

O DIREITO NAS INSTITUIÇÕES DE DELIBERAÇÃO DEMOCRÁTICA: FUNÇÕES E POSSIBILIDADES DE ANÁLISE

THE LAW OF DELIBERATIVE DEMOCRATIC INSTITUTIONS: ITS FUNCTIONS AND ANALYTICAL POSSIBILITIES

Henrique Almeida de Castro^{* e **}

RESUMO

Este artigo explora o papel desempenhado pelos arranjos jurídico-institucionais na estruturação espaços de deliberação democrática e elabora pontos de partida para investigações de instituições concretas. A implementação de inovações institucionais democráticas em todo mundo no curso das últimas décadas (em especial no Brasil) gerou discussões entre acadêmicos de diversas áreas. Os juristas, no entanto, pouco participam desses debates. Apesar da omissão, as literaturas da teoria deliberativa e institucionalista já identificaram os arranjos jurídico-institucionais como uma variável essencial para o desempenho satisfatório desses espaços: eles contribuem para moldar as condições concretas nas quais ocorrem as deliberações, distanciando ou aproximando-as das ideais. Com o intuito de orientar esforços de pesquisa futuros, sugiro, a partir do reconhecimento de alguns dos limites do direito como ferramenta de engenharia institucional, três possíveis abordagens analíticas. Com esse esforço, pretendo contribuir com alguns passos iniciais para o ainda embrionário debate no campo do direito.

Palavras-chave: Teoria deliberativa; Desenho institucional; Análise empírica; Legitimidade; Direito e desenvolvimento.

* Mestrando em Direito Econômico e Economia Política pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduado em Direito pela Fdusp. henrique_castro@outlook.com.

** Este artigo apresenta parte dos resultados obtidos em uma pesquisa realizada com apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp). Processo n. 2015/09668-0. Agradeço à orientação do professor Diogo Coutinho e às críticas do professor Carlos Portugal Gouvêa. Agradeço também os comentários da amiga Marília Mayumi Rolemberg Lessa.

ABSTRACT

This article explores the roles performed by legal arrangements in the structuring of deliberative democratic fora and formulates starting points for further research on existing institutions. The creation of innovative democratic institutions during the course of the last decades (especially in Brazil) has generated considerable interdisciplinary discussion. Legal scholars, however, rarely join these debates. Despite their omission, the literatures on deliberative and institutional theory have already identified legal arrangements as an important element for the satisfactory performance of the deliberative institutions: they help shape the actual conditions under which deliberations occur, distancing or bringing them closer to the theoretical normative standards. With the purpose of orienting future research, I suggest three analytical possibilities based on the recognition of the law's limits as an instrument of institutional engineering. It is my hope that this article can contribute with a few first steps for the still budding legal debate.

Keywords: Deliberative theory; Institutional design; Empirical analysis; Legitimacy; Law and development.

INTRODUÇÃO

Entre modelos como “elitista”, “pluralista”, “legal” e “participativo”, existe uma diversidade de teorias da democracia.¹ Dentre elas, a teoria democrática deliberativa contou nas últimas décadas com crescente destaque, tanto no âmbito das construções teóricas, quanto em experiências concretas e pesquisas empíricas. Esse movimento levou Dryzek,² um dos mais importantes teóricos do campo, a reconhecer a partir dos anos 1990 uma verdadeira “guinada deliberativa” na teoria da democracia.

Os cânones da teoria remontam a trabalhos de teóricos vinculados ao liberalismo, como John Rawls e Joshua Cohen, e à teoria crítica, a exemplo do próprio John Dryzek e Jürgen Habermas.³ A partir deles, um crescente número de autores passou a atribuir um papel central ao diálogo fundamentado em argumentos

¹ Para um breve apanhado das mais importantes teorias no debate contemporâneo, ver: NOBRE, M. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

² DRYZEK, J. *Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 1-7.

³ Alguns dos trabalhos clássicos incluem: COHEN, J. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, J.; REGH, W. *Deliberative democracy: essays on reasons and politics*. Cambridge: The MIT Press, 1997; RAWLS, J. The idea of public reason. In: BOHMAN, J.; REGH, W. *Deliberative democracy: essays on reasons and politics*. HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1996; DRYZEK, J. S. Discursive designs: critical theory and political institutions. *American Journal of Political Science*, v. 31, n. 3, 1987, p. 656-679.

justificáveis como garantia de legitimidade de políticas públicas, leis e regimes de governo. O ideal normativo de democracia deixou de ter um foco fundamentalmente agregativo e competitivo, passando a contemplar de forma sistemática a formação de preferências dos participantes.

Em paralelo às evoluções teóricas normativas, a deliberação também entrou no vocabulário daqueles interessados nas instituições concretas. O campo foi enriquecido com uma diversidade de investigações empíricas sobre o funcionamento de espaços pretensamente deliberativos: passou, nas palavras de Chambers,⁴ de uma “declaração teórica” para uma “teoria em funcionamento”. O progresso é especialmente visível no Brasil após a redemocratização, no qual uma série de inovações institucionais abriu novas possibilidades de participação popular na definição de políticas públicas e atraiu o interesse de acadêmicos de diversas áreas.

Os juristas, no entanto, têm se mantido curiosa e paradoxalmente alheios ao debate relativo a essas inovações institucionais. No Brasil, apesar do crescente interesse no tema e do fato da expansão da difusão de instituições inovadoras dever-se em parte à vigência de normas e arranjos jurídicos, a maioria das intervenções acadêmicas consiste em descrições e interpretações de caráter dogmático das estruturas formais dos instrumentos de participação existentes.⁵ Dessa maneira, ainda faltam contribuições capazes de diagnosticar a adequação dos arranjos jurídico-institucionais que dão forma aos mecanismos participativos concretos ao cumprimento de suas funções⁶ (tarefa essa atualmente realizada principalmente por cientistas políticos).

⁴ CHAMBERS, S. Deliberative democratic theory. *Annual Review of Political Science*, v. 6, 2003, p. 307.

⁵ Não acredito que tais trabalhos não tenham valor – muito pelo contrário, o esforço dogmático também é útil para a compreensão dos instrumentos de participação institucionalizada. Para algumas relevantes contribuições, ver: DI PIETRO, M. S. Z. Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, jan./mar. 1993, p. 26-39; CYRINO, P. C. B.; LIBERATI, W. D. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1997; PEREZ, M. A. *Institutos de participação popular na administração pública*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 1999; LOPES, J. R. L. Os conselhos de participação popular: validade jurídica de suas decisões. *Revista de Direito Sanitário*, v. 1, n. 1, p. 23-35, 2000; MEDAUAR, O. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; OLIVEIRA, G. J. Participação administrativa. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, n. 3, set./out./nov. 2005; BARROS, L. M. A. *O fomento e o Conselho Municipal da Criança e do Adolescente de São Paulo*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2012.

⁶ Há poucos trabalhos desse tipo, mas não são inexistentes: MATTOS, P. T. L. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004; MENDES, D. C. V. R. *Democracia semi-direta no Brasil pós-1988: a experiência do orçamento participativo*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2004. Apesar de não se tratar de um espaço participativo, Conrado Hübner Mendes utiliza a teoria deliberativa em um esforço semelhante em relação às cortes constitucionais. MENDES, C. H. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Com este trabalho, pretendo encarar tal vácuo. O direito e os arranjos jurídicos, apontam alguns teóricos, têm um importante papel na construção de instituições deliberativas: ao fixar suas normas, processos e estruturas organizacionais, restringe determinadas possibilidades de atuação institucional e viabiliza outras, moldando as condições nas quais ocorrem as deliberações. A partir dessa perspectiva, uma estrutura jurídica bem calibrada contribui para engajar os participantes desses espaços em discussões complexas. A teoria democrática deliberativa pode auxiliar em diagnósticos jurídico-institucionais ao prover padrões normativos para a avaliação dos arranjos vigentes.

Além desta introdução e da conclusão, o trabalho se divide em três partes. Na primeira, discuto as bases da teoria democrática deliberativa. A partir do debate travado entre otimistas e céticos quanto aos efeitos de instituições deliberativas, defendo que o sucesso desses espaços não é um dado imutável, mas depende de uma série de fatores. Na segunda parte, foco-me na variável do desenho institucional e dos arranjos jurídicos, já identificada como relevante nas investigações empíricas de espaços de deliberação. Análises jurídicas complexas, acredito, podem se desenvolver a partir dessa dimensão (argumento este ilustrado a partir do caso dos conselhos gestores). Na última parte, com base no estudo das limitações do direito como uma ferramenta de engenharia das instituições, sugiro alguns caminhos de análise possíveis.

TEORIA DEMOCRÁTICA DELIBERATIVA: DEBATES TEÓRICOS E EXPERIÊNCIAS REAIS

Uma visão da teoria democrática deliberativa

A formulação precisa das prescrições normativas da teoria deliberativa pode variar significativamente dependendo do autor analisado.⁷ No entanto, em qualquer de suas formas, a teoria essencialmente afirma, nas palavras de Gutmann e Thompson,⁸ “a necessidade de justificar as decisões tomadas por cidadãos e

⁷ Devido à força da “guinada deliberativa”, o campo contém um amplo espectro de teóricos, cujas concepções muitas vezes divergem. Como tal tarefa fugiria em muito ao escopo do trabalho, não traço aqui um panorama completo das discussões internas dos teóricos deliberativos e das críticas a suas ideias. A reconstrução apresentada se alinha à concepção mais contemporânea de “negociação deliberativa” proposta por Mansbridge et al. Segundo os autores, ela difere da formulação clássica por apresentar critérios mais expansivos e realistas dos ideais normativos da deliberação. Em vista desse recorte, tratarei pouco dos autores clássicos, apesar de sua importância. Para uma comparação sistemática entre as concepções clássica e contemporânea, ver o artigo: MANSBRIDGE, J. et al. The place of self-interest and the role of power in deliberative democracy. *Journal of Political Philosophy*, v. 18, n. 1, p. 64-100, 2010.

⁸ GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why deliberative democracy?* New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 3.

seus representantes” como critério de legitimidade.⁹ A justificação deve ocorrer pelos processos de discussão nos quais cada parte apresenta às demais razões fundamentadas para seus posicionamentos.

As prescrições da teoria deliberativa se contrapõem a concepções de democracia que privilegiam a agregação de vontades, sendo útil compará-las. No caso da agregação, considera-se que as partes possuem preferências fixas e imutáveis no momento da decisão, limitando-se as instituições à tarefa de contabilizar as vontades, geralmente favorecendo a escolha da maioria. Nada mais simbólico aqui do que mecanismo do voto, exemplificado em formas de participação como eleições, plebiscitos e referendos.

A deliberação consiste, porém, “nos processos comunicativos e de formação de vontade que antecedem o voto”.¹⁰ Considera-se as preferências não como fixas, mas mutáveis: ao ter contato com as posições fundamentadas de outros, cada parte pode refletir e eventualmente alterar suas próprias escolhas. Essa concepção, assim, preocupa-se menos com o conteúdo final das decisões em um sistema democrático e mais com os processos de discussão que a ela levaram.

A comunicação em processos deliberativos visa idealmente à justificação mútua entre os participantes a respeito de suas posições. Cada um deve apresentar suas razões de maneira que acredite ser verdadeiramente persuasiva aos demais: em uma sociedade plural, preferências individuais só devem ser aceitas quando os outros puderem encontrar motivos suficientes para entendê-las como razoáveis.¹¹ Isso não significa que as partes devam abandonar suas posições (representativas de seus valores pessoais, grupos no quais se inserem, percursos de vida etc.) ou deixar de expressá-las, mas que têm a obrigação fazê-lo de forma justificável aos demais, mesmo quando beneficiariam apenas a um indivíduo ou grupos específicos.

Em síntese, pode-se definir a deliberação como o “debate e discussão direcionados a produzir opiniões informadas e razoáveis, nos quais seus participantes

⁹ Entende-se, nesse trabalho, o conceito de legitimidade como as bases (razões) morais de obediência ao poder. Ele encerra três pontos: (i) a “legitimidade em sentido estrito”, ou seja, as características objetivas das políticas que justifiquem sua aceitação pela população (como o grau em que atendam a seus objetivos), (ii) a “legitimização”, ou seja, o quanto aqueles sujeitos ao poder de fato aceitam-no como legítimo e (iii) a “legalidade”, entendida como o grau de obediência das autoridades às predeterminadas regras do jogo político. Pode-se aplicar legitimidade como um critério de avaliação das políticas públicas; no entanto, a perfeita adequação de determinada política concreta a todos os critérios é altamente improvável. Para uma discussão do conceito e suas implicações para a teoria deliberativa, ver o segundo capítulo de PARKINSON, J. *Deliberating in the real world: problems of legitimacy in deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

¹⁰ CHAMBERS, S. *Deliberative democratic theory*, p. 308.

¹¹ GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why deliberative democracy?*; BOHMAN, J. The coming of age of deliberative democracy. *The Journal of Political Philosophy*, v. 6, n. 4, 1998, p. 400-425.

estão dispostos a revisar suas preferências de acordo com a discussão, novas informações e afirmações dos demais”.¹² Não se exclui, no entanto, a utilização de métodos agregativos na tomada de decisões. Em sociedades plurais, marcadas pela existência de visões de mundo e preferências muitas vezes incompatíveis, as deliberações dificilmente terminarão em consenso. Nesses casos, a incorporação de mecanismos agregativos de decisão torna-se necessária. Para Araújo,¹³ não há aqui uma incompatibilidade, mas uma complementariedade: o momento de deliberação, através do conflito de razões, cria um estoque compartilhado de possíveis decisões razoáveis, enquanto o de agregação individualiza uma. Determinada decisão poderá ser considerada legítima quando, como consequência do processo de deliberação, as partes compreendam o conteúdo da decisão e, mesmo em desacordo com ela, considerem-na justificável.¹⁴

A democracia deliberativa não costuma ser atualmente pensada como um modelo substituto da representativa. Como destaca Parkinson,¹⁵ devido à demanda de justificação mútua entre todos os participantes, a literatura normalmente considera que a deliberação ocorre em instituições de nível micro, com relativamente poucos participantes em uma única sala: é difícil imaginar milhares de pessoas deliberando em um mesmo ambiente sem a redução das interações, idealmente recíprocas, a discursos. Esse é o chamado “problema de escala” da deliberação. Mesmo quando concebida de maneira macro,¹⁶ não se pretende o desmonte das instituições de representação tradicionais.¹⁷

Condições para a deliberação ideal

Como uma série de prescrições normativas, o modelo democrático deliberativo nunca se realiza integralmente. Na prática política, participantes continuamente descumprem suas exigências: constantemente verifica-se a dominação coerciva de um ator sobre os demais, a substituição dos espaços de discussão

¹² CHAMBERS, S. *Deliberative democratic theory*, p. 309.

¹³ ARAÚJO, C. Razão pública, bem comum e decisão democrática. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

¹⁴ CHAMBERS, S. *Deliberative democratic theory*, p. 308.

¹⁵ PARKINSON, J. *Deliberating in the real world: problems of legitimacy in deliberative democracy*, p. 5.

¹⁶ Esse é o caso, por exemplo, do conceito de “sistema deliberativo” de Mansbridge. Ver MANSBRIDGE, J. A minimalist definition of deliberation. In: HELLER, P.; RAO, V. *Deliberation and development: rethinking the role of voice and collective action in unequal societies*. Washington: Banco Mundial, 2015.

¹⁷ Ainda, a teoria não se aplica unicamente a espaços de participação ou representação. A título ilustrativo, basta considerar que Rawls reputa as Cortes Supremas – instituições definitivamente não participativas – como as estruturas estatais exemplares em termos de deliberação. RAWLS, J. *The idea of public reason*, p. 108.

comuns por barganhas políticas privadas e o desinteresse na revisão de preferências individuais pré-formadas. Por esse motivo, para Dryzek,¹⁸ a utilidade dessa hipotética situação de deliberação ideal e seu processo de formação de vontades é como um padrão de análise, avaliação e crítica da deliberação real. Ela ilumina aspectos relevantes para construção de instituições pretensamente deliberativas.

Com o intuito de subsidiar tentativas de análise da realidade, Almeida e Cunha¹⁹ sistematizaram alguns dos vários requisitos para a deliberação ideal desenvolvidos por diferentes autores no curso da evolução da teoria. Para as autoras, estes incluem, entre outros: igualdade de participação²⁰ (todos os cidadãos que serão afetados por determinada decisão devem dela poder participar), igualdade deliberativa²¹ (todos os participantes devem ter igual capacidade e oportunidade de apresentar suas razões durante as deliberações), conclusividade²² (o processo deliberativo deve gerar uma decisão, e ela deve ser considerada por todos como razoável) e provisoriidade²³ (tanto as regras quanto os resultados dos processos deliberativos devem se manter abertos à contestação e rediscussão por seus participantes).²⁴

O cumprimento desses requisitos deliberativos, no entanto, depende não apenas da vontade e da atitude das partes, mas também das condições internas dos fóruns de discussão e mesmo da sociedade como um todo. A igualdade de participação plena, por exemplo, mostra-se irrealizável em face do problema de escala: alguns grupos e indivíduos sempre serão excluídos. Assim, ao utilizarem esse padrão, análises de instituições reais devem formular questões mais sutis, a exemplo de “considerando o assunto em discussão e os limites de escala da

¹⁸ DRYZEK, J. S. Discursive designs: critical theory and political institutions, p. 661.

¹⁹ ALMEIDA, D. R.; CUNHA, E. S. M. A análise da deliberação democrática: princípios, conceitos e variáveis relevantes. In: PIRES, R. R. *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.

²⁰ Sobre o critério da igualdade de participação, ver COHEN, J. Deliberation and democratic legitimacy, p. 74; GOODIN, R. E. *Innovating democracy: democratic theory and practice after the deliberative turn*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 187; MANSBRIDGE, J. A minimalist definition of deliberation, p. 35.

²¹ Sobre o critério da igualdade deliberativa, ver COHEN, J. Deliberation and democratic legitimacy, p. 74; DUTWIN, D. The character of deliberation: equality, argument, and the formation of public opinion. *International Journal of Public Opinion Research*, v. 15, n. 3, 2003, p. 239-264; GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why deliberative democracy?*, p. 137.

²² Sobre o critério da conclusividade, ver ARAÚJO, C. Razão pública, bem comum e decisão democrática; GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why deliberative democracy?* p. 18.

²³ Sobre o critério da provisoriidade, ver BENHABIB, S. Deliberative rationality and models of democratic legitimacy. *Constellations*, v. 1, n. 1, 1994, p. 31; FUNG, A. *Empowered participation: reinventing urban democracy*. London/New York: Verso, 2004, p. 69-98.

²⁴ Almeida e Cunha levantam outros seis critérios, os quais não serão aqui explorados em detalhes: inclusão deliberativa, publicidade, reciprocidade/razoabilidade, liberdade, autonomia e “accountability”.

participação, quais interesses não poderiam ser excluídos?”, “os critérios de seleção da instituição se adequam à nossa resposta?”, e “quem, de fato, ocupa esses espaços, e quem fica de fora?”.

De forma semelhante, a igualdade deliberativa plena demanda níveis de formação e capacidade argumentativas semelhantes entre todas as partes, algo inimaginável em sociedades altamente desiguais. O requisito da conclusividade impõe a ampla possibilidade de todos apresentarem suas próprias razões e reagirem às alheias durante o processo decisório, o que não ocorrerá quando existirem severos limites de tempo e de recursos para a discussão. A provisoriedade, por fim, dificilmente se verificará em espaços institucionalizados pelo Estado, pois ao menos algumas de suas regras estarão inevitavelmente sob a esfera de competência de outros órgãos estatais, e, portanto, fora de seu alcance.

Como se pode ver, a qualidade da deliberação depende, entre diversos outros fatores, de métodos adequados de seleção de participantes, do nível de igualdade material no interior dos espaços de deliberação e fora deles, e de procedimentos que ao mesmo tempo garantam a efetiva tomada de decisões e o espaço de fala de todos. Por esse motivo, muitos teóricos, mesmo aceitando as prescrições deliberativas, ressaltam as dificuldades envolvidas na sua efetivação. Nas palavras de Fishkin: “a deliberação de alta qualidade, onde realmente há um sopesamento de argumentos, é rara na vida comum (...), mas, desde que engajados em desenhos institucionais apropriados, cidadãos comuns são capazes de tal diálogo”.²⁵

Otimismo e ceticismo quanto à deliberação democrática

Considerando o porte dos desafios, podemos nos perguntar a razão de tantos teóricos preconizarem a participação guiada pelo modelo democrático deliberativo. Ganhos de legitimidade representam apenas parte da explicação: como destaca Nabatchi,²⁶ além de seu valor normativo, diversos autores reputam à participação em instituições deliberativas possíveis vantagens instrumentais (ou seja, relacionadas aos seus impactos mensuráveis na realidade) para a sociedade civil e para a administração pública.

A institucionalização de fóruns deliberativos, espera-se, deve contribuir para o fortalecimento da sociedade civil. Em parte, isso é porque teriam o potencial de criar “cidadãos melhores”: com as discussões, os participantes passariam a conhecer melhor suas próprias preferências, a entender e respeitar diferenças com menor dificuldade, a compreender com mais profundidade questões políticas

²⁵ FISHKIN, J. Deliberation by the people themselves: entry points for the public voice. *Election Law Journal*, v. 12, n. 4, 2013, p. 495.

²⁶ NABATCHI, T. Addressing the citizenship and democratic deficits: the potential of deliberative democracy for public administration. *The American Review of Public Administration*, v. 40, n. 4, 2010, p. 376-399.

e administrativas complexas e a se interessarem mais por assuntos públicos.²⁷ Por meio desse processo, quanto mais participarem, melhores participantes se tornarão. Além dos ganhos para os cidadãos individuais, o aumento das oportunidades de engajamento estimularia a organização na esfera civil e fortaleceria o associativismo.²⁸

Formas de participação deliberativa institucionalizadas poderiam, ainda, contribuir para a qualidade da gestão pública e para a formação de consensos em torno de suas decisões. As discussões da sociedade civil entre si e com o Estado gerariam decisões melhores sobre problemas públicos ao revelarem posições e informações privadas (aumentando o conhecimento das autoridades sobre os problemas dos cidadãos), garantirem um espaço de expressão para grupos marginalizados (resultando em decisões mais justas, de um ponto de vista distributivo) e permitirem a consideração conjunta de soluções (ocasionando respostas novas e não aventadas por qualquer ator individual).²⁹ Além disso, poderiam gerar consensos mais amplos ao redor das decisões, aumentando a adesão a elas.³⁰

De maneira oposta às muitas alegações otimistas, outros teóricos, mesmo não necessariamente propondo o abandono do modelo, apontam motivos para a manutenção de certo ceticismo quanto à participação deliberativa. Eles ressaltam principalmente o fato de que as condições reais de deliberação sempre se distanciam das ideais. Otimistas podem até reconhecer esse dado, mas, adicionam os céticos, as condições alcançáveis na realidade comumente resultam não em ganhos, mas em perdas na legitimidade e nos resultados reais.

Mesmo em situações ideais, acreditam alguns autores, discussões em grupos não geram necessariamente decisões mais legítimas. Para eles, a ficção deliberativa de participantes interessados, preocupados com terceiros e sensíveis a argumentos passa longe demais da realidade. Na visão de Ian Schapiro,³¹ em discordâncias

²⁷ COHEN, J.; SABEL, C. Directly-deliberative polyarchy. *European Law Journal*, v. 3, n. 4, dez. 1997, p. 321; DRYZEK, J. *Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations* p. 21; FISHKIN, J.; LUSKIN, R. C. *Deliberation and "better citizens"*. Center for Deliberative Democracy, Stanford. Disponível em: <<http://cdd.stanford.edu/2002/deliberation-and-better-citizens/>>. Acesso em: 18/06/2017; GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why deliberative democracy?* p. 20.

²⁸ FUNG, A.; WRIGHT, E. O. Thinking about empowered participatory governance. In: FUNG, A.; WRIGHT E. O. (Org.). *Deepening democracy: institutional innovations in empowered participatory governance*. London/New York: Verso, 2003, p. 15.

²⁹ COHEN, J.; SABEL, C. Directly-deliberative polyarchy, p. 324; FEARON, J. D. Deliberation and discussion. In: ELSTER, J. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 49; FUNG, A. Varieties of participation in complex governance. *Public Administration Review*, v. 66, n. suplementar, dez. 2006, p. 73.

³⁰ FEARON, J. D. Deliberation and discussion, p. 55.

³¹ SHAPIRO, I. Enough of deliberation: politics is about interests and power. In: MACEDO, S. *Deliberative Politics: essays on democracy and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

morais profundas, os participantes tenderão a se portar de maneira absolutamente intransigente: para ele, não se pode esperar argumentos justificáveis ou interesse em mudar posições prévias por parte de um sectário. Sunstein³² indica a tendência de radicalização das posições iniciais com base na “lei da polarização”. Testada em estudos de psicologia social, ela descreve como as posições gerais em grupos tendem a se polarizar em direção ao entendimento majoritário, reforçando-o. Hibbing e Theiss-Morse,³³ ainda, consideram que a formação de vontades conjunta dificilmente ocorre de forma racional e ponderada, mas é influenciada por informações irrelevantes e pessoais, opiniões irracionais e emotivas e por manipulações intencionais.

Outros críticos se preocupam com os possíveis efeitos negativos da deliberação em contextos marcados por desigualdades sociais profundas. Eles ressaltam como participantes com mais recursos tendem, de uma maneira ou outra, a dominar fóruns de discussão. Para Vita,³⁴ na maioria dos casos, eles se organizarão e participarão mais. Por ocuparem maior espaço nas deliberações, seus interesses contarão com prioridade em relação àqueles de cidadãos menos ativos. Mesmo com igualdade numérica de participação, aponta Przeworski,³⁵ atores mais influentes terão maior capacidade de convencimento. Assim, os demais participantes podem acabar alterando suas posições em direções contrárias aos seus próprios interesses. Na visão de Sanders,³⁶ esses efeitos impactam principalmente grupos sociais minoritários, pois enfrentam maiores obstáculos em se expressarem publicamente e em terem seus argumentos acolhidos. Todas essas assimetrias resultariam mais em exercícios em frustração do que de legitimação.

Mecanismos de participação institucionalizada em processos decisórios políticos, ainda, sustenta Young,³⁷ podem simplesmente servir como forma de legitimação de decisões injustas, e, portanto, de cooptação da sociedade civil. Isso porque as soluções colocadas como possíveis pela administração sempre serão, em maior ou menor grau, injustas. Nunca se disponibilizam recursos suficientes para a implementação dos remédios ideais, restando aos participantes a ingrata tarefa de encontrar a “menos pior”. Nessas condições, para a autora,

³² SUNSTEIN, C. R. The law of group polarization. *Journal of Political Philosophy*, v. 10, n. 2, p. 175-195, 2002.

³³ HIBBING, J.; THEISS-MORSE, E. *Stealth democracy: americans' beliefs about how government should work*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

³⁴ VITA, A. Democracia deliberativa ou igualdade de oportunidades políticas? In: COELHO, V. S.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

³⁵ PRZEWORSKI, A. Deliberation and ideological domination. In: ELSTER, J. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

³⁶ SANDERS, L. Against deliberation. *Political Theory*, v. 25, n.3, p. 347-376, 1997.

³⁷ YOUNG, I. M. Activist challenges to deliberative democracy. In: FISHKIN, J. S.; LASLETT, P. *Debating deliberative democracy*. Hoboken: Blackwell Publishing, 2003.

ativistas deveriam escolher “se engajar principalmente na oposição crítica, ao invés de tentarem chegar a acordos com aqueles que apoiam ou se beneficiam das atuais estruturas de poder”.³⁸

Deliberando no mundo real: resultados das pesquisas empíricas

De suas bases puramente teóricas, o estudo da deliberação passou recentemente a abranger também a avaliação de experiências institucionais reais. Com tais esforços, espera-se gerar conhecimento capaz de testar e qualificar as afirmações a favor e contra esse tipo de instituição, bem como tornar as construções teóricas mais complexas e atentas a dinâmicas de deliberação no mundo real. No entanto, se a transição da teoria deliberativa de uma “declaração teórica” para uma “teoria em funcionamento”³⁹ levou a um grande crescimento na sua sofisticação, está longe de encerrar a controvérsia entre otimistas e céticos.

Existem, inegavelmente, casos paradigmáticos de instituições deliberativas internamente funcionais e com impactos positivos na administração pública.⁴⁰ Um olhar mais amplo, contudo, revela um quadro bastante complexo: trabalhos de revisão da literatura empírica demonstram que os resultados dos experimentos deliberativos são extremamente heterogêneos.⁴¹ Pesquisas realizadas com uma diversidade de metodologias descortinaram a existência tanto de casos de redução de polarização quanto de criação de ambientes de hostilidade, de ganhos educacionais sobre questões públicas a frustração aguda dos participantes e de abertura das esferas burocráticas à influência de uma diversidade de atores antes excluídos até a cooptação da sociedade civil pelo poder público: para cada experiência bem sucedida, há ao menos uma frustrada.

³⁸ YOUNG, I. M. *Activist challenges to deliberative democracy*, p. 103.

³⁹ CHAMBERS, S. *Deliberative democratic theory*, p. 307.

⁴⁰ Ver, por exemplo, o processo de consulta do *Medicaid* em Oregon (descrito em GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why deliberative democracy?*, p. 17), a participação comunitária no policiamento e na administração pública de Chicago (FUNG, A. *Empowered participation: reinventing urban democracy*) e o orçamento participativo de Porto Alegre (BAIOCCHI, G. *Participation, activism and politics: the Porto Alegre experiment*. In: FUNG, A.; WRIGHT, E. O. (Org.). *Deepening democracy: institutional innovations in empowered participatory governance*. London/New York: Verso, 2003).

⁴¹ MENDELBERG, T. *The deliberative citizen: theory and practice*. In: DELLI CARPINI, M. X.; HUDDY, L.; SCHAPIRO, R. (Org.). *Research in micropolitics: political decision making, deliberation and participation*. Greenwhich: JAI Press, 2002; COOK, F. L.; DELLI CARPINI, M. X.; JACOBS, L. R. *Public deliberations, discursive participation and citizen engagement: a review of the empirical literature*. *Annual Review of Political Science*, v. 7, n. 1, p. 315-344, 2004; RYFE, D. M. *Does deliberative democracy work?* *Annual Review of Political Science*, v. 8, p. 49-71, 2005; PIRES, R. C. C. et al. *Em busca de uma síntese: ambições comuns e abordagens diversificadas na avaliação da efetividade das políticas participativas*. In: PIRES, R. C. C. (Org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.

Apesar disso, persistem fortes motivos para a manutenção dos esforços de investigação e construção institucional. O sucesso das experiências de deliberação, concordam diversos autores, não ocorre ao acaso, mas depende fortemente do contexto no qual se inserem. Nas palavras de Cook, Delli Carpini e Jacobs,⁴² varia de acordo com “o propósito da deliberação, o assunto sob discussão, quem participa, as conexões com as autoridades tomadoras de decisão, as *regras que coordenam as interações*, as informações disponíveis, crenças anteriores, resultados finais e condições do mundo real” (grifei). Ou seja, a mera instituição de fóruns participativos não gera necessariamente qualquer desfecho predeterminado. Por esse motivo, os autores sugerem que entender como essas determinantes contextuais afetam positivamente ou negativamente a deliberação deve ser uma das prioridades da pesquisa no campo. Felizmente, a literatura já desenvolveu algumas úteis abordagens de análise. O próximo tópico tratará delas, com foco na dimensão do desenho institucional e dos arranjos jurídicos.

OS ARRANJOS JURÍDICOS NAS INSTITUIÇÕES DELIBERATIVAS

Dimensões analíticas de instituições participativas: o desenho institucional

De acordo com Faria e Ribeiro,⁴³ a avaliação empírica das instituições democráticas pode ser realizada com base em três amplas dimensões relevantes: as variáveis contextual, política e de desenho institucional. Nenhuma delas pode, isoladamente, proporcionar uma descrição completa de qualquer instituição especificamente considerada, e nem predizer com absoluta precisão seu sucesso ou fracasso. Apesar de suas limitações, proporcionam lentes analíticas úteis.

A variável contextual relaciona-se com o âmbito social no qual se insere o espaço participativo. Importam fatores como “o associativismo civil, as condições financeiras e administrativas do local onde as instituições são instaladas, assim como a própria natureza das políticas vinculadas a tais instituições”.⁴⁴ Considera-se que em municípios com forte tradição associativista (com um histórico de mobilizações de movimentos sociais, associações de bairro e filantrópicas ou grupos religiosos) haverá maior possibilidade de mobilização popular na participação e

⁴² COOK, F. L.; DELLI CARPINI, M. X.; JACOBS, L. R. Public deliberations, discursive participation and citizen engagement: a review of the empirical literature, p. 336.

⁴³ FARIA, C. F.; RIBEIRO, U. C. Entre o legal e o real: o que dizem as variáveis institucionais sobre os conselhos municipais de políticas públicas? In: AVRITZER, L. (Org.). *A dinâmica da participação local no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010, p. 62-66.

⁴⁴ FARIA, C. F.; RIBEIRO, U. C. Entre o legal e o real: o que dizem as variáveis institucionais sobre os conselhos municipais de políticas públicas? p. 63.

também de pressão sobre o governo para abrir seus espaços decisórios. Do lado da administração, quanto melhor a situação financeira e a capacidade administrativa da esfera de governo, maiores serão suas possibilidades de executar as decisões das instituições de participação e de prover-lhes uma estrutura burocrática adequada.⁴⁵

A variável política diz respeito à relação entre sociedade civil e a sociedade política e à convergência de seus objetivos. Considera, por exemplo, o grau de importância atribuído pela administração pública a determinado espaço participativo e aos esforços do poder público para garantir suas condições de funcionamento ou, ao contrário, comprometê-las. Nesse sentido, o sucesso dos projetos de ampliação da participação depende de uma confluência de vontades entre a sociedade civil e a política: quanto mais concordarem, por exemplo, com a forma de organização da participação, maiores chances terá o projeto.⁴⁶

Do ponto de vista de uma análise jurídica dos mecanismos de participação, a terceira variável, relativa ao desenho institucional, mostra-se especialmente útil. O conceito diz respeito às normas, processos e estruturas organizacionais das instituições,⁴⁷ projetadas com o intuito de possibilitar e restringir comportamentos e ações para acordá-los a valores, atingir objetivos desejados, ou executar determinadas tarefas.⁴⁸ O propósito subjacente ao estabelecimento de tais regras é criar os comportamentos estáveis, repetidos e previsíveis existentes no interior de ambientes institucionais e sem os quais não podem funcionar harmoniosamente.⁴⁹ Elas, no entanto, nunca são neutras, mas incorporam, reforçam

⁴⁵ Analisando experiências de orçamento participativo no Brasil, Avritzer conclui que, em cidades onde não há prévia tradição de associativismo e mobilização civil, o sucesso do processo depende com mais força da liderança da administração local e, portanto, de suas capacidades. Segundo o autor, ainda, as forças relativas da sociedade civil e da administração determinam em grande parte as características do orçamento participativo em cada município. AVRITZER, L. New public spheres in Brazil: local democracy and deliberative politics. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 30, n. 3, set. 2006, p. 623-637.

⁴⁶ Segundo Abers, Serafim e Tatagiba, o fortalecimento das instituições participativas e o desenvolvimento de novos padrões de relação entre o Estado e a sociedade civil ocorrido durante o governo Lula deve-se, em grande parte, à presença de ativistas no interior da burocracia estatal. Como simpatizantes das ideias participativas, as quais já encontravam lugar em diversos municípios sob o comando do Partido dos Trabalhadores, eles as promoveram do interior do Estado. ABERS, R.; SERAFIM, L.; TATAGIBA, L. Repertórios de interação Estado-sociedade em um Estado heterogêneo. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 57, n. 2, 2014, p. 325-357.

⁴⁷ Este trabalho não adentrará na complexa discussão a respeito da definição do conceito de instituição. Para uma revisão de sua utilização e uma tentativa de definição, ver HODGSON, G. M. What are institutions? *Journal of Economic Issues*, v. 40, n. 1, 2006, p. 1-25.

⁴⁸ ALEXANDER, E. R. Institutional transformation and planning: from institutionalization theory to institutional design. *Planning Theory*, v. 4, n. 3, 2005, p. 219.

⁴⁹ GOODIN, R. E. Institutions and their design. In: GOODIN, R. E. *The theory of institutional design*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 22.

ou rearranjam as relações de poder entre os indivíduos e grupos que disputam esses espaços.⁵⁰

Apesar do desenho de espaços organizados pelo Estado normalmente conter uma série de normas formais (ou seja, positivadas no arcabouço jurídico), a natureza das regras de qualquer instituição, na prática, é mais ampla. Comportamentos repetidos, previsíveis e efetivamente esperados surgem não apenas de imposições legais, mas das próprias interações sociais: na medida em que a violação destes padrões de conduta criados espontaneamente frustra expectativas e gera sanções (mesmo informais, como a desaprovação dos pares), eles passam a sistematicamente afetar o funcionamento das instituições e, portanto, a integrar seu desenho tanto quanto as normas formais. Assim, o desenho das instituições inclui tanto padrões de conduta sedimentados e convenções sociais quanto as regras formais.⁵¹

O desenho das instituições deliberativas, no sentido da definição apresentada acima, trata do conjunto de regras e procedimentos (não necessariamente formais) que organizam a participação institucionalizada. Conforme aponta Fung,⁵² tais normas têm um papel central na definição do tipo do mecanismo a ser adotado (conselho ou orçamento participativo?), de quem pode participar (qualquer indivíduo ou apenas certas organizações representativas?), do assunto e escopo da deliberação (quanto do orçamento da saúde ou da educação será definida de forma participativa?), do modo em que a discussão é conduzida (quem a coordena, e como?), de quando ela pode ocorrer (eventos isolados ou com periodicidade fixa?) e do grau de empoderamento de cada fórum participativo (suas decisões têm caráter vinculante ou apenas consultivo?). Este conjunto de definições, entre outras possíveis, possui um efeito considerável na efetividade dos espaços de deliberação, sobre seus graus de participação e equidade.

Funções do direito nas instituições deliberativas

O conceito de desenho institucional evidencia o papel estruturante desempenhado pelos arranjos jurídicos em qualquer política pública. Ao fixar legalmente determinações como as expostas anteriormente, o direito molda instituições encarregadas de perseguir determinados fins, alterando, assim, as condições em que se efetivam as ações e processos de implementação das políticas públicas.⁵³ O arcabouço jurídico, dessa maneira, pode ser concebido como uma verdadeira tecnologia utilizável de maneira mais ou menos efetiva na busca de resultados

⁵⁰ GOODIN, R. E. Institutions and their design, p. 19.

⁵¹ HODGSON, G. M. What are institutions?, p. 3.

⁵² FUNG, A. Recipes for public spheres: eight institutional design choices and their consequences. *The Journal of Political Philosophy*, v. 11, n. 3, 2003, p. 338-367.

⁵³ COUTINHO, D. R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95.

socialmente desejáveis. O manejo da tecnologia jurídica nas políticas públicas, no entanto, é tudo menos simples, em parte porque desempenha uma diversidade de funções entrelaçadas.

Pensando-se, mais especificamente, no tema da participação e da deliberação, normas jurídicas podem atrelar as políticas públicas a mecanismos de deliberação, participação, consulta, colaboração e decisão conjunta, obrigando a administração, por meio de regras procedimentais, a abrir-se a uma pluralidade de atores. Dessa maneira, dependendo de seu emprego, o arcabouço jurídico pode se mostrar mais ou menos capaz de engajar e atrair a sociedade civil às esferas participativas. Ao fazer isso, o direito, segundo Coutinho,⁵⁴ desempenha a função de vocalizador de demandas, podendo levar políticas públicas a se tornarem mais democráticas e legitimadoras. No caso brasileiro, marcado pela abundância de espaços participativos instituídos pelo Estado, o direito cumpre essa função em relação a uma grande quantidade de políticas públicas.

Em minha opinião, no caso dos fóruns deliberativos institucionalizados, o direito pode ter um papel único e valioso: aproximar as condições de deliberação reais àquelas idealmente desejáveis em determinado ambiente. Qualquer processo decisório depende de determinadas regras para torná-los previsíveis e, no caso, dos espaços institucionalizados pelo Estado, diversas delas comumente se encontram no arcabouço jurídico formal. Apesar de jamais ter descido ao nível dos arranjos concretos, Habermas já entendia que o sucesso da democracia deliberativa depende da “institucionalização dos procedimentos correspondentes e das condições de deliberação”.⁵⁵ Nesse sentido, conforme propõe Levy,⁵⁶ é possível estruturar os arranjos jurídicos para “guiar” os processos dos fóruns de discussão de maneira a promover seu potencial deliberativo, do momento da seleção de seus participantes até as decisões finais.

O desenho de determinada instituição pode ser juridicamente concebido de forma a garantir a representação legítima da sociedade civil dentro dos fóruns de deliberação, diminuir as assimetrias de capacitação e informação entre as partes e evitar a absorção dos espaços institucionalizados de participação e de seus membros pela lógica burocrática do Estado. Assim, segundo Levy, “leis talvez possam criar procedimentos que desestabilizam normas político-culturais facciosas de tomada de decisão, as quais previamente prejudicavam a deliberação

⁵⁴ COUTINHO, D. R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*, p. 101.

⁵⁵ HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, p. 298. Uma cuidadosa reconstituição da visão de democracia deliberativa habermasiana e suas conexões com o direito pode ser encontrada no segundo capítulo de MENDES, D. C. V. R. *Democracia semidireta no Brasil pós-1988: a experiência do orçamento participativo*.

⁵⁶ LEVY, R. The law of deliberative democracy: seeding the field. *Election Law Journal*, v. 12, n. 4, 2013, p. 355-371.

em determinado ambiente”.⁵⁷ Essa tarefa de regulação de procedimentos e estruturação do funcionamento da participação corresponde à função do direito como definidor dos arranjos institucional das políticas públicas,⁵⁸ exercido em relação às instituições deliberativas.

Além do conteúdo dos arranjos que moldam determinada instituição, importam também os meios através dos quais eles são instituídos. Isso porque o direito, entendido a partir de sua função de “ferramenta”, oferece diversos instrumentos e veículos para a implementação das políticas públicas.⁵⁹ Esses incluem, por exemplo, normas mais ou menos genéricas, flexíveis e revisáveis ou rígidas e estáveis,⁶⁰ a divisão de competências normatizantes⁶¹ e o atrelamento ou não de sanções positivas ou negativas a determinadas condutas.⁶² Atentar a essa função do direito significa reconhecer que os arranjos jurídicos formais têm propriedades únicas em relação a outros tipos de regras que determinam o funcionamento das instituições, e que a construção de desenhos bem calibrados a partir deles depende de sua cuidadosa manipulação. Juristas são naturalmente vocacionados a essa tarefa.

O desenho de qualquer instituição impacta suas capacidades técnico-administrativas e políticas.⁶³ A primeira se refere ao seu potencial em levar a cabo, de

⁵⁷ LEVY, R. The law of deliberative democracy: seeding the field, p. 368.

⁵⁸ COUTINHO, D. R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*, p. 100.

⁵⁹ COUTINHO, D. R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*, p. 99.

⁶⁰ O intuito das instituições é garantir estabilidade. No entanto, abstrações formais rígidas podem com o tempo deixar de refletir adequadamente as situações que deveriam regular. Dessa maneira, arranjos jurídicos dependem, para a manutenção de sua utilidade, de algum nível de flexibilidade e da vigência mecanismos de correção. STINCHCOMBE, A. L. *When formality works: authority and abstraction in law and organizations*. Chicago: Chicago University Press, 2001, p. 35. Ao instituir arranjos por meio de diferentes tipos de instrumentos normativos (leis ordinárias e complementares, decretos, portarias etc.), o direito define em grande parte a maleabilidade das instituições e as formas como podem ser alteradas. Um desenho institucional funcional, como coloca Goodin, deve balancear as exigências de revisibilidade e estabilidade. GOODIN, R. E. *Institutions and their design*, p. 20.

⁶¹ O sistema constitucional de competências brasileiro, explica Sundfeld, divide as competências normatizantes em legislativas e administrativas (dividindo matérias que podem ser regulamentadas pelos poderes Legislativo e Executivo, respectivamente), e comuns e privativas (dividindo matérias que devem ser regulamentadas por um ente específico e aquelas que podem ser regulamentadas por mais de um). SUNDFELD, C. A. Sistema constitucional de competências. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 1, n. 1, 1993, p. 272-281. A divisão de competências importa em análises de instituições, pois determina quem pode definir os diferentes aspectos de seus desenhos.

⁶² Segundo Bobbio, as sanções jurídicas podem ser tanto positivas quanto negativas. Enquanto as primeiras servem para encorajar comportamentos desejados, as segundas realizam a função contrário (desencorajam comportamentos indesejados). BOBBIO, N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 17.

⁶³ GOMIDE, A. A.; PIRES, R. R. C. Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas. In: GOMIDE, A. A.; PIRES, R. R. C. *Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas*. Brasília: Ipea, 2014.

forma coordenada e ordenada, seus objetivos, e, a segunda, à sua aptidão em processar a interlocução, as negociações e os conflitos de atores sociais⁶⁴. Análises jurídicas de instituições concretas, com isso em mente, podem identificar seus arranjos relevantes e a forma como o direito os influencia, comparar suas funções reais (aquelas efetivamente desempenhadas) às formalmente atribuídas a elas e diagnosticar seus “gargalos” jurídicos, ou seja, circunstâncias nas quais os arranjos jurídicos vigentes debilitam suas capacidades.⁶⁵

Se, como defendem Gutmann e Thompson, o futuro da democracia deliberativa depende da preservação de práticas e instituições que funcionam bem,⁶⁶ é indispensável uma reflexão a respeito de como elas são moldadas por estruturas jurídicas, e como essas, por sua vez, podem concretamente desempenhar de forma adequada todas as suas funções. Esse exercício, apesar de não excluir de maneira alguma estudos de outras áreas, está aberto a relevantes contribuições dos juristas, cuja atividade sempre foi manejar regras.⁶⁷ Acredito, assim como Mattos, que “avaliar as condições decisórias sobre a formulação de políticas públicas pode ser uma tarefa realizada a partir do direito, e não apenas da ciência política”.⁶⁸

Os conselhos gestores na visão jurídico-institucional

Para tornar palpável o argumento trazido, esta seção tratará dos conselhos gestores de políticas públicas, a forma de deliberação popular mais difundida no Brasil, de um ponto de vista jurídico-institucional. Não realizo, no entanto, uma análise de um caso concreto nos moldes aqui propostos (seria necessário outro artigo para tanto). Busco apenas demonstrar, com base na literatura existente, que essas instituições impõem problemas de desenho merecedores da atenção dos juristas, e que a teoria deliberativa pode ser utilizada como padrão normativo para sua avaliação.

⁶⁴ GOMIDE, A. A.; PIRES, R. R. C. Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas, p. 20. O marco analítico deste trabalho contribui principalmente para análises da dimensão política (a qual se relaciona com a legitimidade). Isso não significa, contudo, que instituições deliberativas não contem com aspectos técnico-administrativos dignos de atenção.

⁶⁵ COUTINHO, D. R. O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento democrático. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, 2016, p. 247.

⁶⁶ GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why deliberative democracy?*, p. 59.

⁶⁷ Bobbio trata da questão de qual contribuição o cientista social pode esperar do jurista no estudo das regras e dos comportamentos. Segundo o autor, essa contribuição reside justamente no convite para “analisar o fenômeno normativo com aqueles instrumentos de precisão que lhe pode fornecer os juristas”. BOBBIO, N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 51. Esses instrumentos incluiriam um amplo conhecimento a respeito da forma como as regras surgem e morrem, como sistemas normativos funcionam e como classificar e definir comportamentos normativos. Seu domínio, em sua concepção, resulta do fato de que a atividade dos juristas sempre foi, em um sentido amplo, manejar regras: identificar, interpretar, manipular, conciliar, ordenar sistematicamente, deduzir e até inventar normas.

⁶⁸ MATTOS, P. T. L. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil, p. 317.

Caracterização dos conselhos gestores

Apesar de contarem com um histórico anterior, os conselhos gestores de políticas se proliferaram no Brasil com promulgação da Constituição de 1988 e a redemocratização. Em vários de seus dispositivos, a Constituição determina o envolvimento da população em diversos programas estatais: é o caso, por exemplo da seguridade social (art. 194, VII), implantação da assistência social (art. 204, II), e saúde (art. 198, III). Ao mesmo tempo, seja a mandato constitucional ou por interesses nos diferentes entes federativos, acentuaram-se com a redemocratização processos de descentralização em diversas áreas de política social. Assim, os municípios passaram a assumir tarefas antes alocadas ao Governo Federal ou aos Estados. Esses fatores impulsionaram a criação e o progressivo envolvimento de conselhos municipais (mas também nacionais e estaduais) em processos decisórios.

Os conselhos são órgãos colegiados permanentes onde se realizam reuniões periódicas entre um número limitado de representantes predeterminados da sociedade civil e do governo. Esse desenho possibilita interações repetidas entre os mesmos participantes durante um período relativamente longo de tempo, ao contrário, por exemplo, de plebiscitos e referendos (nos quais não há contato direto) e audiências públicas (nas quais o contato é reduzido a uma ou poucas interações). Por esse motivo, os conselhos representam algumas das interfaces de contato entre sociedade e Estado com maior capacidade de gerar um diálogo contínuo: nas palavras de Tatagiba, eles têm no processo dialógico “o instrumento privilegiado de resolução dos conflitos inerentes à diversidade de interesses em jogo”.⁶⁹ Essa é a razão, pode-se dizer, pela qual a maior parte da literatura aborda os conselhos a partir do prisma da democracia deliberativa.

Os conselhos gestores são instituídos pelo Estado e se inserem em órgãos da administração direta. Suas principais competências envolvem a fiscalização, a formulação e a consulta sobre políticas públicas.⁷⁰ Os conselhos têm espaço para determinar suas próprias regras de funcionamento em seus regimentos internos, dentro dos limites fixados em dispositivos normativos cuja alteração extrapola sua competência (como leis e decretos). Por esse motivo, Azevedo, Ribeiro e Santos Jr. os consideram como instituições mistas ou híbridas, as quais, apesar de se integrarem à administração, contam com uma “semi-autonomia” em relação ao governo e são moldadas de forma conjunta pelo Estado e pela sociedade civil.⁷¹

⁶⁹ TATAGIBA, L. Os conselhos gestores e a democratização das políticas públicas no Brasil. In: DAGNINO, E. *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 54.

⁷⁰ Existem ainda os conselhos de direitos e de fundos, também participativos. Para uma tipologia dos conselhos, ver LIMA, P. P. F.; SOUZA, C. H. L.; TEIXEIRA, A. C. C. *Arquitetura da participação no Brasil: uma leitura das representações políticas em espaços participativos nacionais*. Brasília: Ipea, 2012 (texto para discussão n. 1.735), p. 17.

⁷¹ AZEVEDO, S.; RIBEIRO, L. C. Q.; SANTOS JR., O. A. Democracia e gestão local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil. In: AZEVEDO, S.; RIBEIRO, L. C. Q.; SANTOS JR., O.

Os poderes dos conselhos gestores têm caráter deliberativo, e não apenas consultivo. Isso significa que suas decisões, desde que formalizadas em resoluções (momento a partir do qual assumem a condição de atos administrativos), têm força vinculante para a administração.⁷² Existem, no entanto, limitações a esses poderes: os conselhos não podem decidir sobre matéria que ultrapasse a competência do órgão no qual se inserem, e a administração não precisa ou deve implementar decisões consideradas de forma fundamentada como ilegais.

No caso de algumas políticas, a existência de conselhos relacionados a certos temas é obrigatória em todos os níveis de governo. No entanto, a maior difusão de alguns explica-se, segundo Barone e Lavallo,⁷³ não apenas por conta dessa obrigatoriedade, mas também por políticas legislativas mais ou menos fortes de indução do governo federal: se a existência de alguns tipos de conselhos tende à universalização (os saúde e assistência social, por exemplo, fazem-se presentes em praticamente todos os municípios brasileiros), é porque condicionou-se legalmente o repasse de verbas federais à sua criação (ou seja, há uma sanção atrelada à não criação dos conselhos – o fim dos repasses).

Arranjos jurídico-institucionais e qualidade da deliberação

Alguns estudos realizados no Brasil nas últimas duas décadas buscaram ligar aspectos da regulamentação dos conselhos à efetividade e à legitimidade da participação e da deliberação. Tatagiba,⁷⁴ Faria e Ribeiro⁷⁵ e Antonietto e Severi,⁷⁶ por exemplo, analisaram as previsões constitucionais, leis, portarias e regimentos internos desses espaços em busca de variáveis relevantes para o seu funcionamento. Um olhar cuidadoso revela que muitas delas se relacionam diretamente com os requisitos de deliberação ideal sistematizados por Almeida e Cunha. Sob essa

A. *Governança democrática e poder local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan Fase, 2004, p. 24.

⁷² Neste sentido, ver PEREZ, M. A. *Institutos de participação popular na administração pública*, p. 120; CYRINO, P. C. B.; LIBERATI, W. D. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*, p. 88; LOPES, J. R. L. Os conselhos de participação popular: validade jurídica de suas decisões; OLIVEIRA, G. J. Participação administrativa, p. 17; BARROS, L. M. A. *O fomento e o Conselho Municipal da Criança e do Adolescente de São Paulo*, p. 169.

⁷³ BARONE, S. L.; LAVALLE, A. G. Conselhos, associações e desigualdade. In: ARRETCHE, M. *Trajétoria das desigualdades: como o Brasil mudou nos últimos 50 anos*. São Paulo: Unesp/CEM, 2015.

⁷⁴ TATAGIBA, L. A institucionalização da participação: os conselhos municipais de políticas públicas na cidade de São Paulo. In: AVRITZER, L. *A participação em São Paulo*. São Paulo: Unesp, 2004.

⁷⁵ FARIA, C. F.; RIBEIRO, U. C. Entre o legal e o real: o que dizem as variáveis institucionais sobre os conselhos municipais de políticas públicas? FARIA, C. F.; RIBEIRO, U. C. Desenho institucional: variáveis relevantes e seus efeitos sobre o processo participativo. In: PIRES, R. R. C. (Org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.

⁷⁶ ANTONIETTO, A. L. G.; SEVERI, F. C. Participação social, estado democrático e constituição: uma análise do perfil dos Conselhos Municipais de Ribeirão Preto. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 2, n. 2, jul. 2015.

perspectiva, os requisitos são um instrumento valioso em esforços de diagnóstico jurídico-institucional: apontam para problemas relevantes no momento da pesquisa e funcionam como padrões para a avaliação dos arranjos existentes.

Tabela 1 – Variáveis relevantes do desenho institucional (autoria própria).

Composição	
Igualdade de participação	Forma de seleção dos conselheiros
	Organização do processo de seleção
	Possibilidade de participação de não conselheiros
Igualdade deliberativa	Existência de comissões e grupos de trabalho
	Possibilidade de pedido de vista
	Forma de coordenação das reuniões
	Procedimentos de definição da pauta
	Regras de definição do regimento interno
Conclusividade	Procedimentos internos de discussão
	Regras de decisão
Provisoriedade das regras internas	Distribuição da competência de definição dos arranjos entre órgãos estatais ⁷⁷

Como exemplo, consideremos o problema da igualdade deliberativa. Ela não se realizará quando os arranjos vigentes atribuírem a determinado segmento (ou segmentos) maiores possibilidades de definir os rumos do diálogo. Ao mesmo tempo, devido a limites de tempo e a necessidade de eficiência nas deliberações, órgãos estatais costumam contar com certas formas de divisão de tarefas. Assim, torna-se necessário considerar a melhor forma de implementação do padrão normativo da igualdade deliberativa em condições reais e imperfeitas. Nesse ponto, importam definições como a forma de coordenação das reuniões, os procedimentos de definição da pauta e a competência para criar e alterar o próprio regimento interno.

De forma bastante criticada por Faria e Ribeiro,⁷⁸ a regulamentação de alguns conselhos atribui sempre ao presidente as competências de definição da pauta e de coordenação das reuniões. Em muitos desses casos, ainda, reserva-se o cargo ao integrante do Poder Executivo responsável pela política pública em questão.

⁷⁷ Essa divisão ocorre entre Legislativo, Executivo (ambos em níveis federal, estadual e municipal) e o próprio conselho (por meio de seu regimento interno). O requisito da provisoriedade demanda que os próprios participantes possam rediscutir e redefinir as regras de deliberação a qualquer momento. No entanto, isso não é plenamente possível no caso dos conselhos, pois esses espaços são regulados em diversos níveis, sob os quais os conselheiros não têm influência formal.

⁷⁸ FARIA, C. F.; RIBEIRO, U. C. Entre o legal e o real: o que dizem as variáveis institucionais sobre os conselhos municipais de políticas públicas? p. 75.

Como se percebe rapidamente, esse tipo de arranjo confere ao segmento gestor tanto a competência para definir os temas quanto para guiar os rumos da deliberação. De maneira mais democrática, mas possivelmente também menos eficiente, em outros, a definição da pauta ocorre conjuntamente ao final das reuniões, e há um mecanismo de revezamento na coordenação. Outro arranjo existente, mas menos comum, é a criação de uma comissão com poucos integrantes, mas de representação paritária, para a realização dessas tarefas.

Uma aplicação dos princípios de deliberação a todas as possíveis variações de desenho dos conselhos gestores foge em muito ao escopo deste trabalho. No entanto, tal esforço é possível em relação aos arranjos de quaisquer instituições deliberativas, e análises jurídicas podem dele se beneficiar. Como o exemplo da igualdade deliberativa mostra, cada requisito se relaciona a diversos aspectos da estruturação desses espaços, e as formas jurídicas de cada um deles está sujeita a considerável variação. Além disso, diferentes variedades podem gerar resultados diversos em contextos distintos, com consequências relevantes para a legitimidade e a efetividade. Em suma: há complexidades e minúcias teóricas e concretas suficientes para justificar análises detidas.

Alguns gargalos jurídicos dos conselhos gestores

A literatura a respeito dos conselhos identificou no curso das últimas décadas diversos obstáculos ao seu efetivo funcionamento. Muitos deles – como a falta de interesse da sociedade civil em alguns municípios, as tentativas de cooperação dos colegiados por parte do Estado, a falta de estrutura material – não têm relação imediata com os arranjos jurídicos vigentes. No entanto, outras debilidades decorrem diretamente de estruturas normativas e afetam as condições de deliberação. A seguir, menciono alguns dos gargalos apontados na literatura.

Uniformidade dos arranjos e sua inadequação a contextos específicos

Apesar das políticas federais de difusão dos conselhos, não existem regras padrão aplicáveis a todos eles como espaços de participação.⁷⁹ Assim, diferentes áreas contam sua própria legislação. Somando isso à liberdade de auto-regulação dos conselhos, percebe-se que as regras formais desses espaços podem variar consideravelmente. Há nesse fato tanto um perigo quanto uma oportunidade: por um lado, municípios hostis à participação podem criar desenhos que a bloqueiem completamente;⁸⁰ por outro, torna-se possível conceber a

⁷⁹ BUVINICH, D. P. R. O mapeamento dos conselhos gestores de políticas públicas nos municípios brasileiros. *Revista de Administração Pública*, v. 48, n. 1, jan./fev. 2014, p. 55-82.

⁸⁰ Faria e Ribeiro, por exemplo, identificaram regimentos nos quais se preveem a indicação de todos os conselheiros da sociedade civil pelo chefe do Poder Executivo local, concentram-se a competência de determinação da pauta unicamente nas mãos do presidente do conselho e limitam-se o cargo de presidência ao segmento gestor. FARIA, C. F.; RIBEIRO, U. C. Entre o legal e o real: o que dizem as variáveis institucionais sobre os conselhos municipais de políticas públicas? p. 82.

estrutura dos conselhos de maneira que se adaptem melhor às necessidades locais.

A possibilidade de variação, no entanto, não necessariamente se concretiza: Almeida e Cunha indicam, por exemplo, que os conselhos municipais de saúde e assistência social tendem a apresentar desenhos formais extremamente similares.⁸¹ Isso porque, como a maioria dos municípios não tinha qualquer experiência prévia com esse tipo de instituição no momento em que se tornou obrigatória, optaram por copiar os modelos e guias disponibilizados pelo governo federal e por órgãos como o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União. Para as autoras, essa uniformidade traz perdas principalmente aos pequenos municípios, nos quais as associações são inexistentes ou frágeis, há relações de dependência com o gestor municipal e persistem altos níveis de personalismo político.

Nebulosidade dos poderes deliberativos

Mesmo com a previsão legal dos poderes deliberativos, seus detalhes continuam nebulosos: para Tatagiba, a legislação não prevê com clareza formas de garantir o efetivo cumprimento das decisões dos conselhos pela administração, ou mecanismos para acompanhar os processos de implementação.⁸² Segundo a autora, esses são reflexos de uma incompleta institucionalização dos conselhos. Nesse sentido, Cunha aponta para a preocupante tendência de os conselhos municipais de assistência social não terem suas decisões formalizadas em resoluções e publicadas em diário oficial.⁸³ Isso representa um problema: as decisões devem ser públicas, pois, em princípio, são passíveis de contestação judicial. A falta da formalização poderia, assim, deixar de conferir a elas seu caráter vinculante e obstar eventuais tentativas de efetivação pela via judicial, deixando sua implementação à mercê do gestor.

Incapacidade de fazer cumprir decisões em juízo

Uma consequência importante da integração dos conselhos à administração direta é não possuírem personalidade jurídica. Esse fator agrava o problema da nebulosidade dos poderes: como aponta Oliveira, dele decorre a falta de legiti-

⁸¹ ALMEIDA, D. R.; CUNHA, E. S. M. Conselhos de políticas e desenho institucional: potencialidades e limites do isomorfismo institucional nas áreas de saúde e da assistência social no Brasil. In: CUNHA, E. S. M.; THEODORO, H. D. *Desenho institucional, democracia e participação*: conexões teóricas e possibilidades analíticas. Belo Horizonte: D'Placido, 2014.

⁸² TATAGIBA, L. A institucionalização da participação: os conselhos municipais de políticas públicas na cidade de São Paulo, p. 95.

⁸³ CUNHA, E. S. M. Inclusão social e política: o desafio deliberativo dos conselhos municipais de assistência social. In: AVRITZER, L. *A dinâmica da participação local no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010, p. 119.

midade processual, o que impossibilita os conselhos de irem a juízo para fazer valer suas decisões.⁸⁴ Em um estudo jurisprudencial, Oliveira verificou que, ao menos no Rio Grande do Sul, os conselhos tiveram legitimidade processual continuamente negada. Esse detalhe jurídico representa um evidente limite à sua independência, pois se veem obrigados a recorrer a órgãos externos (como o Ministério Público) quando suas deliberações são ignoradas.

Falta de critérios formais de indicação dos representantes do segmento gestor

Normalmente, os conselhos fixam regras para a seleção dos representantes da sociedade civil. Na maioria dos casos, há reserva de cadeiras para determinados grupos, os quais escolhem seus representantes em fóruns por eles mesmos organizados.⁸⁵ Em algumas outras situações, no entanto, a escolha pode ocorrer por outros métodos, como eleições diretas.⁸⁶ Em sentido contrário, muito raramente existem critérios formais para a indicação de representantes do segmento gestor.⁸⁷ Ou seja, há nesse ponto grande espaço de discricionariedade. Lüchmann critica tal arbítrio: em sua leitura, diversos estudos empíricos mostram como as administrações normalmente indicam representantes com pouco acesso a informações e poder decisório.⁸⁸ Assim, além de pouco contribuírem para os debates, esses representantes comumente tomam posições não aceitas pela administração no momento da implementação.

Homogeneização do conceito de “sociedade civil”

Apesar da representação paritária na maioria dos conselhos, o segmento gestor costumam ter maior poder de fogo no processo decisório. Para Lüchmann, isso resulta em parte da homogeneização promovida pelo conceito de “sociedade civil”: incluem-se no segmento representantes dos mais diversos interesses, muitas vezes reunindo, no mesmo conselho, movimentos sociais, ONGs, entidades de classe (tanto de trabalhadores quanto de empresários), associações de diversas naturezas

⁸⁴ OLIVEIRA, C. C. F. Os conselhos municipais nas controvérsias jurisprudenciais do TJRS e STF nos últimos anos. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, n. 25, 2014, p. 35-58.

⁸⁵ ABERS, R.; KECK, M. E. Representando a diversidade: Estado, sociedade e “relações fecundas” nos conselhos gestores. *Cadernos CRH*, v. 21, n. 52, jan./abr. 2008, p. 100.

⁸⁶ As diretrizes para a organização dos conselhos de saúde (resolução do Conselho Nacional de Saúde n. 453/2012), por exemplo, recomendam a organização de eleições sempre que o município não conte entidades, associações ou movimentos suficientes para ocupar as cadeiras (terceira diretriz).

⁸⁷ LÜCHMANN, L. H. H. O desenho institucional dos conselhos gestores. In: LYRA, R. P. *Participação e segurança pública no Brasil: teoria e prática*. João Pessoa: Ed. UFPB, 2009.

⁸⁸ LÜCHMANN, L. H. H. O desenho institucional dos conselhos gestores.

(exemplos: associações de bairro, associações de portadores de deficiência) e determinadas populações (exemplo: representantes indígenas). Entretanto, gestores, normalmente indicados pelo mesmo indivíduo, ocupam metade das cadeiras. Consequentemente, enquanto os representantes da sociedade civil têm grande dificuldade de formar uma pauta compartilhada, representantes do Estado votam de forma concertada.⁸⁹

LIMITES DO DIREITO COMO FERRAMENTA DE ENGENHARIA INSTITUCIONAL E CAMINHOS DE ANÁLISE

As descrições oferecidas até o momento sobre desenhos institucionais e arranjos jurídicos atribuíram grande ênfase a verbos como “desenhar”, “moldar” e “estruturar”. Os objetos dessa ação conformadora seriam as “condições de deliberação”, “ambientes institucionais” e, até mesmo, a “sociedade”. A partir desse relato, as regras formais aparentam adquirir um caráter de ferramenta de engenharia institucional precisa, capazes de gerar resultados previsíveis, desde que concebidas intencionalmente, de forma adequada e tenham sua aplicação efetivamente imposta. A realidade, no entanto, é absolutamente diversa.

Em primeiro lugar, a tarefa de construir instituições de maneira intencional e planejada é extremamente difícil. Mesmo em casos viáveis, a tarefa de determinação do desenho releva-se altamente complexa e sempre envolve a escolha entre alternativas imperfeitas, cujos efeitos práticos comumente fogem às expectativas iniciais. Além disso, o direito formal apresenta severas limitações como uma tecnologia de engenharia institucional. No entanto, mais do que motivo de desânimo, argumento neste tópico, o reconhecimento desses limites indica caminhos mais realistas e promissores de análise de instituições concretas.

A dificuldade de construção intencional das instituições

A perspectiva de criação e a alteração de instituições através do direito formal pressupõe um esforço intencional. Sob essa ótica, processos de institucionalização ocorrem como resultado da intervenção calculada de agentes buscando determinado objetivo. Esses agentes, ainda, devem contar com a autorização necessária para implementar seus planos – ou seja, dependem de algum tipo de autoridade centralizada. No entanto, e apesar das teorias do desenho institucional, focadas no ato de planejamento, valorizarem essa dimensão da construção institucional, ela não tem um caráter linear e simples.

Em situações reais, dificilmente há um único planejador ou uma concepção completamente coerente por trás de cada instituição: desde os momentos de sua

⁸⁹ LÜCHMANN, L. H. H. O desenho institucional dos conselhos gestores.

formulação existem, na verdade, uma série de intenções parciais de desenho originados de diferentes atores interagindo e colidindo umas com as outras.⁹⁰ A configuração final das intervenções intencionais, geralmente imprevisível no início de seu processo de elaboração, é resultado de um processo histórico complexo (muitas vezes envolvendo árduos processos de discussão e barganha). Assim, as normas formalizadas no arcabouço jurídico de qualquer instituição recém-criada dificilmente representarão um projeto único e perfeitamente racional.

Além disso, e apesar de sua caracterização como estabilizadoras de comportamentos, as próprias instituições não são estanques ou imutáveis. Mesmo quando partem de normas calculadas por juristas ou outros cientistas sociais, não dependem unicamente de iniciativas de reformas impulsionadas por autoridades centralizadas para evoluírem. Regras, práticas e expectativas compartilhadas podem mudar de forma espontânea e descentralizada, por exemplo, como consequência do aprendizado de indivíduos e organizações, como resultado de disputas de poder e mudanças de preferências de atores sociais ou como reflexos de amplas mudanças culturais.⁹¹

A mutabilidade institucional pode ser ilustrada a partir dos três mecanismos de evolução listados (de forma não exaustiva) por Pierson:⁹² sobreposição, conversão e difusão. O primeiro envolve a adição de novas instituições formais ou informais sobre aquelas já existentes, sem que essas desapareçam. A conversão, por sua vez, ocorre quando instituições são adaptadas para desempenhar funções diferentes daquelas que anteriormente cumpriam, não sofrendo necessariamente alterações em suas estruturas formais. Por fim, a difusão opera mediante a transferência de práticas desenvolvidas em um ambiente para o outro, o qual as adota em vista de sua reconhecida utilidade ou de eventuais pressões externas e internas.

A história da evolução da maioria das instituições formalizadas envolve, em medidas variáveis, todos esses mecanismos. Se, no entanto, existem tantas razões e formas através das quais as instituições evoluem e construções intencionais e não intencionais se entrelaçam, e mesmo aquelas hipotéticas instituições planeja-

⁹⁰ GOODIN, R. E. *Institutions and their design*, p. 28.

⁹¹ A literatura a respeito de mudanças institucionais se espalha por várias áreas do conhecimento, e inclui diferentes abordagens (por exemplo, a “histórica”, a “escolha racional” e a “sociológica”). Para discussões sobre teorias de mudança institucional, ver THELEN, K. *How institutions evolve: insights from comparative historical analysis*. In: MAHONEY, J.; RUESCHEMEYER, D. *Comparative historical analysis in the social sciences*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; PIERSON, P. *Politics in time: history, institutions and social analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 133-166; CABALLERO, G.; KINGSTON, C. Comparing theories of institutional change. *Journal of Institutional Economics*, v. 5, n. 2, ago. 2009, p. 151-180.

⁹² PIERSON, P. *Politics in time: history, institutions and social analysis*, p. 137.

das e estáveis dificilmente representam uma concepção única, devemos descartar, conforme indica Goodin, o “Mito do Planejador Intencional”. Não existe um planejador individual, e muito menos instituições delineadas de maneira absolutamente artificial e racional.

O fato de os processos de criação e mudança institucional serem extremamente complexos, não significa, contudo, que fujam absolutamente à compreensão. Isso porque as instituições costumam se desenvolver em determinada direção: as escolhas iniciais de sua configuração tendem a se perpetuar no tempo, bloqueando alterações drásticas e delimitando as escolhas possíveis de mudança. Segundo a teoria da dependência da trajetória (*path dependence*), isso ocorre porque existem mecanismos sociais que reforçam os arranjos existentes (*self-reinforcing mechanisms*) – inclusive os formais – e aumentam com o tempo os custos de mudança da trajetória.⁹³ Por conta disso, mesmo após grandes choques externos, as instituições costumam manter muito de sua configuração anterior.

A dificuldade de intervenção nas instituições, seja por conta da existência de dinâmicas de evolução imprevisíveis ou por sua resistência a mudanças, não significa que devamos nos resignar em face da suposta imutabilidade dos arranjos existentes. Exige, no entanto, cuidados na avaliação e na elaboração de estratégias de reforma. Como indicam Prado e Trebilcock,⁹⁴ a dependência da trajetória chama atenção para uma promissora abordagem analítica, tanto para a compreensão das instituições quanto para o planejamento de intervenções: o estudo do aspecto histórico das instituições, com foco específico nas configurações iniciais e nas formas pelas quais mudanças posteriores foram ou não possíveis. Esse esforço retrospectivo pode revelar meios factíveis de reforma e modular nossas expectativas quanto às possibilidades existentes.

Alternativas imperfeitas na construção institucional

Mesmo quando há a possibilidade de planejamento intencional do desenho institucional, seu exercício é altamente complexo: por conta da variação de aspectos culturais, econômicos, políticos e jurídicos, não existem arranjos capazes de lidar com todo o tipo de situação real, a qualquer momento histórico e em

⁹³ Para Pierson, há quatro deles: os altos custos de organização inicial das instituições, a lentidão no aprendizado de novas práticas, as interações entre instituições (que as moldam mutuamente, tornando-as dependentes umas das outras) e as expectativas sedimentadas dos indivíduos e organizações. Para uma exploração detalhada destes fatores, ver PIERSON, P. Increasing returns, path dependence and the study of politics. *The American Political Science Review*, v. 94, n. 2, jun. 2000, p. 251-267.

⁹⁴ PRADO, M. M.; TREBILCOCK, M. J. Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform. *University of Toronto Law Journal*, 2009, v. 59, 2009, p. 341-380.

qualquer lugar. Por isso, um dos consensos entre os estudiosos contemporâneos da relação entre direito e desenvolvimento é o de evitar a formulação de propostas de arranjos jurídico-institucionais ideais supostamente aplicáveis universalmente.⁹⁵ Isso significa que a escolha institucional necessariamente se dá entre alternativas imperfeitas, cujas vantagens e desvantagens variam em cada contexto no qual podem se inserir. Ou seja, há necessariamente perdas e ganhos nas escolhas.

Considerando essa complexa realidade, Neil Komesar⁹⁶ sugere que a avaliação das instituições deve ocorrer não apenas em relação a um objetivo social (no caso desse trabalho, os requisitos ideais de deliberação), mas também em relação às alternativas empregadas por diferentes instituições. Isso porque, apesar da necessidade de padrões abstratos, eles costumam revelar-se consistentes com as diferentes escolhas institucionais, mesmo quando essas geram resultados bastante diversos. A comparação entre instituições, assim, complementa a análise normativa ao apontar concretamente diferentes possibilidades já existentes e indicar as prováveis vantagens e desvantagens de cada uma.

O cuidado na escolha institucional, contudo, não significa automaticamente seu sucesso real. A experiência acumulada com reformas jurídico-institucionais mostra que seus resultados, além de difíceis de mensurar, comumente divergem das expectativas iniciais.⁹⁷ Ou seja, são altamente imprevisíveis e muitas vezes contraproducentes.

A seguir, ilustro a imperfeição das alternativas nas instituições deliberativas a partir do problema da seleção dos participantes. As dificuldades derivam do problema de escala: se as formas de participação de melhor qualidade podem ocorrer apenas em fóruns com um número relativamente pequeno de participantes, por que os excluídos desses espaços deveriam aceitar suas decisões? Afinal, há na limitação à entrada uma clara violação do critério de deliberação ideal da “igualdade participativa”. Como, então, estruturar instituições cujas decisões possam ser consideradas como justificadas por toda uma comunidade? A adequação de um ou outro mecanismo depende tanto dos fins buscados com

⁹⁵ TRUBEK, D. M. Law and Development: 40 years after scholars in self estrangement – a preliminary review. *Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper n. 1255, 2014*, p. 17. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2435190>. Acesso em: 18/06/2017.

⁹⁶ KOMESAR, N. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1994, p. 5.

⁹⁷ Ver PRADO, M. M.; TREBILCOCK, M. J. *What makes poor countries poor? Institutional determinants of development*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. Lembrando do caso das instituições participativas brasileiras, Abers, Serafim e Tatagiba destacam como a literatura atualmente considera que instituições semelhantes de um ponto de vista legal podem contar com dinâmicas deliberativas radicalmente diferentes. ABERS, R.; SERAFIM, L.; TATAGIBA, L. Repertórios de interação Estado-sociedade em um Estado heterogêneo, p. 330.

implementação da participação (ou seja, do que significa “legitimidade” naquele espaço).

No caso do Orçamento Participativo de Porto Alegre,⁹⁸ a participação é aberta a toda a população. Realiza-se o necessário controle do número de presentes por meio da descentralização: na primeira fase de definição de prioridades do orçamento, as discussões ocorrem simultaneamente nas diversas regiões da cidade, podendo atender cada indivíduo apenas aos encontros daquela na qual reside. Esse arranjo tem a grande vantagem de, ao menos inicialmente, não impor grandes restrições à entrada.⁹⁹ No entanto, não costuma lidar adequadamente com o problema da auto seleção: apenas os agentes previamente engajados com a matéria em discussão tenderão a reservar parte de seus recursos para participar.¹⁰⁰ Assim, os resultados finais dificilmente refletirão a vontade da população como um todo.

As sondagens deliberativas (*deliberative polls*) organizadas pela ONG *AmericaSpeaks*,¹⁰¹ apresentam a solução da seleção aleatória. Objetiva-se, por esse procedimento, criar um microcosmo da diversidade demográfica e de comportamentos da população dentro do espaço deliberativo. O resultado final das discussões, supõe-se, refletiria com certa proximidade o que ocorreria caso toda a sociedade estivesse presente. Nesse âmbito, a resposta para o problema de escala é simples: os excluídos deveriam aceitar o resultado porque reflete o que eles próprios decidiriam. Contudo, esse desenho exclui *a priori* diversos atores possivelmente interessados, mobilizados e com conhecimento no assunto sob deliberação.

O Orçamento Participativo do Peru¹⁰² limita seus participantes a associações legalmente autorizadas. A princípio, essas seriam os atores da sociedade civil mais legítimos e qualificados a gerar decisões de alta qualidade, devido à sua organização prévia e engajamento intenso com o problema em discussão. No entanto, além de novamente excluir-se *a priori* a enorme maioria daqueles que sofrerão os efeitos das decisões tomadas nesses espaços, arrisca-se uma elitização considerável dos participantes, uma vez que se aceitariam apenas representantes de

⁹⁸ Ver BAIOCCHI, G. Participation, activism and politics: the Porto Alegre experiment.

⁹⁹ Há, no entanto, um mecanismo subsequente de seleção dos participantes. Terminada a primeira fase, continuam as discussões apenas entre representantes eleitos em cada uma das regiões, mas agora em nível municipal.

¹⁰⁰ O Orçamento Participativo de Porto Alegre conseguiu, no entanto, evitar a auto seleção. Segundo Baiocchi, a população se encontra adequadamente representada na fase regional pois as questões discutidas, além de bastante amplas e diversas, afetam diretamente todos os cidadãos, mas principalmente os mais pobres.

¹⁰¹ Ver FISHKIN, J.; LUSKIN, R. C. *Deliberation and “better citizens”*.

¹⁰² Ver McNULTY, S. An unlikely success: Peru’s top-down participatory budgeting experience. *Journal of Public Deliberation*, v. 8, n. 2, 2012.

interesses organizados, muitas vezes pouco alinhados com as parcelas menos favorecidas da população.

Em um último exemplo, muitos dos conselhos de saúde da cidade de São Paulo¹⁰³ conduzem processos de eleição abertos à sociedade civil para selecionar seus participantes. De maneira semelhante às instituições políticas tradicionais, supõe-se que tal mecanismo favorece o maior grau possível de representatividade dos espaços de participação sem a imposição de limitações àqueles capazes influenciar o processo. Infelizmente, importam-se dessas instituições também suas falhas. Nesse sentido, os participantes com mais recursos têm maiores chances de popular os espaços participativos. Além disso, o mecanismo da representação levanta um problema para a teoria deliberativa: se indivíduos eleitos alteram suas preferências durante o processo deliberativo, eles não perderiam a legitimidade diante de suas bases?

Limites do direito formal como ferramenta de engenharia institucional

Como mencionado anteriormente, o desenho das instituições compreende não apenas normas formais do direito estatal, mas também regras informais. A complexa interação entre regras de diferentes naturezas faz parte da dinâmica de funcionamento de qualquer instituição, e tentativas de utilizar o direito formal como uma tecnologia de transformação não podem ignorá-la.

O reconhecimento da importância das regras informais na organização social não é novo mesmo no campo jurídico (apesar de uma longa tradição que insiste em ignorá-las): Eugen Ehrlich, considerado como um dos fundadores da sociologia jurídica, já apontava para a existência de um “direito vivo”, o qual “domina a própria vida sem, no entanto, estar positivado em proposições legais”, e pode ser nela diretamente observado.¹⁰⁴ O conceito se refere, na interpretação de David Nelken, às normas reconhecidas como obrigatórias pelos cidadãos em sua condição de membros de associações.¹⁰⁵ De um ponto de vista institucional, fazem parte de qualquer desenho tanto quanto aquelas contidas em proposições legais, pois determinam comportamentos efetivamente cogentes, tornando-os repetidos, previsíveis e esperados.

A faceta informal da prática das instituições, além de um fato real, é indispensável para seu funcionamento e crescimento: a tentativa de submetê-la a uma

¹⁰³ Ver COELHO, V. S. A democratização dos Conselhos de Saúde: o paradoxo de atrair não aliados. *Novos Estudos*, v. 78, jul. 2007, p. 77-92.

¹⁰⁴ EHRlich, E. *Fundamental principles of the sociology of law*. Cambridge: Harvard University Press, 1936, p. 493.

¹⁰⁵ NELKEN, D. Law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law. *Legal Studies*, v. 4, n. 2, 1984, p. 165.

abrangente normatização formal, além de impossível, tende a se revelar deletéria. A consequente redução da discricionariedade dos indivíduos atuantes no interior ambiente institucional pode tornar procedimentos de tomada de ação excessivamente complexos e reduzir sua capacidade de se adaptar às exigências dos desafios reais, especialmente quando as regras não os refletem adequadamente.¹⁰⁶ Além disso, arrisca-se inviabilizar o desenvolvimento de novos comportamentos obrigatórios no interior das instituições, os quais não poderiam ser imaginados no momento prévio da regulação. Ou seja, limita-se a evolução institucional. Nas palavras do próprio Ehrlich, o esforço se assemelharia a tentar confinar um córrego em uma poça: “a água colocada na poça não é mais um córrego vivo, mas um reservatório estagnado, e apenas um pouco de água pode ser colocada na poça”.¹⁰⁷

Da mesma forma como as instituições incorporam normas informais, também podem rejeitar as formais. Isso porque os padrões de comportamento verificados em seu interior não correspondem necessariamente àqueles legalmente prescritos: conforme destacou Roscoe Pound, há uma distinção entre o direito que intenciona governar as relações humanas (o direito nos livros), e aquele que efetivamente o faz (o direito em ação).¹⁰⁸ Pound chamou atenção para uma discrepância até então pouco articulada pelos juristas, a qual inspirou uma série de investigações a respeito do grau em que os dois direitos divergiam em diferentes situações (os *gap studies*).¹⁰⁹ Em termos institucionais, leis ignoradas não são regras. Para adquirirem caráter normativo, devem ser impostas até que a conduta nelas prescrita se torne costumeira.¹¹⁰

¹⁰⁶ No caso da burocracia estatal, por exemplo, Roberto Pires defende uma burocracia flexível. Segundo ele, apesar de muito da discussão a respeito do tema ser historicamente marcada por um “medo da discricionariedade”, pesquisas nos campos dos “socio-legal studies” e “policy studies” demonstraram que certa liberdade de ação como generalizada e indispensável em sistemas legais e administrativos. Tentativas de restringi-la de forma excessiva teriam se mostrado desastrosas. PIRES, R. R. C. Beyond the fear of discretion: flexibility, performance and accountability in the management of regulatory bureaucracies. *Regulation and Governance*, v. 5, 2011, p. 43-69.

¹⁰⁷ EHRLICH, E. *Fundamental principles of the sociology of law*, p. 488.

¹⁰⁸ POUND, R. Law in books and law in action. *American Law Review*, v. 44, 1910, p. 15.

¹⁰⁹ A distinção aqui apresentada entre o direito em ação e o direito vivo tem como base o argumento trazido por Nelken. Segundo ele, enquanto Ehrlich via as regras surgidas no mundo real como jurídicas, Pound, um teórico preocupado com a utilidade do direito como ferramenta estatal de engenharia social, entendia como válidas apenas as normas postas pelo Estado. No entanto, reconhecia como direito somente aquelas efetivamente cumpridas. Apesar das diferenças entre os dois, na visão de Macaulay, o termo “direito em ação” adquiriu um duplo sentido através de seu uso nas pesquisas, passando a designar não apenas as normas contrárias ao direito estatal, mas também as regras sociais não positivadas (o direito vivo). Considerei a distinção entre os dois conceitos útil para os objetivos do trabalho, mas seu uso pode variar. MACAULAY, S. The new versus the old legal realism: “things ain’t what they used to be”. *Wisconsin Law Review*, v. 2005, n. 2, 2005, p. 387.

¹¹⁰ HODGSON, G. M. What are institutions? p. 6.

Apesar de representarem um limite para a utilização do direito como forma de engenharia institucional, não basta, segundo Macaulay, identificar lacunas entre o direito nos livros e o direito em ação e presumir que deveríamos supri-las.¹¹¹ O autor ilustra seu argumento pressupondo uma situação de completa e ininterrupta aplicação de todas as normas legais, a qual, conclui, seria danosa tanto para o funcionamento do Estado quanto para as liberdades civis. A identificação de discrepâncias, portanto, apenas levanta mais questões, como “qual o motivo do sistemático descumprimento da norma?”, “quais efeitos gera?”, “a quem beneficia?”. Eventuais lacunas podem, na verdade, representar uma interessante oportunidade de crescimento e calibragem institucional: existe sempre a possibilidade de que os padrões contrários aos comportamentos legalmente prescritos, dado que desenvolvidos a partir dos problemas enfrentados pela instituição na prática, representem uma alternativa melhor àquela do direito nos livros. Dessa maneira, também pode sua identificação servir como um primeiro passo em direção à melhoria das próprias normas formais.

Os conceitos de “direito vivo” e “direito em ação” revelam uma série de insuficiências do direito formal como uma ferramenta de engenharia institucional. Eles chamam atenção para o seu papel frequentemente marginal na ordenação social, em contraposição à centralidade comumente pressuposta. No entanto, se nos dão motivos para certo ceticismo, também abrem as portas para um outro tipo de investigação jurídica:¹¹² devemos considerar não apenas os arranjos jurídico-institucionais formais, mas também aqueles criados nas rotinas dos órgãos administrativos, nas interações sociais diárias dos indivíduos, nas negociações entre atores políticos; passam a importar, além da letra da lei, sua forma de implementação, seus efeitos reais e sua interação com as regras criadas informalmente. Esse tipo de esforço, no entanto, demanda a cuidadosa utilização de métodos de pesquisa desenvolvidos nos campos das outras ciências sociais, como entrevistas, análise documental e observação participante.¹¹³

Mesmo quando manejado de forma cuidadosa e com atenção às suas características únicas, o direito conta com diversas deficiências como uma tecnologia de engenharia institucional. Esses limites, no entanto, não devem inspirar uma

¹¹¹ MACAULAY, S. The new versus the old legal realism: “things ain’t what they used to be”, p. 390.

¹¹² ERLANGER, H. et al. Is it time for a new legal realism? *Wisconsin Law Review*, v. 2005, n. 2, 2005, p. 335-363.

¹¹³ O livro “Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação” apresenta reflexões a respeito de diversos métodos para a avaliação de instituições participativas. Diversos artigos lá contidos podem auxiliar na identificação do “direito em ação” e do “direito vivo”. PIRES, R.R.C. *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.

reação derrotista e nihilista. Apesar de todos os pesares, ao analisar as evidências empíricas sobre reformas institucionais, Davis e Trebilcock sugerem não apenas que as instituições importam, mas que intervenções jurídicas intencionais podem promover seu desenvolvimento.¹¹⁴ Mesmo reconhecendo as limitações do direito, diversos outros trabalhos também indicam otimismo.¹¹⁵ Como afirmado durante esse tópico, essas aparentes barreiras devem servir como um convite a investigações mais complexas e realistas. Cada uma delas revela importantes elementos das dinâmicas institucionais, bem como caminhos analíticos para podermos percebê-las e e reconstruí-las.

CONCLUSÃO

A construção de instituições deliberativas funcionais, já é um consenso no ramo empírico da literatura da teoria deliberativa, trata-se de uma tarefa complexa, difícil e que demanda muitos recursos. Seu sucesso não depende apenas de uma teoria normativa sofisticada, mas de uma série de fatores reais, incluindo o desenho institucional. O direito, como parte deste, pode ter um impacto importante, tanto positivo quanto negativo. Essa constatação revela-se especialmente importante no caso brasileiro, marcado por uma enorme variedade de espaços institucionalizados pelo Estado e regulados em diversos níveis e por diferentes atores.

Sugeri, sinteticamente, que o direito tem funções relevantes na estruturação de instituições participativas deliberativas, e, em especial, na aproximação das condições de deliberação reais das ideais. A partir do reconhecimento de que, apesar desse relevante papel, existem severas limitações no emprego de arranjos jurídicos como uma forma de engenharia institucional, propus uma análise institucional com base em três abordagens: a reconstrução histórica institucional, a comparação entre as imperfeitas alternativas de desenho existentes e a exploração das regras institucionais informais e sua interação com as formais. Em qualquer momento da análise, a teoria deliberativa e a literatura sobre as condições de deliberação podem servir como padrão normativo de avaliação de instituições concretas.

¹¹⁴ DAVIS, K. E.; TREBILCOCK, M. J. The relationship between law and development: optimists versus skeptics. *The American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 4, 2008, p. 895-946.

¹¹⁵ COUTINHO, D. R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*; COUTINHO, D. R. O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento democrático; PRADO, M. M.; TREBILCOCK, M. J. Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform; ERLANGER, H. et al. Is it time for a new legal realism?; MACAULAY, S. The new versus the old legal realism: “things ain’t what they used to be”; SCHAPIRO, M. G.; TRUBEK, D. M. Redescobrimo o direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: SCHAPIRO, M. G.; TRUBEK, D. M. *Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012.

O quadro desenvolvido não tem significado se não aplicado em estudos empíricos. Além disso, não representa de forma alguma o único caminho analítico possível para esforços jurídicos de investigação de instituições deliberativas concretas. Creio, no entanto, que traz uma contribuição como um passo inicial no ainda embrionário debate no campo do direito: afasta-se de concepções formalistas e estáticas do direito e permite a incorporação de saberes gerados em outras áreas do conhecimento, enquanto permanece apoiado em abordagens jurídicas. Apesar de muitas vezes ignoradas na tradição dominante no Brasil, reconstituições históricas de evoluções normativas, estudos comparados de arranjos jurídicos e a identificação de normas informais não são exercícios estranhos aos juristas e remetem a tradições estabelecidas.

REFERÊNCIAS

- ABERS, R.; KECK, M. E. Representando a diversidade: Estado, sociedade e “relações fecundas” nos conselhos gestores. *Cadernos CRH*, v. 21, n. 52, p. 99-112jan./abr. 2008.
- ABERS, R.; SERAFIM, L.; TATAGIBA, L. Repertórios de interação Estado-sociedade em um Estado heterogêneo. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 57, n. 2, p. 325-357, 2014.
- ALEXANDER, E. R. Institutional transformation and planning: from institutionalization theory to institutional design. *Planning Theory*, v. 4, n. 3, p. 209-223, 2005.
- ALMEIDA, D. R. et al. Uma estratégia multidimensional de avaliação dos conselhos de políticas: dinâmica deliberativa, desenho institucional e fatores exógenos. In: PIRES, R. R. *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.
- ALMEIDA, D. R.; CUNHA, E. S. M. A análise da deliberação democrática: princípios, conceitos e variáveis relevantes. In: PIRES, R. R. *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.
- ALMEIDA, D. R.; CUNHA, E. S. M. Conselhos de políticas e desenho institucional: potencialidades e limites do isomorfismo institucional nas áreas de saúde e da assistência social no Brasil. In: CUNHA, E. S. M.; THEODORO, H. D. *Desenho institucional, democracia e participação: conexões teóricas e possibilidades analíticas*. Belo Horizonte: D’Placido, 2014.
- ANTONIETTO, A. L. G.; SEVERI, F. C. Participação social, estado democrático e constituição: uma análise do perfil dos Conselhos Municipais de Ribeirão Preto. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 2, n. 2, jul. 2015.
- ARAÚJO, C. Razão pública, bem comum e decisão democrática. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- AVRITZER, L. New public spheres in Brazil: local democracy and deliberative politics. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 30, n. 3, p. 623-637, set. 2006.
- AZEVEDO, S.; RIBEIRO, L. C. Q.; SANTOS JR., O. A. Democracia e gestão local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil. In: *Governança democrática e poder local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan Fase, 2004.

- BAIOCCHI, G. Participation, activism and politics: the Porto Alegre experiment. In: FUNG, A.; WRIGHT, E. O. (Org.). *Deepening democracy: institutional innovations in empowered participatory governance*. London/New York: Verso, 2003.
- BARONE, S. L.; LAVALLE, A. G. Conselhos, associações e desigualdade. In: ARRETCHE, M. *Trajatória das desigualdades: como o Brasil mudou nos últimos 50 anos*. São Paulo: Unesp/CEM, 2015.
- BARROS, L. M. A. *O fomento e o Conselho Municipal da Criança e do Adolescente de São Paulo*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012.
- BENHABIB, S. Deliberative rationality and models of democratic legitimacy. *Constellations*, v. 1, n. 1, p. 26-52, 1994.
- BOBBIO, N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.
- BOHMAN, J. The coming of age of deliberative democracy. *The Journal of Political Philosophy*, v. 6, n. 4, p. 400-425, 1998.
- BUVINICH, D. P. R. O mapeamento dos conselhos gestores de políticas públicas nos municípios brasileiros. *Revista de Administração Pública*, v. 48, n. 1, p. 55-82, jan./fev. 2014.
- CABALLERO, G.; KINGSTON, C. Comparing theories of institutional change. *Journal of Institutional Economics*, v. 5, n. 2, p. 151-180, ago. 2009.
- CASTRO, H. A. *Participação popular institucionalizada: o desenho institucional dos conselhos das supervições técnicas de saúde de São Paulo*. Relatório de pesquisa. Disponível em: <goo.gl/47qp4Q>. Acesso em: 29/11/2016.
- CHAMBERS, S. Deliberative democratic theory. *Annual Review of Political Science*, v. 6, p. 307-326, 2003.
- COELHO, V. S.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- COELHO, V. S. A democratização dos conselhos de saúde: o paradoxo de atrair não aliados. *Novos Estudos*, v. 78, p. 77-92, jul. 2007.
- COHEN, J. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, J.; REGH, W. *Deliberative democracy: essays on reasons and politics*. Cambridge: The MIT Press, 1997.
- COHEN, J.; SABEL, C. Directly-deliberative polyarchy. *European Law Journal*, v. 3, n. 4, p. 313-342, dez. 1997.
- COOK, F. L.; DELLI CARPINI, M. X.; JACOBS, L. R. Public deliberations, discursive participation and citizen engagement: a review of the empirical literature. *Annual Review of Political Science*, v. 7, n. 1, p. 315-344, 2004.
- COUTINHO, D. R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COUTINHO, D. R. O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento democrático. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, p. 215-262, 2016.
- CUNHA, E. S. M. Inclusão social e política: o desafio deliberativo dos conselhos municipais de assistência social. In: AVRITZER, L. *A dinâmica da participação local no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010.
- CYRINO, P. C. B.; LIBERATI, W. D. *Conselhos e fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1997.

- DAVIS, K. E.; TREBILCOCK, M. J. The relationship between law and development: optimists versus skeptics. *The American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 4, p. 895-946, 2008.
- DI PIETRO, M. S. Z. Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993.
- DRYZEK, J. S. Discursive designs: critical theory and political institutions. *American Journal of Political Science*, v. 31, n. 3, p. 656-679, 1987.
- DRYZEK, J. S. *Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations*. New York: Oxford University Press, 2000.
- DUTWIN, D. The character of deliberation: equality, argument, and the formation of public opinion. *International Journal of Public Opinion Research*, v. 15, n. 3, p. 239-264, 2003.
- EHRlich, E. *Fundamental principles of the sociology of law*. Cambridge: Harvard University Press, 1936.
- ERLANGER, H. et al. Is it time for a new legal realism? *Wisconsin Law Review*, v. 2005, n. 2, p. 335-363, 2005.
- FARIA, C. F.; RIBEIRO, U. C. Entre o legal e o real: o que dizem as variáveis institucionais sobre os conselhos municipais de políticas públicas? In: AVRITZER, L. (Org.). *A dinâmica da participação local no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010.
- FARIA, C. F.; RIBEIRO, U. C. Desenho institucional: variáveis relevantes e seus efeitos sobre o processo participativo. In: PIRES, R. R. C. (Org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.
- FEARON, J. D. Deliberation and discussion. In: ELSTER, J. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- FISHKIN, J. Deliberation by the people themselves: entry points for the public voice. *Election Law Journal*, v. 12, n. 4, p. 490-507, 2013.
- FISHKIN, J.; LUSKIN, R. C. *Deliberation and "better citizens"*. Center for Deliberative Democracy, Stanford. Disponível em: <<http://cdd.stanford.edu/2002/deliberation-and-better-citizens/>>. Acesso em: 18/07/2016.
- FUNG, A. Recipes for public spheres: eight institutional design choices and their consequences. *The Journal of Political Philosophy*, v. 11, n. 3, p. 338-367, 2003.
- FUNG, A. Deliberative democracy, Chicago Style: grass-roots governance in policing and public education. In: FUNG, A.; WRIGHT E. O. (Org.). *Deepening democracy: institutional innovations in empowered participatory governance*. London/New York: Verso, 2004.
- FUNG, A. Varieties of participation in complex governance. *Public Administration Review*, v. 66, n. suplementar, p. 66-75, dez. 2006.
- GOMIDE, A. A.; PIRES, R. R. C. Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas. In: GOMIDE, A. A.; PIRES, R. R. C. *Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas*. Brasília: Ipea, 2014.
- GOODIN, R. E. Institutions and their design. In: GOODIN, R. E. *The theory of institutional design*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why deliberative democracy?* New Jersey: Princeton University Press, 2004.

HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy.* Cambridge: The MIT Press, 1996.

HIBBING, J.; THEISS-MORSE, E. *Stealth democracy: Americans' beliefs about how government should work.* Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

HODGSON, G.M. What are institutions? *Journal of Economic Issues*, v. 40, n. 1, 2006.

KOMESAR, N. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy.* Chicago: Chicago University Press, 1994.

LEVY, R. The law of deliberative democracy: seeding the field. *Election Law Journal*, v. 12, n. 4, p. 355-371, 2013.

LEWANSKI, R. Institutionalizing deliberative democracy: the Tuscany laboratory. *Journal of Public Deliberation*, v. 9, n. 1, 2013.

LIMA, P. P. F.; SOUZA, C. H. L.; TEIXEIRA, A. C. C. *Arquitetura da participação no Brasil: uma leitura das representações políticas em espaços participativos nacionais.* Brasília: Ipea, 2012 (texto para discussão n. 1.735).

LOPES, J. R. L. Os conselhos de participação popular: validade jurídica de suas decisões. *Revista de Direito Sanitário*, v.1, n.1, 2000, p. 23-35.

LÜCHMANN, L.H.H. O desenho institucional dos conselhos gestores. In: LYRA, R.P. *Participação e segurança pública no Brasil: teoria e prática.* João Pessoa: Ed. UFPB, 2009.

MANSBRIDGE, J. et al. The place of self-interest and the role of power in deliberative democracy. *Journal of Political Philosophy*, v. 18, n. 1, p. 64-100, 2010.

MANSBRIDGE, J. et al. A minimalist definition of deliberation. In: HELLER, P.; RAO, V. *Deliberation and development: rethinking the role of voice and collective action in unequal societies.* Washington: Banco Mundial, 2015.

MATTOS, P. T. L. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo.* São Paulo: Editora 34, 2004.

McNULTY, S. An unlikely success: Peru's top-down participatory budgeting experience. *Journal of Public Deliberation*, v. 8, n. 2, 2012.

MEDAUAR, O. *O direito administrativo em evolução.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDELBERG, T. The deliberative citizen: theory and practice. In: DELLI CARPINI, M. X.; HUDDY, L.; SCHAPIRO, R. (Org.). *Research in micropolitics: political decision making, deliberation and participation.* Greenwich: JAI Press, 2002.

MENDES, C. H. *Constitutional courts and deliberative democracy.* Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, D. C. V. R. *Democracia semidireta no Brasil pós-1988: a experiência do orçamento participativo.* Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2004.

- NABATCHI, T. Addressing the citizenship and democratic deficits: the potential of deliberative democracy for public administration. *The American Review of Public Administration*, v. 40, n. 4, p. 376-399, 2010.
- NELKEN, D. Law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law. *Legal Studies*, v. 4, n. 2, p. 157-174, 1984.
- NOBRE, M. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- OLIVEIRA, C. C. F. Os conselhos municipais nas controvérsias jurisprudenciais do TJ-RS e STF nos últimos anos. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, n. 25, p. 35-58, 2014.
- OLIVEIRA, G. J. Participação administrativa. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, n. 3, set./out./nov. 2005.
- PARKINSON, J. *Deliberating in the real world: problems of legitimacy in deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- PEREZ, M. A. *Institutos de participação popular na administração pública*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 1999.
- PIERSON, P. Increasing returns, path dependence and the study of politics. *The American Political Science Review*, v. 94, n. 2, p. 251-267, jun. 2000.
- PIERSON, P. *Politics in time: history, institutions and social analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- PIRES, R. R. C. Beyond the fear of discretion: flexibility, performance and accountability in the management of regulatory bureaucracies. *Regulation and Governance*, v. 5, p. 43-69, 2011.
- PIRES, R. R. C. *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.
- PIRES, R. R. C. et al. Em busca de uma síntese: ambições comuns e abordagens diversificadas na avaliação da efetividade das políticas participativas. In: PIRES, R. R. C. *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.
- PIRES, R. R. C.; VAZ, A. C. N. *Participação como método de governo? Um mapeamento das “interfaces socioestatais” nos programas federais*. Rio de Janeiro: Ipea, 2012 (texto para discussão n. 1.707).
- POUND, R. Law in books and law in action. *American Law Review*, v. 44, p. 12-36, 1910.
- PRADO, M. M.; TREBILCOCK, M. J. Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform. *University of Toronto Law Journal*, 2009, v. 59, p. 341-380, 2009.
- PRADO, M. M.; TREBILCOCK, M. J. *What makes poor countries poor? Institutional determinants of development*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011
- PRZEWORSKI, A. Deliberation and ideological domination. In: ELSTER, J. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- RAWLS, J. The idea of public reason. In: BOHMAN, J.; REGH, W. *Deliberative democracy: essays on reasons and politics*. Cambridge: The MIT Press, 1997.

RYFE, D. M. Does deliberative democracy work? *Annual Review of Political Science*, v. 8, p. 49-71, 2005.

SANTOS, F. G. Participação na administração como direito fundamental. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 1, n. 2, p. 236-253, 2014.

SANDERS, L. Against deliberation. *Political Theory*, v. 25, n.3, p. 347-376, 1997.

SCHAPIRO, M. G.; TRUBEK, D. M. Redescobrimo o direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: SCHAPIRO, M. G.; TRUBEK, D. M. *Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SHAPIRO, I. Enough of deliberation: politics is about interests and power. In: MACEDO, S. *Deliberative politics: essays on democracy and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

STINCHCOMBE, A. L. *When formality works: authority and abstraction in law and organizations*. Chicago: Chicago University Press, 2001.

SUNDFELD, C. A. Sistema constitucional de competências. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 1, n. 1, p. 272-281, 1993.

SUNSTEIN, C. R. The law of group polarization. *Journal of Political Philosophy*, v. 10, n. 2, p. 175-195, 2002.

VITA, A. Democracia deliberativa ou igualdade de oportunidades políticas? In: COELHO, V. S.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

TATAGIBA, L. Os conselhos gestores e a democratização das políticas públicas no Brasil. In: DAGNINO, E. *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

TATAGIBA, L. A institucionalização da participação: os conselhos municipais de políticas públicas na cidade de São Paulo. In: AVRITZER, L. *A participação em São Paulo*. São Paulo: Unesp, 2004.

THELEN, K. How institutions evolve: insights from comparative historical analysis. In: MAHONEY, J.; RUESCHEMEYER, D. *Comparative historical analysis in the social sciences*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

TRUBEK, D.M. Law and Development: 40 years after scholars in self estrangement – a preliminary review. *Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper n. 1.255, 2014*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2435190>. Acesso em: 15/08/2015.

YOUNG, I. M. Activist challenges to deliberative democracy. In: FISHKIN, J.S.; LASLETT, P. *Debating deliberative democracy*. Hoboken: Blackwell Publishing, 2003.

Data de recebimento: 06/12/2016

Data de aprovação: 17/04/2017