

O DIREITO AO LAZER SOB A ÓTICA PÓS-POSITIVISTA: UMA PROPOSTA DIALÓGICA DE COMPREENSÃO E IMPLEMENTAÇÃO*

THE RIGH TH TO LEISURE ON A POST-POSITIVIST PERSPECTIVE: A DIALOGICAL PROPOSAL OF UNDERSTANDING AND IMPLEMENTATION

Bernardo Augusto Ferreira Duarte

RESUMO

A compreensão e efetivação do Direito ao lazer são tratadas, no Brasil, com base em perspectivas ultrapassadas. Como interpretar esse Direito à luz do paradigma Democrático, sem desconsiderar o giro linguístico-pragmático? Como entendê-lo como mais que um comando otimizável ou um valor a ser realizado na medida do possível? Como pragmatizar essa reconstrução do Direito ao Lazer, a fim de alterar a forma como a Administração Pública no Brasil concebe e desenvolve as políticas públicas a ele referentes? Tentar-se-á demonstrar, aqui, que a resposta para essas perguntas perpassa pela releitura do Direito ao lazer baseada na teoria discursiva de Habermas.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO AO LAZER; ESTADO DEMOCRÁTICO; TEORIA DO DISCURSO;

ABSTRACT

The understanding and effect of leisure Right are treated in Brazil on outdated perspectives. How to interpret this Right in the light of the Democratic paradigm without considering the linguistic-pragmatic turn? How to understand it as more than an optimizable command or a value to be fulfilled as much as possible? How to pragmatize this reconstruction of Right to leisure, so that the Public Administration in Brazil conceives and develops the public policies regarding it? We will show herein that the answer to these questions is through a rereading of the leisure Right based on the discursive theory of Habermas.

KEYWORDS: RIGHT TO HEALTH; DEMOCRATIC STATE; DISCURSIVE THEORY;

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

Descrito no rol dos direitos fundamentais, especificamente nos artigos 6º, 7º, inciso IV, 217, §3º e 227, *caput*, todos da Constituição da República de 1988, o lazer atingiu, contemporaneamente, uma importância nunca antes imaginada.

Apesar de amplamente explorado pelos estudiosos da medicina, da sociologia e da psicologia, ânsia possivelmente provocada pelo elevado grau de abrangência (social, econômica, cultural etc.) desse direito, poucas são, no âmbito do Direito, as contribuições capazes de solucionar os problemas inerentes à sua eficácia e aplicabilidade. No Brasil, por exemplo, o que existem são explorações rasteiras e pouco refletidas acerca do tema, marcadas seja por um aspecto meramente descritivo, ou, como ocorre na maior parte das vezes, por uma tentativa de enquadramento do lazer em classificações pautadas, ainda, em critérios semânticos das normas. Outra característica marcante é a despreocupação quanto à compreensão, seja no plano filosófico ou pragmático, dos óbices impostos à sua efetividade.

No plano dos discursos de aplicação exercidos pelo Executivo exsurge, ainda, um outro problema: muitas são as políticas públicas desenvolvidas pela Administração Pública com a finalidade de garantir, efetivar e ampliar esse direito[1]; contudo, essas políticas públicas, na maior parte das vezes, são reduzidas a programas de incentivo à prática desportiva e ao turismo, o que, inegavelmente, acarreta uma considerável delimitação do lazer. Esse problema se deve, principalmente, a uma compreensão “clientelista” do direito ao lazer[2], cuja implementação é confundida com a mera concessão estatal. Como se não bastasse, essas políticas estão estritamente vinculados a uma determinada gestão administrativa, o que dificulta a sua implementação continuada, mormente quando da sucessão eleitoral.

Em vista dessa realidade, existe uma necessidade premente de se repensar o Direito ao lazer, não apenas no plano filosófico, mas, também, no plano dos discursos de aplicação. Como interpretar esse direito à luz do paradigma democrático, sem deixar de levar em conta os ganhos trazidos pelo giro lingüístico-pragmático? Como entendê-lo como mais que um mero valor a ser realizado na melhor medida do possível? E finalmente, como levar essa reconstrução do Direito ao Lazer para o plano pragmático, de forma a alterar o modo pelo qual as políticas públicas, referentes a ele, são concebidas e desenvolvidas pela Administração Pública no Brasil? Essas são as questões que, aqui, tentar-se-á responder.

1 O DIREITO AO LAZER: DA SISTEMATICIDADE E SEMANTICIDADE DA NORMA À PRAGMATICIDADE

Um dos grandes entraves para o firmamento de uma compreensão constitucionalmente adequada acerca do Direito ao Lazer, ao menos no Brasil, é a superação de uma tendência que se espalhou pelo mundo: a tentativa de entender o sentido das normas com base, meramente, em critérios sintáticos (*Teorias Analíticas [3]*) e semânticos (*Teorias Semânticas [4]*). Em síntese, as Teorias Analíticas são aquelas que “*elegem como tema central de sua pesquisa a validade das normas jurídicas, entendida como a relação entre [essas] normas*” (GALLUPO, 2002:109 – grifo no original). Já as Teorias Semânticas são aquelas cuja preocupação está na compreensão do “*sentido das normas jurídicas, entendido como a relação entre a norma e o seu significado.*” (GALLUPO, 2002: 109 – grifo no original). Tanto uma quanto a outra desenvolve-se ao largo de uma dimensão pragmática, a qual é tida, pós-giro lingüístico-pragmático, como condição de validade para o conhecimento. Ao “abrirem mão” dessa dimensão, ambas falham no intento de alcançar seja a compreensão da validade da norma, ou o entendimento do sentido desta. A questão, que é de fato complexa num primeiro momento, uma vez compreendida, “salta aos olhos”.

O giro lingüístico-pragmático acarretou a evolução da ciência hermenêutica, que passou a ver na linguagem[5], e não mais numa metódica cartesiano-iluminista[6], a possibilidade para a compreensão/conhecimento dos “objetos”. A linguagem possibilita que em seu interior se processe o círculo hermenêutico, um espiral[7] na busca pela compreensão, por meio do qual “*o sujeito, através de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto (moldado por tais preconceitos), ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete.*” (PEREIRA 2001: 35) Essa espiralidade da compreensão “*ocorre em função de um encontro entre dois mundos/horizontes diversos: o horizonte daquele que compreende e o horizonte de que adveio o objeto.*” (PEREIRA, 2001: 36)

Mais que “introduzir” a linguagem como condição para conhecimento, o giro lingüístico-pragmático possibilitou, ainda, a compreensão da condição de validade para esse conhecimento, isto é, a intelecção do meio pelo qual seria possível chegar ao entendimento correto. Essa condição de validade, desvelada pelo *pragmatic turn*[8], é a abertura da compreensão ao consenso/assentimento intersubjetivo acerca de uma assertiva, possibilitado por um procedimento discursivo racional. A complementaridade dos giros lingüístico e pragmático, portanto, possibilitou a superação da Filosofia do sujeito/consciência pela Filosofia da linguagem, e isso, como não poderia deixar de ser, acarretou uma guinada também nas formas de compreender, fundamentar e aplicar o Direito. Em vista dessa revolução hermenêutica, surgem as Teorias pragmáticas do Direito, as quais “*elegem como tema central de sua pesquisa a força do direito, entendida como o poder do direito de obrigar a conduta humana e, portanto, a questão do seu fundamento de legitimidade*” (GALLUPO, 2002: 109). No nível pragmático colocam-se as questões “*da obediência e da legitimidade do direito.*” Ele envolve e supera os outros dois (sintático e semântico) “*uma vez que uma mesma locução pode ser pragmaticamente diferenciada conforme a relação que se estabeleça entre os sujeitos da comunicação, sem, contudo, conhecer variação semântica ou sintática.*” (GALLUPO, 2002: 110).

Feitas essas explicações, é improvável que ainda existam dúvidas quanto à importância do giro lingüístico-pragmático para a compreensão do Direito. No entanto, a despeito do esforço acima depreendido, alguns ainda poderiam se perguntar acerca de qual seria, afinal, a relação entre o mencionado giro e o Direito ao lazer. A resposta a essa pergunta

é muito simples: a relação é total. Em primeiro lugar, pós-giro lingüístico-pragmático, intoleráveis se tornam as insistentes tentativas de compreensão do texto da norma que define o Lazer como Direito Fundamental fora de seu contexto de aplicação. Por outro lado, na busca pela solução de um caso concreto, especificamente, das demandas em que a implementação do lazer concorra com a de outros Direitos Fundamentais, intolerável se torna a utilização, pelos juízes e Tribunais, de técnicas de aplicação (do Direito) ainda tributárias de concepções pré-ordenantes da Constituição[9]. Finalmente, insuportável se torna uma prática meramente assistencialista (por parte do Estado) na construção e realização de políticas públicas voltadas à implementação do Direito ao lazer[10]. Todas essas práticas estão assentadas não num consenso discursivamente alcançado, mas em antecipações acerca do que seja bom, correto e justo para o intérprete da norma; em outras palavras, estão fundadas em preconceitos do intérprete/aplicador. E é exatamente aí que desconsideram por completo o giro lingüístico-pragmático.

Diante disso, é evidente que uma compreensão hermeneuticamente adequada acerca do Direito ao lazer não prescinde da análise das dimensões pragmáticas que com ele se relacionam, as quais só se desvelam após a prática discursiva, seja ela procedida no âmbito do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário. Não há mais espaço, na atualidade, para compreensões meramente sintático-semânticas das normas constitucionais, tais como, a título de exemplo, as teorias das normas programáticas[11]. Essas teorias, além de desconsiderarem os ganhos trazidos pelo giro lingüístico-pragmático, ainda derivam, conforme demonstrar-se-á no tópico seguinte, de uma compreensão acerca do Direito e da sociedade a se mover “*do paradigma jurídico formal do Estado Liberal ao paradigma jurídico-materializante do Estado de Bem Estar Social*”(CATTONI, 2001: 185), inadequada, portanto, ao paradigma[12] Democrático.

2 O DIREITO AO LAZER: POR UMA COMPREENSÃO ADEQUADA AO PARADIGMA DEMOCRÁTICO

2.1 Os Problemas das normas programáticas e da *Jurisprudência dos Valores*

É incrível como, passados vinte anos da promulgação da Constituição da República de 1988, discursos políticos deveras tendenciosos[13] ainda são movimentados na busca pela instauração de Assembléia Revisora ou, o que é mais grave, pela convocação de uma nova Assembléia Nacional Constituinte. Materializados em propostas de emenda constitucional de todos os tipos, esses discursos estão, na maior parte das vezes, fundados em um pretense inconformismo com a atual situação de desigualdade social que assola o país, e, mais ainda, numa alegada impotência da Constituição de 1988, caracterizada por eles como dirigente[14], em alcançar os ideais nela traçados quando de sua promulgação. O grande problema é que esses discursos procuram camuflar uma realidade em relação à qual não há como fugir: o problema da falta de efetividade da Constituição não está em seu texto, mas na forma como ele é entendido pelos diversos

segmentos da sociedade brasileira e, sobretudo, na forma como ele é operado pelos diversos aplicadores do Direito. São, portanto, as formas de entender e aplicar a Constituição que precisam mudar caso a pretensão em torno dela seja, de fato, uma maior efetivação e implementação de seu texto. É na busca por essa mudança de perspectiva que, aqui, desenvolver-se-á uma teoria acerca do Direito ao lazer que, pretende-se, o afastará de vez de uma concepção programática e o colocará num patamar de condição e consequência do exercício de uma cidadania ativa e efetiva.

A bem da verdade, todas as teorias defensoras da existência de normas programáticas[15] são problemáticas quando analisadas à luz do paradigma democrático. O primeiro problema dessas teorias assenta-se exatamente na intenção de buscar unicamente no texto da norma, isto é, em seu aspecto meramente semântico, a explicação de seu sentido. Ao se fecharem à análise das especificidades do contexto de aplicação, contudo, tanto as teorias que negam, quanto as que reconhecem a juridicidade das normas programáticas, deixam de perceber que o verdadeiro sentido do comando normativo “*somente se completa pela fusão de horizontes que se produz entre o texto e o intérprete*” (SOUZA CRUZ, 2006b: 3). Mais que isso, deixam de perceber que o resultado dessa fusão de horizontes não é imutável, mas varia de acordo com os elementos e questionamentos que circunscrevem o contexto de aplicação da norma, isto é, o caso concreto/específico[16].

O segundo problema das teorias ora criticadas é que, cunhadas durante um período de grande instabilidade, marcado pela transição do pano de fundo liberal[17] pelo paradigma do Estado de Bem Estar Social[18], elas acabam por dar azo ao surgimento, após a Segunda Guerra Mundial, da tão conhecida “Jurisprudência de Valores”[19]. Essa afirmação é confirmada por uma breve reflexão histórica. Com a crise máxima do Estado Liberal, a saber, Primeira Guerra Mundial, os Estados europeus capitalistas se viram diante de um dilema: a necessidade de superar a crise econômica decorrente da guerra, o que, a um primeiro olhar, exigiria uma política de contenção de gastos, e, por outro lado, a imprescindibilidade de promover a redução das desigualdades sociais existentes, de forma a conter a inconformidade das massas empobrecidas, àquela altura, extremamente atraídas pelas promessas socialistas, sem sucumbir ao sistema Soviético (de socialismo real). A fim de alcançarem esse duplo objetivo, partiram para a tentativa de levar à Constituição normas que possibilitassem ao Estado, por um lado, intervir direta e indiretamente na economia, a fim de garantir a manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, e, por outro, através de uma proposta de bem estar (*Welfare State*), compensar as desigualdades sociais “*através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais.*” (CATTONI, 2002:59) E, para tanto, recorreram a normas, muitas vezes, “de conteúdo programático”. [20] O problema é que, contaminados pela programaticidade, vários direitos fundamentais (como os sociais, por exemplo), ao serem equiparados a princípios meramente diretivos[21], tiveram sua efetividade bastante prejudicada, porquanto essa compreensão acabou por justificar, muitas vezes, a omissão do Estado em instituir políticas públicas voltadas à sua implementação.[22] Essa realidade, ao menos na Alemanha, contribuiu para a manutenção do insuportável grau de desigualdade social[23] instalado no país, o qual, inequivocamente, tornou as massas, empobrecidas e desiludidas, um alvo fácil de ser manipulado pelos discursos ufanistas e preconceituosos de Adolf Hitler. Por intermédio desses discursos, marcados pelo racismo a tudo que não fosse ariano, Hitler irá contagiar o povo alemão que, cegado por promessas marcadas por um elevado cunho

nacionalista, apoiará o *Führer* na busca pela ampliação do Terceiro Reich, o que acabou por ocasionar a Segunda Guerra Mundial.

Passado o mais terrível episódio da história da humanidade, diante dos horrores que por ele propiciados e, mais ainda, em vista da pobreza e desilusão das massas em relação à Constituição, passa-se a buscar, através da juridicização das normas programáticas, um ambiente favorável e propício para que, enfim, a tão sonhada materialização das liberdades negativas fosse levada a cabo. Ocorre que, na busca por esse intuito, os Tribunais alcançaram uma discricionariedade nunca antes imaginada, o que culminou na interpretação da Constituição, pelo Tribunal Constitucional Alemão, como “*a face jurídica do catálogo de valores sociais essenciais [e] fundamentais, que expressam o consenso basilar de uma determinada comunidade política e que servem de parâmetro para a ação estatal.*”(PEREIRA, 2008:83). Daí o surgimento da doutrina da “Constituição como uma tábua de valores”[24]. O que parecia, no entanto, ser a solução de um antigo enigma acabou, no fim das contas, por assinalar um novo problema. A jurisprudência dos valores, incrementada pelo princípio da proporcionalidade[25], possui um aspecto eminentemente axiológico e caracteriza-se pela confusão entre normas jurídicas e valores. Essa prática de aplicação do Direito já percebe que a norma não se encerra no texto da Lei. Contudo, ela não percebe que, a despeito de as normas poderem refletir valores, isso não significa que “*elas sejam ou devam ser tratadas como valores*”.(CATTONI, 1998: 139)

(...) normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de suas pretensões de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma forma. Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes. (HABERMAS, 2003: 317-318)

A simples percepção desse fato já permite a conclusão de que, a despeito do que se firmou a partir do julgamento do caso Lüth, que deu início à jurisprudência dos valores, prática que se espalhou por todo o mundo[26], o modo de operar o direito “*não pode se dar em torno do emprego de valores, sob pena de perdermos com isso qualquer possibilidade de legitimidade do mesmo*” (SOUZA CRUZ, 2007:276).[27] Isso porque, valores visam ao que é bom, ao que é melhor, o que, inegavelmente, em sociedades plurais como as atuais, não pode ser resumido em uma concepção apenas, nem a um binômio certo/errado, lícito/ilícito.[28] E é exatamente aqui que fica evidenciado o maior dos problemas da jurisprudência dos valores:

Pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente. (...) Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional o tribunal constitucional transforma-se em instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípio de direito. (...) Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, nesse caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. (HABERMAS, 2003: 320-322)

Nesse sentido, por operar os direitos constitucionalmente previstos tal se fossem valores, ou seja, sob uma ótica de prevalência e gradualidade baseada em uma análise de custo/benefício, a jurisprudência dos valores termina por decidir as demandas não com base naquilo que, eventualmente, seja devido para a solução do caso concreto, mas naquilo que parece devido e é, em verdade, decorrente de uma preferência dos Julgadores.

Os direitos fundamentais, ao contrário, ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens. Isso também vale para normas “abertas”, não referidas a casos exemplares facilmente identificáveis – e formuladas sem um sentido específico de aplicação, necessitando de uma “concretização” metodicamente inofensiva. Tais normas encontram sua determinação clara num discurso de aplicação. No caso de colidirem com outras prescrições jurídicas, não há necessidade de uma decisão para saber em que medida valores concorrentes são realizados. Como foi mostrado, a tarefa consiste, ao invés disso, em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes. (HABERMAS, 2003: 320-323)

E em favor disso, não oferece qualquer auxílio o método da ponderação de bens, ou mesmo, o próprio princípio da proporcionalidade operado em sua inteireza, tal como idealizado por Alexy. Tanto num caso, quanto no outro, o julgador que se utiliza dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação de bens) acaba por imiscuir-se em uma atividade que, em verdade, só pode ser exercida pela prática de um discurso de justificação/fundamentação[29], e nunca de um discurso de aplicação[30]. Isso porque, a análise da aptidão, da necessidade (isto é, se representa o meio menos gravoso para alcançar o fim) e do custo/benefício de uma norma não é função a ser exercida por um julgador. Ao contrário, há de ser exercida no âmbito de um discurso de justificação/fundamentação, que se torna possível pela atuação de uma soberania popular sem sujeito[31], “especializada” em descobrir temas relevantes para a sociedade, em contribuir com possíveis soluções para os problemas, em interpretar valores, em produzir bons fundamentos e em desqualificar outros, a qual exerce um *input* sobre as comissões parlamentares, que, por sua vez, abertas às opiniões vindas dessas redes geradoras de poder comunicativo, criam leis que, em vista disso, recebem o assentimento daqueles que serão por ela afetados. Nesse sentido, na medida

em que se utilizam dos temas, das possíveis soluções para os problemas, das interpretações valorativas e dos argumentos produzidos comunicativamente por meio de discursos racionais voltados ao entendimento, as comissões parlamentares tornam-se capazes de discutir, votar e aprovar leis que, em virtude dessa interpenetração, são legítimas e democráticas, porquanto recebem o assentimento dos seus destinatários, os quais acabam por ser interpretados como co-autores de suas próprias leis.[32]

Em vista de tudo o que foi dito, é evidente que tanto as teorias que concebem a existência de normas programáticas, quanto as que igualam o modo de operar o Direito ao modo de operar os valores, são problemáticas quando analisadas à luz do paradigma democrático. Nesse sentido, nenhuma delas poderá balizar, sem escapar às críticas acima descritas, seja a compreensão, seja a aplicação do Direito ao Lazer.

2.2 O Direito ao Lazer sob o enfoque pós-positivista

Feitas as considerações acima descritas, surge, então, a dúvida: se não pode ser considerado uma norma de cunho programático, nem um valor/comando otimizável que compete com outros valores/comandos otimizáveis pela primazia na aplicação, como, pois, deve ser entendido o Direito ao Lazer? Em outras palavras: como interpretá-lo à luz do paradigma Democrático, sem deixar de levar em conta os ganhos trazidos pelo giro linguístico-pragmático? Só há uma forma de se chegar à resposta correta para essa pergunta; analisando o Direito ao Lazer sob a perspectiva da teoria do discurso[33]. À luz dessa teoria, os Direitos Fundamentais[34] passam a ser entendidos como condição e consequência[35] de um procedimento discursivo, que possibilita não apenas o consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir em comunidade, mas, ainda, a formação e a emancipação de cidadãos efetivos, ao invés de meros clientes de uma administração pública garante de bens e serviços.

Com base nessa teoria, o Direito ao lazer, num primeiro momento (pré-discursivo), é despido de sua dimensão substantiva para “transformar-se” em condição que possibilita a prática discursiva. Assim, ele é entendido como: *“condiç[ão] para que qualquer comunidade humana possa se fazer compreender e buscar consensos ou acordos sobre quaisquer questões, sejam elas morais, políticas, éticas, científicas, estéticas ou religiosas* (SOUZA CRUZ, 2006a: 78). Nesse sentido, enquanto condição para o discurso, ele *“não se sustent[a] sobre valores substantivos”* (SOUZA CRUZ, 2006b:168). Poder-se-ia questionar aqui, no entanto, se de fato o Direito ao lazer pode ser entendido como condição sem a qual não poderia ocorrer a prática discursiva. Uma análise pouco refletida dessa questão tende a apontar para uma resposta negativa. A questão, contudo, é mais complexa do que parece. Nas palavras de Habermas, numa fase pré-discursiva, hão de ser respeitados *“precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo”*(2003:158-159)[36]. Diante disso, há que se perguntar: seria a vida um desses direitos? E a saúde? A resposta afirmativa a essas perguntas parece tranqüila. Mas se a resposta a essas perguntas é afirmativa, duas outras perguntas hão de ser respondidas: Há vida sem saúde? Há saúde sem lazer? Cabe aqui, antes de qualquer resposta, uma rápida reflexão: uma pessoa doente, evidentemente,

possui Direito à vida. Nessa situação, o Direito à vida deve ser entendido como o Direito de viver, ou seja, de continuar vivo. Ninguém que esteja doente, a menos que esteja, também, mentalmente doente, deseja continuar assim. Nessa hipótese, portanto, o próprio Direito de viver subentende o Direito à saúde. Por outro lado, ninguém que pretenda viver de forma saudável há de dispensar por completo o Direito ao lazer. A propósito, já existem trabalhos acadêmicos que demonstram ser, o lazer, um meio de promoção da saúde[37]. Nesse sentido, é evidente que também o Direito ao lazer há de ser considerado como condição sem a qual a prática discursiva não ocorrerá. Mesmo porque, é pouco provável que alguém que esteja doente disponibilize-se a participar de uma prática discursiva. Se, portanto, para viver de forma saudável, ninguém deve abrir mão completamente de um mínimo que seja de lazer, evidentemente, a prática discursiva não prescinde do Direito ao lazer. É oportuno repetir, contudo, que nesse momento o Direito ao lazer não se sustenta sobre valores substantivos.

Já em um segundo momento (pós-discursivo), esse Direito assume “sustância”, ou, nas palavras de Cattoni (2002), “conteúdo ou extensão total”. A questão é bastante simples; o Direito ao lazer, visto agora como produto de um procedimento deliberativo inscrito em um mundo da vida[38] que o possibilita, “*assume densidade de conteúdo, [caracterizando-se] por [obter] substância.*”(SOUZA CRUZ, 2006a: 79) Em outras palavras, “*tão logo os discursos legislativos e jurisdicionais tenham se concluído, aí sim, os direitos fundamentais, [entre os quais está o lazer] assumem uma dimensão substantiva*”(SOUZA CRUZ, 2006b: 168). Essa explicação dicotômica, há de se ressaltar, é meramente explicativa, tendo em vista que ambas as conotações (condição e consequência) co-existem, ou seja, são simultâneas. Isso porque, é bom que se diga, direitos são (re)construídos a todo momento, seja em procedimentos discursivos por intermédio de um agir comunicativo, seja em procedimentos judiciais[39], seja diuturnamente, nas relações intersubjetivas. Portanto, a distinção acima descrita não desconsidera os ganhos trazidos pelo giro linguístico-pragmático.[40]

Além disso, à luz do paradigma Democrático, o Direito ao lazer sempre deve ser considerado em seu aspecto deontológico, porquanto, enquanto condição e consequência da prática discursiva, evidencia-se não como mero “*direito do bem-estar*”[41], mas como direito que propicia o exercício de uma cidadania ativa e efetiva. Isso significa, por um lado, que à luz desse paradigma não há mais sentido algum em equiparar a norma definidora do Direito ao lazer a uma norma de conteúdo programático, porquanto, enquanto Direito Fundamental, mais que direcionar e vincular condutas, o Lazer é condição e consequência da prática da cidadania, sendo auto-aplicável, nos exatos termos do artigo 5º, §1º, da Constituição da República de 1988. Por outro lado, isso significa que, em hipótese alguma o Direito ao Lazer há de ser operado como se operam valores, visto que, enquanto princípio deontológico (que demanda aplicação, e nunca uma priorização) não se confunde com um valor/comando otimizável. Nesse sentido, o exercício de Direito deve ser garantido, ou melhor, assegurado ao cidadão, o que não significa, contudo, que o Estado deva determinar o que seja ou não o direito ao lazer.

À luz do paradigma democrático, é o cidadão ou o conjunto de cidadãos que optarão por exercer uma determinada atividade que ilustre, no caso específico, o lazer. São eles que definirão as atividades que, individual ou coletivamente, representam o lazer num caso específico, e cujo exercício representa o pleno gozo do Direito ao lazer. E, aqui, cabe inserir uma advertência: após o giro linguístico-pragmático tornou-se patente que toda e

qualquer tentativa de predefinição do conteúdo de um direito fora da análise de um caso específico está fadada ao reducionismo e, conseqüentemente, ao insucesso. Isso porque, como se sabe, toda e qualquer atribuição de significado há de ser procedida *in concerto*, sempre intersubjetivamente, seja dentro de um procedimento realizado em contraditório, respeitadas as garantias constitucionais do processo, seja fora do processo, dentro de um pano de fundo intersubjetivamente compartilhado em que predomine a prática do discurso. A intersubjetividade, aliás, interfere também na tomada “autônoma” de decisões pelos cidadãos, os quais, em uma dada situação concreta, resolvem escolher, por exemplo, o livro à bola, ou a bola ao skate. Essa decisão aparentemente individual, necessariamente, é tomada por um indivíduo inserido em um mundo da vida intersubjetivamente compartilhado, o qual, inegavelmente, influencia na sua tomada de decisões. Com base nessas explicações, torna-se possível compreender o seguinte:

(...) Se partirmos de uma concepção procedimentalista do Direito, em que qualquer proposição jurídica é fruto de interpretação, sob o pano de fundo de visões paradigmáticas concorrentes, não se pode predefinir o “conteúdo” ou a “extensão total” de um dispositivo normativo, que ganha sentido em cada novo caso concreto, predeterminando-se materialmente a argumentação jurídica. É necessário, mais uma vez, romper com uma teoria material do Direito e dos direitos que estabelece um modelo padrão, fixo, para sua efetivação, até mesmo porque a dinâmica de uma sociedade democrática e pluralista não coaduna com visões privilegiadas e excessivamente concretas do que seja vida, liberdade, igualdade, segurança, trabalho ou até mesmo dignidade humana. (CATTONI, 2002: 112)

A bem da verdade, a distinção entre direitos individuais, coletivos, sociais e difusos, à luz do paradigma democrático, só é válida se pautada no processo argumentativo de aplicação das normas que lhes consagram (CATTONI, 2002: 110-111). Isso significa um avanço considerável, visto que abre ao Direito ao lazer um sem número de possibilidades de extensão e conteúdo, as quais são definidas *a posteriori*, de acordo com os argumentos traçados em vista das especificidades de um determinado caso. O que Cattoni está dizendo, e que se aplica perfeitamente ao lazer, é que se predeterminarmos, *in abstracto*, a “extensão total” de um Direito, desconsiderando, assim, a possibilidade de, argumentativamente, atribuirmos outros tipos de conteúdo a esse Direito, estaremos, fatalmente, desconsiderando diversas outras possibilidades conteudísticas que ele pode ter. Em outras palavras, se predeterminarmos que o lazer descrito no artigo 6º da Constituição da República de 1988 é o direito social à prática desportiva do futebol, estaremos não apenas reduzindo o conteúdo desse Direito, mas, sobretudo, deslegitimando uma possível “escolha individual”, por exemplo, do livro ou da guitarra em detrimento da bola quando se esteja falando de lazer. Em outras palavras, estaremos impossibilitando que, argumentativamente, e de acordo com as especificidades de um caso, os cidadãos construam o seu próprio conceito do que seja lazer. Daí o porquê de o Direito não poder ser tratado de uma forma gradual pelos tribunais, sob pena de se “proclamar” o que seja “o direito-para-o-juiz”. Daí o porquê de as decisões judiciais não prescindirem da participação ativa das partes para sua formação[42]. Daí o porquê de, sob uma perspectiva democrática, ser impossível à

Administração Pública criar legitimamente políticas públicas voltadas à implementação do Direito ao lazer sem considerar a participação dos cidadãos na sua construção.

Cumprir destacar, ainda, duas outras realidades que, à luz do paradigma democrático, são desveladas em relação ao exercício do Direito ao lazer. A primeira realidade é que, enquanto Direito Fundamental, o lazer é oponível também a particulares no âmbito das relações privadas. Isso significa que não apenas o Estado tem o dever de garantir e respeitar o exercício do Direito ao lazer, mas também os próprios cidadãos possuem esse dever de reciprocidade uns para com os outros.[43] A segunda realidade é que o Direito ao lazer, assim como todo e qualquer Direito Fundamental, possui uma dupla dimensão (positiva e negativa), no sentido de exigir, para sua implementação, uma abstenção e uma prestação[44]. Essa realidade rompeu com a idéia de que os Direitos sociais[45], por sua natureza, demandariam *“prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”*(BONAVIDES, 2007: 564), enquanto os Direitos individuais e políticos *“corresponde[riam] a um dever de abstenção, de não interferir por parte do Estado, [não reclamando, pois,]de modo geral, qualquer ação positiva por parte [deste]”*(FERREIRA FILHO, 2003: 246). Nesse sentido, não é apenas a implementação de “direitos sociais” que demanda do Estado (ou do cidadão), eventualmente, um agir muitas vezes dispendioso. Toda e qualquer implementação de Direitos está aberta a essa realidade. Portanto, não pode a reserva do possível ser sempre a justificativa utilizada para a não implementação do lazer, porquanto, nas palavras de Amaral (2008), a escassez é inexorável; ela possui caráter real e não apenas aparente[46]. E o lazer, enquanto direito que é condição e consequência do exercício de uma cidadania ativa e efetiva, há de ser garantido, ainda que num patamar que represente o *mínimo existencial*,[47] fixável dentro de uma lógica de reciprocidade, no âmbito dos discursos de fundamentação.

Dito tudo isso, resta saber, enfim, como levar essa reconstrução do Lazer para o plano pragmático, de modo a alterar a forma pelo qual as políticas públicas referentes a esse Direito são concebidas e desenvolvidas pela Administração Pública no Brasil. É o que, adiante, tentar-se-á responder.

3 PROPOSTA DIALÓGICA DE IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO AO LAZER

Como conceber que a Administração Pública crie políticas públicas destinadas à implementação do Direito ao lazer sem que, com isso, justifique-se um retrocesso ao paradigma Social? Como fugir da perspectiva meramente assistencialista[48] em torno da qual essa forma de atuação estatal foi primeiramente pensada? A resposta correta para essas perguntas perpassa pela compreensão de como essas políticas públicas devem ser entendidas, criadas e executadas à luz do paradigma Democrático. Nesse sentido, passar-se-á a discorrer seqüencialmente acerca de cada um desses aspectos para, ao final, reconstruir a noção de políticas públicas voltadas à implementação do Direito ao lazer.

Nas palavras de Dallari Bucci, *“as políticas são instrumentos de ação dos governos – o government by policies que desenvolve e aprimora o government by Law”*(2006: 252). Em suas palavras, uma política só é pública quando contempla interesses igualmente públicos, isto é, da coletividade. As políticas públicas, a seu ver, devem ser a *“expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para manifestação clara e transparente das posições em jogo”*(DALLARI BUCCI, 2006:269). Essa perspectiva já se afasta da concepção inicialmente cunhada para o termo à luz do paradigma Social. À luz do paradigma Democrático, políticas públicas não são simplesmente planos, nem meramente programas. Elas são, em verdade, formas de agir do Poder Público; os atos e também as omissões *“cuja realização deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito – e a gerar efeitos jurídicos”*(DALLARI BUCCI, 2006: 255). Elas não podem ser entendidas como *“pautas públicas de vida boa”* impostas aos cidadãos por uma Administração Pública garante de bens e serviços. Sua legitimidade não pode ser extraída simplesmente de um agir intervencionista da Administração Pública, sob pena de resultar em mero assistencialismo, nem tampouco, advir puramente das imposições provenientes dos influxos do mercado[49]. Elas devem sua correção, e possibilidade mesma de, democraticamente, obrigar a conduta humana, ao assentimento intersubjetivo[50] dos cidadãos, obtido através do discurso.[51] Isso significa que, sob a égide do paradigma Democrático, tanto na formulação, quanto na execução de políticas públicas, a Administração Pública há de estar aberta e atenta à participação popular, de forma que, direta ou indiretamente, a autonomia privada participe na construção do interesse público, atribuindo-lhe legitimidade pelo assentimento. Essa atividade, contudo, não se confunde com a atividade legislativa.

A administração não constrói nem reconstrói argumentos normativos, ao contrário do que ocorre com o legislativo e a jurisdição. As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias. (HABERMAS, 2003: 239)

No horizonte da racionalidade pragmático, contudo, é perfeitamente plausível que a escolha das tecnologias e estratégias de ação pela Administração Pública advenha de uma atuação dialogicamente concebida.

Na medida em que, por exemplo, a implementação de programas teleológicos sobrecarrega a administração com tarefas relacionadas com o aprimoramento do direito e com a aplicação da lei, a base de legitimação das estruturas administrativas tradicionais não é mais suficiente. Então a lógica da divisão dos poderes precisa ser realizada em estruturas modificadas – por exemplo, através da introdução de formas de comunicação e de participação correspondentes ou através do estabelecimento de

processos judiciais ou parlamentares, de processos de formação de compromissos etc. (HABERMAS, 2003: 239-240)

Mas como isso poderia ocorrer num plano pragmático? Como conceber a atuação dialógica da Administração Pública na criação de políticas públicas voltadas à implementação do Direito? E mais, à implementação do Direito ao lazer? Mediante a atuação de uma soberania popular sem sujeito, que influencie e retroalimente, na forma de *inputs*, o Poder Público.

O poder administrativamente disponível modifica seu estado de mero agregado desde que seja retroalimentado por uma formação democrática da opinião e da vontade que não apenas exerça posteriormente o controle do exercício do poder político, mas também o programe, de uma maneira ou de outra. A despeito disso, o poder político deve “agir”. Ele é um sistema parcial especializado em decisões coletivas vinculativas, ao passo que as estruturas comunicativas da opinião pública compõem uma rede amplamente disseminada de sensores que reagem à pressão das situações problemáticas no todo social e que sumulam opiniões influentes. A opinião pública transformada em poder comunicativo segundo procedimentos democráticos não pode “dominar”, mas apenas direcionar o uso do poder administrativo para determinados canais. (HABERMAS, 2002: 282)

Em síntese, a opinião informal e intersubjetivamente concebida em arenas públicas *“desemboca em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado pela via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável.”* (HABERMAS, 2002: 282) Essa idéia, inicialmente pensada para a criação legítima e democrática do Direito, pode perfeitamente ser utilizada pela Administração Pública, no intento de legitimar a criação de políticas públicas pelo assentimento intersubjetivo decorrente de um discurso racionalmente desenvolvido. Essa prática discursiva, aliás, rompe com a lógica meramente assistencialista do Poder Administrativo no manejar de políticas públicas, porquanto a criação destas advém de um procedimento dialógico que leva em conta a opinião dos cidadãos/afetados pelas referidas políticas. No que concerne à criação de políticas públicas, portanto, caberia à Administração criar arenas de comunicação, tal como os conselhos gestores[52], onde pudesse desembocar a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade dessa soberania popular exercida intersubjetivamente. Essa opinião pública, formada no interior desses conselhos, é perfeitamente passível de ser institucionalizada pela Administração na forma de políticas públicas.[53] A formação racional da opinião e da vontade, no entanto, não se forma apenas no interior de conselhos gestores, mas em toda a esfera pública, composta tanto pelos conselhos comunitários, populares e fóruns civis não governamentais, quanto por foros, arenas e palcos que dão consistência à prática discursiva de opiniões, os quais se materializam:

(...)dentro das universidades, na produção acadêmica, associações com interesses claramente definidos, tais como sindicatos e partidos políticos, Igrejas, instituições pias e assistenciais, “*public interest groups*” formadoras do chamado terceiro setor, tais como as organizações não governamentais, no trabalho da imprensa livre nas diversas formas de expressão literária, artística ou estética, difundidas pelos diversos mecanismos de comunicação de massa, até mesmo na comunicação difusa propiciada pela internet(SOUZA CRUZ, 2006b: 117-118)

A opinião formada no interior dessa extensa rede de comunicação (que constitui a esfera pública) ainda não caracteriza, no entanto, a política pública. Não obstante, ela influencia na tomada de decisões por parte da Administração Pública, na medida em que traz à tona as matérias relevantes para a sociedade e as possíveis soluções para os problemas. Nesse sentido, a implementação das políticas públicas deve, necessariamente, levar em conta o produto da atuação da soberania popular.[54] E na medida em que atuam em parceria com o Poder Executivo na criação de políticas públicas, os cidadãos passam a ser entendidos não mais como clientes de um aparato estatal garante de bens e serviços, mas como co-gestores públicos, que legitimam e concretizam um agir dialógico da Administração Pública. É exatamente em virtude desse agir dialógico da Administração Pública, que considera a formação intersubjetiva da opinião e da vontade em redes entrelaçadas de comunicação quando da escolha de suas estratégias de ação, que passa a ser possível conceber a criação de políticas públicas destinadas à implementação do Direito ao lazer sem que, com isso, justifique-se um retrocesso ao paradigma Social. Torna-se igualmente possível, conforme já foi dito, fugir da perspectiva meramente assistencialista em torno da qual essa forma de atuação estatal foi primeiramente pensada, porquanto, ao se abrir à participação dos cidadãos na co-gestão de políticas públicas, o Estado deixa de impor-lhes “pautas públicas de vida boa” para, através da abertura às especificidades que circundam um sem número de mundos da vida, construir essas políticas discursivamente[55].

Resta, pois, apenas compreender como a reconstrução do Direito ao Lazer (depreendida no tópico anterior) influencia e altera a forma pela qual as políticas públicas, referentes a esse Direito, são concebidas e desenvolvidas pela Administração Pública no Brasil. Essa questão, em parte, já está respondida. A bem da verdade, ao se abrir à participação popular na construção de políticas públicas destinadas à implementação do lazer, a Administração Pública deixa de pré-estabelecer/determinar as atividades que representam, para os cidadãos, o exercício desse direito. Em verdade, é a opinião discursivamente captada que define as atividades cujo exercício representa, para os cidadãos, a fruição desse Direito. De igual modo, é ela que acaba por definir as políticas públicas que podem vir a ser implementadas para a criação de condições para o exercício ativo desse Direito pelos cidadãos. Ora, na medida em que possibilita a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade, o lazer, como condição para que ocorra a prática discursiva, garante a possibilidade da manifestação intersubjetiva da soberania popular. É essa manifestação que, institucionalizada pelo Poder Público, materializa uma atuação dialógica na criação de políticas públicas que atendem aos anseios da comunidade. Por outro lado, enquanto consequência de um procedimento deliberativo inscrito em um mundo da vida que o possibilita, o Direito ao lazer assume uma densidade de conteúdo e uma substância que, por sua vez, permite a visualização mais clara dos óbices pragmáticos ao seu exercício. E na medida em que permite essa

visualização, dá azo ao surgimento opiniões e sugestões mais consistentes acerca de políticas públicas[56] que se destinem à redução desses óbices.[57]

Assim, o Direito Fundamental ao lazer deixa de ser tido como mera promessa/benesse de um Estado assistencialista, para se tornar, como já foi afirmado, elemento deontológico, condicionante e conseqüente do exercício de uma cidadania ativa e efetiva. Daí o porque de, sob uma perspectiva democrática, ser impossível à Administração Pública criar legitimamente políticas públicas voltadas à implementação desse Direito sem considerar a participação dos cidadãos na sua construção. Mesmo porque “*uma política que não leve a sério a participação do interessado não inclui ninguém*” (SOUZA CRUZ, 2007: 329). Essa forma dialógica de criação das políticas públicas reflete uma concepção de co-originalidade[58] entre a autonomia pública e a autonomia privada.

É evidente que o agir dialógico da Administração Pública, na construção de políticas públicas voltadas à implementação de condições para o exercício efetivo do Direito ao lazer, se faz mais apropriado no âmbito municipal. Isso porque, quão maior for a área de atuação da soberania popular, isto é, quão mais ampliada for a esfera pública, maior serão as variações acerca de quais as atividades representam efetivamente o exercício do Direito ao lazer. Por conseguinte, maior será a gama de políticas públicas eventualmente apropriadas para a implementação de seu exercício. E quanto maiores forem essas variações, mais demorado pode se tornar o assentimento intersubjetivo em torno dessas políticas. O problema é que essa demora dificulta a governabilidade e pode acarretar na ineficiência da Administração Pública, contrariando, assim, a norma descrita no artigo 37, *caput*, da Constituição da República de 1988. Nesse sentido, essa forma de atuação da Poder Público, ao menos no que tange ao lazer, adapta-se mais facilmente à administração pública municipal.

Encerrar-se-á o presente artigo com a resposta a uma pergunta que, eventualmente, pode ecoar na mente de possíveis interlocutores. Como se preocupar com o lazer em um país onde pessoas morrem de fome diariamente, onde milhares de cidadãos não possuem acesso nem sequer a um mínimo exigível de saúde? Muito simples: passando a levar a Constituição a sério e considerando que, nesse mesmo país, a despeito de o lazer ser um Direito Fundamental expressamente assegurado, crianças menos abastadas não possuem lugar onde brincar, jovens, especialmente nos grandes centros urbanos, em decorrência da falta de áreas para a prática do lazer, utilizam o tempo ocioso para se envolver com as drogas, idosos não possuem alternativas de entretenimento e pessoas de todos os gêneros são, cada vez mais, privadas de usufruir de um tempo de entretenimento e descanso, em vista das exigências cada vez maiores de um mercado extremamente injusto e excludente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi delineado, está devidamente comprovado que, à luz do paradigma democrático, levando-se em conta os ganhos trazidos pelo giro lingüístico-pragmático, não é mais possível conceber a espécie normativa definidora do Direito ao lazer como uma norma de conteúdo meramente programático. Resta igualmente evidente, que o modo de operar esse Direito não pode ser igualado ao modo de operar os valores, porquanto Direitos não se confundem com valores.

Por outro lado, faz ver claramente que a compreensão do Direito ao lazer, à luz do paradigma Democrático, perpassa por uma releitura desse importante Direito Fundamental. Primeiramente, o Direito ao lazer há de ser entendido como condição e consequência de um discurso democrático. Em segundo lugar, como princípio deontológico. Em terceiro lugar, como Direito que possui uma dupla dimensão, positiva e negativa, a variar de acordo com as especificidades do caso concreto. Em quarto, como Direito cuja eficácia é passível de aplicação direta e imediata, seja horizontal ou verticalmente. E, em quinto lugar, como Direito cujo conteúdo/extensão total só é definível *a posteriori*, de acordo com os argumentos traçados em vista das peculiaridades de um determinado caso.

Finalmente, está comprovado que, sob a égide da Constituição da República de 1988, não há mais como aceitar uma atuação da Administração Pública tal como se o paradigma em vigor ainda fosse o de Bem Estar Social. Nesse sentido, seja na formulação, seja na execução de políticas públicas, a Administração Pública há de estar aberta e atenta à participação popular, de forma que, direta ou indiretamente, a autonomia privada participe na construção do interesse público, dando, pois, às políticas públicas a serem implementadas, legitimidade pelo assentimento. Daí o porquê de, sob uma perspectiva democrática, ser impossível à Administração Pública criar legitimamente políticas públicas voltadas à implementação do Direito ao lazer sem considerar a participação dos cidadãos na sua construção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. **Direito Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. **O que é política.** 3. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. Constituição, 1988: **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso de 21 agosto/07 a 11 setembro/08.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6^a ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Prefácio” In Idem. **Constituição Dirigente e a vinculação do legislador**. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

CATTONI, Marcelo Andrade. **Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CATTONI, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CORDEIRO LEAL, André. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRERIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Cultura dos Direitos Fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002;

GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são Direitos Fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

GOHN, M. G. M. **O Papel dos Conselhos Gestores na Gestão Urbana In: Repensando a Experiência Urbana na América Latina: questões, conceitos e valores** ed. Buenos Aires: CLACSO, 2000. Disponível em <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/urbano/gohn.pdf>. Acesso em 16 de Setembro/2008.

HABERMAS, Jürgen. Soberania Popular como procedimento. Tradução: Marcio Suzuki. **Novos estudos Cebrap**, São Paulo, n. 26, p. 100 – 113, mar. 1990.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola , 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichker - UGF. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness: application discourses in morally and law**. Tradução: John Farrell: State University of New York, 1993.

HOLMES, Stephen and SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes.** New York: Norton & Company. 1999. *apud* AMARAL, Gustavo. **Direito Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como Elementos Fundamentais e Garantidores da Constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas Constitucionais.** 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Poder Constituinte e Patriotismo Nacional.** In GALLUPO, Marcelo Campos. **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Pucminas, 2006.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro.** 1ª ed. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2006.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate.** 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. **Revista Diálogo Jurídico**. ano I, v. I, n.2, p.1-10, mai. 2001.

SITES VISITADOS

PREFEITURA DE PORTO ALEGRE. Disponível no site http://www1.prefpoa.com.br/op/default.php?p_secao=25. Acesso em: 11 fevereiro/07.

PREFEITURA Do RIO DE JANEIRO. Disponível no Site <Http://www.rio.rj.gov.br/planoestrategico>). Acesso em: 11 fevereiro/07.

JORNAL QUINZENÁRIO DE BELO HORIZONTE. Disponível no site - http://www.quinzenario.com.br/modules.php?name=News&new_topic=7). Acesso em: 11 fevereiro/07.

[1] Essa, aliás, é uma característica comum aos programas de governos dos diversos candidatos ao Executivo, seja no âmbito municipal, estadual ou federal.

[2] Tido, em verdade, como uma benesse passível de ser enjeitada.

[3] Classificação utilizada por (GALLUPO, 2002: 109)

[4] Essa teoria é classificada por Gallupo (2002: 109) como Hermenêutica. Contudo, para que não se confunda a interpretação dessa teoria com aquela desenvolvida pela Filosofia Hermenêutica, prefere-se adotar, aqui, a denominação “Semântica”.

[5] Nas palavras de Pereira, “o meio pelo qual ocorre a compreensão é a linguagem. Tanto o pensamento como a comunicação só são realizados lingüisticamente, eis que ela representa o nosso acesso aos fenômenos, a nossa possibilidade de conhecimento. É a linguagem que nos abre o mundo, é através dela que o vivenciamos e nada existe, para o homem, que a ela seja exterior. (...) além de possibilitar o conhecimento dos fenômenos

que nos cercam – eis que sem linguagem não há comunicação -, a ela pertencemos, como se pertence a um grupo ou país; não a possuímos, nela participamos.” (2001: 50-51)

[6] Acerca das Escolas da Exegese e Histórica do Direito, berços dos clássicos métodos interpretativos (cartesiano-iluministas) vide (CAMARGO: 2003: 65-80).

[7] A compreensão se dá em forma de espiral, e não em círculos como pode inferir a idéia de *círculo hermenêutico*. Acerca do tema, vide (PEREIRA, 2001: 35-36)

[8] Não se descreverá aqui toda a discussão que acarretou o *pragmatic turn*. Essas discussões, entre Hans Georg Gadamer, de um lado, e Karl Otto Apel e Jürgen Habermas, de outro, podem ser aferidas em (PEREIRA, 2001: 54-80 e SOUZA CRUZ, 2007: 75-110). Nesse último, aliás, descrevem-se as divergências de compreensão entre Apel e Habermas, que apesar de aliarem-se no intuito de criticar a Hermenêutica Filosófica, possuem certas divergências de entendimento. Acerca do tema, vide (SOUZA CRUZ, 2007: 110 e ss.).

[9] Tal como, a título de exemplo, a ponderação de valores.

[10] Sob a égide da Constituição da República de 1988 não há mais como aceitar uma atuação da Administração Pública tal como se o paradigma em vigor ainda fosse o de Bem Estar Social. Nesse sentido, seja na formulação, seja na execução de políticas públicas, a Administração Pública há de estar aberta e atenta à participação popular, de forma que, direta ou indiretamente, a autonomia privada participe na construção do interesse público, dando, pois, às políticas públicas a serem implementadas, legitimidade pelo assentimento. Acerca desse assunto, discorrer-se-á mais detidamente no tópico 3.

[11] Dentro das quais estaria inserido o Direito ao Lazer (SILVA, 1999: 141).

[12] Trabalha-se aqui com a idéia de paradigma jurídico, no sentido de um conjunto de visões (contextualizadas) de uma dada sociedade, “*imagens implícitas que se tem da própria sociedade, um conhecimento de fundo, um background, que confere às práticas de fazer (e de aplicar o direito) uma perspectiva, orientando o projeto de realização de uma comunidade jurídica*” (CATTONI, 2002: 54)

[13] Sob o pretexto da busca pela emancipação dos cidadãos, mérito que não teria sido alcançado com a promulgação da Constituição da República de 1988, esses discursos procuram, em verdade, não a alteração da atual situação social brasileira, mas a sua manutenção. Emergem, na maior parte das vezes, de segmentos privilegiadas da sociedade, os quais, possivelmente amedrontados com um provável amadurecimento de uma República Democrática no Brasil, país tão acostumado com os autoritarismos de todos os tipos, buscam a todo preço manter o controle sobre a situação, depreendendo esforços estrategicamente concatenados com a finalidade de disseminar um descrédito em relação à “Constituição-cidadã”. Acerca do assunto, vide (SOUZA CRUZ; BREGUNCI, 2008: 35-55).

[14] A Constituição dirigente, nas palavras de Canotilho, é aquela que carrega, em seu texto, normas de conteúdo programático. A despeito das diversas críticas formuladas ao dirigismo constitucional, o autor, após posicionar-se acerca de cada uma delas, conclui com a seguinte assertiva: *“Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas –linha de caminho de ferro – neutralizadora dos caminhos plurais da implementação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais.”* (2001: XXX)

[15] Segundo José Afonso da Silva, as normas programáticas *“envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social.”*(1999: 125) Para ele, a CR/88, no seu compromisso com as conquistas liberais e na tentativa de promover um plano de evolução política de conteúdo social, acabou por definir normas cujo enunciado assumiu, *“muitas vezes, grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente.”*(1999:137) Essas normas, ditas programáticas, traduzir-se-iam em *“esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários.”*(1999:137) Contudo, a compreensão que prevaleceu foi a de que as normas programáticas possuíam um caráter jurídico; *“elas se localizam, como vimos, entre as de eficácia limitada. Nas edições anteriores desta monografia firmamos a tese da eficácia jurídica das normas programáticas; observamos que elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, e ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados; e, assim, sustentamos, contra a doutrina corrente, seu caráter imperativo e seu caráter vinculativo. Sobretudo, procuramos realçar seu importante papel na ordem jurídica e no regime político do país. Essa doutrina, que aqui reafirmamos, foi certamente um passo avançado na compreensão das disposições constitucionais programáticas.”* (SILVA, 1999:139-140) Também Canotilho defende a juridicidade das normas de conteúdo programático. Em suas palavras, *“o sentido dessas normas não é (...) o assinalado pela doutrina tradicional: ‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘apelos ao legislador’, ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer juridicidade’.*

Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição” (1999: 1102)

[16] Em relação às primeiras isso se verifica pela simples análise de que, ao negarem juridicidade às normas de conteúdo programático, o fazem, única e exclusivamente, em virtude dos aspectos semânticos de seu texto. Em relação às segundas isso é aferido pela constatação de que, tanto o reconhecimento de que elas vinculam o legislador de forma permanente, significando, para estes, uma imposição constitucional, como a alegação de que elas vinculam positivamente os órgãos concretizadores, de forma que estes devem tomá-las em consideração como diretivas materiais permanentes, quanto a sustentação de que representam uma vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, estão fundados numa análise puramente semântica das aludidas normas.

[17] Onde vigia a crença num positivismo legalista.

[18] Que buscava, por meio da materialização das igualdades formais anteriormente garantidas, superar *background* liberal.

[19] É a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, após a promulgação da Lei Fundamental de Bonh (1949), e, portanto, pós-Holocausto, que a confusão entre direitos e valores se inicia. É a fase da tão conhecida “Jurisprudência dos Valores”. Vide (PEREIRA, 2008:83-85; CAMARGO, 2003: 117/127 e HABERMAS, 2003: 314-315).

[20] Acerca do tema, vide (BONAVIDES, 2007: 232-239).

[21] Em verdade, o direito passou a ser interpretado como conjunto de regras e princípios otimizáveis, programas fins a serem realizados na melhor medida do possível. Já o cidadão-proprietário do Estado liberal, por sua vez, passou a ser visto como o cliente de uma Administração Pública garantidora de bens e serviços. (CATTONI, 2002: 59)

[22] Nesse sentido, vide (CATTONI, 2001:187).

[23] Maltratada pelas conseqüências desastrosas decorrentes da Primeira Guerra Mundial, a Alemanha buscou, por intermédio da Constituição de Weimar (1919), criar condições para a materialização da igualdade meramente formal do Estado Liberal. Esse intento, no entanto, será prejudicado pelo alto grau de programaticidade da Constituição de Weimar.

[24] Segundo Pereira (2008: 83), a doutrina da “tábua de valores” e da “ordem de valores” origina-se concretamente em 15 de janeiro de 1958, no julgamento do caso Lüth.

[25] O “princípio” da proporcionalidade, idealizado por Alexy, visou contribuir para a racionalização da Jurisprudência dos Valores. Ele se subdivide, de acordo com a doutrina majoritária, em três subprincípios; o da adequação, o da necessidade e o da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito). Nas palavras de Souza Cruz, *“por adequação, deve-se entender como uma análise de aptidão do meio previsto legislativamente para se alcançar um fim colimado na própria lei. Em outras palavras, os instrumentos previstos devem no caso concreto mostrar-se aptos a alcançar um determinado objetivo. Por necessidade, verifica-se se estes instrumentos excedem ou não os limites indispensáveis para se chegar à concretização dos objetivos da lei. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual o Judiciário examina o custo/benefício dos meios empregados em face aos fins colimados, de forma a comparar o grau/intensidade da restrição a um direito fundamental e, de outro lado, o nível de satisfação na realização de outro direito fundamental que dá lastro à implementação de uma medida restritiva para o primeiro.”* (2007: 208-209). Acerca do tema, ver também (SOUZA CRUZ, 2004: 238-244).

[26] Vide (PEREIRA, 2008: 83-84)

[27] Adere-se, aqui, à crítica de Canotilho: *“a ordem de valores abre caminho para a interpretação dos Direitos Fundamentais desembocar numa instituição espiritual, conducente com uma tirania de valores, estática e decisionista* (1993: 508)

[28] Segundo Álvaro Ricardo, *“em sociedades profanizadas com as atuais(...)os projetos pessoais e as concepções do que seja ‘vida boa’ são as mais distintas em termos de religião, ética, economia, opção sexual etc”* (CRUZ,2007:279), o que torna impossível da definição de um *ethos* jurídico dominante capaz de fornecer quais seriam os valores igualmente dominantes para fins de aplicação do Direito.

[29] É por meio desses discursos que se buscará a validade das normas. Essa validade é aferida pelo assentimento daqueles que por ela são afetados, o que se dá em virtude, exatamente, do fato de eles terem participado, ainda que indiretamente na forma de *inputs*, de sua criação. Acerca do tema, vide (HABERMAS, 2003:157-159) e (CATTONI, 2002: 84).

[30] Por meio do qual o direito é aplicado, e não justificado. Aqui já não existem dúvidas quanto à validade da norma. O que há é uma dúvida quanto a qual das normas colidentes deve ser aplicada ao caso concreto, para a melhor solução do litígio. Na busca pela norma mais adequada ao caso, o aplicador há de se valer do juízo de adequabilidade e não do princípio da proporcionalidade. A diferença é que, no caso do senso de adequabilidade, o aplicador pressupõe que as normas legisladas são válidas, enquanto que, por meio do princípio da proporcionalidade, analisa-lhe a aptidão, necessidade e o custo/benefício entre os meios eleitos e fins alcançados. No primeiro caso, o operador não busca justificar a validade da norma, mas a sua aplicação ao caso concreto, em detrimento de outra norma. Isso é feito por intermédio da análise das especificidades concretas do caso, dos argumentos trazidos aos autos pelas partes e de todas as possibilidades semânticas que derivam não apenas do texto da lei, mas da abertura desse texto às especificidades da situação concreta. Acerca do tema, vide (GÜNTHER, 1993: 235-241), (SOUZA CRUZ, 2004: 224-226), (SOUZA CRUZ, 2006b:188-189)e (CATTONI: 2002: 84-86).

[31] Sem sujeito porque é produto de um agir comunicativo expresso e reproduzido de forma intersubjetiva e auto-refletida em diversos espaços públicos mobilizados culturalmente. Acerca do tema, vide (HABERMAS, 1990: 100-113)

[32] Nesse sentido, confira-se (HABERMAS, 1990: 110-111)

[33] Em apertada síntese, *“a teoria do discurso, que obriga ao processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas do que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e os combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ela reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem no entanto entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito como uma resposta conseqüente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático. A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe dizem respeito. (...) Ela se despede de todas as figuras de pensamento que sugeriram atribuir a práxis e autodeterminação dos cidadãos a um sujeito totalizante, ou que sugeriram referir o domínio anônimo das leis a sujeitos individuais concorrentes entre si(...)Em face disso, a teoria do discurso conta com a intersubjetividade mais avançada presente em processos de entendimento mútuo que se*

cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político. Essas comunicações sem sujeito, internas e externas às corporações políticas e programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais pode ocorrer a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação. A formação de opinião que se dá de maneira informal desemboca em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado pela via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável.”(HABERMAS, 2002: 280-281). O conceito de institucionalização, por sua vez, “refere-se diretamente a um comportamento esperado do ponto de vista normativo, de tal modo que os membros de uma coletividade social sabem qual comportamento eles podem estimular, em que circunstâncias e quando.”(HABERMAS, 2003: 221) Acerca da teoria do discurso, vide, ainda, (HABERMAS, 2003: 158-160).

[34] É importante destacar que a leitura discursiva dos Direitos Fundamentais, processada por HABERMAS, retira dos mesmos, numa fase pré-discursiva, sua dimensão subjetiva clássica. Nesse momento, o sistema de Direitos “(...) *deve conter os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência (...)*”(2003: 158) Nesse sentido, são divididos (1) Direitos à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas, (2) Direitos ligados ao status de membro numa associação voluntária de parceiros, (3) Direitos que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual, (4) Direitos à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, e (5) Direitos “*a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento dos direitos elencados de (1) a (4)*” (HABERMAS, 2003:159-160).

[35] Vide (HABERMAS, 2003:158-159)

[36] No mesmo sentido, ver (GALLUPO, 2003: 236).

[37] Apenas a título de exemplo, confira-se monografia intitulada “*Lazer e promoção da saúde: um estudo com profissionais da área da saúde humana*”, apresentada como critério para conclusão da Disciplina Seminário de Monografia II do Curso de Licenciatura em Educação Física da UFMG, de autoria de Gabriela Baranowski Pinto, orientada por Christianne Luce Gomes. Disponível em http://www.eeffto.ufmg.br/celar/_interface/main/biblioteca/livros/11.pdf. Acesso em 11 de setembro/2008.

[38] Sinteticamente, mundo da vida é o pano de fundo intersubjetivamente compartilhado. Para mais detalhes, confira-se (SOUZA CRUZ, 2006b: 94-96) e (SOUZA CRUZ, 2007: 67-71)

[39] Vide, aqui, (SOUZA CRUZ: 2006b: 188)

[40] Confira-se: “(...) *A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do Direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário. O processo de apresentação vai do concreto ao abstrato sendo que a concreção acontece porque a perspectiva da representação, inicialmente trazida de fora, é internalizada pelo sistema de Direitos, representado.*”(HABERMAS,2003:158)

[41] Esse contraponto, em certa medida, é proposto por Sampaio (2004: 290).

[42] Defende-se, aqui, a possibilidade de as partes contribuírem, no curso do processo, para a formação da sentença. Isso porque, sob o paradigma democrático, a solução do caso concreto não se dá de modo solipsista, por um juiz afastado da realidade do caso e imerso nos limites de sua consciência. Ao contrário, encontra sentido na consideração dos argumentos trazidos ao processo, que contribuem para a formação da resposta correta para aquela situação específica, tendo em vista que auxiliam a busca pela norma mais adequada aos fatos. (CORDEIRO LEAL, 2002)

[43] Não se desenvolverá, aqui, um estudo mais aprofundado sobre o tema. O que se pretende deixar claro é que o Direito ao Lazer é passível de horizontalização.

[44] Nesse sentido, confira-se (HOLMES; SUSTEIN, 1999, *apud* AMARAL, 2001:229-230).

[45] Adere-se, aqui, a idéia de que “*a classificação dos Direitos Fundamentais é meramente acadêmica (...) [sua] cisão (...) - fora da argumentação - é metafísica*”(SOUZA CRUZ, 2007: 187).

[46] E nesse ponto, concorda-se com Carvalho Netto no sentido de que um dos grandes desafios postos na atualidade “*é sabermos que se, por um lado, os direitos fundamentais promovem a inclusão social, por outro e a um só tempo, produzem exclusões fundamentais. A qualquer afirmação de direitos corresponde uma delimitação, ou seja, corresponde ao fechamento do corpo daqueles titulados a esses direitos, à demarcação do campo invisível dos excluídos de tais direitos.*” (2003: 145).

[47] Por mínimo existencial entende-se, com Barcelos, ser “exatamente o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito”, “o núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana.” Aludido conceito deve ser desconectado da lei da colisão e de técnicas de argumentação axiológicas. Deve, portanto, levar em conta uma “conotação de posição equitativa de oportunidades partindo-se da garantia de um conjunto básico de atendimento das necessidades do indivíduo”. (SOUZA CRUZ, 2007: 365)

[48] Essa preocupação é externada por Dallari Bucci: “*este é um ponto a discutir, se as políticas públicas são forma de intervenção do Estado – típica do Estado de bem-estar dos anos 50 e 60, caracterizadas pelo forte intervencionismo estatal, pelo planejamento e pela presença do direito público, para a promoção de “programas normativos finalísticos” – ou se embora “inventadas” sob a égide do dirigismo estatal, o seu esquema conceitual permanece válido para explicar e orientar o processo político-social, numa época que se pretende marcada não mais pela subordinação de indivíduos e organizações ao Estado, mas pela coordenação das ações privadas e estatais sob a orientação do Estado*” (2006: 245).

[49] Nas palavras de Habermas, a despeito dos esforços despendidos tanto do Estado de Socialismo-real, quanto do Welfare State, ambos falharam no intento de implementar formas igualitárias de convivência. Isso porque, ao agirem de modo intervencionista, pautados em uma política meramente assistencialista e politiqueira, em cujo processo de legitimação orienta-se administrativamente, eles abdicaram da busca por políticas públicas que, de fato, atendessem aos anseios da população e se destinassem à emancipação das massas atendidas. E, segundo ela, “*a isso corresponde, no plano pragmático, a resignação – tanto o conformar-se com o escândalo de um destino natural infligido pelo mercado de trabalho quanto a renúncia à democratização da sociedade*” (1990: 106).

[50] Mesmo porque, nas palavras de Hannah Arendt “*a política baseia-se na pluralidade dos homens. (...) [Ela] trata da convivência entre diferentes. (...) O homem é a-político. A política surge no entre-os-homens; portanto totalmente fora dos homens. (...) A política organiza, de antemão, as diversidades absolutas de acordo com uma igualdade relativa e em contrapartida às diferenças relativas*” (2002: 21-24) Em outras

palavras, “só na liberdade de falar um com o outro nasce o mundo sobre o qual se fala, em sua objetividade visível de todos os lados. O viver-num-mundo-real e o falar-sobre-ele-com-os-outros são, no fundo, a mesma e única coisa.(...) Essa liberdade de movimento, seja a liberdade de ir em frente e começar algo novo e inaudito, ou seja a liberdade de se relacionar com muitos conversando e tomar conhecimento de muitas coisas que, em sua totalidade, são o mundo em dado momento, não era nem é, de maneira original o objetivo da política – aquilo que seria alcançável por meios políticos; é muito mais o conteúdo e o sentido original da própria coisa política. Política e liberdade são, portanto, idênticas, e sempre onde não existe a liberdade tampouco existe o espaço político no verdadeiro sentido. (2002: 60)

[51] Essa afirmação não desconsidera o fato de que, atualmente, “a multiplicidade de fontes normativas tende a tornar mais complexa, por isso mesmo mais rica e problemática, a discussão em torno do direito aplicável a cada situação concreta da vida administrativa.” (SUNDFELD, 2001: 7) No entanto, desvela a realidade de que, tanto as políticas públicas (que possibilitam o atuar da Administração Pública), quanto o Direito (que limita os espaços de atuação da Administração), só são legítimos e, sobretudo, democráticos, se criados discursivamente pelos seus afetados.

[52] Os conselhos gestores apresentam muitas novidades na atualidade. Eles são importantes porque são fruto de demandas populares e de pressões da sociedade civil pela redemocratização do país. Os conselhos estão inscritos na Constituição de 1988 na qualidade de instrumentos de expressão, representação e participação da população. As novas estruturas inserem-se, portanto, na esfera pública e, por força de lei, integram-se com os órgãos públicos vinculados ao poder executivo, voltados para políticas públicas específicas; sendo responsáveis pela assessoria e suporte ao funcionamento das áreas onde atuam. Eles são compostos por representantes do poder público e da sociedade civil organizada e integram-se aos órgãos públicos vinculados ao Executivo. (...) o papel dos conselhos incide na discussão sobre as estratégias de gestão pública de uma forma geral e sobre o caráter das próprias políticas públicas em particular. (...) Eles são um instrumento de representação da sociedade civil e política. Por lei, devem ser também um espaço de decisão. Mas, *a priori*, são apenas espaços virtuais. Para que tenham eficácia e efetividade na área em que atuam, e na sociedade de uma forma geral, é necessário desenvolver algumas condições e articulações; é preciso dar peso político a essa representação e conseqüência à luta dos segmentos sociais que acreditaram e lutaram pela democratização dos espaços públicos (GONH, 2000: 178 - 181). Disponível em <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/urbano/gohn.pdf>. Acesso em 16 de Setembro/2008.

[53] Habermas propõe a distinção entre o poder gerado comunicativamente e o poder utilizado administrativamente, os quais, em sua opinião, entrecruzam-se no espaço público a fim de legitimar as políticas públicas adotadas. Segundo ele, o poder legítimo gerado comunicativamente poderia atuar sobre o sistema político, à medida que acolhesse em sua gestão o conjunto de fundamentos a partir do qual as decisões administrativas tivessem de ser racionalizadas. Para ele, nem tudo o que seria factível para o sistema político seria levado adiante, se a comunicação política, ligada

anteriormente a ele, desvalorizasse discursivamente os fundamentos normativos alegados, mediante fundamentos contrários. (1990: 109)

[54] *A soberania dissolvida comunicativamente faz-se valer no poder dos discursos públicos, que nasce de espaços públicos autônomos, mas tem de tomar forma nas decisões de instituições de formação da opinião e da vontade concebidas democraticamente, porque a obrigação de responder pelas decisões requer uma responsabilidade institucional clara. O poder comunicativo é exercido na forma de assédio.*(HABERMAS, 1990: 111)

[55] Um dificultador dessa prática discursiva na criação das políticas públicas, que não pode ser camuflado pelo presente trabalho, é o problema representado abstencionismo. Nas palavras de Pereira o abstencionismo caracteriza-se por “*uma profunda apatia e desinteresse pela política por parte de largos setores da sociedade*” (2008:139). Em suas palavras, “*é razoavelmente difícil traçar o quadro preciso dos motivos que geram o desinteresse crescente pela política, eis que variam conforme referências temáticas, espaciais e temporais, mas a constatação pode ser tomada em seu sentido objetivo, isto é, a abstenção traduz também a incapacidade, segundo distintos graus de intensidade, da configuração atual dos regimes democráticos de estimularem o envolvimento público dos indivíduos, a participação política dos cidadãos.*”(PEREIRA, 2008: 139) Esse problema se desvela na desativação de vários conselhos gestores por falta de participação popular. O desafio, portanto, é institucionalizar os procedimentos que lhe dizem respeito a uma política deliberativa, de forma a viabilizar a participação ativa e efetiva dos cidadãos.

[56] Um bom exemplo é o orçamento participativo. O Orçamento Participativo (OP) “*é um mecanismo governamental de [democracia participativa](#) que permite aos cidadãos influenciar ou decidir sobre os orçamentos públicos, geralmente o orçamento de investimentos de prefeituras municipais, através de processos de participação cidadã. Esses processos costumam contar com assembleias abertas e periódicas e etapas de negociação direta com o governo. Com diferentes metodologias em cada município em que o OP é executado, suas assembleias costumam ser realizadas em sub-regiões municipais, bairros ou distritos, em discussões temáticas e/ou territoriais, elegendo também delegados que representarão um tema ou território nas negociações com o governo. Esses delegados formam um Conselho anual que além de dialogar diretamente com os representantes da prefeitura sobre a viabilidade de executar as obras aprovadas nas assembleias, também irão propor reformas nas regras de funcionamento do programa e definirão as prioridades para os investimentos, de acordo com critérios técnicos de carência de serviço público em cada área do município.*” Disponível no site http://pt.wikipedia.org/wiki/Or%C3%A7amento_Participativo. Acesso em: 12/02/2007. Esse é um bom exemplo de como a opinião formada em conselhos comunitários e populares pode ser levada aos conselhos gestores municipais, propiciando uma escolha dialógica das prioridades populares em termos de políticas públicas. O grande problema é que essa política tem sido estrategicamente utilizada pelos detentores do mandato eletivo, como cabedal de marketing político, seja pela limitação da possibilidade de

escolha, seja pela pré-definição da área em que serão realizadas as obras, ou, ainda, pelo uso desvirtuado/politiqueiro das mesmas. Essa é a mesma opinião de Souza Cruz (2007). No entanto, é inegável que já representam um grande avanço na forma de conceber e gerir políticas públicas.

[57] Confira-se, nesse sentido, o resultado de algumas decisões comunitárias das cidades de Porto Alegre (RS) – 1, Rio de Janeiro (RJ) – 2 e Belo Horizonte (MG) – 3, que, ao mesmo tempo em que demonstram claramente o anseio da população brasileira pelo Direito ao lazer, desvelam opiniões claras acerca de como, onde e porque as políticas públicas municipais, destinadas à implementação desse Direito, devem ser realizadas. Confira-se:

1 - Áreas de Lazer – SMAM · Poderão ser demandados: urbanização total, ou reformas de praças; recuperação de recantos em parques; implantação de equipamentos de lazer; esporte (canchas de bochas, pistas de skate etc) e recreação em parques e praças administrados pela SMAM.

- O atendimento de implantação de equipamentos de esporte (canchas de bochas, pistas de skate etc) e recreação em áreas da SMAM fica condicionado à análise das dimensões da área, sua topografia e da presença de equipamentos ou outro obstáculo físico.
- Não serão atendidas demandas em áreas particulares, estaduais e federais;

Prioridades Temáticas das Regiões

As obras, ações e serviços da Prefeitura Municipal abrangem 13 grandes temas. Estas são as prioridades temáticas do Orçamento Participativo. A população estabelece uma ordem de prioridade para os investimentos anuais de acordo com estes temas e também classifica suas demandas nestas prioridades.

ÁREAS DE LAZER (SMAM):

- a) Urbanização ou reforma de praças e parques nas áreas administradas pela SMAM;
- b) Recantos infantis nas áreas administradas pela SMAM.

ESPORTE E LAZER (SME)

- a) Campos de futebol nas áreas públicas municipais;
- b) Equipamentos esportivos nas áreas públicas municipais;
- c) Equipamentos de lazer nas áreas públicas municipais;
- d) Reforma e Ampliação dos Centros Comunitários. (Disponível no site da Prefeitura de Porto Alegre. http://www1.prefpoa.com.br/op/default.php?p_secao=25). Acesso em: 11/02/2007.

2 – Plano Estratégico II - Resultados - Planos Estratégicos Regionais - Bangu - Orçamento Participativo – OP2004

Conclusão das obras da biblioteca popular de Bangu e criação de bibliotecas (digitais e públicas, com no mínimo 10 mil títulos) na região. Criação de áreas de esporte e lazer nas praças da região (pista de skate, brinquedos, cicloviás, quadras): Praça Abrolhos em Padre Miguel, Praça Charruas em Realengo, entre outras. Utilização da área externa da fábrica de cartuchos do exército para área de lazer na extensão das ruas Oliveira Braga e Gal. Raposo até a Rua Gal. Azeredo. (Disponível no Site [Http://www.rio.rj.gov.br/planoestrategico](http://www.rio.rj.gov.br/planoestrategico)). Acesso em: 11 fevereiro/07.

3 – Lixão vira quadra de esportes com obras do Orçamento Participativo

A comunidade da Vila Leonina, região Oeste de Belo Horizonte ganhou um espaço de esportes e lazer. Onde antes, de acordo com os moradores da região, era um lixão, no último dia 10/11 a Prefeitura de Belo Horizonte e a Regional Oeste inauguraram a Praça do Ensino, obra aprovada no Orçamento Participativo 2003/2004. Com custo total de R\$ 316.847,47, houve a construção de uma área de lazer com playground, área com equipamento para ginástica, uma quadra poliesportiva e uma de vôlei, além da arquibancada. A iluminação da praça, urbanização e via de acesso ao local também foram adequadas para melhor atender os usuários da Praça. (Disponível no site - http://www.quinzenario.com.br/modules.php?name=News&new_topic=7). Acesso em: 11 fevereiro/07.

[58] Não há uma relação de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, nem vice e versa. Ao contrário, nas palavras de Habermas (2003), o interesse público se forma através da atuação da autonomia privada numa esfera pública.