prático, o que limita a concretização do direito à assistência social no Brasil. Este trabalho busca avançar, no âmbito da teoria constitucional, na (re)construção desse significado em nível conceitual e institucional. Na primeira parte, propomos uma nova leitura do direito à assistência social, com um discurso de justificação constitucional pautado pela idéia de justiça social, entendida como reconhecimento intersubjetivo da cidadania. Tal idéia possibilitou a fundamentação do caráter imprescindível das diretrizes em foco, na perspectiva da legitimação das políticas de assistência social num cenário pós Estado Social e pós-constitucionalismo dirigente. Na segunda parte, buscamos desenvolver um significado institucional que propiciasse a construção de alternativas democráticas de concretização do direito à assistência social. Nesse sentido, a idéia de democracia deliberativa forneceu o instrumental para a crítica de um conjunto de políticas ilegítimas, como as exemplificadas a partir da realidade do Distrito Federal, e para um significado pragmático do direito à assistência social que abre caminho para alternativas institucionais de concretização desse direito.

## ABSTRACT

The Article 204, Sec. II of the 1988 Brazilian Constitution states that the initiatives of the government in the field of social assistance should follow, as directives, the ideas of popular participation and social control. However, 20 years after the promulgation of the Brazilian Constitution, these ideals do not have a practical meaning yet, and the right to social assistance is still an abstraction. This dissertation seeks to advance a re(construction) of the idea of social assistance in the Brazilian post-Welfare and post-Directive constitutionalism. This task is undertaken on two levels: conceptual and institutional. Firstly, the research presents a new interpretation of the right to social assistance, which could be constitutionally justified from the standpoint of social justice. It is argued that the idea of social justice, understood as the intersubjective recognition of citizenship, demands popular participation and social control as essential components of the legitimacy of social assistance policies in the Brazilian post-Welfare State and post-Directive constitutionalism. In the second part, the research presents a new institutional meaning of the right to social assistance, which would stimulate the imagination and construction of alternatives to implement such right in Brazil. It is finally argued that deliberative democracy is the best theoretical framework to evaluate unfruitful experiences (as Brazilian Federal District policies exemplify) and to offer a pragmatic meaning to the right to social assistance which could effectively open the way for the construction of institutional alternatives to realize such right.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>PARTE I - PARA UMA NOVA LEITURA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL .....</b>	<b>23</b>
<b>CAPÍTULO 1 – DA JUSTIÇA SOCIAL COMO (RE)DISTRIBUIÇÃO MATERIAL À JUSTIÇA SOCIAL COMO RECONHECIMENTO INTERSUBJETIVO DA CIDADANIA: FUNDAMENTOS PARA UMA NOVA LEITURA DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL .....</b>	<b>24</b>
<i>1.1. Da teoria da justiça aos direitos sociais: justiça social como distribuição e justiça social como reconhecimento .....</i>	<i>25</i>
<i>1.2. A teoria do discurso e os direitos sociais: a visão da assistência social como instrumento de capacitação para o exercício da cidadania .....</i>	<i>35</i>
<b>CAPÍTULO 2 – ABANDONAR OU RESGATAR O PROJETO DE ESTADO SOCIAL? A ALTERNATIVA DISCURSIVO-PROCEDIMENTAL DE LEITURA DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL .....</b>	<b>44</b>
<i>2.1. Forma e substância no procedimentalismo discursivo .....</i>	<i>47</i>
<i>2.2. Direitos sociais e Estado Social: uma relação necessária? .....</i>	<i>48</i>
<i>2.3. A crise de legitimação do Estado Social: Uma reconstrução reflexiva.....</i>	<i>52</i>
<b>CAPÍTULO 3 – A ASSISTÊNCIA SOCIAL ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM PROBLEMA DE TEORIA DA CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>61</b>
<i>3.1. A complementaridade entre constitucionalismo e democracia.....</i>	<i>63</i>
<i>3.2. Para a reconstrução do dirigismo constitucional: a limitação da proposta .....</i>	<i>66</i>
<i>3.3. A Constituição como processo de reconhecimento e a interpretação do direito à assistência social.....</i>	<i>71</i>
<b>PARTE II - O DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO PROCESSO: ALTERNATIVAS INSTITUCIONAIS DE CONCRETIZAÇÃO DE UMA POLÍTICA SOCIAL DEMOCRÁTICA.....</b>	<b>78</b>
<b>CAPÍTULO 4 – JUSTIÇA SOCIAL E DEMOCRACIA DELIBERATIVA: PARA UMA LEITURA INSTITUCIONAL DOS PROCEDIMENTOS CONSTITUCIONAIS DE PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL NA CONSTRUÇÃO DAS POLÍTICAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL A PARTIR DE 1988 .....</b>	<b>79</b>
<i>4.1. Democracia deliberativa, esfera pública e poder comunicativo: elementos institucionais de uma justiça social como reconhecimento intersubjetivo .....</i>	<i>81</i>
<i>4.2. A construção participativa do direito à assistência social: indícios de uma esfera pública democrática .....</i>	<i>89</i>
<i>4.3. Conselhos e conferências de assistência social: instrumentos institucionais de participação, controle social e de concretização da Constituição .....</i>	<i>98</i>
<b>CAPÍTULO 5 - SOBRE O SIGNIFICADO PRAGMÁTICO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL: A PARTICIPAÇÃO E O CONTROLE SOCIAL COMO PARÂMETROS OPERACIONAIS DE LEGITIMIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....</b>	<b>107</b>
<i>5.1. Em busca de um significado pragmático do direito à assistência social.....</i>	<i>108</i>
<i>5.2. Visões restritas sobre a assistência social: O exemplo do Distrito Federal.....</i>	<i>115</i>
<i>5.3. Direito à assistência social e garantias procedimentais: Participação e controle social como parâmetros pragmáticos de legitimidade das ações sócio-assistenciais ...</i>	<i>121</i>

<b>CAPÍTULO 6 - O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE IMAGINAÇÃO INSTITUCIONAL: A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA COMO ELEMENTO DE (RE)CONSTRUÇÃO DE ALTERNATIVAS PARA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....</b>		<b>126</b>
6.1. <i>O Direito Constitucional como instrumento de imaginação institucional: a tarefa transformadora da construção de alternativas .....</i>		<i>128</i>
6.2. <i>Para a (re)construção do federalismo: Alternativas para a reconciliação entre padrões nacionais e gestão democrática local das políticas de assistência social .....</i>		<i>134</i>
6.3. <i>Para (re)construção da separação de poderes: Alternativas para a circulação legítima do poder na implementação de políticas sócio-assistenciais.....</i>		<i>140</i>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>		<b>150</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>		<b>157</b>

## INTRODUÇÃO

A assistência social não é filantropia nem favor estatal. É um direito que objetiva viabilizar, de forma equânime, a autonomia individual necessária ao exercício qualificado da cidadania de pessoas que, apesar de materialmente excluídas, devem ser reconhecidas, a todo o momento, como livres e iguais. Por isso, em um Estado Democrático de Direito, devem ser garantidos procedimentos institucionalizados de participação e controle social que legitimem as políticas de assistência social implementadas pelo Estado, de forma que as vozes de seus destinatários, e dos atingidos em geral, possam ser igualmente ouvidas. Esta é uma idéia central a ser desenvolvida ao longo deste trabalho.

Esta compreensão da assistência social, no entanto, pode ser lida ao mesmo tempo como trivial ou idealizada na realidade brasileira. Por um lado, ela é trivial porque reflete uma série de regulamentações constitucionais e infraconstitucionais já existentes no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A previsão e existência de conselhos com participação paritária da sociedade civil, caráter deliberativo e responsável por mediar o controle social, bem como de conferências públicas em todos os níveis de governo são exemplos concretos disso. Por outro lado, ela é idealizada porque os programas sociais dos entes federados ainda se traduzem em ações isoladas de índole privatista<sup>1</sup>, que compreendem a assistência social como filantropia entre particulares; ou, como ações isoladas de viés paternalista<sup>2</sup> do Estado, que desconsideram a autonomia dos destinatários das políticas públicas em sua definição.

Ambas, entretanto, são visões distantes de uma compreensão que interpretamos como constitucionalmente adequada das políticas públicas de assistência social. Daí a necessidade de se pensar uma alternativa de leitura conceitual e institucional.

Assim, o estudo sobre o direito constitucional à assistência social carece de uma abordagem que observe a tensão - e outras dela derivadas - entre a **faticidade** de uma

---

<sup>1</sup> O termo privatismo é utilizado, no decorrer deste trabalho, como sinônimo de abstenção estatal na atividade de implementar políticas públicas de assistência social, relegando ao setor privado a atuação nesse sentido.

<sup>2</sup> Paternalismo será, genericamente, utilizado neste trabalho no sentido de ações estatais, sobretudo em matéria de assistência social, que não partem do pressuposto de que o usuário é cidadão titular de direitos.

realidade social de abusos cotidianos e práticas desalentadoras, e a **validade** das pressuposições normativas de participação deliberativa na gestão pública e de um legítimo controle social como constitutivas do próprio direito. As abordagens jurídicas sobre o tema, quando existentes, não têm conseguido dar respostas institucionais plausíveis para a superação das concepções do privatismo e do paternalismo estatal que, igualmente, espremam o direito constitucional à assistência social.

Isso ocorre, em grande parte, pela inadequação de compreensões que não observam o significado democrático da idéia de justiça social e, por conseguinte, de Constituição. A construção de uma abordagem que (re)concilie direito constitucional e democracia deliberativa, em torno de uma nova visão de assistência social, é um desafio deste trabalho.

As exigências democráticas de participação e controle social não foram adequadamente compreendidas em nossa história constitucional. No atual momento de mudanças reaparecem, sob novas roupagens, visões concorrentes e inadequadas, oriundas dos paradigmas constitucionais que historicamente se sucederam, com respostas institucionais para concretização do direito à assistência social que não contemplam essa nova dimensão da democracia constitucional.

Observamos que, refletida ou irrefletidamente, no âmbito da assistência social, práticas privatistas/filantrópicas e paternalistas/clientelistas acabam encontrando respaldo normativo nas tradicionais visões paradigmáticas dos modelos de Estado Liberal e de Estado Social<sup>3</sup>. Contudo, estes modelos reproduzem versões distributivas de justiça social, insuficientes para a compreensão do papel constitucional e democrático da assistência social. Ambos precisam, portanto, ser superados para construção de alternativas legítimas de leitura das políticas assistenciais.

Tais paradigmas, de uma forma geral, possuem pelo menos dois elementos em comum: a) ambos consideram a necessidade de garantir a autonomia privada dos indivíduos, mas não vêem a dimensão de uma autonomia pública; e, b) baseiam-se, para tanto, em visões distributivas de justiça. No entanto, apesar dessas aproximações genéricas, os dois paradigmas deram respostas distintas à tarefa de preservar a autonomia privada do cidadão.

O primeiro paradigma do constitucionalismo moderno foi o do Estado Liberal. Fortemente marcado pelo racionalismo iluminista e pela filosofia política liberal, esse paradigma contrapôs-se aos modelos de sociedades fundamentadas hierarquicamente. Para

---

<sup>3</sup> Mudanças interpretativas tornam-se menos anacrônicas quando se compreende que a história constitucional se desenvolveu a partir de distintos paradigmas. Menelick de Carvalho Netto salienta que paradigma, com base na teoria da comunicação, seria um pano de fundo compartilhado de silêncio que viabiliza a comunicação. Ou seja, um conjunto de pré-compreensões que tornam a comunicação viável (CARVALHO NETTO, 2001, p. 14-15).

tanto, o paradigma jurídico liberal vinculou-se à expectativa normativa de que se poderia alcançar justiça a partir de uma distribuição formal de direitos. Com isso, acreditava-se, garantir-se-ia a autonomia privada de indivíduos que se relacionavam de acordo com a lógica do mercado. Para um Estado mínimo, não havia sentido a assistência social, pois a função estatal restringia-se a garantias de esferas de liberdades negativas<sup>4</sup>.

O modelo de Estado Social, por sua vez, desenvolveu-se a partir do fracasso histórico do modelo liberal. Em combate ao formalismo, a tentativa de materialização do direito foi decorrência de um processo de aumento de complexidade social que pôde ser observado, sobretudo, a partir do término da 1ª Guerra Mundial<sup>5</sup>. A partir de então, com o aumento das desigualdades sociais, fez-se necessário explicitar o conteúdo material dos direitos fundamentais existentes e criar outros novos.

Os direitos sociais, entre eles a assistência social, surgiram num contexto em que liberdade e igualdade formais precisavam tornar-se liberdade e igualdade de fato. Dever-se-ia fornecer, a cada indivíduo, igualdade de chances em uma sociedade capitalista industrial que produz elevados riscos<sup>6</sup>. Por isso, foi necessário alterar a forma de compreender a justiça. Um elemento importante nesse contexto foi a jurisdicização de uma nova categoria desconhecida do constitucionalismo liberal: a noção de justiça social, referindo-se a uma distribuição material (políticas sociais), por parte do Estado, a fim de garantir a autonomia privada do cidadão cliente. Justiça social deixou de ser uma reflexão restrita à filosofia política e passou a estar presente entre os temas debatidos pelo Direito Constitucional.

Contudo, o modelo compensatório de Estado Social passou por crises. Além da sempre mencionada crise financeira houve, também, uma crise de legitimação, porque a relação entre Estado e sociedade foi abalada pelo inchaço do aparato estatal, que restringiu a implementação de políticas públicas por meio de critérios tecnoburocráticos, ocasionado as conseqüências secundárias e indesejadas de um “paternalismo socioestatal”<sup>7</sup>. O crescimento do número de demandas sociais, inclusive contra o próprio Estado, colocou em xeque a tônica distributivo-compensatória e o caráter interventor do Estado Social<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> HABERMAS. 2002a, p. 294.

<sup>5</sup> CARVALHO NETTO. 1998, p. 242.

<sup>6</sup> Sobre a relação existente entre Direito, economia, democracia e risco, sob a perspectiva da teoria dos sistemas, ver DE GIORGI (1998).

<sup>7</sup> HABERMAS, 2002a, p. 294-295.

<sup>8</sup> Esse modelo, geralmente baseado em uma concepção objetivada de bem-estar (DWORKIN, 2005, p. 52), não enxergou a liberdade dos próprios cidadãos na definição dos requisitos da igualdade. Acreditou-se que o bem-estar individual poderia ser garantido por serviços e bens distribuídos pela “racionalidade” estatal.

A observação desses modelos demonstra que os paradigmas jurídicos funcionam como uma espécie de conhecimento de fundo não tematizado<sup>9</sup>, na medida em que moldam a imagem do direito e da própria sociedade. Entretanto, uma vez que a teoria e a prática do direito tomam consciência de que existe uma teoria social que lhe serve como pano de fundo, a idéia de paradigma perde parcela de seu caráter de “saber regulador intuitivo”<sup>10</sup>. Como a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tem que desafiá-lo para uma justificação autocrítica. A disputa acerca da correta compreensão paradigmática do direito transformou-se num tema explícito da própria teoria do Direito, mas não restrito aos especialistas. Nesse sentido, a disputa pela compreensão correta de um sistema jurídico é, no fundo, uma disputa política, que, no âmbito interno do direito constitucional, se traduz em disputas interpretativas em torno do texto constitucional<sup>11</sup>.

Nessa disputa, os dois paradigmas apresentam argumentos atualizados e peculiares quando o assunto é a implementação de políticas sociais no Brasil e a sua legitimidade. De um lado, a visão neoliberal e, de outro, uma compreensão continuísta do Estado Social, comumente denominada entre os constitucionalistas de “Estado Social e Democrático de Direito”<sup>12</sup>. Todavia, apesar de se atualizarem e, portanto, não se confundirem totalmente com as visões dos momentos históricos originários, as posturas políticas em jogo reavivam o cerne dos paradigmas às quais se “filiam”: a noção de justiça social distributiva.

Aproveitando-se do quadro de crítica ao papel estatal na implementação de políticas públicas concretizadoras de direitos, posturas neoliberais tentam apontar a falência dos direitos sociais a partir da crise do Estado Social. Para essa visão, o papel centralizador do Estado em relação às políticas sociais é problemático. A máquina estatal, burocratizada e corrupta, não teria condições de atender a todas as demandas sociais em crescimento. E, na

<sup>9</sup> Faz-se alusão aqui a um elemento importante da teoria social (teoria da ação comunicativa) de Jürgen Habermas. O conhecimento de fundo não tematizado se confunde com a imagem pré-categorial do mundo da vida que se põe às costas de participantes que se voltam ao entendimento mútuo. Entretanto, o processo de racionalização desse mundo da vida, em que os espaços consensuais cada vez mais se reduzem, torna necessária a adoção de um agir comunicativo pautado por um processo de convencimento intersubjetivo para reprodução simbólica da sociedade (HABERMAS, 2000, 417 e ss).

<sup>10</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 125.

<sup>11</sup> O termo “disputas interpretativas” faz alusão ao termo utilizado na obra de CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007). Além disso, é importante notar que o termo empresta o nome a uma das linhas de pesquisa (Grupo 2), que este autor se filia, do projeto “Dossiê Justiça”, encomendado pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. O intuito principal do projeto é a construção de um “Observatório da Justiça Brasileira”, sendo o objetivo central do Grupo 2, o qual fizemos parte, a de “identificar as lutas sociais e seus discursos organizativos por posições interpretativas de realização da Constituição Brasileira”.

<sup>12</sup> SARLET, 1998, p. 32. O sentido de um Estado Social e Democrático de Direito, difundido entre alguns constitucionalistas brasileiros, apresenta similitude teórica com as posições que enxergam a Constituição como um conjunto de valores materiais. Ambas as visões, no entanto, serão rechaçadas ao longo deste trabalho.

tentativa de atender algumas dessas demandas, em vez de gerar igualdade material e distribuição de riquezas, a ação estatal acabaria produzindo mais desigualdades. A saída encontrada pelo neoliberalismo estaria, então, na redução do aparato estatal e no incentivo à iniciativa privada para gerar mais riquezas e distribuição de renda. A justiça social, ainda que implicitamente, retomaria, nessa compreensão, sua interpretação distributivo-formalista.

Nesse contexto, o papel do Estado na assistência social restringe-se a intermediar e garantir o papel do “terceiro setor”<sup>13</sup>, representado pelas instituições filantrópicas e beneficentes. Isso mantém os órgãos representativos de participação popular na mera função de chancela da atividade privada<sup>14</sup>. A assistência social é vista como uma filantropia democratizada<sup>15</sup>.

Porém, a crítica neoliberal e suas “soluções” não enxergam que o problema do Estado Social não foi apenas quantitativo, mas estrutural. As novas demandas inclusivas, oriundas de várias lutas políticas, ocasionaram o crescimento e a mudança qualitativa das tarefas do Estado, o que não significa o abandono do dever de cumpri-las. O que modificou foi a necessidade de legitimação das políticas públicas, que não podem mais ser justificadas pelo poder *a priori* da Administração Pública<sup>16</sup>. É necessária a efetiva participação popular na gestão e controle social sobre as ações governamentais.

Em contraste à ofensiva neoliberal, que advoga pelo privatismo filantrópico na assistência social, a vertente partidária de um modelo de “Estado Social e democrático” prega o reforço do viés público, entendido como espaço estatal, para implementação das políticas sociais. Nesse contexto, o debate jurídico-sociológico sobre a efetiva implementação de um direito à assistência social<sup>17</sup>, e dos direitos sociais em geral<sup>18</sup>, geralmente vem acompanhado

---

<sup>13</sup> No âmbito do direito positivo brasileiro, é importante salientar a Lei nº. 9.790/1999, que criou a figura da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Uma OSCIP realiza “Termo de Parceria” com o Poder Público que envolve, inclusive repasse de verbas. Entre os objetivos das OSCIP’s está a assistência social.

<sup>14</sup> No âmbito da assistência social essa interpretação teve muita força até recentemente – até mesmo porque insere de forma adequada em um contexto histórico-social em que as preocupações assistenciais não eram do Estado, mas sim de entidades filantrópicas (MESTRINER, 2005). O governo federal do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1994 - 2001) é representativo, de certo modo, dessa vertente. Nesse período, houve uma nítida política de privatização do setor, derivado de um abstencionismo da Administração em gerenciar as políticas públicas de assistência social. O exemplo prático dessa postura foi o programa “Comunidade Solidária”, criado com a edição, em 01/01/1995, da Medida Provisória nº. 813 e dirigido pela primeira-dama, Ruth Cardoso. Tal programa, carente de um maior planejamento e de instrumentos de controle democrático, privilegiava a atuação de organismo privados em uma política estatal “solidária”.

<sup>15</sup> MESTRINER, 2005, p. 43.

<sup>16</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 171.

<sup>17</sup> No âmbito das ciências sociais é muito comum a defesa da assistência social como um direito que apenas pode ser reconhecido em um contexto de um Estado Social garantista. Consoante grande parcela dos que adotam essa concepção os direitos sociais, como cláusulas impositivas da atuação estatal, estariam fundados em um pano de fundo antiliberal de redefinição da noção de solidariedade social cf. PEREIRA (2001, p. 34; 1996). Este trabalho abandona essa concepção, que enxerga o “nascimento” dos direitos sociais como um processo de ruptura com o constitucionalismo liberal, em nome de outra que reconstrói a idéia de que esses direitos uma redefinição

da reivindicação de fortalecimento de um Estado Social e de uma materialização de direitos, que supostamente garantiriam igualdade de oportunidades. A necessidade de um Estado interventor, com bases de dirigismo econômico e social, é comumente justificada por uma concepção de justiça social distributivo-compensatória. A política social apenas é justa quando consegue atingir sua função redistributiva<sup>19</sup>. A autonomia individual é vista como decorrência das condições materiais e não o inverso.

Tal concepção também é insuficiente para remediar as pressões no sentido da desigualdade e o processo de depreciação do indivíduo<sup>20</sup>. A experiência de crise do Estado Social mostrou a fragilidade de identificar sem reservas o público com o estatal. Assim, na procura de um conteúdo material fornecido pelo dirigismo estatal, os atuais procedimentos de participação, ainda que incentivados, perdem seu potencial democrático emancipador, passando de instrumentos de legitimidade a instrumentos de legitimação das políticas sociais<sup>21</sup>. Uma visão emancipatória do Estado Democrático de Direito exige mais do que isso.

Inserido nesse contexto de transição do papel do direito e espremido pelas duas visões paradigmáticas acima descritas (liberal e social), o debate sobre a assistência social faz surgir desconfiança sobre o papel do próprio direito na difícil função de combater as desigualdades sociais. Faz ainda emergir o receio sobre a utilidade prática da categoria justiça social para o constitucionalismo e, por efeito, para o debate constitucional brasileiro.

Todavia, quando assumimos o ponto de vista do cidadão interessado (participante), mesmo sem abandonar a importante visão cética do observador sociológico<sup>22</sup>, as construções

---

paradigmática dos elementos clássicos do constitucionalismo: igualdade e liberdade. Ver nesse sentido CARVALHO NETTO (2001).

<sup>18</sup> Essa perspectiva é adotada nos debates sobre direitos sociais, por exemplo, por Paulo BONAVIDES (2001). Para este autor, o Brasil ainda estaria vivenciando uma transição entre o Estado Liberal e o Estado Social. Nesse sentido, ver também BONAVIDES (1996).

<sup>19</sup> No Brasil, para essa corrente, ao contrário dos países de economias centrais, a experiência de um Estado Social não teria sido realmente efetivada. Nessa perspectiva, cf. KRELL (1999 e 2000) e SARLET (1998).

<sup>20</sup> UNGER (2005, p. 13). O argumento será desenvolvido ao longo do capítulo 2.

<sup>21</sup> Legitimidade e legitimação possuem interpretações distintas na teoria discursiva de Habermas. Legitimidade tem a ver com a aceitação comunicativo-racional por parte dos indivíduos, enquanto a legitimação refere-se a um mecanismo mais amplo de funcionamento do sistema do direito, o qual, mesmo sem o aceite dos indivíduos, funciona por meio da possibilidade de sanção. Nesse sentido cf. HABERMAS (1997, v. I, p. 52).

<sup>22</sup> Do ponto de vista do observador, a noção de justiça social parece não fazer qualquer sentido. É dessa forma que Kelsen entende que a justiça absoluta não é cognoscível para razão humana, de maneira que a ter como um ideal é irracional ou subjetivo. Logo, ante a acreditada impossibilidade e inutilidade de se pensar um conceito abrangente, a justiça para ele apenas pode ser observada na aplicação das normas jurídicas (KELSEN, 2001, p. 45-47). Entretanto, se essa visão kelseniana já se apresenta bastante desmotivadora para quem tem o intuito de problematizar a noção de justiça social como um elemento de análise da teoria constitucional, a percepção da sociologia sistêmica parece colocar uma pá de cal na utilidade dessa preocupação. Para essa corrente teórica, o funcionamento sistêmico do direito utiliza categorias que ocultam paradoxos e tautologias das decisões. Desse modo, por mais que as constituições tragam elementos como justiça, o direito não operaria com programas finalísticos. Pelo contrário, o direito estabeleceria os critérios condicionais para sua própria ativação, sem necessidade de prever circunstâncias específicas. Assim, toda constituição deve se desvincular de referências



semânticas, como a justiça social, presentes numa Constituição historicamente situada, têm sentido na prática argumentativa cotidiana porque, mesmo cientes da ausência de uma racionalidade absoluta<sup>23</sup>, continuamos a utilizar idealizações como a busca da justiça quando entramos em uma discussão prática cujo objetivo é o convencimento<sup>24</sup> acerca das políticas sociais mais adequadas.

É nesse sentido que a idéia de justiça social, enxergada de forma reflexiva e procedimental, pode representar um ponto de vista analítico de interpretação da assistência social na Constituição Federal de 1988. Pode se traduzir, por conseguinte, em um parâmetro operacional, se adequadamente justificado, na distinção entre práticas políticas legítimas e ilegítimas. Esse é o desafio pragmático da presente dissertação, pois a experiência dos paradigmas anteriores apontou para a seguinte questão: a política social brasileira, se quiser ser mais que uma forma de “humanizar o inevitável”<sup>25</sup>, deve abandonar os pressupostos distributivistas, sejam eles formais ou compensatórios, que usualmente lhe são impostos.

Acredita-se que uma versão de justiça social baseada no reconhecimento recíproco da cidadania, diferentemente das visões distributivistas, tem o potencial de apresentar novos argumentos constitucionais de justificação para o debate institucional acerca das garantias procedimentais de participação popular na gestão e de controle social das ações governamentais no âmbito da assistência social brasileira. E, dessa maneira, pode nos auxiliar na tarefa de repensar as instituições brasileiras a partir da necessária complementaridade entre a legitimidade e a efetividade de suas ações. Essa é uma tarefa relevante para quem defende a consolidação de um Estado Democrático de Direito.

Entendemos que essas suposições contêm a possibilidade de serem bem compreendidas com o auxílio da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia<sup>26</sup>, que sustenta uma interpretação procedimental do novo paradigma do Estado Democrático de Direito. O significado procedimental desse paradigma está na importância de se garantir a

---

como a justiça social ao estabelecer as premissas decisórias para a organização estatal, já que seus vínculos concretos são vínculos organizacionais (CORSI, 2001, p. 6).

<sup>23</sup> A concepção de racionalidade aqui utilizada diz respeito à necessidade de uma fundamentação voltada ou convencimento intersubjetivo. Daí porque a racionalidade ser um ponto de partida, no sentido de que a fundamentação dos pontos de vista constitui uma importante abertura para o debate democrático, e não um ponto final a ser utilizado para autoritariamente se por fim a questão problematizada. Sob o prisma de uma sociedade democrática e reflexiva, a defesa meramente dogmática de questões de interesse de todos os partícipes sociais não é racional, mas sim autoritarismo acadêmico. Nesse sentido, Jürgen Habermas dissocia a idéia de racionalidade de uma pretensão de verdade absoluta, assim como a irracionalidade não está ligada à falsidade de um argumento, mas sim a ausência de fundamentação (HABERMAS, 2004a, p. 104-105).

<sup>24</sup> HABERMAS, 1993, p. 97.

<sup>25</sup> Faz-se alusão aqui ao termo empregado por Roberto Mangabeira Unger ao se referir às políticas sociais compensatórias dos Estados sociais. Para tanto, cf. UNGER (1999, p. 23).

<sup>26</sup> HABERMAS, 1997.

institucionalização de procedimentos de participação e controle social que visem à livre circulação do poder legítimo. Procedimentos que sirvam como canais de ligação entre o poder comunicativo produzido socialmente e o poder administrativo regulador, garantindo a co-originalidade entre autonomia pública e privada do cidadão.

A estratégia de reflexão adotada neste trabalho tem por objetivo compreender constitucionalmente como a garantia dessas autonomias pode se voltar, em nome do exercício da cidadania, contra o abstencionismo privatista ou paternalismo estatal característicos, respectivamente, do Estado Liberal e do Estado Social, no que se refere à assistência social. Para tanto, a assistência social tem que ser garantida como um direito e não como filantropia ou caridade.

Por isso, a insistente reafirmação da assistência social como um direito, realizada ao longo de toda a dissertação é imprescindível, ainda que essa assertiva esteja explicitada no texto constitucional<sup>27</sup>. Esta reafirmação fortalece, argumentativamente, o caráter constitucional que possui a participação e o controle social institucionalizados nas políticas sociais no Brasil, já que experiências concretas oferecem indícios de que as formas práticas de concretização desse direito, traduzido em políticas e programas de assistência social, não têm mantido vinculação ao sistema previsto na Constituição e na legislação ordinária. A vivência política brasileira, no que concerne ao financiamento e implementação de políticas de assistência social, revela a manutenção de práticas centralizadas, imediatistas e eleitoreiras, por um lado, e privatistas, por outro<sup>28</sup>.

O desafio posto a uma perspectiva teórico-constitucional da assistência social diz respeito à necessidade concreta de enxergarmos, a partir da idéia de participação na gestão e de controle social, alternativas institucionais para interpretação de duas categorias constitucionais complexas, mas imprescindíveis para a concretização adequada do direito à assistência social: o federalismo e a separação de poderes. É necessário revisitá-las e reconstruí-las para que a legitimidade democrática se concilie com a eficiência das ações governamentais. Para tanto, a tarefa de reflexão sobre o direito, em um Estado democrático, tem de ser vista como um instrumento de imaginação institucional e não como uma reação reprodutora de dogmatismos. Uma imaginação a ser construída de forma intersubjetiva e democrática.

---

<sup>27</sup> Artigos 6º, 194 e 203 da CF.

<sup>28</sup> O conteúdo da Política Nacional de Assistência Social corrobora tal assertiva ao tentar implementar diretrizes políticas descentralizadas, com incentivo ao controle social. Nesse documento, o assistencialismo e o privatismo são apontados como problemas centrais que dificultam a plena caracterização da assistência como um direito.

A discussão sobre as alternativas democráticas de concretização do direito à assistência social em um novo contexto social e econômico assume elevada importância no Brasil, país em que a exclusão material possui contornos alarmantes. Dados pesquisados pela Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), por exemplo, apontam que, no ano de 2005, 11,3% da população brasileira eram considerados indigentes e 30,1% considerados pobres<sup>29</sup>. Agrupando as categorias, 41,4% da população do país naquele ano estava abaixo da linha da pobreza<sup>30</sup>.

Apesar de impactantes, esses dados são insuficientes para revelar, por si só, a magnitude da exclusão social, tradução real da pobreza em uma democracia constitucional que possui a igualdade e a liberdade como pilares da cidadania: a falta de reconhecimento. Por isso, o alto nível de exclusão social no Brasil justifica uma reflexão democrática mais radical do que a que temos visto até agora.

Nossa reflexão possui ainda um caráter meramente intuitivo. Para desenvolvê-la será necessária uma abordagem que justifique o direito à assistência social sob o enfoque interno de uma justiça social inserida no constitucionalismo de um Estado Democrático de Direito e, ao mesmo tempo, procure descrever a assistência social como um elemento complexo da realidade institucional brasileira. Uma abordagem reconstrutiva, operada conjuntamente nos planos normativo e institucional, apta a julgar as práticas de uma realidade constitucional pouco transparente<sup>31</sup>, e que nos possibilite uma referência crítica para a reconstrução de cânones tradicionais do pensamento jurídico-constitucional em busca de alternativas conceituais e institucionais. Esse é um desafio comum, em qualquer tema, quando o referencial de análise adotado é o da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia.

Objetivamos, com tal abordagem, possibilitar uma interpretação crítica das instituições e das políticas públicas de assistência social, a partir da ótica constitucional. É

---

<sup>29</sup> A referência para tais números são as seguintes: foram considerados indigentes ou extremamente pobres aqueles cuja renda mensal domiciliar *per capita* é inferior a  $\frac{1}{4}$  de salário mínimo; já os pobres seriam aqueles que detinham uma renda domiciliar mensal *per capita* inferior a  $\frac{1}{2}$ , mas superior  $\frac{1}{4}$  de salário mínimo (IPEA, 2006, p. 81).

<sup>30</sup> Os dados acima, que estão longe de refletir o número real de pessoas materialmente excluídas na sociedade brasileira, são preocupantes. Isso porque se considerarmos que o valor constitucionalmente previsto para o salário mínimo deveria ser capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal), o valor adotado como referência para a pobreza ( $\frac{1}{2}$  salário mínimo *per capto*) certamente está muito aquém de viabilizar o mínimo de tais necessidades.

<sup>31</sup> HABERMAS, 1997, v. I, p. 22. Como avalia Rosenfeld: “O mérito de uma determinada teoria reconstrutiva reside em determinar a lógica e o grau de persuasão com que essa teoria compara o real e o ideal. Ou factual e a imaginação constractual. Há ainda duas diferentes finalidades que muito provavelmente informam as tentativas reconstrutivas de comparar o real e o ideal. Precisamente porque o ideal é concebido como uma suplementação do real, a teoria reconstrutiva volta-se para a fundamentação de uma justificativa normativa para *status quo*. Por outro lado, quando o ideal é considerado em contradição com o real a teoria reconstrutiva é capaz de fornecer uma crítica das instituições vigentes” (ROSENFELD, 2003a, p. 44).

assim que o tema desta dissertação se apresenta como um problema de Teoria da Constituição<sup>32</sup>. Isso por um lado porque nos preocuparemos com a reflexão sobre como as compreensões constitucionais influenciam as práticas institucionais referentes ao processo de concretização da assistência social no Brasil. Por outro lado, porque buscaremos saber como tais práticas, bem ou mal sucedidas, orientam-nos no sentido procedimental de uma construção semântica da Constituição.

Em razão disso, adotamos uma estratégia argumentativa que visa enfrentar nosso problema de pesquisa em dois níveis distintos, porém, complementares, que corresponderão às duas partes do trabalho. O primeiro nível argumentativo é o da justificação normativa, no âmbito do debate acerca dos direitos sociais, com a construção de um sentido jurídico para o direito constitucional à assistência social a partir da categoria filosófica de justiça social. O segundo nível diz respeito à observação crítica, a partir do conceito normativo de democracia deliberativa, das instituições brasileiras voltadas à formulação e à implementação desse direito. Espera-se que esse segundo nível, institucional, articulado com o primeiro, o da justificação, propiciará a imaginação de alternativas institucionais para a concretização da assistência social no Brasil, a partir dos elementos da participação popular na gestão e controle social democrático das ações governamentais<sup>33</sup>.

Cada uma das partes será dividida em três capítulos, respectivamente. E cada capítulo representará um passo, realizado seqüencialmente em nível de concretude argumentativa, que possui significado próprio para a construção de um caminho alternativo de concretização do direito constitucional à assistência social no Brasil.

No primeiro capítulo, com auxílio de uma teoria comunicativa da justiça social, buscamos compreender como a visão do direito à assistência social, sob o enfoque do reconhecimento intersubjetivo da cidadania, pode ser útil para repensarmos, no âmbito da Teoria da Constituição, os fundamentos do papel dos direitos sociais numa sociedade democrática. Nesse ponto, será importante observar que, em um Estado Democrático de Direito, as políticas sociais fazem mais sentido quando interpretadas sob a ótica do reconhecimento da autonomia individual e não da simples distribuição de bens materiais.

Com o segundo capítulo, pretendemos entender como a visão de direitos sociais baseada no reconhecimento, de característica filosófica, contrapõe-se à compreensão

---

<sup>32</sup> A Teoria da Constituição é, consoante Menelick de Carvalho Netto, “uma disciplina de cunho teórico, problematizante, zetético, que termina por se constituir como um campo próprio para reflexão acerca da ciência, da doutrina, da teoria, do Direito Constitucional sobre si mesmo” (CARVALHO NETTO, 2001, p. 11-12)

<sup>33</sup> A adoção dessa estratégia, dividida em dois níveis distintos, visa focalizar a análise do tema proposto, evitar mal-entendidos ao longo da argumentação e, sobretudo, aporias relativas à aplicação teórica descontextualizada ou à contextualização irrefletida.

distributivista que está fortemente arraigada no paradigma do Estado Social. Isso tornará possível a observação de que o projeto do Estado Social não pode ser simplesmente abandonado; deve ser reconstruído sob o enfoque de um constitucionalismo radicalmente democrático, que exige garantias de participação dos envolvidos nas políticas públicas sociais.

No terceiro capítulo, demonstramos que uma visão radicalmente democrática de constitucionalismo enxerga a complementaridade entre constitucionalismo e democracia, o que se traduz na valorização de elementos de participação popular e controle social, o que exige outra visão de Constituição. Para tanto, a Teoria da Constituição Dirigente, que é referendada por parcela da academia jurídico-constitucional, deve ser substituída por uma interpretação adequada do direito à assistência social no paradigma do Estado Democrático de Direito. Adotamos como referencial a visão procedimental advinda da Teoria Discursiva da Constituição.

A nova leitura normativa do direito à assistência social, advinda de modelo de reconhecimento intersubjetivo da cidadania, fornece, no quarto capítulo, indícios para leitura institucional baseada numa visão de democracia deliberativa, em que será priorizado o papel dos procedimentos institucionais de participação e controle social (conselhos e conferências) que compõem a assistência social brasileira. Essa, conforme fica fundamentado no referido capítulo, é uma leitura institucional que busca se contrapor às tradições do privatismo e do paternalismo/clientelismo, fortemente arraigadas no Brasil.

No quinto capítulo, buscamos um significado pragmático e operacional do direito constitucional à assistência social, a partir de leitura procedimental da LOAS, que enxerga a participação na gestão e o controle social como parâmetros de legitimidade das ações sócio-assistenciais. Algumas práticas ilegítimas do Governo do Distrito Federal são exemplificadas para reforçar o argumento de que o pragmatismo procedimental visa se traduzir em alternativa à dogmática jurídica tradicional, que não consegue construir argumentos garantidores de democracia participativa no âmbito da assistência social.

Essa perspectiva institucional de observar o direito culminará, no sexto capítulo, na possibilidade de (re)construir, a partir de iniciativas existentes, baseada nas garantias de participação e controle social, elementos que permitam imaginar um futuro institucional alternativo para a concretização do direito à assistência social no Estado Democrático de Direito brasileiro. Para tanto, será necessário transcender o papel reativo normalmente delegado ao pensamento jurídico. O Direito Constitucional será visto como um instrumento de imaginação institucional. A mudança na concepção sobre a função do pensamento jurídico-constitucional propicia repensar, de forma exemplificativa, duas das mais tradicionais

instituições constitucionais: o federalismo e a separação de poderes. Compreendemos que a reconstrução dessas instituições possibilitará alternativas institucionais para que, de forma concreta, a assistência social brasileira supere o privatismo e o paternalismo clientelista que concorrem na posição de protagonistas na leitura do tema.

Por fim, nossa preocupação está voltada às políticas públicas, em especial os serviços e programas, de assistência social, em seus aspectos procedimentais. Não temos como foco a avaliação da eficácia e eficiência da gestão das políticas públicas sócio-assistenciais. A utilização muitas vezes conjunta dos termos legitimidade e eficiência – tensão reproduzida da obra habermasiana – não indica uma análise de mérito material, apenas ressalta a crença de que a participação democrática é um valor que, por si só, redimensiona a idéia de eficiência, alterando o foco dos debates. Além disso, ainda que seja um tema muito relevante, não nos ocupamos diretamente das questões relativas à atuação de entidades filantrópicas, certificadas e regulamentadas pelo Poder Público através dos conselhos de assistência social, e o pagamento do benefício de prestação continuada, por exemplo. Outros programas de transferência de renda não pertencentes à assistência social, como o “Bolsa Família” do Governo Federal, serão tratados apenas reflexamente sob o prisma procedimental.

Eis o roteiro do nosso trabalho dissertativo que, reconhecendo as limitações da racionalidade moderna, pretende não se furtar em utilizá-la numa perspectiva crítica e imaginativa.

**PARTE I - PARA UMA NOVA LEITURA DO DIREITO  
CONSTITUCIONAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL**

## **CAPÍTULO 1 – DA JUSTIÇA SOCIAL COMO (RE)DISTRIBUIÇÃO MATERIAL À JUSTIÇA SOCIAL COMO RECONHECIMENTO INTERSUBJETIVO DA CIDADANIA: FUNDAMENTOS PARA UMA NOVA LEITURA DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL**

Justiça social, talvez, seja um dos termos mais evocados em debates públicos nas democracias constitucionais contemporâneas, sobretudo, quando o assunto são as políticas sociais. A pretensão sobre qual o significado de sociedade justa<sup>34</sup> continua sendo um elemento importante, mesmo em sociedades marcadas pelo alto nível de desigualdades sociais.

Apesar da ampla utilização do termo, ele se encontra recheado de dissensos. Justiça social, parafraseando Gomes Canotilho, pode também ser compreendida como uma “palavra viajante” da modernidade política<sup>35</sup>, que necessita de concretude<sup>36</sup>.

Compreendemos, com efeito, que é de pouca utilidade para o tema em análise aprofundar-se em questões filosóficas destinadas a discutir, em nível mais abstrato, qual o significado de justiça social. Não obstante, uma construção puramente dogmático-conceitual do problema é insuficiente para compreender, bem como para justificar, o papel dos procedimentos de participação e controle social para a legitimidade constitucional do direito à assistência social no Brasil. Daí o porquê da abordagem que se segue estar filiada a uma

---

<sup>34</sup> A idéia de justiça representa para HABERMAS (2002c, p. 437-440), ao lado da verdade (mundo objetivo) e a sinceridade (mundo subjetivo), o critério de validade comunicativo do mundo social – um dos elementos do mundo da vida. Para uma visão crítica da obra habermasiana no que tange a construção teórica do mundo da vida ver BAXTER, 2002, p. 524 e ss.

<sup>35</sup> CANOTILHO, 1998, p. 50. O sentido empregado por Canotilho é similar àquele utilizado por Menelick de Carvalho Netto ao denominar a idéia de povo como uma palavra “gorda”, ou seja, em que cabem variados usos lingüísticos (CARVALHO NETTO, 2001, p. 12).

<sup>36</sup> Mesmo em debates teórico-conceituais, não podemos perder de vista que, ao dissertarmos sobre as exigências procedimentais de participação na gestão e de controle social das ações governamentais pelos envolvidos nas políticas públicas de assistência social, estamos tendo como referencial constante o contexto brasileiro, por mais descontextualizada que seja a argumentação do ponto de vista da justificação constitucional. Por isso, seu uso não pode ser dissociado de uma perspectiva histórico-social. No capítulo subsequente, buscaremos realizar a reconstrução de fragmentos de democracia deliberativa na recente história política da assistência social após a promulgação da Constituição Federal de 1988.



preocupação derivada da Teoria da Constituição, e não da filosofia política, de um lado, ou da dogmática constitucional, de outro<sup>37</sup>.

Partimos do seguinte pressuposto: uma visão de justiça social baseada no reconhecimento recíproco da cidadania pode ser uma alternativa adequada para leitura da assistência social, com base nas exigências de legitimidade e eficiência, na Constituição brasileira. Justiça social, portanto, deve ser lida como um conceito operacional do direito constitucional<sup>38</sup>.

Em razão disso, dois são objetivos principais deste capítulo. O primeiro objetivo, com base na teoria crítica de Axel Honneth, é apresentar a idéia de justiça social como reconhecimento, descrevendo sua adequação em face das compreensões distributivistas quando o tema é a participação no âmbito da assistência social brasileira. O segundo é observar, a partir da noção de reconhecimento intersubjetivo e da teoria discursiva de Jürgen Habermas, como a visão de justiça social descrita poderá ser articulada com uma teoria constitucional para investigar o significado dos direitos sociais, em especial do direito à assistência social.

### **1.1. Da teoria da justiça aos direitos sociais: justiça social como distribuição e justiça social como reconhecimento**

O debate filosófico sobre uma concepção de justiça social ganhou densidade, sobretudo, a partir de 1971, quando John Rawls publicou “Uma Teoria da Justiça”<sup>39</sup>. Nesse livro, Rawls buscou construir uma alternativa principalmente às formulações utilitaristas que

---

<sup>37</sup> A utilização de uma referência filosófica como a concepção de justiça social como reconhecimento intersubjetivo não pode ser automaticamente transposta para a dinâmica operacional do direito constitucional, sob pena de se cometer uma grave aporia. Entretanto, entendemos que não é adequado abrir mão totalmente da justificação filosófica se quisermos adentrar com profundidade no debate constitucional. Como destaca Dworkin, “Os juristas são sempre filósofos, pois a doutrina faz parte da análise de cada jurista sobre a natureza do direito, mesmo quando mecânica e de contorno pouco nítidos. **Na teoria constitucional, a filosofia é mais próxima da superfície do argumento, se a teoria for boa, explicita-se nela**” (DWORKIN, 2003, p. 454) [sem grifos no original]. Daí porque o meio termo encontrado entre a abstração vazia do ponto de vista jurídico e a dogmática irrefletida, despreocupada com as justificações sociais, é o da Teoria da Constituição. Nesse sentido, Canotilho destaca a importância da teoria da justiça para o direito constitucional: “Uma constituição deve estabelecer os fundamentos adequados a uma *teoria da justiça*” (CANOTILHO, 2006, p. 127).

<sup>38</sup> Parafraseando Friedrich Müller em seu texto sobre o “poder constituinte do povo”, justiça social, assim como o poder constituinte, é também uma questão de direito constitucional e, por conseguinte, uma questão normativa. Lida assim, ela pode ter sentido prático para o direito e para o cidadão. Nesse sentido, ver (MÜLLER, 2004, p. 25).

<sup>39</sup> Cf. RAWLS, 2000.

dominavam, até então, o debate sobre o sentido de justiça. A base de sua filosofia política consistia na identificação de um conjunto de princípios ordenadores de justiça social<sup>40</sup> que fundamentassem, de forma equânime, o máximo de liberdade individual possível, apenas limitada para preservá-las.

Sem adentrar no mérito de tal teoria, é importante observar que ela possui uma grande influência no debate acerca das políticas e direitos sociais em todo mundo. No entanto, apesar de sua incontestável relevância, este trabalho parte de outros pressupostos de justiça social para compreensão do direito à assistência social: a idéia de reconhecimento intersubjetivo.

Axel Honneth<sup>41</sup> constrói uma alternativa às formulações de Rawls sobre justiça social. Honneth compreende que a utilização de um conceito de liberdade comunicativa, baseada na intersubjetividade, e não individual, como trabalha Rawls, tem o condão de alterar o próprio significado da idéia de justiça social, uma vez que a deslocaria do nível dos bens de garantia da liberdade para o nível da reciprocidade vinculante.

Nesse contexto, é importante citar a passagem em que Honneth desenvolve essa argumentação:

“Concentrar-me-ei, a seguir, na questão acerca do que uma deliberação real ou fictícia mudaria nesse resultado se os participantes se deixassem guiar por um conceito de liberdade que fosse comunicativo, não individualista (...). A tese que gostaria de desenvolver em minhas considerações deriva de supostos que poderiam, a partir daqueles diferentes pontos de partida, modificar não apenas detalhes particulares na representação dominante da justiça social, mas sim sua configuração total (...) e como decorrência deslocariam sua compreensão de justiça social do nível dos bens de garantia da liberdade para o nível da reciprocidade vinculante.”<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Rawls destaca dois princípios da justiça social: "Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos" (RAWLS, 2000, p. 64).

<sup>41</sup> Honneth, sucessor de Habermas em sua cátedra na Universidade de Frankfurt, busca em seu trabalho dar um novo rumo à teoria social crítica tal qual desenvolvida pela denominada Escola de Frankfurt. Sua teoria tem como foco central o processo de construção da identidade (individual e coletiva) movida pelos conflitos sociais. Apesar de partir da teoria habermasiana da ação comunicativa – com a qual compartilha a importância da intersubjetividade – Honneth tem por escopo corrigir os déficits de abstração da rígida separação habermasiana entre sistema e mundo da vida. Para tanto, não se prende a um conceito de razão comunicativa restrito às condições possibilitadoras do entendimento; ele investiga o papel das lutas sociais em prol do reconhecimento intersubjetivo para o desenvolvimento das sociedades complexas. Ver HONNETH, (2001) em que o autor critica, a partir da noção de “democracia como cooperação reflexiva”, de John Dewey, o procedimentalismo habermasiano por sua ausência de uma eticidade formal.

<sup>42</sup> HONNETH, 2004, p. 107.

Honneth apóia-se na filosofia hegeliana<sup>43</sup> e na psicologia social de George Mead<sup>44</sup> para construir sua teoria crítica da sociedade. Para ele “a reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco porque os sujeitos só podem chegar a uma auto-relação prática quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais”<sup>45</sup>.

A percepção de Honneth sobre a idéia de reconhecimento intersubjetivo é diferenciada. Procura sistematizar não somente as estruturas de reconhecimento, as quais distingue comunicativamente, mas também as formas de desrespeito no sentido de um reconhecimento negado. Assim, a partir de suas investigações, Honneth aponta três padrões intersubjetivos de reconhecimento, que correspondem a outras tantas formas de desrespeito: o amor-degradação pessoal<sup>46</sup>; direito-exclusão/privação de direitos<sup>47</sup>; e solidariedade-ofensa.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> Inicialmente, Honneth constata que a filosofia social da modernidade foi marcada pela idéia que a vida social se move pela autoconservação (HONNETH, 2003, p. 31). Essa intuição estava presente em filósofos como Maquiavel e Hobbes. Contrapondo-se a essa idéia, Honneth busca fundamentos nos primeiros escritos de Hegel. Nesses escritos, consoante Honneth, Hegel se preocupou em observar que os conflitos humanos não eram regidos pela autoconservação, mas sim por impulsos de natureza moral (HONNETH, 2003, p. 30). Nesse sentido, Honneth destaca a importância do termo honra para Hegel no processo de construção da identidade pessoal. Veja-se: “Um indivíduo só está em condições de identificar-se integralmente consigo mesmo na medida em que ele encontra para suas peculiaridades e qualidades aprovação e apoio também de seus parceiros na interação: o termo “honra” caracteriza, portanto, uma relação afirmativa consigo, estruturalmente ligada ao pressuposto do reconhecimento intersubjetivo da particularidade sempre individual (HONNETH, 2003, p. 56). Porém, é somente com a virada hegeliana para filosofia da consciência que o modelo desenhado de uma “luta por reconhecimento” passa a ter um papel mais incisivo, sobretudo nas estruturas intersubjetivas do amor e do direito. Consoante Honneth, Hegel, em sua *Realphilosophie de Jena*, sistematiza de forma mais madura uma idéia de reconhecimento baseada na intersubjetividade, a qual representa no amor e no direito. No que se refere especificamente ao direito, ele irá ver a universalidade da forma de reconhecimento intersubjetivo (HONNETH, 2003, p. 96).

<sup>44</sup> Para Honneth, todavia, a ausência de sistematização de uma teoria do reconhecimento em Hegel e, principalmente, as dificuldades resultantes de suas premissas idealistas (metafísicas) são problemáticas quando o objetivo é atualizar essas idéias de um luta por reconhecimento intersubjetivo compatível com o pensamento atual. Hegel não teria concebido o processo de formação, descrito na qualidade de um movimento de reconhecimento mediado pela experiência da luta, como um processo intramundano, realizando-se sob as condições iniciais contingentes da socialização humana (HONNETH, 2003, p. 118). Por isso, Honneth encontrará na psicologia social de George Mead uma ponte para tradução da teoria hegeliana da intersubjetividade em termos pós-metafísicos (HONNETH, 2003, p. 123). Para Mead, assim como para Hegel, a luta por reconhecimento representa o motor através do qual os sujeitos “procuram ininterruptamente ampliar a extensão dos direitos que lhes são intersubjetivamente garantidos e, nesse sentido, elevar o grau de autonomia pessoal” (HONNETH, 2003, p. 145). Entretanto, Mead, consoante Honneth, não distingue com a clareza necessária a generalização de normas sociais da ampliação de direitos à liberdade individual. Na descrição de Honneth, Mead, a partir de suas pesquisas psicológicas, fundamenta a compreensão de como o indivíduo aprende a se conceber, de forma generalizada, da perspectiva do outro. Esse processo não é idealisticamente concebido, pois, para Mead, trata-se de um saber produzido por um desenvolvimento moral. No que se refere ao direito, o desenvolvimento moral permite a compreensão de si mesmo como um sujeito de direito (HONNETH, 2003, p. 137). Com isso, torna-se possível a consciência do valor próprio, no sentido de um auto-respeito.

<sup>45</sup> HONNETH, 2003, p. 155.

<sup>46</sup> Nessa perspectiva, o amor é visto como um sentimento pessoal que ao mesmo tempo propicia maior autonomia individual – no sentido de sentir-se diferente do outro – e simbiose – o sentimento de intimidade pessoal na presença do outro, revertendo-se, assim, num sentimento de autoconfiança. A esse sentimento se contrapõem os maus-tratos e degradação pessoal. O amor não tem, por si só, o potencial de gerar uma luta social

As formas de desrespeito às estruturas de reconhecimento, segundo Honneth, são as bases de conflitos sociais movidos por lutas por reconhecimento que representam a força motriz das transformações sociais (reprodução social).

Em decorrência de sua construção teórica, Honneth acaba por compreender como secundárias as questões relativas às denominadas lutas de classes. Nesse sentido, as demandas relacionadas à distribuição de bens não fazem sentido em sua teoria senão como derivadas de lutas por reconhecimento por parte de grupos materialmente excluídos. Dessa forma, direitos sociais, entre eles o direito à assistência social, ainda que não seja um tema didaticamente explicitado pelo autor, podem ser vistos como resultantes de processos de lutas por reconhecimento na esfera do direito.

Na teoria de Honneth, os direitos sociais podem ser interpretados como uma interface entre as esferas de reconhecimento do direito e da solidariedade<sup>49</sup> porque, para o autor, o elemento honra<sup>50</sup>, com o advento da Modernidade, subdividiu-se em dois aspectos: o da universalidade do respeito jurídico, por um lado, e o da estima advinda do valor meritório do trabalho, por outro. Entretanto, sobretudo com o Estado de bem-estar social, na medida em que o Direito passa a regulamentar amplos aspectos da vida social, inclusive questões

---

por reconhecimento. Contudo, uma camada de segurança emotiva – não apenas vivenciada, mas assegurada em níveis sociais – constitui o pressuposto psíquico de desenvolvimento de todas as outras atitudes de auto-respeito.

<sup>47</sup> Diferentemente da noção de amor, o reconhecimento jurídico somente pôde se constituir na seqüência de uma evolução histórica. Nesse sentido, Honneth distingue direito tradicional e pós-tradicional (HONNETH, 2003, p. 177). Assim, com o advento da modernidade, os direitos individuais se desligam das expectativas concretas dos papéis sociais. Honneth, assim como Habermas, entende que as relações jurídicas modernas não podem ser desacopladas de uma moral pós-convencional, pautada na autonomia individual. Uma ordem jurídica para se considerar justificada (e, portanto, legítima) em termos pós-convencionais, de maneira que conte com a disposição individual para obediência de suas prescrições, deve ser capaz de reportar-se, em princípio, ao assentimento livre de todos os indivíduos. Dessa forma, é preciso pressupor nesses sujeitos de direito a capacidade de decidir racionalmente, com autonomia individual sobre questões morais (HONNETH, 2003, p. 188). É nesse sentido que a exclusão e a privação de direitos (ausência de reconhecimento jurídico) se constituem como formas de desrespeito que têm a força de promover lutas por reconhecimento no interior de um Estado de direito.

<sup>48</sup> Para Honneth, o direito não é suficiente para responder a todas as pretensões de estima social. O direito é uma entre outras esferas comunicativa de reconhecimento em que as liberdades individuais devem ser garantidas uniformemente. Existem, segundo ele, algumas capacidades e peculiaridades individuais em que o direito não consegue, por sua natureza, universalizar. São, por exemplo, determinadas características importantes à auto-estima pessoal em que a pessoa se sente “valiosa” justamente por não partilhar com todos os demais (HONNETH, 2003, p. 208). As experiências de degradação social – compreendidas no sentido de humilhações e vergonhas – elas também são fundamentais para se gerar uma luta por reconhecimento.

<sup>49</sup> FRASER; HONNETH, 2003, p. 57.

<sup>50</sup> Charles Taylor diferencia a noção de dignidade – utilizada nas democracias modernas no sentido universal, igualitário e compatível com a noção de cidadania (dignidade da pessoa humana) – da noção de honra – advinda de sociedades fundamentadas hierarquicamente (TAYLOR, 1992, 26-27). Nesse sentido, Taylor destaca que essa idéia de reconhecimento da dignidade, bem como a noção de indivíduo, não é algo dado, ou seja, não são categorias prévias. Elas são construídas socialmente.

relacionadas às outras esferas de reconhecimento (relações pessoais e solidariedade), a figura dos direitos sociais passa a funcionar como uma área reservada das questões meritocráticas<sup>51</sup>.

Por conseguinte, pode-se dizer que, para Honneth, o aspecto relevante do debate acerca dos direitos sociais são as lutas por reconhecimento, e não a distribuição de bens materiais, pura e simplesmente.

Nesse ponto, é relevante destacar a importância para esta dissertação do debate entre Axel Honneth e Nancy Fraser<sup>52</sup> sobre o sentido das demandas por reconhecimento e as por distribuição.

Nancy Fraser procura formular projeto partindo do fato que as questões morais relacionadas à justiça requerem tanto reconhecimento como distribuição. Para ela, apenas por meio da integração dessas duas questões morais pode-se chegar a um quadro adequado das demandas de nosso tempo, em que no mundo inteiro lutas por reconhecimento acontecem em contextos de desigualdades materiais exacerbadas<sup>53</sup>. Segundo a autora: “O dilema de redistribuição/reconhecimento é real. Não há qualquer jogada teórica que permita sua completa dissolução ou resolução”<sup>54</sup>.

Ainda que reconheça que, no mundo real, cultura e economia política estejam sempre interligadas, de maneira que virtualmente toda luta contra injustiça implica demandas por reconhecimento e distribuição, Fraser realiza distinção analítica entre as categorias. Para a autora haveria duas formas de injustiça: uma socioeconômica, enraizada na estrutura político-econômica da sociedade; e outra cultural ou simbólica, arraigada a padrões sociais de representação e comunicação<sup>55</sup>. Essa dicotomia, segundo a autora, permitiria auxiliar a integração das duas diferentes formas de demandas, sem subsumi-las uma à outra, como fariam as correntes ligadas ao economicismo e ao culturalismo (na qual ela inclui Honneth). A

---

<sup>51</sup> A interpretação de Patrícia Mattos sobre esse aspecto da teoria de Honneth é muito adequada. Veja-se: “Para Honneth, nenhuma análise sobre distribuição deve desconsiderar a incorporação parcial feita pelo *Welfare State* do recurso *estima social*. Para esse autor, este processo talvez possa ser adequadamente compreendido como um avanço do princípio do igual tratamento legal independentemente ou à custa da noção de desempenho diferencial, o que, aliás, é uma excelente prova histórica da eficácia social do poder de persuasão baseado em razões morais justificáveis. A partir de então, uma certa porção menor dos recursos sociais passa a ser distribuída sob a égide do princípio do desempenho (a única justificativa para a desigualdade capitalista)” (MATTOS, 2006, p. 156).

<sup>52</sup> O debate entre os autores foi sintetizado em FRASER e HONNETH (2003). Para uma interpretação do debate no âmbito da sociologia política, cf. MATTOS (2006).

<sup>53</sup> FRASER, 2001, p. 247-249.

<sup>54</sup> FRASER, 2001, p. 280.

<sup>55</sup> FRASER, 2001, p. 250.

tendência atual seria a de reduzir as demandas materiais às culturais, de maneira a não considerar de forma adequada o importante papel da redistribuição<sup>56</sup>.

Para cada uma dessas injustiças, Fraser adota estratégias distintas, sendo que para ambas as injustiças os remédios podem ser afirmativos ou transformativos. Fraser, partindo da herança socialista, entende que os remédios redistributivos afirmativos, utilizados comumente pelo Estado Social, que incluem tipicamente a transferência de renda por meio de seguro social e programas de assistência social, não teriam o potencial de reduzir desigualdades. Pelo contrário, tais remédios enfatizariam a divisão entre os empregados e desempregados na classe trabalhadora, sem promover a inclusão<sup>57</sup>. Por outro lado, os chamados remédios transformativos combinariam programas universalistas de bem-estar social, impostos progressivos, políticas macroeconômicas voltadas para a criação de pleno emprego, entre outros. Tudo isso com o intuito de minar efetivamente as desigualdades<sup>58</sup>.

Ainda que Fraser não afirme de forma direta, uma interpretação de sua obra com foco no direito constitucional pode abstrair da mesma uma distinção entre direitos sociais (aspecto distributivos) e direitos culturais (reconhecimento). Ou seja, sua distinção entre as formas de injustiça pode nos levar ao indício de que os direitos sociais, a partir da obra da autora, possuem função distributiva.

Com efeito, é possível enxergar que os posicionamentos desses autores (Honneth e Fraser) se diferem não apenas no aspecto teórico<sup>59</sup>. Quando refletimos sobre os temas

---

<sup>56</sup> Nesse ponto, Fraser é acompanhada por Sygmunt Bauman. Vejamos o trecho: “Os dois desenvolvimentos – o colapso das demandas coletivas por redistribuição (e em termos mais gerais a substituição dos critérios de justiça social pelos do respeito à diferença reduzida à distinção cultural) e o crescimento selvagem da desigualdade – estão intimamente relacionados. Não há nada de *acidental* nessa *coincidência*. Libertar as demandas por reconhecimento de seu conteúdo redistributivo permite que a crescente ansiedade individual e o medo gerados pela precariedade da vida na ‘modernidade líquida’ sejam canalizados para fora da área política – único território onde poderiam se cristalizar numa ação redentora e radial – bloqueando suas fontes sociais” (BAUMAN, 2003, p. 81).

<sup>57</sup> O trecho a seguir é ilustrativo do argumento da autora: “A lógica aqui se aplica a redistribuições afirmativas em geral. Mesmo que essa abordagem vise a solucionar injustiças econômicas, ela deixa intacta a estrutura que gera desvantagens de classe. Assim, deve fazer realocações superficiais continuamente. O resultado é marcar as classes menos privilegiadas como inerentemente deficientes e insaciáveis, sempre precisando de mais e mais. Em alguns momentos essa classe pode aparecer como privilegiada, recebedora de tratamento especial e ajuda não merecida. Dessa forma, uma abordagem que vise a rever as injustiças distributivas pode terminar por criar injustiças de reconhecimento” (FRASER, 2001, p. 270).

<sup>58</sup> A passagem da autora é ilustrativa de seu argumento: “Remédios transformativos reduzem desigualdade social sem criar classes estigmatizadas de pessoas vulneráveis percebidas como beneficiárias de vantagens especiais. Tendem, assim, a promover reciprocidade e solidariedade nas relações de reconhecimento. Dessa forma, uma abordagem voltada para a revisão das injustiças redistributivas pode ajudar a solucionar injustiças de reconhecimento” (FRASER, 2001, p. 271).

<sup>59</sup> Mesmo assim, ainda que não seja o foco deste trabalho, não é possível ignorar que há diferença entre a base das concepções desses dois autores. Trata-se, no fundo, de uma divergência oriunda de duas tradições filosóficas: uma fundamentada em Hegel (Honneth) e outra em Kant (Fraser). Honneth desenvolve, com base hegeliana, perspectiva em que a eticidade formal, representada pela esfera de reconhecimento da solidariedade baseada na auto-estima e na auto-realização. Já Fraser fundamenta seu discurso na perspectiva de uma

assistência social e direitos sociais podemos observar que a diferença de posicionamento entre os autores assume contornos pragmáticos. Se, por um lado, Honneth possui uma concepção monista de justiça social em que ao reconhecimento é atribuído o aspecto central dos conflitos morais, para Fraser, por outro, as questões morais possuem feição dualista, na medida em que os conflitos sociais podem se desenvolver em torno de questões baseadas tanto no reconhecimento quanto na distribuição.

No entanto, o aspecto distributivo enfatizado por Fraser em seu debate com Honneth, independentemente das repercussões filosóficas de seu argumento, parece insuficiente para uma leitura mais adequada do direito à assistência social presente na Constituição. Ainda que na prática institucional brasileira os programas sociais girem em torno de uma forma de distribuição material, representada por políticas de transferência de renda<sup>60</sup>, compreendemos que o aspecto distributivo não é o melhor foco para se interpretar constitucionalmente a assistência social. O artigo 203 da CF, que define os objetivos da assistência social, pode ser mais bem compreendido sob a ótica de uma concepção de justiça social baseada no reconhecimento intersubjetivo, sendo a distribuição material uma decorrência desse aspecto, e não o contrário. A citação literal do dispositivo constitucional pode auxiliar nesse processo de compreensão:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

- I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A partir de uma leitura literal e ainda pouco contextualizada<sup>61</sup>, podemos observar que o artigo acima citado não traz em seus objetivos somente o foco da distribuição material. O

---

moralidade universal, de origem kantiana, em que o cerne do conceito de justiça encontra respaldo na idéia de participação paritária. Porém, apesar das divergências têm pontos em comum: ambos os autores são legatários da teoria habermasiana. Nesse sentido *cf.* MENDONÇA (2006).

<sup>60</sup> O aspecto institucional dessa assertiva será desenvolvido na Parte II desta dissertação.

<sup>61</sup> Isso não significa que quando falarmos em uma interpretação pouco contextualizada estejamos admitindo a possibilidade de uma interpretação constitucional objetivista. Até mesmo porque, como ressalta Habermas, “ninguém é capaz de lançar mão de um sistema de direitos no singular, sem apoiar-se em interpretações já elaboradas na história” (HABERMAS, 1997, v. I, p. 166). Quando falamos em uma interpretação pouco contextualizada estamos nos referindo a um debate apenas no campo da justificação constitucional. Ou seja, sem a pretensão da necessária análise institucional, que será objeto da segunda parte desta dissertação.

foco principal dos incisos está na inclusão e proteção de pessoas materialmente excluídas. Ou seja, é possível interpretar o direito à assistência social como um aspecto relevante do reconhecimento da cidadania porque a carência material, por si só, não consegue espelhar a faceta política da exclusão<sup>62</sup>. O potencial de exclusão, derivado da pobreza, é grave na medida em que dificulta o gozo da autonomia individual (liberdade), representada por esferas de autoconfiança, auto-respeito e auto-estima<sup>63</sup>, elementos indispensáveis ao pleno exercício da cidadania. Isso, contudo, não conduz ao velho senso comum, cada vez mais dissolvido em nossa sociedade, de que o indivíduo materialmente excluído (pobre), justamente por suas mazelas, não teria condições de atuar e participar politicamente. Pelo contrário, o excluído materialmente, em todas suas variações sociais (criança, adolescente, idoso, deficiente, etc.), não podem ser vistos como titulares de uma semicidadania a ser tutelada pelo Estado ou pela sociedade, sem a sua anuência. A pobreza, antes de qualquer coisa, é uma questão de injustiça, pois limita a capacidade individual de escolha, de autodeterminação<sup>64</sup>. Ela é injusta para qualquer um que compartilhe a visão de que uma sociedade democrática deve tratar a todos com igual consideração e respeito<sup>65</sup>.

Nesse aspecto Honneth parece ser mais útil a nossa incipiente tarefa de interpretação constitucional, uma vez que sistematiza com mais clareza a articulação de esferas de reconhecimento que ajudam a enxergar a assistência social para além da mera distribuição de bens. Para Honneth, como acima destacado, o reconhecimento nas sociedades contemporâneas não se dá apenas pela esfera do direito, mas deve passar necessariamente pelas esferas das relações próximas (amor e amizade) e da solidariedade (eticidade formal) para se traduzir na garantia de autonomia individual<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> O que Pedro Demo denomina como “pobreza política” (DEMO, 2003, p. 9), pode também ser compreendido como um “sofrimento de indeterminação” cf. HONNETH (2007), representado pela incapacidade prática de um indivíduo, livremente, se auto-realizar. Nesse sentido, DEMO (1999, p. 16) assevera: “A face política da política social descortina, ademais, um horizonte fundamental de análise e atuação, que podemos denominar de *pobreza política*. Ao lado das carências materiais temos a precariedade da cidadania. Uma falta, não de quantidade, mas de qualidade. Uma não é maior ou pior que a outra. Condicionam-se mutuamente, mas não se reduzem uma a outra. Ao mesmo tempo, permite colocar uma percepção essencial da pobreza, como repressão, e não apenas como carência. O cerne da pobreza não está em não ter simplesmente, mas em ser coibido de ter e de ser. Por isso pobreza é injustiça, e essa consciência é decisiva para o seu enfrentamento”.

<sup>63</sup> Ver, para tanto, HONNETH (2003).

<sup>64</sup> HONNETH (2007).

<sup>65</sup> DWORKIN (1999, p. 256). Christian Delacampagne resume o argumento de Dworkin com precisão: “Cada cidadão tem o direito de não ser tratado pior do que os outros – principalmente se é, por nascimento ou por condição, mais ‘fraco’ ou menos ‘favorecido’ que os outros. E é com base nesse direito, e apenas nele, que o cidadão pode exigir do Estado que sua liberdade seja protegida” (DELACAMPAGNE, 2001, p. 130).

<sup>66</sup> Nesse sentido, Honneth destaca que essas esferas de reconhecimento, e, por conseguinte, a própria teoria da justiça, são decorrentes do aprendizado moral da sociedade. Veja-se: “a essência constituída pela autonomia dos indivíduos não é adequada para todas as situações, mas sucumbe às transformações históricas. Entre o grau de diferenciação da sociedade e o da liberdade individual há, pois, uma relação de condicionalidade, na medida em que com a divisão de âmbitos funcionais da sociedade também aumentam as dimensões percebidas pelos



Essas esferas são complementares, ainda que o discurso do direito possua um papel, não admitido explicitamente por Honneth, central na construção de redes de proteção às outras duas esferas (da autoconfiança e da auto-estima). Com isso, a teoria da justiça formulada por Honneth se diferencia das concepções tradicionais. O direito, ao invés de se traduzir em resultado de princípios distributivos, passa a ser visto como um instrumento pelo qual concidadãos se reconhecem mutuamente como livres e iguais.

No entanto, a distinção de Fraser entre políticas afirmativas e transformativas parece ser uma útil contribuição da autora para o tema assistência social, sob o enfoque que pretendemos dar. As políticas sociais brasileiras, em geral e historicamente, possuem um papel afirmativo. No caso da assistência social, é uma afirmação da pobreza que não tem como pressuposto a tentativa de lhe oportunizar autonomia e condições de sair dessa situação de vulnerabilidade. A assistência social brasileira parece conformar-se em amenizar a pobreza, ou seja, como humanizar o inevitável, traduzindo-se em paliativo pouco eficaz do ponto de vista da construção efetiva do exercício da cidadania. Partir do pressuposto hermenêutico, defendendo que essas políticas têm que possuir caráter transformativo, é um forte argumento para que sejam fortalecidos os mecanismos de participação deliberativa e controle social.

Entretanto, enxergar a justiça social como reconhecimento, assim como o faz Honneth, em vez de distribuição, como faz Fraser, permite melhor compreender o papel do direito na sustentação de redes de proteção às outras formas de reconhecimento. Dessa forma, pode ser um interessante eixo de análise. Pode fornecer um quadro diferenciado, quando o assunto é a leitura constitucional sobre o direito à assistência social.

Com Honneth, podemos interpretar os incisos I e II do artigo 203 da Constituição (a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice e o amparo às crianças e adolescentes carentes) como uma proteção e incentivo jurídico ao desenvolvimento da autoconfiança individual. Já os incisos III e IV do mesmo artigo (a promoção da integração ao mercado de trabalho e a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária) podem ser vistos como elementos importantes ao desenvolvimento da auto-estima, representada pela valorização do indivíduo, sobretudo, em relação às suas habilidades profissionais. Por sua vez, o inciso V do artigo

---

indivíduos como possibilidades de auto-realização. O indivíduo alcança de fato um verdadeiro poder de ação – e com isso a autonomia – apenas naquelas novas esferas em que ele consegue um conhecimento firme de suas próprias capacidades e das pretensões (*Ansprüche*) oriundas destas, as quais, por assim dizer, ele vê refletidas no comportamento de seus parceiros de interação. Dessa forma, a extensão da autonomia individual, cujo caráter é cunhado através de formas de reconhecimento recíproco, muda com a quantidade de âmbitos funcionais da sociedade” (HONNETH, 2004, p. 25).

citado (benefício de prestação continuada para idosos e deficientes), pode ser lido como a expressão da universalidade do respeito jurídico, que propicia distribuição material a cidadãos, que por sua condição de vida, têm dificuldades de exercer sua cidadania.

Contudo, a construção teórica de Honneth sobre uma visão de justiça social como reconhecimento, apesar de apresentar uma importante contribuição para este trabalho, é insuficiente para sua continuidade. Honneth, até mesmo por possuir objetivos mais filosóficos e sociológicos que jurídicos, não consegue esclarecer suficientemente o papel externo e sistêmico do direito moderno (sobretudo a relação entre direito e política). Esse *déficit* afeta diretamente uma visão sobre o direito à assistência social, que além da faceta jurídica possui outra política. Os aspectos sistêmicos inerentes à relação entre as facetas do direito e da política torna necessária, mais do que uma teoria da justiça, Teoria da Constituição; uma teoria que explicita a relação entre Constituição e democracia. Isso porque justiça social, vista apenas sob o prisma de uma teoria da justiça, fica demasiadamente abstrata, longe de sua operacionalidade constitucional concreta.

Por isso, a partir de agora, buscamos fazer a leitura da teoria do reconhecimento de Honneth pela teoria discursiva do direito de Habermas. Nela se encontram de forma mais clara as condições pelas quais o poder comunicativo produzido socialmente (inclusive pelos excluídos) pode se transformar em poder administrativo, de tal sorte que essas lutas sociais possam efetivamente ganhar força vinculante a toda a coletividade<sup>67</sup>.

As teorias de Honneth e Habermas são tidas como complementares para os objetivos aqui propostos, uma vez que em conjunto propiciam uma leitura do constitucionalismo aberto para as lutas por reconhecimento realizadas por amplos setores da sociedade. Tais teorias enxergam a legitimidade desses movimentos, quando impulsionados por sentimentos de exclusão e privação de direitos. Assim, permitem compreender a relevância dos movimentos sociais para o desenvolvimento da sociedade, no sentido que tematizam problemas antes encobertos e, portanto, imperceptíveis. Com o direito isso não é diferente.

---

<sup>67</sup> Entretanto, isso não omite, do ponto de vista de uma discussão teórica mais profunda, as diferenças entre esses autores. Ambos compartilham vários pressupostos de uma teoria da comunicação – Honneth utiliza várias das categorias desenvolvidas por Habermas, sobretudo, em sua “teoria da ação comunicativa”. No entanto, em uma análise bem superficial, pode-se creditar essa diferença nas distintas inspirações de fundo dos autores. Habermas nítida inspiração kantiana. Em sua principal obra sobre o direito (“Direito e democracia entre facticidade e validade”), Habermas explicitamente confessa sua inspiração kantiana: “No presente trabalho quase não cito Hegel e me apóio muito mais na doutrina kantiana do direito: essa atitude é fruto da timidez perante um modelo cujos padrões não conseguimos mais atingir” (HABERMAS, 1997, v. I, p. 9). Enquanto Honneth possui a preocupação de atualizar o pensamento hegeliano. Do ponto de vista concreto isso se traduz em uma maior ênfase habermasiana na categoria autonomia e de Honneth com a idéia de reconhecimento, apesar de serem instrumentais comuns a ambos.

## **1.2. A teoria do discurso e os direitos sociais: a visão da assistência social como instrumento de capacitação para o exercício da cidadania**

Na teoria social de Axel Honneth, apresentada acima, dois aspectos têm relevância destacada na construção de uma concepção de justiça social adequada a uma sociedade complexa e plural como a brasileira: reconhecimento e autonomia individual. Na construção desse autor, as duas categorias estão estreitamente relacionadas<sup>68</sup>.

O significado dessa autonomia individual para o processo de legitimação do direito, contudo, não está claro em Honneth. Na medida em que o foco deste trabalho é observar, sob a ótica do Direito Constitucional, a legitimidade dos procedimentos participação e controle social no âmbito das políticas públicas de assistência social, a preocupação com a relação entre reconhecimento, autonomia e processos democráticos de criação do direito legítimo é fundamental. Daí a centralidade da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Jürgen Habermas, que possui justamente essa preocupação, em nossa abordagem.

O ponto de vista habermasiano faz sentido ao se partir do pressuposto de que os modelos de fundamentação do convívio social com base na religiosidade, na natureza humana ou em mitos da autoridade não são suficientes para explicar uma sociedade complexa. Nesse sentido, uma moralidade pós-convencional, que se pretende universal a ponto de possibilitar a distinção entre o certo e o errado, não tem outra saída senão distinguir-se de uma visão homogeneizada do bem. Para tanto, a idéia de autonomia, que torne possível a adoção de escolhas individuais, inclusive sobre a própria identidade pessoal, apresenta-se necessária como ponto de partida da legitimação das sociedades atuais<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> A autonomia individual é cunhada através das três esferas de reconhecimento intersubjetivo: amor, direito e solidariedade. E essas esferas comunicativas de reconhecimento são complementares na criação de possibilidades de autonomia individual, que também pode ser compreendida como a idéia de justiça social (HONNETH, 2004)

<sup>69</sup> Habermas interpreta esse movimento histórico de passagem de uma fundamentação homogênea ao pluralismo denominando-o como um processo de racionalização do mundo da vida. Observe-se a passagem: “No impulso do desenvolvimento, que eu interpreto como racionalização do mundo da vida, esse engate [entre eticidade, política e direito] é rompido. As tradições culturais e os processos de socialização são os primeiros a caírem sob a pressão da reflexão, de tal modo que eles gradativamente passam a ser tema dos próprios atores (...). A irrupção da reflexão em histórias de vida e tradições culturais promove o individualismo dos projetos de vida individuais e um pluralismo de formas de vida coletivas. (...) No horizonte de uma fundamentação pós-tradicional, o indivíduo singular forma uma consciência moral dirigida por princípios e orienta seu agir pela idéia da autodeterminação. A isso equivale, no âmbito da constituição de uma sociedade justa, a liberdade política do direito racional, isto é, da autolegislação democrática.” (HABERMAS, 1997, v. I, 129 e 131).

Entretanto, mesmo podendo servir para a função de reconhecimento recíproco entre indivíduos próximos que se consideram livres, uma moral pós-tradicional não é o bastante para sociedades que necessitam de decisões, a um só tempo, legítimas, velozes e mutáveis (abertas ao futuro) que se imponha a um conjunto heterogêneo de cidadãos. Assim, o direito positivo busca preencher o papel de integração social em uma sociedade, anteriormente legitimada por um *ethos* dominante, baseada na concepção de indivíduo.

Por sua característica, o direito também vai buscar sua legitimidade na concepção de autonomia de uma moral pós-tradicional. Daí porque a relação de complementaridade entre o direito positivo e a moral pós-tradicional permite a legitimação do direito e das decisões políticas<sup>70</sup>. Isso não significa, contudo, como no passado pré-moderno, uma subordinação do direito à moral. O direito moderno, assim como a moral, se baseia na idéia de autonomia para obter sua legitimidade. Entretanto, a autonomia jurídica não é monolítica, pois assume uma forma dúplex: autonomia pública (cidadania-participação, ou seja, autonomia política) e privada (espaço de livres escolhas éticas e morais). Com esse artifício é viável a legitimação de decisões impositivas a atores sociais desconhecidos, já que, ao menos indiretamente, são co-autores dessas. Isso propicia ao direito moderno um caráter não apenas de sistema de reconhecimento recíproco (um saber cultural), mas também de um sistema de coordenação de ação<sup>71</sup>.

A forma institucional encontrada historicamente para solver essa pretensão de legitimidade – a partir dessa dúplex autonomia – foi a adoção das categorias direitos humanos e soberania popular<sup>72</sup>.

No entanto, essa relação entre direitos humanos e soberania popular foi mal compreendida na história do constitucionalismo, geralmente apresentados como elementos excludentes<sup>73</sup>. Enxergar essa complementaridade pode ser muito útil para a necessidade de legitimação das democracias contemporâneas em que, em virtude da redução dos consensos sociais<sup>74</sup>, os cidadãos precisam se sentir como co-autores do direito e das decisões políticas. O

---

<sup>70</sup> HABERMAS, 1997, v. I, 139-154.

<sup>71</sup> A distinção entre direito e moral é assim traçada por Habermas: “Todavia, mesmo tendo pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se *prima facie*, porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação” (HABERMAS, 1997, v. I, p. 141).

<sup>72</sup> Esse tema será especificamente tratado no tópico 3 do presente capítulo.

<sup>73</sup> Em discussão orientada por modelos normativos de democracia, Habermas ressalta a incompletude tanto do modelo liberal, quanto do republicano (comunitarista). Para ele, ambos não enxergam a equiprimordialidade e complementaridade entre autonomia pública e privada, o que gera visões distorcidas na relação entre constitucionalismo e democracia (HABERMAS, 2002a, p. 269-284).

<sup>74</sup> A idéia da redução de consensos sociais é explicitada por Habermas a partir do conceito de “mundo da vida racionalizado”, desenvolvido em sua “Teoria da Ação Comunicativa”(HABERMAS, 1987, v. I e II).

princípio da democracia surge, assim, como resultado da interligação existente entre o princípio do discurso – representado na teoria habermasiana a partir de pressupostos transcendentais de comunicação<sup>75</sup> – e a forma jurídica<sup>76</sup>.

Disso resulta, de forma abstrata, uma série de categorias de direitos que geram o próprio código jurídico, uma vez que são determinantes para a idéia de sujeitos de direito autônomos. Do ponto de vista da garantia de autonomia privada, Habermas destaca as seguintes formas de direitos fundamentais:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*;
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual<sup>77</sup>.

Essas três primeiras formas de direitos fundamentais garantem autonomia privada apenas na medida em que os sujeitos de direito se reconhecem, mutuamente, no papel de destinatários de leis. Daí surge a pretensão de obter direitos e de fazê-los valer reciprocamente. No entanto, somente com outra estrutura de direitos fundamentais os sujeitos de direito adquirem também o papel de co-autores da ordem jurídico-constitucional:

- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo<sup>78</sup>.

Consoante Habermas, os direitos políticos justificam a idéia de cidadãos livres e iguais, possibilitando uma interpretação circular e complementar entre autonomia pública e privada, na medida em que a condição de co-autor do direito permite o surgimento de outras formas jurídicas para proteção da autonomia privada. A garantia de autonomia privada, por sua vez, garante uma esfera de liberdade comunicativa, ausente de coações, fundamentais ao exercício público da razão.

---

<sup>75</sup> Habermas apresenta quatro pressupostos pragmáticos da comunicação, a saber: “(a) publicidade e inclusão: ninguém que, à vista de uma exigência de validade controversa, possa trazer uma contribuição relevante, deve ser excluído; (b) direitos comunicativos iguais: a todos são dadas as mesmas chances de expressar sobre as coisas; (c) exclusão de enganos e ilusão: os participantes devem pretender o que dizem; e (d) não-coação: a comunicação deve estar livre de restrições, que impedem que o melhor argumento venha à tona e determine a saída da discussão” (HABERMAS, 2002c, p. 67).

<sup>76</sup> HABERMAS, 1997, v. I, p. 158.

<sup>77</sup> HABERMAS, 1997, v. I, p. 159.

<sup>78</sup> HABERMAS, 1997, v. I, p. 159.

Tendo em vista os direitos por ele elencados, a complementaridade entre autonomia pública e privada implica uma quinta categoria de direitos fundamentais de suma importância para este trabalho, a saber:

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, **na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)**<sup>79</sup>. [sem destaque no original]

Habermas, portanto, adota explicitamente uma estratégia de fundamentação relativa dos direitos sociais, já que estes devem ser adotados quando necessários à proteção da autonomia pública e privada dos indivíduos. Para ele, a essa modalidade de direitos fundamentais cabe “assegurar (entre outras coisas) as condições de vida necessárias a que se faça uso, sob igualdade de chances, dos direitos privados à liberdade e dos direitos políticos à cidadania – cuja fundamentação é *absoluta*”<sup>80</sup>. Essa opção de Habermas por um caráter secundário dos direitos sociais encontra resistências nos debates teóricos e políticos<sup>81</sup>. Exemplo disso é o seu debate com o jurista alemão Günter Frankenberg<sup>82</sup>, que apresenta duas ressalvas à argumentação desenvolvida por Habermas. A primeira, mais específica, diz respeito ao que podemos chamar de destinatários das políticas sociais enquanto que a segunda diz respeito à própria concepção de direitos sociais.

Em relação à primeira ressalva, Frankenberg entende que o argumento habermasiano de interpretar os direitos sociais como decorrentes de uma estratégia de asseguramento da autonomia pública e privada do indivíduo é deficitário. Apenas conseguiria explicar o papel da política social para aqueles que alcançaram a situação de maioria ou aqueles que têm o potencial de recuperar sua autonomia, como alguns doentes, pessoas preteridas por condições materiais e com deficiências leves. Para ele, Habermas não conseguiria justificar normativamente o papel dos direitos sociais para pessoas completamente desamparadas ou com deficiências graves que as impossibilitariam de exercer autonomia pública e privada.

O outro argumento apresentado por Frankenberg contra Habermas é relativo ao que ele denomina de visão unilateral de direitos sociais. Para Frankenberg, a visão habermasiana

---

<sup>79</sup> HABERMAS, 1997, v. I, p. 160.

<sup>80</sup> HABERMAS, 2002a, p. 370.

<sup>81</sup> Canotilho, em texto recente, procura apresentar argumentos jurídicos e políticos para uma fundamentação dos direitos sociais. Para ele, a estratégia de interpretar os direitos sociais como decorrência de outros princípios e direitos acaba por esvaziá-los. O exemplo que ele oferece é o da interpretação do Tribunal Constitucional Português que tem derivado argumentativamente os direitos sociais do princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo o autor português, tal estratégia coloca os direitos sociais entre parênteses, reduzindo-os a prestações mínimas. No Brasil, a fundamentação dos direitos sociais a partir da idéia de dignidade da pessoa humana é explicitada, entre outros, por SARLET (1998).

<sup>82</sup> Ver HABERMAS (2002a, p. 369-372).

correria o risco de reduzir os direitos sociais à restauração da força de trabalho ou qualificação da participação civil. Nesse sentido, o autor constrói a alternativa de uma fundamentação absoluta dos direitos sociais. Os direitos sociais, em sua visão, teriam um forte potencial de fortalecer relações solidárias entre concidadãos. Frankenberg busca traduzir o comunitarismo para sociedades pluralistas e complexas da contemporaneidade<sup>83</sup>. Entende que o constitucionalismo liberal não resolveu, a partir da premissa da igualdade formal de chances, o problema relativo à busca de uma sociedade justa<sup>84</sup>. Seria preciso, para ele, materialidade<sup>85</sup>.

A visão de justiça e também de direitos sociais de Frankenberg está intimamente relacionada com o fortalecimento dos laços solidários e éticos de uma comunidade jurídica<sup>86</sup>. Contudo, essa compreensão é problemática frente aos nossos pressupostos discursivos. A relação entre direito e solidariedade (ética) é aqui interpretada de forma diversa.

A solidariedade é sempre um argumento tentador para se interpretar um tema como a assistência social, porém, é insuficiente para construção intersubjetiva de um direito à assistência social. O direito à assistência social fulcrado na solidariedade, seja ela conduzida entre atores privados ou pelo Estado, pode conduzir, respectivamente, a uma concepção filantrópica privatista ou estatal paternalista, o que reduz, ao menos do ponto de vista contrafático, a autonomia dos destinatários das prestações estatais.

Toda ordem jurídica é também a expressão ética de uma comunidade em particular e não apenas o espelho de uma universalidade neutra de direitos fundamentais<sup>87</sup>. Entretanto, a solidariedade produzida entre estranhos no interior de uma ordem constitucional pluralista é produzida e mediatizada pelo discurso do direito<sup>88</sup>, entendido, ao mesmo tempo, como

---

<sup>83</sup> FRANKENBERG, 2007, p. 244-252.

<sup>84</sup> O argumento de Frankenberg de crítica ao constitucionalismo liberal é muito próximo ao de Charles Taylor. Taylor, ao se centrar na implementação das políticas de reconhecimento, delimita dois tipos de visões liberais sobre os direitos fundamentais: a primeira que insiste na uniforme aplicação das regras definidas por esses direitos; e a segunda que suspeita desses objetivos coletivos gerais. Para ele, esses dois modelos são opostos e apresentam distintas soluções nas várias sociedades liberais (TAYLOR, 1992, 60 e ss.)

<sup>85</sup> FRANKENBERG, 2007, p. 252.

<sup>86</sup> Para Erhard DENNINGER (2000), a solidariedade deve se traduzir em um conceito operacional concreto, inclusive com garantias financeiras, se o Estado não quiser retornar ao modelo liberal. A solidariedade, portanto, juntamente com a idéia de diversidade e segurança, aparece para esse autor como conceito chave de uma nova concepção de constitucionalismo.

<sup>87</sup> HABERMAS, 2002a, p. 245.

<sup>88</sup> Habermas, em discussão sobre a tríade proposta por Denninger para o constitucionalismo atual (diversidade, segurança e solidariedade), apresenta a seguinte visão no que tange à relação entre solidariedade e direito: “A solidariedade entre os cidadãos que esperam um do outro que assumam a responsabilidade por cada um deles, mesmo que sejam desconhecidos, é artificial na medida em que ela é produzida por meio da lei, do Direito. Certamente, para que princípios abstratos da Constituição possam se enraizar nas mentes e motivações dos cidadãos uma cultura política liberal é requerida. O poder vinculante intrínseco à condição de cidadão democrático deve efetivamente substituir a solidariedade natural pré-política das comunidades paroquiais, das congregações religiosas, das corporações de ofícios e guildas, ou seja, substituir as lealdades locais, vocacionais, dinásticas ou patrióticas da sociedade burguesa inicial. Desse modo, a Constituição funda uma comunidade de

sistema de ação e de reconhecimento entre cidadãos que se enxergam mutuamente como livres e iguais. É dessa forma, por razões sistêmicas, que Habermas entende haver a exigência de um patriotismo constitucional<sup>89</sup>, entendido sob o pressuposto discursivo de garantia recíproca da autonomia individual, e não como um padrão ético predeterminado. A isso corresponde uma visão procedimental e dinâmica de identidade coletiva<sup>90</sup>.

É justamente essa perspectiva de um patriotismo constitucional baseado na lógica da proteção de direitos fundamentais que nos propicia justificar a assistência social a pessoas com baixa possibilidade de exercer sua cidadania<sup>91</sup>. Mesmo em condições de vulnerabilidade social elevada – compreendida como o baixo potencial de os direitos sociais servirem como instrumentos de capacitação para o exercício efetivo da cidadania, - como poderia se considerar o caso, por exemplo, dos portadores de sofrimento mental grave – não se deve perder de vista a perspectiva contrafática da igualdade e da liberdade necessárias à cidadania. Essa pressuposição é imprescindível para uma sociedade democrática. A perspectiva contrária, a da limitação prévia da cidadania ante os pressupostos fáticos, pode ser perigosa e contraproducente para a cultura democrática na medida em que propicia um caminho de justificação para outros abusos, decorrentes da restrição do sentido de cidadania.

O auxílio aos mais desamparados, promovido pela assistência social, do ponto de uma concepção de justiça como reconhecimento intersubjetivo, baseia-se, portanto, nos vínculos artificiais de uma solidariedade jurídica cujos fundamentos são os direitos fundamentais e a soberania popular, expressa em procedimentos concretos de participação.

---

responsabilidade (*Verantwortungsgemeinschaft*) juridicamente mediatizada entre os cidadãos, mas não ‘entre os cidadãos e o Estado’” (HABERMAS, 2004b, p. 5).

<sup>89</sup> HABERMAS (2002a, p. 302). A universalização dos direitos fundamentais, incluídos os direitos sociais, encontra um sentido não distributivista, mas sim de reconhecimento intersubjetivo, quando os vínculos sociais de uma comunidade plural não podem mais se justificar em pressupostos éticos. É assim que outras formas de integração sociais, baseadas em identidades étnicas e/ou culturais perdem lugar para um “patriotismo constitucional” que tem como pressuposto uma cultura política de garantia dos direitos fundamentais e da democracia. Nesse sentido, ver CATTONI DE OLIVEIRA (2006).

<sup>90</sup> HABERMAS, 2002a, p. 320. Nesse sentido, Habermas assevera: “Sob as condições do pluralismo cultural e social também é freqüente haver, por detrás de objetivos politicamente relevantes, interesses e orientações de valor que de forma alguma são constitutivos para identidade da coletividade em geral, ou seja, para o todo de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente. Esses interesses e orientações de valor que permanecem em conflito no interior de uma mesma coletividade sem qualquer perspectiva de consenso precisam ser compensados; para isso não bastam os discursos éticos – mesmo que os resultados dessa compensação (alcançada com recursos não discursivos) sofram a restrição de não poder ferir os valores fundamentais de uma cultura partilhada por seus integrantes” (HABERMAS, 2002a, 276-277).

<sup>91</sup> Canotilho compreende de forma muito pertinente essa relação entre a Teoria Constitucional e a proteção dos excluídos em situação de vulnerabilidade. Por isso, para ele: “ver uma completa desregulação constitucional dos ‘excluídos da justiça’ legitima uma separação crescente dos *in* e dos *out* e não fornece qualquer arrimo à integração da marginalidade. Precisamente por isso, as ‘ilhas de particularismo’ detectadas em algumas constituições – mulheres, velhos, crianças, grávidas, trabalhadores – não constituem um desafio intolerável ao ‘universal’ e ao ‘básico’, típico das normas constitucionais. Expressam, sim, a indispensabilidade de refrações morais ao âmbito do contrato constitucional” (CANOTILHO, 2006, p. 127).



Nesse sentido, a reciprocidade vinculante de uma ordem jurídico-constitucional pode ser adequadamente compreendida para teoria do discurso quando a idéia de uma sociedade justa passa a ser destrancendentalizada de padrões éticos uniformes. A identidade coletiva é construída<sup>92</sup>. Isso significa, por exemplo, que a idéia de povo, presente nas constituições modernas, deve ser compreendida como “o ponto de partida, o *grau zero* da legitimação pós-monárquica” e não como um objetivo final a ser perseguido a todo custo<sup>93</sup>.

Uma alternativa discursiva para tanto é a construção de um novo olhar para as idéias clássicas de liberdade e igualdade, que não podem mais serem justificadas aprioristicamente. Liberdade, na teoria do discurso, pode ser compreendida de uma forma que, ainda que individual, não seja individualista. A idéia é de que a autonomia privada, ainda que não esteja restrita<sup>94</sup>, propicie liberdade comunicativa<sup>95</sup>. A igualdade deve ser interpretada também como uma igualdade de chances de participar discursivamente de procedimentos públicos.

Essa é uma visão importante para a perspectiva da autolegislação democrática de cidadãos associados, que garante a cada indivíduo, reciprocamente, esferas de liberdade visando a sua autodeterminação individual, pois, com isso, justiça social perde suas

---

<sup>92</sup> BAUMAN (2005, p. 21-22) entende que: “a identidade só nos é revelada como algo a ser inventado, e não descoberto; como um alvo de uma coisa que ainda se precisa construir a partir do zero ou escolher entre alternativas e então lutar por ela e protegê-la lutando ainda mais – mesmo que, para que essa luta seja vitoriosa, a verdade sobre a condição precária e eternamente inconclusa da identidade deva ser, e tenda a ser, suprimida e laboriosamente oculta”.

<sup>93</sup> Como ressaltado por Friedrich Müller, o termo povo tem vários significados para a legitimação das democracias constitucionais (povo ativo, instância de atribuição e ainda como destinatários das prescrições estatais)<sup>93</sup>. Dessa forma, um direito constitucional inclusivo deve considerar a todos os cidadãos como parte do povo ativo. Ou seja, é necessário que os cidadãos possam ter autonomamente acesso às tradições culturais por eles eleitas. A homogeneização de um povo, no sentido de torná-lo um ícone mitificado, pode conduzir a práticas excludentes. Assim ressaltava Müller: “A exclusão deslegitima. *Na exclusão o povo ativo, o povo como instância de atribuição e o povo-destinatário degeneram em povo ícone*. A legitimidade somente pode advir da fundamentação no *povo real*, que é invocado pelo texto da constituição – em diferentes perspectivas e com abrangência correspondentemente variada, mas sempre de forma documentável, conforme se mostrou acima” (MÜLLER, 2003, p. 105). E resalta em outro trecho: “*O povo como ícone*, erigido em sistema, induz a práticas extremadas. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em ‘desrealizar’ a população, em mitificá-la (naturalmente já não se trata há muito tempo dessa população), em hipostasiá-la de forma pseudo-sacral em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência” (MÜLLER, 2003, p. 67).

<sup>94</sup> A liberdade comunicativa apesar de ser um elemento fundamental da autonomia privada, não a esgota. A autonomia privada é mais ampla. Refere-se à liberdade de ação. Ou seja, propicia, inclusive, a ação estratégica não baseada em pressupostos comunicativos voltados ao entendimento intersubjetivo (HABERMAS, 1997, v. I, 156).

<sup>95</sup> Liberdade comunicativa apenas tem significado quando os atores procuram se entender. Ou seja, depende de uma relação intersubjetiva (HABERMAS, 1997, v.I, p. 156). Nesse sentido, é relevante observar o conceito de liberdade comunicativa desenvolvida por Klaus Günther a partir da teoria do discurso habermasiana. Günther entende que o conceito de liberdade comunicativa é mais importante para a teoria habermasiana do direito do que ele mesmo possa pensar. Nesse sentido assevera: “Eu entendo liberdade comunicativa como a possibilidade – mutuamente pressuposta pelos participantes engajados no esforço de alcançar o entendimento – de responder aos argumentos de outros e, concomitantemente, levantar pretensões de validade. O conceito de liberdade comunicativa é diferente do conceito de liberdade negativa ou positiva e, também de liberdade de ação ou de vontade livre. Liberdade comunicativa se refere a um dos mais óbvios aspectos da liberdade: a possibilidade de dizer não” (GÜNTHER, 1998, p. 236-237) [livre tradução do original em inglês].

características distributivas e assume a forma comunicativa de uma teoria do discurso. No lugar de princípios de distribuição, consoante nos mostra Honneth, na visão de justiça social como reconhecimento intersubjetivo, aparecem agora fundamentos que se relacionam com a garantia, dada pelo Estado, de pré-requisitos sociais de reconhecimento recíproco<sup>96</sup>.

No entanto, a construção filosófica de uma teoria da justiça somente é útil ao Direito Constitucional na medida em que consegue se traduzir na possibilidade de realização de uma leitura crítica das práticas institucionais<sup>97</sup>. No nosso caso, a utilidade de uma teoria da justiça se reflete na necessidade de repensar os direitos sociais e as políticas sociais no Brasil.

Os direitos sociais, na compreensão discursiva até aqui levantada, passam a não serem mais vistos como fins em si mesmos, nem como estruturas apriorísticas do direito moderno. Suas funções se referem à necessidade de, sob igualdade de chances, possibilitar o uso de competências comunicativas, já asseguradas do ponto de vista formal<sup>98</sup>. Direitos sociais referem-se à viabilização equânime das esferas de autonomia individual, pública e privada. São mecanismos de capacitação para o efetivo exercício de uma cidadania que é expressa por possibilidades de comunicação legítimas (liberdades comunicativas).

A constitucionalização de direitos sociais é um processo dependente de elementos concretos de uma comunidade. Processo que carece de uma deliberação democrática não-idealizada para que seja concretizada a idéia de constitucionalismo, baseada nos direitos individuais. Uma democracia constitucional é livre para tratar da melhor forma institucional cabível em um contexto histórico sobre os limites de sua agenda política<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> HONNETH 2004, p. 112. Nesse sentido, Axel Honneth trabalha a interrelação entre a idéia de liberdade comunicativa e a teoria da justiça: “O ponto de partida de tal revisão constitutiva [da teoria da justiça] deve representar o insight de que as liberdades atribuídas juridicamente são apenas um recorte dos pré-requisitos que possibilitam a capacidade de autonomia individual. Quando nós, além disso, deixamos claro que já essas primeiras condições não incorporam um bem arbitrariamente distribuível, mas assinalam uma forma de reconhecimento recíproco, então as modificações que nós temos de executar, em relação ao domínio objetivo de uma teoria da justiça, estarão sendo mantidas em vista: sob a perspectiva de pré-requisitos que podem assegurar igualmente a autonomia individual de todos os integrantes da sociedade, a estrutura e a qualidade das relações de reconhecimento social são o principal campo de aplicação dos princípios de justiça. Com isso, nosso conceito de uma teoria normativa da comunicação (*einer normativen Kommunikationstheorie*); assim, no lugar de princípios de distribuição equânime aparecem agora fundamentos que se relacionam com a garantia, dada pelo estado, de pré-requisitos sociais de reconhecimento recíproco”.

<sup>97</sup> Nesse diapasão é importante a contribuição teórica de Ronald Dworkin. DWORKIN (2003) apropria-se do debate da filosofia política, mas o retira do plano abstrato. Ele vai enxergar o debate sobre o sentido de justiça como uma questão de história institucional. Justiça e equidade são princípios referentes a uma moralidade compartilhada por uma comunidade personificada. Desses princípios, que têm natureza de moralidade política, decorrem direitos e deveres subjetivos. Nesse sentido, assevera Dworkin, “o modelo de princípios satisfaz todas as nossas condições, pelo menos tão bem quanto qualquer modelo poderia fazê-lo numa sociedade moralmente pluralista” (DWORKIN, 1999, p. 256-257).

<sup>98</sup> HABERMAS, 2002a, p. 334.

<sup>99</sup> Essa é a interpretação feita por Frank MICHELMAN (2003). Michelman argumenta que a posituação constitucional dos direitos sociais e econômicos sofre objeções em três níveis. Primeiramente, uma objeção institucional, fulcrada na idéia da ineficiência do controle judicial. Em segundo lugar aparece uma objeção

Assim, a compreensão do direito constitucional à assistência social como um instrumento de reconhecimento intersubjetivo da cidadania insere-se no pano de fundo em que a política social deve fortalecer a autonomia dos indivíduos e, por conseguinte, contribuir para o fortalecimento democrático das deliberações públicas.

Uma visão de justiça que enxerga os direitos sociais como expressão da necessidade de se garantir, em igualdade de condições, o uso de liberdades comunicativas, altera o debate acerca da legitimidade das implementações de políticas sociais pelo Estado brasileiro. As garantias procedimentais de participação e controle social presentes na Constituição Federal passam a ser elementos essenciais para a legitimidade de políticas públicas que buscam efetivar direitos. A participação social deve ser considerada, assim, indispensável do ponto de vista da dogmática jurídica, ainda que não o seja na prática. Daí a necessidade de uma compreensão constitucionalmente adequada<sup>100</sup> do direito à assistência social no Estado Democrático de Direito brasileiro que supere a dicotomia entre forma e matéria, entendendo-as, no caso concreto, como elementos complementares necessários à garantia de autonomia individual, pública e privada. Isso, em nossa tradição constitucional, exige um repensar de Estado Social, ainda reivindicado por boa parte de nossos constitucionalistas como a única alternativa para a garantia e implementação de direitos sociais. Esse será o foco do próximo capítulo.

---

majoritária, referente à possibilidade de que a constitucionalização de direitos sociais poderia inviabilizar as escolhas da maioria. E, em terceiro lugar, existe a objeção relativa à legitimidade de tais direitos frente aos padrões liberais de legitimação. O autor afasta as três objeções para asseverar que a constitucionalização desses direitos carece de decisão de um povo livre de um país.

<sup>100</sup> Faz-se alusão ao termo empregado por Canotilho “Teoria da Constituição constitucionalmente adequada”(CANOTILHO, 1994, p. 27).

## **CAPÍTULO 2 – ABANDONAR OU RESGATAR O PROJETO DE ESTADO SOCIAL? A ALTERNATIVA DISCURSIVO-PROCEDIMENTAL DE LEITURA DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL**

A assistência social pouco vem sendo debatida sob uma perspectiva específica no direito constitucional brasileiro<sup>101</sup>. Os debates jurídicos tradicionais restringem o tema aos problemas genéricos de concretização e efetivação de direitos sociais<sup>102</sup>. De forma bem simplificada, a questão, do ponto de vista jurídico, é apresentada como um problema de “natureza jurídica” dos direitos sociais. Assim, o direito à assistência social está polarizado entre perspectivas que enfatizam, de forma estanque, o seu aspecto formal ou material.

Na perspectiva formal, os direitos sociais, ainda que textualmente positivados, não se traduziriam em uma imposição para os poderes estatais. Estariam limitados aos imperativos do mercado e da política. Seriam, por conseguinte, direitos completamente vazios de um conteúdo que apenas poderia ser preenchido na arena política. Com efeito, os direitos sociais careceriam de efetividade e titularidade subjetiva<sup>103</sup>.

Noutro sentido, a corrente substancialista defende que os direitos sociais são verdadeiras imposições materiais aos poderes instituídos. São obrigações prestacionais que o aparato estatal não pode se furtar em realizar. Vistos sob essa ótica, os direitos sociais, ao contrário do sustentado pela visão formalista, possuem, como direitos fundamentais que são, eficácia plena e são passíveis de cobranças individuais ou coletivas<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> No âmbito específico da assistência social, alguns autores trabalham apresentando perspectivas jurídicas no que se refere à defesa da assistência social como um direito. Entretanto, entre eles não estão presentes discussões específicas que envolvam a problematização em temas de teoria constitucional ou dogmática constitucional. Para abordagens sobre assistência social como um direito no ramo das ciências sociais, *cf.* ROJAS COUTO (2006), PEREIRA (1996), SCHONS (2003) e VIEIRA (2007).

<sup>102</sup> Entre os constitucionalistas brasileiros, o direito à assistência social é sempre um tema passageiro, sem maiores aprofundamentos. Quando o tema é abordado, geralmente é feito sem uma análise do contexto setorial da assistência social. Daí porque o tema garantia de participação social raramente ser um objeto de preocupação. Para uma abordagem genérica da assistência social do ponto de vista do Direito Constitucional ver SARLET (1998, pp. 283 e ss).

<sup>103</sup> Esse é o sentido da argumentação de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1995, p. 34-38).

<sup>104</sup> Uma posição radical nesse diapasão, com forte centralidade na implementação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, pode ser vista em KRELL (1999 e 2000).

Essas correntes interpretativas, na linha do raciocínio apresentado na introdução, de forma direta ou indireta, encontram respaldo em duas compreensões paradigmáticas tradicionais: a do direito formal (Estado Liberal) e a do direito material (Estado Social). Para ambas a participação social apresenta-se, no fim das contas, como elemento secundário. Do ponto de vista de um discurso de justificação filosófica, como se argumentou no capítulo anterior, um dos principais fatores creditados a essas visões, que colocam a participação social em um segundo plano, são suas concepções de justiça social que se embutem nos discursos práticos sobre o tema.

Ambos, formalismo e materialismo, compartilham o pressuposto principiológico de que uma sociedade justa é aquela que adota padrões distributivos<sup>105</sup>. A diferença entre essas visões, argumentando ainda de forma incipiente, está no objeto da distribuição. A perspectiva formal privilegia concepção de justiça social baseada na distribuição de direitos formais. Já a compreensão substancialista aponta no sentido de que a justiça social deve pressupor distribuição de bens materiais e não apenas de direitos formais.

A compreensão discurso-procedimental não pode ser associada ao formalismo. Mesmo assim, a estratégia de fundamentação relativa (ou secundária) dos direitos sociais, advinda dessa compreensão, pode parecer inicialmente incoerente em um trabalho que propõe a defesa do direito à assistência social como derivado de uma concepção de justiça social baseada no reconhecimento intersubjetivo da cidadania. Isso porque, em contexto social marcado por fortes desigualdades materiais como o Brasil, o caminho que se apresentaria mais pertinente seria o da justificação absoluta dos direitos sociais, como a assistência social<sup>106</sup>.

Para a corrente substancialista, a versão procedimental do Estado Democrático de Direito é vazia de conteúdo, sendo inadequada a um país periférico como o Brasil. Seria, portanto, questionável a transferência de teorias constitucionais, desenvolvidas em países “centrais” do chamado “Primeiro Mundo”, que teriam sido formuladas com base em

---

<sup>105</sup> Nesse sentido, Habermas ressalta que: “O paradigma do direito liberal e o do Estado Social comentem o mesmo erro, ou seja, entendem a constituição jurídica da liberdade como ‘distribuição’ e a equiparam ao modelo da repartição igual de bens adquiridos ou recebidos” (HABERMAS, 1997, v. II, p. 159).

<sup>106</sup> Esse é o raciocínio adotado pelos principais constitucionalistas brasileiros. Nesse sentido, Lênio Streck critica incisivamente a visão procedimentalista. Para ele o procedimentalismo levaria a uma compreensão equivocada da idéia de Constituição. Não perceberia que Constituição abrange valores materiais e mandamentos para realizá-los, cf STRECK (2003a, p. 173). Em outra oportunidade o autor também se pronuncia de forma direta sobre o tema. Vejamos: “De minha parte, penso que a tese da manutenção do dirigismo constitucional está indissociavelmente ligado às teses substancialistas (...). Para mim – e por isto sou um substancialista – as teses procedimentais afastam o caráter dirigente-compromissário da Constituição” (STRECK, 2003b, p. 80 - 81). Da mesma forma, Andréas Krell entende que uma concepção material de Constituição dá valor também aos efeitos políticos e culturais mediante inclusão de princípios programáticos que necessitam de uma concretização posterior (KRELL, 1999, p. 255).

realidades culturais, históricas e sócio-econômicas muito diferentes<sup>107</sup>. É nesse sentido que, por exemplo, Streck chega a formular a hipótese de uma “Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT)” em contraposição de uma Teoria “Geral” da Constituição<sup>108</sup>, cujo conteúdo seria inadequado à realidade brasileira.

Os direitos sociais seriam a expressão de outra forma de sociabilidade menos individualista<sup>109</sup>. Direitos que garantiriam uma igualdade material por meio da lei. Direitos positivos e não apenas de proteção negativa ou defesa<sup>110</sup>.

O Brasil não deveria abrir mão de um modelo de Estado ativo com função redistributivo-compensatória destinada a garantir aportes materiais mínimos para uma vida digna. O Estado Social seria um estágio necessário e ainda não vivenciado no Brasil. A Constituição Federal de 1988 seria o caminho propício para isso, já que o Estado teria passado não apenas a conceder, mas também a fornecer os meios necessários para garantir e efetivar os direitos sociais<sup>111</sup>. Por isso, seria necessário lê-la como uma Constituição Dirigente.

O cenário acima descrito, que busca, rapidamente, retratar uma parcela do debate brasileiro sobre os direitos sociais, parece inóspito a uma visão alternativa do direito à assistência social com base na compreensão procedimental da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia. No entanto, é necessário superarmos a falta de alternativas que permeia a análise do Direito Constitucional<sup>112</sup>.

Nesse contexto, ao contrário do que inicialmente possa parecer, acredita-se que a visão procedimental, adotada como referencial teórico deste trabalho, pode fornecer fortes argumentos para uma defesa radical do direito à assistência social no Brasil em um cenário pós-Estado Social. E isso se dá por três principais motivos interligados: i) o procedimentalismo da teoria do discurso não é vazio de conteúdo, como argumentado pelos substancialistas; ii) a garantia de autonomia pública e privada em um país eivado de desigualdades materiais como o Brasil exige a efetivação de direitos sociais, e, de forma

---

<sup>107</sup> KRELL, 1999, p. 246.

<sup>108</sup> STRECK, 2003b, p. 82.

<sup>109</sup> Nesse sentido, cf. CANOTILHO (2008).

<sup>110</sup> Na formulação original de Canotilho, talvez um dos teóricos que mais tenham influenciado a corrente substancialista brasileira, os direitos sociais seriam uma “verdadeira imposição constitucional, legitimadora de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para efetivação desses direitos” (CANOTILHO, 1994, p. 13)

<sup>111</sup> BONAVIDES, 2001, p. 595.

<sup>112</sup> Hoje, parece haver, como ressalta Roberto Mangabeira Unger, apenas uma idéia em nossa vida política: uma idéia que Mangabeira retrata com a denominação de a “Suécia Tropical”. Segundo essa idéia, todas as grandes alternativas ideológicas e políticas foram desacreditadas ao longo do século XX. Ou seja, nessa linha de raciocínio, teria sobrado apenas um modelo no mundo: a social-democracia. O Brasil, nesse cenário, deveria adaptar esse modelo a nossas circunstâncias e, sobretudo, humanizá-lo por meio de políticas sociais. Para o autor, esse é um equívoco que precisa ser superado. Nesse sentido, cf. UNGER (2008).

particular, um sistema forte de assistência social emancipatória, mesmo fora do modelo do Estado Social; iii) o Estado Social, também no Brasil, não pode ser simplesmente continuado, mas isso não implica o abandono de suas pretensões materializadoras.

## 2.1. Forma e substância no procedimentalismo discursivo

O procedimentalismo habermasiano freqüentemente é confundido com uma versão sofisticada do formalismo jurídico. Argumenta-se que a visão procedimental seria ausente de materialidade e que, por isso, relegaria os direitos sociais a conveniência política. No entanto, o procedimentalismo não é vazio de conteúdo. Ele possui um cerne dogmático, ainda que em sentido *sui generis*, qual seja, a idéia de autonomia<sup>113</sup>. Daí porque, em nossa interpretação, basear-se em uma concepção de justiça social pautada pelo reconhecimento intersubjetivo da cidadania que tem por pressuposto o fato de que os cidadãos devem se enxergar, ao mesmo tempo, como co-autores e destinatários das prescrições normativas.

De uma forma didática é possível dizer, com base em Michel Rosenfeld<sup>114</sup>, que o procedimento habermasiano não é um procedimento genuíno – completamente neutro –, mas um procedimento derivado, no sentido que possui a autonomia individual como um pressuposto de validade. Dessa forma, o procedimentalismo necessita estar ancorado em uma cultura política ou, ao menos, uma vontade de democracia. Contudo, isso não pressupõe a existência de uma sociedade virtuosa, de cidadãos idealizados acima da média, mas sim a aceitação racional da possibilidade de busca cooperativa da justiça. Sua racionalidade resulta do tratamento igual para com todos os cidadãos. Caso contrário, a própria conveniência de uma sociedade democrática se desmancharia. O pressuposto da autonomia faz com que a construção dos conteúdos jurídicos não prescindam do processo democrático.

A formalidade da compreensão procedimental aqui adotada, todavia, pode ser vista apenas no sentido de que ela não antecipa uma determinada concepção de bem-estar ou ideal político. O conteúdo jurídico do sistema de direitos, assumido o pressuposto de uma dúplici autonomia pública e privada, define-se e redefine-se ao longo do processo histórico. Caso contrário, se essas decisões já estão previamente tomadas, não haveria porque falar em democracia. Forma e conteúdo estão, por assim dizer, imbricadas. Daí porque rechaçamos as

---

<sup>113</sup> HABERMAS, 1997, v.II, p. 190.

<sup>114</sup> ROSENFELD, 1998.

concepções distributivistas de justiça social, que antecipam a visão de uma sociedade justa. O conteúdo material do direito, portanto, depende da situação concreta. Não pode ser pré-definido.

## 2.2. Direitos sociais e Estado Social: uma relação necessária?

A concepção de direitos sociais surgiu em um cenário em que o mercado e a sociedade econômica não mais constituíam espaços isentos de poder, como supunha o modelo jurídico do Estado Liberal. A crise do Estado Liberal se deu no seguinte sentido: “se a liberdade do ‘poder ter e poder adquirir’ deve garantir justiça social, então é preciso haver uma igualdade do ‘poder juridicamente’”<sup>115</sup>. A idéia formal de liberdade – liberdade de contratar e de adquirir propriedades, por exemplo – foi insuficiente para responder à crescente desigualdade social, marcada por forte componente exploratório das camadas excluídas.

A falência normativa do modelo de Estado Liberal, que também se apresentava como uma crise de legitimação do próprio modelo capitalista, exigia resposta. Com efeito, ante as pressões por mudanças estruturais no modelo social, duas alternativas principais estavam em debate: a reforma ou a revolução<sup>116</sup>. Na maioria dos países ocidentais prevaleceu a alternativa reformista<sup>117</sup>. Nesse sentido, o modelo de Estado Social surgiu da crítica reformista ao direito formal burguês<sup>118</sup>, como tentativa de atenuar a crise de legitimação do capitalismo tardio<sup>119</sup>. No entanto, é equivocado pensar que essa alternativa reformista trouxe consigo mudanças nas

<sup>115</sup> HABERMAS, 2002a, p. 294. Nesse sentido, Cristiano Paixão destaca as principais razões da crise do Estado Liberal no seguinte sentido: “São bastante conhecidos os fatores de passagem que marcam a ruptura do paradigma liberal: a eclosão de movimentos revolucionários na Europa (a partir, principalmente, de 1848), o surgimento e crescimento de doutrinas de feição socialista ou anarquista (que tinham como ponto comum a forte rejeição ao Estado Liberal então vigente) e a organização de setores da sociedade em novos grupos de pressão (sujeitos coletivos de direito, como associações ou sindicatos profissionais)” (PAIXÃO, 2003a, p. 117. ).

<sup>116</sup> Nesse sentido, é interessante a descrição de Boaventura de Sousa SANTOS (2000, p. 145-153)

<sup>117</sup> Roberto Mangabeira Unger realiza forte crítica ao modelo reformista representado pela social-democracia: “A idéia de revolução se tornou hoje um pretexto para seu oposto. Já que a mudança real seria uma mudança revolucionária, e a mudança revolucionária não está mais disponível, e seria muito perigosa se fosse possível, somos levados a humanizar o inevitável. Tal é o projeto de um reformismo pessimista conformado em suavizar, especialmente por meio da redistribuição compensatória por recursos fiscais, algo sem esperanças de desafio e de mudança. Tal é o projeto do ajuste gradual, em vez da “terapia de choque”, de um pouco de proteção social auxiliada pelo enfraquecimento inevitável dos direitos dos trabalhadores, de uma versão mais suave do projeto político do outro lado”(UNGER, 1999, p. 23-24). Tal posição de Mangabeira Unger reflete em uma incisiva crítica às concepções dominantes de direitos sociais que, sob o pretexto de garantir mínimos sociais acaba por não imaginar alternativas institucionais para um modelo realmente democrático de sociedade.

<sup>118</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 138.

<sup>119</sup> PAIXÃO, 2003b, p. 83.



bases econômicas e sociais. Como ressalta Habermas, os dois paradigmas do direito foram igualmente comprometidos com uma imagem produtivista de uma sociedade econômica capitalista, industrial e individualista<sup>120</sup>. A autonomia privada foi a base dos dois paradigmas<sup>121</sup>.

A diferença entre os dois estava, contudo, na possibilidade de se garantir diretamente a autonomia privada mediante direitos negativos de liberdade ou na necessidade de algo mais: a garantia da autonomia privada pela concessão de benefícios sociais.

Num contexto social tão modificado, os direitos clássicos de liberdade negativa não podiam ser garantidos apenas através de um direito formalizado. O princípio da liberdade jurídica, dadas as condições sociais modificadas no modelo do Estado Social, só poderia ser implantado por meio da materialização de direitos existentes<sup>122</sup> ou da criação de outros novos. Um direito materializado cujos objetivos eram: i) propiciar uma distribuição mais justa da riqueza produzida socialmente e ii) a criação de uma rede de proteção mais eficaz contra os perigos gerados pela própria sociedade<sup>123</sup>.

Na tentativa de concretizar essa visão, no Estado Social, além dos clássicos direitos liberais, passaram a integrar o rol das Constituições escritas direitos voltados à efetivação de políticas sociais, que deveriam ser realizadas por meio de uma efetiva atuação estatal em áreas como educação, saúde, trabalho, previdência e assistência social.

A idéia central do Estado Social, portanto, é a de redistribuição compensatória, que tem como destinatários uma grande camada de indivíduos à margem da concentração de riqueza e poder em alguns setores da sociedade<sup>124</sup>. O Estado Social deveria ter uma postura

---

<sup>120</sup> Para alguns autores marxistas, esse é o problema da lógica das políticas sociais. Para argumentação nesse viés, ver BEHRING (2002).

<sup>121</sup> Ver HABERMAS (2002a, p. 294). Entretanto, a própria idéia de paradigma importa na mudança de uma visão de mundo. A passagem para o Estado Social revelou isso no que se refere à compreensão dos participantes sobre o sistema de direitos. A passagem seguinte, de autoria de Menelick de Carvalho Netto, é ilustrativa disso: “É o constitucionalismo social, que redefine os direitos fundamentais “liberdade e igualdade”, materializando-os, e ao fazê-lo, amplia a tábua de direitos. Assim é que, na verdade, não temos uma mera edição de um segunda geração de Direitos, que seriam sociais, coletivos, mas temos uma mudança de paradigma que redefine o conceito de liberdade e igualdade. É óbvio que não se pode mais entender a liberdade como ausência de leis e igualdade como a igualdade meramente formal. A idéia de liberdade agora se assenta numa igualdade tendencialmente material, através do reconhecimento na lei das diferenças materiais entre as pessoas e sempre a proteção do lado mais fraco das várias relações. É precisamente com essa mudança básica que os Direitos sociais coletivos se importam; é com ela que vamos ter a idéia de liberdade como a exigência de leis que reconheçam materialmente as diferenças”(CARVALHO NETTO, 2001, p. 16)

<sup>122</sup> A idéia de materialização do direito pode ser vista a partir de um movimento de materialização do direito privado. Exemplos interessantes dessa mudança de concepção podem ser vistos no desenvolvimento de princípios como a “função social da propriedade” e a “função social do contrato”, que implicam em alteração de visão em institutos liberais clássicos como o direito de propriedade e a liberdade contratual.

<sup>123</sup> HABERMAS, 1997, v. II, pp. 139 e 140.

<sup>124</sup> PAIXÃO, 2003a.

ativa na concretização de direitos sociais. Tais compensações estatais visariam criar a igualdade de chances, as quais permitiriam fazer uso simétrico das competências de ação asseguradas. Por isso, a compensação das perdas em situações de vida concretamente desiguais, e de posições de poder, serviria à realização da igualdade de direito<sup>125</sup>.

Nesse contexto, em nome de uma igualdade jurídica materializada, limitam-se as liberdades clássicas, como a liberdade de contratação, por exemplo. Isso, contudo, não se deve apenas à interferência de outros princípios jurídicos, tais como a responsabilidade social e a função social do contrato e da propriedade; muito menos a um neoconstitucionalismo social, como asseveram alguns autores<sup>126</sup>. A limitação das liberdades clássicas é apenas a expressão da outra face, encoberta pelo modelo liberal, de garantia da autonomia privada, pois o direito universal à liberdade implica o direito universal à igualdade.

Essa leitura, propiciada pela teoria do discurso, observa os direitos sociais de forma não-dogmática, uma vez que os contextualiza histórico-sociologicamente. Entendemos por compreensões dogmáticas dos direitos sociais a interpretação que lhes confere caráter autônomo, sem investigar a funcionalidade desses direitos em uma sociedade democrática<sup>127</sup>. As concepções dogmáticas enxergam os direitos sociais como fins em si mesmos, como direitos que se equivalem aos direitos liberais quanto ao seu status jurídico. Com isso, entendem que os direitos sociais devem ser aplicados de forma imediata, ou seja, possuem eficácia plena. Essa visão, no entanto, não consegue transcender o paradigma do Estado Social.

Por outro lado, existe vertente apoiada em outra forma de justificação relativa dos direitos sociais, que tem ganhado relevo nos debates jurídicos nacionais. Trata-se da compreensão que concebe os direitos sociais como decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana. Essa concepção, ainda que não possa ser chamada de dogmática no sentido acima apresentado, mantém forte lastro na idéia de um Estado Social. Todavia, apesar dessa similaridade com a visão dogmática acima apresentada, difere-se dela.

---

<sup>125</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p.155.

<sup>126</sup> Sobre a compreensão da existência de um neoconstitucionalismo cf BARROSO (2005). Barroso assevera que a partir da segunda metade do século XX se desenvolveu na Europa, a partir do pensamento pós-positivista, um novo direito constitucional – o qual denomina de neoconstitucionalismo. No Brasil, segundo o autor, esse movimento apenas teria se concretizado após a Constituição de 1988. Entre os principais elementos desse neoconstitucionalismo estaria o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

<sup>127</sup> CANOTILHO (2008) também sustenta uma visão autônoma de direitos sociais. No entanto, apesar de discordarmos de sua fundamentação, não podemos dizer que se trata de uma compreensão dogmática. Canotilho entende que os direitos sociais referem-se a uma “dimensão estruturante da socialidade”. A centralidade dessa concepção, que denomina antropológica complexa, está no indivíduo como pessoa, como cidadão e como trabalhador. A diferença de sua posição para a de Habermas está no fato de afirmar importância diferenciada do trabalho para o constitucionalismo.

Em nossa visão, interpretar direitos sociais como expressão da dignidade da pessoa humana pode ser desastroso para a defesa da implementação desses direitos, sobretudo o direito a assistência social. A filtragem dos direitos sociais pelo princípio completamente abstrato da dignidade da pessoa humana acaba reduzindo a implementação desses direitos a um mínimo de dignidade, um mínimo existencial referente a condições minimamente aceitáveis de fruição material. O grande problema é que a definição sobre quais seriam esses mínimos existenciais não passa, necessariamente, para os autores que defendem essa visão, por um controle democrático, sendo, em última análise, defendida a definição desses critérios pelo Judiciário, em caso da não existência de programas políticos.

Essa interpretação é problemática porque, no fim das contas, em nome da defesa de um “valor” fundamental da sociedade (dignidade da pessoa humana), acaba transferindo a definição do significado concreto dos direitos sociais de uma Administração Pública burocratizada para um Judiciário burocratizado. Os riscos reais do paternalismo sócio-estatal e da ineficiência concreta dos direitos permanecem os mesmos<sup>128</sup>.

Observadas as duas correntes, lançamos dois desafios a serem desdobrados neste trabalho: i) é possível conciliar a implementação de direitos sociais com o forte exercício de uma democracia deliberativa em que os destinatários participem do processo de construção das formulações políticas e ii): é possível a defesa dos direitos sociais, especialmente à assistência social, mesmo em um cenário pós -crise do Estado Social.

Os direitos sociais para este trabalho, conforme citado no tópico anterior, são “direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”<sup>129</sup> [ou seja, como citado acima, direitos referentes à garantia do livre exercício da autonomia pública e privada dos indivíduos]. Essa frase “na medida em que for necessário” interpretada concretamente na realidade brasileira, eivada de

---

<sup>128</sup> Krell não acredita nessa tese. Para ele, “uma garantia mais efetiva da prestação dos serviços básicos e da assistência social no Brasil também não levaria a uma situação de “tutela” ou criação de dependência do cidadão em relação às prestações sociais do Estado, um perigo que pode existir somente em países de índices elevados de desenvolvimento. No entanto, essa visão mais moderna ainda não representa a linha dominante na doutrina e jurisprudência do Brasil. São justamente os tribunais superiores que mostraram fortes objeções ressalvas contra a sua própria legitimidade a formular ordens concretas contra governos referentes à prestação adequada dos serviços sociais” (KRELL, 1999, p. 248). O autor, no entanto, não justifica sua afirmação com base em argumento convincente. A assertiva feita exigiria uma resposta sociológica e não apenas a informação de que “essa visão mais moderna ainda não representa a linha dominante na doutrina e jurisprudência do Brasil”. O argumento circular não enfrenta a questão central: o risco do paternalismo, sobretudo nas políticas de assistência social, existe tanto no Brasil quanto em outros países. E, talvez, esse risco entre nós seja ainda maior. Isso porque paternalismo pode ser muito mais desastroso onde o governante clientelista vincula eleitoralmente uma massa de excluídos.

<sup>129</sup> HABERMAS, 1997, v. I, 160.

desigualdades sociais de índole materiais, sugere, ao contrário do que asseverado por opositores do procedimentalismo discursivo, uma defesa incisiva dos direitos sociais em nome da garantia do exercício efetivo da dúplici faceta da autonomia individual, a pública e a privada. A assistência social emancipatória seria a versão mais radical dessa defesa. Isso porque a assistência social tem como foco justamente as pessoas cuja pretensão de uma vida autônoma está mais distante de se realizar. Daí porque radicalizá-la democraticamente pode ser uma cunha poderosa de radicalização de um espectro maior de políticas públicas sociais.

Para isso, no entanto, é necessário que não abandonemos o cerne do Estado Social, referente à materialização da igualdade a partir de instrumentos para o efetivo exercício da liberdade. Isso porque o direito de cada um, de fazer e de não fazer o que bem entender, no âmbito da lei, só pode ser plenamente exercido se lhe for garantido tratamento igual no sentido de uma igualdade do conteúdo jurídico.

Contudo, na medida em que o Estado Social não dá a devida importância para autonomia pública, necessariamente complementar à privada, os cidadãos ficam reféns dos efeitos do paternalismo. É necessário, portanto, reformular esse paradigma, reinterpretando os direitos sociais, sob a ótica democrática. Daí o sentido de um Estado Democrático de Direito, que vem em resposta a uma crise de legitimação do Estado Social.

### **2.3. A crise de legitimação do Estado Social: Uma reconstrução reflexiva**

O modelo de Estado Social chegou a seu ápice no início da década de 70, inclusive no Brasil em que o crescimento econômico representou esperança às classes mais abastadas. Poucos anos depois, em meados daquela década, o mundo capitalista mergulhou em uma crise econômica, marcada pela inflação e pela recessão. Tal crise não foi um fenômeno isolado e foi motivada, entre outros fatores, pela crise do petróleo. Essa crise fez ressaltar a consciência do crescimento do endividamento do setor público. Os Estados, em vários países do Ocidente, provedores de vários programas sociais viram-se diante de uma grande crise fiscal, que acabou se alastrando e resultando na assim chamada crise do Estado Social.

A crise do Estado Social, contudo, não foi uma crise exclusivamente econômica. As mudanças dos rumos da economia foram apenas partes de um conjunto de mudanças sociais

que de forma não-causalista anunciavam que o modelo estava sofrendo uma crise de legitimação<sup>130</sup>.

A idéia de legitimação está intimamente ligada, ainda que não de forma exclusiva, a crença da legitimidade do poder. Essa é a premissa weberiana retomada por Habermas. Outras formas além da crença de legitimidade também produzem legitimação – como o medo da sanção, por exemplo –, mas é a crença na legitimidade a base fundamental. A crise de legitimação ocorre quando essa crença é abalada.

O Estado de Direito, entendido como um gênero do qual faz parte o Estado Social, mantém sua legitimação a partir de um ordenamento jurídico. No entanto, o ordenamento jurídico nem sempre consegue acompanhar a evolução das relações sociais e econômicas. Daí surge o indício de uma crise de legitimação<sup>131</sup>. Isso porque “o crescente nível de demanda é proporcional à crescente necessidade de legitimação”.<sup>132</sup>

O Estado Social, no afã de tornar a liberdade e a igualdade formal em liberdade e igualdade de fato, trouxe uma variável extensa de ações políticas. O Estado, por conseguinte, teve um grande crescimento dos seus órgãos e competências. A Administração Pública teve que assumir funções técnicas com o intuito de racionalizar a compensação e a proteção material a uma gama de excluídos. Nesse contexto, o próprio papel de leis gerais e abstratas ficou reduzido. A burocracia estatal ganhou cada vez mais liberdade de atuação (a chamada discricionariedade administrativa). Era dela a competência para regulamentar e implementar programas políticos realizadores de direitos sociais.

Entretanto, como novas demandas por inclusão material continuaram a surgir, exigiu-se do Estado um papel regulador e materializador cada vez mais intenso. O aparato estatal se hipertrofiou, confundindo-se Estado com a idéia de público. O papel do Poder Legislativo se reduziu. Ou seja, “o público esgota-se no Estado, um aparato administrativo-técnico dotado de inúmeras atribuições e com extensas ramificações em vários setores da sociedade”<sup>133</sup>. Como ressalta Niklas Luhmann, o sistema político-administrativo, colocou-se

---

<sup>130</sup> A crise de legitimação logo cedo foi percebida nos debates acadêmicos. Jürgen Habermas, em 1973, por exemplo, lançou livro que, com base em sua ainda incipiente teoria da sociedade e retomando a idéia de legitimidade de Max Weber, procurava interpretar os fundamentos da “crise de legitimação no capitalismo tardio”. Outro relevante autor a se preocupar com o tema no período foi Niklas LUHMANN (1994). Esse autor, com sua teoria dos sistemas sociais, também realiza análise da crise de legitimação, que para ele pode ser descrita como uma crise de funcionalidade do sistema da política.

<sup>131</sup> O próprio Estado Social, nessa interpretação, pode ser visto como resposta a uma crise de legitimação. Ele representou a mais difundida tentativa de atenuar os déficits de legitimação do capitalismo tardio. O Estado Social não modificou como descrito páginas acima as estruturas de produção do Estado Liberal. A tentativa do Estado Social foi a de humanizar o mercado, mas não de transformá-lo.

<sup>132</sup> HABERMAS, 2002b, p. 96.

<sup>133</sup> PAIXÃO, 2003<sup>a</sup>, p. 108.

na posição de centro de uma sociedade cada vez mais complexa<sup>134</sup>. Direito e política, sistemas historicamente diferenciados, de certa forma se confundiam. E, com isso, a regulamentação procurava se espalhar e vincular vários setores da sociedade.

Isso ocasionou, na visão de Habermas, uma crise de racionalidade, na medida em que o “planejamento administrativo crescentemente afeta o sistema cultural”<sup>135</sup>. Dessa forma, a normatização burocrática chocou-se com a liberdade de indivíduos e grupos, com a prevalência da primeira no cenário político. Como o Estado se confundiu com o espaço público, a idéia de cidadania acabou por ser reduzida a uma delegação estatal. O risco, que acabou se confirmando, foi o potencial de privatização do espaço público pelo Estado – ou seja, que o aparelho burocrático estatal estabelecesse prioridades não condizentes com o interesse da coletividade. Como, em um contexto de escassez de recursos, cabia à burocracia estatal a definição das prioridades políticas em uma sociedade em que as demandas eram crescentes, toda inclusão gerava também exclusão<sup>136</sup>. Algo incompatível e que colocava em xeque um modelo que pressupunha de forma universal a inclusão material.

Portanto, o problema de legitimação do Estado Social não foi apenas um problema econômico. Da mesma forma, não se restringiu a um problema de eficiência das políticas estatais. A crise de legitimação resultou também de uma crise na legitimidade democrática da formulação do direito, independentemente do grau de eficiência das regulamentações concretas. Dessa forma, como assevera Habermas, “a partir do momento em que as medidas se tornam contingentes, manifesta-se o desenraizamento do direito regulativo, o qual se afasta cada vez mais do terreno da normatização legítima”<sup>137</sup>.

Tratou-se, pois, de uma crise no próprio funcionamento do aparato estatal e sua relação com a sociedade civil, que passa a enxergar que o espaço público não é restrito ao Estado<sup>138</sup>. A crise, portanto, também foi uma crise de cidadania. Isso porque se percebeu que a inclusão não se faz por si só nem pode depender exclusivamente de uma burocracia que

---

<sup>134</sup> LUHMANN, 1994.

<sup>135</sup> HABERMAS, 2002b, p. 95.

<sup>136</sup> HABERMAS, 2003b, p. 5.

<sup>137</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 172.

<sup>138</sup> Menelick de Carvalho Netto retrata essa crítica passagem: “é no início da década de 1970 que a crise do paradigma do Estado Social se manifesta em toda sua dimensão. A própria crise econômica, no bojo da qual ainda nos encontramos, coloca em xeque a racionalidade objetivista dos tecnocratas e do planejamento econômico, bem como a oposição antitética entre a técnica e a política. O Estado interventor se transforma em uma empresa acima de outras empresas. As sociedades hipercomplexas da era da informação ou pós-industrial comportam relações extremamente intrincadas e fluidas. Tem aqui o advento dos direitos de terceira geração, os chamados interesses ou direitos difusos, que compreendem os direitos ambientais, do consumidor e da criança, dentre outros. São direitos cujos titulares, na hipótese de dano, não podem ser clara e nitidamente determinados. O Estado, quando não diretamente responsável pelo dano verificado, foi, no mínimo, negligente no seu dever de fiscalização ou de atuação, criando uma situação difusa de risco para a sociedade” (CARVALHO NETTO, 1998, p. 243).

muitas vezes privatiza o Estado; é imprescindível uma cidadania participativa. Esse é o aprendizado, em várias partes do mundo, de grupos excluídos cuja forma de exclusão muitas vezes passava invisível à Administração Pública. Mulheres, negros, homossexuais e outras minorias políticas reivindicam direitos diferenciados que, na maioria das vezes, não faziam parte do catálogo das promessas universalizantes do Estado Social.

Com efeito, na medida em que igualdade e liberdade referem-se, no Estado Social, a uma igualdade de condições fáticas para o exercício da liberdade, a compensação de situações concretas, excluídas outras tantas, cria certas tutelas. Transforma os direitos sociais, que seriam instrumentos de garantia de uma liberdade fática, em instrumentos clientelistas vinculados, de forma não incomum, com corporativismos eleitorais. A autonomia privada, que deveria ser o foco da proteção, é corrompida.

O indivíduo comum, que via sua autonomia privada protegida apenas formalmente no Estado Liberal – e, portanto, refém dos imperativos do mercado –, vê-se, no Estado Social, de frente aos “projetos paternalistas de uma vontade política superior, que domina essas contingências sociais através da regulação e da organização social”<sup>139</sup>.

Os direitos sociais revelam uma faceta ambivalente. Se por um lado sua função é a de propiciar liberdade; por outro, sua regulamentação concreta pode retirar a liberdade individual. Esse paradoxo, contudo, tornou-se compreensível quando se observou a existência de uma tensão entre liberdade formal e de fato, que é resultado da própria dinâmica do direito.

Daí decorre que as escolhas políticas, doravante, deveriam levar em conta os anseios de todos os envolvidos, sob o risco de uma exclusão ilegitimamente desmotivada. O cidadão não poderia mais ser visto como cliente passivo de uma superempresa estatal. Seria necessária a reformulação do projeto de Estado Social.

A perspectiva aqui defendida de reformulação do Estado Social, entretanto, como antecipado no início desse tópico, encontra forte resistência entre os teóricos substancialistas do direito constitucional brasileiro. Vale citar diretamente trecho em que Andréas Krell, no qual é acompanhado por outros autores, assevera a necessidade de o Brasil fortalecer-se como um Estado Social:

As condições culturais, políticas e sócio-econômicas vigentes no Brasil no final do século XX não exigem uma exaltação de teorias liberalistas e internacionalistas, mas um desenvolvimento firme e contínuo em direção ao Estado Social, preconizado pela Carta de 1988, com todas as suas conseqüências. Nesse processo, o Poder Público tem necessariamente um

---

<sup>139</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 144.

outro papel do que na Europa unificada, onde o nível de organização e atuação da sociedade civil é incomparavelmente mais alto<sup>140</sup>.

O argumento do autor acima citado pauta-se em dois elementos: i) o Brasil, em razão de suas condições culturais, políticas e sócio-econômicas, necessita efetivar-se enquanto Estado Social e ii) o nível de organização e atuação de nossa sociedade civil é muito inferior à dos países europeus. Temos objeções a ambos os elementos argumentativos.

(i) É necessário estar claro o sentido de Estado Social de forma a se falar que o Brasil não o vivenciou e/ou que precisa vivenciá-lo. Em nossa argumentação, três elementos principais foram caracterizados para apresentar uma crise de legitimação do Estado Social: a) crise de recursos financeiros; b) a privatização do público pela burocracia estatal; e c) uma crise ocasionada por um déficit de cidadania.

(a) É historicamente pouco questionável o fato de que o Brasil sempre foi um país pobre, apesar de seu grande potencial. No período demarcado como início da crise do Estado Social, década de 70, o Brasil vivenciou uma forte crise econômica, logo após um período de grande crescimento<sup>141</sup>. Assim, se o critério para efetivação de um Estado Social é apenas a pujança financeira, talvez seja possível afirmar que o Brasil nunca possuiu um verdadeiro Estado Social. Por essa linha argumentativa, é também possível considerar que, por enquanto, ainda não o viveremos plenamente, já que por melhor que seja a situação econômica atual, ainda estamos muito longe de termos condições suficientes para implementar um amplo espectro de políticas públicas sociais em um nível de universalização. Por isso, a contingência de efetivação prática permanece, já que não é mais possível acreditar, como era feito durante o regime militar brasileiro, que é necessário deixar o bolo crescer para, depois, reparti-lo.

(b) Um sistema de direitos sociais, cuja finalidade seja a de materializar a liberdade e a igualdade, já existe no Brasil desde a Constituição de 1934<sup>142</sup>. A idéia de um Estado Social esteve presente nessa Constituição e nas subsequentes. Ou seja, o prolatado “desenvolvimento firme e contínuo em direção ao Estado Social” já foi traçado normativamente há mais de 70

---

<sup>140</sup> KRELL, 1999, p. 249.

<sup>141</sup> Na década de 80 essa crise se evidenciou com uma alta inflação e uma seqüência mal-sucedida de planos monetários, sendo essa década, inclusive, consideradas por muitos como a “década perdida” do ponto de vista econômico.

<sup>142</sup> Nesse sentido, destacam Bonavides e Amaral: “A Constituição de 1934 não assinalava apenas cronologicamente o advento de uma nova República senão que fundava ao menos em bases programáticas um Estado Social, ilustrativo, sem dúvida, da primeira versão nacional desse tipo, cuja consolidação era possível acompanhar no constitucionalismo ocidental da Segunda Guerra Mundial e por toda a segunda metade desse século.

A Constituição de 1934 legislou uma forma de Estado Social que veio a incorporar em nosso sistema os direitos da segunda geração, aqueles direitos relativos a matérias de ordem econômica e social, ou referentes a família, educação e cultura, objeto de títulos e capítulos do novo texto, inteiramente desconhecidos à Carta Liberal de 1891.” (BONAVIDES; AMARAL, 2002, v. IV, pp. 127e 128.)



anos<sup>143</sup>. Se, por um lado, a distribuição material não foi tão bem sucedida, por outro, mais um efeito característico da crise do Estado Social pôde ser claramente verificado no Brasil: a privatização do público pela burocracia estatal. Dois exemplos claros disso podem ser observados no corporativismo da era Vargas<sup>144</sup> e na política nacionalista da ditadura militar. Ambos os períodos foram marcados pela existência de grupos que defendiam interesses próprios como interesses nacionais (públicos).

(c) O déficit de cidadania, inclusive formal, no Brasil, sobretudo antes da Constituição de 1988, é inquestionável. A tônica de nosso último processo constituinte foi, nesse sentido, a de ampliar e fortalecer mecanismos de efetivação da cidadania a partir de direitos e de participação popular. No âmbito dos direitos sociais, o grande elemento diferenciador no texto constitucional de 1988, em nossa visão, não foi a possibilidade de se falar em eficácia plena e eficácia imediata com possíveis recursos mais enérgicos ao Poder Judiciário, mas os mecanismos de controle social e democrático, presentes em um amplo rol de políticas sociais como a assistência social. A crise de cidadania perpassa transversalmente os dois elementos anteriores: a crise econômica e a privatização do público.

As novas demandas inclusivas, oriundas de vários fatores e lutas políticas, fizeram com que o caráter autoritário e centralizador do Estado também fosse questionado entre nós<sup>145</sup>. Isso ocorreu, como ressalta Habermas, porque “com o crescimento e a mudança

---

<sup>143</sup> O processo de transição de um modelo formalista de Estado de Direito para um Estado Social materializador não foi, do ponto de vista normativo, exclusivo dos países de economias centrais. As Constituições brasileiras também incorporaram os novos requisitos de justiça social que justificavam um rol de direitos sociais antes inexistentes. Entretanto, ainda que reconhecemos o fato de que o Brasil vivenciou normativamente o modelo de Estado Social, quando invocamos o termo justiça social no contexto de nossa história constitucional para discutir os mecanismos institucionais de superação da pobreza e da exclusão social, é importante que o façamos com muita cautela. Desde a Constituição de 1934, com exceção da Constituição de 1937, os textos constitucionais brasileiros trouxeram a idéia de justiça, ou ainda, a partir de 1946, de justiça social, como um princípio norteador da ordem econômica e social<sup>143</sup>. Todavia, a justiça social constitucionalizada não foi suficiente para se enxergar o problema da pobreza, gerando um grande contraste aparente entre texto e realidade. A pobreza no Brasil, até recentemente, sempre possuiu uma feição naturalizada (SPRANDEL, 2004, p. 12), o que impossibilitou a institucionalização de estratégias aptas a enfrentá-la como a assistência social. Ao longo da história brasileira, ao invés do caráter de política social que hoje lhe é textualmente conferido, a assistência social foi sistematicamente associada a práticas filantrópicas e beneficentes, ou seja, de favores assistenciais (assistencialismo) dissociados de uma política estatal garantidora de direitos. Assim, mesmo com um desenho normativo de um Estado Social, no âmbito da assistência social brasileira o privado possuiu (e de certa forma ainda possui) maior representatividade que o público.

<sup>144</sup> Um exemplo radical do corporativismo do período é o artigo 23 da Constituição de 1934 que previa a eleição, ao lado de representantes do povo de forma geral, de representantes das organizações profissionais, que eram regulamentadas e fiscalizadas pelo Poder Executivo, para o Poder Legislativo.

<sup>145</sup> Cristiano Paixão descreve adequadamente esse processo de crise do Estado interventor: “É com a crise do Estado Social que se viabiliza a construção – ainda em pleno andamento – de um novo paradigma: o Estado Democrático de Direito. Ele decorre da constatação da crise do Estado Social e da emergência – a partir da complexidade das relações sociais – de novas manifestações de direitos. Desde manifestações ligadas à tutela do meio ambiente, até reivindicações de setores antes ausentes do processo de debate interno (minorias raciais, grupos ligados por vínculos de gênero ou orientação sexual), passando ainda pela crescente preocupação com lesões a direitos cuja titularidade é de difícil determinação (os chamados interesses difusos), setores das

qualitativa das tarefas do Estado, modifica-se a necessidade de legitimação”<sup>146</sup>. Daí se falar em crise do modelo de Estado Social.

Essa mudança de necessidade de legitimação, que fala Habermas, passa por um processo de redefinição do papel do direito. Dessa forma, apenas a promessa econômica de materialização dos direitos por intermédio do Estado, que no Brasil se confundiu historicamente com um Estado autoritário-repressor, não é suficiente para garantir a legitimidade das ações estatais. É necessária a participação cada vez maior dos próprios interessados na definição de políticas públicas, cuja plêiade de escolhas contingentes exige uma fundamentação pública. É necessário um Estado forte, mas radicalmente democrático. Isso porque a imposição de uma racionalidade tecno-burocrata é insuficiente para garantir o exercício da cidadania. Por conseguinte, os direitos de primeira e segunda geração não são abandonados nesse cenário. Eles ganham um novo significado, pois a inclusão não se faz por si só. É imprescindível uma cidadania participativa para que o direito e a política, enquanto sistemas sociais de uma sociedade complexa, tenham um funcionamento legítimo. Com efeito, é necessário o reconhecimento de que a cidadania não necessita da distribuição materializadora de direitos para se validar; pelo contrário, o processo de materialização do direito é que exige o reconhecimento da cidadania entre todos<sup>147</sup>.

(ii) Os argumentos (a), (b) e (c) desenvolvidos em (i) ainda são ainda insuficientes para os propósitos deste trabalho. O outro argumento da citação acima assevera que as condições culturais, políticas e sócio-econômicas do Brasil exigem outro papel do Poder Público em relação à Europa unificada, onde o nível de organização e atuação da sociedade civil seria incomparavelmente mais alto.

No entanto, tal argumento não faz jus à complexidade da sociedade brasileira. Apesar das dificuldades econômicas e, principalmente do grave problema da pobreza, o Brasil possui uma sociedade tão complexa quanto às outras<sup>148</sup>. Discussões sobre ações afirmativas

---

sociedades ocidentais, a partir do pós-guerra e especialmente da década de 1960, passam a questionar o papel e a racionalidade do Estado-interventor” (PAIXÃO, 2003a, p. 111).

<sup>146</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 171.

<sup>147</sup> Nesse sentido, a seguinte passagem de Menelick de Carvalho Netto é instigante: “Se a todos devem ser asseguradas oportunidades mínimas para alcançarem as condições materiais necessárias ao pleno exercício dos seus direitos constitucionais fundamentais de liberdade e de igualdade, precisamente em razão de já serem cidadãos, é que o exercício da cidadania não pode continuar a ser condicionado á efetividade dessas prestações públicas materializadoras. Pelo contrário, já são cidadãos desde o início, livres e iguais, respondendo por suas opções e com elas aprendendo. E essa cidadania necessariamente envolve a permanente reconstrução do que se entende por direitos fundamentais consoante uma dimensão de temporalidade que abarque as vivência e exigências constitucionais das gerações passadas, das presentes e das futuras” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 13).

<sup>148</sup> Em sentido contrário, ainda que partindo de pressupostos sistêmicos da teoria luhmanniana, Marcelo Neves entende que países de modernidade periférica não possuem sistemas sociais diferenciados na mesma medida que

para negros e outras etnias, direitos dos homossexuais<sup>149</sup>, direito ao aborto, entre outros temas oriundos de sociedades plurais, são problemas constitucionais presentes tanto no Brasil, como em outros países que se propõem a serem democráticos. Pode existir um problema de grau, sobretudo do ponto de vista econômico, mas isso não se traduz em inferioridade brasileira em nível de organização social que justifique um modelo estatal peculiar – pelo menos não por esse motivo. Ainda mais se esse modelo já se demonstrou historicamente mal-sucedido em outros países, sobretudo os da Europa Ocidental, como Alemanha e França, por exemplo.

Ao enxergarmos que um dos elementos centrais da crise do Estado Social foi o *déficit* de cidadania, não adianta reivindicarmos distribuição econômica sem democracia. Mesmo se considerarmos, a título de argumentação, que o Brasil não passou pela experiência de um Estado Social, não adianta trilharmos um caminho que já antevemos como mal-sucedido como se esse fosse um passo natural para a transformação. O Brasil necessita de mais democracia participativa, o que é incompatível com um modelo como o Estado Social, que tende sistemicamente ao paternalismo. Não é necessário vivenciarmos determinadas experiências para atingirmos um padrão de desenvolvimento. Desenvolvimento econômico-social não é uma linha histórica determinista. É possível darmos um salto nos aproveitando das experiências de outros países. Nós podemos aprender também com experiências e fracassos dos outros<sup>150</sup>.

É importante reconhecer, pelo aprendizado social, que o modelo de Estado Social não mais se sustenta, mas que não deve ser completamente abandonado. Reiteramos que nossos argumentos não se traduzem no abandono dos direitos sociais. Pelo contrário, pretendemos defendê-los de forma incisiva, porém, sobre os pressupostos de um novo paradigma jurídico: o paradigma do Estado Democrático de Direito, sobre o qual fazemos uma leitura procedimental. E dessa leitura, a partir da teoria do discurso, extraímos três premissas:

- a) o caminho de volta, propalado pelo neoliberalismo através do mote “retorno da sociedade burguesa e de seu direito”, está obstruído; b) o apelo que nos incita a “redescobrir o indivíduo” é provocado por um tipo de

---

os chamados países centrais. Nesse sentido, cabe citar a visão desse autor: “Os fatores negativos da realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, ao contrário, relacionam-se antes de tudo com os limites à auto-referência dos sistemas político e jurídico” (NEVES, 2006, p. 236). E mais adiante complementa: “Ao contrário, nas condições da reprodução do direito e da sociedade na modernidade periférica, trata-se de miscelânea social de códigos e critérios, que tornam indefinidas e confusas as fronteiras do campo jurídico e da esfera estatal perante outros âmbitos do agir e vivenciar, assim como as fronteiras entre o direito e a política” (NEVES, 2006, p. 244).

<sup>149</sup> MEDEIROS (2008), por exemplo, desenvolve argumento no sentido da constitucionalidade do casamento homossexual com base nas exigências de um Estado Democrático de Direito.

<sup>150</sup> Isso é o que a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer nos ensina com o nome de “fusão de horizontes”. Para uma discussão profunda sobre a compreensão hermenêutica *cf.* GADAMER (v. I, 1999).

juridificação no interior Estado Social, que impede reconstruir a autonomia privada; c) o projeto do Estado Social não pode ser simplesmente congelado ou interrompido: é preciso continuá-lo num nível de reflexão superior<sup>151</sup>.

O Estado Social, por conseguinte, deve permanecer vivo no que se refere às possibilidades de materializar direitos com foco concreto no fortalecimento do exercício da cidadania. A assistência social, no contexto brasileiro de pobreza e miséria, não pode, de forma alguma, ser abandonada. Ela precisa, por outro lado, de outra visão, democrática, que consiga alterar os cânones tradicionais que pairam sobre os procedimentos políticos de sua efetivação.

Nossa defesa dos direitos sociais ficará incompleta se não explicitar em que medida as idéias de Constituição e de interpretação dos direitos sociais são alteradas sob a ótica do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito. Um novo paradigma que busca ligar a radicalização da democracia à ampliação de oportunidades econômicas e sociais. Explicitar o significado constitucional desse paradigma e sua relação com a leitura do direito à assistência social será o objetivo do próximo capítulo.

---

<sup>151</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 146 e 147.

### **CAPÍTULO 3 – A ASSISTÊNCIA SOCIAL ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM PROBLEMA DE TEORIA DA CONSTITUIÇÃO**

O direito à assistência social, bem como outros direitos sociais, apresenta uma peculiaridade: necessita de política pública para se concretizar. Nesse contexto, ao mesmo tempo em que a assistência social é constitucionalizada como um direito, ela se apresenta como uma diretriz política a ser implementada por órgãos governamentais. O texto constitucional brasileiro trata a assistência social sob esse duplo aspecto: por um lado como um direito social – assistência aos desamparados<sup>152</sup>; e, por outro, como uma política social a ser prestada a qualquer cidadão que dela necessite<sup>153</sup>.

Em nossa compreensão, a diferenciação entre direito e política na assistência social não é fruto do acaso. Essa diferenciação representa a necessidade de que a política de assistência social seja vista, ao mesmo tempo, em seus aspectos formal e material. A assistência social é formal porque, como um direito, exige, formalmente, o reconhecimento da cidadania. A dimensão formal permite, assim, enxergar o destinatário da prestação assistencial como titular de um direito, e não como um cliente, o que se traduz na exigência procedimental de que lhe seja propiciada a participação na construção material dessas políticas. Noutro sentido, a assistência social como um direito social necessita de materialidade para se efetivar. Ou seja, é preciso uma atuação positiva do Estado.

Por isso, podemos enxergar que a tensão entre faticidade e validade, mencionada na introdução do trabalho e presente na construção de um direito à assistência social, se reflete em, pelo menos, outras duas tensões relevantes para este tópico: do ponto de vista externo a acima destacada tensão entre direito e política; e, do ponto de vista interno da operacionalidade do direito, uma tensão entre norma constitucional e realidade<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> É o que consta no artigo 6º da Constituição Federal.

<sup>153</sup> A referência da assistência social como política pública é clara nos artigos 194 e 203 da Constituição.

<sup>154</sup> Neste capítulo trataremos da primeira tensão. A segunda será tratada no capítulo subsequente.

Parte das correntes garantistas dos direitos sociais no Brasil busca resolver essas tensões pelo lado do direito e, por conseguinte, da normatividade, em detrimento da política. Para alguns autores<sup>155</sup>, a Constituição brasileira é uma típica Constituição Dirigente e assim deve ser interpretada. A Constituição deve se impor e dirigir a política. E a normatividade textual deve transformar a realidade. O caminho geralmente desenhado para isso é o de um Judiciário forte, que deve estabelecer mínimos existenciais para garantir o conteúdo material dos direitos sociais.

Defenderemos que essa construção teórica não é adequada à pretensão de observar o papel central das garantias procedimentais de participação nas políticas de assistência social, quando falamos em um Estado Democrático de Direito. No fim das contas, uma Teoria da Constituição Dirigente parece não estar aberta para o futuro contingente de uma sociedade plural como a brasileira. Parece não ser facilmente conciliada com uma democracia deliberativa. E, mais do que isso: o constitucionalismo dirigente parece minorar o papel fundamental da democracia na sociedade brasileira.

A exigência de uma assistência social democrática torna necessária, portanto, a reconstrução do dirigismo constitucional sob o enfoque intersubjetivista do procedimentalismo discursivo. Esse é um problema de Teoria da Constituição.

Por isso, tal reconstrução terá como foco distinguir os aspectos positivos e negativos de tal construção teórica, de forma a reconhecer seus méritos e aproveitá-los e, por outro lado, abandonar sua parte negativa.

Assim, dividiremos o presente tópico em três partes. Primeiramente, observaremos que a relação entre direito e política, representada no direito constitucional como uma tensão entre constitucionalismo e democracia, deve ser vista como complementar e produtiva em um Estado Democrático de Direito. Depois, apresentaremos o dirigismo constitucional e seus principais problemas para implementação de políticas sociais nesse novo paradigma. Por fim, compreenderemos como a Teoria da Constituição Dirigente pode ser reconstruída por uma Teoria Discursiva da Constituição, que enxerga o constitucionalismo como um processo intersubjetivo constante de lutas por reconhecimento e universalização de direitos, de maneira a auxiliar no processo de concretização do direito à assistência social.

---

<sup>155</sup> Nesse sentido, *cf.* BERCOVICI (1999) e COUTINHO (2003).

### 3.1. A complementaridade entre constitucionalismo e democracia

A relação entre constitucionalismo e democracia revela um paradoxo. À primeira vista: quanto mais constitucionalismo menos democracia e quanto mais democracia menos constitucionalismo. Dessa forma, mesmo quando visto sob uma perspectiva não problematizada, o moderno Estado de Direito parece ser construído em cima de uma grande tensão insolúvel: de um lado o constitucionalismo – que, consoante definição de Rosenfeld, “requer o governo limitado, a aceitação da *rule of law*, ou seja, do Estado de Direito, e proteção dos direitos fundamentais”<sup>156</sup>; de outro a soberania popular (princípio democrático), base das decisões políticas. O jogo lingüístico parece confluir para percepção de Jon Elster: o constitucionalismo é o paradoxo da democracia<sup>157</sup>.

Constitucionalismo e democracia, no entanto, convivem, com maiores ou menores problemas, há mais de dois séculos como ideais das sociedades ocidentais<sup>158</sup>, propiciando intercâmbios não verticais entre direito e política.

A idéia de Constituição é completamente moderna<sup>159</sup>. É fruto do racionalismo moderno<sup>160</sup>. Todavia, nas condições de um mundo desencantado, essa idéia de racionalidade

---

<sup>156</sup> ROSENFELD, 2003a, p. 36. Nesse sentido, Canotilho assevera que o “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos” (CANOTILHO, 1998, p. 47)

<sup>157</sup> Ao se deparar com o problema, Canotilho formula indagações das quais não se pode fugir no presente trabalho: “(...) como pode um poder estabelecer limites às gerações futuras? Como pode uma constituição colocar-nos perante um dilema contramajoritário ao dificultar deliberadamente a ‘vontade das gerações futuras’ na mudança das suas leis? Revelar-se-ia, assim, o constitucionalismo de uma antidemocraticidade básica impondo à soberania do povo ‘cadeias para futuro’ (Rousseau)?” (CANOTILHO, 1998, p. 70).

<sup>158</sup> É necessário, assim como o faz CANOTILHO (1998, p. 47), distinguir o constitucionalismo, enquanto uma experiência da modernidade ocidental, dos vários movimentos constitucionais, que têm como finalidade a “criação de uma constituição”. Obviamente essa classificação não é estanque, de maneira que não deve ser petrificada. A compreensão do constitucionalismo como um processo de aprendizagem das sociedades pautadas em uma legitimação laica do poder somente pôde ocorrer a partir das aproximações dos vários movimentos constitucionais que têm por base o rechaço dos privilégios de nascimento e *status* característicos de sociedades pré-modernas (ROSENFELD, 2003b, p. 73). Nesses movimentos, desde o início, é possível enxergar lutas por reconhecimento que se move no sentido de interesses universalizáveis dos indivíduos contra exceções e privilégios (HONNETH, 2003, p. 181) que propiciam a formação de novas identidades, agora sob o viés constitucional, baseadas na noção de autonomia individual.

<sup>159</sup> Historicamente, Rogério Ehrhardt Soares ressalta que qualquer comunidade política que supõe uma ordenação fundamental, no sentido de uma justificação, possui uma constituição. Entretanto, como destaca esse autor, a idéia de uma constituição formal é completamente moderna. Nesse sentido, destaca: “a idéia de constituição está, porém intimamente ligada ao processo de pensamento político ocidental e nela se vão acolher solicitações de acontecimentos e exprimir concepções filosóficas ou religiosas, que, por cima das contingências de momento, lhe dão sentido próprio” (SOARES, 1986, p. 36).

<sup>160</sup> SOARES, 1986, p. 69.

não pode assumir uma feição determinista. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann apresenta, nesse sentido, a idéia de constituição como um conceito inovador<sup>161</sup>.

Para Luhmann, a Constituição substitui os fundamentos jusnaturalistas. Ela propicia o fechamento autoreferente do sistema do direito – entendido como sistema comunicativo pautado no código binário direito/não-direito, que tem por função a estabilização de expectativas contrafáticas – e o da política – cuja função de propiciar decisões políticas vinculantes se dá por intermédio do código governo/oposição. Ao mesmo tempo, a constituição os religa de maneira que torna mais brando o peso da diferenciação<sup>162</sup>. Por isso, Luhmann a descreve como uma aquisição evolutiva da modernidade<sup>163</sup>, pois a idéia de Constituição permite aos sistemas do direito e da política lidar com a crescente complexidade social<sup>164</sup>. Complexidade essa que necessita de decisões que a um só tempo a reduzam e possibilitem uma abertura para o futuro<sup>165</sup>. Esse é um aspecto fundamental para que se compreenda a relação entre constitucionalismo e democracia.

---

<sup>161</sup> Para Luhmann, a inovação da noção moderna de constituição não se encontra nas matérias por ela reguladas. A limitação dos poderes estatais e os direitos individuais, por exemplo, está presente em outros momentos históricos.

<sup>162</sup> Nesse sentido, destaca o autor: “A minha tese será a de que o conceito de Constituição, contrariamente ao que parece à primeira vista, é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à conseqüente necessidade de uma religação entre eles” (LUHMANN, 1996, p. 4). A constituição representa, assim, um acoplamento estrutural entre o sistema do direito e da política que não serve para ser o último fundamento, mas sim como uma forma de ocultar os paradoxos existentes na necessidade de fundamentos de ambos os sistemas.

<sup>163</sup> Essas breves observações a partir da Teoria dos Sistemas de Luhmann permitem – se observado o tema central da monografia – ver a importância da Constituição, enquanto um instrumento da modernidade que propicia uma abertura para o futuro nos sistemas do direito e da política. Isso é relevante porque possibilita a compreensão de como, sob o ponto de vista sistêmico, sociedades constitucionais estão abertas ao reconhecimento da diferença. Assim, a concepção da Constituição como uma aquisição evolutiva não se deixa aprisionar em uma visão solidamente materializada de Constituição que ignora os riscos inerentes a uma sociedade que decide questões cada vez mais complexas e contingentes.

<sup>164</sup> Giancarlo Corsi escreve esse fenômeno com base na teoria de Luhmann: “Diversamente do que pode parecer à primeira vista, portanto, a invenção da constituição é, sobretudo, uma reação à diferenciação (moderna) entre direito e política e uma tentativa de resolver (ou esconder!) os seus problemas: o problema da soberania política e o problema da positivação (autodeterminação) do direito. Em ambos os casos, o problema manifesta-se como um paradoxo; o paradoxo do soberano que vincula/desvincula a si mesmo através de suas próprias decisões e o paradoxo do direito que se arroga no direito de discriminar de acordo com o direito, produzindo assim a diferença entre certo e errado, entre lícito e ilícito, e assim por diante. A constituição não elimina, certamente, estes paradoxos, mas limita-se a transferir o peso de um sistema ao outro: a soberania é transferida, da posição de vértice na hierarquia social para o povo, encontrando sua legitimação no vínculo jurídico constitucional; o direito, por sua vez, remete a legitimação da constituição como texto jurídico ao ato político da assembléia ‘constituente’ e à legislação. Mediante estas formas de externalização (‘povo’ e ‘constituente’) de seus problemas de indecidibilidade paradoxal é aberta, em ambos os sistemas do direito e da política, uma nova potencialidade dinâmica e, com esta, horizontes de possibilidades antes impensáveis” (CORSI, 2001, p. 3 e 4).

<sup>165</sup> Isso fica claro quando Luhmann descreve o funcionamento do sistema do direito: “A abertura para o futuro significa, ao contrário, que o direito prevê a sua própria modificabilidade limitando-a juridicamente sobretudo mediante disposições procedimentais mas também mediante a abertura da legislação à influência política. Todo o direito é submetido ao controle de constitucionalidade e o velho direito torna-se facilmente obsoleto em face do novo direito positivado de acordo com a Constituição. O passado é desonerado pela função de horizonte de legitimações imaginárias a ser atribuída à pesquisa histórica”(LUHMANN, 1996, p. 16).



A idéia de Constituição, entendida como uma face particular e concreta do constitucionalismo, permite a ligação entre o direito e a política, suavizando as tensões entre o princípio da limitação do poder e a soberania do povo. É assim que a “implementação e imposição de direitos dependem da política para vinculação da coletividade da mesma forma que as decisões políticas devem sua obrigatoriedade coletiva às formas jurídicas”<sup>166</sup>. A Constituição, na visão de Canotilho, é o “estatuto jurídico do político”<sup>167</sup>.

O constitucionalismo, entretanto, densificado na linguagem do direito de uma sociedade por uma Constituição, não pode ser imposto ao legislador soberano a partir de fora, como uma limitação. Daí porque, na modernidade, do ponto de vista normativo, não tem como haver constitucionalismo sem democracia e democracia sem constitucionalismo<sup>168</sup>.

A afirmação acima não é auto-evidente. Ela precisa de concretude e historicidade para ser crível, porque política e direito, sob as condições dos tempos atuais marcados pela hipercomplexidade, estão cada vez mais expostos a uma considerável pressão da mudança<sup>169</sup>. A questão principal é a permanência de uma tensão produtiva que seja aberta ao futuro.

A idéia de um Estado Democrático de Direito é fruto de uma observação dessas mudanças na relação entre direito e política. Esse paradigma constitucional, compreendido como resposta à crise do Estado Social, é marcado pela constatação de que a autonomia pública e privada devem ser vistas como complementares, de forma a legitimar as ações do Estado. Como ressalta Marcelo Neves, “o Estado Democrático de Direito caracteriza-se precisamente por ser uma tentativa de construir uma relação sólida e fecunda entre Têmis e Leviatã”<sup>170</sup>. Ou seja, uma tentativa mais clara de legitimar o poder estatal.

A teoria do discurso explica a legitimidade do direito no paradigma do Estado Democrático de Direito a partir da institucionalização jurídica de processos e pressupostos da comunicação, que partem da idéia de racionalidade em que a todos os cidadãos deve ser garantido o igual tratamento, de forma a proteger sua integridade. A proteção da integridade implica a exigência da igualdade de tratamento formal – ou seja, a igualdade perante a lei, e, também, a igualdade material, segundo a qual as diferenças e desigualdades materiais relevantes devem ser tratadas de forma desigual, de acordo com o caso concreto<sup>171</sup>.

Ocorre que essas relações de complementaridade e co-originaridade entre i) autonomia pública e privada ii) política e direito; iii) constitucionalismo e democracia; iv)

---

<sup>166</sup> HABERMAS, 1997, v. I, 170.

<sup>167</sup> CANOTILHO, 2001, p. 11 e 12.

<sup>168</sup> HABERMAS, 2003a, p. 154.

<sup>169</sup> FRANKENBERG, 2007, p. 27.

<sup>170</sup> NEVES, 2006, p. XIX.

<sup>171</sup> HABERMAS, 1997, v.II, p. 153.

igualdade formal e material; e v) norma e realidade não são adequadamente observadas por grande parte dos estudiosos do Direito Constitucional brasileiro, que ainda crêm e apregoam uma leitura dirigente da Constituição, como se esta, ou a elite judiciária, fossem capazes de resolver todos os problemas constitucionais concretos. Essa visão implica, por exemplo, a limitação das observações práticas e o bloqueio de alternativas institucionais para concretização dos direitos sociais. Daí a necessidade da desconstrução da Teoria da Constituição Dirigente para posterior reconstrução, no sentido de uma interpretação constitucional garantidora da autonomia do cidadão nos processos de definição e implementação de políticas de assistência social.

### **3.2. Para a reconstrução do dirigismo constitucional: a limitação da proposta**

Qual o modelo de nossa atual Constituição? A essa pergunta vários estudiosos brasileiros de Direito Constitucional não hesitariam em proclamar que se trata de uma Constituição Dirigente<sup>172</sup>, pois traria um conjunto de normas de cunho social e econômico que teriam o condão de vincular a ação política.

No entanto, uma Constituição, por si só, não possui um modelo. O modelo constitucional está na leitura que fazemos dela. Nesse sentido, o desenvolvimento do trabalho até aqui faz-nos dar razão a Canotilho em sua afirmação: “O Estado não está só. Tem sempre o acompanhamento de adjetivos”<sup>173</sup>. Podemos chegar à afirmação de Canotilho quando observamos na história constitucional a existência de três distintos paradigmas de Estado (Estado Liberal, Estado Social e o ainda em construção Estado Democrático de Direito). Como decorrência dessa observação, seguindo mais uma vez os passos de Canotilho, verificamos que o acompanhamento de adjetivos não é exclusividade apenas do Estado. Com a Constituição ocorre o mesmo fenômeno<sup>174</sup>. Aliás, os adjetivos que acompanham o Estado, geralmente, acompanham a Constituição.

---

<sup>172</sup> Nesse sentido é a afirmação de Gilberto Bercovici: “A Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, pois define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população” (BERCOVICI, 1999, p. 36). Os textos posteriores desse autor são interessantes porque demonstram certa relativização de sua visão. Em outro texto, afirma que a “Teoria” da Constituição Dirigente estava em crise na medida em que seria uma teoria constitucional centrada em si mesma (BERCOVICI, 2004, p.13).

<sup>173</sup> CANOTILHO, 2005, p. 140.

<sup>174</sup> CANOTILHO, 2005, p. 141.

A idéia de uma Constituição Dirigente é típica do Estado Social, podendo ser compreendida como “o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições”<sup>175</sup>. O dirigismo constitucional pressupõe essa concepção de Estado e seu modelo de regulação social, econômica e cultural<sup>176</sup> que busca racionalizar a política e impor-lhe uma direção, uma dimensão material<sup>177</sup>. A idéia de uma Constituição Dirigente seria, assim, uma alternativa ao constitucionalismo formalista do Estado Liberal, vinculada a uma proposta de legitimação do paradigma de Estado Social, que considera os direitos sociais como imposições constitucionais legitimadoras de transformações econômicas e sociais.

No Brasil, a defesa teórica do dirigismo constitucional iniciou-se com a Constituição de 1988. A principal referência para essa defesa foi o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho que, em 1982, publicou tese de doutorado intitulada de “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas”<sup>178</sup>. Nesse livro, o autor procurava fornecer teoricamente as bases para uma fundamentação dos limites materiais-constitucionais vinculativos do legislador, com foco na Constituição portuguesa de 1976.

Contudo, já a partir da década de 90, Canotilho passou a publicar textos em que questionava sua posição original. Como ápice desse movimento de mudanças de suas idéias, publicou, em 2001, um segundo prefácio a sua obra seminal sobre o dirigismo constitucional, no qual apresenta a reformulação do seu posicionamento anterior. O autor coloca em dúvida e, em alguns pontos, critica diretamente as próprias bases de seu pensamento anterior. Duas frentes argumentativas são centrais nessa “virada” do pensamento de Canotilho: i) uma de índole filosófico-constitucional, relacionada à “morte” do sujeito histórico transformador e ii) outra de referente ao que denomina de “interconstitucionalidade”, que trata das influências dos fenômenos da globalização, especialmente a emergência do Constitucionalismo Europeu. Centrar-nos-emos aqui apenas no primeiro dos seus argumentos. O segundo, apesar de muito relevante à Teoria da Constituição – na medida em que investiga as influências da interconstitucionalidade, compreendida como um constitucionalismo em rede – por questões de delimitação temática, foge de nossas preocupações diretas.

---

<sup>175</sup> CANOTILHO, 2001, p. XX.

<sup>176</sup> CANOTILHO, 2005, p. 145.

<sup>177</sup> BERCOVICI, 2003, p. 116.

<sup>178</sup> Essa obra serviu, e ainda serve, como guia de juristas brasileiros defensores de uma concepção material de Constituição que se posicionam pela necessidade de um Estado Social centrado na implementação de políticas públicas, sobretudo, em prol de uma juridicidade ativa das chamadas normas constitucionais programáticas. Nesse sentido, geralmente esses juristas defendem uma eficácia plena com aplicabilidade imediata dos direitos sociais.

Para Canotilho, a expressão Constituição Dirigente revelou-se um termo equivocado. Um dos motivos foi o fato de que a Constituição Dirigente passou a ser identificada com o dirigismo programático-constitucional<sup>179</sup>. Ela se relacionava diretamente com o desenvolvimento de um determinado projeto de modernidade<sup>180</sup>. Um projeto vinculado, historicamente datado, e, sobretudo, com a forte marca de um sujeito transformador, um sujeito moderno, autocentrado e autoconstitutivo. Daí porque o problema da Constituição Dirigente ser, no fundo, um problema da filosofia do sujeito e de uma teoria da sociedade focada no voluntarismo e na utopia da subjetividade projetante<sup>181</sup>.

A filosofia moderna centrada no sujeito foi compreendida, desconstruída e reconstruída, por várias vertentes filosóficas e sociológicas, como inadequada para explicar o estágio atual das sociedades ocidentais – pós-convencionais, altamente diferenciadas e descentralizadas – de uma modernidade líquida<sup>182</sup> e reflexiva<sup>183</sup> em que o sujeito não é mais o centro. Aí se encontra o cerne do que Canotilho denomina de “morte” da Constituição “metanarrativa” e o sumiço do sujeito projetante no âmbito do Direito Constitucional<sup>184</sup>.

No entanto, o constitucionalista português ressalta que o principal problema da Constituição Dirigente não está apenas na utopia do sujeito projetante. Ele destaca que surgiu uma super-confiança no *medium* do direito na tarefa de regular de forma intervencionista a política e outros setores da sociedade. Com isso, o dirigismo constitucional arrastou o direito e o Estado para uma crise regulatória<sup>185</sup>. A Constituição Dirigente, em sua leitura, pressupunha uma “autosuficiência normativa” indiscutida. Assentava-se na premissa de que suas imposições adquiririam força normativa por si só<sup>186</sup>.

Aqui, a mudança do pensamento de Canotilho relaciona-se de forma direta com nosso esforço em apontar os limites dos debates acerca da auto-aplicabilidade dos direitos sociais. Nesse sentido, cita a experiência brasileira de constitucionalização da idéia de eficácia plena e aplicabilidade imediata (§1º do art. 5º da CF), transposta aos direitos sociais no que se refere à possibilidade de sua auto-aplicação. Canotilho demonstra suas preocupações com o

<sup>179</sup> CANOTILHO, 2006, p. 31.

<sup>180</sup> CANOTILHO, 2005, p. 143.

<sup>181</sup> A frase do autor é interessante para se verificar o que está sendo dito: “Se a Constituição programática fosse tão somente o rosto normativo da utopia daí não adviria grande mal ao mundo” (CANOTILHO, 2006, p. 106).

<sup>182</sup> Ver nesse sentido a abordagem de BAUMAN (2001).

<sup>183</sup> Modernidade reflexiva é a leitura feita por Anthony GIDDENS (1991) sobre as condições sociais do nosso tempo.

<sup>184</sup> No entanto, Canotilho se diz mal compreendido por seus interlocutores. Nesse sentido, asseverou que “Uma boa parte dos nossos interlocutores não compreende o que significa a *perda do sujeito* na nova problematização do dirigismo constitucional” (CANOTILHO, 2005, p. 151).

<sup>185</sup> CANOTILHO, 2001, p. XX.

<sup>186</sup> Em suas palavras, “o texto constitucional deixava de ser uma lei para se transformar numa ‘bíblia de promessas’” (CANOTILHO, 2006, p. 32).

alargamento insustentável da força normativa diretiva de normas constitucionais a situações carecedoras de regulamentação legislativa, o que acaba se voltando sobre a crença do poder do Estado<sup>187</sup>.

Tal mudança no pensamento de Canotilho, entretanto, não foi bem recebida por grande parte dos juristas que se debruçam sobre o tema dos direitos sociais. Em 2002, foi realizada na Universidade Federal do Paraná, sob a organização do Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, vídeo-conferência que contou com a presença de mais 20 juristas brasileiros. Nessa ocasião, discutiram com o Professor Canotilho, falando de Portugal, o espectro das mudanças das idéias desse autor em sua “Teoria da Constituição Dirigente”<sup>188</sup>. Nesse evento, ficou patente a irresignação e inconformismo de parcela dos participantes com as mudanças no pensamento do autor.

O principal argumento dessa corrente é o de que as mudanças apresentadas por Canotilho eram relativas e restritas à realidade europeia. Ou seja, não se aplicariam ao Brasil. O Brasil ainda necessitaria de uma Constituição Dirigente. Ainda seria necessária uma Teoria da Constituição Dirigente “apta a explicitar condições de possibilidade da implementação de políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição”<sup>189</sup>. E, por sua vez, essa teoria não poderia abrir mão de estar ao lado de uma teoria do Estado que corroborasse com tais condições de vinculação.

No fim das contas, tal teoria teria o condão apenas de explicitar a subordinação da política ao direito porque a Teoria da Constituição Dirigente, como destaca Gilberto Bercovici, acaba por construir uma visão de Constituição sem Estado<sup>190</sup>. A política fica reduzida ao momento original do poder constituinte. O espaço democrático torna-se secundário. E com isso, as tensões apresentadas como co-originárias no sub-tópico perdem seu caráter de autonomia e complementaridade. A autonomia pública fica reduzida em face da privada; a política subordina-se ao direito; a democracia vira um mero princípio do constitucionalismo e a igualdade formal perde espaço total para a igualdade material.

---

<sup>187</sup> É importante citarmos de forma direta esse trecho: “O problema está não na contestação da bondade política e dogmática da vinculatividade imediata mas sim no alargamento não sustentável da força normativa directiva das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras da *interpositio legislativa*. É o que acontece, a nosso ver, com a crítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata consagrado no art. 5.º, LXXVII, 1º, da Constituição Brasileira, a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos consagrados no Capítulo II, no caso de existência de omissões inconstitucionais” (CANOTILHO, 2006, p. 118).

<sup>188</sup> O evento foi publicado no livro “Canotilho e a Constituição Dirigente” (COUTINHO, 2003).

<sup>189</sup> STRECK, 2002, p. 3.

<sup>190</sup> BERCOVICI, 2003, p. 123.

Em nome da suposta materialidade pré-constituída da Constituição, ela própria passa a carecer de legitimidade democrática, pois as normas constitucionais não são estáticas e cristalizadas. Elas precisam de interpretação. Assim, o problema democrático surge porque, para a maioria dos seguidores de uma teoria material da Constituição Dirigente, a palavra final acaba sendo do Judiciário<sup>191</sup> ou, num segundo plano, dos próprios especialistas ou teóricos da Constituição. Ambas as alternativas são insuficientes para manutenção da legitimidade constitucional em qualquer sociedade que se propõe democrática. A materialidade da Constituição não pode ser prerrogativa de ninguém: deve ser construída de forma democratizada.

Confiar a teorias, ou na “Ciência do Direito”, o papel da materialização da Constituição, por sua vez, é ingênuo perante as críticas à filosofia do sujeito apresentadas, por exemplo, por Canotilho. Esse é um grande problema da Teoria da Constituição Dirigente, pois ela se baseia em um sujeito constitucional monológico. Com isso, torna-se uma teoria voltada para si mesma. Dessa forma, “pensa-se numa Teoria da Constituição tão poderosa que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas”<sup>192</sup>

Uma teoria do direito e da Constituição nas condições de um mundo pós-convencional e pós-metafísico tem que se enxergar precária. Hoje sabemos que verdade e justiça não são categorias transcendentais. São categorias construídas e limitadas pela própria comunicação. Daí porque o papel de uma teoria, sob pena de ver frustrada ante a realidade, não é o de definir conteúdos<sup>193</sup>. A função do teórico de hoje é a de compreender e, sobretudo, estabelecer diálogos no sentido de que sejam resguardadas as esferas de deliberação democrática<sup>194</sup>. Essa é uma das compreensões de fundo de uma teoria discursiva da Constituição, que será apresentada na seqüência.

<sup>191</sup> É nesse sentido que criticamos a postura de Krell, na qual é acompanhado por outros autores, em defesa de um ativismo judicial no sentido da implementação de direitos sociais a partir da definição de conteúdos mínimos.

<sup>192</sup> BERCOVICI, 2003, p. 57. Estamos de acordo com a crítica de Bercovic quando entende que a “Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política” (BERCOVICI, 2004, p. 13). Contudo, entendemos que o problema vai além. A Teoria da Constituição Dirigente necessita também, não apenas de diálogos com outras teorias, de intersubjetividade social. Ela precisa estar mais aberta para democracia. Esse é o seu principal problema em um Estado Democrático de Direito.

<sup>193</sup> Nesse contexto, a visão de Günter Frankenberg é especialmente interessante: “Uma sociedade não pode se assegurar por meio de teorias políticas, nem por meio de constituições. Mas ela pode oferecer às partes conflitantes um *modus disputandi* na forma de uma Constituição que juridiciza os elementos políticos e traduz o dispositivo simbólico em regras e princípios diretivos de ação. Se a oferta será ou não aceita, vai-se verificar na prática social. O risco do fracasso parece presente” (FRANKENBERG, 2007, p. 26).

<sup>194</sup> Canotilho ressalta o papel que a Teoria da Constituição deve trilhar: “A Teoria da Constituição deverá continuar a ser uma instância crítica de um *constitucionalismo reflexivo* que evite duas unilateralidades:

1. o peso do discurso da metanarratividade que hoje só poderia subsistir como relíquia da má utopia do sujeito do domínio e da razão emancipatória;
2. a desestruturação moral dos pactos fundadores escondida, muitas vezes, num simples esquema processual da *razão cínica* econômico-tecnocrática” (CANOTILHO, 2006, p. 126).

O dirigismo constitucional, entretanto, assim como o Estado Social, não deve ser completamente abandonado. É necessário reconstruí-lo, separando seu aspecto insustentável ao paradigma do Estado Democrático de Direito de outro que é necessário dar continuidade. Deve ser abandonado o dirigismo constitucional entendido, com base em uma filosofia determinista do sujeito, como normativismo constitucional capaz de transformar, por si só, a sociedade<sup>195</sup>. Porém, temos que dar continuidade ao dirigismo constitucional – mas sob outros pressupostos – no que se refere à possibilidade de luta pela transformação e pela garantia da materialização de direitos. Ou seja, é necessário abandonar o determinismo mantendo, porém, a esperança na transformação realizada pela radicalização dos mecanismos democráticos. Esse é o objetivo do subitem a seguir.

### **3.3. A Constituição como processo de reconhecimento e a interpretação do direito à assistência social**

A reconstrução da Teoria da Constituição Dirigente sugere a necessidade de sua substituição por uma teoria constitucional que reconcilie constitucionalismo e democracia, capaz de auxiliar nos processos de transformação social do sistema econômico capitalista por meio da legitimidade democrática. A democracia, nessa reconstrução, não pode ser vista à distância, como uma paisagem a ser contemplada, sob o risco de confiarmos o processo de transformação a um sujeito constitucional concreto que acaba por se apropriar da própria Constituição<sup>196</sup>. É preciso efetivar a democracia na tarefa de condição *sine qua non* do constitucionalismo e da prática constitucional. Para tanto, é necessário livrar a Teoria da Constituição das amarras da filosofia do sujeito. A relação complementar entre constitucionalismo e democracia torna necessária uma teoria intersubjetiva da Constituição.

A seleção de uma Teoria da Constituição nesses moldes é difícil, mas é necessária à construção de uma compreensão do direito à assistência social que fuja dos cânones do dogmatismo e da rígida separação entre forma e matéria. É necessária para reconstruí-lo como um instrumento constitucional de reconhecimento intersubjetivo voltado à capacitação para o pleno exercício da cidadania. Não há como pensarmos seriamente em um direito constitucional à assistência social sem refletirmos também sobre a idéia de Constituição.

---

<sup>195</sup> Esse é o sentido dado por Canotilho às suas mudanças interpretativas: “Morreu a ‘Constituição metanarrativa’ da transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes. O *sujeito* capaz de contar a récita e empenhar-se nela também não existe” (CANOTILHO, 2005, p. 152).

<sup>196</sup> Assim, estamos de acordo com a seguinte percepção: “A democracia não pode ser reduzida a um mero princípio constitucional. (...) Desta forma, a democracia não pode também ser entendida apenas como técnica de representação e de legislação, como mera técnica jurídica” (BERCOVICI, 2003, p. 127).

A partir da teoria discursiva de Jürgen Habermas, é possível extrair uma Teoria Discursiva da Constituição<sup>197</sup>, cujas premissas estão ancoradas em uma visão intersubjetiva do direito e da democracia, adequada à compreensão do emergente paradigma do Estado Democrático de Direito<sup>198</sup>. Isso porque esse novo paradigma, baseado em um direito participativo e plural, exige uma mudança na interpretação do conceito de Constituição e de interpretação constitucional.

A idéia de pluralismo, que no fundo é ínsita à de constitucionalismo<sup>199</sup>, traz consigo intersubjetividade. O sujeito constitucional, por conseguinte, não pode ser cristalizado em um momento histórico, como o faz o dirigismo constitucional. Pelo contrário, é uma estrutura aberta que necessita do reconhecimento dos outros. A construção de sua identidade é complexa, fragmentada e incompleta. É produto de um processo dinâmico em constante revisão<sup>200</sup>. E esse sujeito, aberto à intersubjetividade, enxerga a Constituição de outra forma.

A Constituição não pode ser vista apenas como um conjunto de regras que delimitam as funções do Estado e cataloga as liberdades distribuídas à sociedade, ou como uma plêiade de imposições materiais cristalizadas ao Legislativo e ao Executivo. A constituição é mais do que isso. Na perspectiva procedimental da teoria do discurso, é o ponto de partida de um projeto histórico de uma comunidade de princípios compartilhados intersubjetivamente<sup>201</sup>, representados em uma ordem jurídica pela lógica dos direitos

---

<sup>197</sup> A tarefa da construção, com essa terminologia, de uma “Teoria Discursiva da Constituição” já vem sendo feita por Marcelo Cattoni. Nesse sentido, cf. CATTONI DE OLIVEIRA (2001, p. 163). Entendemos que essa teoria é adequada para compreendermos a nossa Constituição porque, em nossa leitura, a Constituição de 1988, ainda que se situe em um momento histórico de transição e possua nítidas influências do constitucionalismo do Estado Social (CANOTILHO, 2001, p. 12.), já inaugura a pretensão de normativa de um novo paradigma jurídico no Brasil: o do Estado Democrático de Direito (artigo 1º da CF).

<sup>198</sup> A idéia de um paradigma do Estado Democrático de Direito advém das mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas. No âmbito do direito constitucional essas mudanças se refletiram no surgimento de novas demandas por direitos. Demandas que fogem às classificações tradicionais da “ciência jurídica” como, por exemplo, a dicotomia entre direito público e direito privado e entre direito material e direito formal. A denominada terceira geração de direitos (direito ambientais, do consumidor, da criança e do adolescente, entre outros) desafiam as noções jurídicas que associam o interesse público apenas ao Estado, pois, em muitos casos, o Estado é um dos violadores do interesse público. É por isso que “o Estado Democrático de Direito e seu direito participativo, pluralista e aberto” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 244).

<sup>199</sup> Michel Rosenfeld destaca a relação direta entre constitucionalismo e democracia: “O constitucionalismo não faz muito sentido na ausência de qualquer pluralismo. Em uma comunidade completamente homogênea, com um objetivo coletivo único e sem uma concepção de que o indivíduo tem algum direito ou interesse distinto da comunidade como um todo, o constitucionalismo” (ROSENFELD, 2003a, p. 21). E em outro texto o constitucionalista estadunidense esclarece: “em sociedades com várias concepções concorrentes do bom, a democracia constitucional e a aderência ao Estado de direito podem ser indispensáveis para propor uma coesão política com um mínimo de opressão. Sociedades heterogêneas, ademais, podem ser caracterizadas como sendo pluralistas-de-fato” (ROSENFELD, 2001, p. 7) [livre tradução].

<sup>200</sup> Nesse diapasão, cf. ROSENFELD (2003a).

<sup>201</sup> Nessa linha de raciocínio, Menelick de Carvalho Netto e Cristiano PAIXÃO ressaltam que: “Uma constituição constitui uma comunidade de princípios; uma comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como iguais em suas diferenças e livres no igual respeito e consideração que devotam a si próprios enquanto titulares dessas diferenças” (CARVALHO NETTO; PAIXÃO, 2007, p. 101).



fundamentais. Toda constituição democrática é um processo coletivo e não um projeto acabado. É nesse sentido que ela “constitui um projeto capaz de formar tradições com um início marcado na história”<sup>202</sup>. Isso porque a criação de uma Constituição é sempre uma mudança de rumo na história institucional de um país.

Tal mudança geralmente é vinculada a um momento histórico determinado. Como destaca Rosenfeld, “o sujeito constitucional aparentemente molda uma nova ordem política à sua própria imagem”<sup>203</sup>, de forma a colocar essa imagem bem acima das imagens das outras visões de mundo das tradições descartadas pelo movimento constitucional. Isso conduz à visão dominante de que a Constituição é um conjunto material de normas cristalizadas, imutáveis às alterações históricas<sup>204</sup>. Habermas apresenta de forma precisa esse quadro em um contexto constitucional recém formado:

O caráter das novas constituições, que freqüentemente refletem o sucesso de revoluções políticas, sugere a imagem enganadora de uma “constatação” de normas estáticas, subtraídas ao tempo e resistentes às transformações históricas. A primazia técnica e jurídica das constituições face às simples leis faz parte da sistemática dos princípios do Estado de direito; porém ela significa apenas uma fixação *relativa* do conteúdo das normas constitucionais<sup>205</sup>.

É por isso que, sob a ótica de uma teoria discursiva da Constituição, o constitucionalismo dirigente é limitado. A leitura que fazemos de uma Constituição é sempre uma leitura histórica, moldada, portanto, por nosso próprio horizonte de visão; é moldada pela característica contingente do futuro. Isso se dá porque a Constituição, que é sempre um ato do passado que visa vincular o futuro institucional de uma nação<sup>206</sup>, deve ser aberta ao tempo para obter legitimidade e força normativa<sup>207</sup>. Essa característica, por si só, exige um texto constitucional de ficar cristalizado em fórmulas dirigentes.

<sup>202</sup> HABERMAS, 2003a, p. 165.

<sup>203</sup> ROSENFELD, 2003a, p. 34.

<sup>204</sup> A construção constitucional brasileira da figura das cláusulas pétreas (art. 60, §4º da CF) é exemplo disso.

<sup>205</sup> HABERMAS, 1997, v. I, p. 166.

<sup>206</sup> Essa é a idéia de Rosenfeld sobre a identidade constitucional, a saber: “Para se estabelecer identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras. O problema, no entanto, é que tanto o passado quanto o futuro são incertos e abertos a possibilidades de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar linhas de continuidade”(ROSENFELD, 2003a, p. 17-18).

<sup>207</sup> Konrad Hesse ressalta o caráter aberto da constituição nos seguintes termos: “se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente ‘aberto para dentro do tempo’” (HESSE, 1998, p. 40). Nos dizeres de Habermas, “Enquanto projeto de uma sociedade justa, a constituição articula o horizonte de expectativas de um futuro antecipado no presente” (HABERMAS, 1997, v. II, p. 119).

O texto constitucional não resolve por si só os problemas sociais<sup>208</sup>. Em outro nível, pelo contrário, o texto constitucional cria outro problema: o problema de sua própria aplicação<sup>209</sup>, que deve ter como pressuposto essa dinâmica aberta e contingente do processo constitucional. Daí a inadequação das teorias que enxergam a Constituição como um conjunto de imposições materialmente dirigentes das ações do legislador e da sociedade.

Quando compreendemos constitucionalismo como uma prática histórica destinada a produzir o reconhecimento de uma comunidade política de cidadãos livres e iguais e que se enxergam, reciprocamente, como destinatário e co-autores do direito estabelecido, temos que assumir a perspectiva de que as idéias de liberdade e igualdade, para serem realmente efetivas, dependem de uma explicação reiterada. Assim, a legitimidade de uma ordem constitucional é observada pela garantia das complementares autonomias pública e privada de indivíduos, de maneira que o constitucionalismo seja visto com um processo de reconhecimento intersubjetivo.

Desse modo, “todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da Constituição”<sup>210</sup>. A Constituição depende, com efeito, de interpretação continuada em todos os níveis do direito. A Constituição é um “romance em cadeia”, para utilizar a metáfora de Dworkin<sup>211</sup>. É dessa forma que o direito, na visão discursivo-procedimental, pode ser visto como um processo contínuo de atualização da Constituição<sup>212</sup>, de tal sorte que “todo ato

---

<sup>208</sup> Friedrich Müller destaca a diferença entre norma e texto da lei: “Mas um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamental conjunto de fatos de uma não-identidade de texto da norma e norma. Entre dois aspectos principais o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a “ponta do *iceberg*” (MULLER, 2000, p. 53)” e continua: “Conforme mostra a análise da práxis judiciária, a normatividade é um processo estruturado. A análise da relação entre normatividade, por um lado, e norma e texto da norma, por outro lado, prolonga-se na análise da estrutura da norma” (MÜLLER, 2000, p. 56). No entanto, como destaca o autor, a interpretação literal é o primeiro passo da interpretação constitucional, já que demarca as fronteiras extremas e constitucionalmente admissíveis (MÜLLER, 2000, p. 75).

<sup>209</sup> Referimo-nos aqui a distinção elaborada por Klaus GÜNTHER (2004) entre discursos de justificação e aplicação de normas.

<sup>210</sup> HABERMAS, 2003a, p. 165.

<sup>211</sup> Para Dworkin, “o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva” (DWORKIN, 1999, p. 256-257). Ou seja, para sintetizarmos nesse primeiro momento, o raciocínio jurídico é, antes de qualquer coisa, interpretativo. Podemos enxergar, dessa forma, a nítida preocupação hermenêutica do autor. Por isso, vai identificar como primeira etapa da interpretação um estágio que chama de pré-interpretativo, que para ser possibilitado “é preciso haver um alto grau de consenso” (DWORKIN, 2003, p. 81). Essa compreensão também serve para interpretação constitucional, uma vez que sempre é necessário enxergar o pano de fundo da realidade e do passado constitucional para se chegar a uma interpretação adequada e coerente.

<sup>212</sup> A compreensão do direito como um processo contínuo de atualização da constituição liga-se diretamente com a noção de uma poder constituinte dinâmico e que não exaure a soberania popular ao processo constituinte originário. Para uma abordagem do poder constituinte como um processo com base na teoria do discurso, cf. COSTA (2005).

jurídico possa ser entendido como uma contribuição para a configuração política autônoma dos direitos fundamentais, ou seja, como elemento de um processo constituinte duradouro”<sup>213</sup>.

Nesse cenário, a interpretação constitucional e, por conseguinte, os processos de concretização da Constituição estão diretamente relacionados com o processo democrático. Essa premissa permite uma reflexão crítica da dogmática constitucional, pois a concretização da Constituição passa a não ser mais vista como uma tarefa exclusiva dos entes e Poderes estatais. A sociedade tem que ser vista como protagonista na configuração do sentido constitucional<sup>214</sup>.

Portanto, a compreensão de uma Teoria Discursiva da Constituição se afasta das compreensões tradicionais do direito constitucional que observam, em qualquer indício de abertura dos procedimentos e das formas de enxergar a Constituição, um atentado à sua normatividade. Como bem ressaltam Menelick de Carvalho Netto e Cristiano Paixão: “A virtude de uma constituição democrática é que ela não permite mecanismos que instaurem uma paz de cemitério. Ela precisamente remete à discussão pública os problemas para que possamos constantemente, e de forma reflexiva, rever antigos usos e tradições”<sup>215</sup>. Isso se torna viável quando a prática constitucional se baseia em um “constitucionalismo da política acelerada”<sup>216</sup>, compreendido discursivamente como a ligação entre a dinâmica constitucional e os instrumentos de uma democracia deliberativa. Qualquer texto constitucional é sempre incompleto e aberto a variadas interpretações plausíveis<sup>217</sup>, que são sempre ancoradas às pré-compreensões dos intérpretes. O especialista não se difere nesse ponto. Ele também possui como pano de fundo visões pré-categoriais sobre justiça, direitos fundamentais e sobre a própria sociedade. Daí porque uma teoria democrática tem que alastrar o papel de

---

<sup>213</sup> HABERMAS, v. II, p. 147. O poder constituinte deixa de ser um elemento estático do ponto de vista do direito constitucional para se tornar um instrumento operacional de aferição de legitimidade da Constituição. Esse é o argumento de Friedrich Muller, que assim o esclarece: “Aqui é importante que o ‘poder constituinte’ não represente mais apenas, como texto de norma constitucional, um acontecimento temporalmente definido ou o processo de preparação da constituição, de sua deliberação e de realização da votação sobre o seu anteprojeto, mas que ele atue como *norma para um critério de aferição*, perdurante no tempo, fundamentadora da legitimidade da Constituição segundo a sua pretensão” (MÜLLER, 2004, p. 53).

<sup>214</sup> Adotamos, por consequência, o seguinte pressuposto metodológico descrito por Peter Häberle: “Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação; eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos como pré-intérpretes” (HÄBERLE, 1997, p. 14).

<sup>215</sup> CARVALHO NETTO; PAIXÃO, 2007, p. 107.

<sup>216</sup> O termo é de autoria de Roberto Mangabeira Unger, mas não o utilizamos em seu repleto sentido original, que generaliza de forma crítica a experiência do constitucionalismo sem enxergar suas virtudes. Como no trecho: “Duas características dominaram a moderna tradição constitucional ocidental: um estilo de organização constitucional em que o governo reduz a velocidade da política em nome da liberdade ligada à propriedade privada e um conjunto de práticas e instituições que ajuda a manter a sociedade em um nível relativamente baixo de mobilização política. (UNGER, 1999, p. 169).

<sup>217</sup> ROSENFELD, 2003a, p. 40.

interpretação da Constituição para toda a sociedade. É uma posição que não isenta de riscos, aliás, inerentes às sociedades modernas. Por isso, a história constitucional de uma sociedade deve ser interpretada como um “processo de aprendizagem que se corrige a si mesmo”<sup>218</sup>

Os pressupostos aqui desenvolvidos apresentam outro panorama para a interpretação dos processos de concretização dos direitos sociais.

Os direitos sociais possuem um diferencial claro em relação aos direitos clássicos de liberdade: precisam da mediação de políticas públicas para se concretizarem. Essa diferença torna necessária uma dinâmica institucional mais complexa para sua efetivação. Nesse novo cenário de leitura constitucional, é preciso enxergar com outros olhos o papel da participação democrática, no nosso modelo de federalismo e de separação de poderes, que possibilitem a construção de alternativas para concretização do direito à assistência social. O Judiciário é um Poder muito importante, mas não pode ser visto como o único concretizador de direitos em um modelo democrático de sociedade.

Disso resulta, de certa forma, a inocuidade dos debates jurídico-constitucionais acerca da auto-aplicabilidade dos direitos sociais<sup>219</sup>. Obviamente, não há dúvidas do ponto de vista formalista que o §1º do artigo 5º da Constituição Federal - “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” – é aplicável a direitos como a assistência social, porque os direitos sociais estão contidos, em sua maioria, no Capítulo II do Título II, que trata justamente “dos direitos e garantias fundamentais”.

O texto constitucional não fez qualquer distinção entre os “direitos e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I) e os “direitos sociais” (Capítulo II). Entretanto, essa é uma leitura reducionista, ante toda a complexidade institucional da construção de políticas públicas baseadas em direitos sociais brevemente descrita acima. O texto constitucional não consegue, por si só, construir escolas, hospitais, centros de assistência social e formar profissionais, por exemplo. Essa afirmação aparentemente trivial parece não encontrar respaldo no excesso de idealizações da teoria jurídica brasileira.

Com o pressuposto da radicalização da democracia é possível buscar uma interpretação adequada do direito à assistência social no Brasil que não fique presa às contingências de realidades desanimadoras, nem devaneie pelas possibilidades semânticas do texto constitucional. Assim, a idéia central dessa posição interpretativa é a de conferir

---

<sup>218</sup> HABERMAS, 2003a, p. 165. Nesse sentido, Habermas assevera que: “É bom notar que a interpretação da história constitucional como um processo de aprendizagem apóia-se numa idéia não trivial, segundo a qual as gerações posteriores tomam como ponto de partida as *mesmas* medidas que tinham sido tomadas pela geração dos fundadores” (HABERMAS, 2003a, p. 166).

<sup>219</sup> Luis Roberto BARROSO (2001), entre outros, se posiciona no sentido da auto-aplicabilidade.

prioridade à construção de garantias institucionais aptas a assegurar a autonomia pública e privada, de maneira a se voltar contra os efeitos do paternalismo do Estado Social ou um retorno incoseqüente ao privatismo do Estado Liberal. E isso, compreendemos, é possível com a participação social institucionalizada.

Nesse processo, a compreensão de problemas constitucionais tem que passar pela análise da realidade e da legislação do setor que concretizou a Constituição e que foi fruto de intenso debate social. Até porque, na linha dessa compreensão dinâmica da Constituição, a legislação em vigor continua a interpretar e a escrever o sistema dos direitos, adaptando-os às circunstâncias atuais<sup>220</sup>.

Nesse cenário complexo, (re)construir alternativas é uma função que será primordial a partir daqui, mas que precisa, anteriormente, de uma compreensão institucional da assistência social brasileira. Essa será a tônica da segunda parte deste trabalho.

---

<sup>220</sup> HABERMAS, 2003a, p. 165.

**PARTE II - O DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO PROCESSO:  
ALTERNATIVAS INSTITUCIONAIS DE CONCRETIZAÇÃO DE UMA  
POLÍTICA SOCIAL DEMOCRÁTICA**

## **CAPÍTULO 4 – JUSTIÇA SOCIAL E DEMOCRACIA DELIBERATIVA: PARA UMA LEITURA INSTITUCIONAL DOS PROCEDIMENTOS CONSTITUCIONAIS DE PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL NA CONSTRUÇÃO DAS POLÍTICAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL A PARTIR DE 1988**

O texto constitucional procurou dar um novo significado à assistência social brasileira. Ela passou, a partir de 1988, a possuir contornos institucionais de uma política pública baseada em critérios democráticos de deliberação participativa. Essa construção vai de encontro a um conjunto de ações privadas ou estatais descomprometidas com a cidadania.

A participação social nas políticas públicas de assistência social se sustenta por, pelo menos, duas razões relevantes para esta dissertação: i) como exigência de um novo significado de justiça social, adequado à idéia de um Estado Democrático de Direito<sup>221</sup> e ii) como exigência institucional da nova ordem constitucional inaugurada no Brasil em 1988. Ao contrário do que possa parecer, as duas razões estão interligadas pelo fato de que - num contexto constitucional em que cidadania participativa é a tônica - a justiça social perde seu caráter meramente abstrato. Justiça social, na atual Constituição brasileira aparece não apenas como parâmetro da ordem econômica ou como elemento abstrato preambular, mas também, de forma destacada, de uma nova “ordem social” (art. 193 da CF)<sup>222</sup>, que pode ser interpretada como um conjunto de políticas constitucionais garantidoras da cidadania. Justiça social não se restringe meramente aos critérios justos de redistribuição da riqueza social, mas

---

<sup>221</sup> O trecho seguinte é interessante nesse sentido: “O conteúdo principal desta postura está na caracterização da necessidade de comparecimento dos interessados em qualquer política social. Política social do Estado, como qualquer política que provenha de posições dominantes, tende fortemente à compensação, ao assistencialismo e à tutela, podendo predominar a mera preocupação em fazer algumas concessões para não incorrerem em riscos nas posições privilegiadas vigentes. Os interessados, ou os desiguais, não são objeto de política social, mas sujeito principal, aparecendo o Estado, ou qualquer outra instância, como instrumento de promoção, de motivação, de colaboração, não como condutor e dono do processo” (DEMO, 1999, p. 23). Com o mesmo viés, ver também DEMO (2002).

<sup>222</sup> Ao contrário das Constituições brasileiras anteriores, o texto constitucional de 1988, separa a ordem social da ordem econômica. A ordem social, que tem como objetivos o bem-estar e a justiça sociais, integra as ações nas áreas de seguridade social, educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, família, criança, adolescente e idoso e índios.

também, e principalmente, como uma exigência democrática de participação na vida política do País. Por outro lado, essa alteração conceitual não veio como uma imposição de fora. Ela é o resultado do aprendizado institucional de várias lutas por reconhecimento.

Nesse contexto o modelo de democracia deliberativa, advindo da teoria do discurso, é um referencial teórico adequado para leitura institucional da assistência social brasileira. Para esse modelo, a legitimidade do poder está relacionada à ligação entre o poder comunicativo, produzido numa esfera pública, e o poder administrativo que gera decisões coletivamente vinculantes. Democracia representativa e democracia participativa são vistas como complementares e não como excludentes.

Essa construção teórica, todavia, não é desprovida de críticas no que tange à não adequação do modelo procedimental de democracia à realidade brasileira. Para muitos autores, o Brasil possuiria um modelo de socialização diferenciada em que as teorias normativas européias não teriam o potencial satisfatório de explicação. Para Marcelo Neves, por exemplo, o Brasil se diferenciaria porque “No lugar da legitimação por procedimentos democráticos, em torno dos quais se estruturaria uma esfera pública pluralista, verifica-se uma tendência à ‘privatização’ do Estado”<sup>223</sup>. Ou seja, o conceito de esfera pública não seria facilmente absorvido na realidade brasileira.<sup>224</sup>

Tais críticas são instigantes e não podem ser ignoradas. No entanto, ao menos no caso da assistência social, elas desconsideram que a constitucionalização desse direito não foi fruto do acaso ou de interesses escusos. Não representou mudança apenas textual ou mesmo somente simbólica<sup>225</sup>. O formato institucional da assistência social, presente em nossa Constituição, refletiu lutas por reconhecimento, de maneira que sua constitucionalização pode ser vista como um processo de aprendizagem da própria sociedade, que passa a se enxergar co-autora do direito e das políticas de assistência social. As decisões advindas dos

---

<sup>223</sup> NEVES (2006, p. 247). Em outro trecho o autor assevera: “Os bloqueios à concretização normativa da Constituição atingem os procedimentos típicos do Estado Democrático de Direito: o eleitoral, mobilizador das mais diversas forças políticas em luta pelo poder; o legislativo-parlamentar, construídos pela discussão livre entre oposição e situação; o jurisdicional, baseado no *due process of law*; o político-administrativo, orientado por critérios de constitucionalidade e legalidade. Assim sendo, não se pode falar de uma esfera pública pluralista construída com base na intermediação de dissenso conteudístico e consenso procedimental. O Estado Democrático de Direito não se realiza pela simples declaração constitucional de procedimentos legitimadores” (NEVES, 2006, p. 257).

<sup>224</sup> Para ele, “É ingênua a interpretação de que se trata de uma ampla abertura cognitiva do direito aos interesses sociais” (NEVES, 2006, p. 240).

<sup>225</sup> A interpretação do texto constitucional como elemento simbólico é feita por Marcelo NEVES (2007). Para ele, o problema brasileiro, e de outros países de modernidade periférica, é de “juridicidade da Constituição” e não apenas de “constitucionalidade do Direito”. É nesse sentido que destaca: “O problema da ‘desjuridificação da realidade constitucional’ implica, no caso brasileiro, a insegurança destrutiva com relação à prática de soluções de conflitos e à orientação das expectativas normativas. A falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica. A identificação retórica do Estado e do governo com o modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional” (NEVES, 2007, p. 185-186).



instrumentos institucionais de participação e controle social constituem espaços de normatização válida no âmbito da assistência social. Esse é o argumento central que será desenvolvido nesse capítulo, dividido em três tópicos.

Num primeiro momento, apresentaremos em linhas bem gerais o modelo normativo de democracia deliberativa e como ele se relaciona com a compreensão de direito à assistência social, baseado em uma visão de justiça social como reconhecimento intersubjetivo. Na seqüência, observaremos, a partir de fragmentos da história recente do Brasil, que o processo de constitucionalização da assistência social e a longa espera de sua Lei Orgânica foram precedidos e acompanhados de discussões e propostas de movimentos sociais e cidadãos interessados que influenciaram as tomadas de decisões políticas. Por fim, destacaremos parcela da incipiente atuação política dos conselhos e conferências de assistência social. Ressaltaremos que tais órgãos e procedimentos institucionalizados de participação ainda têm limitada configuração como espaços públicos democráticos. Acrescente-se, ainda, a desconfiança dos agentes governamentais em compreendê-los como instâncias normativas e regulatórias legítimas de concretização da Constituição.

#### **4.1. Democracia deliberativa, esfera pública e poder comunicativo: elementos institucionais de uma justiça social como reconhecimento intersubjetivo**

Chantal Mouffe, em texto sobre a idéia de democracia moderna, com e contra a perspectiva teórica de Carl Schmitt, inicia sua reflexão destacando que: “O significativo ‘democracia’ funciona agora como horizonte imaginário no qual se inscrevem reivindicações extremamente díspares, e o consenso para o qual aparentemente aponta pode muito bem ser uma ilusão”<sup>226</sup>. Com isso, a autora põe em debate a capacidade da concepção moderna de democracia, altamente fragmentária, ser conciliada com o pluralismo das sociedades contemporâneas. Essa possível ilusão democrática ganha contornos muito nítidos no Brasil.

Cada vez mais nos deparamos com uma opinião pública desconfiada com a legitimidade da instituição estatal que, em tese, mais simbolizaria a democrática no Brasil: o Congresso Nacional<sup>227</sup>. A impressão popular é de que os representantes do povo, ao contrário

---

<sup>226</sup> MOUFFE (1994, p. 10).

<sup>227</sup> Logo após os escândalos envolvendo possível corrupção de parlamentares, em 2005, pesquisa de opinião do Instituto “Data Folha” trazia os seguintes percentuais: 70% dos brasileiros acreditava na existência de corrupção

de representarem o público, defenderiam interesses particulares, distantes do sentimento social. Nesse contexto, a crítica de Schmitt, apresentada por Mouffe, é relevante.

Para Schmitt, o parlamento não é uma consequência lógica do princípio democrático aplicado a sociedades de massa – já que nessas sociedades o exercício exclusivo da democracia direta seria inviável –, mas sim uma conveniência do modelo liberal. O conteúdo democrático estaria relacionado com a identidade entre governantes e governados<sup>228</sup>. O sistema parlamentar, por sua vez, não conseguiria exprimir esse conteúdo, pois em uma sociedade de massas o argumento liberal de que o parlamento serviria como um dínamo do debate público seria falacioso.

A crítica de Schmitt atinge o âmago do modelo parlamentar de representação. Coloca, por conseguinte, a questão de que democracia não pode ser restrita a representação. No entanto, apesar da pertinência de suas críticas, a alternativa trazida por Schmitt é desastrosa. Para ele, a substância democrática, relativa à identidade entre governantes e governados, seria mais bem alcançada por um regime ditatorial capaz de homogeneizar a vontade popular. Contudo, não é necessário debate teórico para afastar incisivamente tal hipótese. Bastam as experiências autoritárias do século XX em várias partes do mundo.

O que fica dos argumentos de Schmitt é a limitação do modelo de democracia representativa, ainda mais quando contrastado com um elemento ignorado por esse autor: o pluralismo social. Sua reflexão sugere a questão sobre qual alternativa seguir.

As teorias da democracia apresentam, nesse sentido, elementos para tentar sanar o hiato de legitimidade provocado pelo modelo representativo em relação à vontade popular. Nesse contexto, um elemento constante no debate contemporâneo é a discussão sobre o significado e as possibilidades de que espaços públicos de discussão influenciem a tomada de decisão política. Esse é um desafio enfrentado por teóricos representantes das duas principais vertentes no debate sobre democracia: liberalismo e republicanismo.

O liberalismo político tem a seguinte idéia central: todos os seres humanos são naturalmente iguais e possuem interesses privados que devem ser resguardados. O papel da Constituição, é o de formalizar a função do Estado na proteção e defesa dos direitos subjetivos e da sociedade econômica<sup>229</sup>. A partir de uma rígida separação entre Estado e sociedade civil, a função estatal se desenha no sentido de garantir o livre progresso individual.

---

entre os parlamentares e por volta de 50% os avaliaram de forma muito negativa. Disponibilidade e acesso em: <[http://datafolha.folha.uol.com.br/ppo/aval\\_congresso\\_16062005.shtml](http://datafolha.folha.uol.com.br/ppo/aval_congresso_16062005.shtml)>

<sup>228</sup> Esse argumento é desenvolvido no âmbito de sua “Teoria da Constituição”, ver SCHMITT (1996).

<sup>229</sup> Direitos à vida, à liberdade e à propriedade constituem-se como “direitos negativos que garantem um espaço de ação alternativo em cujos limites as pessoas do direito se vêem livres de coações externas” (HABERMAS, 2002a, p. 271).

A política se centra no Estado que, por sua vez, deve preservar constantemente as individualidades<sup>230</sup>. Com o voto, os indivíduos têm a oportunidade de expressar suas preferências e, assim, balizar a atuação e as decisões do poder estatal.

Quanto ao processo democrático, o espaço público, necessário à articulação da soberania popular, é visto como a arena onde ocorre a luta por posições de índole privada, que, no fim das contas, determina a disposição das decisões políticas<sup>231</sup>. A esfera privada, delineada pela linguagem dos direitos fundamentais, delimita previamente a abrangência da esfera pública. A Constituição é tida como um conjunto de regras que delimitam a atividade estatal e garantem direitos aos indivíduos, a partir de procedimentos eticamente neutros.

Bruce Ackerman, apesar de não ser um clássico teórico liberal<sup>232</sup>, por exemplo, procura criar um critério de neutralidade para a legitimidade do processo democrático. Para esse autor, a neutralidade deveria guiar o “diálogo público”, visto que: “Sempre que alguém questiona a legitimidade do poder de outra pessoa, o detentor do poder tem que responder, não silenciando o questionador, mas justificando, com base em argumentos, porque ele teve mais direito à prerrogativa do que quem o questiona”<sup>233</sup>. A neutralidade, nesse contexto, está no fato de que o titular do poder fica inviabilizado de argumentar que sua concepção ética é melhor que a do seu interlocutor. O justo deve prevalecer sobre o ético.

Nesse sentido, em contextos em que existe uma divergência ética no processo democrático, a alternativa seria a “restrição dialógica”<sup>234</sup>. Assuntos relativos a concepções

---

<sup>230</sup> Habermas descreve dessa forma a autocompreensão da cidadania liberal: “Direitos políticos têm a mesma estrutura: eles oferecem aos cidadãos a possibilidade de conferir validação aos seus interesses privados (por meio de votações, formação de corporações parlamentares e composições de governo) e afinal transformados em uma vontade política que exerça influência sobre a administração. Dessa maneira, os cidadãos, como membros do Estado, podem controlar se o poder estatal está sendo exercido em favor do interesse dos cidadãos na própria sociedade” (HABERMAS, 2002a, p. 271)

<sup>231</sup> Consoante Habermas: “O nervo do modelo liberal não consiste na autodeterminação democrática das pessoas que deliberam, e sim, na normatização constitucional e democrática de uma sociedade econômica, a qual deve garantir um bem comum apolítico, através da satisfação das expectativas de felicidade de pessoas privadas em condições de produzir” (HABERMAS, 1997, v. II, p. 20-21).

<sup>232</sup> Em sua obra, Ackerman procura compatibilizar elementos de liberalismo com os de republicanismo. Exemplo disso é a sua tentativa de compatibilizar elementos de democracia direta com os de democracia representativa. O critério para tanto seria o de uma diferenciação entre uma política constitucional de característica republicana de outra ordinária, cujo viés seria liberal. Para uma visão detalhada da obra de Ackerman nesse aspecto, *cf.* (ACKERMAN, 2006).

<sup>233</sup> ACKERMAN, 1980, p. 4.

<sup>234</sup> Ackerman esclarece seu ponto de vista da seguinte forma: “Quando você e eu aprendemos que discordamos sobre uma ou outra dimensão da verdade moral, não deveríamos procurar algum valor comum capaz de dissolver o desacordo. Não deveríamos, também, tentar traduzi-lo em termos de um quadro enganosamente neutro; nem procurar transcender o desacordo falando sobre como alguma criatura extraterrestre poderia resolvê-lo. Nós deveríamos, simplesmente, não dizer nada sobre o desacordo e tirar qualquer ideal moral que nos divida da agenda conversacional de um Estado Liberal. Ao nos restringir desse modo, não precisamos perder a chance de conversar sobre nossos desacordos morais mais profundos em outros contextos, mais privados... Tendo restringido a conversação deste modo, podemos utilizar o diálogo para propósitos pragmáticamente produtivos:

sobre o bem seriam restritos à esfera privada, não devendo ser tematizados na esfera pública<sup>235</sup>. Com isso, permanece, ainda que de forma sofisticada, uma predominância da esfera privada sobre a esfera pública, já que a primeira delimita a pauta da segunda. Essa predominância acaba por restringir o poder comunicativo produzido pela sociedade com o intuito de influenciar o processo político de tomada de decisões. O público não consegue absorver novas demandas oriundas dos sentimentos privados de exclusão, por exemplo.

Para a concepção normativa republicana (ou comunitária), por outro lado, a constituição não é um dado. Ela é entendida como um ato fundacional que se renova em cada exercício público de cidadania. Em vez de reconhecer direitos naturalisticamente associados à idéia de ser humano, o republicanismo refere-se, sobretudo, aos direitos de participação, que devem ser interpretados como decorrência da vida comunitária. Direitos fundamentais, portanto, são oriundos do auto-entendimento ético de uma determinada comunidade constituída por cidadãos que compartilham princípios de bem-estar coletivo.

O Estado deve atuar no sentido das determinações produzidas pelos discursos de auto-entendimento do contexto social. A sociedade é compreendida como sociedade política cujo poder comunicativo, representado pelas discussões ético-políticas, funde-se ao aparato estatal. Estado e sociedade civil são distinções apenas didáticas de um mesmo compromisso ético-político. O Estado é parte da comunidade política que se auto-regula. A esfera pública é, no contexto descrito, o espaço da virtuosidade de cidadãos comprometidos com o interesse coletivo<sup>236</sup>.

Hannah Arendt procurou desenvolver uma visão de esfera pública condizente à virtude cívica ou republicana, descrita como uma concepção “agonística”<sup>237</sup>. De acordo com a perspectiva da autora, esfera pública representa o espaço de aparências no qual a grandeza moral e política, o heroísmo e a proeminência são revelados, mostrados e compartilhados com os outros. É o espaço em que se busca uma garantia contra a futilidade e a passagem de todas

---

identificar premissas normativas que todos os participantes pensam ser razoáveis (ou, ao menos, não irrazoáveis)” (ACKERMAN, 1989, p. 16).

<sup>235</sup> Seyla Benhabib discorda da neutralidade do modelo de Ackerman. Para ela “O modelo do diálogo público baseado na restrição conversacional não é neutro, pois pressupõe uma epistemologia moral e política” (BENHABIB, 1992, p. 83).

<sup>236</sup> Nesse sentido, ressalta Habermas sobre a concepção republicana: “Concebe-se a política como forma de reflexão sobre um contexto de vida ético. Ela constitui o médium em que os integrantes de comunidades solidárias surgidas de forma natural se conscientizam de sua interdependência mútua e, como cidadãos, dão forma e prosseguimento às relações preexistentes de reconhecimento mútuo, transformando-as de forma voluntária e consciente em uma associação de jurisconsortes livres e iguais” (HABERMAS, 2002a, p. 270). A força estatal origina-se de um poder comunicativo que se legitima por meio da institucionalização da liberdade pública, onde se defende a garantia de um processo inclusivo de formação de opinião e vontade a fim de que cidadãos livres e iguais cheguem a um acordo sobre o comum em detrimento do privilégio de direitos subjetivos e interesses isoladamente considerados.

<sup>237</sup> BENHABIB, 1992, p. 73.

as coisas humanas<sup>238</sup>. É onde a liberdade pode aparecer e o poder legítimo manifestar-se para assegurá-la<sup>239</sup>.

Entretanto, Arendt identifica, dentro do processo histórico que culminou na Modernidade, o declínio da esfera pública<sup>240</sup>. Este acontecimento está relacionado, sobretudo, ao surgimento do social<sup>241</sup>, que é compreendido como a diferenciação institucional das sociedades modernas em que o público está separado e limitado por uma esfera privada, composta pelo mercado econômico e pela família<sup>242</sup>. Como resultado dessas transformações, processos econômicos que, até então, estavam confinados ao obscuro domínio da família se emanciparam e se tornaram questões públicas<sup>243</sup>. No surgimento da sociedade de massas a esfera do social atingiu finalmente, após séculos de desenvolvimento, o ponto em que abrange

---

<sup>238</sup> Ver BENHABIB, 1992, p.78. Arendt deixa claro que esfera pública é um espaço de virtuosidade: “Toda atividade realizada em público pode atingir uma excelência jamais igualada na intimidade; para a excelência, por definição, há sempre a necessidade da presença de outros, e essa presença requer um público formal, constituído pelos pares do indivíduo; não pode ser a presença fortuita e familiar de seus iguais ou inferiores. Nem mesmo a esfera social – embora tornasse anônima a excelência, enfatizasse o progresso da humanidade ao invés das realizações dos homens e alterasse o conteúdo da esfera pública ao ponto de desfigurá-lo – pôde aniquilar a conexão entre a realização pública e a excelência” (ARENDRT, 2000, p. 58 e 59).

<sup>239</sup> A autora apresenta um sentido positivo de igualdade, contrapondo-o a um significado apenas reativo: “Todas estas liberdades, às quais podemos acrescentar as nossas próprias reivindicações de nos libertarmos da miséria e do medo, são, é claro, essencialmente negativas; são o resultado da libertação, mas de maneira nenhuma são o verdadeiro conteúdo da liberdade, que como veremos mais adiante, é a participação nos negócios públicos ou a admissão no domínio público” (ARENDRT, 2001, p. 37).

<sup>240</sup> Cardoso Júnior explica esse processo: “Para Hannah Arendt, o declínio da esfera pública na Era Moderna deu-se mediante os seguintes principais fatores: em termos metafísicos, pela descrença na permanência no *mundo comum* (imortalidade terrena); em termos da hierarquia das atividades humanas, pela preponderância do trabalho e do labor *vis-à-vis* a ação; e em termos econômicos, pelo surgimento da esfera social e das massas economicamente supérfluas decorrente do desenvolvimento do sistema capitalista” (CARDOSO JÚNIOR, 2005, p. 52).

<sup>241</sup> A expansão do social significou o desaparecimento do universal, do interesse comum pela coisa política. Arendt vê, dessa forma, nesse processo “o ocultamento do político pelo social e a transformação do espaço público da política em um pseudo-espaço de interação no qual indivíduos não mais ‘atuam’, mas ‘meramente se comportam’ como produtores econômicos, consumidores e ocupantes dos espaços urbanos” (BENHABIB, 1992, p. 74). Para Benhabib, a distinção entre público e social não faz sentido nas sociedades contemporâneas. Nas palavras da autora: “A luta a partir da qual se inclui uma questão na agenda pública é, ela mesma, uma luta por justiça e liberdade. A distinção entre o social e o político não faz sentido no mundo moderno, não em virtude de toda a política ter se tornado administração e de a economia ter se tornado tudo o que é público, como Hannah Arendt pensava, mas principalmente porque a luta para tornar algo público é, ela mesma, uma luta por justiça” (BENHABIB, 1992, p. 80).

<sup>242</sup> Hannah Arendt interpreta a sociedade como “a forma na qual o fato da dependência mútua em prol da subsistência, e de nada mais, adquire importância pública, e na qual as atividades que dizem respeito à mera sobrevivência são admitidas em praça pública” (ARENDRT, 2000, p. 56).

<sup>243</sup> Esse é um fator que chama a atenção de Arendt porque para ela a sociedade, em todos os seus níveis, exclui a possibilidade de ação, que antes era exclusiva do lar doméstico, substituindo-a por uma forma artificial de comportamento. Nesse contexto, a ação espontânea ou a reação inusitada são abolidas. Daí porque, para ela, “Desde o advento da sociedade, desde a admissão das atividades caseiras e da economia doméstica à esfera pública, a nova esfera tem-se caracterizado principalmente por uma irresistível tendência de crescer, de devorar as esferas mais antigas do político e do privado, bem como a esfera mais recente da intimidade. Este constante crescimento, cuja aceleração não menos constante podemos observar no decorrer de pelo menos três séculos, é reforçado pelo fato de que, através da sociedade, o próprio processo da vida foi de uma forma ou de outra, canalizado para a esfera pública” (ARENDRT, 2000, p. 55). Nesse sentido, cf. BENHABIB (1992, p. 74 e 75).

e controla com igual força todos os membros da sociedade<sup>244</sup>. É necessário, portanto, revitalizar o espaço público contra o privatismo de uma sociedade despolitizada para se falar em uma legítima democracia.

No entanto, ao estabelecer uma hierarquia na relação entre a esfera pública e privada, privilegiando a primeira em detrimento da última, tal perspectiva acaba por cair nas principais dificuldades enfrentadas pelo modelo republicano de observar o direito e a política: não compreender a individualidade (esfera privada da intimidade) como um elemento relevante e autônomo num processo democrático. A tentativa de construção de uma esfera pública política autêntica passa a estar fechada para as diferenças de histórias de vidas privadas (como as de raça, gênero, orientação sexual, etc.). Esse modelo pode refletir uma sociedade totalitariamente politizada e dependente das virtudes de seus cidadãos.

A necessidade de se reconhecer os participantes e destinatários das políticas de assistência social como cidadãos co-autores dessas políticas como uma exigência de justiça social, nos moldes do que apresentamos nos capítulos anteriores, torna imprescindível uma teoria sociológica da democracia que enxergue de forma adequada a complexa relação entre democracia representativa e democracia participativa. Uma teoria que consiga esclarecer as formas institucionais pelas quais o poder comunicativo produzido em uma sociedade plural pode se ligar ao poder administrativo estatal. Democracia tem que andar passo a passo com intersubjetividade.

Os modelos liberal e republicano demonstraram-se insuficientes para essas exigências de uma concepção de justiça social como reconhecimento intersubjetivo da cidadania, pelos seguintes motivos:

(i) A esfera pública liberal é demasiadamente restrita, haja vista a rígida diferenciação entre o público e o privado, definida, antes de qualquer coisa, pela delimitação acerca do que é privado. O modelo liberal não consegue esclarecer, de maneira adequada, a forma neutra como o processo democrático de discussão social, representada pelo poder comunicativo produzido por uma esfera pública livre, pode pautar as decisões estatais sobre temas novos. Isso petrifica o necessário processo de redefinição sobre o sentido do público e do privado. Os mecanismos de representação apresentam-se como uma maneira realista de se ler o processo democrático, porém são insuficientes para produzir a legitimidade almejada por sociedades plurais.

---

<sup>244</sup> É nesse diapasão que a autora considera que esta igualdade moderna, na qual o comportamento substituiu a ação, se difere da igualdade dos tempos antigos, e especialmente da igualdade na cidade-estado grega (ARENDETT, 2000, p. 51).

(ii) A visão republicana sobre esfera pública também é limitada para o foco deste trabalho. O significado do público já aparece pré-agendado por uma pré-compreensão social sobre eticidade. Com efeito, o espaço público fica muito restrito a uma idealização sobre o virtuosismo dos cidadãos engajados. Com isso, o público se sobrepõe ao privado, de tal forma que o resultado prático pode ser desanimador: uma esfera pública virtuosa que sufoca as esferas privadas e diferentes percepções éticas, acabando por frear a inclusão de questões novas e inesperadas na pauta do debate público, levando à intuição de que o processo democrático necessita de maior institucionalização. A vontade de um povo plural tem que ser mediada por instituições que a coloquem em prática.

Apesar da inadequação dos dois modelos normativos de democracia apresentados, eles possuem elementos relevantes que não podem ser ignorados quando o tema observado é o processo de construção democrática de uma política pública como a de assistência social. Esses elementos precisam ser identificados e reconstruídos sob um novo pano de fundo. Essa é a proposta de democracia deliberativa apresentada por Jürgen Habermas.

O modelo discursivo habermasiano atribui ao processo democrático um peso mais normativo do que o modelo liberal, porém menos forte que o republicano.

Assim como o republicanismo, a democracia deliberativa coloca a formação da opinião e da vontade no centro do processo político-democrático. Por outro lado, ela não coloca a Constituição e seus princípios garantidores de individualidade como secundários<sup>245</sup>.

A soberania popular, por conseguinte, assume uma percepção procedimentalizada e sua ligação com o poder, entendido o povo como uma instância plural e multifacetada, implica uma visão de sociedade descentrada. O Estado não é visto como centro da sociedade. Ele aparece como um sistema social ao lado de outros (como o mercado e o próprio direito). O Estado não é uma institucionalização personificada de uma comunidade ética (republicanismo) nem somente o regulador dos interesses privados (liberalismo). É um sistema que, ao mesmo tempo em que é distinto da sociedade, necessita dela para legitimar discursivamente sua atuação. Essa visão não retira a importância do Estado, mas a redefine.

O Estado, assim como para a teoria dos sistemas luhmaniana, é um sistema cuja função é produzir decisões politicamente vinculantes. Ele é necessário como poder, de sanção e de execução de direitos e programas que têm que ser implantados<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> Por isso, para Habermas: “Na visão da teoria do discurso, o desabrochar da política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente e sim, da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos comunicacionais, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formam de modo informal” (HABERMAS, 1997, v. II, p. 21).

<sup>246</sup> HABERMAS, 1997, v. I, p. 171.

Como no modelo de democracia liberal, existe uma fronteira entre Estado e sociedade que tem que ser respeitada e mantida. Todavia, a sociedade, para a teoria do discurso, não é enxergada como um conjunto de cidadãos individualmente aglutinados, nem como um supra-sujeito comunitário. A sociedade é um *locus* comunicativo que está na base social de esferas públicas autônomas.

A esfera pública, no âmbito da teoria do discurso, pode ser compreendida como “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos”<sup>247</sup>. Não se trata, portanto, de um espaço físico, organizacional, institucional, sistêmico ou sequer especializado, mas sim de espaço comunicacional, baseado no agir comunicativo, responsável pela tematização e problematização de assuntos politicamente relevantes. A esfera pública alivia a tomada de decisões coletivamente vinculantes.

No interior de uma esfera pública política, formam-se várias esferas públicas ao redor de temas e situações que mobilizam a opinião pública. O sentido de opinião pública, nesse contexto, não é estatístico ou mensurável quantitativamente – ainda que pesquisas de opinião o possa refletir. Opinião pública refere-se a um poder comunicativo que possui potencial de influência política, capaz de interferir na formação da vontade e nas decisões dos órgãos e Poderes estatais e no comportamento eleitoral das pessoas comuns. No entanto, a opinião pública, transformada em poder comunicativo, não tem a força de dominar por si mesma a expressão do poder estatal, mas pode, de certa forma, (re)direcioná-lo<sup>248</sup>.

A esfera pública política, segundo Habermas, não permite uma estratégia essencialista de determinação entre o público e o privado<sup>249</sup>. Para atingir sua função, ela tem que captar e tematizar os problemas da sociedade como um todo. A esfera pública tem que se formar a partir dos horizontes das pessoas virtualmente atingidas<sup>250</sup>. É dessa forma que lutas por reconhecimento, no sentido atribuído ao termo por Axel Honneth, baseadas no respeito

---

<sup>247</sup> HABERMAS, 1997, v. I, p. 92. O sentido de esfera pública aqui descrito no âmbito da obra habermasiana é este produzido em sua teoria discursiva do direito. No entanto, é imperioso ressaltar o sentido histórico do termo na obra do autor. Em 1961, Habermas publicou a clássica obra intitulada “Mudança Estrutural na Esfera Pública” (HABERMAS, 1984). Nela, o autor apresenta historicamente a alteração da função político-social da esfera pública burguesa em razão de transformações estruturais no seio da sociedade. No entanto, essa obra, anterior a sua “Teoria da Ação Comunicativa” (HABERMAS, 1987, v. I e II), ainda não apresenta os traços marcantes de sua teoria democrática, indispensáveis a nossa perspectiva. Para uma interessante coletânea de artigos sobre o tema, cf. CALHOUN (1992).

<sup>248</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 23.

<sup>249</sup> Essa é a interpretação de BENVENISTE (1992, p. 87).

<sup>250</sup> Habermas destaca que “os problemas tematizados na esfera pública política transparecem inicialmente na pressão social exercida pelo sofrimento que se reflete no espelho de experiências pessoais de vida” (HABERMAS, 1997, v. II, p. 97).



jurídico universal, podem mobilizar concidadãos que compartilham ou se solidarizam com sentimentos de exclusão ou privação de direitos. Há, por assim dizer, uma encarnação entre cidadãos do Estado e cidadãos da sociedade, haja vista a junção entre o papel público da cidadania e os multifacetados papéis sociais que estão expostos aos critérios e às falhas dos programas estatais. Assim, “os canais de comunicação da esfera pública engatam-se nas esferas da vida privada”<sup>251</sup>. Daí a importância da idéia de sociedade civil<sup>252</sup>.

Para a teoria do discurso, sociedade civil refere-se ao conjunto de movimentos, organizações e associações, que captam as ressonâncias dos temas e problemas sociais que emergem nas esferas privadas e os transmitem, de forma re-trabalhada, para a esfera pública política.<sup>253</sup>. Sociedade civil, portanto, é a esfera pública organizada por meio de processos institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade que abrange, de forma autorizada, as deliberações do poder político.

É da relação entre esfera pública, sociedade civil, direitos fundamentais, poder comunicativo e decisões políticas que se observa sociologicamente, a partir de uma compreensão discursiva de política deliberativa, o complexo processo de formação do poder legítimo no Estado Democrático de Direito. Nessa construção teórica, convivem de forma tensionada os elementos de democracia representativa e democracia participativa. Um tipo de democracia não exclui o outro. Em nossa percepção, a democracia deliberativa é uma alternativa instigante e adequada de leitura do processo de juridicização da assistência social no Brasil, sob o pressuposto normativo de enxergar justiça social como reconhecimento da cidadania.

#### **4.2. A construção participativa do direito à assistência social: indícios de uma esfera pública democrática**

---

<sup>251</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 98. É dessa relação complementar entre esfera pública e esfera privada que se extrai a importância da lógica dos direitos. A participação nos espaços públicos impescinde da proteção da esfera da privacidade por meio de direitos fundamentais. Contudo, as garantias dos direitos fundamentais não conseguem proteger por si só a esfera pública contra abusos. As estruturas da esfera pública têm que ser mantidas por uma sociedade de sujeitos privados atuante. Isso tudo sem cair no virtuosismo republicano (HABERMAS, 1997, v. II, p. 102).

<sup>252</sup> Sobre o significado da noção de sociedade civil na teoria política, *cf.* COHEN e ARATO (1994).

<sup>253</sup> Nesse sentido, “o núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas” (HABERMAS, 1997, v. II, p. 99).

Numa história institucional marcada pelo privatismo<sup>254</sup> e pelo paternalismo, como a da assistência social brasileira, é difícil fundamentar, sem algum esforço, a existência de uma esfera pública política que influencia a tomada de decisões. Na história de um Estado reconhecido como patrimonialista<sup>255</sup> em que o público – entendido para além da figura estatal – foi constantemente privatizado – seja pelo mercado, seja pelos próprios governos –, a afirmação de que a construção constitucional de um direito à assistência social foi influenciado por um poder comunicativo produzido no âmbito de uma esfera pública<sup>256</sup> parece um exacerbo de um “presentismo”<sup>257</sup> de uma determinada concepção sociológica<sup>258</sup> sobre a história brasileira contemporânea.

<sup>254</sup> Maria Luiza Mestriner destaca que a assistência social possui no Brasil um histórico imbricado com a filantropia privada, o que resulta na dificuldade de sua caracterização como política pública. Nesse sentido destaca: “Ao se analisar historicamente a formação do aparato de assistência social brasileiro, percebe-se que ele se caracterizou e se manteve, até hoje, sob um sistema de regulação que, embora único porque exercido pelo Estado, foi pactuado com interesses da Igreja e das classes dominantes mantenedoras das organizações sociais sem fins lucrativos” (MESTRINER, 2005, p. 286). E mais em frente complementa: “Ou seja, a ação estatal se fez supletiva às iniciativas privadas, instalando uma política de reconhecimento e reforço às instituições sócias já existentes, referendando uma atenção só emergencial e transitória, em detrimento de uma política de assistência social pública garantidora de direitos de cidadania” (MESTRINER, 2005, p. 287).

<sup>255</sup> A perspectiva do patrimonialismo como um elemento determinante para a formação histórica do Brasil é a tese central da clássica obra de FAORO (v. 1, 1976 e v. 2, 1977).

<sup>256</sup> Para Aldaís Sposati, o formato constitucional dado à assistência social, antes de se referir ao resultado de um debate público, reflete uma decisão política motivada pela miscelânea conceitual acerca da distinção entre assistência e previdência no âmbito da seguridade social. Vale destacar trecho da argumentação da autora: “A inclusão do campo particular da assistência social, no âmbito da seguridade social proposto pela constituição 1988, não encontrou interlocutores e interlocuções estruturadas e organizadas na academia, na sociedade civil e nos movimentos sociais. Diversa situação ocorreu, nesse sentido, no âmbito da Saúde, que partiu de uma proposta estratégica (acadêmica, política, de gestão e de poder) construída nacionalmente (e com apoio internacional da Conferência Alma Ata). (...) A inclusão, em 1988, da assistência social como campo próprio na seguridade social, decorreu mais da decisão política do grupo de ‘transição democrática’ do final da ditadura militar em tratar a gestão da Previdência Social expurgada do que não era *stricto sensu* seguro social. A constituição político-institucional da assistência social na seguridade social se deu pela negativa, isto é, passou a ser do campo de assistência social o que não era da Previdência por não ser benefício decorrente de contribuições prévias. Paradoxalmente, essa mesma autora, em trabalho posterior (SPOSATI, 2005) que será utilizado aqui como referência, assevera o contexto histórico participativo, sobretudo dos profissionais da área, na constitucionalização da assistência social.

<sup>257</sup> Fazemos referência ao risco do “presentismo” – ou seja, uma observação do passado com olhos do presente, apontado por Robert Darnton, que recai sobre qualquer perspectiva histórica. No entanto, esse mesmo autor destaca que “não existe acesso ao passado sem mediação” (DARNTON, 2005, p. 10). Nesse sentido, é importante destacar o seguinte trecho de José Carlos Reis: “O passado é retomado em cada presente sempre sob um ângulo novo. Um fato pode ser anódino no presente e decisivo no futuro. O passado é tematizado no presente e reinterpretado. O presente não é um mero receptáculo do passado. Cada presente estabelece uma relação particular entre passado e futuro, isto é, atribui um sentido ao desdobramento da história, faz uma representação de si em relação às suas alteridades – o passado e o futuro” (REIS, 2003, p.174). Sobre as dificuldades da perspectiva da história contemporânea, ver HOBBSAWM (1998).

<sup>258</sup> Entendemos que, apesar deste trabalho não possuir perspectiva histórica, qualquer análise sociológica – no caso, de uma sociologia constitucional – não pode ignorar os aspectos historiográficos, sob o risco de cometermos atrocidades em generalizações temporais de nossa abordagem. Por conseguinte, seguimos as lições de Peter Burke sobre a relação complementar entre sociologia e história, como destaca: “Sociologia pode ser definida como estudo da sociedade humana com ênfase em generalizações sobre sua estrutura e desenvolvimento. História é mais bem definida como o estudo de sociedades humanas no plural, destacando as diferenças entre elas e as mudanças ocorridas em cada uma com o passar do tempo. Por vezes, as duas abordagens têm sido consideradas contraditórias, porém é mais útil tratá-las como complementares. Apenas

No entanto, existem indícios<sup>259</sup> de que o debate social foi de fato muito importante para a constitucionalização da assistência social como um direito e para a concretização da constituição através da Lei Orgânica da Assistência Social. Ou seja, para o processo constante de alteração da semântica constitucional do direito à assistência social.

Enxergar esse processo, baseado na lógica de que o poder comunicativo oriundo de uma esfera pública participativa, como existente, ajuda-nos a redefinir institucionalmente as formas de legitimação do direito à assistência social. Ajuda-nos a enxergá-lo como um processo aberto de concretização em que a participação social é imprescindível.

A Assembléia Nacional Constituinte representou um momento único na história constitucional brasileira. Pela primeira vez houve significativa participação popular num processo constituinte<sup>260</sup>. Aliás, o processo de redemocratização, como um todo, espelhou a vitória da mobilização de parcela significativa da população brasileira, que passou a se organizar, sobretudo, a partir de meados da década de 1970<sup>261</sup>.

Assim, já na década de 1980, o Brasil presenciou um processo de revitalização da sociedade civil que teve como pedra de toque a luta pela (re)democratização. A tarefa era questionar a legitimidade de um Estado ditatorial, que não era composto apenas de um aparato

---

mediante a comparação da história com as outras disciplinas poderemos descobrir em que aspectos determinada sociedade é única. A mudança é estruturada, e as estruturas se alteram. Na verdade, o processo de 'estruturação', como alguns sociólogos o chamam, tornou-se o centro das atenções nos últimos anos (...)(BURKE, 2002, p. 12-13). E mais a frente destaca o risco da visão contrária a essa interligação: "Historiadores e teóricos sociais têm a oportunidade de se libertar de diferentes tipos de paroquialismo. Os historiadores correm risco de paroquialismo no sentido quase literal do termo. Ao se especializarem, como em geral o fazem, em uma região específica podem acabar considerando sua 'paróquia' completamente única, e não uma combinação única de elementos, que individualmente têm paralelos em outros lugares. Os teóricos sociais demonstram paroquialismo em um sentido mais metafórico, um paroquialismo mais vinculado a tempo do que a lugar, sempre que generalizam sobre a 'sociedade' com base apenas na experiência contemporânea ou discutem a mudança social sem levar em consideração os processos de longo prazo"( BURKE, 2002, p. 13).

<sup>259</sup> Em relação à palavra "indício" utilizada nesse tópico, destacamos que seu significado encontra-se no sentido da obra de Carlo Ginzburg. Este autor utiliza o que denomina "paradigma indiciário" como método historiográfico. Nesse sentido, cf. GUINZBURG (2002).

<sup>260</sup> Em que pese à convocação da Assembléia Nacional Constituinte (Emenda à Constituição de 1969 n.º. 26, de 27 de novembro de 1985), instituída em 1º de fevereiro de 1987, ter sido realizada pelo governo militar e a dubiedade das funções dos representantes eleitos após esse ato – se seriam efetivos constituintes ou cumulariam às funções de representantes ordinários –, o caráter democrático da Constituição de 1988 é incontestável. Canais de participação popular estavam entre os procedimentos constituintes, a saber: i) possibilidade de apresentação de sugestões às subcomissões por entidades associativas; ii) audiências públicas abertas à sociedade civil; e iii) apresentação de propostas de emendas com a assinatura de 30 mil eleitores.

<sup>261</sup> Maria da Glória Gohn separa em duas fases a mobilização social entre meados em diante da década de 70 e o início da década de 90. Ela denomina o período entre 1975 e 1982 com o de "Lutas pela Redemocratização". Já o período entre 1982 e 1995, a autora classifica como "A Época da Negociação e a Era dos Direitos" (GOHN, 2003, pp. 113 – 152). A distinção de Gohn faz sentido quando se observa a agenda desses movimentos históricos.

burocrático repressor, mas também de uma rede de instituições autoritárias que atravessava toda sociedade<sup>262</sup>.

Na assistência social, contudo, a mobilização social já dava indícios de alteração da compreensão de uma área marcada por ações estatais subsidiárias e sem a conotação de políticas públicas<sup>263</sup>.

Já no início do governo do presidente José Sarney é possível observar alterações no significado da ação assistencial. As condições sociais brasileiras de exclusão e concentração de renda foram os motes para o início da preocupação de como redefinir o papel da assistência social como uma ação de Estado. Nesse sentido, por exemplo, em 1985 antes, portanto, dos debates constituintes houve o I PND – Plano Nacional de Desenvolvimento da Nova República. Esse documento, ainda que não tenha sido efetivamente implementado, já particulariza a assistência social como política pública<sup>264</sup> e, pela primeira vez, reconhece formalmente o destinatário como um detentor de direitos<sup>265</sup>.

Nesse contexto de mudanças conceituais e políticas, o papel de uma ainda incipiente opinião pública sobre a temática começou a se destacar<sup>266</sup>. Nesse período, vários núcleos de

---

<sup>262</sup> Como destaca Raquel Raichelis: “Aquela década foi a arena de amplo movimento de conquistas democráticas que ganharam a cena pública: os movimentos sociais organizaram-se em diferentes setores, os sindicatos fortaleceram-se, as demandas populares ganharam visibilidade, as aspirações por uma sociedade justa e igualitária expressaram-se na luta por direitos, que acabaram se consubstanciando na Constituição de 1988, com o reconhecimento de novos sujeitos como interlocutores políticos” (RAICHELIS, 2005, p. 72).

<sup>263</sup> Maria Luiza Mestriner divide a relação histórica entre Estado, filantropia e assistência social em 5 períodos: i) filantropia disciplinadora no enfrentamento da questão social (1930-1945); ii) a filantropia partilhada sob o âmbito educacional (1946-1964); iii) a filantropia de clientela e apadrinhamento (1964-1985); iv) a filantropia vigiada entre a benemerência e a assistência social (1994-2000). No âmbito da assistência social convém destacar apenas aparece na década de 30. O Estado, entretanto, apenas atuava em seu papel regulatório das atividades de caridade. Foi nesse sentido que foi criado o Conselho Nacional de Serviço Social (CNSS), extinto em 1995, em 1938. O enfoque de caridade era tão grande que em 1942 foi criada a Legião Brasileira de Assistência, extinta também em 1995, instituição dirigida pela primeira dama e que teve como foco inicial auxiliar a família dos militares combatentes da 2ª Guerra Mundial. Essa instituição apenas alterou sua estrutura institucional voltada exclusivamente para as ações caritativas em 1969, quando se tornou uma fundação pública vinculada ao então Ministério do Trabalho e da Previdência Social. A partir daí, a assistência social inicia um processo de mudanças institucionais, passando a estar mais diretamente vinculada aos órgãos de governo. Sobre a história de atuação do CNSS e da LBA, observada por uma perspectiva crítica, cf IAMAMOTO e CARVALHO (2005).

<sup>264</sup> Ver SPOSATI (2005, p. 30) e BARBOSA (2001). No aludido ano de 1985 as mudanças no sentido da assistência social podem ser verificadas de forma latente na bandeira política encapada pelo então Governo Federal: “tudo pelo social”. Nesse período, a estratégia da já Fundação Legião Brasileira de Assistência era a de substituir a ação filantrópica. Nesse maiores detalhes sobre esse processo, cf. MESTRINER (2005, p. 192).

<sup>265</sup> Como já destacamos, até o advento da Constituição Federal de 1988, a assistência social não possuía feições nem públicas nem estatais. Nesse sentido, ressalta Mestriner que: “A relação entre Estado e assistência social sempre privilegiou um conjunto de iniciativas privadas em detrimento da responsabilidade pública. Esse quadro apenas teve alteração inicial com a Constituição de 1988” (MESTRINER, 2005, p.17)

<sup>266</sup> Maria Luiza Mestriner argumenta que: “As práticas assistencialistas e clientelistas começam nesse período a ser confrontadas também pelo surgimento de novos movimentos sociais, organizações não-governamentais e movimentos sociais, organizações não-governamentais e movimentos de defesa de direitos. Motivados pela luta em prol da democratização, articulados em função de teses e proposições constitucionais ou estimulados por organizações internacionais são criados em todo o país, centros de defesa de direitos, movimentos em prol da

pesquisa sobre assistência social são instalados no Brasil e, com eles, muitas investigações, relacionadas ao tema, foram desencadeadas<sup>267</sup>. Os trabalhadores do setor, por sua vez, iniciaram um intensivo processo de debates, o que se desdobrou em documentos, posicionamentos e proposições<sup>268</sup>.

Com a instalação da Assembléia Nacional Constituinte, em fevereiro de 1987, os debates se intensificaram. A conceituação da assistência social como um direito já ganhava contornos mais nítidos. Nessa fase, a luta pela constitucionalização da assistência social como um direito foi o fio condutor dos movimentos sociais, pesquisadores e profissionais da área<sup>269</sup>, que, sem sombra de dúvidas, possuíram um relevante papel de influenciar, direta ou indiretamente, na atuação constituinte<sup>270</sup>.

Assim, a assistência social foi constitucionalizada como um direito social (art. 6º) e como uma política de seguridade social (art. 194). A partir de então, passou a abranger também aqueles que não possam prover seu próprio sustento ou condições mínimas de desenvolvimento pessoal através do mercado de trabalho.

O processo de luta pelo direito à assistência social não cessou após sua inserção no texto constitucional. Na prática, a Constituição projetou as possibilidades de efetivação desse direito. Era necessária lei para que se concretizasse esse novo direito. Era preciso dar-lhe delineamento institucional que tornasse possível a operacionalização das suas diretrizes constitucionais, estabelecidas no artigo 204 da CF: i) descentralização político-administrativa

criança e do adolescente, movimentos ecológicos e de proteção de minorias. Com uma intervenção mais política de denúncia e reivindicação – vão alterar o panorama social” (MESTRINER, 2005, p. 196).

<sup>267</sup> Duas instituições acadêmicas se destacaram durante esse período: a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e a Universidade de Brasília (UnB). A PUC São Paulo, que, desde 1984, vinha realizando estudos sobre a assistência social, divulgou, em 1985, o livro “Assistência na Trajetória das Políticas Sociais Brasileiras - uma questão em análise” (SPOSATI et al, 1992). Iniciava-se, portanto, um período fértil de eventos e de produção intelectual sobre a assistência social, o que levou ao questionamento sobre as funções estatais (MESTRINER, 2005, p. 192).

<sup>268</sup> As associações mais atuantes durante esse período foram: a Associação Nacional de Assistentes Social (ANAS), a Associação Nacional dos Servidores da LBA (ANASSELBA) e as Associações de Servidores da LBA (ASSELBAs). Nesse diapasão, convém destacar que em junho de 1986, os trabalhadores da FLBA realizaram seminário nacional sobre assistência social. Ademais, Esses debates não permaneceram isolados. Eles se refletiram em uma preocupação estatal em relação aos rumos da assistência social. Nesse sentido, por exemplo, o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) criou Comissão Apoio à Reestruturação da Assistência Social, cujo relatório é datado de maio de 1986 (SPOSATI, 2005, p. 35)

<sup>269</sup> Certamente, a participação social nesse processo esteve longe da mobilização social existente na saúde, por exemplo, que teve uma atuação destacada, sobretudo, do Movimento Sanitarista Para uma abordagem também fulcrada na perspectiva da democracia deliberativa, mas com enfoque no direito à saúde, *cf* OLIVEIRA (2005). Porém, a participação foi existente e importante. Nesse sentido, *cf*. BEHRING; BOSCHETTI (2002, p. 134 – 145).

<sup>270</sup> A importância da constitucionalização da assistência social é destacada pelo relator da Comissão da Ordem Social da Assembléia Nacional Constituinte, Senador Almir Gabriel (PMDB/PA): “É imperativa a inclusão das políticas assistências na nova Carta constitucional, já que mais da metade da população brasileira pode ser considerada candidatas a programas assistências, como a única maneira de garantir os seus direitos sociais básicos”.

e ii) participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Entretanto, o período imediatamente posterior à promulgação da nova Constituição foi complexo e, de certa, forma desanimador.<sup>271</sup> A expectativa, com a redemocratização e com uma “Constituição Cidadã”<sup>272</sup>, era de que houvesse mudanças radicais nas instituições, mas as mudanças não ocorreram com a velocidade imaginada. As inovadoras diretrizes constitucionais para a área permaneceram ofuscadas pela continuidade de práticas clientelistas e do incentivo financeiro do Estado para as entidades filantrópicas<sup>273</sup>. A esperança da inovação institucional prometida no processo constituinte e no texto constitucional foi aos poucos se transformando em aflição pela longa espera da Lei Orgânica.

Nesse contexto, o segundo período do governo do presidente José Sarney (ano seguinte à promulgação da Constituição Federal) foi importante no que tange à elaboração de estudos e propostas, inclusive de Lei Orgânica, pelos movimentos sociais<sup>274</sup>. Convém destacar

---

<sup>271</sup> Nesse sentido, o artigo 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabeleceu que: “os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los”. E o parágrafo único desse artigo trazia: “Parágrafo único. Aprovados pelo Congresso Nacional, os planos serão implantados progressivamente nos dezoito meses seguintes”. Ou seja, em tese, o Brasil deveria ter tido uma Lei Orgânica da Assistência Social até o dia 5 de outubro de 1989. E esta suposta lei deveria ter sido progressivamente implementada até o dia 5 de abril de 1991. Todavia, esses prazos não foram respeitados, apesar de ter havido forte mobilização social nos períodos acima narrados no sentido da discussão sobre o conteúdo da necessária lei. Do ponto de vista da Teoria da Constituição, o desânimo poderia ser representado por um descrédito sobre a eventual força normativa da constituição brasileira em face aos fatores reais de poder. Ou seja, o argumento de Ferdinand LASSALE (2002) – constituição como folha de papel – pode ter parecido mais forte que o de Konrad HESSE (1991) – força normativa da constituição. O debate jurídico-constitucional sobre a auto-aplicabilidade dos direitos sociais foi inócuo, como já apontamos do ponto de vista teórico, ante a ausência de uma regulamentação que demorou 5 anos.

<sup>272</sup> José Murilo de Carvalho dá sentido histórico sociológico ao termo amplamente utilizado, “Constituição Cidadã”: “O esforço de reconstrução, melhor dito, de construção da democracia no Brasil ganhou ímpeto após o fim da ditadura militar, em 1985. Uma das marcas desse esforço é a voga que assumiu a palavra cidadania. Políticos, jornalistas, intelectuais, líderes sindicais, dirigentes de associações, simples cidadãos, todos a adotaram. A cidadania, literalmente, caiu na boca do povo. Mais ainda, ela substituiu o próprio povo na retórica política. Não se diz mais ‘o povo quer isto ou aquilo’, diz-se ‘a cidadania quer’. Cidadania virou gente. No auge do entusiasmo cívico, chamamos a Constituição de 1988 de Constituição Cidadã” (CARVALHO, 2004, p. 7).

<sup>273</sup> Como bem destaca Mestriner comentando esse período imediatamente posterior à constituinte: “Como toda fase de transição, o velho e o novo vão conviver numa contradição frontal” (MESTRINER, 2005, p. 196). Do ponto de vista do constitucionalismo, esse processo é compreensível. O argumento de Rosenfeld ilustra bem essa situação: “O sujeito constitucional aparentemente molda uma nova ordem política à sua própria imagem, a partir de uma posição de absoluto domínio, colocado muito acima dos remanescentes em ebulição das tradições deitadas fora, descartadas, pela revolução. (ROSENFELD, 2003a, p. 34). Contudo, “No mais das vezes, as tradições pré-revolucionárias não completamente erradicadas, mas transformadas e seletivamente incorporadas na nova ordem forjada pelo sujeito constitucional” (ROSENFELD, 2003a, p. 35). O movimento de aparente retrocesso que apresentou o Brasil, no caso da assistência social, também é compreensível da perspectiva comparada de outros momentos da história constitucional. Gustavo Zagrebelsky, por exemplo, interpreta, a partir da Revolução Francesa, como sendo “o conservadorismo do começo do século XIX” um movimento que consistia nas concepções políticas que visavam frear a penetração de idéias liberais revolucionárias (ZAGREBELSKY, 2005, p. 56).

<sup>274</sup> Aldaísa Sposati assevera que nesse período: “Os movimentos pró-assistência social passam a ser articulados com a presença de órgãos da categoria dos assistentes sociais que, através do então CNAS e CEFAS – hoje

a realização, na Comissão de Saúde, Previdência e Assistência da Câmara dos Deputados, do I Simpósio Nacional sobre Assistência Social, nos dias 30 de maio a 1º de junho de 1989. Esse evento teve como tema justamente a Lei Orgânica da Assistência Social e resultou em uma proposta de Lei Orgânica<sup>275</sup>, que foi adotada pelo Deputado Raimundo Bezerra. Esse parlamentar a apresentou, mesmo sendo a competência para iniciativa do Executivo, como autor do Projeto de Lei nº. 3.099/89, cujo relator foi o Deputado Nelson Seixas. Entretanto, aprovado, após emendas, no Congresso, esse projeto foi integralmente vetado através da Mensagem nº. 672/90 ao Presidente do Senado, em 17 de setembro de 1990, pelo então Presidente da República, Fernando Collor<sup>276</sup>.

No entanto, ao mesmo tempo em que o então Presidente vetou integralmente o projeto de Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), seu governo pautou sua atuação assistencial no incentivo e transferências de verbas públicas para entidades filantrópicas de natureza privada<sup>277</sup>, em contraste flagrante com a normatização constitucional sobre a assistência social<sup>278</sup>. Dessa forma, ainda que os debates sobre a lei não tivessem cessado, foi

---

CRESS e CFESS – vão se movimentar com a ANASSELBA, Frente Nacional de Gestores Municipais e Estaduais, Movimentos pelos Direitos das Pessoas com Deficiência, dos Idosos, das Crianças e Adolescentes, pesquisadores de várias universidades pleiteando a regulamentação da assistência social” (SPOSATI, 2005, p. 46).

<sup>275</sup> Grande parte das idéias contidas na proposta veio de projeto originalmente formulado em parceria composta pelo IPEA e pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas em Políticas Sociais (Neppos) da UnB.

<sup>276</sup> Esse é o parágrafo que fundamenta o aludido veto: “Entre as razões ponderáveis que justificam o veto, sobressai a existência, na proposição, de dispositivos contrários aos princípios de uma assistência social responsável, que se limite a auxílios às camadas sociais mais carentes da população, sem, contudo, comprometer-se com a complementação pecuniária e continuada de renda, papel este de uma ação voltada à maior disponibilidade de emprego e salários dignos”. Esse trecho é tudo o que justifica o veto integral de um projeto de lei, aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, que buscava organizar a assistência social. Se não bastasse a pobreza argumentativa para se vetar um projeto de grande abrangência, o motivo que leva o então Presidente a assinar o veto é atroz em uma democracia constitucional. Note-se que o argumento central destaca, de forma muito genérica, que a assistência social brasileira não poderia se comprometer com a complementação pecuniária e continuada de renda. O Poder Executivo, em sua função de “gerente” das contas públicas federais certamente poderia criticar eventuais critérios para o benefício pecuniário e continuado, mas não criticar o instituto em si. Isso porque o que denomina de “complementação pecuniária e continuada da renda”, hoje Benefício de Prestação Continuada, é um objetivo constitucional da assistência social, presente no inciso V do artigo 203 da Constituição. O Presidente, por conseguinte, ao vetar o projeto de Lei Orgânica, o fez asseverando que uma norma constitucional seria contrária “aos princípios de uma assistência social responsável”. No entanto, não se diz o que seria ou onde estariam esses princípios. Ou seja, o veto presidencial foi inconstitucional.

<sup>277</sup> Para esse tema, cf RAICHELIS (2005, p. 97).

<sup>278</sup> Raquel Raichelis destaca que “A partir do governo Collor, assistimos ao redirecionamento do papel do Estado, já no contexto do avanço das teses neoliberais. No *Plano Brasil: um projeto de reconstrução nacional*, de março de 1991, são definidas as diretrizes do seu programa de governo” (RAICHELIS, 2005, p. 96). E mais adiante salienta: “O *Plano Brasil* contorna um item da Constituição, constante do artigo 203, exatamente aquele referente aos benefícios de prestação continuada que garantem um salário mínimo mensal a deficientes e idosos” (RAICHELIS, 2005, p. 96-97).

apenas posteriormente ao *impeachment* de Collor<sup>279</sup> que as discussões sobre a concretização constitucional via LOAS foram efetivos<sup>280</sup>.

Mesmo assim, destacamos a importância do 1º Seminário Nacional de Assistência Social, realizado, por iniciativa de várias entidades de representação de profissionais da área, em Brasília, em junho de 1991, cujo tema foi: “Impasses e Perspectivas da Assistência Social no Brasil”. Um dos resultados desse evento foi a criação da chamada “Comissão pela LOAS” – composta por militantes do setor e que possuía por finalidade a interlocução com o Congresso – culminando no documento “Ponto de Vista que Defendemos”<sup>281</sup>, que recuperava as discussões anteriores. Esse documento, assinado pela categoria dos assistentes sociais, serviu de subsídio para um novo projeto de lei, apresentado pelos Deputados Eduardo Jorge, José Dirceu, Jandira Feghali e Maria Luiza Fontenelle, tendo a Deputada Fátima Pelaes como relatora (PL nº. 3.154/92)<sup>282</sup>. No entanto, esse projeto não foi levado ao plenário em virtude da existência de ação de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pelo Procurador-Geral da República. Nessa ação, é ressaltada a competência privativa do Executivo para propor a Lei Orgânica, já que se tratava de matéria que envolveria o orçamento e estruturação desse Poder.

O projeto acima mencionado serviu como base para as discussões no Congresso e entre setores da sociedade civil. Quando, finalmente, o Poder Executivo ingressou nos debates – em abril de 1993 –, por intermédio do (à época) Ministério do Bem-Estar Social, foi utilizado o PL nº. 3.154/92 como referência para os eventos organizados por esse Poder, em todo o Brasil, em parceria com a LBA, SESI e SESC. Estes eventos precederam a Conferência Nacional de Assistência Social<sup>283</sup>, realizada em junho do mesmo ano em Brasília<sup>284</sup>.

---

<sup>279</sup> É importante destacar que, entre os escândalos do governo Collor, estava o nepotismo realizado na gestão da sua mulher, Rosane Collor, à frente da LBA, entidade responsável pela política assistencial/filantrópica de seu governo.

<sup>280</sup> Enquanto isso, Saúde e Previdência, as outras políticas sociais vinculadas à Seguridade Social, já tinham suas legislações aprovadas. A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº. 8.080/90) foi aprovada passou a vigor a partir de 19 de setembro de 1990 – dois dias após o veto presidencial ao projeto de Lei Orgânica da Assistência Social. Já no que se refere à Previdência, a Lei de Benefícios (Lei nº. 8.213/91) e a Lei Orgânica da Seguridade Social (Lei nº. 8.212/91), também conhecida como lei de custeio, são de 27 de julho de 1991.

<sup>281</sup>

<sup>282</sup> Esse não foi o único projeto relevante apresentado. Nesse diapasão, cabe destacar outros dois que produziram impacto na opinião pública: PL 1.457 de 06/08/91- do Deputado Reditório Cassol e o PL 1.943 de 01/10/91- do Deputado Geraldo Alckmim, que trazia versão muito próxima àquele projeto apresentado pelo Deputado Raimundo Bezerra, que não tinha sido reeleito.

<sup>283</sup> Conferência que contou com a ampla presença das organizações da sociedade civil e onde foram debatidos todos os aspectos do projeto de lei. Nesse sentido Sposati destaca: “As negociações, os debates sobre emendas ao texto constitucional geram um momento impar, que se torna conhecido como conferência Zero da Assistência Social. No auditório da Câmara Federal é debatido artigo por artigo do projeto de lei entre os representantes dos vários estados e dos movimentos pró LOAS ,com a presença de parlamentares, líderes do governo, emissários do ministro, e a deputada Fátima Pellaes, relatora do projeto de lei. Ali é fechado o texto básico” (SPOSATI, 2005, p. 59). O grande ponto de discordância das organizações representativas em relação ao projeto final dizia



Ato contínuo, em julho de 1993, o novo ministro enviou um projeto de regulamentação da assistência social ao Presidente da República. Aos 25 de agosto de 1993, finalmente, o presidente Itamar Franco enviou, em regime de urgência, projeto de lei para a Câmara Federal (PL nº. 4.100/93). Foi aprovado em novembro no Senado, já tendo sido aprovado em setembro pela Câmara. Assim, aos 7 de dezembro de 1993, foi sancionada a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

O processo de reconhecimento da assistência social na Constituição e na LOAS como um direito descrito, ainda que de forma fragmentária, mostrou indícios que ele não seria realizado da mesma forma sem a presença de uma esfera pública organizada em torno do tema, que o problematizou e apresentou alternativas institucionais. O poder comunicativo oriundo dessa esfera pública formada por profissionais<sup>285</sup>, pesquisadores e ONG's apresentou-se influente na decisão política que desenhou um modelo de assistência social baseado na construção participativa dessa política pública. O direito à assistência social pode ser lido como um processo de concretização constitucional aberto à participação.

Se, por um lado foi possível observar a presença de uma esfera pública em torno da assistência social, por outro, essa esfera pública se mostrou restrita a um ambiente organizado, representante da sociedade civil interessada. O cidadão destinatário dessas políticas não apareceu como um protagonista na construção desse novo sistema sócio-assistencial, ainda que associações de usuários também tenham participado subsidiariamente do debate. Envolver os cidadãos destinatários das políticas sócio-assistenciais é um desafio importante que exige ser pautado na própria sociedade civil e também pelo Estado, nos ambientes

---

respeito à idade mínima e a renda familiar máxima para o recebimento do Benefício de Prestação Continuada. Na lei aprovada esses critérios foram 70 anos e renda máxima de  $\frac{1}{4}$  (um quarto) de salário mínimo *per capto* na família, contrariando as expectativas de que a regulamentação trouxesse a idade de 65 anos e  $\frac{1}{2}$  (meio) salário mínimo *per capto*.

<sup>284</sup> Convém destacar que, durante esse período, as organizações da sociedade civil envolvidas com o processo de concretização do direito à assistência social publicaram carta aberta pelos “Direitos Constitucionais à Assistência Social”. Entre os posicionamentos trazidos em tal documento, chama atenção a reivindicação de um sistema de assistência social pautado pela participação social: “A sociedade civil não vem ocupando o espaço democrático a que tem direito no campo da assistência social. Não foi efetivado o Conselho de Assistência Social, que integre governo e sociedade civil a nível, estadual e municipal e coordene propostas de ação de responsabilidade entre três esferas, entre os órgãos de cada instância de governo e entre Estado e Sociedade Civil”.

<sup>285</sup> Sobre a importância dos profissionais do setor, é relevante destacar a opinião de Raquel Raichelis: “(...) observamos que os assistentes sociais organizados em suas entidades corporativas e acadêmicas tiveram atuação política destacada durante todo o processo de debate e negociação dos diferentes projetos. Assumiram, em muitos momentos, o papel de direção política e cultural, politizaram os debates, estabeleceram alianças políticas nos campos governamental, parlamentar, acadêmico e partidário, o que se mostrou fundamental para o nível de consenso possível que conduziu à aprovação da proposta final da Loas” (RAICHELIS, 2005, p. 124 – 125).

institucionais constituídos como espaços públicos de construção legítima das políticas de assistência social: os conselhos e conferências<sup>286</sup>.

#### **4.3. Conselhos e conferências de assistência social: instrumentos institucionais de participação, controle social e de concretização da Constituição**

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei 8.742/1993)<sup>287</sup> – que encarna a competência da esfera federal, conforme o inciso II do artigo 204 da CF, de estabelecer normas gerais e a coordenação geral da assistência social –, reafirmou o entendimento constitucional de que a assistência social é, sobretudo, um direito do cidadão (artigo 1º). Essa Lei traz ainda modelo pautado pelas seguintes diretrizes (art. 5º): i) a descentralização político-administrativa entre os entes da federação; ii) **a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis**; e iii) a primazia da responsabilidade do Estado, em todos os níveis federativos, na condução de tais políticas.

Na perspectiva de instrumentalizar a participação na formulação de políticas e o controle social das ações e gastos, por meio de organizações representativas, a LOAS estabeleceu, no âmbito federal, o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS)<sup>288</sup>,

---

<sup>286</sup> Nesse contexto é importante citar o argumento apresentado por Aldaísa Sposati: “Apontar a perspectiva de repolitizar a esfera social pública e nela tencionar o alcance do *status* de cidadão aos excluídos não significa obscurecer os conflitos contido nessa relação. Concretizar a igualdade, própria de cidadania, conflita com a sociedade de desigualdade, o que põe luzes nas discriminações/apartações próprias do processo de exclusão/inclusão social ali contido, Este processo provoca tensão às regulações postas à partida na esfera pública e exige uma nova institucionalidade democrática para o Estado. Este é um dos campos fundamentais de assentamento da política de assistência social como dever do Estado e direito do cidadão” (SPOSATI, 2004, p. 35).

<sup>287</sup> A LOAS está dividida em seis capítulos. O Capítulo I (artigos 1º a 3º) traz, com redação muito próxima à Constituição Federal, as definições e os objetivos da assistência social. O Capítulo II estabelece os seus princípios e diretrizes (artigos 4º e 5º). O Capítulo III trata da organização e da gestão da assistência social (artigos 6º a 19). No Capítulo IV (artigos 20 a 26) são tratados os significados de benefícios, serviços, programas e projetos no âmbito da assistência social. O Capítulo V (artigos 27 a 30) trata sobre o financiamento. E o Capítulo VI (artigos 31 a 42) traz as disposições gerais e transitórias.

<sup>288</sup> Consoante Maria da Glória Gohn, a experiência dos conselhos no Brasil não é nova. Com o crescimento dos movimentos sociais urbanos e sua complexa relação com o Estado na transição democrática, sobretudo em São Paulo, ainda nos anos 70 foi trazido à baila a temática dos conselhos. Inicialmente se tratavam de conselhos populares que funcionavam como uma espécie de espaços de críticas e do exercício do contra-poder fiscalizador às políticas do Estado. Depois tiveram os conselhos comunitários, espaços, geralmente consultivos, de negociação entre movimentos populares e o Poder Público. E, por fim, existem os conselhos

instituído aos 04 de fevereiro de 1994. Este órgão é o responsável, entre outras atribuições específicas<sup>289</sup>, por aprovar a Política Nacional de Assistência Social e “normatizar as ações e regular a prestação de serviços de natureza pública e privada no campo da assistência social”.

Da mesma forma, como norma geral para os demais entes da federação, essa lei previu a criação (inciso I do artigo 30) por parte de Estados, Distrito Federal e Municípios de, respectivamente, conselhos estaduais, distrital e municipais de assistência social. Além disso, vinculou os repasses financeiros à: i) instituição desses órgãos colegiados; ii) existência de fundo específico de assistência social; e iii) elaboração de Plano de Assistência Social. Nesses conselhos, a sociedade civil deve ter o mesmo número de representantes que os dos respectivos governos. São, portanto, órgãos paritários e com funções deliberativas<sup>290</sup>.

---

institucionalizados, tal qual o CNAS. Essa sim uma figura nova que surge com a Constituição de 1988 (GOHN, 2003, 210-213). Isso foi possível com a mudança do papel dos movimentos sociais na luta pela redemocratização: “A constituição de tais espaços [conselhos] tornou-se possível, também, em virtude das mudanças que se processaram no caráter dos movimentos populares, que, de costa para o Estado no contexto do autoritarismo militar, redefiniram suas estratégias e práticas e passaram a considerar a participação institucional como espaço a ser ocupado” (RAICHELIS, 2005, p. 36-37).

<sup>289</sup> As competências do CNAS estão elencadas no artigo 18 da LOAS:

“Compete ao Conselho Nacional de Assistência Social:

- I - aprovar a Política Nacional de Assistência Social;
- II - normatizar as ações e regular a prestação de serviços de natureza pública e privada no campo da assistência social;
- III - observado o disposto em regulamento, estabelecer procedimentos para concessão de registro e certificado de entidade beneficente de assistência social às instituições privadas prestadoras de serviços e assessoramento de assistência social que prestem serviços relacionados com seus objetivos institucionais;
- IV - conceder registro e certificado de entidade beneficente de assistência social;
- V - zelar pela efetivação do sistema descentralizado e participativo de assistência social;
- VI - a partir da realização da II Conferência Nacional de Assistência Social em 1997, convocar ordinariamente a cada quatro anos a Conferência Nacional de Assistência Social, que terá a atribuição de avaliar a situação da assistência social e propor diretrizes para o aperfeiçoamento do sistema;
- VII - (vetado)
- VIII - apreciar e aprovar a proposta orçamentária da Assistência Social a ser encaminhada pelo órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social;
- IX - aprovar critérios de transferência de recursos para os Estados, Municípios e Distrito Federal, considerando, para tanto, indicadores que informem sua regionalização mais equitativa, tais como: população, renda per capita, mortalidade infantil e concentração de renda, além de disciplinar os procedimentos de repasse de recursos para as entidades e organizações de assistência social, sem prejuízo das disposições da Lei de Diretrizes Orçamentárias;
- X - acompanhar e avaliar a gestão dos recursos, bem como os ganhos sociais e o desempenho dos programas e projetos aprovados;
- XI - estabelecer diretrizes, apreciar e aprovar os programas anuais e plurianuais do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS);
- XII - indicar o representante do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) junto ao Conselho Nacional da Seguridade Social;
- XIII - elaborar e aprovar seu regimento interno;
- XIV - divulgar, no Diário Oficial da União, todas as suas decisões, bem como as contas do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS) e os respectivos pareceres emitidos”.

<sup>290</sup> Veja-se o trecho: “A composição mista e paritária e a natureza deliberativa de suas funções, como estabeleceu a formatação legal que orienta sua implementação, constituem uma das principais inovações democráticas no campo das políticas sociais no país” (RAICHELIS, 2005, p. 40).

A figura da Conferência Nacional de Assistência Social, que deve ser convocada pelo CNAS a cada quatro anos<sup>291</sup>, vem ao encontro do argumento de que a participação social mais ampla é importante para a legitimidade das políticas públicas de assistência social.

Esse primeiro quadro institucional nos permite observar o direito à assistência social como um processo de luta dos movimentos sociais por reconhecimento, ainda que desse processo o cidadão destinatário das políticas sócio-assistenciais tenha participação limitada. Com isso, não pretendemos camuflar a importância da presença do cidadão destinatário ainda distante dessa realidade, mas refletir sobre as formas práticas de incluí-lo efetivamente nesse processo.

Essa perspectiva fortalece o argumento de que as garantias de participação, no âmbito dos conselhos de assistência social e outros órgãos representativos da Administração, são imprescindíveis para a constitucionalidade e, conseqüentemente, para a legalidade de ações concretas de assistência social. Essas garantias de participação não são derivadas da boa vontade estatal ou governamental. Elas são conquistas históricas, frutos das lutas por reconhecimento dos cidadãos interessados e de uma sociedade civil atuante. A garantia de participação social na formulação e controle das políticas assistenciais é uma conquista<sup>292</sup> e, portanto, deve ser ampliada aos setores excluídos da sociedade.

A tarefa de espriar a participação como um direito dos cidadãos destinatários das políticas de assistência social é repleta de dificuldades. Existem bloqueios históricos, tanto do governo, quanto da própria sociedade civil, que dificultam esse processo de concretização legítima da assistência social. Do lado dos governos, existe ainda uma grande dificuldade em reconhecer o papel deliberativo e fiscalizador dos conselhos paritários. Do lado da sociedade, o grande risco é de que os espaços públicos se tornem cenários corporativos. Existem exemplos concretos de ambos os bloqueios.

---

<sup>291</sup> Na redação original, as conferências deveriam ser convocadas a cada dois anos. No entanto, a Lei n.º 9.720/2001.

<sup>292</sup> Esse é o argumento central de Pedro Demo, no âmbito das políticas sociais. Cabe destacarmos o entendimento do autor: “O eixo político da política social centra-se no fenômeno da participação. É através dela que promoção se torna auto-promoção, projeto próprio, forma de co-gestão e autogestão, e possibilidade de autosustentação. Trata-se de um processo histórico infundável, que faz da participação um processo de conquista de si mesma. Não existe participação suficiente ou acabada. Não existe como dádiva ou como espaço preexistente. Existe somente na medida de sua própria conquista” (DEMO, 1999, p. 13). Do ponto de vista prático essa perspectiva também tem uma razão clara de ser. Isso porque “O conteúdo principal desta postura está na caracterização da necessidade de comparecimento dos interessados em qualquer política social. Política social do Estado, como qualquer política que provenha de posições dominantes, tende fortemente à compensação, ao assistencialismo e à tutela, podendo predominar a mera preocupação em fazer algumas concessões para não incorrerem em riscos nas posições privilegiadas vigentes. Os interessados, ou os desiguais, não são objeto de política social, mas sujeito principal, aparecendo o Estado, ou qualquer outra instância, como instrumento de promoção, de motivação, de colaboração, não como condutor e dono do processo” (DEMO, 1999, p. 23).

Em relação aos bloqueios governamentais, o período relativo ao governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, por exemplo, é recheado de exemplos, sendo que o Programa Comunidade Solidária é o maior deles.

O Programa Comunidade Solidária foi criado através da Medida Provisória 813, de 1º de janeiro de 1995 (primeiro dia de governo), que dispunha sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, tendo sido regulamentado pelo Decreto nº 1.366/95 e Decreto ato s/n de 17/02/1995. A idéia apresentada pelo Governo Federal com esse ato era a de construir uma estratégia de articulação e gerenciamento dos programas sociais de vários setores do governo. Por isso, o Conselho desse Programa foi configurado como órgão vinculado à Casa Civil da Presidência da República. Tal perspectiva trazida pelo Programa nada tinha de negativo. Pelo contrário, a estratégia de intersectorializar gerenciamento de programas sociais é uma exigência constitucional, quando o assunto é a Seguridade Social<sup>293</sup>. Os problemas se referiam à sua concepção de base e ao seu formato institucional.

O Programa era presidido pela Primeira-Dama, Ruth Cardoso<sup>294</sup>. O seu Conselho, órgão de caráter consultivo e não deliberativo como o CNAS, era composto por 21 personalidades – entre estas, cabe ressaltar, foram indicados artistas, atletas e representantes do setor empresarial – indicadas pelo Presidente da República. Portanto, esse Conselho possuía formato completamente distinto daquele previsto para o CNAS, sobretudo no que se refere à composição paritária<sup>295</sup>. Isso acabou provocando certo esvaziamento de uma conquista histórica da sociedade civil, que garantia constitucionalmente a existência de um conselho partícipe da gestão e não apenas consultivo. Tal medida governamental afastou ainda mais os destinatários das políticas sociais desenvolvidas, pois, nesse Conselho, nem formalmente havia garantia de participação.

---

<sup>293</sup> É o que consta no *caput* do artigo 194 da CF: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Paradoxalmente, entretanto, apesar da previsão de ações integradas estarem presente na Constituição e na fundamentação do Programa Comunidade Solidária, poucos anos depois, o Presidente Fernando Henrique extinguiu o Conselho Nacional de Seguridade Social (Medidas Provisórias nº 1799-6/99 e 1911-7/99). Este órgão havia sido desenhado com a responsabilidade do planejamento de tais políticas integradas de Seguridade Social.

<sup>294</sup> Interessante destacar o trabalho de Iraildes Caldas Torres que apresenta estudo sobre a relação histórica entre a figura das Primeiras-Damas e a assistência social, sob a perspectiva das relações de gênero. Nesse sentido, *cf* TORRES (2002).

<sup>295</sup> Conforme o §1º do artigo 17 da LOAS, o CNAS é composto por 18 membros e os respectivos suplentes. Dos 18 membros, 9 têm que ser representantes governamentais e 9 têm que ser representantes da sociedade civil, escolhidos entre organizações ou representantes de usuários, das entidades e organizações de assistência social e dos trabalhadores do setor e eleitos em foro próprio. Consoante o Decreto 5003/2004 (artigo 2º), último a regular a matéria, são 3 membros por representação.

O Programa Comunidade Solidária esvaziou o CNAS e a assistência social como um todo<sup>296</sup>. A referida MP 813/95 extinguiu o Ministério do Bem-Estar Social. A Secretaria de Assistência Social, coordenadora das ações do setor, passou a integrar o Ministério da Previdência, transformado então em Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS). Com isso, o Programa Comunidade Solidária causou uma cisão entre benefícios e direitos. A assistência social ficou reduzida aos benefícios, sobretudo o Benefício de Prestação Continuada, e a ações emergenciais. Já os programas continuados de combate à pobreza, foram destacados para o Programa Comunidade Solidária, sem a concepção de direito, participação institucional e controle social presente na LOAS<sup>297</sup>.

A assistência social foi restringida, portanto, a um conjunto de ações semiprevidenciárias (benefícios sem contribuição) destinadas a um público cuja referência é a pobreza quase absoluta<sup>298</sup>. Essa perspectiva, implícita no Programa Comunidade Solidária, afasta ainda mais o cidadão pobre, destinatário de políticas sociais, do universo da participação. Em vez do destinatário, o Programa preferiu a participação limitada de personalidades capazes de mobilizar a solidariedade da sociedade para com a pobreza<sup>299</sup>.

Se, por um lado, o Programa Comunidade Solidária violou os procedimentos democráticos e a área de atuação da assistência social, em especial o CNS; por outro, a divergência também ocorreu mais profundamente: no plano das concepções sobre o significado das políticas e direitos sociais.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (o conhecido “Plano Bresser” do primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique), de inspiração neoliberal, partindo da crise fiscal do Estado e da necessidade de se ampliar o significado de público – em sentido completamente diverso do que trabalhamos aqui – tinha como proposta de fundo um Estado regulador, inclusive para as políticas sociais. Isso se traduziu, na seara da assistência social, em um incentivo regulatório do Estado em relação às entidades filantrópicas e assistenciais e de um novo perfil denominado filantropia empresarial. A crescente do setor, em parte, se deve

---

<sup>296</sup> Sobre o fato, ressalta Raichelis: “Apesar dos insistentes pronunciamentos dos gestores do Comunidade Solidária de que este programa não viria substituir a política de assistência social, desde a sua criação foram expostas áreas de atrito entre essas duas esferas de ação governamental” (RAICHELIS, 2005, p. 113). No entanto, convém destacar que os programas de assistência social não foram contemplados pelo Programa Comunidade Solidária (RAICHELIS, 2005, p. 114).

<sup>297</sup> RAICHELIS, 2005, p. 110 e 111.

<sup>298</sup> Basta lembrarmos que o critério para o recebimento do BPC é o da renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo.

<sup>299</sup> RAICHELIS, 2005, p. 112.

a mudanças normativas, tais como o novo regime de definição do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos (Decreto nº. 2536/98)<sup>300</sup>.

É justamente a certificação das entidades filantrópicas uma das competências mais contraditórias do CNAS<sup>301</sup> e que também demonstram bloqueios existentes no âmbito da sociedade civil. Alguns interpretam essa função como fundamental para o fortalecimento político do Conselho. Isso porque se trata de um papel regulatório que movimenta um volume grande de recursos em termos de incentivos tributários e previdenciários, como, por exemplo, a isenção do pagamento da alíquota patronal para a Seguridade Social<sup>302</sup>. Essa atribuição cartorial, herdada do antigo Conselho Nacional do Serviço Social, apesar da importância política, representa riscos para a legitimidade do Conselho: a sobrecarga cartorial, a corrupção e o corporativismo.

A sobrecarga burocrática do CNAS é observada em números. Das várias espécies de resoluções emitidas pelo Conselho<sup>303</sup>, a grande maioria é formada por resoluções regulamentadoras, que dizem respeito ao atendimento direto às instituições e organizações

<sup>300</sup> Nesse sentido, cf MESTRINER (2005, p.29).

<sup>301</sup> Maria Luiza Mestriner faz crítica ao atual modelo constitucional por entender que nele ainda está presente a filantropia (MESTRINER, 2005, p. 51). Discordamos dessa interpretação negativista que sobrecarrega a leitura do texto constitucional. Primeiramente, é óbvio que as atividades filantrópicas representam uma possibilidade de atuação privada. E isso nada tem de ruim. A assunção de um sistema público de assistência social não quer dizer que todas as atividades de transferências de rendas e bens para pessoas necessitadas sejam exclusivas do Estado. A todos, sejam por razões morais, religiosas ou jurídicas, devem ser garantidas as possibilidades de ajudar seus concidadãos. No entanto, entidades privadas que desejarem ter incentivos para atuar nessa área têm que estar de acordo com o sentido público de assistência social. Isso se traduz, por exemplo, na necessidade de revisão da atuação do CNAS. Em vez da atividade cartorial de certificação, devem crescer as atividades deliberativas de delimitação mais precisa sobre qual o sentido público da assistência social que poderá justificar incentivos ou isenções estatais. E, também, na definição mais precisa sobre quais serão as formas de controle.

<sup>302</sup> O valor total de isenções a alíquota patronal atingiu, no ano de 2001, a elevada cifra de R\$ 1,8 bilhão (CHAGAS et al, 2003, p. 10).

<sup>303</sup> “O CNAS emite decisões por meio de resoluções de diversas naturezas e finalidades:

**Regulamentadoras:** atendem diretamente às instituições e organizações cadastradas ou interessadas em integrar o CNAS; Referem-se aos registros de entidades, deferimentos/indeferimentos de pedidos de certificação, renovação de registros, isenção de imposto por recebimento de doações importadas ou retificam erros cadastrais.

**Normativas:** definem as diretrizes para que as organizações da sociedade civil requeiram reconhecimento do CNAS; estabelecem prazos para cadastro, pedidos e relação de documentos exigíveis; regulam expedição de Cebas e outros documentos relativos ao registro no Conselho; e fixam prazos para a regularização da situação de inadimplência. Administrativas: tratam da organização própria do Conselho, como a criação de grupos de trabalho, a organização de conferências e grupos de estudos; aprovam o Regimento Interno; fazem a indicação do presidente e do vice; e atribuem competências à Secretaria Executiva do Conselho, bem como indicam os representantes para o Conselho;

**Deliberativas:** são as que demonstram efeitos políticos diretos, como a aprovação das propostas orçamentárias para o Fundo Nacional de Assistência Social e de programas na área (como Peti, PNAS, Norma Operacional Básica) e a partilha de recursos do Serviço de Ação Continuada (SAC) para os estados e os municípios;

**Propositivas:** constituem a minoria entre o conjunto de resoluções e estão voltadas para a solicitação de estudo ou de atitude por parte de outra instituição do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário;

**Eletivas:** são atos ou avisos (na realidade, não são resoluções) sobre decisões do Conselho relativas à eleição de entidades representativas” (CHAGAS et al, 2003, p. 24).

cadastradas ou interessadas em integrar o setor filantrópico ou beneficente<sup>304</sup>. Isso acaba por esvaziar o papel deliberativo de construção de diretrizes políticas do Conselho<sup>305</sup>.

A corrupção representa o grau extremo da colonização, pelo poder econômico ou político, de um conselho que pretende se constituir um espaço público de deliberações. É o nível maior de descrédito que a instituição pode chegar. Experiências recentes demonstraram que a ênfase do CNAS em relação à certificação e regulamentação da atividade filantrópica pode se traduzir nesse risco.

O corporativismo também é um risco sempre presente<sup>306</sup>. Ainda mais quando se observa a composição quadripartite do CNAS. Logicamente, qualquer espaço público serve como um ambiente de contato entre as corporações<sup>307</sup>. Todavia, a legitimidade dos conselhos institucionalizados depende também das possibilidades dele se livrar das amarras do corporativismo e abrir a comunicação legítima produzida informalmente e formalmente pela esfera pública. Esse é mais um motivo para que o CNAS volte-se mais intensivamente para sua função deliberativa.

A ênfase na função deliberativa dos conselhos de assistência social tem razão de ser, pois é essa função que articula as demais contra o risco do poder ilegítimo e da baixa mobilização dos destinatários das políticas assistenciais. É a função deliberativa que conecta os conselhos como espaços institucionais com uma esfera pública mais abrangente, não apenas por razões teóricas, mas também pelo formato e competências jurídicas existentes no direito brasileiro.

O CNAS possui competências deliberativas ainda pouco exploradas do ponto de vista prático, mas que lhe garantem o papel de instância de concretização constitucional do direito à assistência social. Compete ao CNAS três funções deliberativas imprescindíveis para a definição concreta sobre o significado e abrangência desse direito social: i) “aprovar a Política Nacional de Assistência Social” (inciso I do artigo 18 da LOAS); ii) “normatizar as ações e regular a prestação de serviços de natureza pública e privada no campo da assistência

---

<sup>304</sup> Em pesquisa empírica foi observado que desde sua instituição até o ano de 2001, apenas 1,7% das resoluções órgãos era de natureza deliberativa – principal função institucional do Conselho (CHAGAS et al, 2003, p. 24)

<sup>305</sup> Mestriner relata que o CNSS, preocupado em demasia com as instituições filantrópicas, ficou de fora de todo esse movimento de discussão acerca do modelo de assistência social (MESTRINER, 2005, p. 194).

<sup>306</sup> Porém, discordamos da interpretação institucional generalista de Fernando Aguillar, que afirma: “Vivemos um período em que a participação popular nas decisões estatais, ao invés de representar o combate ao corporativismo estatal, pode significar apenas uma nova forma de corporativismo” (AGUILLAR, 1999, p. 72).

<sup>307</sup> Nesse sentido, Márcio Iorio Aranha, com base em Hanna Arendt, assevera que: “O espaço público serve como meio de contato entre as corporações, ou seja, entre interesses precisamente focados, mas não serve somente a este fim. Ele também se apresenta como o local de encontro de interesses ainda em processo de definição. Esse espaço somente não pode prescindir da inclinação dos indivíduos em integrá-lo; da abdicação da condição de particular. O espaço público é um espaço construído diuturnamente e depende de quem se habilite a criá-lo” (ARANHA, 2005, p. 22).



social” (inciso II do artigo 18 da LOAS); e iii) “aprovar critérios de transferência de recursos para os Estados, Municípios e Distrito Federal” (inciso IX do artigo 18 da LOAS).

Essas três competências representam elementos indispensáveis para construção de uma política de assistência social que supere as tradições do privatismo e do clientelismo assistencialista, no sentido de uma concepção de justiça social como reconhecimento intersubjetivo da cidadania. Todas três, também, têm um potencial de mobilização social em torno de uma aplicação concreta de um modelo de democracia deliberativa.

Para isso, é necessário que os conselhos estejam suficientemente articulados com uma esfera pública viva e atuante que enxergue em suas deliberações e nas ações estatais a expressão das pautas tematizadas e problematizadas pela sociedade. Daí a importância concreta das conferências, espaços mais sensíveis às informações oriundas das variadas experiências pessoais de exclusão e privação de direitos. Com efeito, a mudança legislativa (Lei nº. 9.720/97), que aumentou de dois para quatro anos os intervalos entre Conferências Nacionais e retirou a possibilidade de convocação de uma modalidade extraordinária, ainda que se possa argumentar ao contrário com enfoques pragmáticos, restringiu a democracia participativa a um ciclo igual ao da democracia representativa. O período de quatro anos é nitidamente insuficiente para propiciar a reciclagem de argumentos novos e a discussão sobre um controle social presente e atento.

Outro elemento importante para a ampliação, no sentido do alcance dos destinatários, dessa rede de comunicação formada por uma esfera pública que tematiza o direito à assistência social é o fortalecimento dos conselhos locais (municipais e distrital). Os conselhos locais são fundamentais e representam uma alternativa para a ampliação da participação e do controle social, mas que, paradoxalmente, pode reduzi-lo. Por um lado os conselhos locais representam o espaço onde a participação pode ser mais efetiva, pois reduz o potencial de pulverização de uma esfera pública ampliada de uma sociedade complexa e possibilita maior influência concreta na gestão. Por outro lado, a grande proximidade e pressão do poder local podem dificultar a participação e o controle social. Daí o porquê da dimensão local ter de ser complementada pelas dimensões regionais e nacional, a partir de diretrizes estabelecidas como padrões de participação a serem reivindicados em nível local.

Contudo, a construção da legitimidade no âmbito de uma versão discursiva de democracia deliberativa está relacionada não apenas com o grau de mobilização política da esfera pública, mas também com uma compreensão adequada do sistema jurídico. A Constituição, observada como um processo a ser construído democraticamente, ajuda a retirar parcela da sobrecarga da atuação política e transferi-la para a seara da operacionalidade do

direito. Para tanto, é necessário enxergar o texto constitucional, das leis e demais regulamentações não como fins de uma luta política, mas como o balizamento da arena onde esta luta vai continuar ocorrendo. Traduzindo para a assistência social, significa dizer que a luta pelo reconhecimento da assistência social como um direito dos cidadãos não se encerrou com a LOAS. Essa luta continua no terreno da aplicação<sup>308</sup> porque é importante considerar, inclusive, que os Planos de Assistência Social e outras diretrizes deliberativas do CNAS fazem parte de um processo de concretização da Constituição. Não são apenas atos políticos, ainda que não possuam as tradicionais formatações legislativas. São atos jurídicos de valor cogente e que, portanto, servem como parâmetros concretos de constitucionalidade e de legalidade de benefícios assistenciais, programas de assistência social ou outros programas sociais, tradicionalmente tidos como discricionários, de combate à pobreza.

Essa leitura, todavia, ainda permanece vazia de significado institucional prático, razão que justifica o desenvolvimento dessa intuição no próximo capítulo, de maneira a observar em qual medida a perspectiva aqui construída pode ser traduzida num conceito de assistência social apto a ser instrumentalizado como parâmetro jurídico de legitimidade de ações políticas concretas.

---

<sup>308</sup> A. Honneth, ao descrever a estrutura jurídica de reconhecimento recíproco ressalta que: “na estrutura do reconhecimento jurídico, justamente porque está constituída de maneira universalista sob as condições modernas, está infrangivelmente inserida a tarefa de uma aplicação específica à situação: um direito universalmente válido deve ser questionado, à luz das descrições empíricas da situação, no sentido de saber a que círculo de sujeitos ele deve se aplicar, visto que eles pertencem à classe das pessoas moralmente imputáveis. **Nessa zona da situação referidas à aplicação, as relações jurídicas modernas constituem, como veremos, um dos lugares em que pode suceder uma luta por reconhecimento** (HONNETH, 2003, p. 186) [sem grifos no original]

## **CAPÍTULO 5 - SOBRE O SIGNIFICADO PRAGMÁTICO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL: A PARTICIPAÇÃO E O CONTROLE SOCIAL COMO PARÂMETROS OPERACIONAIS DE LEGITIMIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O caminho percorrido até aqui nos propiciou a reconstrução de dois níveis para o direito à assistência social: i) como um direito derivado contextualmente de uma concepção de justiça social compreendida como o reconhecimento intersubjetivo da cidadania e ii) como um processo aberto de concretização nos quais os instrumentos institucionais de participação e controle social possuem um papel destacado. Esses dois sentidos, que se referem ao nível da justificação constitucional (i) e ao nível abstrato das instituições democráticas (ii), sinalizam um significado concreto de assistência social, mas ainda assim são insuficientes para se traduzirem, por si sós, em um terceiro nível: o da operacionalização do direito.

Esse terceiro nível, o da operacionalidade do direito, se refere à obtenção de critérios pragmáticos capazes de se refletirem em parâmetros de constitucionalidade e legalidade de ações sócio-assistenciais concretas. A busca desses critérios é importante para que o discurso teórico apresentado não se resuma a mera retórica. Trata-se, pois, de uma tentativa de conciliar teoria e prática do Direito.

Além disso, a busca de critérios operacionais tem uma importante função política: a instrumentalização jurídica voltada à superação paradigmática das visões privatistas e clientelistas de assistência social, que a descaracterizam como política pública democrática. A idéia central deste capítulo é a de demonstrar que uma visão discursiva do direito à assistência social também pode ser uma alternativa pragmática de leitura. E, sobretudo, que tal visão oferece arcabouço instrumental apto a construir alternativa às visões dogmáticas do Direito<sup>309</sup>, que, em grande parte, permanecem prostradas cultivando critérios antiquados às necessidades de um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>309</sup> Apesar de ser um enfoque teórico distinto, adota-se a compreensão de Boaventura de Sousa Santos sobre a função de uma teoria crítica, a saber: “o objetivo último da teoria crítica é ela própria, transformar-se num senso comum, um senso comum emancipatório” (SANTOS, 2000, p. 17).

Para essa finalidade, dividiremos este capítulo em três tópicos. Num primeiro momento, esboçaremos o desenho institucional da assistência social que, após a Constituição de 1988 e a LOAS, orienta a perspectiva de que as ações sócio-assistenciais não têm como serem legítimas sem a participação deliberativa na gestão e sem o controle social, inclusive, financeiro. Apresentaremos, mais adiante, uma parte dos programas e ações assistenciais do Distrito Federal que, apesar de possuírem finalidades idênticas às ações definidas como benefícios, serviços, projetos e programas de combate à pobreza pela LOAS, se apresentam como ações fragmentárias que se constituem como um sistema assistencial paralelo, sem critérios claros de participação e controle social. Por fim, com a junção dos dois primeiros tópicos, destacaremos que tais ações do DF são ilegítimas, haja vista a observância de parâmetros democráticos, de forma que se torna incabível falar em discricionariedade administrativa.

### **5.1. Em busca de um significado pragmático do direito à assistência social**

Existe uma grande confusão prática sobre o significado da assistência social. Transcorridos 20 anos da promulgação da Constituição e quase 15 anos da entrada em vigor da LOAS, as ações assistenciais continuam fragmentadas, com ações desconexas em vários órgãos. Seus recursos financeiros, quando existentes, ficam completamente pulverizados. O direito à assistência social carece ainda de um sentido operacional. Como se trata de um direito que para ser concretizado necessita de instrumentalização de políticas públicas, a ausência de parâmetros claros o torna praticamente um direito de “segunda classe”, pois convive com práticas privatistas e paternalistas sem que lhe seja garantido um espaço institucional respeitado.

A afirmação de que a assistência social é um direito de “segunda classe” é forte, mas representa a realidade do imaginário social brasileiro. E isso ocorre por, ao menos, dois motivos. Primeiro, em virtude de fatores históricos: o privatismo filantrópico e o paternalismo estatal são elementos ainda incrustados na mentalidade nacional<sup>310</sup>. Por isso, uma nova

---

<sup>310</sup> Esse é o argumento apresentado por Maria Luiza Mestriner: “Assistência, filantropia e benemerência têm sido tratadas no Brasil como irmãs siamesas, substitutas uma da outra. Entre conceitos, políticas e práticas, tem sido difícil distinguir o compromisso e competências de cada uma destas áreas, entendidas como sinônimas, porque de fato escondem – na relação entre Estado-sociedade – a responsabilidade pela violenta desigualdade social que caracteriza o país” (MESTRINER, 2005, p. 14).

mensagem institucional necessita de elementos mais sólidos para efetivamente mudar essas percepções. Depois, porque a assistência social possui característica ao mesmo tempo vantajosa e desvantajosa: sua intersectorialidade<sup>311</sup>. A intersectorialidade se refere a uma característica marcante das ações de assistência social que é aglutinação de outras políticas públicas para sua realização satisfatória. A vantagem está na possibilidade de ações mais complexas e transformadoras da realidade de cidadãos materialmente excluídos. A desvantagem localiza-se no fato de que, devido sua compreensão histórica, a assistência social é vista como tendo um papel supletivo e secundário<sup>312</sup>, quando deveria ser vista como um instrumento de coordenação de outras políticas para consecução de suas finalidades emancipatórias.

Isso tudo se reflete em uma ambivalência marcante que perpassa a idéia geral de assistência social: a possibilidade de ser ao mesmo tempo um instrumento de inclusão ou de exclusão<sup>313</sup>. Como política de inclusão, a assistência social tem a seu favor a possibilidade de se constituir como uma política voltada para o reconhecimento da autonomia individual em suas três vertentes: autoconfiança, auto-respeito e auto-estima<sup>314</sup>. Ela pode também reiterar a exclusão já existente ao se traduzir como uma prática assistencialista que, em vez de garantir autonomia, a restringe por meio do vínculo paternalista que torna o beneficiário credor de favores.

Com efeito, entre a intersectorialidade e a especificidade, a inclusão e a exclusão, o sistema jurídico construído a partir do texto constitucional aponta para um desenho institucional que favoreça os primeiros elementos: a intersectorialidade e a inclusão. Para que

---

<sup>311</sup> O trabalho de Chagas *et al* esclarece de forma adequada o sentido da intersectorialidade para a assistência social: “É difícil delimitar o campo da assistência no Brasil, pois todas as áreas de política social têm uma dimensão assistencial, desenvolvem programas ou dirigem ações às populações que seriam destinatárias das políticas assistenciais. Nas áreas de saúde, previdência, educação, habitação etc., encontramos ações que se caracterizam como mecanismos assistenciais. Além disso, a assistência social desenvolve programas dirigidos a crianças, adolescentes, e idosos – programas emergenciais que exigem organização institucional específica. E, finalmente, a própria área assistencial pode ser caracterizada historicamente como um conjunto de ações desarticuladas, descontínuas e irregulares” (CHAGAS et al, 2003, p. 8).

<sup>312</sup> Aldaísa Sposati relata essa preocupação: “A política de assistência social entendida como processante de outras políticas sociais configura uma hierarquia entre as políticas sociais e atribui à assistência social um lugar supletivo e de mediação. No caso, ela teria a capacidade nucleadora de necessidades dos excluídos das ‘políticas básicas’” (SPOSATI, 2004, p. 38).

<sup>313</sup> Essa é a tese central de SPOSATI (2004, p. 21) que argumenta: “(...) a Assistência Social é ambigualmente possibilidade de inclusão social e reiteração da exclusão. Se pode ser considerada política estratégica nas condições de reprodução social de seus usuários, se é campo concreto de acesso a bens, serviços e recursos, se pode favorecer o protagonismo dos excluídos, pode também ser definidora de um lugar social à margem, de uma experiência de apartação”.

<sup>314</sup> As três esferas de reconhecimento, pautadas pela autonomia individual, na teoria de A. Honneth foram apresentadas no Capítulo 1.

tais elementos sejam bem compreendidos e úteis para uma apropriação crítica, é necessário apresentarmos os contornos do referido desenho institucional.

A Constituição Federal de 1988 inovou no tratamento dado à assistência social brasileira em pelo menos quatro sentidos. Primeiramente, ao contrário dos textos constitucionais anteriores, a assistência é concebida como um direito e não apenas como uma possível ação estatal. Em segundo lugar, vincula a assistência social ao sistema constitucional de seguridade social, ao lado da previdência e da saúde. Em terceiro lugar, trouxe determinação de que suas ações fossem descentralizadas do ponto de vista político-administrativo. Por fim, estabeleceu requisitos de participação na formulação das políticas e no controle das ações assistenciais em todos os níveis: do local ao nacional. De forma resumida, esse conjunto de inovações delineia um novo desenho institucional da assistência social no Brasil.

A positivação da assistência social como um direito social foi uma conquista importante que possibilita uma abertura argumentativa no sentido de construir obrigatoriedades das ações estatais (artigo 6º, *caput*, da CF). Os antigos beneficiários passaram, no novo cenário constitucional, a serem titulares de direitos. Observadas as situações concretas os agora sujeitos de direito podem reivindicar assistência social em espaços públicos e estatais sob uma lógica não caritativa, fundada na proteção de um direito fundamental social. Podem avaliar e criticar os serviços que lhes são prestados. Possuem, ao menos do ponto de vista formal, um conjunto de prerrogativas existentes e um caminho constitucionalmente aberto para materializá-las.

Nesse sentido, a LOAS além de trazer de reiterar a assistência social como um direito, trouxe os seguintes princípios regentes em seu artigo 4º:

I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;

**II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;**

**III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;**

**IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;**

V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão (sem grifos no original).

Esses princípios refletem exigências formais mínimas que guiam o direito à assistência social. Os incisos grifados foram destacados por representarem três elementos básicos que inviabilizam leituras privatistas ou paternalistas. O inciso II torna claro que a titularidade da assistência social é de um sujeito com um conjunto de direitos (como saúde, educação, moradia, entre outros) e que a assistência social deve representar uma das formas dele os exigir. O inciso III ressalta outro princípio que guia, sobretudo, a participação cidadã: a autonomia do cidadão destinatário. E o inciso IV traz requisitos de igualdade formal de acesso aos serviços. Todos esses princípios deveriam impedir práticas assistenciais desconexas de outros direitos, que considerem o destinatário como um sub-cidadão e as ações como favores, especialmente, eleitores.

O direito à assistência social também deve ter seus processos de implementação vinculados ao sistema da seguridade social<sup>315</sup>. No entanto, apesar do termo seguridade ser bastante claro para o direito à previdência, haja vista seu caráter contributivo (art. 201 da CF), e relativamente compreensível para o direito à saúde, na medida em que o “seguro social” é coletivamente importante para a redução do risco de doença e preservação da vida, o mesmo não ocorre, de imediato, para o direito à assistência social.

A assistência social, destinada aos necessitados, é um direito que independe de contribuição à seguridade social (art. 203, *caput*, da CF). Esse aspecto, interpretado em um contexto histórico marcado pelo patrimonialismo e pelo clientelismo, possibilita, muitas vezes, distorções no sentido de dissociar a assistência social do sistema de direitos, de forma a reduzi-la mais uma vez à vontade e disponibilidade estatal - ou ainda, mantê-la atrelada a uma política meramente subsidiária à previdência, como um resquício do mundo do trabalho. Contudo, observada em outro aspecto, a vinculação da assistência à seguridade social pode apresentar, paradoxalmente, uma forma interessante de lhe dar maior autonomia, tendo em vista a presença de um sistema de financiamento já existente e a possibilidade, ainda não plenamente efetivada, de construção de políticas integradas – conforme estabelece o parágrafo único do artigo 1º da LOAS.

Em relação à sua construção como política pública, a Constituição Federal deixou a cargo da União a coordenação e o estabelecimento de normas gerais, ficando a coordenação e a execução de programas sob responsabilidade das esferas estadual e municipal, bem como das entidades beneficentes e de assistência social (inciso I do art. 204 da CF). Com isso, o

---

<sup>315</sup> A seguridade social aparece na Constituição de 1988 textualizada como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 194, *caput*, da CF).

texto constitucional estabeleceu um formato federativo em que padrões nacionais, estabelecidos na esfera federal, devem ser conciliados com a gestão regional e local dos estados e dos municípios. Formatou ainda um modelo regulatório do setor privado, pois a execução de programas pelas entidades beneficentes e de assistência social deve ser coordenada e normatizada pelo Poder Público. Ou seja, a assistência social é um dever do Estado e, portanto, não pode ser totalmente delegada a iniciativas privadas. O Estado não pode abster-se da função de implementar um direito constitucional. A única possibilidade existente é a do estabelecimento de convênios com entidades filantrópicas (artigo 10 da LOAS). Porém, essa possibilidade tem caráter supletivo.

Se por um lado as políticas de assistência social devem ser materialmente eficientes, contando para tanto com a necessária coordenação do Estado na regulação e execução de programas; de outro, a assistência social não ficou atrás em uma característica marcante da Constituição de 1988 no que se refere à legítima construção de políticas públicas: a participação social (inciso II do art. 204 da CF). Além disso, como política de seguridade social, o inciso VII do art. 194 da CF prevê que a assistência social será desenvolvida como base no objetivo de garantir, além do caráter democrático e descentralizado, uma gestão quadripartite. Gestão quadripartite que em assistência social significa a participação de: i) cidadãos usuários; ii) trabalhadores do setor; iii) entidades filantrópicas; e iv) Governo.

Com efeito, a constitucionalização da assistência social, ao mesmo tempo, como direito social e como política pública democrática, gerou a necessidade de reformulação ou criação de novas estruturas político-participativas (conselhos e conferências de assistência social). Estes novos órgãos apresentam requisitos constitucionais de composição, critério de escolha dos integrantes e atribuições bem distintos dos órgãos anteriormente existentes para dar legitimidade e eficiência à assistência social. As competências desses órgãos refletem a necessidade de gestão participativa da política e o controle social das ações e gastos públicos. De maneira genérica, cabe ao Conselho Nacional o estabelecimento de diretrizes e de normas gerais, enquanto aos estados e municípios cabe o planejamento e a gestão, respectivamente, regionais e locais.

Entre as formas de implementação da assistência social, a LOAS, em seu capítulo IV, destaca 4 tipos abrangentes: benefícios, serviços, programas e projetos de assistência social. A diferença desses tipos se refere ao grau de complexidade das ações.

Benefícios são prestações pecuniárias derivadas de condicionalidades específicas. O único benefício com o *status* constitucional (inciso V do artigo 203 da CF) e com regulamentação da LOAS (artigos 20 e 21) é o Benefício de Prestação Continuada (BPC).



Esse benefício diz respeito à garantia de “1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família”<sup>316</sup>. A responsabilidade para concessão e manutenção desse benefício é da União, mas com gerenciamento realizado pelos municípios. Trata-se da ação com maior peso orçamentário sobre o Fundo Nacional de Assistência Social.

Porém, essa não é a única possibilidade de instituição de benefícios. A LOAS destaca (artigo 22) a existência dos benefícios eventuais que são “aqueles que visam ao pagamento de auxílio por natalidade ou morte às famílias cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”<sup>317</sup>. Esses benefícios têm que ser regulamentados pelos Conselhos Estaduais e Municipais de Assistência social, respeitadas as diretrizes do CNAS.

Além disso, o §2º do artigo 22 da LOAS traz a possibilidade de criação de outros benefícios eventuais para atender necessidades advindas de situações de vulnerabilidade temporária. Em tese esses outros benefícios eventuais deveriam compreender os vários benefícios autônomos destinados à garantia de rendas mínimas com condicionalidades específicas existentes no âmbito dos governos de todos os níveis da federação. No entanto, como veremos a seguir, tais benefícios se apresentam como sistemas paralelos aos estabelecidos para a assistência social. É necessário, por conseguinte, que o CNAS defina, conforme prevê o §1º do artigo 22 da LOAS, os critérios e prazos para concessão desses benefícios. Com isso, será mais fácil o seu controle social.

Já os serviços, consoante o artigo 23 da LOAS, referem-se às “atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas”. A atual Política Nacional de Assistência Social (PNAS), aprovada pelo CNAS, classifica a proteção social prestada em básica e especial (sendo esta subdivida em especial de média complexidade e de alta complexidade). Cada uma dessas espécies de proteção prevê a prestação de serviços sócio-assistenciais. Por exemplo, no âmbito da proteção social básica, existem serviços sócio-educativos para crianças e adolescentes que

---

<sup>316</sup> Denise Colin e Marcos Fowler argumentam que “a renda per capita inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo circunscreve a demasiadamente o âmbito dos beneficiários, a ponto de alcançar apenas as situações de penúria absoluta. Por essa via, o poder público aceita, como se fosse natural e inevitável, o atual nível de pauperização e exclusão a que chegou a população brasileira orientando-se por esse parâmetro e contando com a sobrevivência de cidadãos com ganho mensal equivalente a menos de R\$ 32, 50 (trinta e dois reais e cinquenta centavos)” (COLIN; FOWLER, 1999, p. 96)

<sup>317</sup> Em seus comentários à LOAS, Denise Colin e Marcos Fowler criticam o formato dado aos benefícios eventuais, como podemos ver: “A instituição dos benefícios eventuais por esta lei não correspondeu à idéia inicial que animava os projetos de lei anteriores. Nestes, buscava-se o estabelecimento de uma rede de proteção aos usuários da assistência social, compreensiva de programas, projetos, serviços e benefícios mais amplos e mais significativos” (COLIN; FOWLER, 1999, p. 102).

visam a sua proteção, socialização e fortalecimento dos vínculos familiares, prestados pelos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS). Já entre os serviços de proteção especial de média complexidade, podemos destacar o Serviço de Habilitação e Reabilitação na comunidade de pessoas com deficiência, oferecidos pelos Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS).

Os programas, por sua vez, são as atividades complementares com lapso temporal determinado (artigo 24 da LOAS). Um programa possui maior grau de concentração, indicando as partes e condições de plano num período de tempo determinado<sup>318</sup>. Os programas, pela PNAS, também aderem à classificação dos sistemas de proteção social. Assim, por exemplo, podemos citar o Programa de Atenção Integral às Famílias (PAIF), instituído entre os programas de proteção social básica.

Por fim, destacam-se os projetos de enfrentamento da pobreza que, conforme o artigo 25 da LOAS:

compreendem a instituição de investimento econômico-social nos grupos populares, buscando subsidiar, financeira e tecnicamente, iniciativas que lhes garantam meios, capacidade produtiva e de gestão para melhoria das condições gerais de subsistência, elevação do padrão da qualidade de vida, a preservação do meio-ambiente e sua organização social.

Um exemplo de projeto nesse escopo atualmente existente é o “Projeto Agente Jovem de Desenvolvimento Humano”, desenvolvido no âmbito do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Esse projeto articula um conjunto de atividades continuadas ao jovem, entre 15 e 17 anos, no sentido de lhe propiciar experiências práticas com ênfase nos aspectos da educação e do trabalho. Com efeito, verifica-se que, consoante o disposto no artigo 26 da LOAS, a diferença dos projetos de enfrentamento da pobreza em relação às outras ações se encontra na articulação de diferentes setores governamentais, com a participação da sociedade.

A descrição, ainda que sucinta, do “sistema” construído para a regulamentação legítima da assistência social demonstra que a principal inovação não está nas espécies de ações. A diferença trazida a partir da Constituição de 1988 está no esforço de se traduzir um novo sistema em uma rede articulada e coordenada de políticas públicas que visam fortalecer

---

<sup>318</sup> Denise Colin e Marcos Fowler destacam que os programas têm os seguintes componentes fundamentais:

- “a) fixação de metas e valoração de alternativas;
- b) determinação de recursos humanos, físicos, materiais e financeiros disponíveis e necessários ;
- c) adequação de metas, finalidades, objetivos e estratégias às possibilidades;
- d) determinação de projetos específicos, enquanto meios instrumentais;
- e) análise de viabilidade dos projetos;
- f) avaliação dos riscos dos projetos;
- g) sistema de avaliação continuada.” (COLIN; FOWLER, 1999, p. 106 - 107).

a autonomia do cidadão. Autonomia que tem que ser privilegiada desde o início com a participação e controle social dos sujeitos envolvidos.

O significado pragmático da assistência social está na conjunção de elementos concretos que estabelecem a conciliação entre legitimidade e eficiência, a primeira a partir da participação popular na gestão e do controle social sobre as ações e gastos e, a segunda, um sistema federativo articulado e coordenado que estabelece padrões nacionais para a gestão local. Com esses elementos, a assistência social pode ser de fato compreendida como um direito do cidadão necessitado e não como filantropia ou favor estatal.

Entretanto, a tentativa de ruptura com a prática de ações fragmentárias, ineficientes e, sobretudo, ilegítimas, ainda não conseguiu se consolidar como uma visão garantista no direito brasileiro. Práticas de matrizes assistencialistas continuam a ser uma rotina entre as políticas assistenciais. Essa é uma constatação que não se restringe aos municípios mais pobres. É uma realidade nacional observável em vários entes da federação. É nesse sentido que no próximo tópico descreveremos algumas ações do Governo do Distrito Federal, explicitadas como de desenvolvimento social, mas que, na verdade, não rompem com o modelo assistencialista. Pelo contrário, reforçam a dependência e não capacitam para o exercício da cidadania.

## **5.2. Visões restritas sobre a assistência social: O exemplo do Distrito Federal<sup>319</sup>**

O Distrito Federal, capital da República e detentor de competências simultâneas reservadas aos Estados e Municípios, interessa a esse estudo por combinar elementos em princípio contraditórios: possuir o maior Índice de Desenvolvimento Humano do Brasil, um dos melhores índices de desenvolvimento da educação e, mesmo assim, ter um alto nível de desigualdade social.

---

<sup>319</sup> A escolha exemplificativa desse ente federativo se dá por duas justificativas metodológicas principais. A primeira, baseada em uma das funções da Universidade e, portanto, dos estudos acadêmicos, refere-se ao papel que um programa de pós-graduação deve possuir para uma sociedade específica. Dentre tantos outros possíveis recortes espaciais, nada mais recomendado que uma dissertação a ser apresentada na Universidade de Brasília possua preocupação com a comunidade do Distrito Federal. A segunda justificativa, por outro lado, diz respeito à necessidade de um recorte amostral. Obviamente, seria impossível um estudo que focasse todo o território nacional. Estaria fadado à superficialidade. Buscar exemplo nas políticas de assistência social da União, por sua vez, poderia ter o inconveniente na distância delas, e seus padrões nacionais, e os anseios de participação social do cidadão real. Assim, para se discutir com mais êxito os mecanismos de participação, suas vicissitudes e problemas, o caminho dos Estados e Municípios parece ser mais promissor. Nesse sentido, o Distrito Federal possui uma nítida facilidade decorrente de suas peculiaridades jurídico-institucionais: o fato de possuir competências híbridas entre aquelas pertencentes a Estados e Municípios, especialmente em relação, no presente caso, à política de assistência social.

Em tese, esse seria o cenário ideal para a experimentação de ações assistenciais diferenciadas no que se refere ao investimento público e à mobilização da sociedade civil. O Distrito Federal poderia ser, dessa maneira, um exemplo para todo o País. No entanto, apesar da existência de um sistema distrital de assistência social – sobretudo, conselho paritário, fundo de assistência social próprio e órgão gestor –, o que se enxerga na prática é a existência de um conjunto de ações e programas políticos clientelistas, distanciados de uma visão constitucional de assistência social.

Mesmo assim, a legislação distrital sobre o tema contempla, formalmente, todas as garantias necessárias a um exercício constitucional da assistência social.

A Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF), de 08/06/1993, seguindo as diretrizes da Constituição Federal, reservou local destacado para assistência social. Assim, por exemplo, no inciso VI de seu artigo 3º a assistência social aparece entre os objetivos prioritários do DF. No artigo 217, são reproduzidos preceitos da Constituição Federal. Mas são nos artigos 218 a 220 que a matéria teve seus contornos delineados<sup>320</sup>.

Ademais, o artigo 220 estabeleceu que as ações governamentais na área da assistência social seriam financiadas com recursos do orçamento da seguridade social do Distrito Federal, da União, além de outras fontes previstas em lei.

Buscando garantir a participação popular na gestão e o controle social, a Lei Distrital 997/95 criou o Conselho de Assistência Social do Distrito Federal (CAS/DF). Assim como o CNAS, a lei prevê uma composição quadripartite e competências deliberativas, endossando a participação popular na gestão e o controle social das ações e gastos. Da mesma forma que a CNAS, formalmente, também foram dadas garantias procedimentais de participação e controle social, tais como a auto-eleição, com fiscalização do Ministério Público, dos representantes da sociedade civil e a presidência rotativa (alternância no cargo de presidente do conselho entre representante do governo e da sociedade civil).

---

<sup>320</sup> No artigo 218 da LODF, por exemplo, são estabelecidas as competências específicas da assistência social no DF. Vejamos:

“Compete ao Poder Público, na forma da lei e por intermédio da Secretaria competente, coordenar, elaborar e executar política de assistência social descentralizada e articulada com órgãos públicos e entidades sociais sem fins lucrativos, com vistas a assegurar especialmente:

I – apoio técnico e financeiro para programas de caráter sócio-educativos desenvolvidos por entidades beneficentes e de iniciativa de organizações comunitárias;

II – serviços assistenciais de proteção e defesa aos segmentos da população de baixa renda como:

a) alojamento e apoio técnico e social para mendigos, gestantes, egressos de prisões ou de manicômios, portadores de deficiência, migrantes e pessoas vítimas de violência doméstica e prostituídas;

b) gratuidade de sepultamento e dos meios e procedimentos a ele necessários;

c) apoio a entidades representativas da comunidade na criação de creches e pré-escolas comunitárias, conforme o disposto no art. 221;

d) atendimento a criança e adolescente;

e) atendimento a idoso e à pessoa portadora de deficiência, na comunidade”.

Tais garantias procedimentais, em tese, deveriam fortalecer a finalidade central dos conselhos de assistência social: a co-gestão participativa entre governo e sociedade civil e o controle social contudístico e financeiro das ações e programas. Nesse sentido, é de se destacar a competência do CAS/DF de aprovar o Plano de Assistência Social do Distrito Federal (inciso IV do artigo 3º) e de apreciar as propostas orçamentárias e eventuais alterações de prioridades por parte da Secretaria de Desenvolvimento Social (inciso V do artigo 3º)<sup>321</sup>. Essas competências visam garantir que os conselhos de assistência social não sejam órgãos de fachada, mas instrumentos efetivos de participação social.

Contudo, apesar da existência de um sistema normativo de assistência social que a reconhece como um direito do cidadão necessitado, garantindo-lhe a participação e o controle social, as práticas institucionais do Distrito Federal estão longe de se coadunar com tais

---

<sup>321</sup> As competências do CAS/DF estão estabelecidas no artigo 3º da Lei Distrital 997/95: “Art. 3º Compete ao CAS/DF:

- I. convocar, ordinariamente, a cada dois anos e, extraordinariamente, por maioria absoluta de seus membros, a Conferência de Assistência Social do Distrito Federal;
- II. aprovar, com base nas prioridades e diretrizes estabelecidas pela Conferência de Assistência Social proposta formulada pela Secretaria de Desenvolvimento Social e Ação Comunitária do Distrito Federal;
- III. demandar à Secretaria de Desenvolvimento Social e Ação Comunitária do Distrito Federal a permanente realização de estudos, pesquisas e capacitação de recursos humanos, como subsídio à Política de Assistência Social do Distrito Federal, bem como intercâmbios ou outras formas de cooperação com entidades que desenvolvam atividades congêneres;
- IV. aprovar o Plano de Assistência Social do Distrito Federal;
- V. apreciar a proposta orçamentária anual e plurianual e eventuais alterações nas prioridades e metas encaminhadas pela Secretaria de Desenvolvimento Social e Ação Comunitária, zelando por sua inclusão nos orçamentos anuais no Distrito Federal, observadas as diretrizes orçamentárias;
- VI. propor, quando couber, alteração da proposta orçamentária da Secretaria de Desenvolvimento Social e Ação Comunitária;
- VII. indicar prioridades para programação e execução orçamentária e financeira do Fundo de Assistência Social do Distrito Federal - FAS/DF;
- VIII. orientar e controlar a gestão do Fundo de Assistência social;
- IX. controlar o montante dos recursos alocados para a assistência social no Distrito Federal, assim como a sua aplicação e desempenho;
- X. normatizar as ações e regular a prestação dos benefícios, serviços assistenciais, programas de assistência social e projetos de enfrentamento da pobreza, de natureza pública e privada, no campo da assistência social;
- XI. regulamentar a concessão e o valor dos benefícios eventuais, observados critérios e prazos definidos pelo CNAS;
- XII. estabelecer critérios e proceder prévia inscrição das entidades e organizações locais de assistência social, como condição necessária ao seu funcionamento;
- XIII. proceder inscrição para funcionamento de filial de entidades com sede em outros Estados e com atuação no Distrito Federal;
- XIV. definir critérios para a concessão, pela Secretaria de Desenvolvimento Social e Ação Comunitária do Distrito Federal, de subvenções sociais a entidades;
- XV. normalizar a celebração de acordos, convênios e similares entre a Secretaria de Desenvolvimento Social e Ação Comunitária e entidades públicas e privadas de Assistência Social, fiscalizando a sua execução;
- XVI. organizar e manter atualizado o cadastro das entidades de assistência social do Distrito Federal;
- XVII. fiscalizar, de forma sistemática e continuada, o funcionamento de entidades de assistência social, bem como a gestão de recursos e o desempenho de programas e projetos aprovados pelo Conselho;
- XVIII. divulgar os benefícios sociais, os serviços assistenciais, os programas de Assistência Social e projetos de enfrentamento da pobreza no Distrito Federal, bem como os meios de acesso aos mesmos;
- XIX. elaborar o seu Regimento Interno observada a legislação pertinente.”

pressuposições normativas. Na prática, grande parte das ações sócio-assistenciais do DF, que deveriam ser caracterizadas como assistência social, não são objetos da co-gestão e do controle social do CAS/DF. Exemplo concreto disso é a atuação da Secretaria de Desenvolvimento Social e Trabalho do Distrito Federal (SEDEST/DF), órgão responsável por gerir a assistência social no atual Governo do Distrito Federal (GDF).

A SEDEST/DF divide suas ações socioassistenciais em três áreas, que correspondem a três Subsecretarias de competência finalística: assistência social, segurança alimentar e responsabilidade social e transferência de renda<sup>322</sup>. Cada uma dessas áreas temáticas possui um conjunto de ações que, consoante disposições expressas da LOAS, deveriam ser tratadas como assistência social, mas na realidade não o são.

As ações de assistência social, assim definidas pelo GDF, estão restritas à divisão entre serviços de proteção social básica e serviços de proteção social especial de média e alta complexidade<sup>323</sup>. Os programas definidos como assistência social são os existentes no âmbito federal. As iniciativas criadas pelo GDF não são vistas como componentes do sistema de assistência social. Assim, as principais ações sócio-assistenciais – de maior apelo popular – do DF estão definidas, financeira e administrativamente, como segurança alimentar ou transferência de renda.

Sob o signo de segurança alimentar encontram-se programas como “Pão da Solidariedade”<sup>324</sup>, “Leite da Solidariedade”<sup>325</sup> e “Cesta de Alimentos da Família”<sup>326</sup> (Decreto

<sup>322</sup> A distribuição de competências no interior da SEDEST/DF está presente no Decreto n.º. 27.959, de 09 de abril de 2007, que aprova um regulamento interno.

<sup>323</sup> A Política Nacional de Assistência Social define a proteção social básica e especial (de média e de alta complexidade) da seguinte forma: i) “A proteção social básica tem como objetivos prevenir situações de risco por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições, e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários. Destina-se à população que vive em situação de vulnerabilidade social decorrente da pobreza, privação (ausência de renda, precário ou nulo acesso aos serviços públicos, dentre outros) e, ou, fragilização de vínculos afetivos - relacionais e de pertencimento social (discriminações etárias, étnicas, de gênero ou por deficiências, dentre outras); ii) “São considerados serviços de média complexidade aqueles que oferecem atendimentos às famílias e indivíduos com seus direitos violados, mas cujos vínculos familiar e comunitário não foram rompidos. Neste sentido, requerem maior estruturação técnico-operacional e atenção especializada e mais individualizada, e, ou, acompanhamento sistemático e monitorado”; iii) “Os serviços de proteção social especial de alta complexidade são aqueles que garantem proteção integral – moradia, alimentação, higienização e trabalho protegido para famílias e indivíduos que se encontram sem referência e, ou, em situação de ameaça, necessitando ser retirados de seu núcleo familiar e, ou, comunitário”.

<sup>324</sup> Consiste, consoante sua regulamentação, na distribuição diária de 02 (dois) pães para a crianças entre 06 meses e 07 anos de idade, mulheres gestantes, idosos, portadores das doenças que trata o § 1º do Art. 186 da Lei n.º 8.112/90; aos matriculados no Projeto Frente de Trabalho e Qualificação Profissional, aos assistidos pelo Programa Esporte à Meia Noite, Programa Picasso Não Pichava e Programa Bombeiro Mirim.

<sup>325</sup> Refere-se à distribuição diária de leite para famílias de baixa renda selecionadas e incluídas no Cadastro Único de Beneficiários dos Programas Sociais do Governo do Distrito Federal.

<sup>326</sup> Cesta de alimentos distribuída para famílias incluídas no Cadastro Único de Beneficiários dos Programas Sociais do Governo do Distrito Federal.

nº. 21.466/2000), que consistem na distribuição de alimentos para pessoas em situações específicas, como crianças, gestantes e idosos, entre outros.

No que se refere às políticas de transferência de renda, destacamos três programas: i) “Renda Minha” (Lei Distrital nº. 2.759/2001 e alterações da Lei Distrital nº. 3.385/2004)<sup>327</sup>, ii) “Programa Pró-Família” (Lei Distrital nº. 2.303/1999 e regulado pelo Decreto nº. 28.478/2007), em especial a denominada “Bolsa Social”<sup>328</sup> e iii) “Concessão de Auxílio Funerário” (Lei Distrital nº. 2.424/1999, regulamentado pelo Decreto nº. 28.606/2007)<sup>329</sup>. Esse último caso, por exemplo, o pagamento do auxílio funeral, é uma competência explícita do DF no âmbito da assistência social (inciso II do artigo 14 da LOAS).

Os programas referentes à segurança alimentar ou a transferência de renda, como já dito, não são consideradas ações concernentes à assistência social. Por isso, tais ações não estão sob o controle do CAS/DF.

No caso da segurança alimentar, existe, no âmbito do Distrito Federal, um Conselho de Segurança Alimentar e Nutricional (Consea/DF). Esse conselho possui caráter consultivo<sup>330</sup> e não tem competência para o controle orçamentário e finalístico das ações governamentais no setor, ao contrário dos conselhos de assistência social. Entre suas atribuições, consoante o Decreto 27.800/2007, que reorganizou esse conselho, estão as seguintes<sup>331</sup>: propor as ações a serem implementadas e elaborar o Plano de Segurança Alimentar e Nutricional.

---

<sup>327</sup> Concede auxílio financeiro, uniforme e material escolar, aulas de reforço, tratamento médico, oftalmológico e odontológico a crianças em idade escolar (de 6 a 15 anos) matriculadas no ensino fundamental da rede pública inseridas em famílias com renda per capita de até R\$120,00. O benefício pecuniário é de R\$100,00 para famílias com 01 criança, R\$120,00 para famílias com 02 crianças e R\$180,00 para famílias com 03 ou mais crianças matriculadas. Para se candidatar, a família deve se cadastrar no Cadastro Único do Distrito Federal em qualquer ponto de atendimento da Secretaria de Desenvolvimento Social e Transferência de Renda (CRAS, CREAS e DRE).

<sup>328</sup> Entre os elementos do Programa Pró-Família, no âmbito da transferência de renda, destaca-se a denominada Bolsa Social, benefício que prevê a concessão de auxílio financeiro de R\$130,00 às famílias de baixa renda que não sejam do Programa Renda Minha.

<sup>329</sup> Destinado aos usuários dos serviços da assistência social prevê concessão de urna mortuária, transporte funerário, utilização de capela situada nos cemitérios, velório e sepultamento, isenção de taxas e colocação de placa de identificação.

<sup>330</sup> José Moroni defende a idéia de que o caráter deliberativo é fundamental para os conselhos participativos de acompanhamento de políticas sociais. Para ele, o caráter consultivo não basta para a garantia de participação. Ver MORONI (2007). Estamos de acordo com o pensamento do autor.

<sup>331</sup> As competências do órgão são as seguintes:

“I – propor as ações a serem implementadas pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Trabalho do Distrito Federal e demais órgãos e entidades do Distrito Federal executores do Programa de Segurança Alimentar e Nutricional do Governo do Distrito Federal;

II – articular e mobilizar a sociedade civil organizada, no âmbito da Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional e do Programa de Desenvolvimento Social do Distrito Federal, estabelecendo indicações de prioridade;

III – realização de estudos que fundamentam as propostas ligadas à segurança alimentar e as diversas alternativas de recuperação e manutenção nutricional;

Além da ausência de um caráter deliberativo, o Consea/DF é presidido pelo próprio Governador do DF, que tem a competência de escolher, discricionariamente, os representantes da sociedade civil, sem qualquer garantia de procedimento democrático.

Em relação às políticas de transferência de renda, não existe um conselho específico. No entanto, convém destacar que existe a previsão de um conselho consultivo para o Programa Renda Minha. Esse conselho, todavia, não possui competências específicas. E, da mesma forma como o Consea/DF, seus integrantes são escolhidos pelo Governador do DF.

Assim, grande parte da política sócio-assistencial do DF é realizada sem as garantias de participação na gestão e de controle social das ações e gastos públicos no setor. Na medida em que ações e programas são lançados no Orçamento como pertencentes à segurança alimentar e transferência de renda, políticas que não exigem a necessidade de fundos específicos, retira-se a possibilidade real da existência de procedimentos democráticos adequados. A existência formal de conselhos é insuficiente para se falar em participação e controle social. A ausência de caráter deliberativo, a escolha governamental dos representantes da sociedade civil e a responsabilidade pela presidência dos trabalhos ser exclusiva do governo, não tornam possível a institucionalização da participação popular. Pelo contrário, conselhos com essas características não conseguem traduzir o caráter democrático de nossa Constituição.

A questão prática que fica é a seguinte: se as ações e programas descritos como de segurança alimentar e transferência de renda deveriam – ou, no mínimo, poderiam – ser tratadas como pertencentes à assistência social, por que não são?

Várias poderiam ser as respostas para a questão, mas aqui apontamos duas prováveis hipóteses. Em primeiro lugar, o planejamento e a gestão de políticas sociais possuem tendência histórica de se imporem à população<sup>332</sup>. Depois, a institucionalização da participação e do controle social como instrumentos de concretização de direitos constitucionais tende a tornar a política pública expressão de uma ação de Estado, e não deste ou daquele governante. Com isso, as lideranças políticas perdem seu poder de personificar as ações e, por extensão, de formar suas clientelas.

---

IV – realizar campanhas visando sensibilizar a opinião pública sobre a necessidade de combate à fome e à desnutrição;

V – propor medidas relativas à educação alimentar e nutricional, propiciando orientação sobre qualidade nutricional, hábitos alimentares e estilo de vida saudável;

VI – elaborar o Plano de Segurança Alimentar e Nutricional”.

<sup>332</sup> Segundo Pedro Demo, o planejamento governamental “possui natural propensão tecnocrática, sistêmica impositiva” (DEMO, 1999, p. 42).



Qualquer uma das hipóteses não se coaduna com um Estado Democrático de Direito. A participação social não pode ser vista apenas de forma sofisticada. Ela é indispensável para a construção legítima de direitos constitucionais, que não podem depender da concepção política dos governos para serem concretizados. Os direitos sociais, como a assistência social, são conquistas que exigem uma resposta legítima do Estado brasileiro (União, Estados e Municípios) e, portanto, não são moedas de troca político-partidária. É nesse pano de fundo que as idéias de participação da gestão e controle social de ações e gastos não podem ser compreendidas apenas como orientações gerais para as práticas governamentais. Participação e controle são direitos que devem ser garantidos. Esse é o argumento do próximo tópico.

### **5.3. Direito à assistência social e garantias procedimentais: Participação e controle social como parâmetros pragmáticos de legitimidade das ações sócio-assistenciais**

O exemplo das políticas assistenciais do DF não tem o condão de nos fornecer subsídios para a avaliação do conteúdo ou da eficiência de tais políticas no Brasil. Do ponto de vista de nossas preocupações, a tarefa mais importante é reconstruir as possibilidades pragmáticas das garantias da legitimidade das políticas de assistência social. A idéia, nesse sentido, é sair do discurso apenas teórico e enxergar estratégias em que os procedimentos democráticos possam ser vistos pelos governos e pela sociedade em geral como elementos estruturantes no processo democrático de implementação do direito à assistência social.

Por isso, as ações e programas do Governo do DF, descritos como segurança alimentar e transferência de renda, que possuem similares em vários outros entes da Federação, são ilegítimos por não serem adequadas ao sentido constitucional de uma política de assistência social democrática. São ilegítimos quando os enxergamos em outra perspectiva: a procedimental. O conteúdo específico dos programas que exemplificamos acima é pouco relevante. A importância em citá-los está em seus procedimentos, que não se traduzem em garantias de participação e controle social.

O direito e a política social que a Constituição, especificamente, direcionou para os mais pobres e necessitados foi o direito à assistência social. Nesse sentido, a LOAS, que concretiza no plano legislativo ordinário o significado do direito à assistência social, estabeleceu os benefícios, serviços, programas e projetos como formas concretas de implementação das políticas de assistência social.

Mas a prática institucional no Distrito Federal, e no Brasil em geral, insiste em caracterizar ações que deveriam ser tratadas dentro do arcabouço definido pela assistência social como outras políticas. Políticas que, geralmente, procuram espelhar a ação de uma determinada liderança política. Ou seja, fora da assistência social, muitas vezes, há um conjunto de ações e programas personalistas, pouco institucionais.

Assim, por exemplo, programas e ações do DF, descritos no tópico anterior, são definidos como pertencentes às áreas de segurança alimentar ou transferência de renda, ainda que nitidamente se enquadrem dentro do que a LOAS define como assistência social. Essa é uma situação problemática na medida em que as ações e programas, em vez de serem vistas como direitos que devem ser garantidos com políticas de Estado, são compreendidas, como o próprio nome dos programas de segurança alimentar do GDF sugerem, como solidariedade. No entanto, um governo, seja de qualquer esfera federativa, tem de estar voltado à garantia de direitos a cidadãos e não promover estatalmente solidariedade.

Com efeito, nossa argumentação perde o caráter abstrato quando verificamos que as ações de segurança alimentar e transferência de renda, realizadas pelo GDF não possuem garantias reais de participação popular e controle social e, dessa forma, esvaziam o conteúdo jurídico da assistência social. A única política constitucionalizada de garantia material de direitos específicos aos necessitados, ganha, em uma prática institucional geralmente marcada pelo clientelismo, a concorrência de ações que privilegiam – muitas vezes por motivos obscuros – a distribuição em vez do reconhecimento intersubjetivo da cidadania.

Porém não se trata de encontrar um sentido ontológico do que seja assistência social ou de desvendar um núcleo essencial supostamente capaz de selecionar práticas legítimas de ilegítimas<sup>333</sup>. A preocupação central deriva do fato de que esses programas simplistas de distribuição de bens, na medida em que são políticas sociais sem as respectivas garantias procedimentais de participação social, não reconhecem a cidadania dos materialmente excluídos. Essas ações não possuem mecanismos institucionais de participação na formulação e controle de implementação e de gastos públicos. Nisso ganha força o argumento pela sua ilegitimidade.

---

<sup>333</sup> A noção de legitimidade adotada no presente trabalho se confunde com a de validade das normas jurídicas. Isso porque adotar-se-á visão de que a legitimidade diz respeito ao asseguramento de liberdades comunicativas dos cidadãos, independentemente do procedimento adotado – legislativo, administrativo ou judiciário *cf.* HABERMAS (1997, v.II, 147). Rechaçam-se, portanto, as teorias positivistas porque nelas toda a legitimidade da ordem jurídica é transferida quer seja para uma norma fundamental (KELSEN, 2000) ou para uma regra de reconhecimento (HART, 1994). Considera-se que tais teorias não conseguem responder os anseios de uma sociedade plural no que se refere à legitimidade da aplicação do direito, sobretudo nos casos difíceis. A legitimidade do direito nas teorias positivistas é transferida para fora do sistema jurídico, de maneira que possibilita uma aplicação discricionária *cf.* HABERMAS (1997, v.I, 250 e ss) e DWORKIN (2003).

Não é, portanto, um problema sobre o conteúdo material do direito à assistência social. É um problema procedimental. A consequência prática da existência de uma gama de ações assistenciais não tratadas como assistência social é a ausência de instrumentos democráticos de participação na gestão e de controle social dessas ações e de seu financiamento. Os exemplos das ações em segurança alimentar e transferência de renda no DF são claros nesse sentido.

Contudo, isso não significa dizer que ações pleiteadas como segurança alimentar ou transferência de renda são ilegítimas por si só. Pelo contrário, os direitos sociais não são restritos a um catálogo preestabelecidos, nem mesmo pelo texto constitucional. Direitos são frutos de processos de reconhecimento. Dessa forma, demandas sociais pelo reconhecimento de novos direitos como à segurança alimentar ou transferência de renda, entre outros, são legítimos. A ilegitimidade de se definir ações como, por exemplo, “Leite da Solidariedade” ou “Pão da Solidariedade” como pertencentes à segurança alimentar e não à assistência social está na limitação do requisito constitucional da participação social na gestão e do controle social das ações e gastos públicos.

Com isso, asseveramos que a assistência social, não do ponto de vista de um conteúdo específico, mas da adoção de procedimentos democráticos, é um parâmetro jurídico inafastável para outras políticas públicas congêneres. Essa é uma interpretação que preserva o sentido constitucional do direito à assistência social porque a não observância de instrumentos de participação e controle social pode, como vem ocorrendo em vários lugares do Brasil, esvaziar o direito constitucional à assistência social em nome de práticas clientelistas.

A ausência da exigência de requisitos democráticos claros e coerentes, aliada à inexistência de uma dotação mínima para os fundos de assistência social, ajudam a tornar a assistência social uma política pública secundária no rol das ações estatais brasileiras. Apesar da existência de procedimentos democráticos de participação para assistência social, estes procedimentos não são efetivados em razão de uma compreensão errônea do que seja discricionariedade administrativa<sup>334</sup>.

As visões mais comuns na dogmática jurídica são as que compreendem a existência de liberdade de escolha dos gastos pelo Poder Executivo, em função das receitas superestimadas ou a possibilidade de delegação das atividades de assistência social às ações filantrópicas. Por conseguinte, as compreensões dogmáticas enxergam que a decisão política na fase de elaboração orçamentária é ato discricionário da Administração. Isso, aliado à

---

<sup>334</sup> Para uma análise empírica da questão, *cf.* BATTINI et al (2000, 135-137).

inexistência de vinculação de recursos à área, conduz a ausência de mecanismos institucionais que consigam efetivamente garantir a concretização do direito constitucional à assistência social. Em razão disso, os fundos de assistência social, que recebem repasses federativos de verbas, possuem um baixo grau de controle popular e também de investimentos dos entes que estão vinculados.

Ainda assim não existem quaisquer questionamentos práticos sobre esses programas sob a lógica do discurso jurídico. Se por um lado é muito comum nos debates sociais existirem argumentos no sentido de que as políticas assistenciais do DF são assistencialistas<sup>335</sup> – ou seja, ao invés de ajudarem no processo emancipatório de superação da pobreza por meio do fortalecimento da cidadania, causam mais dependência dos indivíduos pobres com o agente político associado aos benefícios -; por outro, esses debates geralmente não são absorvidos pelo discurso jurídico.

Ao questionarmos a legitimidade de programas e ações sócio-assistenciais, o tradicional conhecimento sobre o direito nada consegue responder. Tais programas e ações, do ponto de vista abstrato, sempre são tidos como legais, pois se trataria: i) do exercício de autonomia do Poder Legislativo estadual, distrital ou municipal em criá-los ou, ii) de uma discricionariedade administrativa do Poder Executivo no que se refere à aplicação dos gastos públicos. Endossar ou criticar essas ações governamentais parecem sempre como atos meramente ideológicos que não se refletiriam em temas operacionais do sistema jurídico.

Contudo, essa compreensão de discricionariedade não corrobora com a idéia de um controle social democrático. O que os juristas mais antigos denominavam de poder discricionário não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Agora, a idéia de discricionariedade não pode andar afastada de uma compreensão que ainda permanece implícita nos debates jurídicos: “o poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais”<sup>336</sup>.

Esse postulado, quando explicitado, torna possível uma releitura fundamentada da dogmática jurídica, especialmente da dogmática administrativo-constitucional. O princípio constitucional da publicidade das ações administrativas (artigo 37 *caput*) e da motivação, explicitado na Lei nº. 9.784/99, não podem ser vistos de forma isolada. Eles representam um novo pano de fundo em que a atuação da Administração Pública, e do Estado brasileiro em

---

<sup>335</sup> Pedro Demo assevera que: “O vício fundamental do *assistencialismo* é a motivação no pobre de um elo de dependência para com o doador. A uma percepção errada tanto no lado do assistido, quanto do lado do doador. No *lado do assistido* o desacerto aloca-se no estilo paliativo de solução, que jamais atinge as causas, além de depender do doador” (DEMO, 1999, p. 62).

<sup>336</sup> HABERMAS, 1997, v. I, 171.

geral, deve ser radicalmente democratizada em todas as suas facetas. Nesse contexto, a participação na gestão das políticas sociais e o controle social das ações e gastos não podem ser vistas como elementos extrínsecos dos atos administrativos que dispõem sobre o conteúdo e o financiamento das ações estatais. Esses instrumentos democráticos têm que ser vistos como requisitos internos necessários à própria legitimidade dos atos administrativos.

Essa construção argumentativa não é complexa, pois parte de um raciocínio jurídico bem simples: direitos não podem ser simplesmente enunciados, têm que ser garantidos. Por isso, as compreensões e decisões sobre o conteúdo dos direitos sociais não podem passar ao largo de procedimentos necessários à sua realização efetiva<sup>337</sup>. Atualmente, no sistema jurídico constitucional brasileiro, a participação social é um procedimento necessário à implementação de políticas de assistência social.

Isso se traduz, em nossa abordagem temática, no fortalecimento da idéia de que participação e controle social são parâmetros pragmáticos para a atuação estatal devendo, pois, serem utilizados como requisitos de validade no âmbito administrativo, legislativo e judicial. Com isso, participação e controle social adquirem não apenas um caráter reativo – ou seja, de respostas a ações ilegítimas. Esses dois parâmetros possibilitam um novo olhar sobre nossas instituições democráticas responsáveis pela concretização do direito constitucional à assistência social, de forma a orientar a reconstrução do existente e a imaginação de alternativas institucionais.

---

<sup>337</sup> Ronald Dworkin, utilizando-se de sua parábola sobre o juiz Hércules, desenvolve raciocínio nesse sentido: “Qualquer interpretação plausível dos direitos das pessoas segundo a Constituição deve ser complexa o suficiente para tratar tanto do remédio quanto da substância. Assim, a decisão de Hércules sobre o remédio é também uma decisão de direito, uma decisão sobre os direitos secundários que as pessoas têm quanto ao método e a maneira de fazer valer seus direitos substantivos primários. Hércules deve decidir, como uma questão liminar geral, se a melhor interpretação das práticas remediadoras dos tribunais em geral e da Suprema Corte em particular exige que os direitos das pessoas ao remédio sejam sensíveis às conseqüências. Ele decidirá que sim: o objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear os direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles direitos” (DWORKIN, 2003, p. 465).

## **CAPÍTULO 6 - O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE IMAGINAÇÃO INSTITUCIONAL: A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA COMO ELEMENTO DE (RE)CONSTRUÇÃO DE ALTERNATIVAS PARA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Existe um contraste entre os argumentos apresentados na primeira parte e os da segunda parte desta dissertação. A primeira parte, que busca propiciar o novo pano de fundo de uma nova visão do direito à assistência social, parece não se harmonizar com o cético cenário institucional de uma democracia deliberativa existente, porém fragilizada.

A diferença entre norma e realidade, traço marcante de problematização da teoria constitucional, assume, em nosso tema, uma face visível – e, porque não dizer, cruel – de descompasso entre o que é publicamente anunciado como direito e as políticas públicas implementadas para o cidadão necessitado. Esse abismo entre discussão conceitual genérica e a concretização do direito é um problema que os juristas, geralmente, delegam para outras especialidades – sobretudo, políticas e econômicas. A Ciência do Direito, por um lado, freqüentemente, se preocupa com as generalizações abstratas e a dogmática jurídica, por outro, ocupa-se, na maior parte das vezes, de procedimentos concretos e pouco reflexivos. Nesses dois extremos, parece faltar espaço para que o pensamento jurídico faça o que talvez lhe seja mais importante: a crítica e, sobretudo, a imaginação de alternativas institucionais.

Parecem faltar instrumentos para pensarmos alternativas institucionais para a efetiva concretização do direito à assistência social. No Direito Constitucional, os debates sobre a concretização de direitos sociais estão presos às idealizações e aos conceitos tecnicistas. Carecemos de investigação sobre as formas institucionais concretas que fazem a união entre a normatividade constitucional e a vida prática. E isso não é sem razão.

A mudança paradigmática do modelo liberal para o modelo do Estado Social, como descrito no capítulo 2, alterou profundamente a estrutura das instituições jurídicas e políticas. As novas demandas por igualdade de fato fizeram, em grande parte do mundo, que as

sociedades, organizadas sob a lógica de um Estado Social, adaptassem aspectos culturais e históricos a um novo ideário político-institucional.

De maneira geral, os Estados sociais trouxeram outra imagem sobre o direito e o papel do Estado. A grande quantidade de demandas sociais que deveriam ser regulamentadas e transformadas em políticas públicas eficientes, implementadas pela administração, fizeram com que a legislação geral e abstrata não fosse mais capaz de dar respostas satisfatórias dessa nova estrutura jurídico-política. Com isso, a Administração Pública se autonomizou e o direito passou a ser instrumentalizado para fins de regulação política, o que sobrecarregou a estrutura tradicional do sistema jurídico<sup>338</sup>.

No entanto, quando buscamos uma nova compreensão e, por conseguinte, um novo desenho institucional da assistência social no Brasil, adequado à idéia de um paradigma do Estado Democrático de Direito, o argumento sistêmico da eficiência não é suficiente por si só. A eficiência tem de ser complementada pela legitimidade. Uma legitimidade democrática que importa, a nosso ver, em uma reestruturação do Estado e do Direito em torno de um novo modelo democrático: a democracia deliberativa.

Esse quadro impele a mudança interpretativa de estruturas clássicas do Direito Constitucional, quando partimos do pressuposto que a participação na gestão e o controle social são elementos que devam ser levados a sério. No caso específico da assistência social brasileira, a necessidade de operar democraticamente tais mudanças institucionais talvez seja um dos principais elementos para transformação de sua visão a partir do Direito Constitucional.

Sob o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, duas mudanças de compreensão em estruturas constitucionais tradicionais seriam muito importantes para uma maior eficácia e, principalmente, legitimidade das ações sócio-assistenciais: uma mudança mais específica em nossa realidade histórico-constitucional e outra de caráter mais geral. A primeira dessas mudanças de compreensão tem a ver com o nosso sistema federativo, ainda incapaz de reconciliar os padrões nacionais de investimento e qualidade das políticas sócio-assistenciais e a gestão local, sobretudo pelos municípios. Já a segunda mudança interpretativa se refere a uma nova forma de se enxergar a separação dos poderes em um modelo de democracia deliberativa. A divisão estanque de poderes ou a crença desmedida num Judiciário salvador encontram-se envolvidos em estruturas argumentativas arcaicas que

---

<sup>338</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 182.

não conseguem proteger o importante: a legitimidade democrática da política de assistência social no Brasil.

Uma visão crítica sobre o direito constitucional à assistência social, entendido normativamente como um elemento de reconhecimento intersubjetivo da cidadania, não pode se fruir de reconstruir essas instituições a partir de elementos já existentes em busca da imaginação de um futuro institucional alternativo. Essa é uma tarefa pouco ortodoxa no pensamento jurídico e social contemporâneo, mas que é importante para demonstrar o valor prático do Direito Constitucional como área do conhecimento e não como abstração descomprometida de aplicabilidade prática.

Em razão disso, dividiremos este último capítulo em três tópicos. No primeiro, buscaremos expor o raciocínio de que o caráter contingente das sociedades contemporâneas abre espaço para que o pensamento jurídico, sobretudo o Direito Constitucional, elabore alternativas institucionais a partir da reconstrução da realidade e não apenas a descreva como um elemento complexo. Depois, apontaremos a necessidade de reconstrução do nosso federalismo, caso queiramos conciliar o controle social da gestão local das ações sócio-assistenciais aos padrões nacionais produzidos por um modelo participativo de produção do direito. E, em último lugar, nossa tarefa reconstrutiva se orientará na busca de alternativa de leitura da separação de poderes, com base na necessária complementaridade entre a eficiência das ações de assistência social com a circulação legítima do poder democrático.

### **6.1. O Direito Constitucional como instrumento de imaginação institucional: a tarefa transformadora da construção de alternativas**

A ausência, em regra, de participação e controle social sobre as políticas de assistência social no Brasil é um problema institucional e não apenas teórico. Não se trata, portanto, de um problema de virtuosismo dos agentes políticos e públicos. O que se observa na prática é que, independentemente da orientação política dos gestores públicos, as unidades federativas brasileiras ainda não conseguiram apresentar, com resultados convincentes, um modelo de gestão da assistência social que concilie a legitimidade das formas democráticas e a eficiência concreta das ações.

Isso, em nosso entendimento, não ocorre por acaso. Uma sociedade que, ao longo da sua história, sempre privilegiou a centralização do poder e sua utilização clientelista não



abraçará, de um dia para o outro, um modelo de democracia deliberativa, mesmo que esse modelo esteja presente no texto constitucional. É imprescindível a existência de novas instituições ou de outras leituras sobre as já existentes que dêem conteúdo prático às necessárias e fragmentadas transformações da realidade. O paradigma do Estado Democrático de Direito ainda parece um elemento muito abstrato quando nos confrontamos com uma realidade constitucional específica.

Nesse contexto, ainda que tenhamos em comum a mesma base principiológica do constitucionalismo e, por conseguinte, do direito moderno, não nos basta simplesmente importarmos, de forma irrefletida, as formas institucionais concretas de outros países. Ainda que a comparação seja uma forma interessante para, criticamente, serem apresentadas alternativas.

Guiados pela noção contrafactual de ampliação da autonomia individual (diferenciada, para fins de legitimação do direito, em pública e privada), precisamos construir nossas próprias alternativas institucionais para a democratização radical de nossa sociedade. O exemplo da assistência social pode ser emblemático nesse processo, pois sua efetiva democratização pode representar a inclusão de parcela da população que se encontra entre os mais excluídos em nossa sociedade, sem condições materiais de prover sua própria autodeterminação. E, nesse processo, políticas meramente compensatórias deixam a desejar.

A partir dos pressupostos da teoria do discurso, entendemos que o direito é um instrumento para transformação e domesticação do sistema capitalista e “refreador” do poder administrativo<sup>339</sup>. O direito democrático é o meio, na Teoria do Discurso, apto a interligar legitimidade e eficiência, de maneira a auxiliar na construção de um novo paradigma de sociedade mais democrático.

A teoria do direito e da democracia habermasiana delinea apenas os aspectos gerais da articulação entre procedimentos de participação democrática e eficiência de políticas públicas. Não possui, e dificilmente teria como ser diferente por suas pretensões, a preocupação de conceber um conjunto de novas instituições ou de releituras especificamente focadas na resolução de problemas práticos de vários países. Por exemplo, não existe do ponto de vista teórico um catálogo de como devem funcionar as instituições responsáveis pela

---

<sup>339</sup> A Teoria do Discurso apresenta uma orientação para essa tarefa de reconstrução das instituições. O paradigma do Estado Democrático de Direito significa, para Habermas, uma redefinição radical do Estado Social. O projeto teórico do autor é o de limitar institucionalmente o sistema econômico e o poder administrativo, como se observa do trecho: “O que se tem em mente é domesticar o sistema econômico capitalista, “transformando-o”, social e ecologicamente, por caminho que permita “refrear” o uso do poder administrativo, sob dois pontos de vista: o da eficácia, que lhe permita recorrer a formas mitigadas de regulação indireta, e o da legitimidade, que lhe permita retróligar-se ao poder comunicativo e imunizar-se contra o poder ilegítimo” (HABERMAS 1997, v. II, p. 147).

assistência social no Brasil; não é uma decorrência lógica afirmar que a composição dos órgãos de participação popular e controle social devem ser quadripartites, como previsto na Constituição Federal e na legislação do setor; quais são as competências deliberativas desses órgãos; se eles serão vinculados a um Ministério ou a uma autarquia; como serão distribuídas as competências em um Estado federado; qual o papel do Poder Judiciário no controle normativo das ações sócio-assistenciais e assim por diante.

Essa é uma tarefa, da crítica e da construção de alternativas institucionais, ainda a ser desenvolvida, que pode ser encarada, ao mesmo tempo, com esperança e ceticismo. A esperança é a de que a aplicação da teoria auxilie na crítica e na construção institucional. E o ceticismo pode ser revelado com a dificuldade de se extrair de um conjunto de diretrizes teóricas um caminho concreto. Mesmo assim, com esperança ou ceticismo, essa é uma tarefa da qual não podemos fugir, pois diz respeito, de forma concreta, ao papel transformador que possui o direito. É preciso ter ousadia para testar novos argumentos no debate público.

A função transformadora do direito e a consciência de um novo paradigma procedimental, que está aberto às construções institucionais, exigem uma nova função social e institucional que o pensamento jurídico ainda não está acostumado a fazer: imaginar alternativas institucionais. Essa é uma decorrência de um paradigma reflexivo.

Nesse momento é importante esclarecer o sentido da afirmação do pensamento jurídico como um instrumento de imaginação institucional.

“A análise jurídica como imaginação institucional” é tese central de Roberto Mangabeira Unger<sup>340</sup> sobre o papel do pensamento jurídico<sup>341</sup>. O projeto de Unger é pertinente para este trabalho porque também não restringe justiça à distribuição material. O progresso material é visto como um elemento a serviço da emancipação individual que, para ele, refere-se “à libertação dos indivíduos da prisão de arraigados papéis sociais, divisões e

---

<sup>340</sup> Unger, um dos grandes expoentes do famoso *Critical Legal Studies Movement* (Cf. UNGER, 1986), iniciou suas reflexões críticas na relação entre direito e a sociedade moderna, mas logo direcionou seu pensamento para algo mais abrangente: a construção de uma teoria social. Sua teoria social é baseada em visão de democratização radical da sociedade que se baseia convergência entre as condições de emancipação individual e as condições do progresso material. Suas preocupações ultrapassam, portanto, as visões setoriais da política, direito ou economia, mas ao mesmo tempo ajuda a construir uma visão sobre o pensamento jurídico. Apesar de existirem divergências com o nosso referencial teórico em vários sentidos, os quais não são relevantes para este trabalho, esse autor é importante para este estudo no ponto em que centra suas análises no papel do direito na construção de alternativas institucionais concretas para a transformação da sociedade.

<sup>341</sup> Cf. UNGER (2004). Porém, como referencia de bibliográfica da corrente crítica do direito desenvolvida pelo autor, é importante citar o livro *The Critical Legal Studies Movement*, que é fruto de uma palestra ministrada em 1982 na 6ª Conferência do CLS na Universidade de Harvard. Sua idéia central era a de substituir a tradicional concepção de direito por outra orientada explicitamente por uma prática política oriunda da tradição esquerdista do pensamento e prática do direito estadunidense. Para esse movimento, direito e política não podem ser diferenciados da forma como é feito por outras correntes. São faces da mesma moeda. Daí porque sua primeira preocupação era a crítica ao formalismo e ao objetivismo. Para um panorama geral sobre esse livro, cf. GODOY (2005). Para outra importante referência do *Critical Legal Studies Movement* cf. KENNEDY (1997).

hierarquias”<sup>342</sup>. Ele acredita na transcendência do ser humano em relação a todas as estruturas específicas e na possibilidade de inventar estruturas institucionais que reconheçam e desenvolvam esse poder de transcendência. Para ele, tanto a emancipação do indivíduo quanto o progresso prático dependem da capacidade de transformar o esforço social em aprendizado coletivo e de agir sobre lições aprendidas, sem se deter pela necessidade de respeitar um plano social preestabelecido<sup>343</sup>.

É sob esse cenário que Unger procura radicalizar, propositivamente, a idéia de contingência nas sociedades modernas. Para ele, nossas escolhas institucionais não são apenas o resultado de um projeto predefinido de idéias e estruturas fixas. A contingência, nesse contexto, significa que “as estruturas institucionais da sociedade contemporânea são o resultado de muitas seqüências frouxamente interligadas de conflito social e ideológico”<sup>344</sup>. Daí porque a crença de que o arcabouço institucional de uma sociedade seria decorrente de imperativos funcionais e determinados é, para ele, uma “falsa necessidade”<sup>345</sup>.

É dessa compreensão de que as visões estruturantes da modernidade se baseariam em falsas necessidades que Unger entende existir o que denomina de pluralismos alternativos. Ou seja, segundo o autor, existem variações institucionais muito maiores que o propagado pelas abordagens estruturantes. E são nessas variações institucionais que devem ser procuradas as alternativas. O conteúdo do projeto democrático, para o autor, deve ser reinventado pela construção de alternativas institucionais específicas.

Porém, para Unger, essas alternativas institucionais não são encontradas porque existem obstáculos de natureza intelectual<sup>346</sup>. A fonte desses obstáculos estaria em duas formas de fetichismo: o institucional e o estrutural. O fetichismo institucional é entendido como a crença de que concepções institucionais abstratas como a democracia política, a economia de mercado e uma sociedade civil livre têm uma forma institucional única e

---

<sup>342</sup> UNGER, 2006, p. 13. Para o autor, “esquemas preestabelecido de hierarquia e divisão social moldando as oportunidades de cooperação aos interesses do privilégio e do controle, agravam o conflito entre os requisitos da auto-afirmação” (UNGER, 1999, p. 16).

<sup>343</sup> UNGER, 1999, p.14

<sup>344</sup> UNGER, 1999, p.26

<sup>345</sup> UNGER, 2005.

<sup>346</sup> Para Unger, três tendências acadêmicas, comumente vistas como adversárias, são aliadas na tarefa de impedir que a imaginação de alternativas avance: a racionalização, a humanização e o escapismo. A racionalização é tendência que ele identifica como reinante entre as ciências sociais – a explicação do funcionamento da sociedade contemporânea a partir da defesa dos arranjos institucionais adotados nos países do Atlântico Norte. A humanização, segundo o autor, é o que está no comando do imaginário da filosofia política e da teoria do direito. Com ela, justificar-se-iam práticas como a redistribuição compensatória pelo Estado ou a idealização da lei como um conjunto de princípios e políticas públicas impessoais que tornariam a vida dos mais pobres mais humana. O escapismo é associado por ele ao restante das humanidades. Essa tendência estaria ligada ao mergulho nas condições da subjetividade desconectada da reconstrução da vida prática. Para a descrição pelo autor dessas tendências, *cf.* UNGER (2008)

natural<sup>347</sup>. Já o fetichismo estrutural diz respeito à incapacidade de reconhecer que as ordens institucionais da vida em sociedade diferem tanto em rigidez como em conteúdo<sup>348</sup>. A superação desses dois fetichismos significaria a possibilidade de construção de alternativas institucionais que promoveriam uma “reforma radical revolucionária”<sup>349</sup>. Esse é o cerne de sua concepção de política transformadora.

Unger, portanto, insiste na possibilidade de transformação, elemento que avalia ser a conjugação entre iniciativas concretas e mensagem universalizante. Segundo sua leitura, a maioria dos teóricos sociais europeus estava errada ao identificar a dinâmica interna das sociedades como causa imediata de transformação. Para ele, as mudanças têm advindo precipuamente das crises. Guerras e colapsos econômicos têm sido as principais alavancas da mudança. O grande desafio da política transformadora seria o de conseguir um meio de fazer a tarefa da crise sem crise. Esse meio, para Unger, é a imaginação e um dos seus instrumentos é o pensamento jurídico<sup>350</sup>.

A compreensão de Unger é interessante para este trabalho por explicitar uma perspectiva crítica do Direito, com vínculo a uma proposta de democracia radical que visa a construção de alternativas institucionais ao modelo de Estado Social a partir de uma reforma

---

<sup>347</sup> UNGER, 2004, p. 17.

<sup>348</sup> UNGER, 2004, p. 159.

<sup>349</sup> Sua concepção de reforma revolucionária se difere da idéia de revolução porque esta última denotaria a substituição total de um sistema indivisível por outro (UNGER, 1999, p. 23.). A reforma radical que propõe, no entanto, refere-se ao direcionamento e à transformação das estruturas básicas da sociedade. Ela é reforma na medida em que transforma partes separadas e não estruturas inteiras (UNGER, 1999, p. 22 e 23). Essa distinção é importante para o autor porque, para ele, tem um significado concreto para a política. A idéia de revolução, sobretudo a oriunda da tradição marxista, teria dado o pretexto para o seu oposto: a ausência de mudanças. Na medida em que a mudança efetiva seria feita apenas por meios revolucionários e que a idéia de revolução está desacreditada, as correntes progressistas adotaram uma postura pessimista em que abdicaram da transformação, mas ficaram com a estrutura. Nesse sentido, esse projeto reformista pessimista destinou-se a humanizar o inevitável. Ou seja, esse modelo reformista buscou suavizar o sistema existente através de uma redistribuição compensatória de recursos fiscais, sem qualquer esperança de transformação (UNGER, 1999, p. 24.).

<sup>350</sup> Contudo, a imaginação, para o autor, ficou como um elo perdido da história do direito moderno. Segundo Unger, o direito do século XX, que assimilou a autonomia individual para se realizar precisa de condições factuais, teria aberto o espaço para imaginação institucional, ou seja, espaço para a experimentação de novas formas institucionais de se realizar a autonomia dos indivíduos a partir das condições fáticas. Todavia, esse espaço imaginativo estaria sendo encoberto, sobretudo, por uma forma dominante no raciocínio jurídico. Uma forma de raciocínio que seria caracterizada por pensar o direito como um sistema e, acima de tudo, por enxergar o direito de forma idealizada a partir de sua identificação com um conjunto de princípios gerais e políticas impessoais. Para Unger, uma das implicações dessa maneira de pensar o direito é estabelecer um contraste chocante entre duas genealogias de direito: uma genealogia prospectiva e uma genealogia retrospectiva. Prospectivamente, o direito seria produto do conflito entre interesses e entre visões. Mas, depois, retrospectivamente, seria observado não como o retrato de um conjunto efêmero de composições entre interesses e visões contrastantes, mas como um sistema ideal de evolução que pode ser representado na linguagem dos princípios e das políticas públicas impessoais. De acordo com o autor, essa maneira de pensar o direito só faz sentido à luz desse pacto social-democrata que não acredita mais na possibilidade ou na necessidade de mudança. E mais ainda, para ele, “A interseção das genealogias prospectiva e retrospectiva do direito repousa na crença em uma racionalidade evolutiva imanente, prática ou moral, que controle o desenvolvimento do direito e minimize o conflito transparente entre os criadores do direito” (UNGER, 2004, p. 92).

transformadora. Ao adotar uma visão de direito atrelada à tarefa de imaginação de novas estruturas institucionais, esse autor abre caminho para repensarmos o direito constitucional à assistência social na medida em que o reconhecimento da contingência da sociedade não é sinônimo de uma limitação. A contingência em Unger não relega o papel da razão a uma mera descrição das instituições. Pelo contrário, viabiliza e fundamenta o papel do pensamento jurídico na imaginação e discussão conjunta de futuros alternativos<sup>351</sup>.

A possibilidade de construção conjunta de alternativas é um ponto fundamental para pensarmos no papel da legitimidade, representada neste trabalho pela participação dos cidadãos envolvidos na gestão e pelo controle social de ações e gastos, no novo paradigma do Estado Democrático de Direito. A disputa sobre qual a concepção adequada de direito nesse novo paradigma, conforme descrito na introdução do presente trabalho, é uma disputa política, de convencimento argumentativo. Em nosso caso, isso significa que não basta a visão de especialistas sobre o melhor sentido e as melhores formas de concretização da assistência social. É necessária discussão pública sobre as formas que serão desenhadas nossas instituições.

Essa é a parte que a perspectiva de Unger complementa o referencial da Teoria Discursiva do Direito, ao alertar para a necessidade de reconstrução das especificidades institucionais de uma sociedade e, principalmente, de discutir publicamente seus futuros alternativos. Para Unger, é um equívoco ficarmos presos às concepções teóricas dogmáticas, pois elas serviriam apenas para desviar a atenção do importante: as variações institucionais que dão ensejo à construção de alternativas.

Por isso, além de se traduzir em uma mudança de tarefa do jurista em geral, a idéia do direito como um instrumento de imaginação institucional se reflete na necessidade específica de mudança de mentalidade nos debates sobre o Direito Constitucional.

O Direito Constitucional nas sociedades democráticas contemporâneas é o espaço dentro do raciocínio jurídico em que mais se refletem as grandes estruturas institucionais de uma nação, como a forma de organização dos governos e a relação entre os poderes estatais, por exemplo. São nas discussões constitucionais que, em última instância, são construídas e fundamentadas as grandes alternativas jurídicas. Tendo como pano de fundo essa constatação, é importante enxergar um novo papel para o constitucionalista, que não fique restrito à reprodução das grandes idealizações estruturais. Um papel criativo e baseado na imaginação de alternativas comprometidas com o fortalecimento da democracia.

---

<sup>351</sup> Segundo ele, o cidadão comum deve ser o principal interlocutor da análise jurídica e não os especialistas ou os juízes, como vem sendo feito (UNGER, 2004, p. 141).

Aliando a função imaginativa do direito em Unger com a visão deliberativa e procedimental da democracia constitucional de Habermas, temos no Direito Constitucional o *locus* de reflexão e imaginação de alternativas procedimentais de garantia do diálogo público, responsável pela reconstrução institucional do existente e imaginação do novo. Essa é uma perspectiva que exige esforço e ousadia do constitucionalista. Esforço porque ele deve poder superar o discurso hermético e tecnicista que ronda o Direito Constitucional e investigar os elos fracos das construções institucionais brasileiras. Ousadia porque não basta uma reflexão teórica e um mapeamento institucional. A posição de vanguarda de um constitucionalista deve ser atada à percepção crítica dos problemas constitucionais concretos e à imaginação de procedimentos que visam guardar o lugar da democracia na vida social brasileira. Procedimentos democráticos que possibilitem aos indivíduos e grupos sociais terem espaços para que transformem nossas instituições, sobretudo, domesticando a economia de mercado e freando o poder administrativo. Nesse cenário, a imaginação institucional deve ser vista como uma tarefa intersubjetiva.

Em busca dessa missão de radicalização procedimental da imaginação intersubjetiva, nos tópicos seguintes, procuraremos instrumentalizar em termos práticos como uma visão de assistência social comprometida com o reconhecimento dos cidadãos e com a legitimidade democrática pode, potencializada por uma forma de pensar o Direito Constitucional que acredita na força da imaginação intersubjetiva, criar alternativas para dar eficácia concreta a essa política social deixada em segundo plano no Brasil.

## **6.2. Para a (re)construção do federalismo: Alternativas para a reconciliação entre padrões nacionais e gestão democrática local das políticas de assistência social<sup>352</sup>**

A Constituição Federal adotou para a assistência social, e para as políticas sociais em geral, um modelo de gestão descentralizada e participativa em todos os níveis federais. Nesse novo desenho institucional, cabe ao nível nacional a normatização dos critérios e padrões para

---

<sup>352</sup> De forma geral, este tópico é baseado nos argumentos de Roberto Mangabeira Unger sobre os problemas federativos da educação brasileira. Seu argumento central é o de que é necessário reconciliar a gestão local do ensino com padrões nacionais de qualidade e investimento na educação. Esse, contudo, guardadas suas devidas proporções, não é um problema exclusivo das políticas educacionais. É um problema das políticas sociais como o qual entende ser um problema das políticas sociais brasileiras em geral. Para um esboço do argumento desse autor sobre o tema, cf. UNGER (2008).

o exercício do direito e aos Estados e Municípios a gestão e execução local das ações sócio-assistenciais. Esse modelo de gestão propicia, em tese, uma maior complementaridade entre legitimidade, entendida como participação pública, e eficiência das ações.

A existência textualizada desse modelo de gestão democrática federativa da política de assistência social diz respeito, antes de qualquer coisa, à universalidade relativa dessa política pública – ou seja, a assistência social deve ser prestada a qualquer cidadão brasileiro, residente em qualquer parte do País e que dela necessite<sup>353</sup>. O local de nascimento ou residência de um cidadão não deveria ser determinante para a fruição de um direito que tem a ver com o reconhecimento intersubjetivo da cidadania concernente às condições mínimas de uma vida digna. Um indivíduo residente no interior do nordeste deveria ter a mesma possibilidade que um indivíduo residente em uma capital do sul ou do sudeste, por exemplo, de ser destinatário – com igual nível de qualidade –, participar da gestão e controlar as ações sócio-assistenciais locais. Qualquer interpretação constitucional que se oriente de forma contrária a essa afirmação, dificilmente, passa pelo crivo referente ao pressuposto de que em qualquer nação democrática os cidadãos devem ser tratados com igualdade.

No entanto, se a assertiva acima pode corresponder à melhor leitura normativa da Constituição, isso não significa que ela encontra respaldo na prática institucional brasileira.

O problema apresentado nesse tópico não diz respeito apenas ao sentido tradicional de interpretação jurídica, baseado em categorias abstratas; é um problema referente às nossas estruturas institucionais. Daí porque a sua discussão pública inevitavelmente esbarra no sentido prático de uma das instituições mais perenes do constitucionalismo brasileiro: o federalismo<sup>354</sup>.

Os imperativos de legitimidade democrática, aqui representados pelas exigências da participação dos envolvidos na gestão e no controle social de ações e gastos públicos, sugerem a necessidade de se repensar o federalismo no âmbito da assistência social em um Estado Democrático de Direito. De nada adianta enunciar no texto constitucional a existência de um sistema de gestão descentralizado se a federação não for vista como um sistema de cooperação entre os entes públicos federados e que essa cooperação deve ser construída de forma democrática.

---

<sup>353</sup> É universal porque deve ser prestada a qualquer cidadão brasileiro, mas essa universalidade é relativa haja vista que a necessidade, ao contrário do direito à saúde, por exemplo, é um critério restritivo do direito.

<sup>354</sup> Entendemos que não é possível discutir seriamente o atual descompasso entre a gestão local das ações sócio-assistenciais e os padrões nacionais de legitimidade, investimento e qualidade da política de assistência social sem questionarmos a interpretação dada ao nosso sistema federativo.

Esse argumento da democratização e cooperação transfederativa, que pode até parecer óbvio, encontra uma forte barreira histórica no imaginário jurídico brasileiro. É necessário avançar sobre essa barreira para superá-la.

O federalismo brasileiro sempre foi interpretado de forma muito estanque e “hidráulica”. Estanque porque a divisão de competências entre União, Estados, Distrito Federal e, com a Constituição de 1988, Municípios esteve sempre restrita a áreas muito específicas. E “hidráulica” porque, em nossa história institucional, as mudanças na visão da repartição de competências federativas sempre foram associadas a certo acréscimo de poder a uma esfera federativa em detrimento da outra. Quanto mais poderes para o poder central, menos para os demais entes federados e vice-versa.

Esse movimento de distribuição do poder, de uma forma geral, pode ser interpretado à luz da idéia de paradigmas do Estado de Direito moderno. O federalismo do modelo de Estado Liberal é de competências mais compartimentadas. A divisão do poder em localidade, em tese, serviria para proteger o cidadão de um Estado Leviatã. A idéia seria simples: quanto mais fragmentado o poder estatal, mais liberdades, interpretadas como esferas negativas de atuação estatal, poderiam ser fruídas pelos indivíduos.

Já para um modelo contrafactual de Estado Social a função do federalismo muda radicalmente. O papel intervencionista do Estado na vida privada, na busca de uma maior igualdade de fato, fez com que a atuação estatal tivesse um caráter universal em matéria de políticas públicas. Educação, saúde e assistência social passaram a ser considerados direitos que deveriam ser garantidos a todos os cidadãos que deles necessitarem. Esse novo papel, em um Estado federal, exigiu uma nova definição das competências entre os entes. O poder central, em tese, deveria possuir maiores competências de maneira a garantir um acesso universal e equitativo aos serviços públicos. Como o foco é uma liberdade positiva, a atuação estatal deve ser muito coordenada. A resposta a essa coordenação foi, em países federalistas como o Brasil, a maior centralização do poder<sup>355</sup>.

Se por um lado essa é uma forma de interpretação que ajuda a esclarecer o atual sistema federativo, a simples utilização da idéia de paradigmas não consegue compreender mais a fundo as peculiaridades históricas do Estado brasileiro.

No Brasil, o movimento hidráulico de distribuição federativa do poder não esteve associado apenas a essa forma de raciocínio normativo. Outros elementos determinaram o papel dos entes federados em nossa história constitucional.

---

<sup>355</sup> Exemplos pontuais dessa centralização do poder federativo no modelo de Estado Social podem ser observados em períodos como o da Ditadura de Vargas e o *New Deal* de Roosevelt, nos E.U.A.



O período imperial do Brasil, ainda que tenha sido justificado por uma Constituição, foi marcado pela forte centralização do Poder. Não havia ainda federalismo. O modelo era de um Estado unitário em que o poder político era dividido entre uma pequena parcela da elite.

Foi apenas com o advento de um modelo Republicano de governo que surgiu um novo modelo de Estado Federal no Brasil. Esse modelo, contudo, não pode ser creditado apenas às influências de Ruy Barbosa do constitucionalismo estadunidense. Ele também é fruto de uma forma exclusivamente brasileira de se interpretar o liberalismo da época, que andou junto com o crescimento de uma elite rural de feição local. Foi essa elite o principal apoio da reivindicação federalista<sup>356</sup>.

Essa interpretação coronelista de federalismo, entretanto, foi interrompida pelo forte processo de centralização do poder da União, iniciado por Getúlio Vargas, que representou o advento de um Estado Social no Brasil<sup>357</sup>. Àquela época até o processo de redemocratização, variando a ênfase com o momento histórico específico, o que se viu foi um grande enfraquecimento do poder dos Estados federados que tinham competências bem delimitadas em relação à União. As grandes políticas tinham pouco de participação dos Estados, eram matérias específicas da União.

Tal quadro, todavia, teve alteração com a Constituição Federal de 1988. No novo cenário constitucional, a idéia de Federação passou a ter outros contornos. De início, a figura dos Municípios passou a ter importância destacada. A partir de então essa categoria de ente federado passou a ser dotado de autonomia (artigo 18, *caput*, da CF). Ademais, apareceu outra figura dotada de autonomia e de competências mistas entre Estados e Municípios: o Distrito Federal. Com isso, a divisão de competência entre os entes se diferenciou radicalmente do modelo até então vigente. Os Municípios passaram a ter competências fixas e os Estados passaram a ter competências residuais. A União, por sua vez, teve seu poder reduzido com uma nova concepção de descentralização de políticas e serviços públicos.

---

<sup>356</sup> Essa é a interpretação de Raimundo Faoro: “Liberalismo político casa-se harmoniosamente com a propriedade rural, a ideologia a serviço da emancipação de uma classe da túnica centralizadora que a entorpece. Da imunidade do núcleo agrícola expande-se a reivindicação federalista, empenhada em libertá-lo dos controles estatais” (FAORO, v 2, 1977, p. 501).

<sup>357</sup> O trecho a seguir apresenta o sentido de se falar em um Estado Social no Brasil daquela época: “A Constituição de 1934 não assinalava apenas cronologicamente o advento de uma nova República senão que fundava ao menos em bases programáticas um Estado Social, ilustrativo, sem dúvida, da primeira versão nacional desse tipo, cuja consolidação era possível acompanhar no constitucionalismo ocidental da Segunda Guerra Mundial e por toda a segunda metade desse século. A Constituição de 1934 legislou uma forma de Estado Social que veio a incorporar em nosso sistema os direitos da segunda geração, aqueles direitos relativos a matérias de ordem econômica e social, ou referentes à família, educação e cultura, objeto de títulos e capítulos do novo texto, inteiramente desconhecidos à Carta Liberal de 1891” (BONAVIDES; AMARAL, 2002, v. IV, 127-128).

Além disso, o artigo 23 da CF trouxe um rol de competências comuns. Ou seja, temas que devem ser objeto de preocupação conjunta e ação cooperada de todos os entes federativos. Esse é o caso da assistência social (inciso II do artigo 23 da CF)<sup>358</sup>.

No caso da assistência social, a LOAS fez parte do papel de regulamentação da competência comum ao estabelecer um sistema complementar de normatização e implementação da assistência social no Brasil. Mesmo assim, na prática, observamos que um sistema descentralizado, cooperativo e democrático de assistência social está longe de ser efetivamente observado no País. Existe ainda um descompasso muito grande entre a gestão local as ações sócio-assistenciais e os padrões nacionais de investimento e qualidade. Alternativas institucionais podem tornar possível uma convergência prática entre os elementos descentralização, cooperação e democracia participativa apenas articulados abstratamente.

Por isso, o federalismo, tradicionalmente interpretado com um mecanismo de fragmentação do poder a partir de sistema de limitação recíproca de ação, deve, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, dar espaço para uma nova e crescente visão colaborativa que preserve e incentive a participação e o controle social.

Para tanto, compreendemos serem necessários três elementos: (i) um sistema nacional de avaliação; (ii) um mecanismo equânime de redistribuição de recursos entre os entes federativos; e (iii) procedimentos aptos a consertar, por meio de cooperação federativa, um sistema assistencial local, que, apesar dos esforços de seus gestores, não tenha conseguido alcançar um patamar mínimo de qualidade estabelecido nacionalmente de forma democrática.

Os dois primeiros já existem no plano formal, mas ainda possuem uma prática muito incipiente. Elas ainda carecem de um pano de fundo constitucional mais nítido.

Em 2005, após anos de discussão pública sobre o tema<sup>359</sup>, foi aprovada a criação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). O SUAS é tido como um modelo de gestão para todo território nacional, que integra os três entes federativos e objetiva consolidar um sistema descentralizado e participativo<sup>360</sup>.

---

<sup>358</sup> Na redação original da Constituição havia a previsão de que lei complementar fixaria normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. No entanto, a Emenda Constitucional nº. 53/2006 estabeleceu que leis complementares fixariam as normas para cooperação. A sutil diferença de redação indica que a partir de tal Emenda os assuntos presentes no artigo 23 deverão ter um regime de cooperação regulado separadamente e não apenas por intermédio de uma mesma lei complementar.

<sup>359</sup> A IV Conferência Nacional de Assistência Social, realizada em dezembro de 2003, deliberou pela criação do SUAS. Em 2005, “SUAS – PLANO 10: Estratégias e Metas para Implementação da Política Nacional de Assistência Social” foi o tema da V Conferência Nacional.

<sup>360</sup> Esse conceito é o que está redigido na Norma Operacional Básica do SUAS, aprovada pelo Ministério do Desenvolvimento Social.

Em relação à avaliação da qualidade dos serviços sócio-assistenciais, foi criado o chamado índice SUAS. Esse índice é calculado para cada Município, levando-se em conta vários critérios, tais como: taxa de pobreza, receita líquida municipal *per capita* e quantidade de recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS). Esse índice é adotado como parâmetro dos repasses vindouros. Com isso, o SUAS modificou o repasse do FNAS, de maneira a compatibilizar a distribuição às necessidades e empenho da gestão local.

No entanto, em relação ao terceiro elemento, no referente a procedimento para auxiliar um sistema local quando este se encontra abaixo dos padrões nacionais, o SUAS nada avançou. Nesse ponto, é necessária a criação de mecanismos institucionais para que seja feita justiça social. Ou seja, que o local de nascimento de um indivíduo materialmente excluído não seja a condição determinante para limitá-lo na construção de suas oportunidades de participação democrática e de crescimento material.

A forma que entendemos ser compatível com tal finalidade é a da radicalização de uma visão de federalismo cooperativo, que ultrapasse a barreira das limitações da fragmentação de competência rumo a um modelo transfederativo de gestão. Quando um Município e um Estado não conseguem melhorar, por problemas de gestão, as condições materiais dos cidadãos necessitados, não podem os outros entes federados, sobretudo a União, cruzar os braços.

Porém, uma eventual colaboração da União não pode ser confundida com intervenção. A idéia não é uniformizar a gestão a ponto de tolher a autonomia do ente federativo e, sobretudo, a imaginação de uma gestão local pluralizada pela participação democrática dos envolvidos. Pelo contrário, pensamos em instrumentos que possibilitem ao federalismo aprofundar o que ele tem de melhor: a possibilidade de que cada localidade experimente alternativas e possa servir de exemplo para o país; um laboratório de novas práticas exemplares. Isso, contudo, não é possível sem um padrão mínimo de qualidade e efetividade na implementação da política pública.

Pensar em um sistema de colaboração mais incisivo, no entanto, não algo irreal. Já existe uma base institucional mínima para um conjunto de iniciativas inovadoras.

O artigo 241 da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional nº. 19/1998 (Reforma do Estado), trouxe entre as Disposições Constitucionais Gerais a possibilidade de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios se associem para a gestão de serviços públicos, bem como para a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. Os instrumentos

constitucionalmente eleitos para essa tarefa foram: os consórcios públicos e os convênios de cooperação – ambos, até então, inexistentes no Direito Brasileiro.

Os consórcios públicos já foram regulamentados pela Lei 11.107/2005 e, especificamente no âmbito da União, pelo Decreto nº. 6.017/2007. Isso, todavia, ainda não ocorreu com os convênios de cooperação. Independentemente dos instrumentos jurídicos, que podem variar, o que é importante é a alteração do significado prático das relações federativas na assistência social, como em outras políticas sociais brasileiras.

Nesse cenário, a partir do artigo 241 da Constituição Federal, é possível imaginar mecanismo de complementação do atual SUAS. Poder-se-ia construir um modelo de gestão associada para auxiliar aqueles municípios com os piores índices. Essa seria uma forma não apenas de acrescer em eficiência como também de mobilizar a participação popular local na gestão das ações sócio-assistenciais. Esse modelo poderia melhor responsabilizar o gestor irresponsável e atentar, no médio e longo prazo, a população sobre o papel do controle social.

A alternativa esboçada, todavia, é menos importante do que a abordagem proposta, qual seja: a de utilizarmos os elementos democráticos da participação e controle social como instrumentos impulsionadores de uma visão criativa do Direito, baseada na imaginação institucional intersubjetiva.

Essa abordagem, experimentada com o problema do Federalismo na assistência social, no entanto, ainda é insuficiente para uma reflexão mais acurada sobre as alternativas institucionais de concretização radicalmente democrática desse direito. Num nível mais abstrato, a circulação legítima do poder esbarra em outra instituição constitucional tão ou mais complexa que o federalismo: a separação de poderes. Também é necessário reconstruir o sentido da separação de poderes no constitucionalismo brasileiro a fim de encontrarmos alternativas institucionais, sérias, de concretização democrática do direito à assistência social, a partir dos elementos da participação e do controle social.

### **6.3. Para (re)construção da separação de poderes: Alternativas para a circulação legítima do poder na implementação de políticas sócio-assistenciais**

Uma nova visão do direito constitucional à assistência, adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, exige a reconstrução da idéia de separação de poderes. Isso porque, ao falarmos de concretização deste direito, precisamos ter em mente que a

legitimidade da implementação de políticas não fica adstrita apenas ao discurso da administração pública. Em um nível abstrato, a legitimação política também decorre das decisões democráticas do legislador e da aplicação judicial, que possibilitariam a circulação de um poder legítimo<sup>361</sup>. Daí o porquê de qualquer crítica ou alternativa institucional construída no sentido de buscar a concomitante legitimidade constitucional e eficiência das políticas de assistência social, a partir da participação e controle social, ter de passar por um reexame das ações desempenhadas pelos poderes estatais. As compreensões de fundo, referente ao papel dos três poderes estatais, acabam sendo um dos principais elementos bloqueadores de concretização democrática do direito à assistência social.

Da mesma forma que o federalismo, a separação de poderes no Brasil precisa ser revista para que eficiência e legitimidade passem a andar juntas. Essa revisão tem de encontrar o melhor sentido interpretativo para o instituto. Sob a perspectiva da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, a tarefa de se buscar o melhor sentido normativo da separação de poderes também passa por sua observação nos paradigmas constitucionais de Estado de Direito.

O modelo Liberal de separação de poderes privilegiou uma divisão orgânica entre os estes. As funções seriam bem delimitadas, quase petrificadas, que foi justificado por um sistema de liberdades negativas. O Legislativo teria que gerar normas gerais e abstratas que privilegiassem a liberdade privada. O Executivo deveria se restringir a implementar programas predefinidos legislativamente, sem inovar em sua restrita área de atuação. E o Judiciário devia atuar apenas para decidir sobre os conflitos existentes, relativos às esferas de liberdades negativas ou resolver conflitos pontuais entre os outros poderes ou, ainda, entre entes de uma federação. Tudo isso sob a lógica da subsunção de um recorte específico da realidade a uma norma geral preestabelecida.

A mudança paradigmática para um modelo de Estado Social alterou radicalmente esse quadro normativo, na medida em que o Estado passou a ter a função de garantidor da igualdade de fato. O Legislativo, incapaz de gerar a contento normas abstratas adequadas às variadas e varáveis demandas sociais, passou a intensificar o seu papel fiscalizador sobre as ações ampliadas do Executivo. O Executivo, por sua vez, encarregado de várias demandas complexas, aumentou o seu poder regulamentador, tornando-se uma espécie de metalegislator. Já o Judiciário, nesse contexto, passou a ter um papel mais atuante, na medida

---

<sup>361</sup> HABERMAS (1997, v. II, p. 170-171).

em que não estava mais restrito ao controle negativo de direitos fundamentais, ampliando sua atuação para o controle positivo das políticas públicas.

Esse é um quadro explicativo que nos ajuda enxergar a complexidade normativa da reconstrução da idéia de separação de poderes. No entanto, essa visão calcada na abstração de um modelo teórico, precisa ganhar um significado institucional para explicar e construir alternativas críticas à trajetória brasileira.

A separação de poderes no Brasil também foi interpretada historicamente de maneira muito estanque, seja a partir de uma divisão orgânica ou com funções petrificadas. O modelo normativo de Estado de direito subjacente a cada período influenciou a visão interpretativa. Mas um elemento histórico específico sempre teve um papel determinante: o forte papel delegado ao Chefe do Poder Executivo Federal. Ainda que tenham existido arranjos institucionais específicos (eleições diretas, indiretas, censitárias, etc.), no período republicano, o papel do Presidente da República sempre foi destacado salvo exceções pontuais (como o curto período de parlamentarismo da década de 60)<sup>362</sup>. Essa centralização de poder é, em nossa visão, um elemento bloqueador do exercício de uma democracia mais participativa. Por isso, para a concretização democrática do direito à assistência social no Brasil, temos de imaginar outras possibilidades institucionais de enxergar a separação dos poderes estatais, sobretudo, suas atividades práticas.

Mesmo após o advento de uma Constituição democrática, preocupada com a criação de uma cultura institucional mais sólida, ainda paira sobre o Brasil uma grande confusão acerca do sentido prático da divisão de poderes. O nosso Executivo Federal não governa sem a utilização banalizada de Medidas Provisórias. Nosso Poder Legislativo preocupa-se, cada vez mais, com o mais secundário: um mar de investigações (instrumentalizadas por Comissões Parlamentares de Inquérito) que, na maioria das vezes, não chegam a lugar algum, apenas frustram o cidadão comum. O Legislativo foca sua atuação nas personalidades e esquece-se do básico exigido da representação de uma sociedade altamente excludente: a construção de alternativas para um desenvolvimento baseado na inclusão da grande maioria. O nosso Judiciário, sobretudo na figura do Supremo Tribunal Federal, vem intensificando o sonho de ser um supraleislador. A resolução de conflitos é deixada em segundo plano

---

<sup>362</sup> Em alguns momentos o papel destacado foi apresentado como um poder exacerbado. Esse foi o caso, por exemplo, das nossas ditaduras. A Constituição de 1937 previa ao Poder Executivo o papel, inclusive, de substituição do legislador, sendo a atividade parlamentar completamente restrita, até mesmo temporalmente – o Congresso deveria se reunir apenas em quatro meses do ano. O artigo 39 da Constituição de 1937 assim previa: “O Parlamento reunir-se-á na Capital Federal, independentemente de convocação, a 3 de maio de cada ano, se a lei não designar outro dia, e funcionará, quatro meses, do dia da instalação, somente por iniciativa do Presidente da República, podendo ser prorrogado, adiado ou convocado extraordinariamente”(BRASIL, 1937).

quando o tema é a demonstração da autoridade e da competência normativa abstrata das nossas Cortes.

Esse quadro, dramatizado argumentativamente, exige mais do que o fortalecimento de um ou outro poder, exige que seja reconstruída a separação de poderes como um todo. Na medida em que o sentido de liberdade diz respeito não apenas à garantia da autonomia privada dos indivíduos, mas também a uma esfera mais ampla de liberdade comunicativa que enxerga a complementaridade das autonomias pública e privada, tal qual fundamentamos no primeiro capítulo, a visão sobre a separação de poderes precisa ser alterada.

A lógica da divisão de poderes nos paradigmas constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social, por motivos distintos, ficou presa a um sistema baseado em vetos recíprocos<sup>363</sup>; pouco voltado para resolução de problemas práticos referentes, no nosso caso, à concretização democrática dos direitos sociais. Com auxílio da teoria do discurso é possível a construção de argumento que consiga superar nossa tradição centralista de separação de poderes em nome de outra visão baseada na circulação do poder legítimo.

O modelo de separação de poderes aqui defendido, portanto, não é o de uma divisão orgânica ou de funções petrificadas; é a exigência de institucionalização de diferentes discursos e formas de comunicação correspondentes que possibilitam lançar mão de diversos tipos de argumentos e o modo como tratá-los<sup>364</sup>. Nesse sentido, visualiza-se uma Administração Pública que traduza em eficiência os direitos e objetivos políticos; um Poder Legislativo atuante na regulamentação de situações concretas e na criação de garantias normativas reais, financeiras e procedimentais, para a criação de políticas públicas legítimas pautadas pelo reconhecimento da autonomia dos cidadãos; e um Judiciário atuante, e criativo, no sentido de corrigir abusos e garantir direitos no caso concreto<sup>365</sup>.

---

<sup>363</sup> Para Unger, “O constitucionalismo tradicional atribui a muitos poderes independentes dentro do governo um poder efetivo de veto a qualquer proposta de reforma” (UNGER, 1999, p. 169).

<sup>364</sup> Na visão de Habermas a lógica de uma separação discursiva dos poderes “resulta da distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos” (HABERMAS, 1997, v. I, p. 239).

<sup>365</sup> Nesse sentido Habermas assevera que: “Somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações equitativas, isso porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas. A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais; os mesmos argumentos, porém desempenham um papel diferente, quando são aplicados num discurso jurídico de aplicação que se apóia em decisões consistentes e na visão da coerência do sistema jurídico em seu todo. A administração não constrói nem reconstrói argumentos normativos, ao contrário do que ocorre com o legislador e com a jurisdição. As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias – como é o caso de sujeitos de direito privado” (HABERMAS, 1997, v. I, 239).

Essa interpretação, no entanto, não converge com a posição da maioria dos juristas brasileiros. A alternativa de atribuir ao Poder Judiciário a responsabilidade de garantir a efetivação dos direitos sociais, nos casos de omissões legislativas ou administrativas, é inadequada para traduzir uma resposta condizente com o enfoque constitucional que adotamos para este trabalho<sup>366</sup>. Reduzir o papel de concretização dos direitos sociais ao Judiciário é uma alternativa limitada, pois, unilateralmente, desconsidera toda dinâmica institucional voltada para a legitimação de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. O Estado de Direito é reduzido ao Estado Juiz em uma interpretação em que o discurso sobre o Direito, de forma elitista, fica restrito ao Judiciário e aos juristas.

Porém, essa interpretação incorre em pelo menos dois problemas. O primeiro é uma crença despropositada de que o Poder Judiciário e os juristas em geral possuiriam uma racionalidade superior aos demais Poderes estatais em matéria de concretização de direitos sociais através de políticas públicas<sup>367</sup>. Não faz sentido algum – filosófico, psicológico e sociológico, por exemplo – asseverar que, racionalmente, o Judiciário poderia substituir o papel dos outros dois poderes. A racionalidade democrática não é uma decorrência da tecnicidade do Direito, mas do convencimento público<sup>368</sup>.

Em segundo lugar, outro problema democrático. No Brasil, ao contrário de muitos países europeus, nunca imperou o princípio da soberania do parlamento. Pelo contrário, como vimos, o poder político sempre esteve centralizado no Executivo. A alternativa de substituir o papel do Legislativo e do Executivo pelo Judiciário incorre no mesmo erro de interpretação da separação dos poderes. De nada adianta substituir um Executivo paternalista ou omissor por um Judiciário do mesmo tipo. Os problemas provavelmente serão os mesmos e com dois acréscimos: a ausência completa de mandato popular para que agentes não eleitos definam as políticas destinadas aos cidadãos e a falta de preparo técnico e estrutural para resolver as demandas relacionadas à efetivação dos direitos sociais.

---

<sup>366</sup> Boaventura de Sousa Santos credits esse movimento de crença no Judiciário como resultado do chamado de “curto-circuito histórico” (SANTOS, 2007, p. 20). A constitucionalização de inúmeros novos direitos, sobretudo sociais, confrontou as aspirações consolidadas pelo novo texto constitucional com uma ausência de práticas políticas de participação popular e de concretização desses direitos. Tal situação, conforme destaca o autor, deu ensejo a uma maior intervenção judicial. O Judiciário passou a ser cada vez mais acionado para a tarefa de efetivar direitos constitucionais, algo não compatível com o sistema anterior. Daí, talvez, o frisson argumentativo em superestimar a capacidade desse Poder de responder às expectativas sociais.

<sup>367</sup> Andréas Krell sustenta esse raciocínio: “parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação de Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento o racional dos respectivos preceitos constitucionais” (KRELL, 1999, p. 231).

<sup>368</sup> Como destaca Roberto Mangabeira Unger, a obsessão da teoria jurídica pelo judiciário é, antes de qualquer coisa, uma postura política antidemocrática (UNGER 2004, p. 134). Nesse sentido o autor assevera que: “Jurista, não mais o juiz imaginário, deve se tornar o assistente do cidadão. O cidadão e não o juiz deve ser o interlocutor primeiro da análise jurídica” (UNGER, 2004, p. 141).



É importante frisar que, apesar de possuir função essencial em uma sociedade democrática, o Judiciário não substitui os procedimentos democráticos no âmbito do Legislativo e do Executivo. A alternativa de o Judiciário, sobretudo em sua função máxima de Corte Constitucional<sup>369</sup>, substituir o Poder Legislativo em decisões relativas à implementação de direitos sociais não regulamentados, em nome da defesa material da Constituição, é um risco democrático<sup>370</sup>. Reduz a Constituição a um instrumento tecno-jurídico, por um lado, ou como um documento político nas mãos de uma minoria da sociedade não escolhida pelo povo, por outro<sup>371</sup>.

Dessa forma, as alternativas para a concretização democrática da assistência social passam, na linha sustentada neste trabalho, pela valorização da participação na gestão e do controle social nos discursos dos três poderes estatais. A idéia de um Estado Democrático de Direito implica a democratização de todo Estado e não apenas de parte dele. Como o direito não é exclusivo do Judiciário, o Estado Democrático de Direito significa que todos os Poderes devem agir democraticamente sob o discurso do direito. Um discurso que deve ser circular e nutrir forças na participação da sociedade e do protagonismo do cidadão. A diferença de atuação entre cada um dos Poderes, portanto, não é ontológica, ela é discursiva; varia do critério argumentativo de validação pública das decisões.

Nesse contexto interpretativo, cabe ao Poder Legislativo o discurso de fundamentação do direito, desenvolvido a partir de pressupostos de universalização. Ao Poder Judiciário pertence a atribuição discursiva de aplicar o direito a partir de critérios de adequação e coerência. E, ao Poder Executivo (administrativo), cumpre a tarefa de tomar as decisões políticas vinculantes por meio de argumentos pragmáticos pautados pela idéia de eficiência<sup>372</sup>.

---

<sup>369</sup> A afirmação de Bercovici é muito pertinente: “A jurisdição constitucional foi alçada a garantidora da correta aplicação da normatividade, a única referência de legitimidade do sistema, refugiando-se a doutrina na exegese das interpretações dos tribunais constitucionais” (BERCOVICI, 2003, p. 123).

<sup>370</sup> O aprendizado oriundo da experiência alemã da década de 60 nos demonstra o quão perigoso pode ser relegar ao Judiciário a decisão sobre as políticas fundamentais de um Estado. O risco, no caso brasileiro, é que, na desconfiança de um Administrador clientelista e de um Legislador corrupto, se delegue ao Juiz uma tarefa que é da própria sociedade, tornando-o o “superego”, um “tutor social”, que decidirá, de forma unilateral, sobre as prioridades políticas de uma sociedade complexa e plural. Esse argumento é desenvolvido adequadamente por MAUS (2000).

<sup>371</sup> A crítica de Canotilho à judicialização da política, focado o caso brasileiro, é muito bem formulada nos seguintes moldes: “As grandes etapas do homem não foram os juízes que as fizeram, foi o povo, com outros esquemas organizativos e com outras propostas e actuação (...). Daí a necessidade de alguma prudência ao dizer-se que a etapa final de todo esse processo de Constituição dirigente acaba na Constituição procedimental e na justiça procedimental (...). Em alguns países, e sobretudo no vosso, eu não sei se este reducionismo justicialista responde às vossas aspirações. Ou seja, se ele substitui afinal a luta, o compromisso, a luta pelos princípios, e pela sua concretização de uma forma mais eficaz do que aquela que temos a nível dos tribunais constitucionais.” (CANOTILHO, 2003, p. 26 - 27).

<sup>372</sup> HABERMAS, 1997, v. I, p. 239.

Esse esquema, entretanto, torna-se complexo em um contexto no qual a Administração deve decidir entre variadas finalidades concorrentes e que, portanto, exigem a avaliação normativa, e não apenas a análise sob o prisma da eficiência, dos casos a serem regulamentados. As amplas tarefas de estruturação e de regulação política tornariam a legislação em sua forma clássica – geral e abstrata – insuficiente para limitar e programar a prática administrativa<sup>373</sup>. Desse modo, a tarefa administrativa se autonomiza e, na medida em que a Administração precisa desenvolver seus próprios programas, ela precisa decidir por si própria a questão da fundamentação e aplicação de normas<sup>374</sup>. Entretanto, a necessidade contingencial de abordar argumentos normativos torna ilegítima a tomada de decisões apenas sob o prisma da eficiência, de maneira que as práticas de participação na Administração Pública devem ser consideradas como processos destinados a legitimar tais decisões.

Nesse pano de fundo, a visão do direito à assistência social como processo de reconhecimento intersubjetivo da cidadania possibilita observar, de maneira crítica, a forma como os três poderes do Estado brasileiro têm atuado no que tange à implementação de políticas públicas de assistência social. Considerar a participação social como elemento imprescindível nesse processo altera, de forma concreta, as perspectivas de atuação dos órgãos estatais. É possível imaginar outros cenários a partir das iniciativas já existentes.

A universalização do discurso legislativo deve propiciar a utilização das liberdades comunicativas dos participantes de forma a garantir o fortalecimento dos canais de transformação do poder comunicativo produzido socialmente e o poder administrativo. Leis visando o fortalecimento do papel dos conselhos, melhoria da gestão e o fortalecimento dos fundos de assistência social encontram-se no sentido discursivo proposto.

Destacamos, nesse sentido, a criação, em junho de 2007, da “Frente Parlamentar pela Assistência Social”. Entre suas principais propostas estão: i) Implementação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS); ii) Difusão da Política Nacional de Assistência Social (PNAS); iii) Vinculação de recursos para a Assistência Social; iv) Criação da Lei de Responsabilidade Social; v) Liberação dos saldos financeiros de 1996 a 2004, para a expansão e implantação dos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS); vi) Alocação de recursos da União; vii) Emendas Parlamentares em consonância com o SUAS; viii) Política de Recursos Humanos na área de Assistência Social; iv) Controle social – compromisso com o fortalecimento dos Conselhos; e x) Atuação suprapartidária – articulação com outras frentes Parlamentares e estímulo à criação de Frentes nos legislativos estaduais e municipais.

---

<sup>373</sup> HABERMAS, 1997, v. II, p. 184.

<sup>374</sup> HABERMAS (1997, v. II, p. 180).

Essa pauta apresenta importantes elementos para uma política de assistência social democrática. As propostas de criação legislativas ajudam a construir um cenário de fortalecimento e mudança institucional da assistência social no Brasil. A necessidade de vinculação de recursos para a assistência social, por exemplo, é tido como uma necessidade candente. Existem projetos de lei que destacam a necessidade de um fundo para a assistência social, mas nenhum deles foi aprovado. Essa omissão enfatiza o caráter secundário que tal direito possui no Brasil. É sempre necessário rever prioridades e o debate legislativo é terreno privilegiado para isso.

Segundo o artigo 195 da Constituição, a seguridade social (saúde assistência e previdência) deve ser financiada por toda a sociedade. A previdência possui um caráter contraprestativo, a saúde possui vinculação de recursos e a assistência social não possui qualquer garantia financeira de ser implementada. Ora, não existem direitos sem garantias. A existência de um fundo vinculado é muito importante para a prática de um controle social que mobiliza democraticamente a sociedade na cobrança dos resultados de uma assistência social eficiente na sua tarefa de possibilitar condições materiais mínimas para o exercício da cidadania.

A garantia de recursos é um elemento importante, porém, não é o único. A criação de uma nova cultura sobre a política social exige mais. A idéia de construções legislativas que definam com mais precisão a responsabilidade dos gestores é outra iniciativa que pode ser levada em conta<sup>375</sup>. A fixação de prazos e obrigações, ainda que genéricas, constituem importantes metas na construção de um modelo de transparência democrática. Os Poderes Legislativos dos entes federativos devem estar atento a esse debate.

No âmbito dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a proposta de se levar a cabo um discurso pragmático com base argumentativa na eficiência, que garanta ao mesmo tempo a legitimidade de participação, traz a necessidade de preservação prática da competência dos órgãos paritários. Nesse ponto, é cada vez mais importante que as deliberações genéricas dos Conselhos sejam traduzidas em programas administrativos. Para tanto, a Política Nacional e os Planos de Assistência Social devem ser observados e densificados em propostas pragmáticas que tenham o princípio constitucional da publicidade como fio-condutor. Uma forma de auxiliar essa transformação de visão está na simplificação textual dessas políticas. Para que se traduzam em implementações práticas, é

---

<sup>375</sup> Essa idéia é desenvolvida no trabalho de OLIVEIRA (2003).

preciso que as diretrizes sejam colocadas em uma linguagem normativa que vincule os gestores, configurados como parâmetros claros de controle judicial e, sobretudo, social.

Além disso, os Poderes Executivos, para melhor prestar os serviços sócio-assistenciais, devem melhorar sistemicamente os mecanismos de coordenação de políticas públicas. Pouco adianta avançar em políticas de saúde se a população não for educada. Da mesma forma, pouco adianta modelos pedagógicos mais avançados se as crianças não tiverem condições sociais minimamente dignas. Nesse sentido, o Brasil já possuiu um Conselho Nacional de Seguridade Social, que, no âmbito de sua competência, visava coordenar as políticas de previdência, saúde e assistência social. No entanto, ele foi extinto. Seria interessante revigorar essa idéia, ou melhor, ampliá-la. É possível pensarmos em órgãos participativos que integrem, intersetorialmente, um conjunto maior de políticas sociais e que auxilie na definição das prioridades sociais em nome de uma melhor prestação de serviços públicos para a população excluída.

Para o Judiciário, a visão procedimental do Estado Democrático de Direito sugere algumas mudanças na forma de se enxergar o direito à assistência social. O debate atual fica preso, por um lado, ao controle administrativo do processo de certificação de entidades filantrópicas; e, por outro, a questões inócuas como a discussão sobre “reserva do possível” e “mínimos existenciais”. Falar em garantia de “mínimos existenciais”, “reserva do possível” e “princípio da proporcionalidade”, por exemplo, são recursos pouco explicativos para o cidadão comum e para o próprio jurista sem o pano de fundo da participação social.

Ambas as funções estão aquém de um controle judiciário para uma política pública complexa como a assistência social. Nesse sentido, ao se visualizar a participação institucional como um elemento indispensável para a legitimidade dessas políticas sociais, o Judiciário pode ter uma função garantista dessa participação. Da mesma forma, do ponto de vista formal seria possível garantir procedimentos efetivos. E, materialmente, ao invés da utilização de conceitos dogmáticos vazios, seria possível observar o papel, muito pouco explorado, da PNAS e dos Planos Estaduais e Municipais como legítimos parâmetros de controle das ações e programas administrativos. Apesar do caráter informativo usualmente dado a esses documentos, quando os visualizamos dentro de um contexto em que a participação social é imprescindível para validação das políticas de assistência social, eles passam a fazer parte do direito. Um direito já densificado e passível de controle.

Esse é um rol curto de alternativas institucionais que os pressupostos deste trabalho podem oferecer. No entanto, longe de ser exaustivo, a exposição de idéias programáticas foca-se na função crítica e de uma discussão pública democrática.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de 1988 trouxe, de forma inédita, a assistência social como direito dos cidadãos materialmente necessitados. No entanto, passados 20 anos dessa mudança constitucional que aponta para um paradigma de Estado Democrático de Direito, o modelo de assistência social brasileiro permanece uma abstração. Duas das principais inovações trazidas no texto constitucional, participação popular na gestão e controle social das ações públicas, continuam sem contornos institucionais melhor definidos. As diferentes visões, apresentadas ao longo deste trabalho, concordam sobre a importância abstrata da positividade da assistência social como um direito, mas não têm acordo sobre o significado prático de tal direito, sobretudo no que se refere a nosso tema central: o papel das garantias procedimentais de participação e controle social.

Este trabalho teve como foco o enfrentamento dessa dificuldade – que foi decomposta em dois níveis, um hermenêutico e outro institucional. Utilizamos, para tanto, dois elementos conceituais: a idéia de justiça social como reconhecimento da cidadania e a noção procedimental de democracia deliberativa. Esses conceitos foram os instrumentos teóricos utilizados para enfrentar, respectivamente, os dois níveis de dificuldades referidos. Nesse sentido, cada um deles representou, na ordem, o eixo argumentativo das duas partes do trabalho.

Tivemos como objetivo da primeira parte a construção da base de fundamentação teórico-constitucional de uma nova visão sobre a assistência social que permeou o presente trabalho. Nesse sentido, nosso raciocínio foi guiado por uma visão de justiça social focada no reconhecimento da cidadania, entendida como uma alternativa garantista de leitura do direito constitucional à assistência social. Uma concepção, baseada na Teoria do Discurso, que prioriza a garantia das esferas individuais de autonomia pública e privada.

Para essa teoria, conforme explicitado, a compreensão de uma sociedade justa passa pelo reconhecimento intersubjetivo de cidadãos que, simultaneamente, se enxergam como detentores de autonomia pública e privada. Essa visão, como explorada na primeira parte do

trabalho, difere-se das tradicionais compreensões distributivistas de justiça social que embasam, direta ou diretamente, os discursos constitucionais sobre os direitos sociais. Discursos que, em nossa interpretação, já não conseguem responder às exigências democráticas da atualidade.

Para suprir o apontado *déficit* de adequação dos discursos constitucionais existentes sobre o papel dos procedimentos democráticos na construção do direito à assistência social, uma das idéias centrais da primeira parte foi a de que existe diferença significativa quando enxergamos a assistência social como uma questão de reconhecimento intersubjetivo da cidadania, em substituição de uma compreensão distributiva de justiça social.

Argumentamos que a compreensão de justiça social reduzida à justiça distributiva não consegue fundamentar normativamente o sentido dos direitos legítimos que garantem a liberdade e a igualdade em um Estado Democrático de Direito. Direitos são relações sociais e não bens distribuíveis e compensáveis. A idéia de sociedade justa em uma sociedade dita democrática implica a busca de emancipação individual, representada pela garantia de esferas de autonomia pública e privada, e não apenas distribuição de bens materiais.

Portanto, na primeira parte deste trabalho, observamos que a restrição dos direitos sociais apenas à sua faceta distributiva é reducionista. Tal interpretação não se resumiu a uma fundamentação teórica, já que possibilitou, ao longo do trabalho, a reflexão sobre formas institucionais concretas do sistema de participação constitucionalmente desenhado para a assistência social.

Observada sob o prisma dessa visão de justiça social, a assistência social foi compreendida como um direito que visa garantir, sob igualdade de chances, o potencial de utilização de liberdades comunicativas, relacionadas às esferas de autonomia individual, pública e privada, abaladas por fortes carências materiais.

Buscamos, pois, desenvolver, ao longo dos três primeiros capítulos, os desdobramentos da compreensão de justiça social como reconhecimento intersubjetivo da cidadania na teoria constitucional nos seguintes sentidos: (i) o da necessidade de revisar e não de abandonar o projeto de Estado Social, e (ii) o de que essa revisão sugeriria a necessidade de repensar a relação entre direito e política, repensando, por conseguinte, a própria idéia de Constituição, compreendendo-a não mais como dirigente, quando o assunto são as políticas públicas de assistência social.

Com efeito, no primeiro capítulo, apresentamos a concepção de justiça social como reconhecimento, tomando-a como uma alternativa de leitura constitucional do papel da assistência social em um Estado Democrático de Direito. No segundo, a compreensão de

justiça social apresentada foi utilizada como mote para uma releitura do papel do Estado Social em um contexto como o da assistência social brasileira. Por fim, emendada com a releitura do Estado Social, foi descrita, no terceiro capítulo, a alternativa para uma compreensão intersubjetiva da Constituição, em substituição à dirigente. Tal concepção intersubjetivista partiu da observação de uma relação complementar entre direito e política, adequada à dinâmica constitucional de implementação democrática de políticas sociais baseadas em direitos, como à assistência social.

Visualizamos, portanto, ser possível pensar em uma assistência social democrática fora dos pressupostos de um Estado Social. Isso, no entanto, não significou do ponto de vista teórico o abandono das pretensões socializantes desse modelo, mas sim a necessidade de que essas pretensões fossem efetivadas de forma reflexiva. O implícito elemento democracia foi tratado neste trabalho como imprescindível para a legitimidade do direito e da política. Para tanto, baseamo-nos em uma concepção de Constituição como processo de reconhecimento de igualdade e liberdade.

Nessa compreensão, derivada de uma visão procedimental de Estado Democrático de Direito, o direito não tem uma feição apenas formal – como no paradigma do Estado Liberal – ou material – como o paradigma do Estado Social. A escolha da forma jurídica tem que se referir à melhor maneira de se assegurar a autonomia pública e privada no caso concreto. Assim, a depender do caso concreto, as regulamentações devem garantir os aspectos formais (relativos à titularidade do direito), materiais (conteúdo normativo específico) ou procedimentais (formas de comunicação institucional). Nesta dissertação, focalizamos esse último aspecto, no que se refere à participação na gestão e no controle social sobre as ações na área da assistência social.

Os argumentos centrais desenvolvidos na Parte I, contudo, restringiram-se ao nível da justificação constitucional. Eles não possuíram o condão de automaticamente fornecer uma leitura adequada para a tarefa de se observar, a partir de uma defesa radical da participação e do controle social, alternativas jurídico-institucionais para concretização do direito à assistência social. Foi necessária uma dose relativa de realidade para complementar o passo da justificação constitucional para que o discurso teórico-constitucional não soasse apenas como um instrumento retórico, sem implicações institucionais concretas.

Assim, o objetivo principal da Parte II foi o de apontar a concretude dos argumentos desenvolvidos na parte um, estabelecendo uma ponte necessária entre uma teoria normativa de justificação constitucional e uma teoria institucional da assistência social no Brasil. A construção dessa ponte teve razão de ser no âmbito da Teoria Discursiva da Constituição: a



observação de uma produtiva tensão entre norma e realidade constitucional. Seria um equívoco não considerar esses dois elementos como co-constitutivos da vivência constitucional. Por isso, adotando a visão procedimental de Constituição, compreendemos que a normatividade constitucional não advém somente do texto constitucional, mas sim de sua interface com a realidade. A Constituição foi vista como um processo e o direito constitucional à assistência social, por conseguinte, também.

Com isso, nos afastamos de duas visões muito recorrentes nos debates teórico-constitucionais: uma que acredita no potencial dirigente e transformador do texto constitucional e de outra que associa a falta de concretização da Constituição brasileira a um papel simbólico do texto constitucional. Cada uma dessas visões enfatiza em demasia os elementos texto e a realidade constitucional, respectivamente. Considerar apenas o texto constitucional, sem observar os percalços existentes para sua concretização no âmbito de uma realidade recalcitrante como a da assistência social brasileira, pode parecer utópico. Porém, apenas enfatizar as dificuldades histórico-sociais brasileiras pode ser uma posição trivial no debate estabelecido. Por isso, nosso trabalho, construído com base em uma perspectiva crítica, procurou substituir utopia e trivialidade por esperança dosada com realismo. Nesse sentido, as duas visões, dirigente e simbólica, foram abandonadas de nossos propósitos. Em sentido diverso, buscamos associar a dinâmica constitucional fática aos processos inclusivos, ainda que esporádicos, de exercício da cidadania. Legitimidade e eficiência foram vistas como categorias interdependentes nesse processo contingente.

A complementaridade entre Constituição e democracia, desenvolvida na primeira parte, sugeriu uma abordagem que considerou insuficiente a perspectiva de uma Teoria da Constituição que não caminhasse *pari passu* com uma teoria político-democrática. A compreensão teórica da primeira parte da pesquisa satisfaz a necessidade de uma justificação abstrata sobre a justiça (social) da participação dos atingidos nas políticas públicas que lhes afetam, mas foi insuficiente para uma crítica consistente das instituições reais. Do ponto de vista institucional, tornou-se imprescindível adotar uma teoria democrática que propiciasse os aportes críticos à forma pouco participativa como a política de assistência social ainda é considerada no Brasil.

Assim, no quarto capítulo observamos que existem elementos, baseados na história recente, para interpretação do desenho institucional brasileiro da assistência social a partir de um modelo de democracia deliberativa. E, sobretudo, que esse modelo oferece argumentos para a superação das fortes interpretações concorrentes que enxergam a assistência social como filantropia, por um lado, e como práticas estatais paternalistas, por outro. Para isso,

destacamos que os instrumentos de participação e controle social, tais como os conselhos e conferências de assistência social, têm de ser considerados como espaços institucionais de concretização do direito constitucional à assistência social.

A visão de democracia deliberativa, apresentada como uma alternativa adequada de leitura procedimental da Constituição Federal, forneceu, no quinto capítulo, o indício de um conceito pragmático de assistência social, tendo por base a participação na gestão e no controle social. Com este conceito, observamos exemplificativamente que, apesar de não serem tratadas oficialmente como ações do sistema de assistência social, as principais ações e programas sociais do Governo do Distrito Federal de matriz assistencial tais como o “Leite da Solidariedade” e “Renda Minha”, apresentam ilegalidades em relação ao disposto na Lei Orgânica da Assistência Social e nos demais instrumentos normativos que legitimamente dão densidade concreta à Constituição. Tais programas não apresentam procedimentos claros e simétricos de participação deliberativa e de controle social das ações e gastos públicos.

Apontamos, nesse sentido, que apesar desses exemplos não serem considerados programas do sistema de assistência social devem ser garantidos, aos cidadãos usuários, procedimentos de participação em sua formulação e, gestão, bem como no controle social das ações concretas, sob pena de serem considerados ilegais. Argumentamos que o sistema constitucional de assistência social é um parâmetro intransponível, principalmente quando defrontado com as tradicionais considerações sobre discricionariedade e liberdade de gastos dos Poderes Executivos. Participação popular na gestão e controle social foram vistos como requisitos intrínsecos de validação das ações sócio-assistenciais e não como fatores políticos externos à lógica jurídica.

Por fim, no sexto e último capítulo, partindo do pressuposto de que a análise jurídica pode oferecer mais do que elementos reativos aos problemas do cotidiano, adotamos a tese de que o Direito Constitucional deve servir como instrumento de imaginação institucional, apto a construir caminhos alternativos para o futuro contingente de uma sociedade. Nesse contexto, a observação de práticas ilegítimas realizada no quinto capítulo, propiciou a construção de uma nova leitura institucional da assistência social brasileira, baseada na gestão democrática e descentralizada. Essa nova leitura serviu como mensagem de fundo de uma reconstrução, fundada em iniciativas concretas observáveis em nossa dinâmica institucional, de dois elementos clássicos do constitucionalismo: federalismo e separação de poderes.

No âmbito da reconstrução democrática do federalismo, a grande mudança interpretativa foi uma crítica ao modelo hidráulico de competências, que não dá valor à cooperação entre os entes federados. A divisão estanque de competências é um problema do

ponto de vista de uma eficaz gestão democrática e descentralizada. A participação popular e o controle social, em um sistema federativo, fazem mais sentido quando este busca reconciliar gestão local eficiente e padrões nacionais de investimento e qualidade nas políticas de assistência social.

A separação de poderes, por sua vez, não foi interpretada como um dogma petrificado. Com base na teoria do discurso, interpretamos tal instituto como um instrumento apto a auxiliar a circulação legítima do poder democrático. Esse foi o fio condutor de nosso argumento para propor, em linhas gerais, mudanças na interpretação e nas formas de atuação de cada um dos poderes estatais no que se refere à concretização do direito constitucional à assistência social.

A abordagem adotada possibilitou outra leitura do processo constitucional da assistência social, que vai desde a luta por sua constitucionalização em 1988, passando por várias regulamentações até a atualidade; permitiu a leitura do direito constitucional à assistência social como um processo de luta pelo reconhecimento de direitos e da cidadania, que construiu e constrói desenhos institucionais específicos que se contrapõem aos padrões ainda existentes de paternalismo e privatismo no âmbito dessas políticas sociais.

Ao enfatizarmos os procedimentos de participação e controle social, nosso objetivo neste trabalho foi o de fortalecer, argumentativamente, a idéia de que os interessados, sobretudo os destinatários das prescrições normativas e das políticas públicas, para além dos direitos assegurados, precisam ter assegurada também a possibilidade de influir no processo decisório, como uma conseqüência da idéia moderna de autonomia do indivíduo.

A assistência social talvez tenha sido, ao mesmo tempo, mais e menos do que o escrito neste trabalho. Mais porque o caráter acadêmico da reflexão provavelmente não possibilitou transparecer os elementos subjetivos da escolha temática. E menos porque, com os argumentos apresentados, tínhamos sempre em mente uma discussão mais ampla que o debate setorial da assistência social.

O desafio mais profundo foi o de como reconstruir discursivamente a relação entre a justificação normativa da idéia de direitos sociais e as suficiências e insuficiências da construção institucional democrática brasileira para dar sentido a essas pretensões, o que, de forma alguma, relega à assistência social um caráter menos importante. Pelo contrário, a assistência social é um caso limite porque tem como foco os mais vulneráveis, de maneira que, ao utilizá-la como objeto, buscamos um caso onde talvez seja mais necessária a radicalização dos elementos de democracia deliberativa, observáveis em instrumentos institucionais de participação popular e controle social. Ou seja, a todo o momento, tínhamos

também entre nossas preocupações a necessidade de alterar a forma como enxergamos os direitos sociais.

Justiça social como reconhecimento e democracia deliberativa foram elementos importantes para relemos de forma radicalmente democrática o direito à assistência social, mas, acreditamos, não apenas ele. Esperamos que esta forma de abordagem seja útil para a melhor compreensão e abertura de possibilidades de crítica de outros direitos sociais (educação, saúde, meio ambiente etc.), observadas as peculiaridades setoriais. Esse é um desafio que poderemos enfrentar em futuros trabalhos e pesquisas.

Por ora, o que fica de mensagem sobre o nosso trabalho é que a assistência social deve ser vista com um instrumento para o melhor exercício da cidadania e não como um requisito dessa. O pressuposto de uma compreensão radical de democracia é levar a cabo a idéia de que as vozes de todos os cidadãos, ricos ou pobres, devem ser igualmente ouvidas. O que poderia parecer utópico ganha força quando enxergamos que as estruturas do direito são produzidas por nós mesmos, não nos aparece de um ideal. Instituições são criadas e recriadas historicamente. Por isso, o papel da crítica e do debate público são imprescindíveis para orientar a discussão em torno da reconstrução de nossos ideais e práticas. Este trabalho foi uma tentativa de contribuir nessa direção.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce A. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional.** Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. *“Social Justice in the Liberal State”*. New Haven: Yale University Press, 1980.

\_\_\_\_\_. *“Why Dialogue?”* Journal of Philosophy, nº 86. 1989.

AGUILLAR, Fernando Harren. **Controle Social de Serviços Públicos.** São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

ARANHA, Márcio Iorio. *Agência Reguladora e espaço público: sua funcionalidade como espaço de exercício da virtude política.* In: \_\_\_\_\_. (org.). **Direito das Telecomunicações: estrutura institucional regulatória e infra-estrutura das telecomunicações no Brasil.** Brasília: JR Gráfica, 2005.

ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução.** Tradução de I. Moraes. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2001.

\_\_\_\_\_. **A condição humana.** Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BARBOSA, Eni Maria Monteiro. **O processo de regulamentação da assistência social: avanços e retrocessos.** Texto para discussão nº. 22. Brasília: IPEA, agosto de 1991.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: v. 240, 2005.

BATTINI, Odária et al. *Assistência social, controle e financiamento*. In: **Ser Social** – Revista semestral do Programa de Pós-Graduação em Política Social do Departamento de Serviço Social da UnB. Brasília: número 7, julho a dezembro de 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

\_\_\_\_\_. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro : J. Zahar, 2005.

BAXTER, Hugh. “*System and lifeworld in Habermas’s theory of law*”. In: **Cardozo Law Review**. Vol. 23. Nº 2. New York: Cardozo School of Law, fevereiro de 2002.

BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política Social**: Fundamentos e história. São Paulo: Cortez, 2006.

BEHRING, Elaine Rossetti. **Política social no capitalismo tardio**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.

BENHABIB, Seyla. *Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas*. In: CALHOUN, Craig (Ed.). “**Habermas and the public sphere**”. (Studies in contemporary German social thought). Massachusetts Institute of Technology, 1992.

BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da Consituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 142, 1999.

\_\_\_\_\_. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto et al. (Org.). **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. *Constituição e Política: uma relação difícil*. In: **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo - SP, v. 61, 2004.

BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. **Textos políticos da história do Brasil**. 4<sup>a</sup>. ed. Brasília: Senado Federal, v. IV, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BURKE, Peter. **História e Teoria Social**. São Paulo: Editor Unesp, 2002.

CALHOUN, Craig (Ed.). “**Habermas and the public sphere**”. (Studies in contemporary German social thought). Massachusetts Institute of Technology, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4.<sup>a</sup> ed., revista, vol I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 2<sup>a</sup> ed., 2001.

\_\_\_\_\_. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1994.

\_\_\_\_\_. Joaquim José Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. **Revista de Doutrina da 4<sup>a</sup> Região**, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose\\_Canotilho.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm)> Acesso em: 15 de março de 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. *Intervenções e Respostas*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *O Estado Adjetivo e a Teoria da Constituição*. In: BONAVIDES, Paulo (diretor). **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey n° 5 – jan/jun. 2005.

CARDOSO JÚNIOR, Nerione N. **Hannah Arendt e o declínio da esfera pública**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de; PAIXÃO, Cristiano. *Entre permanência e mudança: reflexões sobre o conceito de constituição*. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. (Org.). **Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica**. 1 ed. Sapucaia do Sul - RS: Notadez, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. In: **Revista Fórum Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum Administrativo, Ano 1, n° 1, março de 2001.

\_\_\_\_\_. *A Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: **Revista Notícia do Direito Brasileiro**. Brasília: n° 6, jul./dez. de 1998.

\_\_\_\_\_. *Apresentação*. In: ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional** Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

\_\_\_\_\_. **Poder constituinte**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CHAGAS, Ana Maria Resende et al. **A política de assistência e a participação social: o caso do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS)**. Brasília: IPEA, dezembro de 2003.

COHEN, Jean L.; ARATO, Andrew. *Sociedade civil e teoria social*. In: AVRITZER, Leonardo. **Sociedade civil e democratização**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.



COLIN, Denise Ratmann Arruda; FOWLER, Marcos Bittencourt. **LOAS: Lei Orgânica da Assistência Social Anotada**. São Paulo: Veras Editora, 1999.

CORSI, Giancarlo. *Sociologia da Constituição*. Trad. Juliana N. Magalhães. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. n° 39. Belo Horizonte: UFMG, janeiro-junho de 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DARNTON, Robert. **Os dentes falsos de George Washington: um guia não convencional para o século XVIII**. Tradução de José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

DELACAMPAGNE, Christian. **Filosofia política hoje: Idéias, debates, questões (a)**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

DEMO, Pedro. **Charme da exclusão social**. 2ª ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2002.

\_\_\_\_\_. **Participação é conquista: noções de política social participativa**. São Paulo: Cortez, 4ª ed, 1999.

\_\_\_\_\_. **Pobreza da pobreza**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

DENNINGER, Erhard: "*Security, Diversity, Solidarity*" instead of "*Freedom, Equality, Fraternity*". In: **Constellations**, volume 7, n° 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. 2ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade** (tradução de Jussara Simões). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAORO, Raymundo. **Os donos do Poder**: Formação do Patronato Político Brasileiro. Vol. I. 3ª Ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1976.

\_\_\_\_\_. **Os donos do Poder**: Formação do Patronato Político Brasileiro. Vol. II. 4ª Ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1977.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade**: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANKENBERG, Günther. **A gramática da Constituição e do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. “**Redistribution or Recognition?**: A political-philosophical exchange”. London/New York: Verso, 2003.

FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista*. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método (I)**. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

GINZBURG, Carlo. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. In: \_\_\_\_\_. **Mitos, emblemas, sinais**: morfologia e história. Tradução de Federico Carotti. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Democracia Radical & Experimentalismo Institucional**: comentários ao sumário de teses progressistas de Roberto Mangabeira Ünger. Barueri: Minha Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Movimento Critical Legal Studies**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GOHN, Maria da Glória. **História dos movimentos e lutas sociais**. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz) São Paulo: Landy Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. “*Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis*”. In: ARATO, Andrew; ROSENFELD, Michael. (ed.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Berkeley: University of California Press, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003(a).

\_\_\_\_\_. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002(a).

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I e II, 1997.

\_\_\_\_\_. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Tradução de Valmireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002(b).

\_\_\_\_\_. “*Intolerance and discrimination*”. Oxford University Press and New York University School of Law 2003b, I. CON, Volume 1, 2003(b).

\_\_\_\_\_. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

\_\_\_\_\_. **Passado como futuro**. Rio de Janeiro: TB - Edições Tempo Brasileiro, 1993.

\_\_\_\_\_. “**Teoria de la Acción Comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social**”. Madrid: Taurus, 1987. Tomo I.

\_\_\_\_\_. “**Teoria de la Acción Comunicativa: Crítica de la razón funcionalista**”. Madrid: Taurus, 1987. Tomo II.

\_\_\_\_\_. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004(a).

\_\_\_\_\_. *Notas sobre a tríade de Denninger: diversidade, segurança e solidariedade*. Tradução para fins exclusivamente acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto, 2004(b).

\_\_\_\_\_. **Discurso filosófico da modernidade(o)**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Dialética e hermenêutica**. Porto alegre: L & Pm, 1987.

\_\_\_\_\_. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002(c).

HART, Harbert L.A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Oxfor: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Rio Grande do Sul: Sérgio Fabris Editor, 1991.

HOBBSAWM, Eric. *O presente como história*. In: \_\_\_\_\_. **Sobre história**. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo. Ed. 34, 2003.

\_\_\_\_\_. **Sofrimento de indeterminação: uma atualização da Filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

\_\_\_\_\_. *Justiça e liberdade comunicativa: reflexões em conexão com Hegel*. Tradução de Fernando Alves Gomes, 2004. **Belo Horizonte: n.88, jan.-jun, 2004**.

\_\_\_\_\_. *Democracia como cooperação reflexiva: John Dewey e a teoria democrática hoje*. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

IAMAMOTO, Marilda Villela; CARVALHO, Raul de. **Relações Sociais e Serviço Social no Brasil: esboço de uma interpretação histórico- metodológica**. 18ª. ed. São Paulo: Cortez/CELATS, 2005.

IPEA. **Políticas públicas: acompanhamento e análises**. Brasília: IPEA, fevereiro de 2006.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KENNEDY, Duncan. **“A Critique to Adjudication”**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional Comparado**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

\_\_\_\_\_. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa*. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília (DF): v. 144, 1999.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução para fins exclusivamente acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto, 1996.

\_\_\_\_\_. **“Teoría Política en el Estado de Bienestar”**. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

MATTOS, Patrícia Castro. **A sociologia política do reconhecimento: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honnet e Nancy Fraser**. São Paulo: Annablume, 2006.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade orfã'*. In: **Novos Estudos Cebrap**, n.58, nov. 2000.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008.

MENDONÇA, Ricardo F.. *Reconhecimento em debate: os modelos de Honneth e Fraser em sua relação com o legado Habermasiano*. **Revista de Sociologia e Política**, 2007.

MICHELMAN, Frank. “*The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification*”. In: **International Journal of Constitutional Law**, 2003.

MESTRINER, Maria Luiza. **O Estado entre a filantropia e a assistência social**. São Paulo: Cortez, 2ª ed., 2005.

MORONI, Jose Antonio. *Participamos e daí?* Disponível em <[http://www.direitos.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=603&Itemid=2](http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=603&Itemid=2)> Acesso em 18/12/2007.

MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna com, e contra Carl Schmitt*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. In: **Cad. Esc. Legisl.**, Belo Horizonte, 1(2):9-20, Jul/dez. 1994.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Tradução de Peter Neumann. São Paulo, Editora Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. **Quem é o Povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Neumann. 3ª ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

\_\_\_\_\_. **Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Helena Maria José de. **Cultura Política e Assistência Social: uma análise as orientações de gestores estaduais**. São Paulo: Cortez, 2003.

OLIVEIRA, Mariana Siqueira Carvalho de. **Por uma construção democrática do direito à saúde: a Constituição Federal, os instrumentos de participação social e a experiência do Conselho Nacional de Saúde**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília.

PAIXÃO, Cristiano. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). **O Novo Direito Administrativo Brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003a.

\_\_\_\_\_. *Os problemas de legitimação no capitalismo tardio e a crise do Estado do Bem-Estar Social*. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (org.). **Na fronteira: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade emancipatória**. 1 ed. Porto Alegre: Síntese, 2003b.

PEREIRA, Potyara A. P. *Estado, regulação social e controle democrático*. In: BRAVO, Maria Inês Souza Bravo; PEREIRA, Potyara A. P. **Política social e democracia**. São Paulo: Cortês, 2001.

\_\_\_\_\_. **A Assistência Social na perspectiva dos direitos: crítica aos padrões dominantes de proteção aos pobres no Brasil**. 1. ed. Brasília: Thesaurus, 1996.

RAICHELIS, Raquel. **Esfera pública e Conselhos de assistência social: caminhos da construção democrática**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REIS, José Carlos. *História e verdade: posições*. In: \_\_\_\_\_. **História & Teoria – historicismo, Modernidade, temporalidade e verdade**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003,

ROJAS COUTO, Berenice. **O direito e a assistência social na sociedade brasileira: uma equação possível?** 2ª Ed. São Paulo: Cortez, 2006.

ROSENFELD, Michel. *“Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional”*. In: CARBONEL, Miguel (org). **“El principio constitucional de igualdad**. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003b.

\_\_\_\_\_. **A identidade do sujeito constitucional** Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003a.

\_\_\_\_\_. *“The rule of law, and the legitimacy of constitutional democracy”*. Working Papers Series No. 36, Março de 2001, Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=262350](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262350)>. Acesso em 21/05/2003.

\_\_\_\_\_. “*Can rights, democracy, and justice be reconciled through discourse theory? Reflection on Habermas’s proceduralist*” In: ARATO, Andrew; ROSENFELD, Michael. (ed.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Berkeley: University of California Press, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2002.

\_\_\_\_\_. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHMITT, Carl. “**Teoría de la Constitución**”. Madrid: Alianza Universidad, 1996.

SCHONS, Selma Maria. **Assistência social entre a ordem e a “des-ordem”**: mistificação dos Direitos sociais e da cidadania. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SOARES, Rogério Ehrhardt. *O conceito ocidental de Constituição*. Coimbra: **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, número 3743 e 3744, ano 119, 1986.

SPOSATI, Aldáisa. *Especificidade e intersetorialidade da política de assistência social*. In: **Revista Quadrimestral de Serviço Social**. São Paulo: Cortês Editora, Ano XXIV – nº 77 – março 2004.

SPOSATI, A. O. et al. **A assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras**: uma questão em análise. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1992.

\_\_\_\_\_. **A menina LOAS**: um processo de construção da Assistência Social. São Paulo: Cortez, 2005.

SPRANDEL, Márcia Anita. **A pobreza no paraíso tropical**: interpretações e discursos sobre o Brasil. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

STRECK, Lenio Luís. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre, 2002.



\_\_\_\_\_. *O papel da Jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003(a).

\_\_\_\_\_. *Intervenções e Perguntas*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003(b).

TAYLOR, Charles; GOTMANN, Amy. “**Multiculturalism: Examining the politics of recognition**”. Princeton: Princeton University Press, 1992.

TORRES, Iraíldes Caldas Torres. **As primérias-damas e a assistência social: relações de gênero e poder**. São Paulo: Cortez, 2002.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia Realizada: a alternativa progressista**. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

\_\_\_\_\_. **O Direito e o Futuro da Democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

\_\_\_\_\_. **O que a esquerda deve propor**. Tradução de Antônio Risélio Leite Filho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

\_\_\_\_\_. “**The Critical Legal Studies Movement**”. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **Necessidades Falsas: introdução a uma teoria social anti-determinista a serviço da democracia radical**. Tradução de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. São Paulo: Boitempo, 2005.

VIANNA, Maria Lucia Teixeira Weneck. *O silencioso desmonte da seguridade social no Brasil*. In: BRAVO, Maria Inês Souza Bravo e PEREIRA, Potyara A. P. **Política social e democracia**. São Paulo: Cortês, 2001.

VIEIRA, Evaldo. **Os direitos e a política social**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.

VILA-NOVA GOMES, Daniel Augusto. **A noção de serviços público de (tele)comunicações a partir da ótica dos administrados-administradores: a lei n. 9.612/1998 e contribuições da cidadania nas políticas públicas destinadas às rádios comunitárias**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília., Brasília.

YAZBEK, Maria Carmelita. *As ambigüidades da assistência social brasileira após dez anos de LOAS*. In: **Revista Quadrimestral de Serviço Social**. São Paulo: Cortês Editora, Ano XXIV – nº 77 – março 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.