

A medida provisória nº 746 de 2016 e a validade estrutural democrática no modelo de Estado brasileiro: reforma da educação e a ocupação de escolas

The provisional measure nº 746 of 2016 and a democratic structural validity in the model of the Brazilian State: reform of the education and the taking of the schools

Renato Horta Rezende¹

Resumo:

Em 2016, o Presidente da República, Miguel Elias Temer Lulia (PMDB/SP) editou a Medida Provisória (MP) nº 746, pretendendo, em síntese, a implantar imediatamente a reforma do ensino médio no Brasil. Diante da grande repercussão social, investigou-se acerca da tensão entre a facticidade e validade, possuindo como problema a existência de estrutura democrática a legitimar a medida, enquanto não votada pelo Congresso Nacional. O método de pesquisa aplicado foi o hipotético-dedutivo, partindo da hipótese da legitimidade formal normativa da MP e da mitigação democrática estrutural, contrária ao texto constitucional, sob a concepção habermasiana. Concluiu-se pela confirmação das hipóteses apresentadas.

Palavras-chaves: medida provisória nº 746/2016; contrarreforma do ensino médio; validade estrutural democrática.

Abstract:

In 2016, the President of the Republic Miguel Elias Temer Lulia (PMDB/SP) issued the Provisional Measure (PM) nº 746, intending, in synthesis, to immediately implement there form of secondary education in Brazil. Given the great social repercussion, we investigated the tension between the facticity and validity having as na issue the existence of a democratic structure to legitimize the measure, while not voted by the

¹ Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Fumec (2016); graduado em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna; Professor de Direito Civil no CFDs da APMMG.

National Congress. The hypothetical-deductive method was applied based on the hypothesis of the normative formal legitimacy of the PM and the structural democratic mitigation, contrary to the constitutional text, under the Habermanian conception. It was concluded by the confirmation of the hypotheses.

Keywords: Provisional measure nº 746/2016; counterreform of high school; democratic structural validity.

1 Introdução

A construção pluralista das escolhas decisórias estatais é o desafio enfrentado em um modelo de Estado que pretende ser constitucionalmente democrático de direito inserido na contemporaneidade formada por sociedades hipercomplexas e plurais.

A República constitucional de 05 de outubro de 1988 se declarou constituída em modelo de Estado Democrático de Direito, exigindo como requisito a estruturar a validade das decisões estatais mais que a legalidade estrita, reivindicando que as escolhas decisórias sejam prescindidas de legitimidade democrática a estruturar e justificar facticidades impostas aos cidadãos.

Em 22 de setembro de 2016, o Presidente da República, Miguel Elias Temer Lulia (PMDB/SP) editou a Medida Provisória (MP) nº 746, espécie normativa prevista no art. 62 da Constituição da República, pretendendo, em síntese, a contrarreforma do ensino médio no Brasil, algo em discussão na Câmara dos Deputados desde 2013, por meio do Projeto de Lei (PL) nº 6840, desde 2013.

A edição da referida MP que atropelou os trabalhos iniciados na Câmara dos Deputados repercutiu negativamente no meio social, e inúmeros institutos escolares foram ocupados por alunos contra a contrarreforma executada pelo Executivo, acirrando a tensão entre facticidade e validade.

Sobre este cenário, já reconhecendo desde já a constitucionalidade da espécie normativa escolhida pelo atual Presidente da República, passou-se a investigar se a MP nº 746/2016 padeceria de validade estrutural democrática, enquanto não votada pelo Congresso Nacional, por afastar seus destinatários da discussão prévia sobre suas balizas e avançar sobre tema intensamente discutido, até então, no PL nº 6840/2013.

Diante do problema partiu-se das hipóteses segundo as quais, a MP nº 746/2016 possuiria legitimidade formal legalista, art. 62 da Constituição da República de 1988, porém, padeceria de legitimidade democrática, elemento estrutural constitucionalmente fixado no art. 1º do mesmo diploma legal².

Buscando investigar as hipóteses levantadas, a pesquisa foi dividida em três partes, que compreendem os objetivos específicos da pesquisa, partindo de concepções gerais e

² A Constituição é abordada nesse trabalho em seu viés normativo sob a concepção neoconstitucionalista.

amplas com o objetivo de examinar aspectos específicos inerentes ao tema, por meio de método hipotético-dedutivo.

A primeira parte do estudo aborda a evolução dos modelos de Estado de Direito até o alcance do modelo atual, compreendendo o Estado Democrático de Direito como resultado dos modelos anteriores, direcionado à materialização da promoção da igualdade, liberdade e democracia.

A segunda parte é dedicada à análise da democracia moderna, compreendendo esta como condição ao reconhecimento dos direitos fundamentais e próprio direito fundamental constituído, traçando relações entre as Teorias substantivistas e adjetivadas da democracia e propondo a construção metateórica da democracia.

Na última parte é examinado o cenário legislativo em que foi publicada a MP nº 746/2016, a tensão entre a facticidade e validade em uma concepção habersiana, a legitimidade normativa e democrática da medida.

2 Transição ao Estado Democrático de Direito

Os modelos de Estado experimentados no ocidente compreendem os regimes políticos por este adotado (TAVARES; SANTOS, 2013, p. 33) indispensáveis ao desenvolvimento de suas finalidades, que, por sua vez, variaram conforme a evolução moderna atrelada ao capitalismo e ao desenvolvimento dos movimentos constitucionais, culminando no atual Estado Democrático de Direito.

O modelo de Estado de Direito Liberal, cuja origem remonta à Revolução Francesa, tinha por objetivo conter o antigo regime desenvolvido no Estado Absolutista, por meio da fragmentação dos poderes e da garantia de direitos individuais (BONAVIDES, 2003, p. 214).

Para a nova classe social burguesa que se elevava, a liberdade e a igualdade formal eram suficientes para afastar a subjugação fundada exclusivamente na dominação tradicional decorrente do título de nobreza, criando ainda ambiente propício para que os detentores do poder econômico ascendessem ao poder político (VASCONCELOS; MENDONÇA, 2008, p. 109).

Porém, a extensão atribuída à liberdade, à igualdade e à soberania popular causava exclusão, isto porque os pertencentes às classes inferiores eram alijados dos processos de participação política do Estado, que se tornou impessoal, frio e distante das mazelas sociais

(SAMPAIO, 2013, p. 61), acentuando as desigualdades reais.

Diante de crises econômicas graves, guerras, revoluções sociais e o surgimento de ideais socialistas, comunistas e anarquistas, ocorridas no final do século XIX e início do século XX, as lutas pelos direitos sociais e coletivos foram incentivadas (TAVARES; SANTOS, 2013, p. 35) e as classes sociais desprivilegiadas passaram a exigir atitudes positivas do Estado, objetivando a igualdade material para que se alcançasse a liberdade individual.

Nesse momento, o positivismo jurídico, lógico-formal do Estado Liberal, vinculado estritamente à legalidade, deu lugar ao positivismo mais crítico e atento às mudanças sociais e históricas, observando não apenas a lei, mas também a realidade social (BONAVIDES, 2003, p. 220), restando terminantemente dissociado o positivismo jurídico do legalismo.

O modelo de Estado que se seguiu, Estado de Direito Social, acresceu, ao lado dos direitos de liberdade, também os direitos prestacionais, que exigiam ações positivas³, passando a ser reconhecida ao indivíduo a capacidade jurídica para utilizar atividades, as quais o Estado estava incumbido de prestar.

O reconhecimento das atribuições estatais positivas conduziu à ampliação e à materialização de direitos sociais, gerando tensão entre o mercado, a comunidade e o próprio Estado.

As tensões entre os pilares regulatórios e as inquietudes atinentes ao capital, dignidade da pessoa humana e democracia trouxe insegurança às relações jurídicas, políticas e sociais, insegurança essa reconhecida por Boaventura de Souza Santos (2010, p.87) como característica da pós-modernidade.

Buscando afastar as tensões, passou-se a exigir que as ações estatais estivessem revestidas de legitimidade democrática⁴, circunstância desejada a conceber aos endereçados possibilidade de se sentir coautores das escolhas estatais (HABERMAS, 2001, p. 83).

Além da influência filosófica pós-positivista e do movimento neoconstitucionalista desenvolvido após a Segunda Grande Guerra, o novo modelo de Estado que surgia correspondia à síntese dos modelos que o precedeu (DIAS, 2003, p. 151), porém, agora,

³Sarlet (2007) e Sampaio (2013) apontam que o *status* ou relação do indivíduo perante os Estados dentro dos direitos sociais não se restringem, exclusivamente, ao *status positivus* ou *civitatis*, possuindo também *statuslibertatis* ou negativo.

⁴Essa legitimidade apoia-se no princípio da soberania do povo em que o domínio de homens sobre homens não é algo dado, mas sim algo que necessita ser conquistado por meio de justificação reconhecida pelo povo (BÖCKENFÖRDE, 2000, p 48).

voltado ao objetivo teleológico de conter tensões por meio da construção democrática de um Estado de Direito.

As características do Estado constitucionalizado, democrático e de Direito exigem a observação de princípios fundamentais como: dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, assim como princípios relativos às estruturas e finalidades de um Estado Democrático de Direito (ALEXY, 2005, p. 31).

O modelo de Estado criado comporta concepções variadas, formal, intermediária ou material, em que, a primeira, pouco exigente, contenta-se com a universalidade de voto em acréscimo aos princípios do Estado de Direito (legalidade, separação de poderes e direitos fundamentais), inexistindo diálogo direto entre a sociedade e o Estado para construção de decisões (SAMPAIO, 2013, p. 71).

Essa concepção é excludente, pois as decisões estatais seriam construídas por parcela ativa cuja atividade está condicionada às oportunidades que o ordenamento jurídico reconhece como a nacionalidade e o direito ao sufrágio (MÜLLER, 2003, p. 57).

A segunda concepção, intermediária, potencializa a compreensão anterior sobre os princípios do Estado de Direito, promovendo a legalidade à juridicidade, garantindo a independência do Judiciário frente à pressão dos demais Poderes, e proporcionando a ampliação e nivelamento formal de todos os direitos fundamentais, garantindo, ainda, o diálogo estruturado em posições antagônicas (SAMPAIO, 2013, p. 72).

Entretanto, assim como a anterior, a posição intermediária também é excludente, pois utiliza em bloco o termo democrático, ignorando desigualdades materiais, por meio de retórica ideológica capaz de encobrir distinções necessárias à construção democrática efetiva (MÜLLER, 2003, p. 35).

A última concepção, forte, o foco deixa de ser formal e abstrato e passa a ser material e concreto centrado na promoção efetiva da igualdade, liberdade e democracia, promovendo decisões consensuais, dialógicas, participativas e integrantes (SAMPAIO, 2013, p. 73).

Nessa formulação, ninguém está legitimamente excluído, pois todos seriam destinatários de prestações positivas e negativas do Estado com a finalidade de promover a igualdade material e formal, reconhecendo universalmente a condição de seres humanos dotados de dignidade e detentores de direitos fundamentais (MÜLLER, 2003, p. 75).

Neste artigo, compreendemos que a concepção de Estado Democrático de Direito brasileiro apresenta o viés forte ou material, em que as tensões existentes entre mercado,

comunidade e Estado exigem mais que proposições em documentos oficiais, vindicam abordagem prática e justificável, capaz de projetar sobre os direitos liberais ou defensivos o sentido de direito-dever de participação na vida pública em prol da obtenção de decisões legitimamente instituídas.

Da mesma forma, os direitos positivos ou prestacionais não devem ser recebidos em uma relação cidadão-cliente, mas construídos conjuntamente estabelecendo elo de coparticipação entre sociedade e Estado na tomada de decisões legislativas, executivas e judiciais.

Com efeito, todas as decisões estatais, sejam elas proferidas no âmbito de qualquer das funções estatais, devem estar em sintonia com a concepção de Estado prescrita pela Constituição, da qual decorre o direito fundamental à efetivação da democracia na tomada de decisões, mormente aquelas decisões que objetivam a concretização de direitos sociais, como o direito a educação voltado para “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988).

Assim podemos afirmar que o Estado Democrático de Direito se estrutura sobre dois pilares atinentes à participação, o primeiro, relacionado à abertura procedimental a todos, inclusive às minorias, para que possam influenciar as decisões estatais; e o segundo, direcionado ao modo mediante o qual todos os atingidos pelas decisões estatais possam participar da implementação das decisões escolhidas (MÜLLER, 2003, p. 77).

Porém, para que a prática da construção das decisões se dê de forma democrática, dentro de uma concepção forte de modelo de Estado Democrático de Direito, também se faz indispensável a isonomia material de oportunidades direcionada ao alcance da liberdade, com o reconhecimento da pluralidade, da inexistência de apenas uma resposta correta, da emancipação humana e da democracia em sua concepção forte.

3 Metateoria da democracia contemporânea e a validade estrutural democrática

A democracia inclusiva e representativa⁵, bem como a sua aproximação dos direitos fundamentais foi engendrada na primeira fase do constitucionalismo moderno que pretendia o

⁵ A representação não possui origem democrática, tendo servido como artifício por governantes não democráticos da Idade Média para “enfiar as mãos em valiosos rendimentos e outros recursos que desejavam, especialmente para fazer guerras” (DAHL, 2001, p. 118), sendo enxertada na democracia moderna, possuindo como destaque as ideias dos federalistas norte-americanos.

afastamento do antigo regime, substituindo a dominação tradicional pela dominação racional, reconhecendo a autodeterminação do cidadão (DAHL, 2001, p. 118).

O constitucionalismo liberal reintroduziu a lógica da igualdade e da liberdade⁶, perdidos quando da centralização dos Estados nacionais e o fortalecimento do Absolutismo (DAHL, 2001, p. 26), pressupostos indispensáveis à democracia, que poderá se dar direta ou por meio de representantes eleitos.

Em meados do século XX, com o fim da Segunda Grande Guerra, a legitimidade democrática já atribuída ao Parlamento (origem inglesa e francesa) para produção de regras gerais, por força da representação popular, “foi ampliada⁷ e atribuída também às Assembleias constituintes, concebendo a estas a legitimidade democrática e, ao seu fruto, validade normativa” (RENATO HORTA, 2016, p. 49).

Sobre essa concepção, a democracia passou a se constituir como fundamento prévio à declaração de direitos fundamentais, meio objetivo a estruturá-los (ALVES, 2013, p. 116) e condição resoluta de existência para a sua própria instituição como direito fundamental, inserindo no sistema jurídico, o elemento político a dar validade à estrutura sistêmica jurídica.

O reconhecimento da fundamentalidade da democracia confunde-se com a natureza básica dos direitos fundamentais, tendo como característica a essencialidade vinculada à dignidade da pessoa humana, a universalidade, a condição absoluta, indisponibilidade e indivisibilidade por possuir fundamento axiológico, moral e socialmente reconhecida em sua integralidade (SAMPAIO, 2013, p. 550-556).

As características apontadas aos direitos fundamentais são encontradas na determinação da democracia moderna que repercute nas bases histórico-filosóficas, conferindo fundamentalidade e centralidade, decorrente da vontade geral de conceder legitimidade como elemento central e estruturante da autoridade do poder público, afastando a facticidade vinculada estritamente ao poder autoritário.

Compreendendo a dupla funcionalidade da democracia como condição de existência para fixação dos direitos fundamentais quando inserido em um Estado Democrático de Direito e espécie do gênero direito fundamental, Dahl (2001, p. 37) admite a democracia como realidade e, ao mesmo tempo, ideário a ser perseguido, construído diariamente, sem que, com

⁶ Cf. art. 1º e 4º da declaração dos direitos do homem e do cidadão (FRANÇA, 1789).

⁷ Cf. art. 21 da declaração universal dos direitos humanos, resolução nº 217 A (III) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

isso, se possa afirmar que, em algum momento, será alcançada em sua plenitude.

A preocupação com a legitimidade atribuída à determinada decisão em um Estado Democrático de Direito tem como intuídos o consentimento e a obediência de seus destinatários (BONAVIDES, 2000 p. 141), não se bastando na coercibilidade decorrente da legalidade, sendo exigidas justificativas e fundamentações axiomáticas tanto no momento das escolhas políticas criativas como na execução.

A preocupação com a legitimidade proferida em um regime democrático decorre da necessidade de o Estado justificar o seu aparelhamento e o exercício da violência, apontando como resultado de ações democráticas definidoras (MÜLLER, 2003, p. 52).

A legitimidade que no sistema jurídico, hermético, positivo-normativo é concebida como decorrente da validade formal legalista, na sistemática pós-positivista e democrática compreende condição estruturante de validade da decisão estatal, razão pela qual é prévia e concomitante às escolhas legislativas, executivas e judiciais.

No Estado Democrático de Direito, todos os seus órgãos decisórios são instituídos e controlados conforme o Estado de direito e devem compromisso à democracia dentro de um ciclo [*kreislauf*] de atos de legitimação (MÜLLER, 2003, p. 60).

O povo ativo elege os seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho de Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o “povo” enquanto população (MÜLLER, 2003, p. 60).

A justificativa, assim como os valores a serem perseguidos serão aqueles que estiverem em conformidade com as crenças e os princípios da ideologia democrática (BONAVIDES, 2000 p. 141), variando conforme o momento, a cultura e o Estado em que forem observados.

No Estado brasileiro, a democracia constitui justificativa e elemento axiológico estruturante de formação e execução das decisões estatais, conforme estabelecido no art. 1º da atual Constituição da república.

Elucida Sampaio (2013, p. 576 *apud* MUTHARIKA, 2001, p. 19) que a democracia é direito fundamental de quarta dimensão atinente à autodeterminação dos povos e ampliação da participação dos cidadãos nas decisões estatais, constituindo em obrigação estatal a sua promoção.

O reconhecimento da democracia como direito fundamental impõe ao Estado, que se autodeclara democrático de direito, a obrigação de promover ações voltadas à maior efetivação da democracia, com a finalidade de conceder legitimidade estrutural às decisões estatais, bem como condição majoritária para escolhas de direitos fundamentais contramajoritários.

Contudo, as variações axiológicas e procedimentais ao exercício democrático-participativo variam conforme a concepção adotada, se material ou formal, sendo determinantes para o agir legislativo e executivo.

Alves (2013, p. 49-52) apresenta classificação, aqui adotada, estabelecendo dicotomia entre as teorias substantivas e adjetivas da democracia, observando que as de primeira ordem estariam ocupadas em delinear a estrutura material-teleológica com fundamento no princípio de justiça; enquanto as de segunda ordem estariam atreladas à estrutura formal-deontológica dirigida aos modelos de participação em procedimentos democráticos.

A divergência existente entre as teorias materiais e procedimentais são evidenciadas quando de um lado se busca dar ênfase aos freios impostos às vontades da maioria (regras contramajoritárias), reforçando a relação Constituição-democracia material (STRECK, 2011, p. 84); enquanto de outro o destaque relaciona-se à legitimidade majoritária formalista com supedâneo na Constituição-democrática formal.

Em síntese é possível afirmar que a teoria substancialista da democracia é composta pelas correntes: liberais, igualitaristas liberais e igualitaristas stricto sensu; enquanto a teoria adjetivista é composta pelas correntes: agregadoras e deliberativas (ALVES, 2013, p. 52).

Destaca-se, desde logo, que a classificação acima apresentada comporta críticas, não sendo unânime, pois, como toda classificação conceitual, irá variar conforme as semelhanças, diferenças e preferências que cada autor pretenda destacar⁸.

A classificação proposta possui como parâmetro os aspectos relacionados com a justiça aplicada à democracia, ainda que existam outras concepções possíveis, tal como filosófica ou política, capazes de reagrupar e, por vezes, alterar completamente a orientação apresentada.

⁸ Sobre outras concepções classificatórias recomendamos: SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria da constituição e dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey. 2013 e KYMLICKA, Will. Filosofia política contemporânea: uma introdução. Trad. Lucas Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Ainda que a lógica da isonomia seja compreendida como requisito indispensável à justiça democrática, as correntes: liberais, igualitaristas liberais e igualitaristas em sentido estrito divergem quanto ao conceito, extensão e requisitos para que se alcance a desejada igualdade, além de agregar a esta conteúdos axiológicos próprios.

Possuindo como objeto a essência democrática, cada corrente substancialista elege tanto seus valores medulares quanto definições e alcances, sendo assim, por consequência, exclusivista e excludente, ou seja, a escolha de determinado valor, definição ou alcance é absoluto e, por isso, afasta qualquer outro, se mostrando, de tal forma, incompatível entre si (RENATO HORTA, 2016, p. 53).

Enquanto os adeptos das teorias substancialistas da democracia orientam-se por critérios axiológicos, os que defendem os postulados adjetivistas, a priori, não fazem qualquer opção objetiva por valores substantivos, ocupando-se dos requisitos necessários para atribuir legitimidade democrática formal à decisão.

Por essa razão, entre as teorias procedimentalistas não haveria qualquer conflito, sendo possível a coexistência⁹ de ambas, não significando, todavia que suas correntes teóricas sejam neutras, isto porque a corrente agregadora ou concorrente tem caráter excludente ao sobrepor as minorias à vontade da maioria, enquanto a corrente deliberativa, diferente da anterior, propõe o consenso buscando maior conformação, inclusão, cooperação e harmonia (LIJPHART, 2003, p. 17-22).

Admitindo divergências entre substancialistas e adjetivistas, os adeptos à determinada teoria atribuem à outra o rótulo de utópico, ou por buscar um modelo moral comum idealista arrimado em uma justiça hipotética, ou por acreditar na existência de uma vontade geral ou em um consenso capaz de delimitar o método cujo resultado será, invariavelmente, justo (BIELSCHOWSKY, 2011, p. 9334).

As críticas mútuas demonstram a virtude e incompletude das teorias, substancialistas e adjetivistas, inexistindo aquela que, isoladamente, seja capaz de, satisfatoriamente, atender a complexidade social, política e jurídica contemporânea.

Ainda que sejam perfeitamente compreensíveis e flagrantemente visíveis os apontamentos críticos opostos mutuamente às teorias substantivistas e adjetivistas, reconhecendo-se também a relativa independência epistemológica de cada uma delas, é

⁹ “Artigo 21. 1. Todo ser humano tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

possível identificar que ambas são mutuamente influenciadas, inexistindo verdadeiramente neutralidade¹⁰ entre as correntes, mesmo que se admitam direcionamentos diversos.

A análise conjunta das teorias substantivistas e adjetivistas da democracia revela a possibilidade de harmonia e completude entre elas¹¹, conforme o direcionamento aplicado, dando plenitude à teoria democrática ao lhe conceber tanto estrutura material como procedimental.

Alves (2013, p. 93) argumenta que as teorias adjetivistas possuem natureza metateórica, ou seja, as correntes, agregadora e deliberativa, teriam seus alicerces autônomos construídos sobre teorias substantivistas da democracia, enquanto as teorias materiais somente seriam críveis quando executadas sobre procedimentos democráticos, evidenciando uma espécie de mutualismo entre as teorias e não um distanciamento abissal.

Sob essa condição, as imperfeições apontadas reciprocamente pelas teorias democráticas restariam fulminadas quando admitida a possibilidade de associação entre elas, pois as críticas mútuas correspondem, respectivamente, em autoafirmações que repercute sobre o timbre da reprovação por dessemelhança.

Como bem identificado por Dahl (2001, p. 26) a existência de uma democracia necessita de do pressuposto lógico de igualdade como condição mínima para a o governo do povo.

Partindo desse pressuposto, é possível conceber a busca e efetivação da isonomia como elo integrador das teorias democráticas, ainda que cada qual possua enfoque diferenciado, estando tal requisito também presente entre as correntes que integram cada uma das teorias democráticas.

Admitindo que a efetivação da igualdade é constante inarredável à existência de democracia, pode-se deduzir que haveria intensa preocupação em promover e ampliar a isonomia, algo que contrapõe à presunção de igualdade estática pressuposta oferecida pela teoria substancial liberal e pela teoria adjetiva agregadora de democracia (RENATO HORTA, 2016, p. 59).

Afastando a aplicação isolada a corrente agregadora e a corrente liberal, restaria a observação conjunta da teoria adjetivista deliberativa que, na atualidade, não se restringe apenas aos elementos procedimentais em si, mas à análise da amplitude da inclusão que o

¹⁰Sobre posicionamento diverso conferir Bielschowsky (2011, p. 9327-9337).

¹¹ Sobre posicionamento convergente conferir Araújo (2013) e Alves (2013).

processo é capaz de estabelecer (ALVES, 2013, p. 102) e seu imbricamento com as correntes igualitaristas substantivistas.

O elo entre a teoria adjetiva deliberativa e as teorias substancialistas igualitarista resta, da mesma forma, estabelecida na compreensão da formação do texto constitucional que possui origem majoritária procedimental¹², assim como na definição de direitos fundamentais cuja aplicação vincula-se à democracia substancial, circunstâncias estas que evidenciam a convergência sistêmica e jurídica das teorias mencionadas.

Compatibilizando ambas as teorias, é forçoso deduzir que a legitimidade das decisões perpassa pela necessária validade estrutural democrática construída sobre as balizas substanciais axiológicas e procedimentais inclusivistas.

Entendendo ser impossível a concretização da fórmula ideal de participação democrática, Dahl (2005, p. 25) construiu a definição de poliarquia em que reconhece escalas de democracia conforme a maior ou menor inclusão participativa e absorção dos interesses dos integrados, admitindo, por consequência, a possibilidade de a democracia conviver com a exclusão, contanto que a condição excludente não se torne conjuntura para a existência da própria poliarquia por atingir o elemento essencial à democracia, a igualdade.

A concepção de Dahl (2005) não coloca em xeque a necessidade da isonomia como elemento central da democracia, ou da igual liberdade assentida como condição de existência da democracia, pois a paridade, sob a leitura do referido autor, seria também um ideal em construção a ser constantemente perseguida de forma dinâmica, assim como a própria democracia.

Habermas (2012) analisa os processos voltados à compreensão da forma como os integrantes da sociedade poderiam participar das decisões, objetivando conceder validade¹³ aos atos estatais e ampliar a participação dos destinatários na construção da decisão pública.

Segundo o pensamento habermasiano, a participação dialógica dos destinatários nas decisões, dirigidas ao consenso, dentro de procedimentos voltados à participação seria condição de validade das conclusões estruturadas na pós-modernidade, isso porque, em uma

¹² Cumpre observar, como faz Araújo (2013, p. 372), que a formação majoritária do texto constitucional, por vezes, resta efetivamente afastada quando vertentes autoritárias se apropriam “dessas ideias a fim de legitimar apenas seus primeiros passos, para em seguida realizar uma operação de substituição, na qual reduzem ‘o povo’ a uma agência compacta, ágil e de mais fácil controle, em geral uma organização fechada e estritamente hierarquizada, fazendo dela seu porta-voz exclusivo”.

¹³ O conceito de validade não se relaciona com o conceito de verdade dos argumentos apresentados, mas com o consenso sobre determinado tema, motivo pelo qual a validade poderá ser alterada conforme abalado o consenso (ALVES, 2009, p. 5).

sociedade plural, não seria crível que a consciência individual pré-ordenada fosse compartilhada por todos os envolvidos, justamente em face da ausência de homogeneidade contemporânea (RENATO HORTA, 2016, p. 62).

A formação da decisão democrática estatal exige de seus participantes, postura diferente de uma participação simplesmente formal ou instrumentalizada, exige um agir direcionado à vontade de se obter entendimento, um agir comunicativo (HABERMAS, 2012, p. 166).

Nessa esteira, a mediação torna-se determinante para afastar pretensões instrumentalizadas que busquem revestir com o manto democrático concepções dirigidas à conversão de interesses ou convicções, exclusivamente, pessoais em gerais, até mesmo para proteger aqueles que, impedidos, impossibilitados ou facultativamente, não participaram da conferência, mas poderão ser alvo das decisões.

Habermas (2012, p. 463) critica o posicionamento reducionista da corrente agregadora da democracia assim como posicionamentos dirigidos à corrente deliberativa que venham atribuir validade às decisões observando apenas as regras procedimentais preestabelecidas, apontando a necessidade da promoção do resgate da validade como um elemento justificar a facticidade diante da tensão interna e externa entre essas e não apenas direcionado à concepção sistêmica do Direito.

As sociedades hipercomplexas, presentes na pós-modernidade, não mais admitem a legitimidade da coação decorrente da facticidade violenta sob a guarida do positivismo, ou seja, é atualmente inadmissível a imposição normativa sem ação comunicativa prévia, fundada em legitimidade normativa derivada da teoria democrática agregadora cuja característica seria a restrição do sistema *input* e a obediência estrita ao formalismo do devido processo Legislativo (BARCELOS, 2014, p.145).

A complexidade social atualmente exigiria um arranjo comunicativo democrático para validar, estruturalmente, as concepções deontológicas, arranjo este a legitimar e, portanto, validar a atividade legiferante, executiva e judiciária imposta como facticidade (HABERMAS, 2010, p. 45).

4 A via dialogicamente estreita da MP nº 741/2016 e a tensão entre validade e facticidade

Depois de dezesseis meses de estudos, em 27 de novembro de 2013, ainda no

governo da Presidenta Dilma Vana Rousseff (PT/RS), foi apresentada à Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei (PL) nº 6840, de autoria da comissão especial destinada a promover estudo e proposições para a reformulação do ensino médio (CEENSI) presidida pelo deputado Reginaldo Lopes (PT/MG) e relatado pelo deputado Wilson Filho (PT/PB) propondo a alteração da Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para instituir a jornada em tempo integral no ensino médio, dispor sobre a organização dos currículos do ensino médio em áreas do conhecimento e outras providências (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013).

Em 10 de dezembro de 2014, a comissão especial designada para proferir parecer (art. 34, II, §1º Regimento Interno da Câmara dos Deputados - RICD) apresentou substitutivo¹⁴ destacando que, mesmo o Projeto de Lei nº 6840/2013 tendo prescindido “de ampla e abrangente discussão acerca das dificuldades e desafios que se interpõem ao ensino médio atual, buscou, em sua extensa pauta de debates com os principais atores do cenário do ensino médio” (CÂMARA, 2014, p. 194), buscou-se com a participação de várias comissões permanentes¹⁵ a construção de texto alternativo que conseguisse avançar em relação à proposta inicial o tornando compatível com a realidade educacional brasileira.

O referido substitutivo foi aprovado em 16 de dezembro de 2014 estando, tanto este como o projeto original aguardando votação plenária da Câmara dos Deputados.

O Projeto de Lei, sob exame, tramitou sob o regime de prioridade disciplinado pelo art. 151, II do RICD¹⁶, ainda assim percebe-se que o lapso entre a apresentação do PL e seu envio à plenária foi longo, assim como também foi extenso o envolvimento de comissões, o que torna explícita a complexidade da matéria e a importância de sua ampla discussão.

O logo tempo tanto de hibernação do Projeto de Lei aguardando a votação plenária

¹⁴“Substitutivo” é espécie de Emenda apresentada pelo relator que altera de forma substancial ou formal todo o seu conjunto pretendendo substituir o texto referência na votação em plenário, sem, contudo, liquidar o projeto original que poderá ser aprovado em rejeição ao substituto (§4º, art. 118 do RICD).

¹⁵ Comissão de Educação (32, IX do RICD); Finanças e Tributação (32, X do RICD); Constituição e Justiça e de Cidadania (32, IV do RICD); Comissão Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (32, III do RICD); Comissão de trabalho, Administração e Serviço Público (art. 32, XVIII do RICD); e, Comissão Seguridade Social e Família (32, XVII do RICD).

¹⁶“Art. 151. Quanto à natureza de sua tramitação podem ser:

(...)

II – de tramitação com prioridade:

a) os projetos de iniciativa do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Mesa, de Comissão Permanente ou Especial, do Senado Federal ou dos cidadãos;

b) os projetos:

1 – de leis complementares e ordinárias que se destinem a regulamentar dispositivo constitucional, e suas alterações;” (RICD).

na Câmara dos Deputados é também resultado da intensa interferência Executiva na pauta legislativa do Congresso Nacional que desacelera as atividades parlamentares sobre seus próprios projetos¹⁷, principalmente aqueles destinados ao exame de Leis ordinárias¹⁸.

Mesmo diante da intrincada matéria, em 22 de setembro de 2016, o Presidente da República Miguel Elias Temer Lulia (PMDB/SP) editou a Medida Provisória (MP) nº 746, instituindo política de fomento à implementação de escolas de ensino médio em tempo integral, estabelecendo diretrizes e bases da educação nacional, regulamentando o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, além de outras providências.

A referida MP utilizou como base o texto do substitutivo construído na Câmara dos Deputados, com algumas pontuais alterações sobre assuntos específicos ali já ajustados.

Na exposição de motivos da referida Medida Provisória, os conceitos jurídicos indeterminados¹⁹ estabelecidos no art. 62 da Constituição da República de 1988, são apresentados com fundamento em estatísticas levantadas pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) que evidenciaram resultados aquém do mínimo previsto para a educação (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

Os dados apresentados apesar de não evidenciarem os motivos que determinam os resultados apurados serviram de fundamento ao governo que apontou como causa do déficit o atual modelo educacional vigente, declarando este como incapaz de favorecer aprendizagem e induzir estudantes a desenvolverem suas habilidades e competências, fato que explicitaria a relevância da medida.

Utilizando de previsões, o governo justifica a urgência da medida executiva na prospecção segundo a qual na próxima década, a população jovem brasileira irá alcançar seu ápice, fato que impinge premência a determinar mudança no modelo vigente de ensino vigente no país com a finalidade de atingir a referida geração (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

¹⁷ Sobre a interferência do Executivo na pauta do Congresso Nacional, conferir: RENATO HORTA; LIMA, Eduardo Martins de. A determinação executiva na atividade típica legislativa no Brasil. **Justiça do Direito**. Passo Fundo, v. 30, n. 3, p. 542-573, set./dez. 2016.

¹⁸ Na Câmara dos Deputados prevalece o entendimento proferido pelo seu presidente a época, Michel Miguel Elias Temer Lulia (PMDB/SP), proferido em 11 de março de 2009, segundo o qual, o regime de urgência em medidas provisórias somente trancaria a pauta da Casa legislativa quanto às deliberações relativas às Leis ordinárias. Cf: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/639343.pdf>.

¹⁹ Ainda que não compreenda o recorte da pesquisa cumpre destacar que o STF firmou entendimento segundo o qual, somente se admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. Sobre o tema conferir: ADI 2.527; ADI 4.029; ADI 2.213; ADI 2.213.

Mesmo a espécie normativa gozando guarida constitucional, a promulgação da Medida Provisória nº 746/2016 teve grande repercussão social e política, possuindo destaque as ocupações de escolas, institutos federais e universidades em todo o país por estudantes cujo principal estandarte era a oposição à contrarreforma do ensino médio imposta pelo Executivo²⁰.

Diferente do PL que tramita na Câmara dos Deputados, em regime de prioridade, a MP possui força de lei a partir da data de sua publicação²¹, produzindo, desde já, efeitos jurídicos²², ainda que as deliberações e discussões sobre o tema se deem de forma reduzida e postergada em regime de tramitação restrito, regulado pela Resolução nº 1, de 08 de maio de 2002, do Congresso Nacional.

A imposição factível aqui destacada soua os seus destinatários como atentado ao consenso participativo prévio que acondicionada à conclusão argumentativa passível de adesão.

A repercussão da imposição repercutiu em resistência e questionamento à validade democrática da Medida Provisória por mitigar a ampla ação comunicativa necessariamente aberta ao pluralismo presente na atual sociedade brasileira, fato que gera tensão passível de ser observada em duas frentes, uma de caráter juridicamente interno, tensão interna, referente ao duelo entre a positividade e a legitimidade; e outro de caráter juridicamente externo, tensão externa, relativa ao conflito entre o poder coativo estatal e o desejo social (HABERMAS, 2003, p. 10).

Admitindo que a legitimidade a estruturar validamente as decisões estatais construa-se com a participação de seus destinatários, que utilizaram como instrumento a comunicação, é atribuído aos agentes de um Estado que se pretende democrático de direito ampliar e não restringir a construção procedimental adjetiva capaz de viabilizar a maior participação de cidadãos livres e interessados na construção argumentativa e racional das decisões estatais a ser positivada, na busca incessante de inclusão e isonomia.

Assim, ainda que se confirme, categoricamente, a validade normativa da MP nº

²⁰ Observa Leonardo Avritzer (2016, p. 65-67) que as últimas manifestações ocorridas no país retratam a indignação geral, considerando os elementos genéricos presentes em todas as manifestações sociais, ainda assim pode-se afirmar que as reivindicações têm origem na ruptura do consenso participativo, sendo este o elemento presente nas manifestações pós-junho de 2013.

²¹ Cf. *caput* do art. 62 da Constituição da República de 1988 e art. 20 da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional.

²² Cf. §§ 3º e 11 do art. 62 da Constituição da República de 1988.

746/2016 em face de sua previsão constitucional como espécie normativa, temos que esta padece de validade estrutural democrática, também exigida constitucionalmente quando da declaração da aderência ao modelo de Estado Democrático de Direito, fato que repercute na tensão entre a validade e facticidade experimentada.

5 Conclusões

O regime político adotado por um Estado reflete a evolução de momentos anteriores e as pretensões futuras, repercutindo, portanto o estado evolutivo construído até aquele momento.

O modelo de Estado Democrático de Direito possui como precedente o Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito suas concepções atinentes à liberdade, igualdade, soberania popular, filosofia jurídica, mudanças sociais e históricas.

As tensões entre os pilares regulatórios disciplinados conforme o modelo de Estado adotado passou a exigir, na pós-modernidade, não apenas a validade normativa, mas a legitimidade democrática direcionada à participação de seus destinatários na construção normativa como meio de conformação.

O modelo de Estado Democrático de Direito comporta concepções variadas, porém, fundado no núcleo isonômico da democracia, a compreensão adequada às disposições constituições devem ser mais ampla, material e processualmente possível, afastando exclusões e promovendo a inclusão.

Diante desta concepção forte sobre democracia, a construção metateórica da democracia voltada à validade estrutural democrática constitui condição de legitimidade às decisões estatais substancial e adjetivamente ajustadas.

A Medida Provisória nº 741/2016 publicada em 22 de setembro de 2016 instituiu a política de fomento à implementação de escolas de ensino médio em tempo integral, estabeleceu diretrizes e bases da educação nacional, regulamentou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, além de outras providências.

A referida Medida Provisória recebeu grande resistência social representada por ocupações de várias escolas e protestos por todo o país, evidenciando a grande tensão entre a facticidade e validade democrática decorrente da postura governamental que utilizou de

espécie normativa juridicamente válida cuja via dialógica é previamente restrita, apesar do grande alcance social, fato que mitiga a validade democrática que estrutura, legitimamente, as decisões proferidas em um Estado que se pretende Democrático de Direito.

Assim é forçoso concluir que, apesar da MP nº 741/2016 possuir legitimidade assentada em estrutura constitucional normativa, de fato, padece de legitimidade democrática a estruturar as escolhas estatais proferidas no Estado Democrático de Direito, diante da grande necessidade de intensa discussão social sobre o tema a que regula, afastando seus destinatários do debate prévio afeto a toda a sociedade e às futuras gerações.

Referências

ALEXY, R. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005. p. 31-48.

ALVES, Fernando Brito. **Constituição e participação popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

ARAÚJO, Cícero. O processo constituinte brasileiro, a transição e o poder constituinte. **Lua nova**, São Paulo, n. 88, p. 327-380, 2013.

AVRITIZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2016.

BARCELOS, Renato de Abreu. **Linguagem, discurso e deliberação**: a democratização da discricionariedade administrativa no paradigma do Estado Democrático de Direito. 285 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

BIELSCHOWSKY, Raoni M.. Democracia procedimental e democracia substantiva: entre um relativismo axiológico absoluto e um absolutismo axiológico relativo. ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFS. 20. 2011. Belo Horizonte. **Anais...** Florianópolis, CONPEDI, p. 9324-9346, 2011.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madri: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, p. 209-223, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 23 jan. 2017.

BRASIL. **Medida Provisória nº 746, de 22 de setembro de 2016**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv746.htm. Acesso em: 02 fev. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário da Câmara dos Deputados, de dezembro de 2014**.

Disponível em:

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020141223001990000.PDF#page=194>. Acessado em: 02 fev. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Exposição de motivos da medida provisória nº 746/2016, de 15 de setembro de 2016**. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/mediprovisoria-746-22-setembro-2016-783654-exposicaodemotivos-151127-pe.html>. Acessado em: 02 fev. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 6840, apresentado em 27 de novembro de 2013**. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE9D4B92F6F943471B2C74137053C2EB.proposicoesWebExterno2?codteor=1200428&filename=PL+6840/2013. Acessado em: 02 fev. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Regimento interno da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/glossario/e.html/?searchterm=emenda>. Acessado em: 02 fev. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Sistema de questão de ordem, de 11 de março de 2009**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/639343.pdf>. Acessado em: 02 fev. 2017.

CONGRESSO NACIONAL. **Resolução nº 01, de 08 de maio de 2002**. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=222033&norma=234673>. Acessado em: 03 fev. 2017;

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade Brasília, 2001.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acessado em: 29 jan. 2017.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: LitteraMundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entrefacticidade e validade**. Trad. de Flavio BenoSiebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter

Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução nº 217-A, de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: http://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-217-1948_94854.html. Acessado em 29 jan 2017.

RENATO HORTA; **A validade estrutural democrática das decisões no controle concentrado de política pública**: abertura à interpretação constitucional. 190f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2016.

RENATO HORTA; LIMA, Eduardo Martins de. A determinação executiva na atividade típica legislativa no Brasil. **Justiça do Direito**. Passo Fundo, v. 30, n. 3, p. 542-573, set./dez. 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, F. H; SANTOS, R. J.. Direitos, princípios e garantias fundamentais: fundamento de legitimidade do Estado constitucional democrático de direito. *In*: TAVARES, Fernando Horta; SEVERINO e SOUZA, Simone Letícia (Org.). **Teoria geral do Direito Público**: institutos jurídicos fundamentais sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

VASCONCELLOS, Mariana Vannucci; MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Políticas

públicas e sua importância para o desenvolvimento. ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFS. 2008. Salvador. **Anais...** Florianópolis, p. 197-217, 2011.

Recebido em: 26 de março de 2017

Aprovado em : 05 de abril de 2017