

**DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA:
EM DIREÇÃO A UMA GARANTIA CRIADORA***

*Cristiano Müller***

Resumo: Os direitos humanos e a democracia hoje em dia atuam em órbitas distantes de seus verdadeiros postulados. Por um lado, a lógica neoliberal trata de impulsionar uma mirada meramente retórica da democracia e dos direitos humanos, e que defende as teses do mercado e do processo de globalização econômica. Em contra mão a isso, estão os processos sociais concretos impulsionados por ritmos sociais novos, que buscam concretizar os significados emancipadores dos postulados da democracia e dos direitos humanos. Será a confrontação entre o que está posto pela racionalidade formal e o que propõe as práticas novas, que se criarão as bases para a construção da teoria da garantia criadora, que será desenvolvida neste artigo.

Abstract: The human rights and the democracy, nowadays, act in distant orbits from their true postulates. For one side, the liberal logic impulse a rhetoric look to the democracy and the human rights, which defends the market practices and the globalization process, far away from the promotion of the human dignity. In the other hand, are the social and the concrete process impulse by new social ritmes of collective people that intend to review the emancipating meanings of the postulates of the democracy and the human rights. In these tensions and contradictions between the formal rationality and these new practices that will create the bases of the construction of the creative warranty theory, which will be developed in this article.

Palavras-chave: Direitos Humanos – Democracia – Garantismo Jurídico
Key words: Human Rights – Democracy – Juridic Garantism

Sumário: 1. Uma Visão Contextualizada dos Direitos Humanos e da Democracia - 2. Práxis Política e Práxis dos Direitos Humanos. Uma proposição teórica a partir dos processos sociais concretos. - 3. A Garantia Criadora

1. UMA VISÃO CONTEXTUALIZADA DOS DIREITOS HUMANOS E DA DEMOCRACIA

No seu magnífico texto *Agonías del Capitalismo*¹, Wallerstein² conduz suas teorias

* Artigo escrito com base na tese doutoral defendida pelo Autor perante Universidad Pablo de Olavide de Sevilla: – Espanha que estudou a experiência do Orçamento Participativo de Porto Alegre nos anos de 1989-2004 e com orientação do Professor Doutor Joaquín Herrera Flores.

** Pesquisador do COHRE – Centro pelo Direito à Moradia e contra Despejos. Brasil. cristiano@cohre.org
¹WALLERSTEIN, Emanuel: *Agonías del Capitalismo*. Página WEB <http://www.inisoc.org/waller.htm>, 1994. “Algunos derechos de voto por aquí, un poco de beneficios de estado de bienestar por allí, más otro tanto de unidad de las clases bajo una unidad nacionalista común: a finales del siglo XIX, todo esto daba por resultado una fórmula que apaciguaba a las clases trabajadoras a la vez que mantenía los elementos esenciales del sistema capitalista”.

DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: EM DIREÇÃO A UMA GARANTIA CRIADORA*

nas condições políticas e filosóficas que fizeram possível que no século XIX os conservadores e liberais pusessem em marcha a democracia como regra de convivência política entre as pessoas, mais concretamente o direito ao voto masculino, eleições livres e possibilidade de alternância no poder. A importância da análise de Wallerstein está em que desmitifica a palavra democracia e sua utilização, ao longo da história ocidental, conduzida pelas pessoas que detinham o poder. Assim, o conceito de democracia surgiu, segundo Wallerstein, no seio do pensamento liberal da metade do século XIX por meio do reformismo racional. Isto é, conceder aos que se diziam revolucionários naquele momento, os socialistas, o direito a organização política e o direito ao acesso ao poder por meio do voto.

Entretanto, será o liberalismo clássico quem dirá como se vai passar para este novo momento chamado de reformismo racional. Para os liberais, as mudanças políticas serão indicadas por aquelas pessoas que são mais sábias, os mais qualificados e os mais educados. Desta maneira os liberais conseguiram tirar o povo do intento de chegar ao poder, construindo a figura mítica do novo soberano conectada com o *status* intelectual e de condições quase “sobrenaturais” para representar a sociedade. Ademais de este pensamento fundar o moderno conceito de democracia, com a que se vive até hoje, o pensamento liberal será a chave para levar este reformismo racional para todo o mundo, inclusive segue concretizado no acordo de “Brettonwoods”, de 1945, na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, avançando para todo o mundo. Nesta linha de argumentação, chega-se aos efeitos que o processo de globalização econômica determina na democracia, inclusive a democracia de caráter liberal e concentrada na mão de um grupo de pessoas que governam sem controle social efetivo.

Por isso é muito importante o pensamento de Eduardo Saxe Fernández² quando fala sobre o “globalismo democrático”, com a finalidade de contextualizar o termo democracia nos dias de hoje. Eduardo Saxe Fernández e Christian Brügger Bourgeois apresentam outra dimensão do conceito de democracia, agora contaminada pelo globalismo capitalista. A democracia, segundo eles, é o ponto central de qualquer integração mundial entre os países, seja em suas relações internas ou externas. Por outro lado, o neoliberalismo se utiliza dos pressupostos que constituem a democracia como defesa das liberdades civis e políticas para impor uma mais dura versão do capitalismo, agora sem fronteiras, com a total

²FERNANDES, Eduardo Saxe: *La nueva oligarquía latinoamericana: ideología y democracia*. EUNA, San José, 1999.

³FERNANDES, Eduardo Saxe: *La nueva oligarquía latinoamericana: ideología y democracia*, Cit., p. 314: “la exportación de la democracia a escala planetaria, la imposición de la democracia globalmente, por parte de una coalición hegemónica, al frente de la cual se encuentra Estados Unidos. ... El nuevo tipo de democracia que se instala es oligárquico. Se excluyen amplios sectores sociales de la participación política organizada para dar márgenes de maniobra al bloque hegemónico y a las elites políticas, que emprenden procesos económicos devastadores para esos sectores sociales excluidos, tanto como para la nación misma.”

CRISTIANO MÜLLER

desregulamentação do Estado sem poder de intervenção. “3

Num sistema democrático baseado na total submissão de uma comunidade nacional às regras do globalismo democrático, a partir do mito da representatividade política como única maneira de participação política, quem coordena as políticas públicas do estado perante a sociedade civil é o mercado, representado pelo sistema financeiro internacional, as transnacionais e algumas empresas nacionais. Utiliza-se, pois, o mito do voto e da participação a cada quatro anos para sustentar um projeto de ficção em que supostamente haverá representação política dos interesses da população. Se Wallerstein refere que será o pensamento liberal o defensor da democracia moderna, uma democracia restrita, e que em verdade é mais um discurso que uma prática, a globalização neoliberal colocará em marcha uma democracia ainda mais restrita, que em verdade não permite aos estados conduzir suas próprias políticas, tendo como resultado disso um processo democrático ineficaz e sem razão de existir.

Os direitos humanos têm sobre si a mesma carga mítica da democracia, a carga de se vulgarizar o termo e se perder totalmente o conceito, e o conteúdo, até o ponto de se ir contra ele mesmo. Ademais disso, o tema dos direitos humanos está num plano intocável e intangível para a maioria dos seres humanos. Nos dias atuais, os direitos humanos são vistos como normas, acordos bilaterais e multilaterais de nações, declarações e um sem número de tratados que simplesmente não se colocam em prática, tornando-se assim inatingível para as pessoas. Na maioria das vezes, os direitos humanos são temas de debates em organismos internacionais como as Nações Unidas e as organizações multilaterais de caráter internacional, sendo os únicos momentos em que são pensados.

Assim como a democracia, os direitos humanos sofrem as influências do processo de globalização da vida e da cultura, restringindo ainda mais o acesso das pessoas a dignidade humana⁴. Este acesso já era difícil com a simples imposição dos direitos humanos de cima para baixo, por instituições internacionais, com suas regras de duvidosa eficácia, e passará a ser – por força do processo de globalização – totalmente impossível chegar a quem realmente necessite. Efetivamente, não há como falar em direitos humanos hoje em dia sem falar do processo de globalização⁴.

Este processo é vendido pelos meios de comunicação e pela ideologia liberal como sendo uma imposição econômica irreversível e inevitável do mercado. Ocorre, todavia, que o processo histórico trata de se impor como um grande obstáculo para o trâmite deste produto ideológico liberal quando se refere os verdadeiros motivos e causas econômicas que levaram a esta nova fase do capitalismo mundial. Contra esta visão medieval e

⁴ N.do Autor: dignidade humana é entendida neste estudo como a oportunidade de acesso aos bens da vida, como saúde, educação, emprego, moradia, seguro social e todas as outras garantias sociais.

⁴DULCE, María José Fariñas *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dinkinson, Madrid, 2000, p. 10/11: “Consecuentemente, el proceso de globalización, en contra de lo que aparentemente pudiera parecer, no genera orden, cohesión social, uniformidad, unidad, estabilidad, certidumbre, armonía..., sino que produce contradicciones, riesgo, tensión, complejidad, desorden, contingencia, desintegración, desigualdad... y, por lo tanto, genera perdedores y ganadores.

DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: EM DIREÇÃO A UMA GARANTIA CRIADORA*

transcendental do tema da globalização, vendida por não mais que algumas centenas de empresas multinacionais, representadas por seus altos funcionários – os dirigentes do G7 ou G8 – são necessárias a desmitificação e a contextualização do debate. A notícia da verdadeira armadilha do processo de globalização é uma ferramenta muito importante para que se possa pensá-la desde uma visão crítica dos direitos humanos. Isso porque os direitos humanos são utilizados de modo não verdadeiro para a procura da liberdade e da democracia. Portanto, é necessária uma teoria crítica que contextualize histórica, política, econômica e socialmente os direitos humanos de maneira real, tirando as abstrações próprias da razão liberal, que são as culpáveis pela redução de sua complexidade.

Ainda que esta alternativa seja importante, não é suficiente. O mercado e a agenda de investimentos do capital têm seus próprios métodos de convencimento e de práticas de controle das políticas que venham a ser postas em marcha. São necessários processos e novas práticas de participação, que desde abaixo decidam, proponham políticas e determinem investimentos públicos. Por isso é importante entender, por exemplo, a experiência do Orçamento Participativo de Porto Alegre – OP/Poa. Nesta experiência, a prática de participação direta das pessoas no processo democrático tem sua base na abertura de um espaço público não estatal para a discussão das questões públicas. Neste espaço está a cidadania, responsável pelo andamento do processo de participação, estabelecendo suas prioridades, as quais antes estavam destinada somente ao espaço do privado, do consumo.

Na experiência do OP/Poa, será o Estado e a Sociedade Civil, combinando-se, e não o Mercado, que vão definir os rumos dos investimentos públicos ou das políticas coordenadas para a sociedade, deixando de lado as corporações econômicas e o mercado internacional e suas pautas, os quais na verdade era quem verdadeiramente indicavam para onde iriam os investimentos públicos. A partir do instante em que se trabalha com proposições diretas da sociedade civil organizada por regiões e por temas de interesse, num sistema de assembleias, o que implica dizer que são proposições concretas, reais e vivas, surge a verdadeira dimensão do que se persegue numa democracia, ou seja, a potencialidade da distribuição do poder e da riqueza, condições indispensáveis para a defesa dos direitos humanos e a busca da dignidade humana.

A experiência do OP/Poa permite pensar uma democracia a partir de um processo⁵ garantidor de direitos. O idealismo e abstracionismo do voto de quatro em quatro anos seguem substituídos por: a) participação universal das pessoas que se organizam, durante todos os dias; b) decidir sobre o investimento público da cidade com todos seus recursos; c) garantia de cumprimento das decisões por meio da lei e do processo;

Esta compreensão da democracia como processo (e não-procedimento), está inserida dentro da experiência do OP/Poa e ainda se apresenta como uma efetiva alternativa

⁵COUTINHO, Carlos Nelson: *Contra a corrente: ensaios sobre democracia e socialismo*. Cortez, São Paulo, 2000, p. 37, “A democracia deve ser entendida não como algo que se esgota em determinada configuração institucional, mas como um processo”.

ao globalismo democrático de que nos fala Saxe. Infelizmente, vê-se que o pensamento atual parece estar caminhando ao redor de si mesmo. É necessário discutir o fundamental da democracia, ou seja, potencializar a distribuição da riqueza e do poder; e a partir deste ponto estudar as categorias teóricas que permitem aplicar na prática este conceito que funda a democracia, compreendida esta como ter acesso aos bens, e nisso a experiência do OP/Poa tem muito a contribuir.

A recuperação da prática política está no centro da experiência do OP/Poa, e este será exatamente o caminho pelo qual se colocará em prática o conceito fundamental da democracia (potencializar a distribuição da riqueza e do poder). As categorias teóricas que fazem parte desta prática política estão descritas por Joaquín Herrera Flores⁷ como sendo: a potência ontológica, potência sociológica e potencia ética⁶. No momento em que se abrem assembléias públicas para a sociedade civil organizada de maneira autônoma, com regras construídas de maneira autônoma, em que o poder público abre o orçamento da cidade para discussão, votação e decisão, sem a ingerência do mercado, se pode pensar numa nova compreensão de democracia. Para isso, é importante que se retire desta experiência efetivos ensinamentos e pedagogias que teorizadas levem a uma nova compreensão da democracia, como uma prática libertadora e auto construtora de pessoas e de um novo modo de ver e estar no mundo, não como uma simples eleição, mas como uma condição básica para garantir às pessoas o acesso aos bens.

Neste sentido, Herrera⁹ propõe uma nova conceituação para os direitos humanos com base numa visão crítica: “Los derechos humanos son algo más que dichas ‘declaraciones’ y ‘pactos’. Son el conjunto de procesos (normativos, institucionales y sociales) que abren y consolidan espacios de lucha por la dignidad humana.” Hoje em dia, segundo Herrera, se tem os direitos como algo prévio a construção política e isso pressupõe pensar uma dicotomia absoluta entre idéias e fatos, isto é, que as idéias fariam parte de uma visão transcendente da realidade e que os fatos seriam por sua vez a objetivação concreta, e mais representaria a ontologia da presença, a qual é imutável, porque está fora da capacidade das pessoas atuar na sociedade. Todavia, é necessário apostar numa concepção ampla e não fragmentada da realidade, e numa concepção corporal dos direitos

⁷ FLORES, Joaquín Herrera: De la rueda y el freno: el camino hacia la democracia, en Georg Lukacs y Rosa Luxemburg, em *Crítica Jurídica n. 18, Faculdades Brasil, Curitiba, 2001.*

⁶ CASTORIADIS, Cornelius: *Democracia como procedimiento y régimen*, Internet <http://www.cholonautas.edu.pe/biblioteca>, 1996. Acceso en 20.05.2004: “Para el punto de vista procedimental, los seres humanos (o una parte suficiente de ellos) deberían ser puros entendimientos jurídicos. Pero los individuos efectivos son otra cosa muy distinta. Estamos obligados a tomarles como vienen, forjados ya por la sociedad, con su historia, sus pasiones, sus múltiples pertenencias particulares, tal y como han sido construidos en el proceso histórico social y en la institución dada en la sociedad. Porque seríamos diversos, sería necesario que esta institución, en los aspectos sustanciales y sustantivos, fuese diversa. Incluso si suponemos una democracia caída del cielo, tan completa y tan perfecta como se quiere, esta democracia no podrá durar más que algunos años a menos que produzca individuos que le corresponden y que son, ante todo, capaces de hacerla funcionar y de reproducirla.”

DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: EM DIREÇÃO A UMA GARANTIA CRIADORA*

humanos.

Assim, os direitos humanos são mais que leis e instituições, são também processos que buscam a conquista da dignidade humana. Com isso, se pode chegar mais perto do conteúdo dos direitos humanos, ou seja, os direitos humanos não somente como normas legais de natureza formal, inacessíveis, mas processos concretos que levem a conquista da dignidade humana. A experiência do OP/Poa contribui para esta nova visão dos direitos humanos, desde uma perspectiva crítica em direção a uma nova práxis, porque tem um forte poder de irradiação da participação quando se vêem os efeitos concretos desta prática com relação ao conjunto da cidade, seja por meio da auto reprodução da participação das pessoas (quando do cumprimento pelo poder público das decisões havidas nas assembléias com a fiscalização dos cidadãos), seja na efetiva melhoria das condições de vida das pessoas com a realização de obras e serviços públicos para as comunidades que demandam no OP/Poa, o que revela o potencial distribuidor de renda desta experiência. Processo este que tem como conteúdo a participação e como ferramenta as próprias pessoas organizadas por si mesmas, as quais discutem e aprovam a forma de participação através de um regimento interno, até a destinação dos investimentos na cidade e a destinação do dinheiro público para a sua própria cidade.

É justamente aí que a experiência do OP/Poa se conecta com os direitos humanos. Ela é um processo social no qual os coletivos de pessoas por meio da participação discutem, decidem e garantem o investimento do dinheiro público, satisfazendo suas necessidades. A prática de Porto Alegre ademais de ser um processo de direitos humanos pelo qual se permite as condições de acesso aos bens como saúde, educação, desenvolvimento, moradia e muitos outros mais, recupera e permite ao acesso ao conteúdo dos direitos humanos, que é a dignidade humana.¹⁰

As ações colocadas em marcha pelos movimentos comunitários organizados de Porto Alegre serão o verdadeiro ponto de partida da experiência do orçamento participativo local e terão como efeito a construção de ritmos, tempos, espaços, enfim processos que ao se repetir levam a uma verdadeira práxis democrática e dos direitos humanos que necessitam ser mais bem trabalhados desde os seus pressupostos teóricos.

2. PRÁXIS POLÍTICA E PRÁXIS DOS DIREITOS HUMANOS. UMA PROPOSIÇÃO TEÓRICA A PARTIR DOS PROCESSOS SOCIAIS CONCRETOS.

¹⁰FLORES, Joaquín Herrera: *Los derechos humanos desde la escuela de Budapest*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 67: "La consideración de la dignidad humana y de su triple condición de libertad, vida e igualdad como los valores básicos de la idea de democracia radical propiciarán una superación de la alienación humana cuando comiencen a ser considerados en su necesidad y su complicación absolutas. Es en este sentido como podrá entenderse la dignidad humana como el acercamiento de la 'singularidad' a la 'generosidad', y al individuo como la plasmación concreta del ser social".

O termo práxis vem do grego e significa “ação”, mas não uma ação qualquer, e sim uma ação comprometida com um resultado, o que gerou a distinção ontológica entre a teoria e a prática. A ação prática é aquela que pretende levar a cabo algo, “mas uma ação que tem seu fim em si mesma e que não cria ou produz um objeto alheio ao agente ou a sua atividade”¹¹. Neste mesmo estudo, Vázquez também cita a Aristóteles, o qual retira a expressão máxima do significado de práxis: *teórica y poética*.

A *práxis* é a responsável pela exterioridade, a qual pode ter como fonte o natural ou o social (os dois substantivados), mas seu objetivo estará sempre vinculado a um “olhar social”. Essa visão coletiva, o “olho do mundo”, somente pode contemplar o trabalho da interioridade e a interioridade do trabalho, desde que existente. No âmbito da filosofia latino-americana o termo *práxis* começa a se difundir no final do século XIX com o surgimento da corrente marxista introduzida pelos emigrantes europeus. Assim, desde o princípio a *práxis* na Ibero - América foi elaborada como fundamento para uma particular interpretação da realidade latino-americana, cuja aspiração consistia em profundas transformações dessas sociedades. Nesta situação, a filosofia latino-americana havia encontrado na *práxis* a forma idônea para desenvolver as diversas modalidades de auto-análise, autoconhecimento e de autocompreensão. Por *práxis* entende Ellacuría¹² não um tipo de atividade humana contra outras (por exemplo a teoria, ou como queria Aristóteles a *poiesis*), senão outra coisa mais integral, isto é, como “la totalidad del proceso social em cuanto transformador de la realidad, tanto natural como histórica”. É por este caráter transformador que a *práxis* é o âmbito donde mais claramente se expressa a correlação entre o homem e o mundo, pois nela as relações “não são sempre unidirecionais”, tanto que é preferível falar de “respectividade codeter-minante”.

Como a *práxis* é compreendida como uma ação que está em busca de um resultado - nunca a *práxis* por si mesma, porque o homem se realiza e se reconhece a si mesmo em função de suas obras - é necessário refletir neste estudo sobre qual é o resultado que se busca quando se participa da prática da experiência do Orçamento Participativo de Porto Alegre. Em primeiro lugar, deve-se considerar que esta experiência abre um espaço social ampliado. Por meio de uma nova cidadania (cidadania não somente em nível de consciência), mas agora dirigida a um processo, permite a tomada de decisões, que serão efetivamente cumpridas pelo governo municipal porque serão fiscalizadas pelo próprio processo. Portanto, desde já se pode concluir que a participação é uma das mais importantes conquistas desta prática, já que está inserida num sistema político construído com base na tradição ocidental de democracia.

Neste sentido, o que em verdade se busca com a experiência do OP/Poa é mais participação para uma melhor distribuição dos recursos, uma proposta de distribuição do poder e da riqueza da cidade. Aí, sem dúvida alguma, está o componente ético da *práxis*

¹¹VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez: *Filosofia da Praxis*. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1977, p. 04.

¹²DE FRUTOS, Juan Antonio Senent: *Ellacuría y los Derechos Humanos*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1998.

DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: EM DIREÇÃO A UMA GARANTIA CRIADORA*

que se tem trabalhado anteriormente. A prática de Porto Alegre, ou seja, a participação das pessoas na construção do orçamento municipal, não poderia ser suficiente para contribuir para uma nova política, se junto a uma nova práxis não existisse uma nova ética, com uma nova visão de mundo, seguramente, de modo contrário, se pode falar de uma nova política.

Uma práxis política com componente ético, porque é necessário levar em conta não somente o espaço novo de ação, o procedimento novo de participação, senão também que esta práxis é importante porque tem um fundamento. Sánchez Rubio¹³, analisando a liberação e a riqueza humana, compreende que existe um conflito ético quando as vítimas de um sistema formal não podem viver e são excluídas violenta e discursivamente de dito sistema, e conclui que incrementar melhores condições de vida e maiores níveis de participação discursiva provoca a derrubada da coação legítima da ordem institucional. Pois justamente este conflito ético que está agora em discussão será objeto de enfrentamento na experiência do OP/Poa e se fará a opção de, por meio desta prática, distribuir o poder e a riqueza.¹⁴

No trabalho de Joaquín Herrera¹⁵ sobre as teorias feministas, a respeito de um novo mecanismo ético-político, o autor propõe três exigências que façam possível o reconhecimento e a representação dos grupos oprimidos, que são: 1) a) apoiar a auto organização de grupos com a finalidade de lhes dar poder; b) possibilitar sua expressão; c) lhes outorgar poder de veto sobre políticas que lhes afetem; 2) fazer efetivas as práticas; 3) impulsionar uma nova teoria da justiça. Os autores citados dão a devida sustentação a esta ética que é o objetivo da práxis de participação da experiência do OP/Poa em direção a uma nova política. Apoiar a auto organização de grupos para buscar seu empoderamento, lhes dar poder de decisão e fazer efetivas estas práticas são sem dúvida alguma o mesmo que sustentar mais distribuição do poder e da riqueza como componentes éticos da nova política¹⁶.

A práxis como ação transformadora e comprometida como uma ética identificada com mais participação e mais acesso aos bens são as características desta nova política, são seus efetivos fundamentos internos dos quais não se poderá esquecer na hora de se trabalhar os fundamentos externos desta mesma nova política, ou seja, a práxis democrática

¹³RUBIO, David Sánchez: *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina*. Desclee, Bilbao, 1999.

¹⁴RUBIO, David Sánchez: *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina*, Op. Cit., p. 231: "Por eso no sólo debemos conformarnos en mantener la vida y reivindicar al sujeto, sino que además tenemos que enriquecerla, abrir nuevos caminos de inclusión y participación social. Mas no únicamente desde situaciones de pobreza o exclusión, porque ha habido ejemplos claros en la historia sobre el desarrollo de las capacidades humanas realizado desde situaciones que no pueden considerarse precarias ni realizadas por sujetos considerados víctimas."

¹⁵FLORES, Joaquín Herrera: *Feminismo y Materialismo: Hacia la Construcción de un "Espacio Social Ampliado"*, Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos(2001-2002), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

¹⁶TOURAINÉ, Alain: *O que é democracia?* Vozes, Petrópolis, 1996, p. 173: "E, aquém do conhecimento do outro, coloca-se sempre a busca de si mesmo porque o indivíduo não é um sujeito por decisão divina, mas pelo esforço para se libertar das imposições e regras e organizar sua experiência."

identificada com um espaço social ampliado, uma nova cidadania agora com base em processos e decisões com efetividade.

Antonio Negri¹⁷ apresenta as condições para a conexão entre o que aqui se considera como os fundamentos externos da nova política e seus fundamentos internos, com seus conceitos de “multitud”, potência e poder constituinte. Para Negri “multitud” é a massa, o povo. Potência é o contra poder, como força que produz capacidades, e o poder constituinte é a subjetividade coletiva que tem como característica o poder de criação onde não se vê limite e medidas que não seja a efetividade, que está alheia ao mecanismo do direito constitucional e trabalha com o procedimento e processo. Para Negri então, política é potência ontológica de uma “multitud” por meio de uma nova racionalidade.

De fato, a práxis e a ética podem ser construções que operam num determinado lugar, exteriorizadas por uma práxis democrática, como, por exemplo, a experiência do OP/Poa. No entanto, o poder constituinte será o fio condutor de estes momentos em direção a nova política. O poder constituinte visto aqui como capacidade de inventividade, de crítica e questionamento constante em direção a radicalidade democrática. O poder constituinte como superação da política tradicional do clientelismo e da passividade do cidadão frente às decisões que lhe afetam diretamente seu futuro. Como Negri sustenta, poder constituinte como a volta ao real, à capacidade de organizar uma estrutura dinâmica por meio de compromissos, ordenações e equilíbrios de forças diversas, recuperando a adequação do material político com relação ao social e ao seu movimento indefinido.

Entretanto, a potência como esforço não chegará ao poder constituinte se analisada de modo isolado ao indivíduo como seu direito natural. Somente na multidão é que a potência terá a verdadeira condição de se manifestar como poder constituinte, ou seja, de modo coletivo. Segundo Chauí¹⁸, será com a associação/cooperação das potências individuais que será possível assegurar a conservação do ser e o poder constituinte. Portanto, a experiência do OP/Poa permite pensar numa nova política que conta com dois fundamentos importantes, os fundamentos externos que são a práxis democrática e que tem como condição de aplicabilidade: o espaço social ampliado, a nova cidadania como processos e decisões com efetividade. Por outro lado, estão os fundamentos internos que são a práxis como ação transformadora do ser com base em sua própria experiência, construindo obras que têm como resultado seu reconhecimento como sujeito e inserção em seu entorno. É a conexão destes dois fundamentos formadores da nova política ocorrendo pela potência e pela “multitud”.

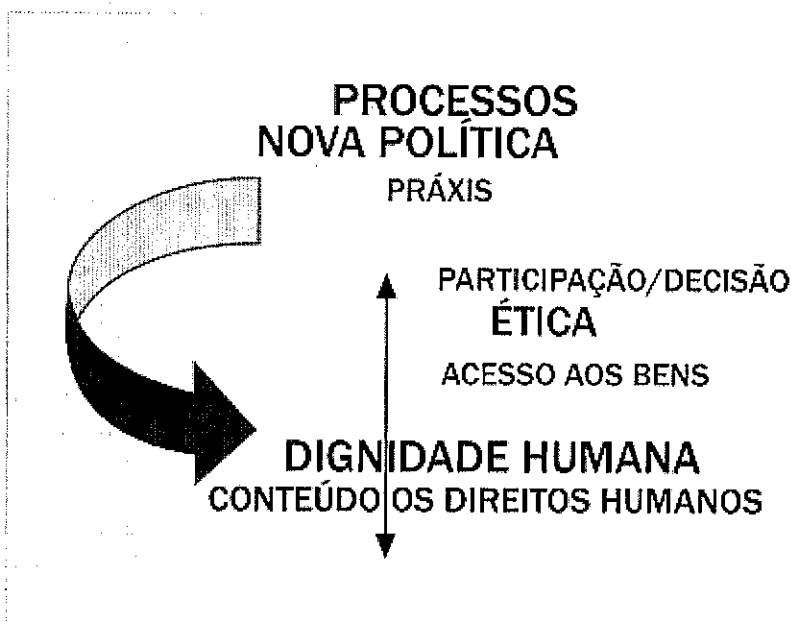
Toda esta construção teórica desde o estudo de uma prática revela um processo de superação dos direitos fundamentais, do direito posto e tem como único objetivo a conquista da dignidade humana, isto é, os direitos humanos como processos legais,

¹⁷NEGRI, Antonio: *O Poder Constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade*. DP&A, Rio de Janeiro, 2002.

¹⁸ CHAUI, Marilena: *Política em Espinosa*. Companhia das Letras, São Paulo, 2003.

**DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA:
EM DIREÇÃO A UMA GARANTIA CRIADORA***

institucionais e sociais que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Mas tudo isso ocorre desde uma práxis, uma práxis dos direitos humanos, desta feita, contaminados por uma nova política em busca da dignidade humana, como se vê representado no esquema abaixo:



Aí está no esquema acima, o que se entende como práxis dos direitos humanos. Os direitos humanos vistos como práxis são mais que leis, tratados internacionais, acordos multilaterais, são mais que os organismos internacionais de regulamentação e de ajuda humanitária, são mais que as teorias jusnaturalistas e da razão liberal, são mais que as normas programáticas dos direitos fundamentais.

Não obstante, a nova política é um dos elementos da práxis dos direitos humanos. A nova política representada pela experiência do OP/Poa revoluciona a política atual quando rompe com as lógicas míticas de práticas de poder como, por exemplo, o clientelismo¹⁹ e a corrupção como método e não como desvio de conduta. Abre um novo modo de práxis política centrada na participação, na concessão de poder a comunidade para decidir sobre seu futuro²⁰.

¹⁹RUSHEINSKY, Aloisio: *Metamorfoses da Cidadania, Sujeitos Sociais, Cultura Política e Institucionalidade*, Unisinos, 1999, São Leopoldo op.cit., p. 250.

²⁰DUSSEL, Enrique: *Hacia una Filosofía Política Crítica*, Desclée de Brouwer. Bilbao, 2001.

3. A GARANTIA CRIADORA

3.1. AS TEORIAS DO GARANTISMO JURÍDICO E DO PLURALISMO JURÍDICO NO CONTEXTO DA PRÁXIS

Luigi Ferrajoli²⁵, quando trabalha com a teoria do garantismo jurídico, pretende uma nova forma de pensar a validade e a efetividade da norma jurídica. Este grande jurista italiano parte de três acepções sobre o garantismo jurídico. A primeira considera o garantismo como um sistema normativo de direito fundado na garantia dos direitos dos cidadãos, um sistema de direito que atenda aos princípios constitucionais. A segunda considera o garantismo como uma teoria jurídica sobre a validade e a efetividade, propondo uma tensão crítica entre o direito normativo ou posto e o direito efetivo. A terceira acepção que é a filosófica, trata da separação do ser e do dever ser, isto é, a filosofia política impõe ao direito e ao estado a carga de justificação externa de acordo aos bens e interesses cuja tutela e garantia constitui a finalidade de ambos. Relembrando ainda que a teoria garantista apresenta-se como defensora das garantias constitucionais dos cidadãos sobre o restante das leis. Em termos filosóficos, como a necessidade do direito de justificar a aplicação da lei de acordo com os bens e interesses tutelados pelo estado e pelo mesmo direito.

Pois Ferrajoli avança ainda mais quando fala que esta divergência entre a normatividade e a realidade ocasiona um “direito inválido lacunoso”, interstícios legais estes que são utilizados pelo garantismo para que seja possível sua aplicação. Segundo Ferrajoli²⁶ existe uma distância entre normatividade e efetividade. Se por um lado a teoria garantista inova quando chama a atenção para a lacuna existente entre a legalidade e a legitimidade, o que é uma inovação no direito, sua proposição de respeito à garantia como saída para esta lacuna, não consegue preencher o vazio legal, e, desde esta mesma teoria, se pode retirar a resposta para este importantíssimo fato²⁷. Enjaular a teoria do garantismo no mundo jurídico significa também negar o pluralismo jurídico existente na vida, o que é um erro. Já, por outro lado, o pluralismo jurídico parte de pressupostos trazidos desde a vida comum, fatos e fenômenos verificados desde a análise da realidade, dos procedimentos informais criados inventados pelas pessoas e coletivos de pessoas e que de alguma forma têm efeitos no jurídico, no mundo das relações sociais. Todavia, o garantismo jurídico, uma vez que se propõe estar dentro do jurídico, de alguma forma impede que estas

²⁵FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón*. Trotta. Madrid, 1990.

²⁶FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1990, p. 25: “Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.”

²⁷FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón*, Op. Cit., p. 853: “Esta perspectiva crítica no es externa, política o metajurídica, sino interna, científica y jurídica, en el sentido de que asume como universo del discurso jurídico la totalidad del derecho positivo vigente, evidenciando antinomias en vez de ocultarlas y deslegitimando así, desde el punto de vista del derecho, válido, los perfiles antiliberales y los momentos de arbitrio del derecho efectivo.”

DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: EM DIREÇÃO A UMA GARANTIA CRIADORA*

manifestações da vida façam parte de seus postulados.

É necessário que o garantismo jurídico reconheça a existência de uma normatividade informal, de uma normatividade feita fora do jurídico, mas com efeitos na esfera deste mesmo jurídico. Reconheça a existência de outros espaços de poder, de outros espaços de decisão que tenham o poder de fazer diferente a vida das pessoas e que de alguma maneira influenciam na lei. Assim que, a própria teoria garantista que se utiliza de uma inteligente teoria, que é a lacuna legal existente entre o mundo da legalidade e o da legitimidade, faz nascer outra lacuna, que é enjaular a teoria no mundo jurídico. Por aí é que entra o direito posto, o direito com suas regras e pressupostos. Dentro destes pressupostos, os que tratam das reservas legais: a reserva do possível e a reserva legislativa, que são como verdadeiros carrascos das garantias, porque as matam totalmente, impedindo que avancem.

Evidentemente que se sabe da importância de um estado democrático de direito com todo seu ordenamento jurídico, com todo seu sistema legal de defesas das garantias e dos pressupostos do exercício da cidadania. No entanto, o tempo tem mostrado que o jurídico não tem todas as respostas e que, a evolução e o movimento da vida têm outro tempo e outros espaços. Pois este tempo e espaços da vida devem ser analisados pelo direito.

No justo momento em que Ferrajoli desinstitucionaliza a legalidade por meio das garantias, volta a institucionalizá-las. Com isso, o direito passa a ditar o que é e o que não é real na teoria do garantismo. Para os direitos fundamentais sociais isto é um problema quase insuperável que somente o pluralismo jurídico poderá dar uma resposta satisfatória, desde uma *garantia criadora*. Estes problemas dizem respeito à “*não efetividade*” das garantias, a pesar da teoria garantista propor o contrário.

Pois, desde a experiência do OP/Poa, se propõe um processo constante de reinvenção do jurídico, um processo constante de co-gestão entre o público e o privado que não termina na institucionalização legal, senão que novamente começa quando da institucionalização legal. Isto porque o processo não está acabado e encerrado quando existe o reconhecimento da prática pelo direito (aprovação da Lei de Diretrizes Orçamentárias), porque o processo continua com o trabalho das Comissões do Conselho do Orçamento Participativo, até que a obra e o serviço estejam efetivamente feito. Pensar-se em um processo rico em participação e deliberação efetiva e numa metodologia que ao final seria institucionalizada, se estaria andando em círculos, ou seja, partir de uma garantia social legal não efetiva – atuar num processo social, autônomo e em co-gestão que busca a efetividade da garantia – para ao fim voltar a institucionalizar e novamente esperar a efetividade da garantia.

Não. O que se propõe na experiência do orçamento participativo de Porto Alegre é um processo constante e contínuo que terminará somente com a garantia efetiva. Em outras palavras, com a obra e o serviço feito. Recordar que a construção de um orçamento ocorre todos os anos e que os agentes políticos e técnicos estarão nas assembleias todos os anos e tem que prestar contas às pessoas sobre os investimentos não cumpridos. Aí é

que está a constância do processo, constância que busca a efetividade. Isto faz voltar à discussão da importância dos processos sociais para a busca das garantias. Como se vê, a construção teórica que permite compreender a força dos processos passa pelas teorias de Joaquín Herrera Flores y Helio Gallardo²⁸, as quais falam de direitos humanos como processos sociais, econômicos, normativos, políticos e culturais que abrem e consolidam – desde o reconhecimento, a transferência de poder e a mediação jurídica, espaços de luta pela dignidade humana e sobre práticas de transferências de poder, respectivamente. “*El fundamento de derechos humanos que no se limiten a una declaratoria de buenas intenciones o a un deber ético, es decir, que puedan alcanzar efectividad jurídica, social e individual está constituido por transferencias de poder entre los diversos grupos sociales, las instituciones en las que se articulan y las lógicas que animan estas relaciones.*”²⁹

Os dois conceitos, o de Herrera e Gallardo propõem um algo mais que a normatividade do direito ou então sua institucionalização. Esta riqueza é que falta a teoria garantista, que está somente vinculada ao jurídico e se esquece de todo pluralismo que existe no mundo do direito, isto é, a normatividade informal. De fato, o jurídico, como se vê na falta de efetividade das garantias, não tem todas as respostas e soluções, e por isso é necessário algo mais, como por exemplo, os processos sociais. É necessário como afirma Dussel um novo sistema de direito³⁰.

O garantismo necessita a toda evidência de processos que garantam os preceitos constitucionais e que busquem sua efetividade, ou seja, a concretização dos direitos. Por tanto, a partir das críticas feitas neste ponto da teoria do garantismo jurídico quanto a sua abreviação, se pode chegar a um conceito que se denomina de “*racionalidade democrática de garantia*”. Este conceito não é o mesmo que o de democracia substancial de Ferrajoli, mas utiliza elementos da democracia defendida por Dworkin³¹ e também elementos da experiência do OP/Poa. A “*racionalidade democrática de garantia*”, então, será motivação da democracia desde a garantia criadora, a qual, de modo provisório, pode ser concebida como sendo “*garantismo vivo e que busca a efetividade das garantias sociais*”. Esta racionalidade é diferente da democracia de Ferrajoli porque não está fundada na garantia do sistema de direito somente, mas no pluralismo jurídico e em processos concretos. O papel do pluralismo jurídico será o de conceber o plural no direito, reconhecer a normatividade informal da nova construção do ato administrativo orçamentário e reinventar

²⁸GALLARDO, Helio: *Política y Transformación Social: discusión sobre derechos humanos*, Tierra Nueva. Ecuador, 2000, Op. Cit., p. 15.

²⁹FLORES, Joaquín Herrera: *Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres precisiones Conceptuales*. In: *Direitos Humanos e Globalização – Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

³⁰DUSSEL, Enrique: *Hacia una Filosofía Política Crítica*. Desclee de Boruwer, Bilbao, 2001.

³¹FREIRE, Antonio Manuel Pena: *Constitucionalismo Garantista y Democracia*. In: RÚBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquín Herrera y CARVALHO, Salo de: *Direitos Humanos e Globalização – Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004

DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: EM DIREÇÃO A UMA GARANTIA CRIADORA*

a garantia, buscando sua efetividade. De outra parte, a função dos processos está em ser o caminho pelos quais os novos atores da experiência do OP/Poa vão transitar até conquistar a garantia. É possível dizer que o processo será a garantia da garantia, sem cometer erros, e justamente aí, nestes conceitos, estão às diferenças com o garantismo jurídico porque propõe que não seja o mesmo sistema jurídico que garanta as leis, senão que proponha uma racionalidade democrática de garantia o garanta, que nada mais é que processos garantindo o direito.

Não obstante, um dos requisitos teóricos que advém da prática do OP/Poa é a co-gestão, isto é, a construção conjunta entre sociedade civil e estado da matriz orçamentária da cidade, a qual representa um ato administrativo. Será Antonio Carlos Wolkmer³² quem apresentará, através do pluralismo jurídico, os pressupostos teóricos necessários para que se estabeleçam as inovações que a experiência do OP/Poa processa nesta nova construção da proposta orçamentária. Segundo Wolkmer, a legalidade e a legitimidade no direito tem sido objeto de confusão teórica ao longo do tempo. Para Wolkmer a legalidade é informada pelo direito posto, vigente e positivo. São as leis, formal e tecnicamente impostas e obedecidas por meio de instituições.³³

Wolkmer estabelece uma dimensão para a legitimidade no direito, isto é, parte do fundamento, do conteúdo, do material que está na realidade e na vida para se chegar na norma jurídica. O importante na legitimidade serão os valores, a organização, a luta, o justo, o ideal que se persegue. Neste sentido, a legitimidade aparece como um complemento fundamental da legalidade que influenciará definitivamente na efetividade da norma jurídica, porque é impossível conceber que a legalidade não opere no justo, que o conteúdo da norma não possa ser cumprido. Isso acontece pelo distanciamento da legalidade com a legitimidade, ou seja, a norma jurídica que não tem fundamento na realidade da vida já nasce morta, nasce para ficar nos códigos e livros, para ser ineficaz.

Portanto, a “normatividade informal” de que fala Wolkmer³⁴ representada pela

³²WOLKMER, Antonio Carlos: *Pressupostos de Legitimação para se pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito*. In MERLE, Jeano-Christophe y MOREIRA, Luiz – orgs. *Direito e Legitimidade*. Landy, São Paulo, 2003

³³WOLKMER, Antonio Carlos: *Pressupostos de Legitimação para se pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito*. Op. Cit., p. 417: “a esfera da consensualidade das ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores, e dos princípios ideológicos. Acima de tudo, a concretização da legitimidade supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com o justo, advogadas pela coletividade.”

³⁴WOLKMER, Antonio Carlos: *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. Alfa-Omega, São Paulo, 1997, p. 223: “A pluralidade expressa a coexistência de normatividades diferenciadas que define ou não relações entre si”. O pluralismo pode ter como metas práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, podendo ou não ser reconhecidas, incorporadas ou controladas pelo Estado. Certamente que o pluralismo jurídico tem o mérito de revelar a rica produção legal informal engendrada pelas condições materiais, lutas sociais e contradições pluriclassistas. Isto explica porque no capitalismo periférico latino-americano, o pluralismo jurídico passa “pela definição das relações entre poder centralizador de regulamentação do Estado e pelo esforço desafiador de auto-regulação dos movimentos sociais e múltiplas entidades voluntárias excluídas.”

experiência do OP/Poa vai ser agregar a normatividade formal na construção do ato administrativo, fazendo possível a construção conjunta da matriz orçamentária de Porto Alegre. Por outro lado, existe outro dado de imprescindível consideração. O distanciamento existente entre a legalidade e a legitimidade da norma jurídica não é suficiente para se fundamentar as inovações que a experiência do OP/Poa proporciona no mundo do jurídico. Tem que haver um caminho pelo qual a prática de Porto Alegre conseguiu romper com a lógica eminentemente legal e impor sua normatividade informal na construção do ato administrativo orçamentário. A resposta para isso está com Eduardo Novoa Monreal³⁵ na sua teoria dos interstícios legais. Por interstícios se podem dizer também lacunas legais, isto é, aberturas existentes na lei que determinam e possibilitam a aplicação de outros direitos e normas de acordo com os interesses em jogo. Neste sentido, quando os movimentos comunitários de Porto Alegre pressionavam o governo municipal, no ano de 1985, para que fora possível a participação das pessoas na construção do orçamento público, estavam se utilizando destes interstícios legais para denunciar o distanciamento da legalidade frente à realidade da vida. De modo mais simples, estes movimentos dizem: “este orçamento público que não atende às prioridades e necessidades das comunidades deveriam passar a ser construído pelas próprias pessoas que vivem na cidade e não de modo artificial e abstrato como ocorre com o ato administrativo orçamentário formal”.

Desse modo, a experiência do OP/Poa começa a fazer parte da normatividade legal porque se utiliza deste interstício legal existente na lei orçamentária, tornando legítimo o que é legal. Além disso, aproveitando-se desta lacuna, a prática de Porto Alegre torna uma lei orçamentária que não tem poder vinculante, numa lei de cumprimento obrigatório. Assim, em termos de princípios jurídicos, a construção do orçamento público municipal formal que tem como princípios o princípio da anualidade, o princípio da universalidade, o princípio da unidade, o princípio da especificidade, o princípio da legalidade do gasto, o princípio da clareza e o princípio da publicidade, passa a contar a partir da experiência do OP/Poa com o princípio do processo, o princípio da participação, o princípio da efetividade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da racionalidade e o princípio do Não Retrocesso Social.

3.2. A TEORIA DA GARANTIA CRIADORA

A experiência do OP/Poa representa uma nova construção do ato administrativo orçamentário, ou seja, uma nova formatação da matriz orçamentária da cidade de Porto Alegre. A *garantia criadora* nasce a partir do estudo de uma prática, uma práxis – a experiência do OP/Poa. A formação deste conceito é aberto, porque tem este potencial

³⁵MONREAL, Eduardo Novoa: *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988.

DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: EM DIREÇÃO A UMA GARANTIA CRIADORA*

criador, de invenção e de criatividade, estando sempre em constante evolução. A teoria garantista encarregou-se conceituar o que é o garantismo jurídico e quais são os seus pressupostos teóricos. O que cabe agora é trabalhar com a garantia criadora como modo de avançar na teoria garantista e estabelecer quais são os marcos conceituais que a informam. Provisoriamente – antes de estudar estes marcos – se poderia dizer que a *garantia criadora é um garantismo vivo e que busca a efetividade das garantias sociais*.

A *garantia criadora* gira ao redor de dois elementos conceituais: os elementos de formação e os elementos de condução. Os elementos de formação são os conceitos que tem como finalidade dar o fundamento originário da garantia criadora. São imutáveis e estão sedimentados na premissa básica vista acima: “*a garantia criadora é um garantismo vivo e que busca a efetividade das garantias sociais*”. Estes elementos são: a práxis e a ética, a partir da nova política; o processo e o pluralismo jurídico, a partir da práxis dos direitos humanos e a validade com efetividade do direito desde a crítica à teoria do garantismo jurídico. Los elementos de conducción son: la praxis democrática (espacio social ampliado, participación con procesos y decisiones con efectividad), desde la nueva política; la dignidad humana, desde la praxis de los derechos humanos y la racionalidad democrática de garantía, desde la crítica de la teoría del garantismo jurídico.

Avançando nos elementos formadores estão a *práxis* e a *ética*. A *garantia criadora* necessita de uma *ética*. Uma nova ética que seja fundada numa práxis, numa ação em direção a um resultado, uma ação transformadora e de auto-construção do sujeito que é impulsionada pelo “*conatus*”, a partir das lições de Spinoza, Chauí³⁸ y Negri³⁹, de que é a vontade que move a ação, vai lutar por seu pressuposto mais caro que é a distribuição do poder e da riqueza. Ética e práxis neste caso andam de mãos porque a práxis será o caminho pelo qual transitará a ética e onde esta mesma ética se alimentará, enquanto caminha.

O compromisso ético da *garantia criadora* está em que suas decisões sejam cumpridas pelo poder público, ou seja, que a ação seja dirigida a uma prática de deliberar e decidir. Para isso, a garantia criadora não espera que sejam cumpridas, senão que se utiliza de mecanismos e instrumentos que desde a prática consigam fazer cumprir suas decisões. Caso típico disso é a Comissão de Obras do Conselho do OP/Poa que tem como função a fiscalização do cumprimento do Plano de Investimentos da Cidade.

A *garantia criadora* depende de *processos*, processos sociais, para que se aperfeiçoe, para que se concretize na realidade da vida. Processo aqui é concebido como na visão de Joaquín Herrera Flores⁴⁰ y Helio Gallardo⁴¹ quando trabalham com seus

³⁸CHAUÍ, Marilena: *Política em Espinosa*. Companhia das Letras, São Paulo, 2003.

³⁹NEGRI, Antonio: *O Poder Constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade*. DP&A, Rio de Janeiro, 2002.

⁴⁰FLORES, Joaquín Herrera: *El Vuelo de Anteo: La Crítica a la Razón Liberal*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000.

⁴¹GALLARDO, Helio: *Política y Transformación Social: discusión sobre derechos humanos*, Tierra Nueva, Ecuador, 2000.

conceitos sobre direitos humanos. Somente com processos e com práticas de transferência de poder é que será possível conceber a *garantia criadora*. É imprescindível que existam processos autônomos e em co-gestão com o Estado para que estas garantias sejam acessadas. Pois a *garantia criadora* representada pela experiência do OP/Poa propõe uma estrutura de ação, instâncias de decisões próprias para responder por suas necessidades e demandas, ademais de atores próprios, ritmos e espaços próprios. Propõe uma dinâmica e metodologia própria de participação, de articulação política no seio da prática de Porto Alegre, a qual é discutida todos os anos e alterada todos os anos pela aprovação nas assembléias do Regimento Interno do OP/Poa. Tudo isso configura um processo, uma dinâmica que garante a participação e a continuidade da prática.

Estes processos sociais inauguram o outro elemento formador da garantia criadora, que é o pluralismo jurídico como se viram nos estudos de Wolkmer⁴², Souza Santos⁴³ e Young⁴⁴. O pluralismo jurídico é a normatividade informal representada pelas construções jurídico-informais da experiência do PO/Poa representados pelo seu Regimento Interno e pelo Plano de Investimentos que serão a base da matriz orçamentária (ato administrativo orçamentário) da cidade de Porto Alegre. O pluralismo jurídico não estará somente no princípio da nova construção do ato administrativo, ou seja, nas assembléias, nas estruturas de participação do OP/Poa, estará também no final do processo, isto é, depois da conversão da matriz orçamentária em lei porque a experiência do OP/Poa se preocupa com a efetividade da lei.

O último elemento formador da *garantia criadora* é a *validez jurídica* a partir da crítica ao garantismo jurídico e dos efeitos da nova construção do ato administrativo orçamentário. A validade jurídica está relacionada com a efetividade buscada pela experiência do OP/Poa na nova construção do orçamento público da cidade. A teoria garantista ensina que a validade da norma jurídica está relacionada com sua efetividade. Todavia, o garantismo jurídico propõe que se busque a efetividade da norma jurídica dentro do mesmo sistema jurídico que a tornou ineficaz e ineficaz. A *garantia criadora* vai mostrar justamente que o garantismo como está posto não é suficiente para garantir direitos. É necessário o pluralismo jurídico que a partir da normatividade informal vai tornar efetivo a norma jurídica e mudar seu sistema de validade.

Ademais de um processo, de uma práxis com ética, do pluralismo e da validade jurídica, o conceito da *garantia criadora* possui os elementos de condução. Estes elementos não são imutáveis e estarão em movimento enquanto a vida esteja em movimento. De fato não se poderia construir um conceito que se autodenomina de criador e ao mesmo tempo encerrá-lo em um conjunto de requisitos e pressupostos, isto é estes elementos

⁴² WOLKMER, Antonio Carlos: *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*, Ed. Alfa-Omega, São Paulo, 1997.

⁴³ SANTOS, Boaventura Souza: *Pela Mão de Alice. O Social e o político na pós-modernidade*, Cortez Editora, 2000, p. 263/264.

⁴⁴ YOUNG, Iris Marion: *La Justicia y la Política de la Diferencia*, Cátedra, Madrid, 2000.

DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: EM DIREÇÃO A UMA GARANTIA CRIADORA*

condutores são elementos que dão vida e movimento ao conceito, estão sempre abertos aos avanços e as reflexões a partir da realidade. Como se verá, são conceitos de caráter mais procedimental e, por isso, passíveis de alterações. Serão os elementos que levam a garantia. Assim que, especificamente no caso de Porto Alegre, os elementos condutores da *garantia criadora* são o espaço social ampliado, a participação como processos e as decisões com efetividade, a partir da nova política; a dignidade humana a partir da práxis dos direitos humanos e a racionalidade democrática de garantia a partir da crítica da teoria do garantismo jurídico.

O espaço social ampliado é um elemento condutor da garantia criadora que nasce a partir da crítica de Milton Santos⁴⁵ sobre a falta de espaços políticos de discussão na sociedade atual e da apropriação dos espaços existentes pelo mercado, que impõe seus métodos e racionalidade com o respaldo de um processo de globalização econômica que tem suas próprias regras e espaços de ação, nos quais não estão previstos nenhum tipo de participação cidadã. Milton Santos avança ainda mais quando se refere que estes espaços que existem são fragmentados, e com Joaquín Herrera Flores que estes espaços são virtuais e destinados ao consumo e não à participação política. Com Nancy Fraser⁴⁶ o tema dos espaços ganha uma dimensão mais teórica porque a autora contesta a Jürgen Habermas com sua teoria da ação comunicativa que prevê que as pessoas deixem de lado suas desigualdades para participar. Nancy Fraser contesta esta posição de Habermas e propõe a inexistência de separação da sociedade civil e do estado. Por fim, será Joaquín Herrera quem vai cunhar o conceito de espaço social ampliado com seus princípios de moralização, racionalização, integração e subjetividade, como espaços de alternativas ao processo de globalização, como refere também François Houtart⁴⁷.

A partir da nova política existe outro elemento de condução da *garantia criadora*, que é a *participação com processos*. Este elemento condutor começa com o estudo de Konder Comparato⁴⁸ e Arblaster⁴⁹ sobre o tema da participação desde a Grécia antiga e passam pelas necessárias teorias de Marshall⁵⁰ sobre as conquistas da cidadania, com seus direitos civis, políticos y sociais. Mais, Ana Rubio⁵¹ segue adiante, com a crítica da cidadania tradicional e propõe uma igualdade complexa, desde as diferenças, no que complementa Young com sua crítica a “lógica da identidade”, que nega a diferença,

⁴⁵SANTOS, Milton: *Por uma outra Globalização*. Record, Rio de Janeiro, 2000.

⁴⁶FRASER, Nancy: *Repensando la esfera pública: Una contribución a la crítica de la democracia actualmente existente, desde la obra del original en inglés Habermas and the Public Sphere*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts and Lonon, Englad, 1992.

⁴⁷HOUTART, François: *El estado actual de la globalización*. Texto de la intervención del autor en la reunión del Consejo Internacional del Foro Social Mundial. São Paulo, 2001, p. 01.

⁴⁸COMPARATO, Fabio Konder: *A Nova Cidadania*. Revista Lua Nova n 28/29. Marco Zero, São Paulo, 1993.

⁴⁹ARBLASTER, Antony: *Democracia*. Movimiento Cultural Cristiano. Madrid, 2000.

⁵⁰MARSHALL, Tomas H.: *Cidadania, Classe Social e Status*. Zahar, Rio de Janeiro, 1967.

⁵¹CASTRO, Ana Rubio: *Feminismo y Ciudadanía*. Instituto Andaluz de la Mujer. Sevilla, 1997.

CRISTIANO MÜLLER

reduzindo-a a uma unidade. Fariñas Dulce⁵¹ também segue nesta mesma trilha e fala de uma cidadania diferenciada desde o reconhecimento e aceitação de todos os grupos sociais. Ruschensky⁵² e Boaventura de Souza Santos entram no debate da cidadania, e propõem que os movimentos sociais com seu perfil de grupos sociais que lutam por demandas específicas em nível da reivindicação e da conscientização, sendo que no caso do OP/Poa se trabalha com os movimentos comunitários, os quais foram os responsáveis pela colocação em prática do OP/Poa, desde uma cidadania como práxis que garante demandas e que, de acordo com Pedro Demo⁵³ vêem a participação como processos em direção à riqueza humana e a auto-construção do sujeito, com as quais trabalha Joaquín Herrera Flores e Paulo Freire⁵⁴, respectivamente, já que a participação não é somente uma técnica, senão um processo com sentido, realizado por seres humanos do “quehacer”, pessoas da práxis.

O último elemento de condução da *garantia criadora*, desde a nova política, é a *decisão com efetividade*. Este elemento parte da crítica ao sistema de decisões existente hoje em dia, com a crítica do sistema mundo em que as decisões estão nas mãos de uma minoria de empresas, grupos de países e em organismos internacionais onde não há participação alguma, crítica muito parecida a aquela realizada por Milton Santos⁵⁵ relacionada aos espaços. Todavia, Iris Marion Young a aperfeiçoa quando trabalha com sua idéia das funções ideológicas do ideal de imparcialidade que retira das pessoas sua singularidade e as transformam numa unidade. Ademais disso, desde a experiência do OP/Poa se pode concluir que é possível construir um espaço autônomo de decisões, as quais realmente influem na vida das pessoas e podem ser cumpridas. Assim, desde esta prática, se vê três tipos de decisões: as de autogestão, as de co-gestão e as decisões legais. Os pressupostos deste elemento de condução é que hajam recursos previstos para a execução do Plano de Investimentos da cidade, garantia legal de seu cumprimento e fiscalização pelo processo deste cumprimento.

O seguinte elemento de condução será a *dignidade humana*. A busca da dignidade humana será a luta de todo o processo de participação do OPO/Poa. Não obstante, este conceito é totalmente aberto, o conceito de dignidade humana muda de acordo com os valores que existam em determinada cultura ou grupo social, como ensina Xavier Etcheberría⁵⁷. A dignidade humana será o conteúdo da *garantia criadora*, seu resultado mais caro e pelo qual se participará e se lutará nas assembléias do OP/Poa.

⁵¹DULCE, Maria José Farinas: *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, Dykinson, Madrid, 2000.

⁵²RUSCHEINSKY, Aloisio: *Metamorfose da Cidadania: Sujeitos sociais, cultura política e institucionalidade*, Unisinos, São Leopoldo, 1999

⁵³DEMO, Pedro: *Participação é Conquista*. Cortez, São Paulo, 2001.

⁵⁴FREIRE, Paulo: *Pedagogia do Oprimido*. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1977.

⁵⁵SANTOS, Milton: *Por uma outra Globalização*. Record, Rio de Janeiro, 2000.

⁵⁷ETXEBERRIA, Xavier: *Lo Humano Irreductible de los Derechos Humanos*, Centro de Documentación y Estudios para la paz, Cuadernos Bakeaz n° 28, Bilbao, 1998.

DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: EM DIREÇÃO A UMA GARANTIA CRIADORA*

O último elemento condutor será a *racionalidade democrática de garantia*. Este elemento tem como base de sua formação o pluralismo jurídico e os processos, ou seja, o pluralismo como reconhecimento da experiência do OP/Poa, desde sua normatividade informal e sua improvisação criadora que permite criar o novo, e mais, garantir as garantias. O processo como ferramenta desta nova racionalidade que não somente reconhece as garantias legais, mas que propõe algo mais propõe processos nos quais novos atores, novas dinâmicas e novas estruturas vão lutar pelo acesso às garantias sociais que antes estavam na lei e eram inalcançáveis.

Agora que já se trabalhou com os elementos formadores deste novo conceito da garantia criadora, é importante apontar para suas características. Estas características vão dar forma ao conceito já definido. A primeira característica é a “invenção”, a inventividade da *garantia criadora* está relacionada com os processos, a dinâmica, os atores envolvidos, os ritmos, as instâncias de participação, enfim a metodologia. É toda a invenção da experiência do OP/Poa o que pode dar vida à prática, invenção esta nascida nas assembléias, na participação.

A outra característica da *garantia criadora* é a “criação”. A criação está na previsão legal informal, a qual estabelece um ritmo próprio para a construção do orçamento, cria outra construção do ato administrativo orçamentário, reinventa o direito posto e o que seria uma garantia abreviada e sem eficácia, passa a ser garantia criadora com eficácia. Como característica consequente da “criação” está a “subversão”. Esta característica da garantia criadora está presente na superação do direito posto. Subversão como eficácia sendo requisito da validade jurídica e não como contingência legal. Por isso é que a garantia criadora é subversiva. Não é que se esqueça do direito para garanti-lo, senão que se reinvente o direito dentro de um processo, o reconheça como lei e se volte ao processo para garanti-lo porque a lei tem que ser efetiva, o que representa condição de validade segundo a *garantia criadora*.

Para finalizar este artigo é importante considerar que a garantia criadora é um conceito “multifacetário”, porque são muitas as faces, os rostos que fazem parte dela. Isto porque esta garantia tem como formadores a práxis e os processos. Para que existam ações e caminhos a percorrer é fundamental que existam atores, e aí está a característica multifacetária da garantia criadora. Estarão presentes nos processos, o estado, a sociedade civil, os movimentos sociais participando com base nos ritmos próprios e dentro de um espaço de reconhecimento. Portanto, a *garantia criadora* se define como um conceito lapidado no dia a dia das lutas sociais e na constante reinvenção da vida porque a prática que a originou – a experiência do PO/Poa – tem sido aperfeiçoada com o tempo e aqui se verá a última característica deste conceito que é a existência de uma espécie de ponto de oxigenação do conceito, uma espécie de porta a vários mundos e a várias alternativas, que desde o núcleo central e formador do conceito o faz se reinventar a si mesmo num processo constante de reinvenção.